

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
CEZA VE CEZA USULÜ HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA MAHKUMİYETİNE BAĞLI HAK
YOKSUNLUKLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Mehmet Oğuz AKKUŞ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara - 2007

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Mehmet Oğuz AKKUŞ tarafından hazırlanan "Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları" başlıklı bu çalışma, 10.01.2008 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Ceza Ve Ceza Usulü Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan

ye

ye

ÖNSÖZ

“Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları” isimli bu çalışma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ başkanlığında kurulu jüri önünde “yüksek lisans tezi” olarak savunulmak üzere hazırlanmıştır.

Çağdaş ceza hukuku enstrümanlarının mevzuatımıza girdiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kabulü ile üzerinde önemli tartışmaların olduğu yaptırım sistemi de tadile uğramıştır. Yeni sistemde, asli ceza – fer’i ceza ayrımını kaldırdığı gibi, yaptırımlar da cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak düzenlemiştir.

Yaptırım teorisinin değişmesiyle birlikte yeni bir kurum olarak karşılaşılan ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunluklarının incelenmesi lüzumu hâsıl olmuştur. Ceza hukukuna ait yeni sistemlerin tartışıldığı ve arka arkaya kanunlaştığı günlerde yapılan bu çalışma, belki de zamanından önce eskiyecektir. Ancak eski yaptırım teorisi esaslarına göre açıklanamayacak kadar değişen, yeni bir kurum olan ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunlukları incelenerek, ehil ellerde gelecekte yapılacak çalışmalara yardımcı olunabileceği düşünülmüştür.

Konuyu seçmemde ve sınırlandırmamda beni yönlendiren değerli hocam ve yüksek lisans tez danışmanım Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ’e, gerçekten çok yoğun iş temposu arasında yaptığı yardımlar, eleştiriler için içten teşekkürlerimi bildirmek isterim. Çalışmam boyunca maddi manevi desteklerini esirgemeyen eşim ve çocuğuma da teşekkürü bir borç bilirim.

Ankara, Ağustos 2007

Mehmet Oğuz AKKUŞ

ÖNSÖZ	i
KISALTMA CETVELİ	v
GİRİŞ	1
1. KLASİK SUÇ TEORİSİNDE CEZA YAPTIRIMI	4
1.1. Ceza Yaptırımının Amacını Açıklayan Görüşler	5
1.2. Cezanın Türleri	8
1.3. Asli Ceza – Fer’i (Veya Mütemmim) Ceza Ayırımı	10
2. POZİTİVİST OKULUN KLASİK SUÇ TEORİSİNE ETKİSİ	11
2.1. Güvenlik Tedbiri Kavramının Ortaya Çıkışı	12
2.2. “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Kavramı	23
2.3. Fer’i (Veya Mütemmim) Ceza İle Güvenlik Tedbiri Kavramlarının Birbirinden Ayırımı Sorunu	29
3. 765 SAYILI TCK’DA YAPTIRIMLAR SİSTEMİ	35
3.1. Fer’i (Veya Mütemmim) Ceza Olarak, “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”	37
3.2. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Kapsamı	39
3.2.1. Yasaklanan Haklar Bakımından	40
3.2.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından	41
3.2.3. Yasaklamanın Fer’i (Veya Mütemmim) Ceza Olarak Bağlandığı Asli Ceza Bakımından	42
3.3. Fer’i Ceza Olarak, “Memuriyetten Yasaklılık Cezası”	42
3.4. Fer’i Ceza Olarak, “Belirli Bir Meslek Ve Sanatın İcrasının Tatili Cezası”	44
3.5. 765 s. TCK’daki Sistemin Kapsam Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunları Gidemeye Yönelik Olarak, Özel Kanunlarda Yapılan Düzenlemeler (“Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Meselesi)	49
3.6. Erteleme Kararının “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası” Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Üzerindeki Etkisi Bakımından Yüksek Mahkeme Kararlarının İrdelenmesi	51
3.7. Af Tasarrufunun “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası” Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Üzerindeki Etkisi Bakımından Ortaya Çıkan Sorunlar	54

3.8. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları”nın Ortadan Kaldırılması Yolu Olarak “Memnu Hakların İadesi”	58
--	----

3.9. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları”nın Ortadan Kaldırılması Sonucunu Doğuran “Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi” Yöntemi	63
---	----

4. YENİ TCK’NA İLİŞKİN ÖNTASARILAR İLE 2003 TASARISININ CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİNİN İRDELENMESİ	69
--	-----------

5. YENİ TCK’NUN SİSTEMİ	84
--------------------------------	-----------

5.1. Yeni TCK’nun Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Ayırımı Bakımından Benimsediği Sistem	90
--	----

5.2. Bu Sisteme Yöneltilen Eleştiriler Ve Bu Eleştirilerin Değerlendirilmesi	97
--	----

5.3. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belli Hak Ve Yetkileri Kullanmaktan Yasaklanmış Olmak	105
---	-----

5.3.1. Hukuki Niteliği	105
------------------------	-----

5.3.2. Kapsamı	106
----------------	-----

5.3.2.1. Yasaklanan Haklar Bakımından	106
---------------------------------------	-----

5.3.2.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından	109
---	-----

5.3.2.3. Yasaklama Sonucunu Doğuran Ceza Bakımından	110
---	-----

5.3.3. Hükümlünün, Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yasaklanmasına Ayrıca Mahkemece Hükmedilmesi Sorunu	111
--	-----

5.3.4. Ertelemenin Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belirli Hak Ve Yetkileri Kullanmaktan Yasaklanma Üzerindeki Etkisi	112
--	-----

5.4. Ceza Mahkûmiyetinin Yanında Ayrıca Belirli Hak Veya Yetkilerin Kullanmaktan Yasaklanmaya Hükmedilmesi	114
--	-----

5.4.1. Kapsamı	114
----------------	-----

5.4.1.1. Yasaklanan Haklar Bakımından	115
---------------------------------------	-----

5.4.1.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından	115
---	-----

5.4.1.3. Yasaklama Sonucunu Doğuran Ceza Bakımından	117
---	-----

5.5. Taksirli Suçlardan Mahkûmiyet Halinde Belirli Hak Veya Yetkilerin Kullanmaktan Yasaklanmaya Hükmedilmesi	119
---	-----

6. YENİ ADLİ SİCİL KANUNUNUN GETİRDİĞİ SİSTEMİN İRDELENMESİ	122
--	------------

6.1. 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Durum	123
6.2. 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum	130
SONUÇ	133
KAYNAKÇA	134
ÖZET	141
ABSTRACT	142

KISALTMA CETVELİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KTK	: Karayolları Trafik Kanunu
md.	: madde
no	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd	: ve devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Değişen ve gelişen teknoloji, artarak devam eden küreselleşme eğilimi, iletişim ve bilişimdeki baş döndürücü yenilikler, hem nitelik, hem de nicelik itibarıyla artan suçlar ve bunun yanında kendini yenilemesi gereken hukuk ilkeleri ve ceza adalet sistemi çerçevesinde, ülkemizde 2005 yılında köklü bir reform sayılması gereken bir şekilde kabul edilen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile bugüne kadar ceza mevzuatımızın dayandığı Suç Teorisi ve bunun uzantısı olan Yaptırım Teorisi köklü değişikliklere uğramıştır.

Bir taraftan 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışındaki suç teorisinin ve bu teorisinin temelinde yer alan illiyet bağlantısının suçları açıklamakta yetersiz kalması, diğer taraftan zaman içerisinde yapılan değişiklikler nedeniyle oluşan Kanunun kendi içinde uyum bozukluğu, Avrupa Birliği müktesebatına uyum için ülkemizin harcadığı gayret, insan hakları alanındaki gelişmeler ve bu haklara verilen önem ve önceliğin artması gibi sebepler, toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilen bir Ceza Kanununu gerekli kılmıştır.

Kişî hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek amacıyla kabul edilen Ceza Kanunu, ceza sorumluluğunun temel esaslarını, suçları, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türlerini düzenlemiştir. Ceza sorumluluğu ve suç teorisinin değişimine paralel olarak yaptırım teorisi de değişmiştir. Yeni yaptırım teorisine göre ceza, toplumca değer verilen yararların önemli derecede ihlaline karşı devletin öngördüğü yaptırım olarak tanımlanabilir. Yeni yaptırım teorisine göre; kişinin işlediği suçtan dolayı verilen ceza, onun kusuruna kefarete teşkil etmekte, yani ceza ile kişinin bu suçtan dolayı kusuru örtölmekte ve kişî resosyalize edilmektedir.

Sosyal hayatı mümkün kılmak, toplumsal hayatı disipline etmek ve insanların düzen içinde, kargaşa olmadan rahat bir hayat sürmelerini temin etmek için, devlet tarafından kanunla yaptırım altına alınmış suçların işlenmesi halinde cezaya hükmedilmesi, yaptırım teorisinin temel amacını oluşturur. Suçu karşılığı çektiği ceza ile suçlu ibra edilmekte, toplum tarafından aklanmaktadır. Bu nedenle, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla –cezasını çekse dahi- suçlunun ömür boyu toplum içinde damgalı olarak bulunması, süresiz olarak bazı hakları kullanamaması esasına dayanan eski yaptırım teorisi sistemi terkedilmiştir.

Pozitif hukuk okulundan beri tartışılan ve 19. yüzyıl sonlarında hukuk âlemine giren güvenlik tedbirleri de, yaptırım sisteminin temel taşlarından biridir. 765 sayılı TCK'da kimi yerde fer'i ceza, kimi yerde asli ceza, kimi yerde de tedbir olarak görülen güvenlik tedbirleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümler bölümünde, ayrı bir başlık altında müstakil olarak düzenlenmiştir.

Yaptırım sisteminin esaslı unsurlarından olan güvenlik tedbirleri hakkında 765 sayılı TCK esas alınarak yapılan çalışmalar, artık bu yaptırım türünü açıklamaktan uzak kalmış, yeni yaptırım teorisi felsefesine dayanılarak konunun incelenmesi gereği doğmuştur. Aynı şekilde, güvenlik tedbirleri içinde yer alan kişinin almış olduğu ceza nedeniyle belli hakları kullanmaktan mahrum olması hususu da 765 sayılı TCK'nunda olduğu gibi farklı maddelerde, farklı tiplerde değil, müstakil bir maddede düzenlenmekle, yeni yaptırım teorisi çerçevesinde açıklanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Konunun sınırlarının çizilmesi açısından inceleme konumuzda güvenlik tedbirlerinin sadece ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunlukları kısmı, yani 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesi esas alınmaktadır. Konu ile ilgili tanımlara kısaca yer verilmekte fakat konu bütünlüğünün dağılmaması için tanımlara ilişkin tartışmalara girilmemektedir. Çalışma 6 bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde, klasik suç teorisindeki ceza yaptırımını incelenmektedir. Batılı ülkeleri uzun süre etkileyen ve 765 sayılı TCK'nun da benimsediği bu sistemdeki ceza yaptırımının amacı ve ceza türlerine kısaca değinilmektedir.

İkinci bölümde, pozitivist okulun klasik suç teorisine etkisi ele alınacaktır. Güvenlik tedbiri kavramının ortaya çıktığı bu dönemin özelliklerinin yanı sıra, ceza mahkûmiyetinin yan sonuçları konusu da açıklanacaktır.

Üçüncü bölümde, 765 sayılı TCK'nda düzenlenen yaptırımlar sistemi ele alınacaktır. Fer'i veya mütemmim ceza olarak verilen cezaların özelliklerine değinildikten sonra, erteleme, af, memnu hakların iadesi ve adli sicil kaydının silinmesi işlemlerinin bu sistem içindeki yeri irdelenecektir.

Dördüncü bölümde, öntasarılar ve tasarılarda güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeler incelenecek, yeni yaptırım sisteminin mantığının anlaşılması için mukayese imkânı bulunacaktır.

Beşinci bölümde, 5237 sayılı TCK'nda düzenlenen yaptırımlar sistemi ele alınacaktır. Kanunun 53. maddesinde düzenlenen belli haklardan yoksun bırakılma tedbiri açıklanacaktır.

Altıncı bölümde, yeni Adli Sicil Kanununun getirdiği sistem irdelenecektir. 5560 sayılı Kanunla önemli bir değişiklik geçiren kanunun, 5560 sayılı Kanundan önce ve sonraki uygulaması ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. KLASİK SUÇ TEORİSİNDE CEZA YAPTIRIMI

Hukuk devleti üç esas üzerine inşa edilmiştir. Bunlar: insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin temin edilmesi ve güvenliğin sağlanmasıdır. Ceza kanunlarının bu temel esaslara aykırı olması düşünülemez¹.

İnsanlar ihtiyaç ve tepkilerini dış âleme davranışları ile gösterirler. Bu davranışlar haklı ya da haksız olabilir. Haksızlık oluşturan bir davranış gerçekleştirildikten sonra, bu haksızlığı artık gerçekleştirmemiş saymak mümkün değildir. Ancak, yükümlülükler aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında, hukuk düzeninin devamı amacıyla, bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu bakımdan, “yaptırım”, insanın yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı hukuki sonuçtur. Diğer yandan ceza kanunlarında düzenlenen yaptırımlar, bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahaleyi içerir².

Ceza, suç olarak tavsif edilen, toplumsal düzenin ihlalinin önlenmesi ve ihlal edilmiş ise bastırılması için tatbik edilen müeyyidedir. Bir elem ve ızdırap mahiyetinde olan cezanın gayesi korkutma-önleme, korkutma-uslandırma ve tasfiyedir³.

¹ Murat AKSAN: “Yeni TCK’da Yaptırım Sistemi”, HPD, (Sonbahar 2004/2), 178

² İzzet ÖZGENÇ: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, (Ankara, 2006), 578, Murat AKSAN: a.g.m., 178

³ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 4. Bası, (İstanbul, 1980), 70; Öte yandan, “cezanın sahip olması gereken objektif koşulların, 765 sayılı TCK. sistemi içerisinde korunmaya çalışıldığı saptanabilmektedir. Cezalarla ulaşılmak istenen iki amaçtan korkutma-önleme ve korkutma-uslandırma amaçlarının ise, 765 sayılı TCK. sistemi içerisinde dengeli olarak gerçekleştirilemediği, suçlar karşılığı öngörülen cezalarda daha çok korkutma-önleme amacının baskın bulunduğu, buna karşılık 647 sayılı CİHK. ile korkutma-uslandırma amacına öncelik verildiği görülebilmektedir.”; Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, (Türk Ceza Hukukuna Giriş Bölümü), Çev: Feridun YENİSEY (İstanbul, 1989), 159

Bir cezanın kendisinden beklenen faydaları temin edebilmesi için, bu cezanın verdiği azap ve şiddetin, o suçun işlenmesinden hasıl olacak faydayı aşmış bulunması kafidir. Bu hududu geçen bütün cezalar ise faydasız ve nihayet zulümdür⁴.

Tarihi gelişim içinde Batı hukukunu uzun süre etkilemiş olan klasik suç teorisi, 765 sayılı TCK döneminde ülkemizde de uygulanmıştır.

1.1. Ceza Yaptırımının Amacını Açıklayan Görüşler

Topluma ya da bireylere verilen zararlar karşısında bir sosyal tepki gösterilmiş ve işlenen suç karşılığı uygulanan bu tepkiye ceza adı verilmiştir. Ceza yaptırımının amacının ne olması gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin eski devirlerde şahsi öç alma ve hatta kefarete fikri ağırlık kazanmışken, daha sonraları ve 19. yüzyılın ilk yarısında suç failini uslandırma da ceza yaptırımının amacı içinde düşünülmeye başlanmıştır⁵. Cezanın anlam ve amacı ise üç ana başlıkta toplanabilen tarihi bir gelişim göstermiştir.

Cezanın anlam ve meşruiyetini kefarette bulan Mutlak Teorinin mimarlarından Platon'a göre, suç ile bozulan toplumsal düzen, cezalandırma ile tekrar sağlanabilecektir. Cezanın amacını genel ve özel önleme ile toplumun suçlardan korunmasında bulan Nisbi Teori ise, cezanın faydacı yönüne dikkati çekmektedir. Cezanın önleme fonksiyonu da olduğunu, fakat önde gelen amacının kefarete teşkil etmek olduğunu ileri süren Telifçiler ise, cezanın miktarını kusura göre belirlemekle yukarıdaki iki teoriyi

⁴ Beccaria: Suçlar Ve Cezalar, Çev. Muhittin BÖRKLÜ, 3. Baskı, (İstanbul, 1964), 183

⁵ Özcan UÇKAN: Türk Hukukunda Meslek Ve Sanatın Tatili Müeyyidesi Ve Uygulama Sorunları, (Eskişehir, 1983), 21

bağdaştırmaya çalışmaktadırlar. Çünkü kişinin işlediği suçtan dolayı kusurlu olması, cezanın meşruluk zeminini oluşturmaktadır⁶.

Telifçilere göre, cezanın miktarı failin kusuruna göre belirleneceğinden, cezanın işlenen suçun kefareti olması hususunda aşırılığa gidilemeyerek ağır cezalara hükmedilemeyeceği gibi, korkutucu olan ceza eğitici bir etki de gösterecektir. Diğer yandan teoriyi savunan bazı yazarlar, cezanın özel önleme etkisi ve amacını ön plana alırken, bazı yazarlar da cezanın genel önleme etkisinin ve amacının ön planda olduğu düşüncesindedirler⁷.

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini pozitivistlerin başlattığı⁸ kabul edilmektedir. Pozitivist okulun ortaya çıkmasından önce güvenlik tedbirlerinin mevcut olmadığı söylenebilir. Bu dönemde belli başlı iki ceza akımı vardır: Kefaret-ceza anlayışı ve genel önleme amacına yönelik ceza anlayışı. Bu iki yaklaşımda da güvenlik tedbirlerine yer yoktu. Kefaretçi anlayışta ceza kusura dayandırılmakta ve cezanın ağırlığı kusura paralel olmaktaydı. İkinci anlayışta ceza göz korkutma ve yıldırma aracı idi. Bu iki anlayış da sonuçta birbirini tamamlıyordu⁹.

⁶ Ayşe NUHOĞLU: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri (Ankara, 1997), 25 vd.; “Ceza, değerden soyut bir tepki değildir. Aksine, işlediği fiil dolayısıyla failin sosyal etik değerler ölçüsünde azarlanmasını ifade etmektedir. Bu itibarla, kusur, ceza açısından büyük bir önemi haizdir. Genel veya özel önleme mülahazasıyla da olsa; işlediği fiil dolayısıyla kusurlu bulunmayan bir kimsenin cezalandırılmasının hiçbir haklı yönü olamaz. Bu nedenle, kusur, işlediği fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için yegane dayanağı oluşturmaktadır.”; Ahmet GÖKCEN: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı Ve İnfazı Sistemleri”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C 8, S 1-2, (Konya, 2000), 213; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001), 99

⁷ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 28

⁸ “Pozitivistler kişilerin serbest irade sahibi olmadıklarını, şartların esiri olduklarını, bu nedenle adeta suç işlemeye mahkum olduklarını, ancak toplumun suçlulardan korunması gerektiğini, bunun çaresinin güvenlik tedbirleri olduğunu, esasen cezalandırmanın amaç olmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.”; Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, 1998), 582

⁹ Öykü Didem AYDIN: Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara, 1993), 3

Her ne kadar İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibas edildiği yıllarda İtalya'da güçlü bir okul mevcut idi ise de (pozitivist okul) bu okulun düşünceleri henüz pozitif mevzuata yansımamıştı. Bu nedenle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yapıldığı yıllarda hâkim olan klasik okulun ve özellikle Francesco Carrara'nın fikirlerinin tesiri altında kalmıştır. Oysa İtalya 1930 yılında yeni bir Ceza Kanunu kabul ederek pozitivist okulun düşüncelerini de bu kanuna yansıtmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununa esas olan İtalyan Ceza Kanunu 19. yüzyılın ikinci yarısının düşüncelerini kanunlaştırmıştır. Tüm diğer asırdaşları gibi, Devlet iktidarı karşısında kişi özgürlüklerini korumak amacını gütmüştür. Bu nedenle kazuistik metotla yapılmıştır. Amaç kişinin hareket ve özgürlük alanını belirlemek olmuştur. Her şey akıl ile düzenlenmek istenmiş, ancak kapsamı ile hayatın verileri birbirine uymamıştır. Bu nedenle kanun, realitelere uzak, soyut kalmıştır. Netice olarak uygulamada güçlülere sebebiyet vermiştir. Mesela teşebbüste hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini belirlemek mümkün olamamıştır. Keza iştirakte ne zaman asli ne zaman fer'i iştirak olduğunu somut olayda her zaman belirlemek mümkün değildir.

Klasik objektivist düşünceyi benimseyen 765 sayılı TCK sistemine göre kişinin cezalandırılması için failin bir fiil icra etmesi ve bir zarara sebebiyet vermesi veya zarar tehlikesi yaratması gerekir. Eğer bir fiil ile meydana getirilen bir zarar veya zarar tehlikesi yok ise ortada cezalandırılacak bir şey yoktur. Bir suçun ağırlığı failin fiili ile verdiği zarara veya zarar tehlikesine ve bunun yarattığı toplumsal endişeye ve failin bu zararı isteyip istemediğine bağlıdır. O halde suç işlemek isteyip de suç konusunda veya kullanılan vasıtada mutlak imkânsızlık dolayısıyla fiilen amacına ulaşamayan kişiyi cezalandırmak mümkün olamamaktaydı.

Klasik okulun mantığının tabii sonucu olarak soyut fiile, suça bakıldığı için suçlu unutulmuştu. İtiyadi, mesleki, profesyonel, ihtiraslı, akıl hastası suçlulara yer verilmemişti. Toplum için tehlike teşkil eden bu kategori

suçlulara ve suçlunun kişiliğine ilişkin ceza veya güvenlik tedbirleri konmamıştı. Esasen bu grup suçluları, pozitivist okulun düşünceleri ile hukuk âlemine girmiştir. Ancak kanun daha eski bir kanun olduğundan toplum için tehlike arz eden suçlular, dolayısıyla suçlu irade göz önüne alınmamıştır¹⁰.

1.2. Cezanın Türleri

Eski hukukumuzda cezalar dörtlü bir tasnife tabi tutulmuştur. Bunlardan birincisi *asli cezalar*dır. Suç için temelde tesbit edilen cezalara denir. Adam öldürmek için, kısas ve hırsızlık için el kesme gibi. İkincisi, *bedeli cezalar*dır. Asli cezaların yerine geçen cezalara denir. Meşru bir sebepten dolayı suçların asli cezaları uygulanmazsa bunların yerine uygulanan cezalar. Adam öldürme cezasında kısaca bedel, diyet veya tazir cezası verilmesi bedeli cezadır. Üçüncüsü; *tebei cezalar*dır. Bunlar, tek başına verilmeyip asli cezalara bağlı olarak terettüp eden cezalar. Katilin mirastan mahrum olması gibi. Hakimin hükmünde bunları tasrih etmesine gerek yoktur. Dördüncüsü, *tamamlayıcı (tekmili) cezalar*dır. Bunların tebei cezalardan farkı müstakil kararlar sabit olmasıdır. Yani kadı'nın ayrıca bunlara karar vermesi gerekir. Eli kesilen hırsızın kesik elinin boyuna bağlanması gibi¹¹.

Batı'daki tarihi süreç içinde uygulanan klasik suç teorisinde, Beccaria, Camignani ve Carrara tarafından savunulan düşünceye göre, kişilerin veya toplumun güvenliğini ihlal eden fiiller cürüm, ammenin iyiliğini ve gelişmesini ihlal eden fiiller ise kabahatlerdir. Cürümler kendi başlarına, yapıları gereği

¹⁰ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 3. Baskı, (Ankara, 1999), 11, 12

¹¹ Halil CİN ve Ahmet AKGÜNDÜZ: Türk-İslam Hukuk Tarihi, Cilt I, (İstanbul, 1990), 314; Cavit ERDEM: Türk Ve İslam Ceza Hukuklarında Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 1997), 47 vd

kötülük teşkil ederler. Kabahatler ise yasak edildikleri için kötü olan hareketlerdir¹².

Klasik suç teorisinin etkili olduğu 19. yüzyıl ceza kanunlarında suçlar cürüm, cünha ve kabahat olarak bir ayırıma tabi tutulmaktaydı, Cürümler karşılığında ağır hapis cezası, cünhalar karşılığında hapis cezası ve kabahatlerde ise hafif hapis cezası öngörülüyordu. Buna bağlı olarak da para cezası; ağır para cezası ve hafif para cezası olarak bir ayırıma tabi tutuluyordu. Cürüm ve cünhalar açısından ağır para cezası, kabahatler açısından ise hafif para cezası uygulanıyordu. Fakat 20. yy.da kara Avrupası kanunlarında yapılan değişiklikle bu üçlü ayırım yerini ikili ayırıma terk etmeye başladı. Tam o geçiş döneminde suçlar, cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmakla beraber cezalar ağır hapis, hapis ve hafif hapis olarak bir ayırıma tabi tutulmuştur. 19. yüzyılın son çeyreğinde hazırlanmış olan ve bizim de iktibas ederek uyguladığımız İtalyan Ceza Kanununda suçlar için üçlü ayırım değil ikili ayırım benimsenmiştir. Cezalar açısından ise üçlü ayırım dikkate alınmıştır¹³.

Cezaların ismen sayıldığı 765 sayılı TCK'nun 11. maddesi cezaları; Cürümlere Mahsus Cezalar ve Kabahatlere Mahsus Cezalar olarak iki kısma ayırmıştı. Buna göre cürümlere mahsus cezalar; ölüm, ağır hapis, hapis, sürgün (647 sayılı Kanununun geçici 2. maddesi ile kaldırılmıştır), ağır cezai nakdi ve hidematı ammeden memnuiyettir. Kabahatler için mevzu cezalar ise; hafif hapis, hafif cezai nakdi ve muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası cezalarıdır. Sisteme göre, 11. maddede gösterilmeyip diğer bir maddede yer almış bulunan bir müeyyide ceza olarak kabul edilmemiştir¹⁴.

¹² Doğan SOYASLAN: Ceza Özel, a.g.e., 14

¹³ İzzet ÖZGENÇ: "Türk Ceza Kanunu Sempozyumu"; Türk Hukuk, 91 (Eylül 2004), 10

¹⁴ YİBK; 18.11.1936, E. 36; Ayrıca; "Serseri ve dilencilerin boğaz tokluğuna veya müstehak oldukları ücretin yarısının verilmesi suretiyle muayyen müddet idarei hususiye ve belediye işlerinde çalıştırılmaları TC.K'nun 11 inci maddesinde tarif ve tadat olunan cezalardan madut olmayıp içtimai ve iktisadi bir tedbir mahiyetindedir. (YİBK, 23.05.1941, 28-11)"; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 71

1.3. Asli Ceza – Fer'i (Veya Mütemmim) Ceza Ayırımı

Cezalar kanun koyucunun verdiği değerlere, hükmediliş biçimlerine ve aralarındaki münasebetlere göre değişik şekillerde tasnif edilmektedirler. Buna göre cezalar; Asli Ceza, Fer'i Ceza ve Mütemmim (Tamamlayıcı) Ceza olarak üçe ayrılmaktadır.

Kanun koyucunun suça doğrudan doğruya karşılık olarak koyduğu ceza, asli cezadır. Diğer bir anlatımla, cezalandırmayı temsil eden ceza asli cezadır. Asli cezalar başka bir cezaya dayanmadıkları gibi diğer bir ceza ile birlikte bulunmaları da şart değildir. Söz konusu bu cezalar, hâkim tarafından süresi belirlenmek suretiyle tayin ve tespit olunur.

Her suç karşılığı olarak verilmesi gereken diğer cezalara fer'i ceza denir. Yani, Kanun koyucunun her bir suçla ilgili olarak belirlediği “asli ceza”ya diğer bir takım yaptırımlar da eklemesi durumunda, “fer’î ceza” söz konusu olur. Asıl amacı, asli cezanın etkinliğini artırmak ve uslandırıcı niteliğini güçlendirmek olan fer’i cezanın asli ceza olmadan hükmedilmesi mümkün değildir. Asli cezadan ayrı olarak verilmesi mümkün olmayan fer’i ceza, asli cezanın bir sonucu olmak üzere kendiliğinden, diğer bir anlatımla ayrıca hükümde açıklanmasına lüzum olmaksızın ortaya çıkan bir cezadır.

Mütemmim (tamamlayıcı) ceza ise fer’i cezada olduğu gibi asli cezaya onu kuvvetlendirmek amacıyla ve fakat ancak hâkimin hükmetmesiyle uygulanabilir. Tamamlayıcı ceza fer’i cezaya yakındır. Çünkü ikisi de asıl cezaya bağlı olarak verilmektedir. Fakat aralarında bir fark vardır. Fer’i ceza hükümde yer almasa bile hükümlüye çektirilir. Tamamlayıcı ceza unutulmuşsa veya hükümde yoksa çektirilemez¹⁵.

¹⁵ Doğan SOYASLAN: Ceza Genel, a.g.e., 587

2. POZİTİVİST OKULUN KLASİK SUÇ TEORİSİNE ETKİSİ

Suç, toplumsal düzenin devamı için korunması gereken hukuki değerlerin bilinçli olarak ihlal edilmesi veya en azından bu değerlere yönelik kurallara karşı gösterilen özensizliği içeren insan davranışlarıdır. Bu nedenle, hukuka aykırılık vasfı bulunmayan, toplumsal hayat için vazgeçilemez değerleri ihlal etmeyen davranışlar kanunlarda suç olarak tanımlanmazlar. Suç karşılığı hükmedilen cezaların ve güvenlik tedbirlerinin teknik olarak ancak kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufları ile konulabilmesi ile ceza hukukunun güvence fonksiyonu sağlanmış olur¹.

Yaptırım olarak sadece cezayı kabul eden Klasik okuldan sonra pozitivist okul, suçlulukla mücadelede cezalar yanında felsefesi, nitelik ve karakteri farklı olan bazı yaptırımlar öngörmüştür. Bunlar güvenlik veya emniyet tedbirleri olarak adlandırılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde, emniyet tedbiri, kural olarak isnat yeteneği bulunmayan ve toplumsal bakımdan tekrar bu tür fiilleri işleyeceği yönünde tehlike yaratan failer hakkında doğrudan doğruya uygulanmakla birlikte, istisnaen kusur yeteneğine sahip ceza ehliyeti bulunan kişilere de suç işlediklerinde ceza ile birlikte veya ceza yerine dolaylı olarak uygulanabilmekte idi².

¹ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN: Uygulamalı Ceza Hukuku (Ankara, 2001), 14 vd.

² Hamide ZAFER, “Vesayet Makamı Ve Emniyet Tedbiri Yargılaması Yapan Makam Olarak Çocuk Mahkemeleri”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi GÖZE Armağanı, (İstanbul, 2004) 264; Hamide ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, İÜHFM, C.LXII, S. 1-2, (İstanbul, 2004), 271,

2.1. Güvenlik Tedbiri Kavramının Ortaya Çıkışı

Kelimeleri tarif etmeden girişilecek her tartışma, kısır kalmaya mahkûmdur³. Bu sebeple, önce kavram olarak güvenlik tedbirinden ne kastedildiğinin ortaya konması gerekmektedir. Çünkü doktrin, aynı mefhumu değişik şekillerde yorumlayarak anlamını oldukça farklılaştırmıştır.

“Güvenlik Tedbiri” kavramını açıklayabilmek için her şeyden evvel, üst kavram olan tedbir kavramı üzerinde durmak gerekir. “Tedbir” sözcüğü, sözlük anlamında, ileriye, geriye görebilme, işin sonuçlarını hesaplayabilmeyi ifade eder. Genellikle kabul edildiğine göre, “bir işin veya durumun olumlu veya olumsuz sonuçlarını düşünerek, o işin veya durumun doğuracağı olumlu sonuçların nedenlerini hazırlamak veya olumsuz sonuçların nedenlerini ortadan kaldırmak için teşebbüse geçmektir” biçiminde tanımlanmaktadır⁴.

Tedbirlerin yerine getirdikleri görevlerden yola çıkarak konunun açıklanmasına çalışan bazı yazarlar, cezanın yanı sıra hâkimin vereceği diğer bazı tedbir kararlarıyla suçu önleme, toplumu koruma amacının gerçekleşebileceğini, cezanın daha ziyade ıslah görevini üstüne almış iken önleme görevini üstlenen tedbirlerin de güvenlik tedbirleri olması gerektiğini ileri sürmüştür⁵.

Artuk’a göre güvenlik tedbirleri⁶, “suçun işlenmesini müteakip yeni suçların işlenmemesi için kişinin arzusu hilafına uygulanan ve bu nedenle kişiye acı ve ızdırap veren, amacı suçta tekerrürün önlenmesi olan önleme ve tedavi vasıtalarıdır”.

³ Cemil MERİÇ: Bu Ülke (İstanbul, 1993), 52

⁴ Ali Naim İNAN: “Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma Ve Emniyet Tedbiri Kavramları”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir BERKİ Armağanı, C 5, S 1-2, (Konya, 1996), 15

⁵ Cavit ERDEM: a.g.e., 47 vd.

⁶ Mehmet Emin ARTUK: “Emniyet Tedbirleri”, Argumentum, S. 23 (1992), 350

Konu hakkındaki doktora tezinde Nuhoğlu güvenlik tedbirlerini⁷; “Tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan, tehlikelilik ile orantılı olan, genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan, kanunla belirlenen ve hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlar” olarak tanımlamıştır.

Yeni Ceza Kanununun hazırlanmasında büyük emeği geçen Özgenç’in bizim de katıldığımız tanımına göre Güvenlik Tedbiri; “işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır^{8,9}.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa kadar ceza kanunlarında güvenlik tedbiri veya bu anlama gelebilecek herhangi bir kavram mevcut değildi. 765 sayılı TCK’nunda bu tabire hiç yer verilmezken, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinde “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek tedbirler” kavramı kullanılmıştır. 1961 Anayasasının 33. maddesinde “ceza tedbirleri” kavramı¹⁰ geçmekte ise de, 1982 Anayasası aynı konudaki 38. maddesinde “ceza yerine geçen güvenlik önlemleri” denilerek “güvenlik önlemleri” terimini kullanılmıştır. Yine literatürde “önleme tedbiri” kavramının da zaman zaman kullanıldığı görülmektedir.

⁷ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 9

⁸ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 627

⁹ Güvenlik tedbirinin diğer tanımları için bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 568; Anayasa Mahkemesi, 9/3/1971 gün ve 1970/42 - 1971/30 E. K. Sayılı Kararı, R.G.; 23.11.1971/ 14021; Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 45, Zeki HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, a.g.e., 263, 241; Nevzat TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım (Ankara, 2005), 387; Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 419; Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 533

¹⁰ “Anayasa’nın 33. maddesinde “Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur... Ceza sorumluluğu şahsidir” denilmektedir. Anayasa’da (Emniyet tedbirleri) yerine (Ceza tedbirleri) teriminin yanlış olarak kullanıldığı, amacın (Emniyet tedbirleri) olduğu aşikârdır. Zira ne ceza kanunumuzda ne de ceza hukukunda (Ceza) dan ve (Emniyet tedbiri) nden başka ayrıca bir (Ceza tedbiri) müessesesine yer verilmemiştir.”; (Anayasa Mahkemesinin 11.02.1964 gün ve E. 1963/330, K. 1964/15 sayılı Kararı; R.G.:14.07.1964/11753)

Tanımına bu şekilde vakıf olduğumuz güvenlik tedbirlerinin tarihi gelişimi ile ilgili yapılacak açıklamaların sağlam temellere dayandırılmayacağı konusunda görüşler olmakla beraber, okullar mücadelesinden ve Pozitivist okulun esaslarının ortaya çıkmasından önce de, toplumun suçlardan korunması fikri mevcuttu ve cezanın ödetici olma niteliği yanında önleyici amaçlara hizmet etmesi de ileri sürülmekteydi¹¹.

Tarihin bütün dönemlerinde topluma veya bireye zarar veren fiillere karşı bir sosyal tepki gösterilmiş ve tepki bir suç nedeniyle uygulandığında da “ceza” yaptırımı olarak kendisini göstermiştir. Cezanın ilkel toplumlardaki içgüdüsel şeklinden gelişmiş toplumlardaki sistemli yapısına ulaşılırken amacında da sürekli bir değişim gerçekleşmiştir¹². Zaman içinde, sadece soyut hürriyeti bağlamayla suçluluk ile mücadele edilemeyeceği, mükerrirlerin sayısının çokluğu nedeniyle anlaşılmış, verilen cezanın, suçlunun suç işleme sebepleri ve kişiliğine uydurulması gereği idrak edilmiş ve cezaların yanında güvenlik tedbirleri ortaya çıkmıştır¹³.

Gerçekten de; kusurun derecesi ile orantılı olarak uygulanması gereken cezalar, her zaman ceza hukukundan beklenen önleme görevini yerine getiremezler. İşte bu durumlarda, amacı; fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi de olan, failin eğitilmesi, tedavi edilmesi veya koruma altına alınması suretiyle yapılan ve “güvenlik tedbirleri” adı verilen müdahaleler ile cezanın tamamlanması gereklidir¹⁴.

¹¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 567, 568

¹² Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 25

¹³ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara, 1998), 575, 576

¹⁴ “1969 yılında Alman ceza hukukunda yapılan reform ile “zorunlu olan kadar az ceza, mümkün olduğu kadar fazla sosyal yardım ilkesi” getirilmiştir.”; Timur DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara, 2002), 477

Roma Hukukunda, bugünkü anlamda olmamakla birlikte cezaların yanında güvenlik tedbirlerine de yer verilmiştir¹⁵. Öte yandan, yaşı küçük olanlar¹⁶ ve akıl hastalarının cezalandırılmayacakları hususu Roma Hukukunda da kabul edilmiştir. 15. yüzyıl ile 19. yüzyıl arası yürürlüğe giren kanunlar, genellikle çocukların cezai sorumluluğu konusunda Roma Hukukunun esaslarına bağlı kalmışlardır. Zira bu kanunların çoğu Roma Hukukundan etkilenmiş veya iktibas yoluyla aynı esasları almıştır.

Alman Hukukunda güvenlik tedbirleri niteliğindeki yaptırımlara ilişkin ilk düzenleme ise 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina*'nın 136, 150, 176 ve 195 nci maddelerinde görülür. Bu maddelerde toplum bakımından tehlikeli faillerin belirsiz bir süre boyunca ıslahevi veya cezaevinde tutulması hali düzenlenmiştir. Özellikle *Carolina*'nın 150. maddesinde, akıl hastası faillerin adam öldürme suçu işlemeleri hali, hukuka uygunluk sebebi sayılarak, bu kişilerin cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir¹⁷.

Suçluluğun nedenlerini failin kişiliğinde, onun fizik, anatomik, psikolojik ve fizyolojik yapısında arayan Lombroso, suçlunun şahsında bulunan gayritabiilikler nedeniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içinde meydana gelen suçu, doğum, ölüm gibi tabi bir hadise olarak kabul eder. Lombroso'ya göre, söz konusu gayritabiiliklerin etkisiyle suç işleyen suçluyu harekete geçiren nedenler, onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest olmayan yani irade serbestîsi bulunmayan suçlular ve özellikle doğuştan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesiri bulunmamaktadır. Pozitivistlere göre asırlardan beri suçlulukla mücadelede kullanılan tek vasıta olan ceza, suç ve dolayısıyla suçluların sayısını azaltmamıştır. Bunun nedeni basittir: Bir kere suç işlerken kendilerine bir ceza verileceğini dahi düşünmeyen doğuştan

¹⁵ Bunlara örnek olarak belirli bir yerde ikamet zorunluluğu, belirli yerlere girmenin yasaklanması, memuriyetten yasaklama ve ticaret ve sanatın men'i gösterilebilir. Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 29

¹⁶ Roma hukukunda yedi yaşını doldurmamış çocukların cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir. Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 29

¹⁷ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 29, 30

suçlular ve ihtirasi suçlular bakımından ceza elverişli değildir. Sosyal tedbirlerle desteklenmeyen ve bu nedenle itiyadi ve tesadüfî suçluları suç işlemeye yönelten sosyal etkenlerle tek başına mücadele edemeyen ceza, söz konusu kimseler hakkında da yetersizdir. Ayrıca cezanın amaçlarından biri de failin uslandırılması olduğundan ve bunun için onun kişiliğinin araştırılması gerektiğinden kendisiyle uzun müddet temasa geçilmeyen suçlunun ne kadar bir zaman zarfında uslanabileceği önceden kestirilemez. Bu bakımdan suçlular hakkında yaptırımın belli bir müddetle sınırlandırılması doğru değildir. Suçun genellikle bir arada bulunan kişisel veya toplumsal nedenlerle meydana geldiğini belirten bu determinist düşünce, suçları önlemek için cezadan başka önleme tedbirlerine başvurulması gerektiği kanaatindedir. Pozitivistler, serbest iradesi olmayan suçlunun manevi sorumluluğunun olmamasına rağmen, suçlunun toplum içinde yaşadığı ve topluma zarar verdiğinden toplumsal sorumluluğu olduğunu ileri sürerler. Kefaret ve manevi sorumluluğa dayanan “ceza” kavramını reddeden Pozitivistler, bir taraftan toplumun savunulması, diğer taraftan serbest iradesine göre değil, şahsında bulunan gayritabiilikler veya çevrenin etkisiyle suç işleyen kimseler için önleyici ve tenkilî olmak üzere iki türlü tedbirin uygulanmasını savunurlar¹⁸.

Almanya’da Modern Okulun görüşlerini savunan von Liszt’in çabaları ile suçluları iyileştirme düşüncesi önem kazanmıştır. Bunun sonucu olarak modern (von Liszt, Stooss) ve klasik (Binding, Birkmeyer, Kant, Beling ve Hegel) doğrultudaki Alman ceza hukukçuları arasında sert tartışmalar başlamıştır. Tartışmalardan sonra kusura ilişkin olan cezanın kalkması fikri kabul edilmiştir. Ancak cezanın önleme amacını yerine getirmediği durumlarda yaptırımlar sisteminin güvenlik tedbirleri ile tamamlanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Öte yandan 20. yüzyılın başlarında kısa aralıklarla ortaya çıkan ceza kanunu tasarılarında da Stoos tarafından şekillendirilen ve aşağıda

¹⁸ Mehmet Emin ARTUK: a.g.m., 350

açıklanacak olan “iki izlilik” ilkesi hakim olmuş ve farklı isimler altında da olsa sayı ve nitelik bakımından belirli güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Söz konusu tasarıların hiçbirisi kanunlaşmamıştır¹⁹. Buna rağmen pozitivistlerin tedbire ilişkin düşünceleri mevzuatı etkilemiştir. Ferri’nin başkanlığı altında hazırlanmış olan 1921 İtalyan Ceza Kanunu Öntasarısı, “ceza” terimine yer vermeyerek “yaptırım” kavramını kullanmıştır. 1926 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu 1. maddesinde toplumsal bakımdan tehlikeli fiillerin faillerine “toplumsal savunma tedbirleri”nin uygulanacağı öngörülmüştür.

Özellikle 1. Dünya Savaşına müteakip devletler güvenlik tedbirlerini mevzuatlarına kabul etmeye başlamışlardır. Önceleri devletlerin ceza mevzuatlarına özel kanunlar yoluyla giren güvenlik tedbirleri (örneğin Fransa), daha sonraları çıkarılan yeni ceza kanunlarında (örneğin İtalya, İsviçre) sistemli bir biçimde yer almıştır. Eski ceza mevzuatlarını korumakta devam eden ülkelerde ise tedbirlere ya özel kanunlarda veya ceza kanunlarına konulan tek tük hükümlerde rastlanmaktadır²⁰.

1921 İtalyan Ceza Kanunu Öntasarısı, 20. yüzyılın başında yürürlüğe giren bütün ceza kanunlarında etkili olmuştur. “Tekçi sistem” olarak adlandırılan ve sadece güvenlik tedbirlerine yer veren Tasarı, kanunlaşmamasına rağmen doktrini etkilemiştir²¹. Pozitivistlerden *Von Listz* de bu konuda yoğun çalışmalarda bulunmuş, Ferri ile birlikte her iki yazar cezalar ile güvenlik tedbirlerini birbirinden kesin olarak ayırmayı ve her iki müeyyide çeşidine ayrı ayrı görevler verilmesini uygun görmüşlerdir²².

¹⁹ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 33-35

²⁰ Mehmet Emin ARTUK: a.g.m., 350

²¹ 5 Mart 1954 tarihli Groenland Kanunu cezaları bertaraf ederek, sadece güvenlik tedbirlerini müeyyide olarak uygulamaktadır. (Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 574)

²² Haluk ÇOLAK ve Uğurtan ALTUN: a.g.m., 4, 5

Zamanla manevi sorumluluk esasına bağlı kalan Klasik Okulun görüşleri sonucu doktrinde, ceza hukukunun yaptırım sisteminin “iki şeritli” bir yola benzediği, şeridin birini cezaların, diğerini de güvenlik tedbirlerinin oluşturduğu kabul edilmiştir. Buna “iki izlilik” de denilmektedir. Bu sisteme göre, aynı suçu işleyen iki kişiden her yönüyle sağlam olan suçlu ceza tedbirine (hapis gibi) mahkûm edilirken, akıl hastası gibi sağlam olmayan suçlu ise güvenlik tedbirine (akıl hastanesine yatırılma gibi) mahkûm edilecektir. 1933’te Alman Ceza Kanununa güvenlik tedbirlerinin ilk kez girmesinden sonra diğer ülke kanunları da kanunlarında güvenlik tedbirlerine yer vermeye başlamışlar ve iki şeritli, iki izli yaptırım sistemi ceza hukukunda uygulanmaya başlanmıştır²³.

Öte yandan doktrinde pozitivistlerin etkisinde kalınarak Aristo mantığı uyarınca “ya ceza, ya güvenlik tedbiri” uygulanması gerektiği, birinin kabul edilmesi halinde diğerinin kabul edilemez olduğu tartışmaları yapılmıştır²⁴. Aristo mantığı, siyahla beyaz, artıyla eksi, bir ile sıfır, doğru ile yanlış gibi sadece iki seçenek bulunduğu, bunlardan birinin varlığı halinde diğerinin mevcut olamayacağı, birisi kazanırken diğerinin mutlaka kaybetmeye mahkûm olduğu esasına dayanır. Aristo mantığının alternatifi ise kuantum mantığı veya saçaklı mantık olarak kabul edilen sistemdir. Bu sistem, “hem - hem de” sistemidir. Nasrettin Hoca’nın aynı muhakemede davalıyı haklı bulduğu, davacıyı da haklı bulduğu, “Böyle olur mu Hoca?” diyen eşini de haklı bulduğu, yani aynı anda birden çok doğrunun mevcut olabileceği mantıktır. Buna göre siyahla beyazın dışında da renkler vardır. Gökyüzü mavi değildir, mavinin birçok tonunu değişik saatlerde taşımaktadır. Doğrunun veya yanlışın birçok görünüşleri vardır. Birinin kazanması için mutlaka diğerinin kaybetmesi gerekmez. Aynı anda kazanılabilir²⁵.

²³ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 397 vd.

²⁴ Faruk EREM: “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, C.I, Sayı 3 (1944), 354, 355

²⁵ Alev ALATLI: Schrödinger’in Kedisi, Kitap 1, Kabus (İstanbul, 1999), 115 vd.

Bu genel açıklamalar ışığında aşırı pozitivistlerin etkisindeki cezanın eskidiği, suça karşı mücadelede aciz kaldığı, artık yerini güvenlik tedbirlerine bırakması gerektiği düşüncesinin de reddedilmesi gerekir. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin birisinin diğeri aleyhine tercih edilmesi değil, doktrinde “iki izlilik” olarak tarif edildiği şekliyle, iki tedbirin de birlikte ve bir arada suçlulukla mücadele etmesi düşünülmelidir. Çünkü ceza ile güvenlik tedbirleri arasında aşılmaz kalın duvarlar yoktur. Bu iki yaptırımın birbirleriyle çatışmalarıyla değil, bir arada bulunmalarıyla yaptırım sistemi daha etkin hale gelecektir²⁶.

Doktrinde Hafızoğulları, 765 sayılı TCK’nun, güvenlik tedbirlerini sistemli bir düzenlemeye ulaştırmadığı noktasında haklı olarak eleştirmiştir²⁷. Anayasanın 38. maddesi hükmünde ifadesini bulan kanunilik ilkesi, güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu, hangi halde, kime, kim veya kimlerce nasıl uygulanacağını ve infaz biçiminin belli edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu, güvenlik tedbirlerinin belli bir düzeyde organize edilip düzenlenmesini gerektirir. Bu demektir ki, müesseseseleştirme açısından güvenlik tedbirleriyle cezalar arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Esasen, yetersiz de olsa, 765 sayılı TCK’da güvenlik tedbirlerine asgari bir düzenleme getirilmiştir. 765 sayılı TCK’nun Anayasanın gerisinde kalmasının nedeni, bu kanunun eskiliğidir. 765 sayılı TCK’nun mehzasını teşkil eden kanun, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunudur. Bu kanun, güvenlik tedbirlerinin henüz doktrinde düşünce olarak belirginlik kazanmadığı bir döneme aittir. Bu nedenle, mehz kanunda, dolayısıyla 765 sayılı TCK’nda bu tedbirlerin organik, sistemli bir düzenlemesine rastlanmaması doktrinde doğal sayılmıştır. Ancak, bunun 765 sayılı TCK’nda güvenlik tedbirlerinin bulunmadığı anlamına gelmediği eklenmelidir. Güvenlik tedbirleri, ilk olarak, Luigi Lucchini’nin etkisiyle 1889 yılında 765 sayılı TCK’nun mehazı olan İtalyan Ceza Kanununa sokulmuştur. Fakat bu tedbirlerin organik, sistemli bir düzenlemesine, ilk kez 1892 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında

²⁶ Faruk EREM: a.g.m., 352

²⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, a.g.e., 263, 264

rastlanmaktadır. Daha sonra, güvenlik tedbirleri yeni bir düzenlemeyle 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanununda yer almıştır. Doktrinde, suç ve suçluluğu önlemede en az cezalar kadar zorunlu olan güvenlik tedbirlerinin, ceza kanunumuzda, Anayasamızın koyduğu ilke doğrultusunda, organik-sistemli bir düzenlemeye kavuşturulması ve bu sayede hem tedbirlerin daha çok ferdileştirilmesine imkân verileceği, hem de suç ve suçluluğun önlenmesine daha çok hizmet edileceği yönünde bir talep bulunmakta idi ki, bu husus, 5237 sayılı TCK ile hayata geçirilmiş oldu.

Alman ceza hukukunda da güvenlik tedbirleri hürriyeti bağlayıcı olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayrılmıştır. Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirler olarak; psikiyatri kliniğine yatırma, uyuşturucu madde veya alkol müptelalarının kötü alışkanlıklarından kurtarıldıkları tecrit kurumuna yatırma ve tehlikeli suçluların yeni suç işlemekten alıkonmaları için muhafaza altında tutuldukları bir müesseseye yatırma tedbirleri sayılmıştır. Ancak bunlardan tehlikeli suçluların muhafaza altında tutulması tedbiri için aranan şartlar ağırlaştırılmış, suç siyaseti açısından en son çare (ultima ratio) olarak uygulanabileceği üzerinde anlaşılmış ve sadece “gerçekten tehlikeli” olan suçlular bakımından kabul edilmiştir. Hürriyeti Kısıtlamayan Tedbirler ise, hal ve gidişin kontrolü, sürücü belgesinin geri alınması ve meslek yasağı tedbirleridir. Hal ve gidişin kontrolü tedbirinin uygulanabilmesi için, Eyalet Mahkemelerinin yanında özel “hal ve gidiş kontrolü makamları” kurulmuştur. Bu makamlarda bir hâkim ve özel olarak seçilmiş ve yetiştirilmiş “tecildeki deneme süresi içinde hükümlüye yardımcı olan kişiler” ve sosyal yardımcılar vardır²⁸.

Güvenlik tedbirlerinin sosyal tepkinin iki şeklinden birisini oluşturan önleyici koruma tedbirinden ibaret olduğu söylenebilir. Toplumun önleyici bir koruma tepkisi olarak güvenlik tedbiri; sorumluluk şartlarını taşıyın veya taşımasının suçlu tehlikelilik hâli arz ediyorsa, onun hakkında bir tedavinin, iyileştirmenin (tretman) gerektiği felsefesine dayanmaktadır. Bu sebeple bazı

²⁸ Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 55-57

yazarlar güvenlik tedbirlerinin ahlâkî, manevî düşüncelere dayanmayan ve tehlike hali arz eden kişilerin suç işlemeleri ihtimalini karşılayan kurumlar olduğunu açıklamaktadırlar. Burada amaç önleme olup, ödetme, korkutma değildir²⁹.

Suçun işlenmesinden sonra, yeni suçların işlenmemesi için arzu hilafına uygulanan ve bu nedenle kişiye acı ve ızdırap veren güvenlik tedbirlerinin bizatihi amacı kişiye acı ve ızdırap çektirmek değildir. Acı ve ızdırap, tedbirlerin tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur. Geçmişte işlenen bir fiil nedeniyle hükmedilen cezanın amaçları arasında kefaret, ödetme gayesinin de bulunmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin amacı toplum bakımından tehlikeli şahısların ileride suç işlemelerinin önlenmesidir. Diğer bir deyişle, güvenlik tedbirleri, tehlikeli halde bulunduğu suç teşkil eden fiiliyle ortaya koyan şahsın, yeni suçlar işlememesi için uygulanır³⁰.

765 sayılı TCK döneminde yapılan bir tasnife göre güvenlik tedbirleri, ilişkili oldukları hukukî değerler açısından üçe ayrılırdı³¹: Hürriyeti sınırlayan güvenlik tedbirleri (itiyadî alkoliklerin tedavi maksadıyla gözaltı edilmeleri, yabancıların sınır dışı edilmeleri, bir yerde ikamet zorunluluğu, içki içilen yerlere gidememe gibi), haklardan yoksun kılan güvenlik tedbirleri (siyasî haklardan yoksun olma, bir meslek veya sanatın yapılmasının yasaklanması gibi), diğer tedbirler (hükmün ilânı, önleyici kefalet).

²⁹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 567, 568, “Gerçekten, kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin kanuni tarife uygun olarak gerçekleştirdiği fiili teknik anlamda suç olarak nitelendirmek ve failine ceza yaptırımını uygulamak mümkün değildir. Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin, cezanın korkutma ve caydırma amaçlarını algılamaları mümkün olmayacağından, cezanın uygulanması da bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak, ceza yaptırımının kusur esasına dayanması ve kusur yeteneği bulunmadığı için cezai sorumluluğu olmayanlara uygulanamaması toplumu suçlulukla mücadeleden çaresiz bırakmıştır. İşte kanuni tarife uygun fiili işlemekle tehlike halini ortaya koyduğu halde fiili suç teşkil etmediği için cezalandırılmayan failin ıslah edilmesi ancak emniyet tedbirleri dediğimiz yaptırımlarla mümkün kılınabilmektedir.”; Hamide ZAFER: “Emniyet...”, 265

³⁰ Mehmet Emin ARTUK: a.g.m., 355; Aynı yönde bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 47, “(Güvenlik) tedbirleri, bir suç işlendiği için değil, tersine bir suç işlendikten sonra uygulanan tedbirlerdir. (Güvenlik) tedbirlerinin amacı ilk suçun önlenmesi değil, sadece suçta tekerrürün önlenmesidir.”

³¹ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 572

Diğer bir tasnifte ise, güvenlik tedbirleri doğrudan doğruya uygulananlar ve dolaylı olarak uygulananlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir³². Doğrudan doğruya uygulananlar, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, uyuşturucu veya alkol müptelalığı durumunda uygulanan tedbirlerdir. Dolaylı olarak uygulananlar ise, ceza sorumluluğunun kısmen ve tam olmasına göre değişen ve cezayı tamamladığı kabul edilen tedbirlerdir. Bunlara da, muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ya da sanatı yapmaktan men tedbiri gibi özgürlüğü bağlayıcı tedbirler ile ehliyet veya ruhsatnamenin geçici olarak geri alınması veya velayet veya vesayetinin kaybı gibi haklardan yoksun bırakıcı tedbirler örnek olarak gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında güvenlik tedbirlerini; ilgili oldukları konular, yani hukukî değerler yönünden, hürriyeti kaldırıcı veya sınırlayıcı, sonradan yoksunluk gerektirici ve (Hükmün ilâmı, önleyici kefalet gibi) öteki tedbirler diye üç ana bölümde toplamıştır³³.

Güvenlik tedbirlerinin ülkemizdeki gelişimi de batıdaki gelişmeleri takip eden bir yol izlemiştir. Mülga 765 sayılı TCK, İtalyan Ceza Kanunundan alınmış olduğundan, güvenlik tedbirleri de sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Hatta 765 sayılı TCK’nda teknik anlamda güvenlik tedbirlerinin bulunmadığı dahi düşünülmüştür³⁴. Ancak doktrinde birçok yazar bu görüşe katılmamıştır. Kanunda yeterli ve sistemli bir düzenlemenin

³² Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 420, 421

³³ Anayasa Mahkemesi, 9/3/1971 gün ve 1970/42 - 1971/30 E. K. Sayılı Kararı, R.G.; 23.11.1971/14021

³⁴ “(765 sayılı) Türk Ceza Kanununda güvenlik tedbirleri meselesinde Ord. Prof. Baha KANTAR şunları yazmaktadır: (Kanunumuzun hiçbir yerinde emniyet tedbiri tabiri mevcut değildir. Bununla beraber mahiyeti itibarıyla emniyet tedbirleri olan bazı tedbirler kanunda mevcuttur.); zikreden Faruk EREM: a.g.m., 364; Dönmezer, Erman ise;” Ceza Kanununun ceza sorumluluğu olmayan veya mahkûm edilemeyen bazı kişiler hakkında öngördüğü tedbirleri, çağdaş anlamda ve dayandığı felsefî esas ve kıstaslar itibarıyla tam bir güvenlik tedbiri sayabilmeye imkân bulunmadığı, bunları kanun koyucunun kabulünü zorunlu saydığı bir çeşit “sosyal korunma tedbiri” olarak kabul etmenin daha uygun olacağı görüşündedir.” Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 226

bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, cezaen mesul edilemeyen küçükler³⁵, akıl hastaları ve keyif verici madde kullananlar gibi kişiler hakkındaki tedbirlerin teknik anlamda güvenlik tedbiri olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü bunlar, bir suç işlendikten sonra, suçun failine cezanın verilemediği hallerde, işlediği suç vesilesiyle ortaya çıkan tehlikeliliğini gidermeye matuf tedbirlerdir ve bu nedenle güvenlik tedbiri vasfı taşımaktadırlar³⁶.

Günümüzde güvenlik tedbirleri, cezalarla birlikte suçları önleyici vasıtalar olarak kabul edilmektedir. Suç işleyen kişilere karşı hem ceza, hem de idare hukuku alanında tedbirler uygulanabilir. Bu tedbirlerin hedefleri aynı olup, bu hedefler toplumsal düzenin korunması ve güvenliğin sağlanmasıdır. Toplumsal düzene aykırı her fiil suç olarak düzenlenmemiştir. Toplum düzenine aykırı olmakla beraber, suç teşkil etmeyen davranışlara karşı uygulanan tedbirler idarî tedbirler olarak değerlendirilir. Oysa ceza kanununda belirlenen bir fiile uygun davranış nedeniyle uygulanan tedbirler ise yaptırımdır ve cezaî nitelikte tedbirlerdir³⁷. Güvenlik tedbirleri de ceza ile birlikte bu yaptırımların içerisinde yer almaktadır.

2.2. “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Kavramı

765 sayılı TCK sisteminde suç karşılığı verilen ceza çoğu zaman görünenden daha fazla ve farklı olmakta idi. Bir yaptırım, kanunun bir yerinde ceza iken, başka bir yerinde mahkûmiyetin sonucu olabilmekteydi. Öte

³⁵ “(765 sayılı) TCK. 53/II. f. ve (2253 sayılı mülga Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun) ÇMK. 11/II fık, göre, “onbir yaşını doldurmamış çocuğun”.. fiili kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını ve daha ağır bir cezayı” gerektiren bir durumda ise, çocuk hakkında rücuu mümkün olan (TCK: mad. 53/II. ÇMK: 17) emniyet tedbirlerinin alınmasını amir bulunmaktadır. Bu emniyet tedbirleri, savcının talebiyle mahkemece (TCK 53/II.'ye göre. Mahkeme Başkanınca) alınır.” Ali Naim İNAN: a.g.m., 17

³⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 51

³⁷ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 9-22, Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 478, Dönmezer, Erman ise güvenlik tedbirlerinin hükmedilişleri yönünden yargısal nitelik taşıdıkları fikrini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 570, 571

yandan Kanunun uygulamasında verilen cezaya bağlanmakla birlikte ya doğrudan doğruya hükmedilen veya kararda belirtilmesi gereken yan sonuçlar da vardı.

Ceza mahkûmiyetinin yan sonuçlarını içeren hükümler 765 sayılı TCK'nun 31 ve sonra gelen maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bu müeyyidelerin niteliklerinin ne olduğu doktrinde tartışılmıştır. Gerçekten sözü geçen tedbirlerin nitelikleri incelendiğinde, bunlardan bazılarının ceza niteliğini gösterdiği, bazılarının ise bir nevi tedbir olduğu görülmektedir. Mesela 31. maddedeki şekli ile emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmak (genel güvenlik gözetimi) bir fer'i cezadır. Buna karşılık, 33. maddeye göre kanuni mahcuriyet ve babalık haklarından ve kocalık sıfatının verdiği kanuni haklardan mahrumiyet bir tedbir olarak gözükmektedir. 36. maddenin ilk fıkrasına göre müsadere ceza; aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise tedbir niteliğini taşımaktadır. 43. maddeye göre hükmün ilanı ceza niteliğindedir.

Girift bir hale gelmiş olan bu müeyyidelerin *ceza* yahut *tedbir* olarak nitelendirilmeleri farklı hukuki neticelerin doğması sonucunu verir. Mesela, genel af halinde kanun koyucu affın bu *neticeleri* de kapsamına aldığını ayrıca açıklamaktadır.

Dönmezer/Erman'a göre, 31. ve sonraki maddelerde yer alan müeyyidelerden bazıları *ceza* ve bazıları *tedbir* niteliğini taşıyan, hatta bazan karma nitelikte olan müeyyidelerdir. Bunlar mahkûmiyete fer'i olarak eklenirler ya da bunu tamamlamak amacı ile hükmolunurlar. Bu müeyyideler zamanaşımı, erteleme bakımından asıl cezaya bağlıdırlar ve onun hükmüne tabi olurlar. Ancak infazları bakımından asıl cezaya tabi değildirler ve asıl ceza çekilmese de bu neticeler hüküm ifade eder ve uygulanırlar; bunun gibi, af bakımından da bağımsızdırlar ve af edilebilmeleri buna ilişkin tasarrufta ayrıca belirtilmelerine bağlıdır³⁸.

³⁸ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 634, 635

765 sayılı TCK'na göre verilen cezanın yan sonucu olarak da düşünölebilecek olan Hak Mahrumiyetini Gerektirici Cezaların başlıcaları şunlardı:

Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık: Kamu hizmetlerinden yasaklılık 765 sayılı TCK'da ceza ve mahkûmiyetin bir sonucu olarak iki amaçla kullanılmaktadır. Ceza olarak uygulanması, birçok suçlarda hürriyeti bağlayıcı cezaya ek olarak, hükümde yer alması halinde mümkündür. 765 sayılı TCK. 31. maddede gösterilen halde ise kamu hizmetlerinden yasaklılık mahkûmiyetin sonucu olmaktadır. Bu maddeye göre beş yıldan fazla ağır hapse mahkûmiyet müebbeden ve üç yıldan beş yıla kadar ağır hapse mahkûmiyet hükmolunan cezaya eşit bir süre ile kamu hizmetlerinden yasaklı olmayı gerektirir. Ancak 765 sayılı TCK'nun 20. maddesinde 3679 sayılı kanunla yapılan değişiklik, 31. maddedeki 5 yıl olan üst sınırı 3 yıla indirmiştir³⁹.

Kanuni Mahcuriyet ve Babalık Hakkı ile Kocalık Sıfatından Doğan Hak Ve Yetkilerin Kısıtlanması: Bu kısıtlamalar da, bazı ağır asli cezaların kanuni sonucu niteliğinde tamamlayıcı (mütemmim) cezalardır. 765 sayılı TCK'nun 33. maddesine⁴⁰ göre hükmolunan kanuni mahcuriyet, mahkûmun medeni hakları kullanma ehliyetinin daraltılmasını belirler. Bu maddenin kapsamı içinde bulunan mahkûmlar, mallarına tasarruf edebilmeleri ve her türlü işlemleri bakımından Medeni Kanunun mahcurlar hakkındaki hükümlerine⁴¹

³⁹ “Bu itibarla, Ceza Yasasının 20. ve 31.maddelerinde düzenlenen kamu hizmetlerinden yasaklanma cezaları birbirinden farklı cezalar olmayıp 20. maddede sanık lehine yapılan ve cezanın üst sınırını azaltan değişiklik 31.madde içinde geçerlidir.” YİBK, 30.06.1995, 1993/1-1995/1; Osman YAŞAR: Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, (Ankara, 2000), 359-362

⁴⁰ MADDE 33— Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkûm olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur ve emvalinin idaresinde mahcurlar hakkındaki Kanunu Medeni ahkâmı tatbik olunur. // Beş seneden ziyade ağır hapse mahkûm olan şahsın ceza müddeti zarfında babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahşettiği kanuni haklardan mahrumiyetine de hüküm verilebilir.

⁴¹ Mülga TMK md. 357- “Bir sene veya daha ziyade hürriyeti sâlip bir ceza ile mahkûm olan her reşit için bir vasi nasbolunur. Hükmü icraya memur daire, mahkûmun cezasını görmeye başladığını Sulh Mahkemesine hemen ihbar ile mükelleftir.”

tabi olurlar. Ancak Medeni Kanunda 1 sene ve yukarı hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüldüğü halde, TCK'nun 33/1. maddesinde 5 seneden fazla ağır hapis öngörülmek suretiyle farklı durumlar ortaya çıkmıştır⁴². Hükümde bu hususun yazılmış olmasına lüzum yoktur⁴³. Uygulama yapılırken sanığa verilen cezaların toplamı değil, her bir suçtan verilen cezanın miktarı dikkate alınmalıdır⁴⁴.

Mahkûmun cezası müddeti içinde babalık hakkından (TMK. 262) veya kocalık sıfatının bahşettiği (TMK. 152, 154) kanuni haklardan⁴⁵ mahrumiyetine karar verilebilir. Hükümde bir kayıt yoksa bu netice kendiliğinden terettüp etmez. Bu husus mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Ancak, kanun, işlenen suçun niteliğini göz önünde tutmak suretiyle bu müeyyidenin daha hafif suçlardan mahkûmiyet halinde de bir kanuni netice

Mülga TMK md. 415- "Hürriyeti sâlip bir cezaya mahkûm olan kimse üzerindeki vesayet, hapsin hitamı ile nihayet bulur. Muvakkaten veya bir şartla serbest bırakılmış olan mahpus vesayet altında kalır."

⁴² "Bu madde ile mülga 743 sayılı TMK' nun 357. maddesi arasında sıkı bir bağlantı vardır. TMK. 357. maddesinde (Bir sene veya daha ziyade hürriyeti bağlayan bir ceza ile mahkûm olan her reşit için bir vasi tayin) olunacağı yazılıdır. Buna göre, C. Savcısının müracaatı üzerine sulh mahkemesi önce hacre karar verecek ve sonra vasiyi tayin edecektir. Hacre karar verilmeden önce mahkûmun yaptığı tasarruflar muteberdir. Hâlbuki 33. maddede kanuni mahcuriyet, beş yıldan ziyade ağır hapse mahkûmiyetin bir neticesidir. Bu itibarla hükümde ayrıca belirtilmeksizin, kendiliğinden terettüp eder. Yargıtay içtihadı da böyledir. (YİBK. 4.12.1929, 33-18). Bundan dolayı da hükümde bu cihetin yazılı bulunmaması mahkûm için kazanılmış hak olmaz." Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 129, 130; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 745; Özcan UÇKAN: a.g.e., 27, 28; Erhan GÜNAY: Türk İnfaz Hukuku, 4. Baskı, (Ankara, 2002), 414

⁴³ "Sanığın TCK'nun 33 üncü maddesi gereğince ceza müddeti zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulması ceza mahkûmiyetinin zaruri bir neticesi olmak itibarıyla infazda re'sen nazara alınması gereken bu cihetin hüküm yerinde açıklanmaması bozmayı müstelzim bulunmamıştır." (Yargıtay Hususi Daire, 17.10.1947, 2776-3098).

⁴⁴ Y1CD, 02.07.1991, 1491-1870; Osman YAŞAR: a.g.e., 370; "TCK.nun 31 ve 33. maddelerinin ağır hapis cezalarına hasredilmesi gerekirken, hapis cezasını da kapsar biçimde cezalar içtima ettirildikten sonra uygulanması yasaya aykırıdır."; Y1CD, 20.05.1997, 1197-1763; (Erhan GÜNAY: a.g.e., 91)

⁴⁵ "Kocaya eş sıfatıyla değil, koca olmak sıfatıyla Medeni Kanunun tanımış olduğu haklar olup, bunlar ev reisliği, temsilciliği (MK. 152, 154) gibi haklardır" Erhan GÜNAY: a.g.e., 416

olmasını veya hâkim tarafından hükmedilebilmesini öngörmüş bulunmaktadır⁴⁶.

765 sayılı TCK'nun 34. maddesi⁴⁷ ile mahkûmiyetlerin, kamu hizmetlerinden mahrumiyete dair neticelerine bir ek netice kabul edilmiştir. Buna göre, yasama meclisi üyeliği veya devlet memurluğu gibi kamu hizmetlerinden birini ifa eden bir kimsenin, kendisini siyasi meclise seçilme ehliyetinden veya devlet memuru olma hakkından mahrum edecek bir cürüm işlediği takdirde, o sıfatı düşecektir.

765 sayılı TCK'nun 35. maddesi⁴⁸ ise, bir yandan resmi sıfatı kötüye kullanmak suretiyle işlenen suçlardan dolayı verilecek mahkûmiyetin kamu hizmetlerinden memnuiyeti, öte yandan icrası resmi izne bağlı bir meslek veya sanatı kötüye kullanarak işlenen suçlardan dolayı verilecek mahkûmiyetin de meslek veya sanatın tatilini gerektireceğini hükmetmiştir. Şu kadar ki 765 sayılı TCK'nun (282 f. 2, 290 f. 2, 294 f. 1, 295 gibi) açıkça kamu hizmetlerinden memnuiyet, meslek veya sanatın tatili cezalarını göz önünde tuttuğu hallerde bu madde tatbik edilmez. Kötüye kullanma, bilerek ve isteyerek yani kasti olmalıdır⁴⁹. Bu itibarla bu madde taksirli suçlar hakkında uygulanmaz. Diğer yandan Yargıtay, sadece vazife esnasında

⁴⁶ “Sözgelimi TCK. 437. maddesine göre “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümlerden” mahkum edilenler hükümle birlikte velayet ve vesayet haklarından mahrum kılınırlar.”; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 747; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 133, 134

⁴⁷ MADDE 34— Bir cürüm ile katiyyen mahkumiyet; kanunen siyasi bir hizmete intihap olunabilmek kabiliyetini selbettiği veya memuriyetten mahrumiyeti müstelzim olduğu takdirde azalık ve memuriyetin zevalini de mucip olur.

⁴⁸ MADDE 35— Kanunun tayin ettiği ahvalden maada resmi sıfatı veya icrası ait olduğu daireden verilecek ruhsatname ve şehadetname gibi vesikaya muhtaç olan bir meslek ve sanatı suistimal suretiyle işlenen cürüm ve kabahatlere müteallik hükümler mahkumun mahkum olduğu müddete veya cezayı nakdinin ademi tediyesinden dolayı ne miktar hapis cezası verilmek lazım gelirse o miktara muadil olacak ve yirminci ve yirmi beşinci maddelerde muayyen müddetlerin azami hadlerini geçmiyecek bir müddetle muvakkaten hidematı ammeden memnuiyetini veya meslek ve sanatının tatilini dahi istilzam eder.

⁴⁹ “Meslek ve sanatı suiistimal kaydını ihtiva etmekle, kasıtlı suçlara münhasır olduğu düşünülmeden, kasıtsız suçta (tedbirsizlikle ölüme sebebiyet vermek) 35 madde ile meslek ve sanatın tatiline karar verilmesi yolsuzdur.” Y4CD, 15.03.1952, 2688-2605; Osman YAŞAR: a.g.e., 370

işlenen suçlar hakkında 35. maddenin tatbik edilemeyeceğini içtihat etmiştir⁵⁰.

Cezai mahkûmiyetin neticesi olarak ehliyetsizliklerin başlangıç ve yürüme halleri 765 sayılı TCK'nun 41. maddesinde gösterilmiştir⁵¹. Bir cezaya bağlı olan veya bir cezai mahkûmiyetin neticesi bulunan kamu hizmetlerinden memnuiyet, bir meslek veya sanatın tatili veya sair ehliyetsizlikler, asıl cezanın infazı süresince devam etmekle beraber, esas süre cezanın tamamen çekildiği veya herhangi bir sebeple düştüğü günden başlar⁵². Cezayı düşüren haller ise, umumi veya hususi aflar veya zamanaşımıdır⁵³.

⁵⁰ Kanunun sureti mahsusada tayin ettiği haller dışında memurlara fer'i ceza hükmedilebilmesi için suçun resmi sıfatın suiistimali suretiyle işlenmiş olmasının meşrut bulunduğu TCK'nun 35. maddesinin sarıh hükmü icabından bulunmasına ve mezkur kanunun 251. maddesinin ise müstakilen ceza tayin eden bir madde olmayıp memurun ifa ettiği vazife dolayısıyla olmayarak mücerred vazife esnasında suç işlemesi halinde hakkında tayin olunacak cezanın muayyen nisbet dâhilinde artırılacağını göstermekte olmasına ve bu takdirde ise resmi sıfatın suiistimali bahse konu olmadığına göre memur hakkında tayin olunacak cezanın 251. madde ile artırılması halinde mezkur kanunun 35. maddesinde yazılı fer'i cezanın tayini icab etmeyeceğine ve şu suretle 35. maddenin 251. maddeye şamil olmadığına ve Dördüncü Ceza Dairesinin bu yoldaki içtihadının kanun hükümlerine uygun bulunduğuna ittifakla karar verildi. (YİBK. 27.6.1955, 20-14). Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 4. Bası, (İstanbul, 1980), 133, 134; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 744

⁵¹ MADDE 41 — Hidematı ammeden memnuiyet, veya muayyen bir meslek ve sanatın tatili cezası, gıyaben verilen kararlara müteallik ahkamı kanuniye müstesna olmak üzere, hükmün katileşdiği tarihten başlar.

Eğer hidematı ammeden memnuiyet veya bir meslek ve sanatın tatili ve sair ehliyetsizlik cezası şahsi hürriyeti tahdit eden diğer bir cezaya bağlı olur veya bir ceza mahkumiyetinin neticesi bulunursa asıl cezanın icrası müddetince devam etmekle beraber hüküm ilamında veya kanunda tayin edilen müddet ancak cezanın ikmal edildiği veya sakit olduğu günden başlar.

⁵² “Amme hizmetlerinden memnuiyet cezası, cezanın infazı süresince devam ettiği gibi TCK'nun 41/2. maddesi uyarınca şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın ikmal olunduğu günden başlayacağı nazara alınarak sanık hakkında TCK'nun 20. maddesi uyarınca azami ve asgari hadler arasında bir sürenin tayini yasa gereği olduğundan sadece “ceza süresi içerisinde kamu hizmetlerinden muvakkaten mahrumiyetine karar verilmesi” Kanuna aykırı ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (bozulmasına) 4.7.1995 gününde oybirliği ile karar verildi.” Y.1.CD. E-2031/2 - K.2140; Osman YAŞAR: a.g.e., 513

⁵³ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 167; Erhan GÜNAY: a.g.e., 406

Hukukumuz bakımından gerek doktrinde, gerekse uygulamada tartışmalı durumlardan biri de müsaderenin hukuki niteliği idi. 765 sayılı TCK'nun genel hüküm sevk eden 36. maddesinde düzenlenen müsaderenin hukuki niteliği konusunda egemen iki görüş mevcut idi. Bir görüş, TCK 36. maddede düzenlenen müsaderenin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak kabul etmekte iken, diğer bir görüş ise TCK'nun 36. maddesinin 2. fıkrasını *güvenlik tedbiri*, 1. fıkrasını ise *ceza* olarak kabul etmekte idi. Uygulamada ise, son zamanlarda yerleşik hal alan kararlarda, TCK'nun 11. maddesinde sayılan cezalar arasında yer almayan müsaderenin bir ceza olmayıp ceza mahkumiyeti sonucu bulunan bir tedbir olduğu kabul edilmekte idi⁵⁴.

Müsadere (Zoralım) ve hükmün ilanı da ceza mahkûmiyetinin neticeleri olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nun 36/1. maddesine göre, mahkûmiyet halinde cürümde kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan veya cürüm mahsulü olan, cürümden elde olunan eşya suçlu olan kişinin elinden zorla alınır. TCK'nun 43. maddesinde ise, ölüm cezasına ya da müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan kimselerin cezalarının belirli şekiller içerisinde kamuya duyurulacağı belirtilerek hükmün ilânına yer verilmiştir⁵⁵.

2.3. Fer'i (Veya Mütemmim) Ceza İle Güvenlik Tedbiri Kavramlarının Birbirinden Ayırımı Sorunu

Türk Hukukunda, 765 sayılı TCK döneminde güvenlik tedbirleri, hayli dar bir alanda ve belirli nitelikli kişiler için öngörülmüştür. Küçük çocukların suç işlemeleri durumunda “azarlanmaları, aileye tevdi edilmeleri, resmi ya da özel bir kuruma yerleştirilmeleri, denetim altında tutulmaları” ve akıl

⁵⁴ Doğan GEDİK, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, Yıl:97, S. 23, (Eylül 2005), 134, 135

⁵⁵ Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e.(Türk Ceza Hukukuna Giriş bölümü), 164, 165

hastalarının da “salâhları tıbben taayyün edinceye kadar bir hastanede tedavi altına alınmaları” bu tür tedbirleri teşkil etmektedir⁵⁶.

Toplumu tehlikeli failin muhtemel hukuka aykırı fiillerinden korumak için, cezanın yanında başka araçlara da ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaca güvenlik tedbirleri cevap verir. Güvenlik tedbirleri, topluma değil, kişilere yöneliktir. Kişiye özel muamelede bulunarak kişideki toplumsal tehlikeyi bertaraf etmek amacındadır. Bu bağlamda işlenen fiilin karşılığını oluşturma, güvenlik tedbirlerinde hiçbir zaman temel düşünce değildir. Güvenlik tedbirlerinin esas amacı, suçlunun ıslahı, terbiyesi, topluma yeniden katılımının sağlanması ve suçta tekerrüre engel olmak suretiyle toplum düzeninin korunmasıdır⁵⁷.

Hükümlüyü bazı hakların kullanılmasından kısmen veya tamamen mahrum eden cezalar, haklardan mahrum edici cezalardır. Bunların bazıları güvenlik tedbirine yakındır. Hükümlünün kamu menfaatine olan bir takım haklardan istifade etmesini engellerler⁵⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; ceza müeyyidesinin başlıca özelliklerini: “1- Cezaların ancak kanunla tespit olunması, 2- Suçlunun ıstırap çekmesi amacıyla bazı mahrumiyetlere maruz bırakılması, 3- Yargı kararıyla hükmolunması, 4-Suçlunun kusurluluğuyla orantılı olması, 5- Topluma zarar veren filler karşılığı hükmolunur olması” şeklinde ifade etmiştir⁵⁹.

Güvenlik tedbirleri ile cezalar arasında paralellik kuranlar ise güvenlik tedbirlerine hakim olan ilkeleri; 1. Güvenlik tedbirlerinin de kanuni olması, 2. Hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak failin toplum açısından tehlike hali göstermesi, 3. Failin suç işlediği hâkim tarafından bir muhakeme sonucunda

⁵⁶ Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e.(Türk Ceza Hukukuna Giriş bölümü), 165

⁵⁷ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 50, 55

⁵⁸ Doğan SOYASLAN: Ceza Genel, a.g.e., 632

⁵⁹ YCGK, 28.11.1983; 265-385; Osman YAŞAR: a.g.e., 168

yargı kararı ile tespit olunduktan sonra hükmolunması olarak açıklamaktadırlar⁶⁰.

765 sayılı TCK'nun yaptırım sisteminde cezanın birincil amacı, kefaret ve genel önlemedir. Cezanın, hükümlüyü ceza vasıtasıyla ıslah ederek topluma kazandırma yani özel önleme amacı ikincil bir amaçtır. Her ceza bu yönü ile bir güvenlik tedbiridir.

Güvenlik tedbirleri de kişiyi belirli yoksunluklara tabi kılmakla, kişi üzerinde ceza gibi etki yapabilmektedir. Bu yönü ile güvenlik tedbirleri cezaya benzemektedir. Ancak, güvenlik tedbirleri, suçlunun tehlike halini yani tekrar suç işleme ihtimalini (tekerrürü) ortadan kaldırarak, sosyal yararı sağlamayı amaçlarlar ve suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilirler. Güvenlik tedbirlerinin özelliği; güvenlik tedbirlerine tabi tutulan kişilerin mümkün olduğunca normal hayat tarzına uygun bir rejim içerisinde tutulmalarıdır. Güvenlik tedbirinin temelinde toplumun tedbir uygulanan kişiyi koruma ve şefkat duygusu yatmaktadır. Güvenlik tedbirleri, amacı yönünden de cezadan ayrılır. Cezada, ıslah amacı, kefaret ve genel önleme amacından sonra gelir. Aslında her iki yaptırım türü de kişiyi yoksunluklara tabi kılmaktadır. Bundan dolayı, aralarındaki fark kanun koyucunun o yaptırımlara yüklediği anlamdadır⁶¹.

Ceza ve güvenlik tedbirleri arasında temelde fark gözetmeyenlere göre ise güvenlik tedbirleri de bir tür cezadır. Bu nedenle, suça ilişkin iddiaya bağlı olarak veya faildeki tehlike halinin araştırılması için yapılan faaliyeti yargılama olarak kabul etmek gerekir. Tedbir muhakemesi ceza muhakemesinin bir çeşididir ve tedbir de ceza gibi suça dayanır. Güvenlik tedbirleri ile cezalar arasındaki ortak amaç özel önlemedir. Güvenlik tedbirleri ile sadece suçlunun tehlike halinin ortadan kaldırılması uslandırılarak tekerrürünün önlenmesi amaçlanır. Ancak, tedbirlerle, cezalarda olduğu gibi

⁶⁰ Hamide ZAFER: "Vesayet...", 266

⁶¹ Hamide ZAFER: "Vesayet...", 264, 265

kefarete ve acı verme amacı güdülmemesine rağmen yine de kişi yoksunluklara tabi kılınır⁶².

Doktrinde yazarlar, cezalar ile birlikte bulunan güvenlik tedbirleri konusunun, 765 sayılı TCK'nun en zayıf ve en eleştirilen yönlerinden birini oluşturduğunu kabul etmişlerdir. Güvenlik tedbirlerinin yeterince ayrıntılı ve çok yönlü olmaması, kısaca çağdaş gelişimlere uygun bulunmaması öne çıkmaktaydı. Gerçekten, daha çok isnat yeteneğine sahip olmayan bazı kişiler (küçükler, akıl hastaları gibi...) için öngörülen tedbirlerin yanında diğer kişiler ve durumlar hakkında pek öngörülmeleyen bu kurum Ceza Kanununun önemli boşluklarından birini meydana getirmekteydi. Bu belirlemeler karşısında yazarlar, Türk Ceza Hukukunda ceza müeyyidelerinin, uygulama yönünden, güvenlik tedbirlerinden daha ağırlıkta oldukları ve suçluyu korkutarak benzer hareketlerde bir daha bulunmamasını ve böylece toplumda da benzer fiillerin gerçekleştirilmemesini sağlamak istendiği sonucuna varmışlardır⁶³.

Modern yaşayışın icapları; mehzaz kanunun ve TCK'nun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen bazı özel kanunlarla, daha önce öngörülmemiş yeni bir takım "ceza", "fer'i ceza" ve "emniyet tedbirleri"nin kabulüne yasa koyucuyu zorlamıştır. Niteliği itibariyle "ceza" veya "fer'i ceza" olan bir müeyyideyi, TCK'nun 11. maddesinde sayılmadı diye "emniyet

⁶² Hamide ZAFER: "Vesayet...", 266; "Güvenlik tedbirleri, suçlunun düzeltilmesi ve uslandırılması yolu ile toplum yararını sağlamak üzere uygulanır. Böylece, bir tehlike haline karşı uygun tedbirlerle önleyici bir tepki göstermek amacı güdülür. 1961 Anayasa'sının 33. maddesinde "Cezalar ve ceza tedbirleri - yani güvenlik tedbirleri - ancak kanunla düzenlenir" denildiğine göre, ülkemizde cezalarla güvenlik tedbirleri konusunda, kanunilik, eşitlik, şahsılık ve bireyselleştirme yönlerinden dahi bir ayırma yapma olanağı yoktur. O halde, güvenlik tedbirleri de cezalar gibi, kanunca saptanır. Kanunilik eşitlik ve şahsılık ilkelerinin izlediği süreç, ulaştığı evre ve düzey, güvenlik tedbirleri bakımından öncelikle göz önünde bulundurulur ve geçerlidir. Ancak cezalar, eylemin ağırlığı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı olarak tertip edilir ve uygulanır; yani kişiseldir. Buna karşılık güvenlik tedbirlerinin esasını, çeşit ve derecesini, suçludaki tehlikelilik hali belli eder. Çünkü tedbirler, ilke olarak, bu tehlikelilik halinin ortadan kaldırılması amacı ile uygulanırlar. O halde cezalarla güvenlik tedbirleri arasındaki ortak erek, özel bir önlemeden ibarettir."; Anayasa Mahkemesi, 09.03.1971 gün ve 1970/42 - 1971/30 E. K. Sayılı Kararı, R.G.; 23.11.1971/14021

⁶³ Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e.(Türk Ceza Hukukuna Giriş bölümü), 159, 160

tedbiri” diye vasıflandırmamak ziyadesiyle şekilci bir düşünüş tarzıdır; bu kabul kavram kargaşasına ve çelişkili uygulamaların yapılmasına zemin yaratır⁶⁴.

Örneğin kamu hizmetlerinden yasaklılık yoksunluğunun, 765 sayılı TCK zamanında, “fer’i (veya “mütemmim”) ceza” olarak nitelendirilmesi nedeniyle eleştirilip, güvenlik tedbiri niteliği taşımasından dolayı değiştirilmesi önerilmektedir. Önerinin sahibi yazarlara göre; “Kamu hizmetlerinin yürütümünde görev alabilmesi için kişide liyakat ve ehliyet şartları aranmaktadır. Başka bir deyişle, liyakat, kamu görevinin yürütümü açısından gerekli olan bilgi donanımının kişide bulunmasını; buna karşılık ehliyet ise, liyakatlilik şartını taşıyan kişiye aynı zamanda toplum tarafından duyulan güveni ifade etmektedir. Belli ağırlık derecesinde suç işleyen kişi, kamu görevinin yürütümü açısından kendisine duyulan güveni yitirmektedir. Bu nedenle, suç işleyen kişi, bir tedbir olarak, kamu hizmetlerinden yasaklanabilir⁶⁵.”

Artuk’a göre⁶⁶ güvenlik tedbirlerinin amacı, “Gelecekteki bir suçun işlenmesi tehlikesine karşı toplumun savunulmasıdır. Acı ve ızdırap çektirme hassasına sahip olmayan ve kefare, ödetme amacı taşımayan tedbirleri, bir ceza müeyyidesi olarak nitelemek mümkün değildir. Bunlar yeni suçların işlenmesi tehlikesine karşılık toplumun savunulması için düşünülmüş olan önleme, tedavi vasıtalarıdır. Tedbirler sorumlu veya sorumsuz şahıslara karşı uygulanabileceği gibi, mallar hakkında da uygulanabilir.” Keza Hafızoğulları da⁶⁷; “Güvenlik tedbirleri tıpkı ceza gibi özünde kötülük teşkil etmesine, kişinin veya şeyin zorlanması suretiyle gerçekleşmesine, bir toplumsal savunma vasıtası olmasına rağmen, bir tür ceza müeyyidesi değildirlir.

⁶⁴ YCGK, 28.11.1983; 265-385; (Osman YAŞAR: a.g.e., 168)

⁶⁵ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN: “İşkence Suçu”, GÜHFD, C. IV, 178 vd.

⁶⁶ Mehmet Emin ARTUK: a.g.m., 355

⁶⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 48, 49

Bunlar, bir bastırma değil, sadece ceza hukukuna özgü bir önleme tedbiridirler” diyerek bunların bir yaptırım çeşidi olmadığını öne sürmüştür⁶⁸.

Oysa Anayasa Mahkemesi, güvenlik tedbirlerinin bir ceza hukuku yaptırımını olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, suç işlememiş kimse hakkında, yaşadığı hayat tarzı bakımından toplum için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle tedbir uygulanabilir. Fakat bu tedbir, ceza hukuku alanına girmez ve kolluk tedbiri olarak nitelendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, toplumun tehlikeden korunması için suçluların eğitilebileceğini, yetiştirilebileceğini ve hatta toplumsal ve psikolojik yönlerden tedavi edilebileceğini ifade etmiş; ceza yaptırımlarının temel amacının “ceza hükümlülerinin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltmek, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirdikten sonra toplum içine serbest bırakmak” olduğuna karar vermiştir⁶⁹.

Yargıtay, 1994 yılında verdiği bir kararda, mahkemenin veya hazırlık soruşturmasında sulh hâkiminin vermiş olduğu akıl hastanesine gönderme tedbirinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığını kabul etmiştir⁷⁰. Yargıtay, söz konusu kararı beraat hükmü olarak da kabul etmemektedir. Bu durumda yeni bir hüküm türü ortaya çıkmaktadır. Suçu işlediği sabit olan kişi hakkında verilen hüküm mahkûmiyet olacağından ve ceza hukuku yaptırımlarının infaz edilebilmesi de mahkûmiyet hükmünün verilmiş olmasına bağlı olduğundan bu karar doktrinde eleştirilmiştir⁷¹.

⁶⁸ Özgenç'e göre, ceza, değerden soyut bir tepki değildir. Aksine, işlediği fiil dolayısıyla failin sosyal etik değerler ölçüsünde azarlanmasını ifade etmektedir. Bu nedenle, cezanın faille uygulanan bir “kötülük” olarak nitelendirilmesi doğru değildir. İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 99

⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 09.03.1971 tarihli ve E. 1970/42, K. 1971/30 sayılı Kararı

⁷⁰ YCGK, 25.04.1994, E. 1994/1-91, K. 1994/116; YKD, 1994, C. 20, S. 10, s. 1670 vd.

⁷¹ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 21 dn., 59, Timur DEMİRBAŞ: a.g.e., 479

3. 765 SAYILI TCK'DA YAPTIRIMLAR SİSTEMİ

Ceza kanunlarının kabulünde Türk kanun koyucusu batıya yönelmiştir. 1858 tarihli Türk Ceza Kanunu (1274 Ceza Kanunnamei Hümayunu), 1810 Fransız Ceza Kanunundan iktibas edilmiştir. 765 sayılı TCK, 1889 İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilerek, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kanun orijinal dili olan İtalyanca'dan değil, Fransızca metninden Türkçe'ye çevrilmiştir¹. Daha önceden büyük kısmı zaten Türkçe'ye tercüme edilmiş olması gibi saiklerin etkili olduğu bu iktibas sonrasında, gerek kanunu millileştirme, gerek iktibastan kaynaklanan bazı sorunlar ve gerekse ortaya çıkan yeni şartların zorlamasıyla çeşitli değişiklikler yapılması gerekmiş ve bu değişikliklerin sayısı zamanla altmışı geçmiştir².

765 sayılı TCK'nun yaptırımlar sistemi ise, İtalyan Ceza Kanununun yaptırım teorisinin değişmeye başladığı dönemde iktibas edilmesi nedeniyle, cünha hariç tutulmak suretiyle suçlar cürüm ve kabahat olmasına rağmen bunlara karşılık uygulanacak olan yaptırımlar ağır hapis, hapis ve hafif hapis olarak kabul edilmiş, böylece iki suç çeşidi için üç yaptırım çeşidi benimsenmiştir.

Ceza yaptırımlarını çeşitli yönlerden ayırıma tabi tutmak mümkündür. Örneğin, konusu veya niteliklerine göre; Bedeni Cezalar, Hürriyeti Bağlayıcı

¹ “Bu nedenle İtalyanca'dan Fransızca'ya, Fransızcadan Türkçe'ye çevrilirken tercüme ve dolayısıyla kavram hataları yapılmıştır. Mesela fikri içtima ve müteselsil suç diye bir suç, kaynak İtalyan Kanununda mevcut değildir. Adı geçen kanunda “concorso ideale” (tam içtima) ve “reato continuato” (devamlı suç veya devam eden suç) suçları vardır. Bunlar Türk Ceza Hukuku literatürüne yanlış bir şekilde fikri içtima ve müteselsil suç olarak girmişlerdir.” Doğan SOYASLAN: Ceza Özel, 11

² Hans-Heinrich JESCHECK: “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Çev. Adem SÖZÜER (Konya, 1998), 25; Erol ULUSOY: “Modern Türk Hukukunun Oluşumu Ve Gelişimi”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Ulusoy.html>

Cezalar, Hürriyeti Kısın Cezalar, Hakları Sınırlayan ya da Kaldıran Cezalar, Mala İlişkin Cezalar, Şeref Kırıcı Cezalar olarak gruplara ayrılabilceğı gibi, ağırlık derecelerine göre; İdam, Ağır Hapis, Hapis, Ağır Para Cezası, Amme Hizmetlerinden Yasaklık; müddetlerine göre Müebbet, Muvakkat olarak da gruplandırılırlar. Bir başka ayırım ise, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar, Para Cezaları ve Hak Mahrumiyetini Gerektirici Cezalar olarak yapılır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar; iyi uygulanmak ve yeterli sürede olmak şartıyla, suçlunun ıslahını en iyi sağlayabilen cezaları teşkil ederler. Aynı zamanda bu cezalar müstakbel suçluları korkutmak ve toplumu korumak amacını da gerçekleştirir. Hürriyeti bağlayıcı cezaların süre itibariyle bölünebilir olması ve suçun ve suçlunun taşıdığı özelliklere göre de uyarlanabilmesi onların, cezai müeyyidelerden beklenen amacı en iyi gerçekleştiren müeyyideler olmasını sağlamıştır. 765 sayılı TCK'da Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar; Müebbet Ağır Hapis, Muvakkat Ağır Hapis. Hapis, Hafif Hapis olarak düzenlenmiştir.

Para cezası; suç teşkil etsin veya etmesin, belli bir hukuk normunu ihlal eden kişinin devlete veya kanunda belirtilen başka bir yere, bir zararın tazmini amacı taşımaksızın ödemek zorunda olduğu paradır.

Hak Mahrumiyetini Gerektirici Cezalar; gerek 765 sayılı TCK ve gerekse bazı diğer kanunlarda, bazı suçları işleyenlerin bir kısım haklardan mahrumiyetlerine veya bazı haklarının kısıtlanmasına ilişkin cezalarla da cezalandırılmaları şeklinde gerçekleştirilirdi. Hak mahrumiyetini gerektirici cezalar çok defa ek cezalardır. Fer'i veya mütemmim olabilen bu cezalar, ya bir kısım suçlular için ayrıca bir ceza ve tazyik niteliğinde olmak yahut asli cezanın tesirini arttırmak veya asli ceza çekildikten sonra bir ihtiyat ve güvenlik tedbiri gibi uygulanırlardı³. Bunlardan hidematı ammeden memnuiyet, suçlunun süreli veya süresiz olarak, seçme seçilme, devlet hizmetine girme gibi haklardan mahrumiyeti, meslek ve sanatın tatili cezası

³ Özcan UÇKAN: a.g.e., 12, 25

ise, belli bir meslek ve sanatın icrasının üç günden iki seneye kadar icra edilememesi şeklinde idi⁴.

765 sayılı TCK, fer'i ve tamamlayıcı (mütemmim) cezalardan bahsetmekte ve fakat tarifini vermemekte idi (TCK. 28, 91, 98). Bu sebeple ceza hukukumuzda fer'i ve tamamlayıcı cezalar konusunda görüş birliği yoktur^{5, 6}.

3.1. Fer'i (Veya Mütemmim) Ceza Olarak, “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”

765 sayılı TCK'nun 20. maddesi kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını asli ceza olarak tanımlamıştır⁷. Bu ceza, bir takım ehliyetsizlikler meydana getiren bir müeyyidedir.

⁴ Doğan SOYASLAN: Ceza Genel, a.g.e., 586

⁵ “Ehliyetnamenin daimi veya geçici olarak geri alınması müeyyidesi, mesleği şoförlük olmayanlar için çok önemli bir “hak kaybı”; mesleği şoförlük olanlar için ise bunun yanında bir çeşit “meslek ve sanatın tatili” cezası niteliğinde olup; unsurları, kapsamı doğurduğu sonuçlar, uygulama biçimi göz önünde tutulduğunda tipik bir “fer'i ceza” olduğunda kuşku bulunmamak gerekir.” YCGK, 28.11.1983; 265-385; Osman YAŞAR: a.g.e., 162, 167; Özcan UÇKAN: a.g.e., 13, 32; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 71, 72; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 108

⁶ Alman hukukunda ise, suç teşkil eden fiillerin müeyyidesi olarak, *cezalar ve tedbirler* öngörülmüştür. Asıl cezalar, hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasıdır. Yegâne *fer'i ceza*, araç sürme yasağıdır. Mahkeme motorlu bir taşıt aracını sürerken veya sürme ile bağlantılı olarak veya bir motorlu taşıt sürücüsünün görevlerini ihlal ederek işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı, failin hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasına mahkûm edilmesinin yanı sıra bir aydan üç aya kadar karayolları trafiğinde motorlu taşıt aracı kullanmasını yasaklayabilir. Tedbir kavramı, emniyet tedbirlerini, suçtan meydana gelen malvarlığı kazancının mülkiyetinin devlete geçmesini, müsadereyi ve kullanılamaz hale getirmeyi kapsar. Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 47

⁷ MADDE 20- “Hidematı ammeden memnuiyet cezası müebbet veya muvakkattir.

Müebbeden hidematı ammeden memnuiyet:

1 — Devairi İntihabiyede müntehip veya müntehap olmaktan vesaire hukuku siyasiyeden,

765 sayılı TCK'nun 31. maddesi ise, kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını fer'i ceza olarak tanımlamıştır⁸. Bu maddede, ağır hapse mahkûmiyetin kanuni neticesi olan kamu hizmetlerinden yasaklılık gösterilmiştir. Mahkûmiyetin kanuni neticesi olması sebebiyle, hükümde yazılı olmasa bile bu ceza kendiliğinden terettüp eder⁹. Ayrıca TCK'nun 31, 287, 294, 295, 302, 303, 304, 306 maddeleri uyarınca bu ceza fer'i yani kendiliğinden hükmün bir neticesi olarak terettüp eder veya mütemmimdir, yani hâkimin, kanundaki kayıt gereğince, hükmünde göstermesi lazım gelir¹⁰.

2 — Büyük Millet Meclisi azalığından ve intihaba tabi olan veya devlet ve vilayet ve belediye ve köy tarafından veya bunların teftiş ve murakabesi altında bulunan müessesat canibinden tevcih kılınan bilcümle memuriyet ve hizmetlerden,

8 — Devletçe veya salahiyyetlar ilmi encümenlerce tevcih olunan rütbe ve ünvan ve nişan ve madalyalardan,

4 — Bundan evvelki bentlerde beyan edilen nişan, rütbe, ünvan, sıfat, hizmet ve memuriyetlerden birinin bahsettiği maaşlı veya fahri her türlü hukuktan,

5 — Mahkûm olan kimsenin Kanunu Medeni hükmünce kendi fûruu üzerinde haiz olduğu velayet hakkı müstesna olmak üzere velayet ve vesayete müteallik bir hizmette bulunmaktan,

6 — Bundan evvelki bentlerde beyan edilen her türlü hakları, ünvanları, rütbeleri, nişanları, sıfatları, hizmet ve memuriyetleri ihraz ehliyetinden mahrumiyet hususlarıdır.

Muvakkaten hidematı ammeden memnuiyet cezası mahkûmun üç aydan beş seneye kadar yukarıda beyan olunan hukuk ve hizmet ve memuriyet ve sıfat ve rütbe ve nişandan ve bunları ihraz ehliyetinden mahrumiyetidir.

Hidematı ammeden memnuiyet cezasının bu hizmetlerden bazılarına hasredildiği hallerde muayyen bir meslek veya sanatın icrasına şamil olduğu halleri kanun tayin eder.

⁸ MADDE 31 — Beş seneden fazla ağır hapse mahkûmiyet, müebbeden ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkûmiyet hükmolunan cezaya müsavi bir müddetle, hidematı ammeden memnuiyeti müstelzimidir.

⁹ “TCK. nun 31 ve 33. maddelerinin 1. fıkrası sarahati veçhile ağır hapse mahkûmiyet amme hizmetlerinden memnuniyet ve kanuni mahcuriyet halinde bulundurulmak cezalarını da müstelzim olduğundan ceza mahkûmiyetlerinin neticesi olan bu kabil cezaların hükümde ayrıca tasrihine lüzum yoktur.” (YCGK. 5.6.1928, 28) ve “31, 33 üncü maddeler mucibince fer'i ceza tayin edilmemiş ise de tatbik olunan maddelere göre ve hükmolunan ceza miktarı itibariyle (17 sene 4 ay 11 gün ağır hapis) esasen müstelzim bulunduğu cihetle zikredilmemiş bulunması neticeye müessir görülmemiştir.” (Y1CD., 9.3.1954, 3685-923); Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 127

¹⁰ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 104; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 735

3.2. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Kapsamı

765 sayılı TCK döneminde kamu görevi, kamu hizmeti, memur, kamu görevlisi gibi kavramlar büyük tartışmalara sebep olmuştur. Konunun kapsamı açısından bu hususun açıklanması gerekmektedir.

Gerek doktrinde, gerek mahkeme kararlarında kabul edilen ayırıma göre, Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise, kamu hizmetidir.

Devlete ait hukuki iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişiler, amme fonksiyonu (=kamu görevi) ifa ederler ve bu itibarla (279. maddenin ifade tarzına göre) “Ceza Hukuku uygulamasında memur”durlar; aksi takdirde, “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan” kimselerdirler.

Kamu Hukuku usulüne göre hukuki tasarrufta bulunmayan veya fiil icra etmeyen ve bu hususlara sözkonusu usule göre katkı ve yardımda bulunmayan ya da bir katkıda bulunmakla beraber, bu katkıları Kamu Hukuku usulünün dışında kalan kimseler ise, kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu kimseler, kamu hizmeti görmektedirler ve bu sebeple, “amme hizmeti görmekle muvazzaf” kimsedirler¹¹.

¹¹ “Doktrinde bu görüşü kabul eden yazarlar şunlardır: Sahir ERMAN: Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, 1947, s.243 vd.; Sulhi DÖNMEZER: Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur, İÜHFM 9 (1944) s. 823 vd.; Ayhan ÖNDER: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1991, s. 72 vd. Ayrıca bahse konu mahkeme kararları şunlardır: YCGK. 25.11.1985, 1-410/595; YCGK. 20.02.1989, 17/67; Özel İdare, 04.03.1947, 173/116”; İzzet ÖZGENÇ: “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, SÜHFD, C 4, S 1-2, (Konya, 1994), 333

3.2.1. Yasaklanan Haklar Bakımından

Kamu hizmetlerinden yasaklanmanın sonuçları olan mahrumiyetler, siyasi ve medeni hakları sınırlandırır.

Siyasi haklardan mahrumiyet; kamu seçimlerinde seçememek, seçilmemek, kamu kudretinin yürütülmesi hususunda Anayasanın ferde tanıdığı yetkileri kullanamamaktır. Bu itibarla kamu hizmetlerinden yoksun olan kimsenin siyasi faaliyetlerde bulunmasının, mesela siyasi partilere girebilmesinin de yasak olduğu söylenebilir.

Oysa çağdaş yaklaşımlarda; siyasal kısıtlılık gibi fer'i cezalar, anlamlı bulunmakta ve üzerinde hassasiyetle durulmaktadır. İctihatta ve yasada belirtilenin tersi bir yaklaşım; bireyle ilgili ceza hükmünü parçalamak, “cezanın senin üzerinde sonuç doğurmasından vazgeçtim, ancak kamusal haklardan yoksunsun” demek gibi izahı mümkün olmayan çelişkiye yol açar. Çünkü hak mahrumiyetleri, onun var olmasının nedeni olan temel ceza kadar önemli sonuçları olan bir cezadır¹².

Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası, memuriyetten yasaklılığı da kapsar¹³. Diğer yandan yasaklanan şeref alametlerinin yetkili ilmi teşekküllerce verilmiş olması ile devlet tarafından verilmiş bulunması arasında fark yoktur.

Kişinin medeni hakları içinde bulunan vasiliğe ait hizmetten mahrumiyet de başka bir neticedir. Velayet hakkı mahrumiyete konu değildir. Kayyumluk, vesayete müteallik hizmetten sayılır (TMK. 346). Yasaklık aile meclisine üye olmaya da manidir. Çünkü vesayet meclisine üye olabilmek için vasiliğe ehil olmak lazımdır (TMK. 350, 368).

¹² Burhan KUZU: “Af Müessesesi Ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001), 291

¹³ Y1CD., 16.01.1951, 156-75; Osman YAŞAR: a.g.e., 265

Müebbet ve muvakkat memnuiyet arasında netice bakımından fark yoktur. Ayrıca, Kanunun kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasını bu hizmetlerden bazılarına hasrettiği yerler de vardır. Mesela memuriyetten mahrumiyet gibi (TCK. 200, 236, 305).

Velayet ve vesayet hizmetlerine ait mahrumiyetler kanunda birer birer gösterilmiştir (TCK. 437, 479). Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının gerektirdiği yasaklara aykırı hareket suçtur (TCK. 307)¹⁴.

3.2.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından

Kamu hizmetlerinden yasaklılık, “müebbet” veya “muvakkat”dır. Her ikisi de aynı nevi ceza sayılır. Muvakkat memnuiyet üç aydan beş yıla kadardır. Ceza, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlar. Ancak kanunun ayrıca belirtmesi yönünden, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile birlikte hükmedilmiş bulunduğu hallerde bu cezanın, hürriyeti bağlayıcı cezanın çektirildiği sırada uygulanmakla beraber, sözü geçen cezanın infazının sona erdiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren başlayacağını, mahkûm, ceza kesinleşmesine rağmen hizmette devam etmiş ise, cezanın infazına başladığı tarihin fiilen hizmetten uzaklaştırılma tarihi olduğunu kabul etmek gerekir. Öte yandan cezanın süresinin hükümde belirtilmesi gereklidir¹⁵.

¹⁴ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 105; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 736, 737

¹⁵ “TCK’nun 31. maddesi ile tayin edilen fer’i cezanın süresinin açıklanmaması bozmayı gerektirmiştir.” Y1CD., 29.11.1978, 3512-4224; Osman YAŞAR: a.g.e., 263, 265; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 104; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 737; Erhan GÜNAY: a.g.e., 411

3.2.3. Yasaklamanın Fer'i (Veya Mütemmim) Ceza Olarak Bağlandığı Asli Ceza Bakımından

31. maddede sözü edilen mahkûmiyetten maksat, kesinleşmiş ve infaz edilebilir bir hükümdür. Burada “infaz edilebilir hüküm” ile kanuni sebeplerden biriyle cezanın düşmemiş olmasının lüzumu işaret edilmiştir. Bu madde, müstakil olarak verilen ağır hapis cezasına ait olup toplamı neticesinde tayin olunacak cezalara tatbik edilmez¹⁶

3.3. Fer'i Ceza Olarak, “Memuriyetten Yasaklılık Cezası”

“Memuriyetten yoksun kılma” yaptırımı, kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımının bir suçla bağlantılı ve özel olarak düzenlenmesinden ibarettir. Burada kullanılan “memuriyet” kavramının ‘kamu görevi’ni ifade ettiği düşünülmektedir. Bu nedenle, söz konusu yaptırımın kapsamı belirlenirken, 765 sayılı TCK’nun 20. maddesi hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir.

765 sayılı TCK’nun 240. maddesinde¹⁷ düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu açısından madde metninde öngörülen memuriyetten yoksun kılma yaptırımı karşısında, bu suçtan mahkûmiyet halinde ayrıca TCK’nun 35. maddesi uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımına hükmedilememelidir.

¹⁶ “31 ve 33. maddeleri hükümlerinin müstakilen verilen cezalara ait olup içtima neticesinde tayin olunacak cezalara şümulü yoktur.” (Y1CD., 14.01.1948, 589-93); Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 127

¹⁷ Madde 240 - (Değişik madde: 12/06/1979 - 2248/19 md.) Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.

Hâkim, kararında “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımına hükmederken bunun süreli veya süresiz olduğunu, süreli ise bunun miktarını açıkça belirtmelidir. “*Memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımı, doktrinde “*fer’i ceza*” olarak nitelendirilmiştir¹⁸.

TCK’nun 236. maddesinin¹⁹ 3. fıkrasında özel bir iştirak hali düzenlenmiştir. Buna göre, görevin yavaşlatılması veya terki şeklindeki eylemler dernek veya meslek kuruluşları yöneticilerinin bu yönde aldıkları karar veya yayınladıkları bildiriler üzerine vuku bulmuşsa, bu kararı alan veya bildiriye yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ağır para cezası verilir. Fail memur ise müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da hükmolunur²⁰.

Memuriyetten mahrumiyet cezası da bir nevi hidematı ammeden mahrumiyet cezası sayıldığı için, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya bağlı olarak verilmişse, TCK’nun 41. maddesi gereğince asıl cezanın tamamlanmasından sonra infazına başlanması gerekir. Hükümlünün daha önce kendiliğinden memuriyet görevinden ayrılmış olması, söz konusu men cezasının ortadan

¹⁸ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN: “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, (Haziran-Aralık 2003), 204-223

¹⁹ Madde 236 - (Değişik madde: 07/01/1981 - 2370/2 md.) Memurlardan veya işçi niteliğini taşımayan kamu hizmeti görevlilerinden üç veya daha fazla kimse aldıkları karar gereğince kanun hükümlerine aykırı olarak, memuriyetlerini terk eder veya vazifelerine gelmezlerse veya vazifelerine gelip de görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmazlar yahut yavaşlatırlarsa her biri hakkında dört aydan bir yıla kadar hapis ve ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla birlikte muvakkaten veya müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da hükmolunur.

Başkaları tarafından alınan karara veya yayınlanan bildirilere uyarak yukarıdaki fıkra yazılı fiilleri işleyen memurlara ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerine de aynı ceza hükmolunur.

Bu maddedeki eylemler dernek veya meslek kuruluşları yöneticilerinin bu yönde aldıkları karar veya yayınladıkları bildiriler üzerine vuku bulmuşsa, bu kararı alan veya bildiriye yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin liradan onbin liraya kadar ağır para cezası verilir. Fail memur ise müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezasına da hükmolunur.

²⁰ Ayşe NUHOĞLU: “Görevin Yavaşlatılması, Terk’i Suçu”, İÜHFM, C. LVII, S. 1-2, (İstanbul, 2000), 43, 44

kaldırılmasını gerektirmez. Hükümlü zamanaşımı sonuna kadar (TCK. 115) izlenir ve yeni bir memuriyete girdiği takdirde memuriyetten men cezasının infazına başlanılır²¹.

3.4. Fer'i Ceza Olarak, “Belirli Bir Meslek Ve Sanatın İcrasının Tatili Cezası”

Meslek ve Sanatın Tatili cezası kanunlarımızda değişik şekillerde ifade olunmuştur. Mesela 765 sayılı TCK'da “muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası” şeklinde ifade olunan kavram, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da “meslek ve sanat icrasından men”, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanunda “mesleki ve ticari faaliyetten men”, 3489 sayılı Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanunda ise “dükkân, mağaza veya ticarethanenin kapatılması” şekillerinde değişik kelimelerle adlandırılmıştır. Ancak Yargıtay'ın bir kararında²² da açık bir biçimde belirtildiği üzere, kanunlarımızdaki değişik ifade şekillerine rağmen, bunların hepsinin de aynı nevi ceza olduğundan şüphe yoktur.

Meslek ve sanatın tatili cezası, kişilerin, suç teşkil etsin veya etmesin, bir hukuk normunu ihlal etmeleri halinde, meslek ve sanatlarına ilişkin faaliyetlerinin, mesleki disiplin, idari zabıta veya yargı mercii işlem ve hükümleriyle geçici olarak durdurulmasıdır. Bu şekildeki tanım hem mahkemelerce verilen yasaklılık cezalarını ve hem de kolluk güçleri veya meslek kuruluşlarınca verilen cezaları kapsamaktadır²³.

Meslek ve Sanatın Tatili cezası 765 sayılı TCK'nda kabahatlere mahsus bir ceza olarak 11. maddede sayılmış olmasına rağmen 25.

²¹ Erhan GÜNEY: a.g.e., 411

²² Y11.H.D. 19.12.1977-76/4125-77/5654; Özcan UÇKAN: a.g.e., 11

²³ Özcan UÇKAN: a.g.e., 11

maddede²⁴ açıklandığı şekilde cürümlere de uygulanabilmektedir. Yine bu ceza 765 sayılı TCK’nda ve diğer başlıca 25 adet kanunda bazan asli, bazan fer’i (TCK. 402) ve bazan ise cezanın bir neticesi (TCK. 35) olarak yer almıştır. Maddede her ne kadar meslek ve sanatın tatili denmekte ise de bu ceza aynı zamanda memnuiyeti (yasaklılığı) da ihtiva eylemektedir. Kanunun suçu tarif eden maddesinde ayrıca açıklandığı hallerde bir cezadır. Diğer hallerde ise 35. maddeye göre mahkûmiyetin kanuni neticesidir²⁵.

Meslek ve sanatın tatili cezası 765 sayılı TCK’nun 11. maddesindeki haliyle asli bir ceza niteliğindedir. Ancak, bu cezanın bir yasak eyleme tek başına müstakil bir ceza olarak uygulanmasının kanunlarımızda örneği bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu yukarıda bahsedilen kararında “... yasalarımızda örneği bulunmamakla beraber bu cezalar bir yasak eyleme tek başına uygulandıklarında asıl ceza niteliğini de kazanabilirler...” demek suretiyle bu görüşü doğrulamıştır²⁶.

Gerçekte ise, meslek ve sanatın tatili cezası gerek uygulama yeri ve gerekse uygulama nedenleri itibariyle fer’i ceza niteliğindedir²⁷.

Söz konusu ceza 765 sayılı TCK sistemi içersinde fer’i ceza olarak kasti ve ihmali (taksirli) suçlara bağlı olmasına göre bazı önemli özellik ve ayrıcalıklar gösterir. Bu farklılığı belirtmek bakımından kasti suçlar için verilen tatil cezasına “umumi fer’i ceza”, hem kasti ve hem de ihmali suçlar için

²⁴ Madde 25 — Muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası üç günden iki seneye kadardır.

²⁵ Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 737

²⁶ Özcan UÇKAN: a.g.e., 31-34; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 109

²⁷ “Sanığın işyerinin kapatılmasına ve ticaretten menine dair kararın fer’i ceza niteliğinde bulunduğu cihetle, bu cezadan da TCK’nun 59. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Y7CD.,11.3.2004, 2093-3469); Haydar EROL: Açıklamalı ve İctihatlı Yeni TCK (Ankara, 2005), 275

hükmolunana da “özel fer’i ceza” demek şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur²⁸.

Umumi Fer’i Ceza Olarak Meslek ve Sanatın Tatili Cezası; yapılması, ilgili olduğu dairenden verilecek ruhsatname veya şehadetname gibi belgeler almayı zorunlu kılan bir meslek ve sanatın suistimali suretiyle işlenen bir suçta zorunlu kılar (TCK. md. 35). Böyle bir suçun işlenmesi halinde hükümlüye, mahkûm olduğu ceza süresine eşit olacak ve TCK. md. 25’te gösterilen iki yıllık süreyi geçmeyecek bir zaman için meslek ve sanatın tatili cezası da verilir.

Özel Fer’i Ceza Olarak Meslek ve Sanatın Tatili Cezası; 765 sayılı TCK’nun umumun sağlığına, yenilecek ve içilecek şeylere ilişkin cürümler başlığını taşıyan üçüncü bölümünde, umumun sağlığı ile yenecek ve içilecek şeylere ilişkin suçları işleyenler hakkında öngörülmüştür. Nitekim TCK’nun 394, 395, 396, 397, 398, 399 maddelerinde yazılı suçları işleyen kimselerin; tertip olunacak ağır hapis veya hapis cezası süresine eşit olarak suça vasıta kıldığı meslek ve sanatının da tatiline karar verilmesi TCK 402. md. uyarınca zorunludur.

Umumi fer’i ceza olarak meslek ve sanatın tatili cezası ancak kastî suçlarda söz konusudur. Hâlbuki 765 sayılı TCK’nun 399. maddesine göre, 394, 395, 396, 397 maddelerinde belirtilen suçlardan birinin “hataen veya kayıtsızlık veya meslek ve sanatta tecrübesizlik veya nizam ve emirlere riayetsizlik” sonucu işlenmesi halinde de faile asli ceza ile birlikte özel fer’i ceza olarak meslek ve sanatın tatili cezası verilebilmektedir²⁹.

Üç gün ile iki yıl arasında sınırlanan (TCK md. 25) meslek ve sanatın tatili cezası, kimi suçlarda kanun koyucu tarafından süre itibarıyla yeterli görülmemiştir. Nitekim TCK’nun 391 den 401 maddeye kadar yer alan

²⁸ Özcan UÇKAN: a.g.e., 34

²⁹ Özcan UÇKAN: a.g.e., 34, 35

(Umumun Sıhhatine, Yenecek ve İçilecek Şeylere İlişkin Cürümler hakkındaki) fer'i cezanın sınırları 7 gün ile 10 yıl arasında genişletilmek ve tertip olunacak ağır hapis veya hapis cezası süresine eşit olarak hükmolunacağı kuralı konulmak suretiyle hâkimin bu konudaki takdir hakkı tamamen kaldırılmıştır³⁰.

Fer'i ceza niteliğindeki meslek ve sanatın tatili cezası ise, şahsi hürriyeti kısıtlayan bir cezaya bağlı olarak veya bir ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak ortaya çıkması halinde; asli cezanın uygulanmasıyla birlikte tatil cezasının da fiilen uygulanmaya başlandığı söylenebilir. Zira hükümlünün cezaevinden çıktıktan sonra kullanamayacağı hakları cezaevinde iken kullanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Fakat tatil cezasının fiilen ve hukuken başlaması TCK 41/II. maddeye göre asli cezanın bittiği veya hükümlünün mahkûm olduğu asli cezanın genel veya özel afla ya da zamanaşımı gibi nedenlerden biri ile ortadan kalktığı günden başlar³¹.

Belli bir meslek ve sanatın icrasının tatili cezasının uygulanışı ise şöyle olmaktadır: Mahkemesinden infaz için Cumhuriyet Savcılığına gönderilen hüküm, ilamat defterine kaydedilir ve zimmetle yerel zabıtaya gönderilir. Zabıta, hükümlüyü vasıta kıldığı meslek ve sanatı icradan men eder. Mesleğin hüküm zamanında terkedilmiş olması, bu cezanın hükmedilmesine engel oluşturmaz³² ise de böyle bir hükmün ne şekilde infaz olunacağı uygulamada sorun teşkil etmiştir. Öte yandan failin birden fazla meslek ve sanatı ya da birden fazla işlerinin bulunması durumunda infazın nasıl yapılacağı zabıtayı müşkül halde bırakmaktadır. Uygulamada infazı zorlaştırmak için işyerinin başkasına devredilmek suretiyle faaliyet sürdürüldüğü hallerle karşılaşmaktadır. İşyerinin kapatılması şarttır; aksi

³⁰ “Diplomasız dış hekimliği yapan kişinin mesleki faaliyetin durdurulması yaptırımının uygulama süresi, TCY.nın 25.maddesindeki sınırlamaya tabi olmadan uygulanır.”; YCGK, 07.11.1995, 7/290-317; Osman YAŞAR: a.g.e., 279

³¹ Özcan UÇKAN: a.g.e., 36, 37; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., 740

³² Y4CD., 8.7.1938, Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 109

durumda, mağaza, dükkân gibi yerlerde bir başkasının çalıştırılması suretiyle cemiyet için aynı mahzurlu uğraşın sürdürülmesi imkânı ortadan kaldırılmamaktadır. Hükümde yazılı olan süre sonunda zabıta ilamı C. Savcılığına iade eder; Savcılık da kaydını kapatarak ilamı mahkemesine gönderir. Meslek ve sanatın tatili, bir nev'i fer'i ceza olduğu için 3682 sayılı Adli Sicil Yasasının 4/D-d maddesi gereğince sürenin bittiği tarihte adli sicile bildirilir. Eğer hükümlü halen cürme vasıta kıldığı meslek ve sanatı terk edip yapmıyorsa, zamanaşımı (TCK. 115) sonuna kadar izlenir³³.

Meslek ya da sanatın icrasının yasaklanması hususunun özel kanunlarda da düzenlendiği yukarıda belirtilmişti. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, verdiği 2004 tarihli bir kararında; "İmar Kanunu'nun 42/6. maddesinde "ilgili idarenin Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla Sulh Ceza Mahkemesine başvurması halinde ilgili fıkralara göre ceza verilen fenni mesul ve müteahhitler hakkında bir yıldan beş yıla kadar meslekten men cezasına hükmedileceğinin düzenlendiği ve sanığa verilen meslekten süreli olarak men edilmesine ilişkin cezanın dayanağı olan Ümraniye Belediye Encümeninin 22.1.2001 gün ve 241 sayılı para cezasına ilişkin kararının sanığa tebliğ edilmediği ve kesinleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi" ni kanuna aykırı bulmuştur³⁴.

Benzer husus, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK. ve 1734 sayılı Yem Kanunu uygulamaları için de söz konusudur: "Kabule göre de 556 sayılı KHK'nin 61/A-C maddesindeki 'işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten men edilmesi' amir hükmü dikkate alınmadan her iki fer'i cezanın ayrı ayrı infazına neden olabilecek şekilde ceza tesisi³⁵"; "1734 sayılı yasanın 12. madde son fıkrası uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasına göre cezalandırılan sanığın, ayrıca cürme vasıta

³³ Erhan GÜNAY: a.g.e., 406

³⁴ Y7CD., 13.5.2004, 7269-6555; Haydar EROL: a.g.e., 275

³⁵ Y7CD., 23.3.2004, 4797-4018; Haydar EROL: a.g.e., 275

kıldığı meslek ve sanatın da tatiline karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi³⁶ Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

3.5. 765 Sayılı TCK'daki Sistemin Kapsam Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunları Gidemeye Yönelik Olarak, Özel Kanunlarda Yapılan Düzenlemeler (“Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Meselesi)

647 sayılı Kanunda; kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine uygulanabilecek tedbirler düzenlenmişti. 647 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin (2) ilâ (5) numaralı bentlerinde gösterilen müeyyideler güvenlik tedbiri olarak kabul edilebilir. Buna göre, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine göre, aynen iade veya tazmine, altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye, bir yılı geçmemek üzere muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e, her çeşit ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar geçici olarak geri alınmasına çevrilebiliyordu³⁷:

Karayolları Trafik Kanununu, 119. maddesi³⁸, suç vesilesiyle sürücü belgesinin süreli veya süresiz geri alınmasını hükme bağlamıştır. Kanun, 765 sayılı TCK'nun bazı maddelerindeki suçlardan biri ile mahkûm olan veya bazı maddelerdeki suçlardan birinden mükerrir olan veya birden fazlasıyla aynı

³⁶ Y7CD., 11.5.2004, 8114-6419; Haydar EROL: a.g.e., 275

³⁷ Haluk ÇOLAK ve Uğurtan ALTUN: a.g.m., 12 vd.

³⁸ 13.10.1983 gün ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu; “İşlenen Suçlar Nedeniyle Sürücü Belgelerinin Geri Alınması Ve Yerine Getirilmesi: Madde 119 - (Değişik fıkra: 17/10/1996 - 4199/38 md.) Sürücü belgeleri, belge alındıktan sonra bu Kanunun 41 inci maddesinin (e) bendinde yazılı suçlardan biri ile mahkumiyet halinde süresiz geri alınır.

Diğer cürümlerden mahkumiyeti halinde, mahkemece ceza süresini geçmemek üzere geçici olarak sürücü belgelerinin geri alınmasına da karar verilebilir.

Geçici olarak sürücü belgesinin geri alınması hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlerinin infazından sonra yerine getirilir.”; R.G.: 18.10.1983/18195

anda veya değişik tarihlerde mahkûm olan kimselerin sürücü belgelerinin süresiz geri alınmasını; diğer cürümlerden mahkûm olan kimselerin sürücü belgelerinin ise geçici geri alınabilmesini emretmektedir³⁹.

“Fer’î ceza”nın en önemli özelliği, bu konuda hâkimin ayrıca karar vermesine gerek olmamasıdır. Yani, mahkeme kararıyla belli bir cezaya mahkûm olmakla, bu mahkûmiyetin neticesi olarak buna kendiliğinden eklenen cezalar, “fer’î ceza” niteliğindedir. Bu itibarla, TCK’nun örneğin 31 ve 34. maddelerinde düzenlenen “kamu hizmetlerinden yasaklılık” yaptırımı, bir “fer’î ceza” niteliğindedir. “Fer’î ceza”larla ilgili bu prensiplerin Kanunun bir ceza mahkûmiyetine bağladığı ehliyetsizliklerle ilgili olarak da uygulanması gerekmektedir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı görüş kabul edilmiştir: “Tecil edilmiş mahkûmiyeti bulunan memur kişinin deneme süresi bitmeden (647 sayılı Kanunun 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca) görevine son vermek, tecilin gayesi ile bağdaşmaz.”⁴⁰

³⁹Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 55

⁴⁰ “Tecil bir bütündür. Tecilde suç ayrımı yapılmaz. Esas olan mahkûmiyetin cinsi ve süresidir ve dikkat edilecek olan, işlenen fiilin nevi değil, failde aranan subjektif şartlardır. // Tecil bölünmez. Fail tecile ya layıktır veya değildir. Layık görülmüşse hakkındaki cezaların hepsinin tecili gerekir. Fail için verilen cezanın bir kısmının tecili, bir kısmının infaz edilmesi, müessesenin gayesiyle bağdaşmaz. // Tecilin fer’i ve mütemmim cezalara etkisi, incelenen konu açısından ayrıca önem arz etmektedir. Tecziyeyi temsil eden asli cezanın yanı sıra, asli cezaya ek olarak verilen fer’i cezalar ve asil cezanın kanuni sonucu olan mütemmim cezalar da Ceza Kanunumuzda yer almaktadır. Memuriyetten mahrumiyeti de kapsayan amme hizmetlerinden memnuiyet cezası, fer’i ve mütemmim ceza olarak TCK’nun 20 ve 31. maddelerinde hükme bağlanmıştır. TCK’nun 1926 tarihli ilk metninde 91. maddede “89. madde hükmü mütemmim cezalar hakkında dahi tatbik edilebilir” denildiğinden aksi sarahaten belirtilmedikçe fer’i cezalar tecil edilmemiş sayılmaktaydı. Buna rağmen TBMM’nin 16.6.1927 tarih ve 116 sayılı tefsirinde, asli cezanın tecili halinde mütemmim cezaların dahi tecili gerekeceğine karar verilmiştir. 91. madde 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. 91. maddenin (89. madde hükmü mahkeme kararında tasrih edilmedikçe fer’i cezalar hakkında tatbik olunur) hükmü karşısında, prensip olarak asli cezanın tecili halinde fer’i cezanın da tecil edilmiş olacağı, ancak hâkimin, fer’i cezaları, kararında açıkça belirtmek kaydıyla tecil dışı bırakabileceği kabul edilmektedir. Mütemmim cezaların da aynı uygulamaya tabi olacağını müellifler belirtmektedirler. // Öğretide müellifler, fer’i cezalara ilişkin bu esasların, mahkûmiyetin diğer kanunlar gereği husule getireceği başka ehliyetsizlikler bakımından da uygulanması gerekeceğini kabul etmektedirler. // İncelenen konu açısından arz ettiği önem nedeniyle, tecilin sonuçlarına özellikle değinmek gerekmektedir. // Tecilin hemen beliren ilk sonucu cezaların infazına engel oluşudur. Kararda aksi yazılmamışsa fer’i cezalar da gayri kabili infaz hale gelir. Türk hukukunun sistemine göre, tecil halinde mahkûmiyetin bütün diğer neticeleri de geri bırakılır.

Yüksek Mahkemenin bu İçtihadı Birleştirme Kararı üzerine, 657 sayılı Kanunun devlet memurluğuna alınmanın koşullarını düzenleyen 48/A-5. maddesi⁴¹ 10.01.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve yeni düzenlemede İçtihadı Birleştirme Kararındaki görüşe uyulmuştur⁴².

3.6. Erteleme Kararının “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası” Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Üzerindeki Etkisi Bakımından Yüksek Mahkeme Kararlarının İrdelenmesi

“Ertelemekten amaç, cezanın suç işleyene uydurulması ve ceza yerine getirilmeden iyi hal göstereceği ve bir daha suç işlemeyeceği konusundaki kanıya dayanmaktadır⁴³.” Bu hükümden hareketle; ertelemenin koşulları, 1) Erteleme konusu cezaya ilişkin koşullar, 2) Failin geçmişine ilişkin koşullar ve 3) Ertelemeye liyakat koşulu olmak üzere üç başlıkta toplanabilir.

765 sayılı TCK sisteminde, erteleme açısından işlenen suç göz önünde bulundurulmamış; sadece mahkûm olunan cezanın türü ve miktarı dikkate alınmıştır. Ancak “ertelemenin bölünmezliği kuralı” gereğince, suçun kanuni tanımında “aslî ceza” olarak gösterilen cezalardan sadece birinin ertelenip diğerinin erteleme kapsamı dışında tutulması mümkün değildir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 17.03.1990, 2-2; Osman YAŞAR: a.g.e., 1378-1385; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 99

⁴¹ Madde 48-A-5: (Değişik alt bent: 10/01/1991 - 3697/1 md.) Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak.

⁴² Kayıhan İÇEL: “Anayasa Hükümleri Ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme Ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001), 212

⁴³ Y8CD., 30.1.1985, 171-288; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 105.

Ertelemenin bölünmezliği kuralının bir istisnası mevcuttur: Erteleme kararı, 765 sayılı TCK'nun 91. maddesi gereğince "mahkeme kararında hilafı tasrih edilmedikçe fer'î cezalar hakkında da tatbik olunur." Buna göre, mahkeme, "asli ceza"yı ertelemekle beraber, fer'î ceza"yı erteleme dışında tutabilmektedir⁴⁴. Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay, Kanundaki bu hükme rağmen, aksi yönde karar vermiştir: "Memurluktan yoksun kılma cezasının, hükmolunan temel cezanın ertelenmesinden sonra uygulanması suretiyle bu cezanın erteleme dışı bırakılması" bozmayı gerektirmiştir⁴⁵.

Mahkeme kararında aksine bir hüküm yoksa erteleme kararı fer'î cezaları da kapsamına almaktadır. Fer'î cezaların ertelemeden istisna edilmediği durumlarda, iyi halle geçirilen deneme süresi sonunda bu cezalara mahkûmiyet de "vaki olmamış" sayılacaktır.

Ancak, Yargıtay, deneme süresinin iyi halle geçirilmesi halinde dahi, ceza mahkûmiyetine bağlı hak yoksunluklarıyla ilgili olarak memnu hakların iadesi yoluna (TCK, md. 121 vd.) başvurulması gerektiği fikrindedir:

"Ertelenen ve kesinleşen bir cezaya ilişkin memnu hakların iadesi isteminde, kesinleşme tarihinden itibaren 5 sene geçmiş ise; TCK'nun 95/2. maddesinde öngörülen şartların oluşup oluşmadığı araştırılarak, şartların olduğu tespit edildiği takdirde, bu mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı göz önüne alınarak, memnu hakların iadesine karar verilmelidir⁴⁶."

⁴⁴ İzzet ÖZGENÇ: "Bir Ceza İnfaz...", a.g.m., 107, 108; "Asıl ceza ertelenmiş olmasına göre, fer'i cezanın erteleme dışında bırakılması ve sanığın ahlaki düşüklüğünün gerekçe olarak gösterilmesi bir çelişki ve tutarsızlık meydana getirmekte ise de mahkeme ek cezanın ertelenmemesi halinde sanığın uslanacağı kanısını belirtmiş olması nedeniyle karar, sonucu bakımından doğrudur." YCGK. 22.10.1962, 10-67; Osman YAŞAR: a.g.e., 1386

⁴⁵ Y4CD., 29.04.1998, 2833/4346; İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN, "Kamu Görevinin...", a.g.m., 204, 205; aynı yönde, "TCK'nun 91 maddesinde ertelemeye ilişkin hükmün mahkeme kararında aksi açıklanmadıkça fer'i cezalar hakkında da uygulanacağı belirtildiği halde ve mahkeme kararında ertelemenin memuriyetten müebbeden mahrumiyet cezası yönünden uygulanmamasına ilişkin gerekçe gösterilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." Y5CD., 25.02.1986, 4422—803; Osman YAŞAR: a.g.e., 1388

⁴⁶ Y5CD., 09.07.1992, 2101-2457; İzzet ÖZGENÇ: "Bir Ceza İnfaz...", a.g.m., 126

“Memnu hakların iadesine konu olan cezaların fer’î cezaı da kapsayacak şekilde ertelenmiş olması ve TCK’nun 95/2. maddesinde öngörülen 5 yıllık sürenin geçmiş bulunması halinde, ceza mahkûmiyetinin esasen vaki olmamış sayılması gerektiğinden, zimmet suçundan hükümlü olup, cezası ertelenerek, kesinleşen sanığın cezasının kesinleşme tarihinden itibaren geçen 5 yıllık süre içerisinde herhangi bir suç işlemediği de göz önüne alınarak memnu hakların iadesine karar verilmesi gerekir⁴⁷.”

Yargıtay’ın bu görüşü doğru değildir. Erteleme kararıyla kural olarak fer’î cezalar da ertelendiğine göre; deneme süresi içinde bu fer’î cezaların herhangi bir hukuki sonucu olmayacaktır. Deneme süresinin iyi halle geçirilmesi durumunda, 765 sayılı TCK sisteminde, mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılacağına göre, ayrıca memnu hakların iadesi yoluna başvurulmasına ve bu yönde bir karar alınmasına gerek olmadığı kanısındayız.

Aksine uygulama, bir haksızlığın oluşumuna da neden olabilir. Şöyle ki örneğin bir kişi bir yıl hapis cezasına mahkûm olsa ve bu cezası ertelenmese, cezanın çekildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra (TCK, md. 122) memnu hakların iadesi yoluna başvurabilecektir. Buna karşılık, cezanın ertelenmesi halinde ise, Yargıtay’ın kararına göre, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesi yoluna başvurulabilecektir. Kaldı ki, Yargıtay’ın bu uygulamasının kanuni dayanağı da bulunmamaktadır.

Nitekim “fer’î ceza”ların ertelemeden istisna edildiği durumlarda bile; mahkûmiyetin kesinleşmesi anından itibaren infazına başlanan bu cezaların etkileri, suç işlemeksizin geçirilen deneme süresi sonunda, kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Mahkûm olunan cezanın ertelenmesi durumunda, bu mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak belli haklardan yoksunluk da erteleme süresince etkili olmamalıdır. Ancak, bu haklardan yoksunluk mahkeme

⁴⁷ Y5CD., 27.11.1990, 4358-5349; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 126

kararında ertelemeden istisna edilmiş ise, mahkûmiyetin kesinleşmesi anından itibaren hukuki etkisini gösteren bu yasaklar, suç işlemeksizin geçirilen deneme süresi sonunda, kendiliğinden ortadan kalkmalıdır⁴⁸.

3.7. Af Tasarrufunun “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası” Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları” Üzerindeki Etkisi Bakımından Ortaya Çıkan Sorunlar

“Genel af”, yasayla gerçekleşen ve toplumsal yarar düşüncesiyle suçları ve cezaları, tüm sonuçlarıyla düşüren bir yasama işlemidir. Af açılan davayı ortadan kaldırır. Genel af; diğer düşme nedenlerinden önce göz önüne alınır. Düşme nedenleri bulunsa bile mahkemenin onlara bakmaksızın davayı af nedeniyle düşürerek ortadan kaldırılması gerekir.

“Yasak hakların geri verilmesi”, belirli bir cezaya mahkûm olmak dolayısıyla süresiz olarak yoksun kalınan hak ve ehliyetlerin mahkûm olunan cezanın infazından belirli bir süre geçtikten sonra geri verilebilmesine denir. Yasak hakların geri verilmesi kurumu, yargı organları tarafından karara bağlanması ya da diğer bir deyişle yargısal bir işlem olması nedeniyle af kurumundan ayrılır. Her iki kurum arasında beliren diğer bir farklılık ise şu şekilde ortaya çıkar: Yasak hakların geri verilmesi için kişinin bir talepte bulunması zorunlu olup, mahkemeler bu konuda re’sen bir karar veremezler. Eğer bu konuda bir talep yapılırsa, mahkeme bir soruşturma yapıp yasak hakların geri verilip verilemeyeceği konusunda bir karar vermek zorundadır. Buna karşılık af bir hak olmayıp, afla ilgili başvurular ancak bir rica niteliğinde olup, affa yetkili organlar hukuken bu başvuruları dikkate almak zorunda değildirler.

⁴⁸ İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza Infaz...”, a.g.m., 126, 127

765 sayılı TCK'nun 97. maddesinde genel affın ayırım yapılmaksızın hükmolunan bütün cezaları ortadan kaldıracağı öngörüldüğünden, genel af asıl cezayı olduğu gibi, fer'î cezaları da ortadan kaldırır.

Mahkûmiyete bağlanmış olan kamu hizmetlerinden yasaklılık veya mahcuriyet gibi cezai sonuçlar da, genel affla ortadan kalkar⁴⁹. Ancak bu durum, faile bu gibi sonuçların uygulanmasıyla ortadan kalkan imkânların tekrar tanınmasını veya uygulanmadan önceki halin yeniden tesisini gerektirmez. Memur olma ehliyetini kaybeden kişi, yeniden memur olmak için başvurabilecek konuma gelse dahi, eski memuriyetinin ve özlük haklarının iadesini talep edemez.

Güvenlik önlemleri yönünden ise, kesin hüküm sonrası genel af cezalar dışındaki güvenlik önlemlerini etkilemez. Örneğin akıl hastaları, sağır-dilsiz ve çocuklar hakkında hükmedilmiş tedbirlere devam edilir. Aynı şekilde affa uğrayan mahkûmiyetin konusu olan suç nedeniyle verilen maddi ve manevi tazminat kararları da infaz olunur. Yargılama giderleri ise mahkûm tarafından ödenmiş ise bunları geri isteyemez, eğer ödememişse hazine yargılama giderlerini talep edemez.

Özel af, fer'î cezaları, kanunda açık hüküm olmadıkça etkilemez⁵⁰. Bunun tek istisnası, 765 sayılı TCK m. 98 hükmü gereği, "kanuni mahcuriyet" kurumudur. Buna göre, "hususî af daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilave edilmemiş bulunmak şartıyla mahkûmun kanuni

⁴⁹ "Ehliyetin geri alınması, mahkûmiyet halinde uygulandığına göre, müstakil bir tedbir niteliğinde değildir. Bu itibarla, mahkûmiyete dayanak olan suç, affa tabi bulunduğu takdirde bu mahkûmiyet dolayısıyla ittihaz edilen ehliyetnamenin geri alınması hali de affın kapsamına girer." Y4CD, 24.06.1967, 1175—3937; Osman YAŞAR: a.g.e., 1436

⁵⁰ "98. maddenin kaydına ve Af Kanununun ikinci maddesiyle beş seneye inen ağır hapis cezasının 33. maddeye nazaran mahcuriyeti müstelzim bulunmamasına ve mahcuriyetin içtima tutarı değil, içtimaa dâhil olan cezalar ayrı ayrı nazara alınarak tayin edileceğine göre, mahcuriyet cezası tayininde isabet olmadığından beş sene 20 günlük mahcuriyet kaldırılmak suretiyle esas hükmün ıslahan tasdikine oybirliğiyle karar verildi." Y4CD, 05.02.1952, 1245—1245; "TCK'nun 98. maddesi hükmü gözetilmeksizin kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezasından Af Kanunu ile indirme yapılması yolsuzdur." Y1CD, 09.01.1951, 91—34; Osman YAŞAR: a.g.e., 1438

mahcuriyetini de ref eder.” Gerçekten, kanuni mahcuriyet mahkûmiyete değil, infaza bağlı bir fer’î ceza olduğundan, böyle bir hükmün getirilmesi doğaldır. Buna karşılık özel af kanununda fer’î ve tamamlayıcı cezaların da af kapsamına alındığı yolunda bir açıklık varsa bunlar da affedilmiş olacaktırlar. Özel affın mahkûmiyete bağlanmış kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi kanuni sonuçlara ve güvenlik önlemlerine etkisi yoktur⁵¹.

Genel af, ceza mahkûmiyetini bütün neticeleriyle ortadan kaldırmaktadır. Memnu hakların iadesinde ise, mahkûmiyet kararı ortadan kalkmamaktadır. Sadece belli bir cezaya mahkûm olmanın kanuni neticesi olarak veya mahkûmiyet kararında belirtilen belli hak yasaklamalarının kaldırılmasını ifade etmektedir. Belli şartların (TCK, md. 121 vd.) gerçekleşmesi halinde kişi yasaklanmış olan muayyen hakların kendisine iadesini talep eder. Mahkeme, şartların gerçekleşmiş olması halinde kişiye yasaklanmış olan haklarını iade eder. Ancak, belirtelim ki, bu durumda bile mahkûmiyet kararı hukuki varlığını devam ettirir. Bu itibarla, genel af memnu hakların iadesi müessesesinden daha kapsamlıdır⁵².

Af konusunda tartışmaya yol açan husus, 765 sayılı TCK’nun 97. maddesinin “umumi af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır” şeklindeki hükmü karşısında “affa uğramış olsalar bile” ibaresinin ifade edebileceği anlamın saptanmasıdır. Konuyu biraz daha genişleterek belirleyecek olursak, gerek genel af durumunda, gerekse 4454 sayılı yasada olduğu gibi, genel af etkinliğindeki zorunlu erteleme hallerinde sözü geçen ibarenin anlam ve kapsamının tartışmalı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda tartışılan diğer bir sorun ise, “affa uğramış olsalar bile” ibaresinin genel affı da kapsadığının kabul edilmesi durumunda TCK 121 ve son maddelerine dayanılarak “memnu hakların

⁵¹ Adem SÖZÜER: “Türk Hukukunda Af, 4454 Ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme Ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümleri Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001), 233-251; Osman YAŞAR: a.g.e., 1431-1436

⁵² İzzet ÖZGENÇ: Uygulamalı Ceza Hukuku (İstanbul, 1998), 312

iadesi” kararı alındığı takdirde sözü geçen yasağın kalkmış sayılıp sayılmayacağıdır.

Konuyla ilgili Yüksek Seçim Kurulunun 24.09.1961 gün ve 170/27 sayılı kararında, “kanun koyucunun mahkûmiyetleri genel affa uğramış olanların dahi seçilme yeterliğinden yoksun sayılmaları gerekeceği, Anayasa ve Seçim Kanunu hükümleri memnu hakların iadesi kararının seçme ve seçilme yeterliğinin kazanılmasına ilişkin sonucu hakkındaki Ceza Kanunu hükmünü sınırladığı” şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır.

Buna karşılık, yine Yüksek Seçim Kurulu 25.05.1985 gün ve 313/203 sayılı kararında tam karşıt bir görüşten yana olmuştur: “765 sayılı TCK’nun 121. maddesinde “süresiz olarak kamu hizmetlerinden yasaklanma ve ceza mahkûmiyetinden doğan diğer ehliyetsizlik cezalarının memnu hakların iadesi yoluyla yok edilebileceği” hükme bağlanmış ve bu müesseseden yararlanma istisnasız tüm mahkûmiyetler için kabul edilmiştir. Aynı Kanunun 122. maddesi hükmünde de affa uğramış mahkûmiyetler için dahi “ceza af ile kalktığı tarihten itibaren beş yıl (sonradan üç yıl) geçmesi kaydıyla” memnu hakların iadesi imkânı sağlanmış ve cezayı ortadan kaldıran affın özel veya genel af olduğu yolunda bir ayırım yapılmamıştır. Diğer taraftan Anayasanın 76/2. maddesine paralel bulunan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunun 11/f maddesi hükmünün; seçilme yeterliliği bakımından TCK’nun memnu hakların iadesine ilişkin sonuçları sınırlandırmış olduğu görüşüne katılmak da mümkün değildir. Nedenleri yukarıda açıklanan hususi esaslar karşısında 2839 sayılı Kanunun 11. maddesinin (f) fıkrasında yazılı suçlardan mahkûmiyet halinde de memnu hakların iadesi kararının bu mahkûmiyetler nedeniyle yeniden kazanılmasına neden olacağı benimsenmelidir”.

Bu konudaki Yargıtay Kararları da aynı doğrultudadır: “Anayasa ve bazı özel yasalardaki “affa uğramış olsalar bile” cümlesiyle başlayan suçlar arasında sayıldığı için “süresiz hak mahrumiyeti ve süresiz ehliyetsizlikler” getiren hükümler, memnu hakların iadesi yolunu kapayan hükümler değildir. ... Bir örnek vermek gerekirse, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun

seçilme yeterliliği ile ilgili 11. maddesinin (e) fıkrasında yazılı suçtan hüküm giyen bir kimse, hükmün kesinleşmesinden sonra, bu suçları da kapsayan bir Af Kanunu çıkması halinde otomatikman seçilme yeterliliğini kazanmayacak; “işlemiş olduğu cürümden dolayı nedamet etmekte olduğunu ihsas edecek surette iyi halinin görüldüğünü” kanıtlayarak ve TCK 122. maddesinde belirtilen sürelerin geçmesinden sonra, CMUK’nun 416. maddesi gereğince “ikametgâhı olan yerin tabi bulunduğu ağır ceza işleri gören mahkemeden” memnu hakların iadesi yolunda karar alarak seçilme yeterliliğini kazanacaktır.” (YCGK. 23.11.1987, 9- 415/567)

Böylece, gerek Yüksek Seçim Kurulunun ve gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulunun görüşleri çerçevesinde, genel Af Kanunu yasaklanmış hakların kendiliğinden geri verilmesini sağlamamakta, buna karşılık TCK. 121 ve son maddelerine dayanılarak alınan bir “memnu hakların iadesi kararı”, “affa uğramış olsalar bile” ibaresini bertaraf ederek bu konudaki yasaklılığı kaldırmaktadır⁵³.

3.8. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları”nın Ortadan Kaldırılması Yolu Olarak “Memnu Hakların İadesi”

Memnu hakların iadesi müessesesi 765 sayılı TCK’nun 121. ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Sistem uyarınca, ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklılık ve ceza hükümlülüğünden ileri gelen diğer tür ehliyetsizlik cezaları, yasak hakların geri verilmesi yoluyla giderilebilir. Buna göre sürekli (müebbeden) kamu hizmetlerinden yasaklama ve öbür ehliyetsizlik cezaları ancak yasak hakların geri verilmesi (memnu hakların iadesi) yoluyla ortadan kaldırılabilir. Geçici yasaklılık ve ehliyetsizliklerde ise,

⁵³ Kayıhan İÇEL, a.g.m. , 213 vd.

bu yola gidilemez; kanunda öngörülen sürenin geçmesiyle böyle bir dava açılmadan yasaklılık ortadan kalkar⁵⁴.

Gerek bir mahkûmiyet sonucu ve gerekse ceza biçiminde hükmedilen her nev'i ehliyetsizliklerin memnu hakların iadesi suretiyle bertaraf edilmesi mümkündür. Konuya açıklık getiren Yargıtay kararının içeriği şöyledir: "765 sayılı TCK'nun 121 ve sonraki maddelerine göre, isterse TCK'dan, isterse özel yasalardan kaynaklansın "kamu görevlerinden yasaklanma", "memuriyetten mahrumiyet", "seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma", "yasal kısıtlılık altında bulundurulma", "babalık veya kocalık hakkından mahrumiyet", "sürücü belgesinin geri alınması", "emeklilik maaşından yoksun kılınma", "meslek ve san'atın tatili", "işyerinin kapatılması" ve benzerleri, gerek bir mahkûmiyet sonucu ve gerekse ceza şeklinde hükmedilen her nevi ehliyetsizliklerin memnu hakların iadesi yoluyla bertaraf edilmesine yasal bir engel bulunmadığından, TCK'nun 122. maddesinde açıklanan süreler geçtikten sonra talepte bulunan iyi halli hükümlünün memnu haklarının iade edildiğinin bir kararla tespit edilmesinin zorunlu bulunduğu⁵⁵."

Yasak hakların geri verilmesinin koşulları vardır. Öncelikle belli bir sürenin geçmesi gerekir. Sonra hükümlünün işlemiş olduğu cürümden ötürü pişmanlık duygusu içinde olduğuna ilişkin pişmanlık duygusunun mahkemece görülmesi gerekir.

Yargıtayca memnu hakların iadesine konu edilen cezaların fer'i cezayı da kapsayacak şekilde ertelenmiş olması ve TCK'nun 95/2. maddesinde öngörülen 5 yıllık sürenin de geçmiş bulunması hallerinde bu mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılması gerektiğine hükmedilmiştir⁵⁶.

⁵⁴ Osman YAŞAR: a.g.e., 1578

⁵⁵ Y6CD., 14.10.1992, 5855-6684; Erhan GÜNAY: a.g.e., 464, 465

⁵⁶ Y5CD., 27.11.1990, 4358-5379; Erhan GÜNAY: a.g.e., 478, 479

Gerek Anayasanın 76. maddesine, gerek Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesine göre, belli suçlardan dolayı mahkûm olan kişiler, genel veya özel ayırımı yapmaksızın, affa uğramış olsalar bile, seçilme yeteneğini yitirmektedirler. Keza, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesine göre belli suçlardan dolayı mahkûm olan kişiler, affa uğramış olsa bile, devlet memuru olamayacaklardır. Özellikle toplumsal barışmayı ifade eden genel af müessesesinin hukuki sonuçlarıyla bu ve benzeri hükümleri telif etmek mümkün değildir.

Daha kapsamlı bir müessese olan genel affa rağmen belli hakların kullanılmasına müsaade etmeyen mantığın, memnu hakların iadesi müessesesiyle bu hakların tekrar kullanılmasına imkân tanınmasını beklememek gerekir. Ancak, hukukun genel prensiplerine aykırı olan bu kanun hükümlerine rağmen, Yargıtay, özellikle memnu hakların iadesi müessesesinin hukuki niteliğinden hareketle, belli suçlardan dolayı mahkûm olan kişilere yasaklanmış belli hakların kullanılması yolunu tekrar açmıştır⁵⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, af kanunundan yararlanan ve kanunda öngörülen süre geçtikten sonra müracaat eden iyi halli kişinin memnu haklarının iade edilmesi yönünde geniş açıklamalarda bulunduğu bir karar vermiştir. Buna göre; “Genel Af, Yasama Organının bir tasarrufudur Prensip itibarıyla umumi ve geçici olmasına rağmen, memnu hakların iadesi bir yargı tasarrufudur ve şahsidir. Af yoluyla kamu davasına mahkûmiyetten önce müdahale edilebilir. Tahkikat sırasında, hatta ceza infaz edildikten sonra da afdan yararlanma mümkündür. Hâlbuki memnu hakların iadesi talebi, mahkûmiyet esasına dayanır. Bazı istisnalar hariç, uygulanabilmesi için asli cezanın tamamen infaz edilmiş olması lazımdır. // İki müessese, saikte de birbirinden farklıdır. “Af da teskin gayesi olduğu halde, memnu hakların iadesi mahkûmun değişmesini (amendement) elde etmeye yönelir, yardım eder Cezanın çekilmesinden sonraki iyi hareketleri mükâfatlandırır, hükümlünün cemiyette eskiden sahip olduğu haklarıyla faaliyetine devam

⁵⁷ İzzet ÖZGENÇ: Uygulamalı, a.g.e., 312

edebilme imkânlarını sağlar. // TCK’unda hukuki sonuçları düzenlenen “Af” merhamet duygusuna, sosyal mülâhazalara dayanır. Af yetkisi kullanılırken, affın kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, genellikle, buna layık olup olmadıkları yönünden ayırma ve incelemeye tabi tutulmadıkları için affın ıslah olmamış suçluları da kapsamına alması olağandır. Bu nedenledir ki özel kanunlarla mahkûmiyetleri af edilmiş olmasına rağmen ve sınırlı da olsa nitelikleri gözetilerek bazı suçlardan mahkûm olan kişilerin kamu hizmetlerinden yasaklılık hallerinin devam etmesi öngörülmüştür. // Mesela, Anayasanın 76. maddesinde “...Kamu hizmetlerinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, ideolojik ve anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler” hükmüne ver verilmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8/h maddesi, 2839 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Kanununun 36. maddesi, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesi benzer mahiyette hükümlerdir. // Olayımızda olduğu gibi, Anayasa ve bazı özel yasalardaki “affa uğramış olsalar bile” cümlesiyle başlayan suçlar arasında sayıldığı için “süresiz hak mahrumiyeti ve süresiz ehliyetsizler” getiren hükümler, memnu hakların iadesi yolunu kapayan hükümler değildir. TCK’nun 122. maddesinde cezanın af ile ortadan kalktığı tarihten itibaren, beş yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesi isteminde bulunabileceği belirtilmekle, affın kaldıramadığı memnu hakkın, bu yolla iade edilmesi amaçlanmıştır. // Bir örnek vermek gerekirse, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun seçilme yeterliği ile ilgili 11. maddesinin (e) fıkrasında yazılı suçtan hüküm giyen bir kimse, hükmün kesinleşmesinden sonra bu suçları da kapsayan bir af kanunu çıkması halinde, otomatikman seçilme yeterliğini kazanmayacak; “işlemiş olduğu cürümden dolayı nedamet etmekte olduğunu ihsas edecek surette iyi hali görüldüğünü” kanıtlayarak ve TCK’nun 122. maddesinde belirtilen süreler

geçmesinden sonra, CMUK'nun 416. maddesi gereğince "ikametgâhı olan yerin tabi bulunduğu ağır ceza işleri gören mahkemeden", memnu hakların iadesi yolunda karar alarak seçilme yeterliğini kazanacaktır. // Memnu hakları iade edilen, artık ahlaken düzeldiğini, değiştiğini ve topluma intibak ettiğini ispat etmiştir. Mahkeme kararı, bunun bir nevi tespittir. Memnu hakların iadesi ile hükümlüye, kullanılması men edilen hakları kullanma yetkisi verilmektedir. Kararın geçmişe etkisi yoktur. İstikbal için neticeler doğuracaktır. Mesela, memuriyetten çıkarılan kimse, memnu hakların iadesi yoluyla yeniden memur olma ehliyetini, kabiliyetini kazanır, yoksa eski memuriyetini hatta münhal olsa bile isteyemez⁵⁸."

"Yasamızın sistemine göre bu yasaklılık süresiz olduğu hallerde, toplumun suçludan, asıl cezanın yerine getirilmesinden sonra da korunması amacı ile uygulanır. Ancak asıl ceza, yerine getirildikten sonra, hükümlü hakkında uygulanacak fer' i ve mütemmim cezanın ömür boyu devam etmesi beklenen amaç ile bağdaşmaz. // Bir başka anlatımla, fer'i ve mütemmim cezanın uygulanmasındaki amaç, artık tahakkuk etmiş olabilir. Fer'i ve mütemmim cezanın yerine getirilmesi sırasında hükümlünün toplum için gösterdiği tehlike hali kalkmış, sözü edilen cezanın kendisinden bekleneni gerçekleştirmiş, hükümlü iyi halde yaşamayı sürekli hale getirmiş olabilir. Hükümlü toplum hayatına uyum sağlamış, dürüst ve namuslu olmayı yaşam biçimi haline getirmiş olduğu hallerde yasaklanmış olan haklarını yine de kullanamaması, bu cezayı adil bir ceza olmaktan çıkarır. // Bu nedenle, ... iyi halli hükümlünün memnu haklarının geri verilmesinde zorunluluk vardır⁵⁹."

"... İster TCK'nundan, isterse özel bir yasadaki kaynaklı olsun, mahkûmiyet neticesi kaybedilen tüm hakların memnu hakların iadesi yoluyla kazanılabileceği, zira bu müessesenin kabul ediliş amacının mahkûmiyet neticesi kaybedilen yasal hakları ferde iade etmek olduğu, bu çeşit bir kararla hükümlüye kullanılması men edilen hakları kullanma yetkisi verildiği,

⁵⁸YCGK., 23.11.1987, 415-567; Osman YAŞAR: a.g.e., 1592-1594

⁵⁹ Y10CD., 20.10.1992, 1586-1436; Erhan GÜNAY: a.g.e., 412, 413

mahkûmiyet kararında herhangi bir hak kaybından bahsedilmese dahi, “başka yasaların mahkûmiyet sonucu olarak” memuriyete girememe seçme ve seçilme hakkının kaybı gibi kısıtlamalar getirmesi karşısında, iyi halli olduğunu kanıtlayanlar ve süresinde istemde bulunan hükümlülerin memnu haklarının iadesine karar verilmelidir⁶⁰.”

3.9. “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”nın Veya “Ceza Mahkûmiyetinin Yan Sonuçları”nın Ortadan Kaldırılması Sonucunu Doğuran “Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi” Yöntemi

Adli sicil kayıtlarının silinmesi, mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 8. maddesine⁶¹ göre, istem üzerine; hükmü veren mahkeme veya ilgilinin

⁶⁰ Y1CD., 10.12.1991, 2820-3053; Erhan GÜNAY: a.g.e., 479

⁶¹ Madde 8 - (Değişik madde: 02/01/2003 - 4778 S.K./31. md.)

Cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren;

a) Kabahatten mahkûmiyet halinde, diğer bir cürüm veya kabahatten dolayı bir yıl içinde,

b) Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezasına mahkûmiyetler on yıl içinde,

c) Beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkûmiyet halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,

d) (b) bendindeki suçlara mahkûmiyetlerin; suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,

e) (c) bendindeki suçlara mahkûmiyetlerin suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı iki yıl içinde,

Evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkûm olunmadığı takdirde ilgilinin, Cumhuriyet savcısının veya Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince duruşma yapılmaksızın adli sicildeki kaydın çıkartılmasına karar verilir. Ertelenmiş olan hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde ise, bu tarih esas

bulunduğu yer asliye ceza mahkemesinde duruşma yapılmadan evrak üzerinde yapılacak inceleme sonucu karar verilir. İstek reddedilirse, itiraz yolu açıktır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Yazılı emir yoluna gidilebilir. Çıkartma kararlarının bir örneği Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilir⁶².

Adli sicildeki kaydın çıkartılması kararı, sabıkayı hukuken yok sayma anlamı taşıdığına ve hukuken yok sayılan bir husus da, hiç bir surette nazara alınamayacağına göre, adli sicildeki kaydın çıkartılması yolunda karar alanların Devlet memuriyetine ve gümrük komisyoncusu olabilmeye engel olan mahkûmiyetleri yok sayılacağına dair Danıştay kararı şöyledir:

“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinin A/5 fıkrasında ön görülen koşulları, mahkûmiyetten dolayı yitirmeleri nedeniyle memuriyetle ilişkileri kesilenlerin, memnu haklarının iadesi kararı almaları halinde yeniden Devlet memurluğuna atanabilecekleri; ancak, kadro ve ihtiyaç durumları bakımından idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunduğu,

Memnu hakların iadesiyle mahkûmiyet ortadan kalkmamakla birlikte mahkûmiyetten doğan ehliyetsizliklerin geleceğe yönelik olarak ortadan kalkması nedeniyle, adli sicildeki kaydın muhafazasının bu müessesenin uygulanmasını engellemeyeceği,

Memurluğa engel bir mahkûmiyetin saptanması halinde memnu hakların iadesi kararı alınmadıkça veya memurluğa engel sayılanlar dışındaki suçlardan dolayı hükmedilen mahkûmiyetler aflat ortadan kalkmadıkça yeniden memurluğa atanmanın söz konusu olamayacağı,

alınır. Bu kararların bir örneği Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilir.

Kanunlarda yapılacak değişiklikler sonucu suç olmaktan çıkarılan veya idari nitelikte cezaya dönüştürülen suçlarla ilgili bilgiler Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce resen adli sicil kayıtlarından çıkartılır.

⁶² Erhan GÜNEY: a.g.e., 442

Disiplin cezası uygulamalarının memnu hakların iadesi kurumuyla bir ilişkisinin bulunmadığı, bu konuda sadece idari yargı mercilerinde dava açılabilceğı;

1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun 167. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı hükmedilen mahkûmiyetler nedeniyle gümrük komisyoncusu karnesi verilmesi mümkün bulunmadığından, memnu hakların iadesi kararı alınması halinde ilgililere gümrük komisyoncusu karnesi verilebileceğı ancak bu konuda idarenin takdir yetkisi bulunduğı,

657 sayılı Kanunun 48. maddesinin A/5 fıkrasında belirtilen Devlet Memurluğına engel mahkûmiyetin tecil edilmesi durumunda, mahkûmiyete neden olan suçun anılan Kanun hükmünde değışiklik yapan 3697 sayılı kanunun yürürlüğe girdiğı 18.01.1991 tarihinden önce işlenmesi halinde suçun nevi, cezanın süresi ve şekli yönlerinden ayırım yapılmaksızın Devlet memurluğına engel teşkil etmeyeceğı, 18.01.1991 tarihinden sonra işlenen suçlarda ise; söz konusu Kanun hükmünde belirtilen suçlar dışındaki bir suç nedeniyle hükmedilen 6 aydan fazla hapis veya ağır hapis cezalarının tecil edilmesinin Devlet memurluğına atanmaya veya Devlet memurluğı görevini sürdürmeye engel teşkil etmeyeceğı buna karşılık maddede sayılan suçlardan dolayı hükmedilen mahkûmiyetlerin, tecil edilseler dahi Devlet memurluğına engel teşkil edeceğı görüşüne varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 22.04.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi⁶³.”

Siyasi haklardan yasaklılık ile ilgili olarak Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiğı kararda ise, “affa uğramış olsalar dahi” ibaresinin yasağın kaldırılmasını engellemeyeceğı vurgulanmıştır:

“...muhtarlık seçimini kazanan NB'nin yüz kıztartıcı bir suçtan mahkûmiyeti bulunduğı iddiası ile yapılan şikâyet üzerine, NB'nin savunmasıyla birlikte, Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesinden aldığı memnu

⁶³ Danıştay 1.D., 22.04.1992, 126-150; Osman YAŞAR: a.g.e., 1612-1618

hakların iadesine dair kararı inceleyen Balıkesir İl Seçim Kurulunun; 2839 sayılı Yasanın 11-f maddesinde yazılı suçlardan mahkûm olanların affa uğramış olsalar bile seçilemeyecekleri ve memnu hakların iadesi yoluyla bu hakkın kazanılmayacağı gerekçesiyle “... adaylığının iptaline...” şeklinde verdiği ve tutanağın iptali niteliğindeki kararına karşı, NB tarafından süresi içinde Kurulumuza itiraz olunduğundan konu görüşülerek işin gereği düşünüldü:

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 36. maddesinin göndermede bulunduğu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun seçilme yeterliğiyle ilgili 11. maddesinin (e) fıkrasında yazılı suçlardan hüküm giyenlerin “memnu hakların iadesi” kararı almaları halinde, bu mahkûmiyetleri nedeniyle kaybettikleri seçilme hakkını yeniden kazanacakları hususunda herhangi bir duraksama yoktur. Tetkik konusu olay nedeniyle, aynı maddenin “affa uğramış olsalar bile” cümlesi ile başlayan (f) fıkrasındaki suçlardan mahkûmiyetin söz konusu olduğu hallerde, memnu hakların iadesi kararının seçilme hakkını kazandırıp kazandırmayacağının tespiti de gerekmektedir.

Gerçi Yüksek Seçim Kurulunun evvelki uygulaması (kanun koyucunun mahkûmiyetleri genel affa uğramış olanların dahi seçilme yeterliğinden yoksun kalacaklarını kabul etmesi karşısında memnu hakların iadesi kararı almış bulunan kimselerinde evleviyetle seçilme yeterliğinden yoksun sayılmaları gerekeceği, Anayasa ve Seçim Kanunu hükümleri memnu hakların iadesi kararının seçme ve seçilme yeterliğinin kazanılmasına ilişkin sonucu hakkındaki Ceza Kanunu hükmünü sınırlandırdığı) yolundadır. (YSK’nun 24.09.1961 gün, 170-127 sayılı kararı.) Bazı hukukçular tarafından da, af cezanın bütün hukuki sonuçlarını kaldırdığına göre genel affa uğramış bir mahkûmiyet dolayısıyla memnu hakların iadesi yoluna başvurulamayacağı görüşü savunulmaktadır.

Oysa TCK’nun 121. maddesinde süresiz olarak kamu hizmetinden yasaklanma ve ceza mahkûmiyetinden doğan diğer ehliyetsizlik cezalarının

memnu hakların iadesi yoluyla yok edilebileceği hükme bağlanmış ve bu müesseseden yararlanma istisnasız tüm mahkûmiyetler için kabul edilmiştir. Aynı Kanunun 122. maddesi hükmünde de affa uğramış mahkûmiyetler için dahi “ceza af ile kalktığı tarihten itibaren beş yıl geçmesi kaydıyla” memnu hakların iadesi imkânı sağlanmış ve cezayı ortadan kaldıran affın özel veya genel af olduğu yolunda bir ayırım da yapılmamıştır.

Diğer taraftan Anayasanın 76/2. maddesine paralel bulunan 2839 sayılı Kanunun 11/f, maddesi hükmünün; seçilme yeterliği bakımından TCK’nun memnu hakların iadesine ilişkin sonuçlarını sınırlandırmış olduğu görüşüne katılmak da mümkün değildir. Şöyle ki:

Etkinlik alanları birbirinden farklı olan her iki müesseseyi kapsamaları açısından mukayese etmek suretiyle sonuca gidilmesi hatalı olur Çünkü TCK’nun 122. maddesinde, işlediği suçtan pişman olduğunu ihsas edecek surette iyi hali görülen kimsenin asıl cezasını çektiği veya ceza af ile ortadan kalktığı tarihten itibaren beş yıl veya müruru zaman ile düştüğü tarihten itibaren yedi yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. CMUK’nun 418. maddesinde de, mahkumun dilekçesi üzerine bir raportör üye seçileceği, raportör üyenin adli sicil kayıtlarını getirtmekle beraber gerekli gördüğü bilgileri toplayacağı, Cumhuriyet Savcısının delilli düşünce yazısı üzerine mahkemece karar verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, memnu hakların iadesi, bir af kanununun çıkarılmasından çok farklı olarak, özel koşullara, mahkûmun iyi haline, Cumhuriyet Savcısının da katkısıyla mahkemenin ciddi incelemelerine bağlı olarak verilen bir belge, ceza mahkûmiyetinden doğan süresiz memnuiyet ve süresiz ehliyetsizlikleri gelecek için ortadan kaldıran adli bir işlemdir. Süresiz hak mahrumiyetine ve ehliyetsizliğe karşı vakti ile işlediği suçtan pişmanlık duyan ve devamlı iyi hal gösteren mahkûmların “memnu hakların iadesi” yoluyla bu haklarına kavuşmalarını engelleyen bir yasa hükmü mevcut değildir. Olayımızda olduğu gibi, bazı özel yasalardaki “affa uğramış olsalar bile” cümlesiyle başlayarak, “süresiz hak mahrumiyeti ve süresiz ehliyetsizlik”

getiren hükümler, memnu hakların iadesi yolunu kapayan değil, aksine TCK'nun 121 ve 122. maddelerindeki koşulların gerçekleşmesi halinde, bu yolu açan hükümlerdir. 122. maddede, cezanın af ile ortadan kalktığı tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesi isteminde bulunabileceği belirtilmekle, affın kaldıramadığı memnu hakkın bu yolla iade edilebileceğinin amaçlandığı ise açıktır

TCK'nda hukuki sonuçları düzenlenen af ise, merhamet duygusuna, sosyal mülâhazalara dayanır. Af yetkisi kullanılırken, affın kapsamı içine giren suçlardan mahkûm olanlar, genellikle, buna layık olup olmadıkları yönünden bir ayırma ve incelemeye tabi tutulmadıkları için affın ıslah olmamış suçluları da kapsamına alması olağandır Bu nedenledir ki, özel kanunlarda, mahkûmiyetleri af edilmiş olmasına rağmen ve sınırlı da olsa nitelikleri gözetilerek bazı suçlardan mahkûm olan kişilerin kamu hizmetlerinden yasaklılık hallerinin devam etmesi öngörülmüş ve ancak bunlara memnu hakların iadesi müessesesinden yararlanabilme imkânı da kapatılmamıştır. Nitekim TCK'nun 122. maddesinde, diğer kanunlarda yazılı ve ceza mahkûmiyetinden doğan her çeşit ehliyetsizliğe karşı memnu hakların iadesi yolu açık olduğu gibi, seçilme yeterliği ile ilgili olarak Anayasa'nın ve 2839 sayılı Kanunun bahse konu hükümleri de diğer kanunlardan farklı bir düzenleme getirmiş değildir. Kural olarak bir kanun hükmünün yorumunda bir hakkı ortadan kaldırmak değil, o hakkı korumanın gözetilmesi esastır. Memnu hakların iadesine ilişkin TCK'ndaki düzenleme istisnai bir müessesedir.

Nedenleri yukarıda açıklanan hususi esaslar karşısında 2839 sayılı Kanunun 11. maddesinin (f) fıkrasında yazılı suçlardan mahkûmiyet halinde de memnu hakların iadesi kararının, bu mahkûmiyet nedeniyle kaybedilen seçilme hakkının yeniden kazanılmasına neden olacağı benimsenmelidir⁶⁴."

⁶⁴ Yüksek Seçim Kurulu, 25.05.1985, 313—203; Osman YAŞAR: a.g.e., 1618-1620

4. YENİ TCK'NA İLİŞKİN ÖNTASARILAR İLE 2003 TASARISININ CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİNİN İRDELENMESİ

765 sayılı TCK'nun sisteminde hangi yaptırımların ceza, hangi yaptırımların güvenlik tedbiri olduğu belirlenememekte idi. Dolayısıyla da bunlara bağlanan farklı hukuki sonuçlar olmasına rağmen, sistemli bir uygulama olamamıştı. Ceza Kanununu değiştirmek için hazırlanan 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarının 94. maddesi "Güvenlik tedbirleri ve türleri"ni düzenlemiştir. Hürriyeti bağlayıcı, haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri ve önleyici kefalet alt başlıkları içinde, bu tedbirlerin neler olduğu sayılmıştır. Bu şekilde, değişik tasnif şekilleri arasından hürriyeti bağlayıcı ve haklardan yoksunluğu gerektirici olmak üzere iki gruba ayıran tasnif seçilmiştir. Diğer taraftan hürriyeti bağlayıcı bazı tedbirler yerine önleyici kefalete hükmedilmesi imkânı da aynı başlıklı madde ile getirilmişti. Tasarı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını bazı hallerde mecburi kılmış, bazı hallerde ise hâkimin takdirine bırakmıştı. Bu durum da, "Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi ve tedbirlerin uygulanması" başlıklı 95. maddede düzenlenmişti. Maddede ayrıca 76 ve 77. maddelerdeki gibi tedbirlere hükmedilmesi için gerekli koşullar gösterilmişti. 96. maddede, "Güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecek diğer haller" başlığıyla, TCK Tasarısındaki hangi maddeler ve bölümlerde yazılı suçlar için bu tedbirlere başvurulacağı sayılmıştı. Bu madde de, Kanunda yer tarifi yaparak bazı suçlar için tatbik edileceği, bazıları için edilemeyeceğini söylemekte, her madde için ayrıca Kanunun o bölümlerine bakmayı gerektirmekle uygulayıcının işini zorlaştıracak tarzda düzenlenmişti.

Hükümet Tasarısında bazı yaptırımlar aslında ceza olmadığı halde ceza imiş gibi gösterilmekte idi. 19. yy. ceza hukuku anlayışında suç varsa suçun karşılığında ceza vardır. Dolayısıyla bir suçu işleyen bir kişi, mesela kamu görevlisi, o suçu işlemek dolayısıyla bir hapis cezasına mahkûm edildikten sonra aynı zamanda yürüttüğü kamu görevinden de yoksun kılınmaktaydı ve mahrum edilmekteydi. Bu da bir ceza olarak öngörülüyordu. Bu nedenle eski ceza kanunlarında cezalar, asli cezalar ve fer'i cezalar olarak ikiye ayrılıyordu. TCK sistemi bu şekilde olduğu gibi, 18 yıllık bir çalışmanın sonucu olarak hükümet tarafından Meclise gönderilen Tasarıda da fer'i cezalar sistemi kabul edilmiştir. Hükümet Tasarısında güvenlik tedbirleri kabul edilmiştir. Ama cezalar yine de asli cezalar ve fer'i cezalar olarak bir ayrıma tabi tutulmuştur¹.

Güvenlik tedbirlerinin türleri, uygulanma koşulları ve süreleri Tasarının 94 ila 98. maddelerde gösterilmişti. Kanun bu suretle, söz konusu tedbirlerin niteliklerini, uygulanacağı halleri belirttikten sonra infaz rejiminin içeriğini belirlemek görevini Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun ile tüzüğe bırakılmıştı. Buna gerekçe olarak, cezalarda da, öteden beri aynı yolun tutulmuş olduğu ve içeriğin belirlenmesinin, kanunun gösterdiği direktifler çerçevesinde tüzük ve yönetmeliklere bırakıldığı gösterilmişti².

“Kamu hizmetlerinden yasaklanma” cezası Tasarının 72. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddede, kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının; fer'i ceza olduğu, bir mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak hükmedilemeyeceği, süreli olacağı esasları kabul edilmişti³. Cezalandırmada temel siyaset ilkesi

¹ İzzet ÖZGENÇ: “Türk Ceza...”, 9, 10

² Remzi ÖZMEN: Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Ankara, 2004), 191

³ Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası

Madde 72- Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde üç aydan üç yıla kadardır. Bu ceza, ayrıca kanunla belirtilmeyen hallerde hükümlüyü;

1) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasal haklardan,

olarak hükümlünün, topluma yeniden kazandırılması ve üretken bir toplum üyesi haline getirilmesi kabul edilmiş bulunduğundan, kamu hizmetlerinden müebbet yasaklama 2003 Tasarısı'nda da kabul edilmemişti.

Tasarının 73. maddesinde⁴, “bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması” cezası düzenlenmiş ve bu cezanın; fer’i ceza olduğu, bir mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak hükmedilemeyeceği, süreli olacağı, kişiyi şahsen yoksun kılacağı esasları kabul edilmişti. Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasında bir suçun işlenmesinde rol oynamayan bir meslek, sanat veya ticaretin bu madde kapsamı dışında kalması ve böylece hükümlünün bütün geçim olanaklarının ortadan kaldırılması suretiyle cezadan beklenen amaçlara tam ters düşen bir durumun ortaya çıkmasının engellenmesine çalışılmıştı

“İşyerinin kapatılması” cezası; Tasarının 58. maddesinin 3. bendinde ve 74. maddede⁵ yer almakta idi. Bu ceza, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezasından farklı olarak sadece iş görülen yerin, örneğin dükkânın, atölyenin, izinsiz ders okutulan yerin ve benzerlerinin kapatılmasını kapsamakta idi. İşyerinin kapatılmasının, kişinin

2) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerden,

3) Altsoyunun üzerindeki vesayet veya kayyımlık halleri dışında olmak üzere vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

4) Devletçe veya yetkili bilimsel komisyonlarca verilen rütbe, unvan, nişan ve madalyalardan,

5) Yukarıdaki bentlerde yazılı her türlü sıfat, hizmet ve memuriyetlerden birinin sağladığı haklardan ve bunları ceza süresi içinde yeniden elde etmek ehliyetinden,

yoksun kılar.

⁴ Madde 73- Bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde üç günden iki yıla kadardır.

Bu ceza, hükümlüyü durdurma süresince suça araç olan meslek veya sanat veya ticaretin şahsen icrasından yoksun kılar.

⁵ Madde 74- İşyerinin kapatılması cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde üç günden iki yıla kadardır.

başka yerlerde sanatını icra edebilmesini engellemeyeceği hüküm altına alınmıştı.

“Sürücü belgesinin geri alınması”, Tasarıda bir fer’i ceza olarak düzenlenmişti⁶. Buna göre, taşıt araçlarıyla işlenen suçlarda ceza siyasetine uygun olarak, cezada caydırıcılık unsurunun gerçekleştirilmesi amacına yönelik olmak üzere kanunda belirlenmiş asli cezaya ek olarak “sürücü belgesinin geri alınması” adı altında bir fer’i ceza verilmesi de öngörülmüştü. Maddeyle, her türlü taşıt araçlarıyla işlenen suçlarda, verilecek cezaya ek olarak hâkimin takdirine göre, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde sürücü belgesinin üç aydan üç yıla kadar geri alınması hükmü getirilmekte idi.

765 sayılı TCK döneminde birçok tartışmaya yol açan fer’i cezaların uygulanması konusu, Tasarıda müstakil bir maddede düzenlenmişti⁷. Maddede kamu hizmetlerinden yasaklanma ve bir meslek, sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezalarının, asli cezanın infazından sonra uygulanacakları ve asli ceza erteleme veya özel af gibi bir nedenle infaz yeteneğini kaybettiğinde hükmün kesinleştiği tarihten itibaren etkilerini gösterecekleri belirtilmişti. Ancak, asli cezanın infaz süresi içinde de söz konusu fer’i cezalara mahkûm olan kimselerin bu cezaların gerektirdiği yoksunluk halinde bulunacaklarını belirtmek için, bu iki fer’i cezanın asli cezanın infazı süresince de etkilerini gösterecekleri, bu suretle asli cezasını çekmekte olan bir hükümlünün seçilme ehliyetine sahip bulunmayacağını

⁶ Madde 75- Sürücü belgesinin geri alınması, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde, her türlü taşıtlarla işlenen suçlarda verilecek cezaya ek olarak hâkimin takdirine göre, üç aydan üç yıla kadar geri alınmasıdır.

⁷ Madde 76- Kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması ve sürücü belgesinin geri alınması cezaları, asli cezanın infazı süresince devam etmekle birlikte, infazın sona erdiği veya cezanın düştüğü tarihten itibaren de mahkeme ilamında gösterilen süre ile uygulanır.

Ertelme ve özel af gibi nedenlerle asli ceza infaz edilemediği takdirde, yukarıdaki fıkrada yazılı fer’i cezalar hükümde veya af işleminde infaz edilecekleri ayrıca açıklandığında hükmün kesinleştiği tarihten itibaren uygulanır.

İşyerinin kapatılması cezası, ceza ertelenmediği hallerde, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren uygulanır.

açıklamak maksadıyla maddeye açıklık getirilmişti. Maddenin ikinci fıkrasında erteleme ve özel af gibi nedenlerle asli ceza infaz olunmadığında fer'i cezaların etkisinin ne olacağı gösterilmişti: Bu takdirde mahkûmiyet hükmünde veya özel af işleminde fer'i cezanın infaz olunacağı ayrıca belirtilmemiş ise, fer'i ceza da infaz edilmeyecektir. Böylece, asli cezanın ertelendiği hallerde söz gelimi, mahkûmiyet seçilememeyi de kapsıyorsa ve erteleme kararında bu fer'i cezanın infaz edileceği ayrıca açıklanmamışsa, seçilmeyi veya seçimle gelinmiş makamda kalmayı etkilemeyecektir. Maddenin son fıkrasında ise, ceza ertelendiği hallerde, işyerinin kapatılması cezasının da uygulanmayacağı belirtilmişti⁸.

Fer'i cezalara hükmedilmesi usulü 77. maddede⁹ ele alınmış olup, kanunun ayrıca açıkladığı haller dışında, kamu hizmetlerinden yasaklanma ve meslek, sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezalarının ne gibi hallerde ve koşullarla hâkimin takdirine göre hükmedilebileceği gösterilmişti.

Kamu hizmetlerinden yasaklanma fer'i cezasının uygulanabilmesi bakımından koşullar şunlardı: Asli failin bir memur olması, memuriyet sıfatının işlenen suçun bir unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması, hâkimin fail hakkında fer'i olarak böyle bir cezanın hükmedilmesinde toplum savunması bakımından yarar bulunduğu kanaatine varması ve bu hususa ait gerekçeyi kararında göstermesi. Söz konusu koşulların varlığı halinde hâkim bu cezaya hükmedebilecek ise de, cezanın miktarı Tasarının Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasını açıkladığı 72. maddesinde gösterilen alt

⁸ Remzi ÖZMEN: a.g.e., 183, 184

⁹ Madde 77- Memuriyet sıfatının suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu hallerde 72'nci maddenin gösterdiği sınırlar içinde kalmak ve her halde hükmedilen hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçmemek üzere, hâkimin takdirine göre, fail hakkında verilecek cezaya ek olarak kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasına da hükmedilebilir. Kanunun bu cezayı ayrıca koyduğu haller saklıdır.

Bir meslek veya sanat mensubu olmanın veya ticaretle uğraşmanın suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu hallerde de 73'üncü maddenin gösterdiği sınırlar içinde kalmak ve her halde hükmedilen hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçmemek üzere hâkimin takdirine göre bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezasına da hükmedilebilir. Kanunun bu cezayı ayrıca öngördüğü haller saklıdır.

ve üst sınırları aşamayacağı gibi herhalde asli ceza miktarını da geçemeyecekti.

Maddenin ikinci fıkrasında yazılı olan halde, yukarıdaki koşullara ilave olarak, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulmasına fer'i ceza olarak karar verilebilmesinin ilk koşulu, bir meslek veya sanat mensubu olmanın veya ticaretle uğraşmanın suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini teşkil etmesi idi. Ancak, bu halde bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezasının düzenlendiği 73. maddenin gösterdiği sınırlar dikkate alınacaktı.

Suçun, memur veya meslek veya sanat mensubu olmayan veya ticaretle uğraşmayan kimselerle, memur veya meslek veya sanat mensupları veya ticaretle meşgul bulunanlarla iştirak halinde işlenmesi durumunda Tasarının 43 ve 44. maddeleri gereğince veya dolayısıyla faillik kurallarına uyularak, bunlar hakkında da maddenin uygulanabileceği düşünülmüştü.

Tasarının 94-A maddesi, hürriyeti bağlayıcı ve haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirlerinin çeşitlerini ve sürelerini göstermekte idi¹⁰.

¹⁰ Madde 94-A. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri şunlardır:

- 1) Bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde iyileştirilme,
- 2) Denetimli serbestlik,
- 3) Belli yerlerde bulunma veya ikametın yasaklanması,
- 4) İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma
- 5) Akıl maluliyeti veya diğer bir ruhsal düşkünlük veya sakatlık nedeniyle cezaları indirilmiş olan hükümlülerin bu husus için kurulmuş bir sağlık kurumunda tedavi altına alınmaları,
- 6) Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunan hükümlülerin tedavi altına alınmaları,
- 7) Tehlikeli mükerrirlerin müesseseye yerleştirilmeleri
- 8) Yabancılar hakkında sınır dışı edilme.

B. Haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri şunlardır:

Maddenin gerekçesinde Batı kanunları arasında güvenlik tedbirlerine yer vermeyen hemen hemen hiçbir ceza kanunu kalmadığından bahsedildikten sonra, güvenlik tedbirlerinin değişik tasnifleri arasında Tasarının, bu tedbirleri hürriyeti bağlayıcı ve haklardan yoksunluğu gerektirici olmak üzere iki gruba ayırdığı belirtilmişti.

Maddede yer alan güvenlik tedbirlerinden birinci grubunu hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri oluşturmakta idi. Bunlardan ilki, bir eğitim - iş evinde veya tarım işletmesinde mahkûmun iyileştirici maksat güden bir eğitime tabi tutulması” idi. İkinci tedbir olarak düşünülen “Denetimli serbestlik” genel olarak, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının veya cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir denetim, yönetme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdi. Ancak Tasarı bu tedbiri suçtan dolayı asli cezalardan birisine mahkûm edilmiş bulunan suçlunun, cezasını çektikten sonra tabi tutulabileceği bir tedbir olarak kabul etmiş ve bir kısım Batı kanunlarından böylece ayrılmıştı. Tasarının 98. maddesi gereğince bu tedbir yerine hâkim önleyici kefaletle de hükmedebilecekti.

“Belirli yerlerde bulunma veya ikametın yasaklanması” tedbiri, asli cezanın çekilmesinden sonra hâkimin, kanunun yetki verdiği hallerde, suçlunun belirli yerlerde bulunmasını veya ikametini men edebilmesi olarak tanımlanmıştır. Tedbir sonucu ulaşılmak istenen hedef, suçluyu belirli bir yerde bulunmaya veya ikamete mecbur etmek değil, onu kendisini suç işlemeye yöneltmiş bulunan etkilerden kurtarmaktır. Bu bakımdan bu tedbirin,

1) Altsoyuna veya eşine karşı hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş bulunan hükümlünün, altsoyu üzerindeki velayet hakkının veya vasilik veya kayımlık sıfatının kaldırılmasına ilişkin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yer alan hükümlerin uygulanmasına işlenen suçun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler, suçlunun kişilik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle karar verilebilmesi,

2) Hakkında hapis cezasına hükmedilen failin cezanın infazı süresince kısıtlanmasına karar verilebilmesi.

“belirli yerlerde ikamete mecbur etme” ile ilgisi yoktur. Hükümlü mahkemenin belirleyeceği bir yer dışında istediği yerde ikamet edebilir.

“İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma” tedbiri failin asli cezasını çektikten sonra hâkimin kararında açıkça belirteceği içki içilen veya benzeri, yerlere gitmekten yasaklanmasıdır.

Akli veya ruhi durumları itibarıyla tam olarak veya önemli derecede bilinç ve hareket serbestliğini ihlal eden akıl maluliyetine uğramış halde bulunmamakla beraber, yine de akli ve ruhi hallerinin temel cezanın saptanmasında göz önünde bulundurulduğu ve bu hal takdiri hafifletici neden sayılarak cezanın indirilmiş olduğu hallerde 94-A maddesinin 5. bendinde yer alan tedavi tedbirine hâkim tarafından hükmolunabilecekti. Maddede sarıh olarak bahsedilmese de, bu tedavinin mutlaka yatırılarak yapılması şart değildi; ayakta tedavi olanağı da vardı. Tasarının 34. maddesi gereğince hâkim bu halde güvenlik tedbirlerinin ceza yerine geçeceğine de karar verebilecekti. Öte yandan suç işlemiş sakatların, sağlıklarının gerekli kılması halinde, tedavi ve rehabilitasyonlarını sağlayacak şekilde kurulmuş sağlık kurumlarında tedavi edilmeleri de, aynı bentte bir güvenlik tedbiri olarak öngörmüştü.

Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanması iptila mertebesinde olmayan ve fakat alışkanlık düzeyinde bulunan suçlunun asli ceza ile birlikte tedavi altına alınması da güvenlik tedbiri olarak düzenlenmişti. Fıkranın son bendinde yer alan sınır dışı edilme tedbiri, idari mercilerin yurt dışına çıkarma hususundaki yetkilerini kaldırmıştı.

Maddenin (B) fıkrasında haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri açıklanmakta idi. Bunlardan birincisi suçlu hakkında, belirli koşullarla velayet hakkının veya vasilik veya kayyımlik sıfatının kaldırılmasına karar verilebilmesi idi. Bu tedbirin uygulanabilmesi için koşul, suçlunun altsoyu veya eşine karşı hapis cezasını gerektiren bir suç işlemesidir. Böyle bir halde hâkim velayetin veya kayyımlik sıfatının

kaldırılmasına karar verebilecekti. Ancak hâkim söz konusu yetkiyi kullanabilmek için, suçun niteliğini, fail ile mağdur arasındaki ilişkileri, suçlunun kişilik özelliklerini göz önüne alacaktı. Fıkranın sonraki bendinde ise, daha ziyade suçluyu korumak amacına yönelik bir tedbire yer verilmişti: Buna göre hapse mahkûm edilen suçlu hakkında, cezanın süresi ne olursa olsun kısıtlanma kararı verilebilecekti.

Maddenin (C) fıkrasında “önleyici kefalet” ismen geçmiş, niteliği ile ilgili açıklamalar madde gerekçesinde yapılmıştır. Buna göre önleyici kefalet; maddenin (A) fıkrasının (1), (2), (3), (4) ve (7) numaralı bentlerinde öngörülen tedbirler yerine ikame edilmek üzere getirilmiş bir tedbirdir. Hâkimin takdirine göre, hakkında maddede belirtilen tedbirlere hükmedilebilecek olan veya kanunun emri gereği bu tedbirlerden birisinin uygulanması gereken suçlu hakkında, maddede belirtilen aşağı ve yukarı sınırlar arasında hâkimin tayin edeceği bir meblağı suçlunun kefalet olarak vermesine veya aynı değerde ipotek göstermesine veya muteber bir kefil göstermesine karar verebilmesi idi. Bu gibi hallerde önce belirli bir süreyle yukarıda sözü edilen tedbirlere hükmedilecek ve sonra bunları hâkim, takdirine göre önleyici kefalete çevirebilecekti. Tedbirler için hâkim tarafından belirlenen süre içinde suçlu yeniden bir suç işlemez veya tedbirlere ait yasaklara uyacak olursa, kefalet hükümlüye iade olunacak; aksi halde ise Devlet Hazinesine irad kaydedilecek ve tedbir tam olarak uygulanacaktı.

Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi ve tedbirlerin uygulanması hususundaki esaslar, Tasarının 95. maddesinin konusunu oluşturuyordu¹¹.

¹¹ Madde 95- Haklarında güvenlik tedbiri uygulanacağı veya uygulanabileceği kanunda belirtilen hükümlü için 94'üncü maddede gösterilen tedbirlerden bir veya birden fazlasının uygulanmasına hâkim tarafından karar verilir. Güvenlik tedbiri hükmedilebilecek birden fazla suç işleyen kimse hakkında da bir veya birden fazla tedbire hükmedilir.

Hâkim gerekli gördüğünde uygulanmakta olan güvenlik tedbirini değiştirebilir. Bu halde, esas hükümde belirtilen tedbir süresi değişmez ve sadece geri kalan süre yeni tedbire göre tamamlattırılır.

Güvenlik tedbirlerinin devamında yarar kalmadığı hallerde, tedbirin aşağı sınırı infaz edilmiş olmak koşulu ile tümüyle kaldırılmasına hükmü veren mahkemece karar verilebilir.

Tasarının esas aldığı sistemin güvenlik tedbirlerine bakışı bu maddede açıklanmaktaydı. Buna göre Tasarı, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını bazı hallerde mecburi kılmış, bazı hallerde ise hâkimin takdirine bırakmıştı. Ancak, her halde bu tedbirlerin hükmolunabilmesi ve uygulanabilmesi hâkimin kararına bağlı idi. Böylece idari kararlarla güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmesi veya uygulanması imkânı ortadan kaldırılıp; güvenlik tedbirlerine hükmolunmasının bir yargı işlemi olduğu vurgulanmak istenmişti.

Güvenlik tedbirleri ancak, bir suçtan dolayı asli bir cezaya mahkûmiyet halinde hükmedilebilecekti. Kişinin soyut tehlike hali, Tasarının kabul ettiği sistemde, güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesine olanak vermemekteydi. Bir suçlu hakkında, işlediği suçların sayısı ne olursa olsun, içtima veya tekerrür halinde de bir veya birden fazla tedbire hükmolunacaktı.

Hükmü veren hâkimin gerekli gördüğünde uygulanmakta olan güvenlik tedbirini değiştirebilme imkânı vardı. Böylece güvenlik tedbirinden failin, gerektiği ölçüde yararlanmadığı anlaşıldığında, hâkim bunun yerine başka bir tedbire hükmedebilecekti. Ancak bu halde esas hükümde belirtilen tedbir süresi aşılmayacak ve hükümlü hakkında verilen hükme göre tedbirin geri kalan kısmı yeni tedbirin koşullarına göre uygulanacaktı. Herhangi bir güvenlik tedbirinin uygulanmasında, artık fail veya toplum bakımından bir yarar kalmadığının saptandığı hallerde, Tasarının 97. maddesinde belirtilen tedbire ait alt sınırların çekilmiş olması kaydıyla, hükmü veren hâkim tedbirin tümüyle kaldırılmasına karar verebilecekti.

94'üncü maddenin (A) fıkrasının (5) ve (6) numaralı bentlerinde yer alan güvenlik tedbirlerinin infazına hemen başlanır ve cezanın infazı geri bırakılır. Bu hallerde tedbirin uygulanması suretiyle geçirilen süre, ceza süresinden indirilir. (5) ve (6) numaralı bentlerde yazılı tedbirlerin ayakta infazı halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz.

Haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi tarihinden itibaren uygulanmaya başlanır.

Cezayı düşüren nedenler güvenlik tedbirini de düşürür

Güvenlik tedbirlerinin infazından kaçan hükümlü hakkında 469'uncu maddenin gösterdiği cezalar uygulanır.

Hükümden sonra güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ne zaman başlanacağı da maddede gösterilmişti: Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri cezanın infazından sonra başlayacaktı. Koşullu salıverilme halinde ise tedbir, salıverilme tarihinden itibaren uygulanacaktı. Haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri ise, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra uygulanacaktı.

Hükmedilen cezanın düşmesini gerektiren kanuni nedenler, güvenlik tedbirini de düşürmekte idi. Maddenin son fıkrasında, güvenlik tedbirlerinin infazından kaçan hükümlü hakkında cezaya hükmedileceği açıklanmıştı.

Güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecek diğer haller¹² Tasarının 96. maddesinde sayılmıştı. Maddenin birinci fıkrasında, Tasarının belirli bölümlerinde yer alan kasten veya taksir ile kamu bakımından tehlike yaratma karakterini taşıyan suçlardan dolayı hâkimin bir güvenlik tedbirine hükmedebilmesi öngörülmüştü. Bu halde, güvenlik tedbirinin uygulanması için hâkimin ne gibi hususları göz önüne alacağı maddede teker teker açıklanmıştı. Maddenin ikinci fıkrasında ise, iki yılı aşmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş hükümlünün, kişilik özellikleri göz önüne alınarak cezasının aynı süreyle 94. maddenin (A) fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde yazılı bir güvenlik tedbirine çevrilmesine mahkemece karar verilebilmesini ifade eden bir hüküm yer almakta idi. Bu halde güvenlik

¹² Madde 96- Kanunun İkinci Kitabının Birinci Kısımının Dokuzuncu; İkinci Kısımının Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci bölümlerinde yer alan cürümlerden dolayı beş yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilenler hakkında fiilin niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler, failin kişilik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle, cezaya ek olarak ayrıca bir güvenlik tedbirine hükmedilebilir.

İki yılı aşmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş hükümlünün cezasının, birinci fıkrada belirtilen özellikler göz önüne alınarak cezasına eşit süreyle 94'üncü maddenin (A) fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde gösterilen bir güvenlik tedbirine çevrilmesine mahkemece karar verilebilir. Bu halde güvenlik tedbirinin süresi içinde fail başka bir suç işlemez ve koşullara uygun hareket ederse ceza çekilmiş sayılır; aksi halde güvenlik tedbiri altında çekilen sürenin mahsubundan sonra hükmedilen cezanın geri kalan kısmı aynen çektilir.

İkinci fıkra hükmü, kanun gereği 94'üncü maddede gösterilen bir güvenlik tedbirinin hükmedilmesi zorunlu olduğu veya hâkimin böyle bir tedbire hükmedebileceği hallerde uygulanmaz.

tedbirlerinin süresi olaysız olarak sona erdiğinde ceza çekilmiş sayılacak, aksi halde ise güvenlik tedbiri altında çekilen sürenin mahsubundan sonra hükmedilen cezanın olayın çıktığı andan sonraki kalan kısmı aynen çektirilecekti. Böylece ceza yaptırımının bireyselleştirilmesini sağlayacak çok etkin bir aracın hâkimin eline verildiği ve cezanın güvenlik tedbirine çevrilebilmesi olanağı sağlandığı düşünülmekte idi.

Maddenin son fıkrasında ise, ikinci fıkranın uygulanamayacağı haller gösterilmişti. Kanun gereği bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi zorunlu olduğu hallerde ikinci fıkra uygulanmayacaktı. Yine bu maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerde olduğu gibi, hâkimin bir güvenlik tedbirine hükmedebileceğinin kanunda belirtildiği hallerde de bu fıkra hükmü uygulanmayacaktı.

“Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri”, Tasarının 97. maddesinde düzenlenmekte, tedbirlerin alt ve üst sınırları bu maddede belirtilmekteydi¹³. Tedbirlerin uygulanmasında esas amaç hükümlüyü yeniden suça teşvik

¹³ Madde 97- Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin süreleri şunlardır:

- 1) Bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde iyileştirilme tedbirinin süresi üç aydan üç yıla,
 - 2) Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç aydan iki yıla,
 - 3) Belli yerlerde bulunma veya ikametın yasaklanmasının süresi altı aydan üç yıla,
 - 4) İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanmanın süresi altı aydan üç yıla,
 - 5) Tehlikeli mükerrirlerin müesseseye yerleştirilmeleri süresi en çok üç yıla,
- kadardır.

6) Akıl maluliyeti veya diğer bir ruhsal düşkünlük veya sakatlık nedeniyle cezaları indirilmiş bulunan suçlu hakkındaki zorunlu tedavi, hükümlünün bu halinin salah bulmasına kadar devam eder.

7) Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunan hükümlünün, zorunlu tedavi altına alınması, bu halin ortadan kalkmasına kadar devam eder.

8) Ülkede suç işlemiş bulunan yabancıların, kanunun ayrıca belirttiği haller ile uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, hükmedilecek cezaya ek olarak sınır dışı edilmelerine mahkemece her zaman karar verilebilir. Sınır dışı edilen yabancılar beş yıl geçmedikçe yurda sokulmazlar.

edecek, suça doğru yönlendirecek etki ve ilişkilerden uzaklaştırmakla beraber ayrıca onun suç işlemekten yaşamasını kolaylaştırıcı yardımlarda bulunmaktı. Bu nedenle denetimli serbestliğin bir eğitim tedbiri niteliğini taşıması gerekli olduğu düşünülmüştü. Maddede belirtildiği gibi suçluya hem sosyal ve hem de maddi yardım sağlanacaktı. Bütün bu hizmetler de bir denetim görevlisi marifetiyle verilecekti. Suçlunun toplum ile bütünleştirilmesini sağlamak üzere bu görevli gereken her şeyi yapacaktı.

Maddenin son bendinde sınır dışı etme kararının ne zaman verilebileceği açıklanmıştı. Hâkim yabancı hakkında sınır dışı edilme kararını her zaman, hatta hükmün kesinleşmesinden sonra da verebilecekti. Ayrıca sınır dışı edilmiş yabancılardan beş yıl geçmedikçe yurda sokulmayacağı hüküm altına alınmıştı.

Tasarının 98. maddesinin ilk fıkrasında, velayet, vesayet ve kayyımlik sıfatlarıyla ilgili öngörülen güvenlik tedbirinin hâkimin takdirine göre süreli olarak veya müebbeden hükmedilebileceği öngörülmüştü¹⁴. Böylece bu maddeye göre haklardan yoksunluğu gerektiren tedbirler, süresiz de uygulanabilecekti. Maddenin sonraki fıkrasında, kanunen hükmedilmesi gereken veya hâkimin takdirine göre uygulanabilecek olan güvenlik tedbirlerinin, hâkimin takdirine göre “önleyici kefalet”e değiştirilebileceği kabul edilmişti. Böylece yaptırımın bireyselleştirilmesini sağlayan bir aracın hâkime verildiği kabul edilmişti.

¹⁴ Madde 98- 1. 94'üncü maddenin (B) fıkrasının (1) numaralı bendindeki koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle, failin altsoyu üzerindeki velayet hakkından veya vasilik veya kayyımlik sıfatından doğan haklardan süresiz veya belirlenecek bir süreyle yoksun kılınmasına mahkemece karar verilir.

2. 94'üncü maddenin (A) fıkrasının (1), (2), (3), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yer alan tedbirler yerine failin Devlet Hazinesine üç milyar liradan az olmayan bir meblağı kefalet olarak yatırmasına veya aynı değerde bir ipotek tesis etmesine veya güvenilir bir kefil veya başkaca bir güvence göstermesine mahkemece karar verilebilir. Tedbirler için belirlenecek süre içinde fail kasıtlı bir suç işlemez ve tedbirlere ait yasaklara uyacak olursa kefalet hükümlüye geri verilir; aksi halde Devlet Hazinesine gelir kaydedilir ve tedbir tam olarak uygulanır.

“Güvenlik tedbirlerinin rejimi” başlığı altındaki 99. maddede¹⁵, infaz rejiminin “Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun” ve tüzükte gösterileceği belirtilmişti¹⁶.

Adalet Komisyonunda yapılan çalışmalarda, güvenlik tedbirleri, Hükûmet Tasarısından farklı olarak, son derece sade bir şekilde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Hükûmet Tasarısında ele alınan “Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası”, ve “Bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması” yaptırımları için, bunların birer fer’i ceza olduğu, bir mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak hükmedilemeyeceği, süreli olacağı esasları kabul edilmiştir. “İşyerinin kapatılması cezası” ve “Sürücü belgesinin geri alınması cezası” yeni TCK’nda güvenlik tedbirleri içerisine konulmuş iken, 765 sayılı TCK’nda olduğu gibi Tasarıda da fer’i ceza olarak benimsenmiştir. Takip eden iki madde olan 76 ve 77. maddeler sırasıyla “Fer’i cezaların uygulanması” ve “Fer’i cezalara hükmedilmesi” başlıkları altında bu fer’i cezaların uygulanabilmesi için gerekli koşulları açıklamaktadır.

Gerçekten de örneğin kamu hizmetlerinden yasaklanma fer’i cezasının uygulanabilmesi için suçun asli failinin bir memur olması, memuriyet sıfatının işlenen suçun bir unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması, hâkimde fail hakkında fer’i olarak böyle bir cezanın hükmedilmesinde toplum savunması bakımından yarar bulunduğu kanaatine varması ve bu hususa ait gerekçeyi kararında göstermesi gibi koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. Tasarıdaki bu madde, gerekçesi göz önüne alındığında adeta uygulanamaması için konulmuş gibidir. Cezanın verilmesi için çokça aranan koşulların yanı sıra toplum savunmasında görülen yarar gibi zaten yaptırımın içinde olan bir hususun ceza verilirken açıklanmasını istemek uygulayıcının işini zorlaştırdığı gibi, gereksizdir de. Çünkü toplumun savunulmasında yarar görülmele zaten bu karara hükmedilmez. Gerekçenin mefhum-u

¹⁵ Madde 99- Güvenlik tedbirlerinin infazında uygulanacak rejim, Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun ile tüzüğünde gösterilir.

¹⁶ Remzi ÖZMEN: a.g.e., 185-191

muhalifinden yola çıkıldığında toplum savunmasında yarar görülmese dahi bu cezanın verildiği, bu uygulamanın önüne geçmek için bu koşulun konulduğu düşünülecektir ki, böyle bir hal adalet sistemine terstir. Yine toplum savunması bakımından bulunan yararın gerekçesinin kararda gösterilmesi istenmiştir ki, verilen cezanın gerekçede tartişılması ve her cezaya niçin h kmedildiğinin gerekçede gösterilmesi yönündeki “Ceza Muhakemesi” ilkesi düşünüldüğünde, malumu ilandan öte bir kıymeti yoktur.

H k met Tasarısında, bir taraftan “fer’i ceza”lara, diğer taraftan da güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Ancak,  ng r len “fer’i ceza”larla güvenlik tedbirleri arasında kabul edilebilir somut bir ölçüt belirlenmemiştir. Bu düzenleme 765 sayılı TCK’daki erteleme hükümlerinin ortaya çıkardığı sorunların devam etmesine olanak tanıyabilecek nitelikte görüldüğü için; Komisyon çalışmalarında, erteleme kurumunun hukukî yapısında değişiklik yapıldığı gibi, “fer’i ceza” kavramı terk edilmiş ve güvenlik tedbirleri bir sistematik çerçevesinde yeniden düzenlenmiş, tek tek sayılmıştır. Bu tedbirlere ne zaman hükmedileceği ve istisnai durumlar belirtilmiştir.

5. YENİ TCK’NUN SİSTEMİ

İnsana *şahsiyet* değeri kazandıran kabiliyetler, *idrak ve irade kabiliyetleridirler*. İnsan, kendi varlığının şuurunda olarak, çevresinde cereyan eden hadiseleri, vakıaları müşahade edip, bir değerlendirmeye tabi tutabilmekte (*idrak kabiliyeti*) ve vardığı sonuçlara göre davranışlarını serbestçe tayin edebilmektedir (*irade kabiliyeti*)¹.

İnsanın tekâmül sürecinde hayatının akışı içinde davranışlarını yaratılış amacına uygun bir şekilde yönlendirebilmesi için vaz edilmiş, konulmuş kaideler bütünü olan “davranış normları”; insan şahsiyetinin tekâmülünü sağlayacak ölçüt, numune örnek davranışları tayin etmektedirler. Bu normların esasını, olması gereken insan davranışları, belli bir gayeye matuf filler oluşturmaktadırlar².

Toplumun örgütleşmiş şekli olan devlet, kamu kudretinin ancak meşru zeminde kullanılması halinde bir “Hukuk Devleti” vasfını haiz olacaktır. Hukuk Devletinde devlete ait müesseselerin, işleyiş ve fonksiyonları itibarıyla Hukuka bağlı olması gerekir. Bir başka ifadeyle; kamu kudretinin kullanımında insanın esas alındığı, insanın insan olması itibarıyla sahip bulunduğu değerlere riayet edildiği bir devlet, Hukuk Devletidir³. Anayasanın 2. maddesinde ülkemizin bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Hukuk devleti ilkesi, hukukun fertlere güvence sağlamasını gerektirir. Özellikle fertlerin hürriyet alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun,

¹ İzzet ÖZGENÇ: “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü Ve Bunun Hukuki Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları, C 9, S 1-3, (İstanbul 1995), 130

² İzzet ÖZGENÇ: “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık Ve Müeyyide İlişkisi)”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir BERKİ Armağanı, C 5, S 1-2, (Konya 1996), 444

³ İzzet ÖZGENÇ: “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama Ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFM, Prof. Dr. Tükan RADO Armağanı, C LV, S 3, (İstanbul 1997), 60

iktidarlar tarafından kötüye kullanılmasını engelleyici tedbirlerin alınması zorunludur. Bu konuda en önemli tedbir, ceza normlarının açık seçik ve belirli olmasıdır. Belirlilik ise en iyi biçimde yazılı hukuk, özellikle kanunlar ile gerçekleşir⁴.

Hukuk, toplumu meydana getiren insan için oluşturulmuştur. İnsanlar ise, duyuş, düşünüş ve tepkilerini davranışları ile sosyal âleme yansıtırlar. Davranış normları, bir gereklilik, bir yükümlülük ifade etmektedirler. Bu normlar, insan açısından bir mecburiyet oluşturmazlar. Çünkü insanın davranışlarını serbestçe tayin etme hürriyetine sahip olduğu mantığına dayanan kimse, bu davranış normlarına uygun hareket etmek mecburiyetinde değil ise de; bu doğrultudaki yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde sorumluluğu söz konusudur. Çünkü insan, bu yükümlülüklerine uygun hareket etme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen; iradesini, tercihini aykırı hareket etme yönünde kullanmıştır ve bu nedenle sorumlu olması gerekir⁵. Amacı, toplumsal düzeni korumak olan ceza kanunu, bu amaçla düzeni bozucu davranışları tespit eder ve bu davranışları suç olarak düzenler⁶.

Suç, maddi muhtevası gereğince cezaya layık ve kusurlu bir haksızlıktır. Fakat “cezaya layık olmak”, bir sosyal aykırı davranış örneği olarak, öyle tehlikeli ve muaheze edilebilir, öyle katlanılmaz bir davranış ifade etmektedir ki; devlet baskısının en katı vasıtası olan ceza ile bir reaksiyon ve sosyal tasvipsizliğin en sert ifadesi, umurun koruması için, zorunlu ve ölçülü görünmektedir⁷.

⁴ Ahmet GÖKCEN: “Yardım Toplama Kanunu’nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay’ın Konu İle İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi Ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi”, Hukuk Araştırmaları, C 9, S 1-3, (İstanbul 1995), 183

⁵ İzzet ÖZGENÇ: “İnsan Haklarının Felsefi Temeli”, İnsan Hakları Sempozyumu (İstanbul, 1995), 46

⁶ Murat AKSAN: a.g.m., 178

⁷ Wilhelm GALLAS: “Cezalandırılabilirliğin Temelleri Ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, Çev. İzzet ÖZGENÇ, SÜHFD, C 4, S 1-2, (Konya, 1994), 308, 324

Bir kanunun yeni hükümler getirdiğinin tespiti için kanunun amacı, felsefesi ve suçların tasnifinin yanı sıra yaptırım sistemine de bakılması gerekmektedir⁸. Düzeni bozucu davranışların suç olarak tespit edilmiş olması, düzeni sağlamaya yetmez. Bu nedenle, suç olarak düzenlenen bu davranışların yapılmamasını sağlamak için birtakım yaptırımlara ihtiyaç duyulur. Suç ve yaptırımların merkezini oluşturan insan, kendisine yüklenen yükümlülöklere aykırı davranışta bulunduğunda, sorumlu tutulur.

Ceza kusuru gerektirir. Failin kusurlu olabilmesi için de kusur yeteneğine sahip olması lazımdır. Kusur yeteneğı ise, failin, fiilinin haksızlığını tanıyabilmesi ve hareketini buna göre yönlendirebilmesi yeteneğidir. Bir diğör gereklilik de, failin haksızlık bilinci ile hareket etmesidir. Yani fail, yaptığıının haksızlık teşkil ettiğini bilebilecek durumda olmalıdır⁹. Fiilin yasaklığı hususundaki hatanın veya bilgisizliğin önlenememesi durumunda cezasızlık söz konusu olabilecektir¹⁰.

Kusur kavramı ne genel önleme mülâhazasından hareketle izah edilebilir, ne de bu kavram yerine genel önleme mülâhazası ikame edilebilir. Önleme mülâhazası, kusurun dayanağı değildir. İşlediğı fiil dolayısıyla kusurlu olduğı düşünölen kişı hakkında genel ve özel önleme mülâhazasıyla ceza olarak bir müeyyide tatbiki yoluna gidilmektedir. Bu itibarla kusur, genel ve özel önleme amacına yönelen yaptırımın dayanağını oluşturmaktadır. Genel veya özel önleme mülâhazasıyla da olsa; işlediğı fiil dolayısıyla kusurlu bulunmayan bir kimsenin cezalandırılmasının hiçbir haklı yönü olamaz. Bu

⁸ Murat AKSAN: a.g.m., 178

⁹ “Suçun haksızlık muhtevasını belirleyen unsurlar fail tarafından bilinmeli ki, kasdının varlığından bahsedilebilsin. Bu unsurlar, *tanımlanabilir* (deskriptif) veya *değerlendirilebilir* (normatif) nitelikte unsurlar olabilir.”; İzzet ÖZGENÇ: “Kast-Taksir Kombinasyonları”, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN Armağanı, C 6, S 1-2, (Konya 1998), 345

¹⁰ Wolfgang FRISCH: “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev. Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler (Konya, 1998), 124–127

nedenle, kusur, işlediği fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için yegane dayanağı oluşturmaktadır¹¹.

Ceza; kişi işlediği suçtan dolayı kusurlu bulunduğu için; bir başka anlatımla, haksızlık teşkil eden fiili işleme hususunda hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olarak bir tercihte bulunduğu için; kişiye tatbik edilir. Bu itibarla, “kusur”, haksızlık teşkil eden bir fiili işleyen kişi hakkında işlediği bu fiil dolayısıyla bulunulan bir kınama yargısıdır¹².

Kusur prensibine riayet edilmeksizin tatbik edilen cezanın hiçbir meşruluk temeli mevcut değildir. Kusur prensibi, aynı zamanda tatbik edilecek ceza açısından bir sınırlama da ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle; kusur prensibi, tatbik edilecek cezanın amaca uygunluğunu da temin etmektedir. Kusur prensibine riayet etmeksizin, “kamusal yarar gereği” tatbik edilen ceza¹³, kişiyi nesne durumuna düşürecektir. Keza, kusur prensibinin gerektirdiğinden daha hafif bir cezanın tatbiki, cezalandırma ile güdülen amaçla bağdaşmaz, bu amacın gerçekleşmesine imkân sağlamaz¹⁴:

Ceza hukuku yaptırımlarıyla güdülen amaçlar; suç işlenmesinin önlenmesi, toplumun korunması ve yaptırımın haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli hukuki sonuçlar doğurması suretiyle kişinin ıslah edilmesidir. Bu yaptırım sisteminde bir kişiyi mutlak olarak toplumdan tasfiye etmek amacı öngörülmemiştir¹⁵.”

¹¹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 579, 580; Ahmet GÖKCEN: “Hürriyeti...”, a.g.m., 213

¹² İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 579; Ahmet GÖKCEN: “Hürriyeti...”, a.g.m., 212; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 99

¹³ Cezanın uygulanmasına duyulan gerekliliğin, Devletin korunmasına, Devletin varlığını idame ettirmesine duyulan ihtiyaçla izah etmeye çalışan görüş için bkz. Ayhan ÖNDER: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. III, (İstanbul, 1991), 8, 14

¹⁴ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 581

¹⁵ İzzet ÖZGENÇ: “Yaptırım Teorisi Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp3.ppt>; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 100; İzzet ÖZGENÇ: “Türk Ceza...”, a.g.m., 9

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin asıl amacı, suç mağdurunun mağduriyetini gidermek değildir. Ancak, izlenen ceza siyasetiyle, suç mağdurunun uğradığı zararların karşılanması mümkün kılınabilmektedir.¹⁶. Cezalandırma ile varılmak istenen nokta ise, bir haksızlık gerçekleştirerek suç işleyen kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını, aklanmasını sağlamaktır¹⁷. Hukuk toplumundaki sosyal düzenin idamesi, cezalandırmak ile güdülen amacın bir tezahürü olarak anlaşılmalıdır. Cezanın yegâne özelliği, kefarete teşkil etmesidir¹⁸. Bir başka ifadeyle, kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesidir; kısacası, kişinin resosyalize edilmesidir. Böylece, belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece kusurundan ibra olacaktır. Bu bakımdan; cezanın yegâne amacı –kural olarak- müsbet anlamda özel önlemelidir; suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılmasıdır; toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi halinde getirilmesidir¹⁹.

¹⁶ TCK Adalet Komisyonu Raporu

¹⁷ “Ceza, hukuka aykırı olan ve failin sorumluluğu içinde kalan bir hareketin dengelenmesi için, ona adil bir şekilde yüklenmiş bulunan bir kötülük, bir zarar olup, ona, o fiilin toplum nazarında tasvip edilmediğinin ifade edilmesidir. Cezanın görevi, failin kusurunun karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin bozulmaksızın sürmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk şuurunu kuvvetlendirmek ve başka kişilerin suç teşkil eden fiilleri işlemelerine engel olmaktır.”; Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 48

¹⁸ Keffaret kavramının Türk ceza hukukçuları tarafından kullanıldığı anlam ile TCK’nun dayandığı suç ve yaptırım teorilerinde kullanıldığı anlam arasında farklılıklar vardır. Dönmezer/Erman, keffaret kavramına suç teşkil eden fiil karşısında faile azap verilmesi, acı çektirilmesi şeklinde bir anlam yüklemiştir. Bu anlamıyla keffaret kavramı, özellikle Kant’ın cezaya ilişkin felsefi görüşlerinde yer alan vergeltung (misliyle mukabele, misilleme) kavramı karşılığında kullanılmaktadır. (Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., no 1310 vd.) Diğer yandan yeni suç ve yaptırım teorisinin Türkiye’deki temsilcilerinden ÖZGENÇ keffareti; kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesi, kişinin resosyalize edilmesi olarak tanımlamaktadır. (İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 580 dn.)

¹⁹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 580; İzzet ÖZGENÇ: “Davranış...”, a.g.m., 453; “Fakat bu yön, cezanın genel anlamda korkutuluculuk fonksiyonu da icra ettiğinin inkarı anlamına gelmez. İnsanın muhatab olduğu hukuki yükümlülüklerin ihlali halinde ne gibi neticelerle karşı karşıya gelineceğinin; suç işleyen kişinin haricinde toplumun diğer fertlerince de müdrik

Kişi işlediği hukuka aykırı fiil dolayısıyla kusurlu bulunmasa bile; bu fiil, haksızlık özelliğini korumaktadır. Bu nedenle, gerçekleştirdiği hukuka aykırılıktan dolayı kusuru yok ise kişi cezalandırılmayacaktır. Çünkü ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi, “kusursuz ceza olmaz” (nulla poena sine culpa) ilkesidir. “Kusur ilkesi” olarak nitelendirilen bu evrensel hukuk kuralı, kusurlu olmayan kişiye ceza verilmeyeceğini ifade etmektedir²⁰. Ancak, fiil, haksızlık ve dolayısıyla, suç olma özelliğini devam ettirdiği için; bu durumda, her ne kadar kişi hakkında cezaya hükmedilmeyecek ise de, şayet bir tehlikelilik hali söz konusuysa, güvenlik tedbiri uygulanabilecektir²¹.

Yeni TCK’nun kabulü ile yaptırım sisteminde önemli değişiklikler yapıldığı, “aslî ceza” ve “fer’î ceza” ayırımının kaldırıldığı, suç olgusu dolayısıyla uygulanabilen yaptırımların, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlendiği söylenebilir. Suçlar arasındaki “cürüm” ve “kabahat” ayırımı terk edildiği için, temel ceza olarak, hapis cezası benimsenmiştir. Hapis cezasının kısa süreli olması durumunda, etkin ve ülkemiz koşulları bakımından da uygulanabilirliği olan seçenek yaptırımlar öngörülmüştür²². Diğer taraftan,

olunması gerekir.” İzzet ÖZGENÇ: “Suç Teşekkülü...”, a.g.m., 57; Ahmet GÖKCEN: “Hürriyeti...”, a.g.m., 213, 214

²⁰ Diğer yandan, kusur sorumluluğu esasına dayanan ceza hukukunda, ancak kusurlu kişinin kusuru oranında sorumlu olması gerekmesine rağmen, uzlaşma halinde kusur ile ceza arasındaki orantı sağlanmaması doktrinde tartışılmıştır. Buna göre; “failin gerçekten işlediği suçta uygun bir ceza değil, pişmanlıktan kaynaklanmadığı halde, ikrarı cezanın hafifletilmesi nedeni sayarak daha düşük bir ceza tayin edilmektedir. Bu nedenle uzlaşma sonucu ortaya çıkan ceza daima yanlış cezadır. Gerçekten eğer sanık suçsuz ise uzlaşılan ceza çok yüksek, isnad edilen suç gerçekten işlemişse, bu durumda da çok düşüktür. Her iki halde de kanun koyucunun iradesine aykırı davranılmış olur. Ancak genel bağlayıcı kriterler ortaya konmak suretiyle bütün sanıklar için aynı şekilde uygulanırsa, eşitlikçi bir uzlaşma sistemi gerçekleştirilmiş olur.” Cumhur ŞAHİN: “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN Armağanı, C 6, S 1-2, (Konya 1998), 253

²¹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 625 vd.

²² Suç işleyen kişinin mahkûm olduğu cezanın infaz edilmesiyle güdülen yegâne amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezaların infazıyla mahkûm gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir yaşantı sürmeye yatkın duruma getirilmelidir. Ancak, bu amaç, bazı suçlular açısından sadece bir cezaya mahkûm olmakla da sağlanmış olabilir. Bu bakımdan, kişinin sadece belli bir cezaya mahkûm olmasıyla cezanın uyarı fonksiyonunu gerçekleştirmesi ve failin bu suçtan dolayı etkin pişmanlık duyması durumunda, artık cezaevi ortamına konmaması gerekir. Kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin cezasının infaz kurumunda çektirilmesi bakımından, cezanın özel önleme fonksiyonu daima kuşku ile

yeni yaptırım teorisi sisteminde, bir kişinin toplumdan tamamen tasfiyesini öngören bir yaptırım kabul edilmemiştir. Suç siyaseti açısından, sadece cezalarla toplumu korumanın mümkün olmadığı; ilave araçlara ihtiyaç duyulduğu anlaşılmış ve hukuk devleti esaslarından uzaklaşmamak şartıyla güvenlik tedbirlerine bu rol verilmiştir²³.

5.1. Yeni TCK'nun Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Ayırımı Bakımından Benimsediği Sistem

765 sayılı TCK'nun yaptırım sistemine bakıldığında, suç karşılığında öngörülen yaptırımların hepsinin “ceza” olarak kabul edilmesine²⁴ ve bu cezaların, suçların niteliğine göre cürümlere mahsus cezalar ve kabahatlere mahsus cezalar olarak tespit edilmesine rağmen, yeni sistemde bu anlayış terk edilmiş, günümüz ceza hukuku anlayışına uygun olarak, suçun karşılığında öngörülen yaptırımlar, “ceza ve güvenlik tedbirleri” olarak belirlenmiştir²⁵.

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nun Birinci Kitap, Üçüncü Kısım, İkinci Bölümünde “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında 53 ilâ 60. maddelerinde

karşılanmıştır. Bu bakımdan, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişilerin uslandırılmasının, eğitiminin ve resosyalizasyonunun sağlanması için etkin seçenek yaptırımların belirlenmesine büyük bir ihtiyaç bulunmaktadır. Komisyonumuzda yapılan çalışmalar sonucunda belirlenen seçenek yaptırımlar, bu amacı gerçekleştirebilecek niteliktedir. (TCK Adalet Komisyonu Raporu)

²³ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 402

²⁴ İzzet ÖZGENÇ: “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, (İstanbul, 2003), 862.

²⁵ Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 140 vd.; Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN: a.g.e., no 1343; “TCK.nun mehzazını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu, 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesiyle hazırlanmıştır. Bu nedenle, suç teşkil eden fiilin karşılığında öngörülen yaptırımların hepsi “ceza” olarak mütalâa edilmiştir. Ancak, suçun karşılığında öngörülen bu yaptırımlar, “asli ceza” ve “fer’i ceza” şeklinde bir ayırıma tabi tutulmuştur. Hâlbuki günümüz ceza hukukunda suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi dolayısıyla ceza ve tedbir olmak üzere iki tür yaptırım öngörülmektedir.” (İzzet ÖZGENÇ ve Cumhuriyet ŞAHİN: “İşkence ...”, a.g.m., 178 vd.)

güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu bölümde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya ve kazanç müsaderesi, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, tekerrür, sınır dışı edilme ve tüzelkişiler hakkında güvenlik tedbirleri yer almaktadır. Kanun, güvenlik tedbirleri açısından da eski Kanundan farklı esaslar benimsemiştir. Öncelikle 765 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri için müstakil bir bölüm bulunmamaktaydı. TCK, bu tedbirleri müstakil bir bölümde, bir yaptırım çeşidi olarak düzenlemiştir. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi başlıkları altında tespit edilen tedbirler, müsaderenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte 765 sayılı TCK'da bir fer'i ceza olarak düzenlenmişti. Bu durum, 765 sayılı TCK ile TCK arasındaki yaptırımlar konusundaki farklı yaklaşımı ortaya koyması açısından önemlidir. Bu düzenlemeyle, Yaptırım Teorisinin verilerine aykırı olarak çeşitli kanunlarda yer verilen belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarını gerektiren kazüistik hükümlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁶.

Güvenlik tedbirleri özellikle tehlikeli bir takım suçlular veya isnat yeteneği yahut ceza sorumluluğu bulunmayan failer için uygulanan ve özünde iyileştirme, ıslah ve sosyalleştirme amacı bulunan bazı tedbirlerdir. Bu tedbirler bütün suçlular için değil, ancak belli tehlikelilik arz eden suçlular ve şahsi durumları gereği haklarında ceza verilemeyecek kişilere uygulanabilir. Tüzel kişilerin isnat yeteneği veya kusurundan bahsedilemeyeceği için bunlar hakkında ceza verilemez, bunun yerine güvenlik tedbiri uygulanabilir. Örneğin, belli haklardan mahrum kalma, müsadere, sınır dışı edilme, özel infaz rejimi, denetimli serbestlik tedbirleri suçlunun tehlikeliliğine bağlı tedbirlerdir. Diğer taraftan, örneğin çocuklara, akıl hastalarına, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri ise bunların isnat yeteneklerinin olmaması veya zayıf olmasına bağlı tedbirlerdir.

Yeni CMK'nun 223. maddesinin 6. fıkrasına göre, "Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya

²⁶ Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 533; Murat AKSAN: a.g.m., 179; TCK Adalet Komisyonu Raporu

mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur.” Buna göre, kişi hakkında işlediği suçtan dolayı cezaya değil, güvenlik tedbirine hükmolunabilir. Yaş küçüğü veya akıl hastası olması nedeniyle kişi hakkında sadece güvenlik tedbirine hükmolunması, bu hususa örnek olarak gösterilebilir²⁷.

Güvenlik tedbirleri, isnat yeteneği olmayan veya azalmış bulunan kişilere sırf iyilik yapmak için getirilmiş bir lütuf müessesesi değildir²⁸. Bir ceza hukuku yaptırımıdır. Yaptırım olan güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için, bir suçun işlenmesi gerekir. Ancak, bu suçun işlenmesi dolayısıyla kişinin kusurlu olması şart değildir²⁹. Bu bakımdan, kişinin işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla kusurlu bulunması halinde, cezaya hükmedilmesinin yanı sıra güvenlik tedbiri de uygulanabilir. Ancak, işlediği suç dolayısıyla kişinin kusurlu addedilmemesi halinde, hakkında cezaya hükmolunamazsa da, güvenlik tedbiri uygulanabilir. Bu bakımdan kusurluluk, cezalandırılabilirliğin olmazsa olmaz şartını (conditio sine qua non) oluşturmaktadır. Buna karşılık, güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için, kişinin işlediği suç dolayısıyla kusurlu addedilmesi şart değildir³⁰.

Modern bir ceza hukuku müessesesi olarak kabul edilen güvenlik tedbirleri; genel nitelikli ve özgü güvenlik tedbirleri olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. “Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (md. 53)”, “eşya

²⁷ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 630.

²⁸ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 419

²⁹ “Cezanın tatbiki açısından gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telakki edilmesi zorunlu ise de; tedbir tatbiki açısından bu zaruret aranmaz. Bu itibarla, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla kusurlu telakki edilmeyen kişi hakkında da, gerek bu kişiyi, gerek toplumu bu kişinin muhtemel haksız filleri sonucu oluşacak zarar tehlikelerine karşı korumak maksadıyla, tedbir uygulanabilir.” İzzet ÖZGENÇ: “Davranış...”, a.g.m., 454

³⁰ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 627. “Alman ceza hukuku da, “iki izlilik” sistemini muhafaza etmiş, fakat geleneksel güvenlik tedbirleri sistemini esaslı bir şekilde ıslah etmiştir. Tedbirler ceza olmadıklarından, 46 ncı maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki “kusur” ilkesine tabi değildirler. Bunun yerine, tedbirler bakımından “orantılılık ilkesi” geçerlidir. Tedbir uygulanması, Anayasal temel haklar üzerinde köklü müdahaleler yapılmasını gerektirdiği için, Alman Ceza Kanununun 62 nci maddesinde orantılılık ilkesi açıkça düzenlenmiştir.”, Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 55

müşaderesi (md. 54)”, “kazanç müşaderesi (md. 55)” genel nitelikli güvenlik tedbirleri iken, “akıl hastalarına (md. 57)”, “tüzelkişilere (md. 60)”, “çocuklara (md. 56)” ve “yabancılara (md. 59)” özgü güvenlik tedbirleri de ancak belli niteliklere sahip kişilere uygulanabilen özgü güvenlik tedbirleridir³¹.

Güvenlik tedbiri, suç oluşturan fiili işleyen kişi hakkında, koruma ve iyileştirme amacıyla uygulanabilir. Çocuk veya akıl hastası hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri (md. 56, 57) bu niteliktedir

Güvenlik tedbiri, suç oluşturan fiili işleyen kişinin çevresine ve hatta ailesine karşı korunması amacıyla uygulanabilir. Çocuklar hakkında uygulanan güvenlik tedbirlerinin bir kısmı bu amaca hizmet etmektedir.

Güvenlik tedbiri, suç oluşturan fiili işleyen kişiden toplumun korunması amacıyla uygulanabilir. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiriyle güdülen amaçlardan birisi budur. Keza, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (md. 53), mükerrirlere özgü güvenlik tedbirleri (md. 58), yabancı suçluların sınır dışı edilmesi (md. 59) ve kısa süreli hapis cezası yerine kişinin muayyen bir süre için “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”sı (md. 50, f. 1, bent e), bu amaca hizmet eden güvenlik tedbirleridir.

Güvenlik tedbiri, suç oluşturan fiili işleyen kişinin iyileştirilmesi, eğitilmesi ve ıslahı amacıyla uygulanabilir³².

Çocuklara veya akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleriyle güdülen amaçlardan birisi budur. Keza, kısa süreli hapis cezası yerine kişi hakkında

³¹ Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi (Ankara, 2004), 209; “Alman Ceza Hukukunda hürriyeti bağlayıcı tedbirler; psikiyatri kliniğine yatırma, uyuşturucu madde veya alkol müptelalarının kötü alışkanlıklarından kurtarıldıkları tecrit kurumuna yatırma ve tehlikeli suçluların yeni suç işlemekten alıkonmaları için muhafaza altında tutuldukları bir müesseseye yatırma tedbirleridir. Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirler ise, hal ve gidişin kontrolü, sürücü belgesinin geri alınması ve meslek yasağıdır.”; Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 55, 57

³² İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 628, Nevzat TOROSLU: a.g.e., 387, Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 45-47

“en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye” hükmedilmesi (md. 50, f. 1, bent c), bu amaca hizmet eden bir güvenlik tedbiridir. Yeni sistem, akıl hastaları için tehlikelilik ölçütü getirilmiştir. Yani akıl hastası bir kişi hakkında hastalığı iyileşinceye kadar değil, tehlikeliliği devam ettiği müddetçe güvenlik tedbiri uygulanacaktır³³.

Güvenlik tedbiri, suçun konusu ile ilgili olarak da uygulanabilir. Suçun konusunun örneğin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin veya patlayıcı maddenin zararlı veya tehlikeli olması nedeniyle müsadere edilmesi (eşya müsaderesi md. 54) bu nitelikte bir güvenlik tedbiridir. Keza, kazanç müsaderesi (md. 55), bu kategoride mütalaa edilebilen bir güvenlik tedbiridir.

Suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak da güvenlik tedbiri uygulanabilir. Örneğin eşya müsaderesi veya tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin bir kısmı (md. 60, f. 2) bu niteliktedir³⁴. 765 sayılı TCK’na benzer birçok özellik taşıyan Hükûmet Tasarısından farklı olarak, bir güvenlik tedbiri niteliğinde kabul edilen müsadere, Adalet Komisyonunda eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi şeklinde bir ayırıma tabi tutularak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, Hukuk Toplumunda suçun bir kazanç elde etme yolu olarak görülmemesi ve suç işlemek suretiyle kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi gerektiği yönündeki düşünce hâkim olmuştur. Müsadereye ilişkin genel ve kuşatıcı bir düzenleme yapıldıktan sonra; gerek ceza kanununda gerek diğer kanunlarda, çeşitli suç tanımlarıyla bağlantılı olarak özel müsadere hükümlerine yer verilmemelidir. Özel kanunlarda veya maddelerde karmaşık şekilde yer alan her suç için ayrı müsadere şartları öngörülen

³³ Erdal YERDELEN: “5237 Sayılı TCK’nda Güvenlik Tedbirleri”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/189.doc>

³⁴ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e.,629; Terörle Mücadele Kanununa 29.06.2006 tarihinde 5532 sayılı Kanunla eklenen 8/B maddesi ile “Bu Kanun kapsamına giren suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 60’ıncı maddesine göre bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” hükmü getirilerek terör suçlarının bir tüzel kişinin ardına sığınarak işlenmesi halinde yaptırımsız kalmaması sağlanmıştır. İzzet ÖZGENÇ: Terörle Mücadele Kanunu (Ankara, 2006), 70, 71

sistemsizlik terk edilmiştir Bu düşüncelerle, Hükûmet Tasarısının rüşvet gibi çeşitli suç tanımlarıyla bağlantılı olarak müsadereyi özel olarak düzenleyen hükümleri metinden çıkarılmıştır³⁵. Müsaderenin bir güvenlik tedbiri olduğu açıkça belirtildiği için, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmiş olması şart olmakla birlikte, bu suçtan dolayı kişinin mahkûm edilmiş olması gerekmemektedir.

Cezanın şahsiliği ilkesi ve bunun doğal sonucu olarak tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilemeyeceği TCK'nun 20/2 maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bunun yerine kanunda açıkça öngörülen hallerde izin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin tüzel kişiler hakkında uygulanabileceği 60. maddede hükme bağlanmıştır. Bu hüküm Anayasanın 38. maddesindeki güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği³⁶ ve cezaların şahsiliği ilkelerine uygundur.

Bu genel düzenleme TCK'nun 5. maddesi sebebiyle tüm özel kanunlar için de geçerlidir. Özel kanunlardaki işlenen suç sebebiyle tüzel kişi için para cezası öngören hükümler yürürlükten kalkmıştır. Ancak tüzel kişilerin vücut bulması ve varlıklarının devamının ifadesi olan kuruluş prosedürleri ile belli sürede organlarının toplanması gerektiği hususlarına riayet etmeme sebebiyle kapatılmaları hususu bu kapsam dışında değerlendirilmelidir³⁷.

Konu ile ilgili özel hükümde; tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını düzenleyen TCK 253. madde hükmüne göre; *“Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”* Bu maddede düzenlenen güvenlik tedbiri mahkûmiyetin sonucudur. Takdire bağlı değildir.

³⁵ TCK Adalet Komisyonu Raporu

³⁶ “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bu ilkenin geçerli olduğu ülkedeki insanlar için özellikle üç önemli hukuki güvence getirmektedir. Bu nedenle ceza kanununun suçluların “Magna Charta”sı olduğu söylenmiştir. Söz konusu güvenceler “belirlilik, kıyas yasağı, aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağı” olarak ifade edilebilir.”; Ahmet GÖKCEN: “Yardım...”, a.g.m., 184

³⁷ Erdal YERDELEN: a.g.m.

Burada, 53/1-a ve 2, 3. fıkralar gözetilir. Bu madde hükmüne göre kişi örneğin, kamu görevlisi sıfatıyla haiz olduğu hak ve yetkileri kötüye kullanarak zimmet, irtikâp, rüşvet veya görevi kötüye kullanma gibi bir suç işlediğinde 53. madde gündeme gelir.

Getirilen yeni tedbir sistemi, önceki sistemden tamamen farklıdır. Aynı zamanda suç ve yaptırım teorileri uyarınca, kanunun kendi içindeki mantığını yansıtan bir sistemdir. Getirilen yeni sistemde artık, süresiz hak yoksunluğu yoktur. TCK, hak yoksunluğunun, kural olarak, cezanın infazına kadar söz konusu olabileceğini belirlemiştir³⁸. Güvenlik tedbirlerinden belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığı altında, bu güvenlik tedbirine hükmedilme şartları, hangi hakların kullanılmasından yoksun bırakılacağı ve uygulanma zamanı gösterilmektedir. Bu şekildeki bir düzenleme, güvenlik tedbirlerinin uygulanma şartları, kapsamı ve uygulanma süresinin bir arada tespit edilmesiyle, 765 sayılı TCK'nun sisteminden farklı olarak, yaptırımların sistematiği içerisinde de kolay, anlaşılır bir yapı oluşturmuştur³⁹.

Kişi hakkında işlediği suçtan dolayı cezanın yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunabilir. Örneğin, işlediği kasıtlı suçtan dolayı cezaya mahkûmiyetin yanı sıra, suçun işlenmesinde kullanılan, suçun konusunu oluşturan eşya, suçtan elde edilen kazanç hakkında bir güvenlik tedbiri olarak müsadereye hükmolunabilmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, eşya veya kazanç müsadereye karar verilebilmesi için, cezaya mahkûmiyet şart

³⁸ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 625; Adem SÖZÜER: "Reform Of The Turkish Criminal Law", HPD, 6 (Mayıs 2006), 219

³⁹ Murat AKSAN: a.g.m., 180; "Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunlukları da belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, maddede söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir. Bu bakımdan, benimsenen yaptırım sisteminde, belli bir suçu işlemekten dolayı cezaya mahkûmiyetin sonucu olarak ömür boyu devam edecek bir hak yoksunluğu söz konusu değildir."; (TCK Adalet Komisyonu Raporu)

değildir. Yine, mahkeme hükmünde, hapis cezasının ertelenmesi halinde, kişi hakkında denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirine de karar verilmektedir (md. 51, f. 4,5). Ceza ve güvenlik tedbirlerinin niteliğinin birbirinden farklı olması dolayısıyla, işlediği bir suç nedeniyle fail hakkında her iki yaptırıma birden hükmedilmesi, “aynı suçtan dolayı fail iki kez cezalandırılmaz (non bis in idem)” kuralına aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁰.

Belli hakları kullanılmaktan yoksun bırakılmanın düzenlendiği 53. maddenin uygulanmaya başlanması ile, 765 sayılı TCK’nun 31, 33, 34, 35, 41. maddelerinde genel ve aynı kanunun değişik maddelerinde (Ör: 219/son, 230/2, 233, 235/, 236, 238, 240, 243-249, 278/2, maddelerde kamu hizmetlerinden geçici veya sürekli mahrumiyet, 359. maddede meslek ve sanatın tatili vs.) ayrıca özel ceza kanunlarında (Ör: 2918 sayılı KTK. 119. maddede, sürücü belgesinin geri alınması) ve dağınık vaziyette olan belli suçların işlenmesine bağlı hak mahrumiyetlerinin şartları değiştirilmiş, fer’i cezalar müessesesi tamamen kaldırılmıştır⁴¹.

Diğer yandan yeni yaptırım sistemimizde cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşan iki izliliğin yanına bir de mağdurun korunması diye üçüncü bir iz eklenmiştir. Bu anlayışın Ceza Kanunumuza bir yansıması olarak cezalar ve güvenlik tedbirleri ayrı ayrı düzenlenmiştir⁴².

5.2. Bu Sisteme Yöneltilen Eleştiriler Ve Bu Eleştirilerin Değerlendirilmesi

765 sayılı TCK’nun kaldırılması ve yerine 5237 sayılı TCK’nun kabulüyle, yıllardır mevzuatımızda uygulanan suç ve yaptırım teorileri

⁴⁰ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 629, 630; İzzet ÖZGENÇ: “Davranış...”, a.g.m. , 454

⁴¹ Süheyl DONAY ve Mahmut KAŞIKÇI: Açıklamalı Karşılaştırmalı Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve Yürürlük Kanunu (İstanbul, 2004), 73

⁴² “Seminer Çözümü”, Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>,

değişmiştir. Bu değişiklik, ceza hukukunun gelişim gösterdiğini, yerinde saymadığını, aslında bizim bu değişiklikleri yapmamakla çağdaş hukuk anlayışının gerisinde kaldığımızı görmeyenlerce eleştirilmiştir.

Kimi eleştirilerde haklılık payı yüksek iken, kimilerinde de yıllardır süregelen ezberin bozulmasından kaynaklanan saldırganlık sezilmektedir. Kendisi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyeliğinde bulunmuş ve birçok öğrencisi hâkim, savcı olmuş olan Zeki HAFIZOĞULLARI, makalesinde adli para cezası hakkındaki eleştirisinde hakime bırakılan takdir yetkisindeki genişliği "...yargı erkini kullananların yeterince iyi yetiştirilemediği bir ülkede, gönül rahatlığı ile 'Ankara'da hakimler var' denilemediği sürece, sadece adam kayırmaya yarar." demek suretiyle kendi öğrencileri hakim, savcılar üzerinden kendi öğretmenliğinin notunu verdikten sonra, yaptırım sistemini eleştirmiştir.

"Tarihi kanun koyucunun, yaptırımdan neyi anladığı belirsizdir. Kanun koyucu, madde gerekçelerinde, bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir diyerek; bu tedbirlerin, cezadan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklarını, sadece ihlal vesilesi ile verildiklerini birçok yerde açıkça belirtirken; mahiyeti bakımından ihlale tepkiden başka bir şey olmayan, dolayısıyla fer'i ceza olarak adlandırılan hükümlü kişinin belli hakları kullanmaktan mahrum bırakılmasının ceza müeyyidesi değil de güvenlik tedbiri sayılması bir çelişkidir. Bir şey, kanunun ifadesi ile suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu ise; artık o şey, tehlikelilikle bağıntılı olarak ortaya çıkan güvenlik tedbiri değildir, ama ihlale, yani suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır⁴³."

Yazarın burada gözden kaçırdığı husus, fer'i cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki farkın sadece "suça bağlı" olup olmamak olmadığıdır.

⁴³ Zeki HAFIZOĞULLARI: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S 1, (Kış 2007), 91

Çünkü ceza, işlenen suçun karşılığı uygulanan yaptırım olmasına rağmen, güvenlik tedbiri, adı üzerinde tedbirdir. Sadece bir tek amacı veya bir tek özelliği yoktur. Bazen failin toplumdan korunması, bazen failden toplumun korunması, bazen failin ıslahını amaçlarken bazen cezayla birlikte bazen ayrı uygulanır. Şimdi bu kadar çeşitli amaçlara hizmet eden ve birçok görünümü bulunan bir yaptırımı, sırf suça bağlı olması yönünden fer'i cezaya benzetip, öyle olmasını beklemek hukuk mantığına yakışmaz. Doktrinde 80 yıldır fer'i ceza-mütemmim ceza tanımları yapılamazken, bir de her ne kadar cezaya bağlı gibi görünse de cezadan çok farklı şekillerde uygulanan hak yoksunluklarını bu karmaşanın içinde tutmakta fayda yoktur.

Diğer yandan günümüz ceza hukuku doktrinde önemli ölçüde taraftar bulan bir telakkiye göre, cezanın yegâne amacının müsbet anlamda genel önleme olduğu iddia edilmektedir. Bu telakkiye göre, cezalandırmak suretiyle kişinin işlediği haksızlıktan ibra olmasını bekleyemeyiz. Bu, ahlaki bir meseledir. Suç işleyen ve bu nedenle kusurlu telakki edilen kişiyi cezalandırmakla güdülen yegâne amaç; ihlal edilen davranış normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir: *Müsbet anlamda genel önleme*. Bu anlayıştaki yazarlar, cezanın amacının genel anlamda korkutuculuk (*menfi anlamda genel önleme*) olduğu iddiasını doğru bulmamaktadırlar.

Keza, cezanın müsbet anlamda genel önleme amacına matuf olduğu düşüncesinde olan Jakobs'a göre, kusur maddi muhtevadan yoksundur. Ancak cezalandırılmayla güdülen söz konusu genel önleme amacı, kusura maddi muhteva kazandıracaktır. *Jakobs'a* göre, kişi, kusurlu olduğu için değil bilakis, içtimai bakımdan cezalandırılmasına gereklilik duyulduğu için cezalandırılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kişi açısından kusurluluk yargısında bulunulabilmesi için, önce kişinin cezalandırılmasına içtimai bakımdan gerek duyulması lazımdır. *Jakobs'un* bu fikirlerine karşı yöneltilen en esaslı eleştirisi;

suç işleyen kişinin içtimai bakımdan cezalandırılmasına duyulan gerekliliği, hareket noktası olarak kabul edişine dayanmaktadır.

Eski devirlerde ceza, fiilin karşılığı sayıldığından suçlunun cezasını çekmiş olması infazın yegâne gayesini oluştururdu. Mahkûmun ıslah ve terbiye suretiyle topluma iadesi söz konusu değildi. Bugün infaz, ferdin toplum dışında tutulmasına yarayan bir tedbir değil, hükümlünün ıslah ve terbiye edilerek topluma iadesini sağlamak için en uygun vasıtaları araştıran bir usul sayılmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki, ülkemizde hapis cezaları koğuş sistemine dayalı cezaevlerinde infaz edilmekte ve bu durum, suçlunun topluma kazandırılmasını ya da sosyalleştirilmesini imkânsız hale getirmektedir⁴⁴.

Doktrinde bazı yazarların⁴⁵ ileri sürdükleri gibi, “güvenlik tedbirlerinin cezalandırma niteliğine sahip olmadığı, yani ceza kanunlarının ihlalinin karşılığı olmamaları yönünden güvenlik tedbirleri ile cezaların birbirinden ayrıldığı” söylenemez. Çünkü güvenlik tedbirleri de aynı ceza gibi, işlenen suç karşılığı hükmedilebilmektedir. Aralarındaki fark, birinin tehlikelilikle⁴⁶, diğerinin suçun ağırlığıyla orantılı olarak hükmolunmasıdır.

Cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında yukarıda sayılan benzerlikler yanında bazı farklılıklar da vardır. Hatta bu farklılıklar nedeniyle doktrinde Öztürk, Özbek ve Erdem, güvenlik tedbirleri hukukunu ceza hukukundan

⁴⁴ Ahmet GÖKCEN: “Hürriyeti...”, a.g.m., 214, 215; İzzet ÖZGENÇ: “Davranış...”, a.g.m., 453; “Cezaların infazıyla güdülen genel amaç, bazı suçlular açısından sadece bir cezaya mahkûm olmakla ve hatta, kişi ile ilgili olarak ceza muhakemesi sürecini başlatmakla da sağlanmış olabilir. Cezanın “özel önleme” fonksiyonu yönünden geleneksel “hapis cezaları”nın etkinliği daima kuşku ile karşılanmış ve mahkûmların uslandırılmasına, eğitime ve resosyalizasyona yönelik yaptırımların ve infaz yöntemlerinin benimsenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Geleneksel hapis cezalarının bu amaçların gerçekleşmesi açısından elverişli olmadığı kabul edilmektedir.”; İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz...”, a.g.m., 103

⁴⁵ Nevzat TOROSLU: a.g.e., 387

⁴⁶ “Kusurun derecesini aşmaması gereken ceza, ceza hukukundan beklenen önleme görevini her zaman yerine getiremez. Bu nedenle, amaçları; fiilden ve failin karakterinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi, kişinin eğitilerek, tedavi edilerek veya koruma altına alınarak yapılan müdahalelerle karşılanması olan “güvenlik tedbirleri” ile, cezanın tamamlanması mecburîdir.”; Hans-Heinrich JESCHECK: Almanya, a.g.e., 48

ayırarak ikisini de özerk hukuk dalları olarak kabul etmişlerdir⁴⁷.

Güvenlik tedbiri, işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olarak değil, “tehlikelilik” durumu göz önünde bulundurularak uygulanan bir ceza hukuku yaptırımıdır. Bu yönü itibarıyla güvenlik tedbiri cezadan farklılık göstermektedir. Zira güvenlik tedbirinden farklı olarak, işlenen suçun “ağırlığıyla orantılı” cezaya hükmolunur⁴⁸. Buna karşılık, yeni suç teorisi verileri karşısında, Öztürk ve diğerlerince öne sürülen; “suç kusurun, güvenlik tedbiri tehlikeliliğin bulunmasını şart kılar” şeklindeki görüşün⁴⁹, ağırlık esas alınarak genişletilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TCK’nun 3. maddesine göre; “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”. Bu hükümden, somut olayda verilecek cezanın işlenen suçun “ağırlığıyla orantılı” olması gerektiği sonucu doğru olarak çıkarılabilir. Ancak, güvenlik tedbiri açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan Kanunun söz konusu hükmünün sorunlu olduğu anlaşılmaktadır⁵⁰. Gerçi kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için bir suçun işlenmesi ve işlenen suçun belli bir ağırlık derecesine ulaşması şart olarak aranabilmektedir. Örneğin, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, kasten işlenen suçtan

⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 393 vd.

⁴⁸ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 629; aynı yönde Zeki HAFIZOĞULLARI: “Emniyet...”, a.g.m., 46, Faruk EREM: a.g.m., 353; “Ceza kusurun varlığı şartıyla ve kusurun ağırlığıyla orantılı bir şekilde uygulanır. Bu şartlar altında cezanın önleme amacı tayin edilir ve bu suretle toplumu koruma görevi ile görevlendirilir. Ancak failin tehlikeliliğinin sebebi, iyileştirilme ihtiyacı ise ceza bu ihtiyaca yeterince cevap veremez.” (Ayşe NUHOĞLU: a.g.e., 50)

⁴⁹ Bahri ÖZTÜRK, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM: a.g.e., 399

⁵⁰ Türk Tabipler Birliği, özellikle sağlık alanında dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklı taksirli suçlar nedeniyle hükmedilecek olan güvenlik tedbirlerinin, TCK’nun amacının düzenlendiği 1. maddesine aykırı olduğu gibi 3. maddedeki ceza ile fiil arasında olması gereken oranlılık ilkesine ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu tedbirlerin uygulanması ile cezalandırmadan beklenen amaç aşarak ayırım yapılmış olacağını ileri sürerek kanunlaşma aşamasında bu hükme karşı çıkmıştır. (http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan05/tck_gorus.php)

dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olmak gerekir. Keza, eşya müsaderesine hükmedebilmek için, kasten işlenmiş olan bir suçun varlığı gereklidir⁵¹.

Doktrinde Soyaslan tarafından ileri sürülen “cezaların şahsi olduğu, neticelerine sadece suç işleyen kişinin katlanmasının hedeflendiği, diğer yandan güvenlik tedbirlerinin şahsi olmayabileceği, üçüncü kişilere de zarar verebileceği, mesela işyerinin kapatılması halinde bunun zararını tüm ailenin çekeceği” yönündeki görüşe⁵² katılmamaktayız. Yazarın verdiği örnekten de anlaşılacağı üzere, kişi üzerinde yaptırım uygulandığında, bundan hem kendisi, hem de ailesi zarar görür. Bir meslek ya da sanatı icra etmesi engellenen veya sürücü belgesi geri alınan kişinin ailesinin zarar gördüğü, fakat hapis cezasına mahkûm edilen kişinin ailesinin zarar görmediği söylenemez.

Donay ve Kaşıkçı'ya göre; “...suçunun cezası infaz edilen kişi, kendisine tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda kamuoyuna mesaj vermiştir. Böyle bir mesajın nasıl verildiğini doğrusu anlamak güçtür. Gerçekten hapis cezasının amaçlarından birisi de, mahkûmun uslandırılması ve yeniden topluma kazandırılmasıdır. Ancak, her cezası infaz edilen kişinin yeni baştan topluma güven duygusu verdiğini söylemek mümkün değildir. Yoksunluğu infaz bitimi sonunda kaldırmak yanlış bir yol değildir. Ancak, bu gerekçe yasayı doğrular nitelikte değildir. Bu hüküm gerekçede de belirtildiği gibi yasaklanmış hakların geri verilmesini otomatikçe bağlamış olacaktır. Böylece daha önce hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olup, cezası infaz edilen kişinin otomatik olarak yasaklanmış hakları geri verilmiş olacaktır. Böylece hangi neviden olursa olsun cezası infaz edilen kişi artık yasak hakları olmayan bir kişidir⁵³.”

⁵¹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 629.

⁵² Doğan SOYASLAN: Ceza Genel, a.g.e., 583

⁵³ Süheyl DONAY ve Mahmut KAŞIKÇI: a.g.e., 74

İşlediği suç sebebiyle mahkûm olmuş ve cezası infaz edilmiş kişiye cezanın infazı sırasında; tekrar suç işlemesini engelleyici etkenler kazandırılmış, yeniden sosyalleşmesi teşvik edilmiştir⁵⁴. Zira cezasını bihakkın çekmiş olan kişi işlediği suçtan dolayı etkin pişmanlığını göstermiştir. Bu kişiye karşı toplumun kaybolan güveni de yeniden tesis edilmiştir. Eğer infaz sırasında bu özellikler suçluya kazandırılmamış ise bunun bedelini tek başına kişiye ödetmek adil değildir. Etkili ve eğitici infaz yapamayan kamu da bundan sorumludur.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından maddede bir ifade zaafı bulunduğu ileri sürülmektedir. Buna göre; kasten işlemiş olduğu bir suçtan mahkûm olanın, TBMM üyeliğinden yoksun bırakılacağı hükmü, sanki milletvekili sıfatını taşıyan bir kişinin kasti bir suç işleyip, mahkûm olduğunda bu sıfatının düşeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki milletvekili sıfatının düşmesi, Anayasamıza göre dokunulmazlığın kaldırılması ve bunun için TBMM'nin kararına bağlıdır. TBMM üyeliğine seçilememe olarak anlamak gerekirse de, esasen (c) bendinde seçme ve seçilme ehliyetinin kaybı düzenlendiği için burada bir tekerrür veya yanlış ifadenin bulunduğunu kabul etmek gerekir⁵⁵. Öte yandan aynı ifade zaafı 765 sayılı TCK'nunda da bulunmaktaydı.

Meslekten men yetkisinin Türk Tabipler Birliği yerine hâkime verilmesi ve kendilerinin şoförlerle bir tutulması zaman zaman hekimler tarafından eleştirmektedir. Benzer şekilde doktrinde de bazı yazarlar bu düzenlemenin, TCK'nun başlangıcında yer alan temel esaslara uygun olmadığı yönünde eleştiriler getirmektedirler. Buna göre, “bir hukuk devletinde böylesine

⁵⁴ 13.12.2004 gün ve 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, İnfazda Temel Amaç; Madde 3 - (1) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.

⁵⁵ Süheyl DONAY ve Mahmut KAŞIKÇI: a.g.e., 74

acımasız bir kanun hükmü olamayacağı gibi, insanların mesleğini yargıcın iki dudağı arasında tutmak asla kabul edilemez.”⁵⁶

Ancak unutulmamalıdır ki; toplumun ve bireylerin hakkının korunması konusunda en büyük güvence, yasalar ve bu yasaların uygulanmasını ve hakların korunmasını sağlayan yargı sistemidir. Öyle ki AİHM, yargıçlara sanık hakkında basında çıkan haberleri yasaklama, basının ne şekilde haber yapacağını belirleme, sanığın işkence görüp görmediğini gözlemleme ve verilen yargı kararının yerine getirilip getirilmediğini denetleme gibi aktif görevleri dahi yüklemektedir. Bir hukuk devletinde insan temel hak ve özgürlüklerini koruyacak bağımsız bir yargı teşkilatı yoksa bu hak ve özgürlüklerin yasalarda yer almasının hiçbir anlam ve önemi yoktur. Bu yüzden AİHM’ce, AİHS 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının bütün sistemin temeli ve olmazsa olmazı olduğu vurgulanmıştır. Yine bir hukuk devletinde idarenin her türlü işlem ve eylemi için yargı yolu açık olmalıdır. Mahkemeler günümüzde evlilik içinde görevini yerine getirmeyen eş hakkında sınırsız tedbir kararı verebildikleri gibi çocuğun adının konması konusunda anlaşılamayan eşlerin bulunması halinde doğan çocuğa dahi ad koyabilmektedirler. Dolayısıyla bir meslek mensubunun mesleğini yerine getirip getiremeyeceğine karar verilebilmesi, yalnızca o meslek kuruluşuna bırakılırsa zaman içinde çok başka sakıncalar ortaya çıkabilir. Bunun yanında meslek kuruluşu mensubunun mesleğini yapmamasına ilişkin karar vermişse, ilgilinin bu karara karşı başvurabileceği yol yine yargı yoludur. Kaldı ki meslek mensubu mesleğini yerine getirirken dikkatsiz ve özensiz davranarak bir başkasının yaralanmasına, ölmesine neden olmuş ya da kasıtlı bir suçla bütün bir toplumun zararına ya da bir mağdura karşı bir suç işlemiştir. Suç, mesleki faaliyet nedeni ile işlendiğinden, suçun ağırlığına göre kişinin mesleğini yerine getirmesinin süreli ya da süresiz olarak yasaklanması, toplumun bütününün yararı için yapılan bir işlem olduğu gibi, süreli yasaklama tedbiri de faile bir ihtar niteliğini taşımaktadır.

⁵⁶ Bahri ÖZTÜRK, Durmuş TEZCAN, Özge SİRMA, Yasemin SAYGILAR ve Özen İNCİ: “Yeni Türk Ceza Kanununun Getirdikleri”, Milliyet Gazetesi Eki (İstanbul, 2005), 9

Diğer yandan bu düzenleme yalnızca hekimleri ilgilendiren bir düzenleme de değildir. Hekimler gibi avukatlar, muhasebeciler ve benzeri tüm meslek mensupları da bu hüküm kapsamındadır. Aynı zamanda tüm kamu görevlileri için, işin kaybedilmesi gibi sonuçlar da vardır. Tüm etik kuralları bir yana bırakıp sokaktan çocuk kaçırıp organlarını alan bir örgüt için çalışan bir hekim elbette süresiz bu mesleği yapmaktan yasaklanmalı ve en ağır biçimde de cezalandırılmalıdır. Diğer yandan çok hafif bir kusurla yaralanmaya neden olan hekim hakkında ise, hâkimin takdir hakkına bağlı olarak büyük bir olasılıkla bu tedbir uygulanmayabilecektir⁵⁷.

5.3. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belli Hak Ve Yetkileri Kullanmaktan Yasaklanmış Olmak

Toplumda yaşayan kişiler arasında güven esasına dayalı bir ilişki biçimi hakimdir. Suç işleyen kişi, toplumun kendisine duyduğu güveni, işlediği suç nedeniyle yitirmektedir. Suç sosyal olmayan bir davranış biçimidir. Suç işleyen kişi bu davranışı ile antisosyal bir kişilik yapısına sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kişiye karşı toplumun duyduğu güvenin azalması veya kaybolması olağandır. Suçlu kişi toplum ile arasındaki güven ilişkisinin devamını gerektiren bazı hakları kullanmaktan mahrum olacaktır.

5.3.1. Hukuki Niteliği

Yasaklama bir güvenlik tedbiridir. TCK 53. maddesinde sayılmak suretiyle gösterilen haklar, mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanılamaz. Yasaklamayı gerektiren “kasıtlı suç”un doğrudan kasıtlı işlenebileceği gibi olası kasıtlı da işlenebilmesi mümkündür. İcrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilir.

⁵⁷ “Yeni Türk Ceza Kanununun Hekimlik Mesleğini İlgilendiren Kanun Maddeleri,” http://www.tip.hacettepe.edu.tr/fakulte/yeni_haberler/tck_haber.htm

Taksirle işlenen suçlarda ise, adi taksir veya bilinçli taksir olması önemli değildir. Bu durumda kanuni sonuç olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma kural olarak uygulanmayacaktır.

5.3.2. Kapsamı

TCK sistemine göre, her mahkûmiyette söz konusu olan hak yoksunlukları mevcut değildir. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma için, belli şartların gerçekleşmesi gerekir⁵⁸.

5.3.2.1. Yasaklanan Haklar Bakımından

53. maddenin birinci fıkrasında, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi haklardan yoksun bırakılacağı sayma yöntemiyle ve sınırlı olarak belirlenmiştir. Kasıtlı bir suç işleyip de hapis cezasına mahkûm olan bir kimse aşağıdaki hakları kullanmaktan kanunen yasaklı hale gelir:

Sürekli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma: Bu hükmün uygulanmasıyla kişi, TBMM üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy ve bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarına ilişkin atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten men edilmektedir⁵⁹. Burada kastedilen “sürekli” kelimesi, ifa edilen kamu görevinin özelliğini belirtmek için kullanılmıştır. Yoksa cezaya bağlı hak mahrumiyetinin süresiz olduğu kastedilmemiştir⁶⁰.

⁵⁸ Çetin AKKAYA: Açıklamalı-İçtihatlı Cezaların Belirlenmesi & Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Ve İnfaz Hukuku (Ankara, 2006), 147

⁵⁹ Çetin AKKAYA: a.g.e., 147

⁶⁰ Erdal YERDELEN: a.g.m.

765 sayılı TCK'nunda 20, 31 ve 35. maddelerde kamu hizmetlerinden yasaklılık başlığı altında benzer hükümlere yer verilmişti. 765 sayılı TCK açısından md. 31 anlamında kamu hizmetlerinden yasaklılık, beş seneden fazla ağır hapse mahkûmiyet, müebbeden ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkûmiyet halinde söz konusu olabilmekte idi. Yine 765 sayılı TCK md. 35'te ise yaptırım belli suçlar ile sınırlanmıştı. Nihayet aynı kanun md. 20'de bir asli ceza olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık düzenlenmişti. TCK ise kasten işlenen suçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi bakımından bir sınırlama getirmemiştir⁶¹.

Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılma: Anayasamız başta olmak üzere birçok kanunda seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanma ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Kişi, hükmedilen güvenlik tedbirine maruz kalmakla bu haklarını kullanamaz. 765 sayılı TCK'nun 20. maddesinde aynı husus bir ceza olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bu durumda kişi siyasi haklarını kullanamayacağından kararın Yüksek Seçim Kurulu veya İlçe Seçim Kuruluna gönderilmesi gereklidir.

Velayet hakkından (TMK md. 335-363); vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan (TMK md. 396-431) yoksun bırakılma: Bu haklar Türk Medeni Kanununda düzenlenmiş haklardır. Kişi mahkûm olmakla bu hakları kullanamaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından buradaki yoksunluk hükümleri uygulanmaz (f. 3)⁶². Mahkûm edilen kişinin çocukları varsa velayet doğrudan diğer eşe geçecektir. Vasi veya kayyım ise buna son verilecektir. Kişinin kendisinin medeni haklarını kullanmaktan kısıtlanması ve kendisine vasi tayin edilmesi Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğidir. Kendisi kanuni veya atanmış temsilci ise bu görevi sona erecektir.

⁶¹ Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 536

⁶² Çetin AKKAYA: a.g.e., 148

Bu tedbir 765 sayılı TCK'nun 437 ve 33. maddelerinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK açısından söz konusu yaptırım bir ceza iken yeni kanun bakımından bu yaptırım bir güvenlik tedbiridir. Yine 765 sayılı TCK söz konusu cezayı 437. maddede belli suç tipleri için, 33. maddede ise 5 seneden fazla ağır hapis cezası için öngörmüştü. Oysa TCK kasten işlenen suçlar neticesi verilen her hürriyeti bağlayıcı ceza için bu tedbiri kabul etmiştir⁶³.

Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzelkişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun bırakılma: Kişi bu güvenlik tedbirine maruz bırakılmakla ilgili kanunlarla düzenlenen hakları kullanamaz. Bu tüzel kişilerin organlarında yer alacaklardan genellikle sabıka kaydı istendiğinden bu hak mahrumiyetinin infazı bu şekilde olacaktır.

Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılma: Kişi bu güvenlik tedbirine maruz bırakılmakla bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmaktadır. Örneğin muhasebecilik, serbest avukatlık vs. yapamayacaktır. Ancak mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında hâkim, bu hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verebilir (f. 3). Bu husus 765 sayılı TCK'nda meslek ve sanatın tatili icrası başlığı altında düzenlenmişti. Diğer taraftan bu madde hükümlerine göre, örneğin Bankalar Yasasının, banka yöneticilerine ilişkin atama hükümlerinin zımnen değiştirildiğini kabul etmek gerekir⁶⁴.

Meslek veya sanatın icrasından yasaklanma ya da sürücü belgesinin geri alınması: Bu güvenlik tedbiri belli bir meslek veya sanatın

⁶³ Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 537

⁶⁴ Süheyl DONAY ve Mahmut KAŞIKÇI: a.g.e., 74

ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde söz konusu olur. Bu durumda üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar⁶⁵.

5.3.2.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından

Kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasıyla mahkûm olan bir kimse, mahkum olduğu hapis cezasının kesinleşmesinden itibaren, bu cezanın infazı tamamlanıncaya kadar 53. maddenin birinci fıkrasında sayılan yukarıdaki hakların tamamını kullanamaz hale gelir (f. 2).

Bu sistemde hak yoksunlukları sadece ceza kanununda zikredilen asli cezaya bağlı fer'i bir ceza olmayıp şartları sayılan hapis cezasının bir sonucu olduğundan özel ceza kanunlarına göre hapis cezasına mahkûm olanlar da - 53. maddedeki şartlar var ise- bu haklardan yoksun kalacaklardır. Ayrıca md.5 uyarınca özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinin TCK'na aykırı olan hükümleri zımnen yürürlükten kalkmaktadır. Ör: Devlet Memurları Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu vb. kanunlardaki belli bir cezaya mahkûmiyet şartına bağlanmış hak mahrumiyetlerinin uygulama olasılığı kalmamıştır⁶⁶.

Maddenin düzenlemesinde kasıtlı bir suç işlemek dolayısıyla hapis cezasına bağlı mahkûmiyete bağlı hak yoksunluğu süresiz değildir. Mahkûmiyete bağlı hak yoksunluğu, belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bu sistemde, hak yoksunluğu, mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayıp, mahkûm

⁶⁵ Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 214, 215

⁶⁶ Erdal YERDELEN: a.g.m.

olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir⁶⁷. İnfazdan anlaşılması gereken, bihakkın tahliye tarihidir. Bu tarihe kadar TCK'nun 53/1 maddesi belirtilen hakları kullanılamaz ancak, 5275 sayılı CGİK'nun 107. maddesine göre koşullu salıverilen hükümlü kendi alt soyu üzerindeki vesayet ve kayımlık yetkilerini kullanabilir⁶⁸.

Adam öldürme ve yağma suçlarından eski TCK uyarınca verilen mahkûmiyet hükmünün temyizinde Yargıtay 1. Ceza Dairesi, hükmün onaylanması yönünde karar alırken, karşı oy sahibi üye, eski TCK ile 5237 sayılı TCK'nun olaya uygulanan hak yoksunlukları ile ilgili hükümlerini karşılaştırmış ve haklı olarak olayda eski TCK 31. madde ile verilen kamu hizmetlerinden süresiz yasaklanma cezasının yerini, 5237 Sayılı TCK'nun 53. maddesinin uygulanması sonucu, mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin alacağı, dolayısıyla lehe olan 5237 Sayılı Yasa ile hüküm kurulması gerektiğini ileri sürmüştür⁶⁹.

5.3.2.3. Yasaklama Sonucunu Doğuran Ceza Bakımından

Suç işleyen herkes hak kullanmaktan yoksun bırakılamaz. TCK'nun 53. maddesine göre; kişinin işlediği suçtan dolayı belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için, işlediği suçun kasıtlı bir suç olması ve ayrıca bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olması gerekir. Diğer yandan adli para cezasına mahkûmiyet durumunda hak yoksunluğu söz konusu olmaz⁷⁰.

⁶⁷ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 677, Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 215

⁶⁸ Çetin AKKAYA: a.g.e., 149, 150, Haluk ÇOLAK ve Uğurtan ALTUN: a.g.m., 18

⁶⁹ Y1CD., 13.03.2006, 2005/1589-2006/588; <http://www.yargitay.gov.tr/guncel/1589.doc>

⁷⁰ Hakan HAKERİ: Sorularla Ceza Hukuku (Ankara, 2005), 145

Diğer koşul olarak; faile verilen ceza, mutlaka “hapis cezası” olmalıdır. Bu hapis cezası, yalnız hapis cezası olabileceği gibi, adli para cezasıyla birlikte verilen hapis cezası da olabilir. Hapis cezasına hükmedildiği takdirde, bu cezanın süresi önemli değildir. Her halükârda hak yoksunluğu uygulanacaktır.

5.3.3. Hükümlünün, Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yasaklanmasına Ayrıca Mahkemece Hükmedilmesi Sorunu

53. maddenin 1. fıkrasında söz konusu edilen hak yoksunlukları için mahkemenin veya hâkimin karar vermesine gerek yoktur. Başka bir deyişle, bu hususla ilgili olarak hükümde bir açıklığın bulunması gerekli değildir. Kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olan bir kimsenin mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden itibaren, bu yasaklar kendiliğinden başlar⁷¹.

Askeri Yargıtay'ın konu ile ilgili kararı şöyledir: 5237 sayılı TCK'nın 53'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında sözü edilen hak yoksunlukları, kasti suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olduğundan, hükümde bu hususun açıklanması zorunlu değildir. 53'üncü maddenin 3, 4, 5 ve 6'ncı fıkralarındaki durumlar söz konusu olduğunda mahkemece bir karar verilmesi gerekmele birlikte, temyize konu davada tesis olunan 25 gün hapis cezası yönünden karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır. 1'inci fıkroda sayma yöntemiyle belirlenmiş hakların, somut olayda mahkûm olunan 25 gün hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanılamayacağı kanun gereğidir⁷².

⁷¹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 630, 677; Çetin AKKAYA: a.g.e., 148; Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 215, Erdal YERDELEN: a.g.m.; Adem SÖZÜER: “Reform...”, a.g.m., 219

⁷² As. Yrg. 1. D., 9.5.2006, 827-809

5.3.4. Ertelemenin Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak Belirli Hak Ve Yetkileri Kullanmaktan Yasaklanma Üzerindeki Etkisi

Hak yoksunlukları bir güvenlik tedbiridir ve cezanın infazı süresince prensip olarak devam eder. Dolayısıyla erteleme bir cezanın infazı kurumu olduğu için kişinin cezası ertelenmesine rağmen, cezasının infaz süresi bitene kadar bazı hak yoksunlukları olur. Maddenin 2. fıkrası uyarınca kural, cezanın infazı boyunca kişinin TCK'nun 53/1. maddesinde yazılı haklardan yoksun bırakılmış olmasıdır.

Ancak bu kuralın istisnaları vardır:

Hâkim isterse hapis cezası ertelenen hükümlünün (TCK 53/1 maddesinin (e) bendinde yer alan) “bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmesine” izin verilebilecektir. Bu hususu hâkim kararında açıkça göstermek zorundadır⁷³.

Mahkeme burada mesleğini icrasına müsaade ediyorsa, kararında 53/1-e bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına şeklinde hüküm kuracaktır. Böyle bir hüküm kurulmamış ise kişi bu haklardan (velayet, vesayet ve kayyımlik hariç) yoksun kalacaktır. Çünkü 53/1 fıkrasının ilk cümlesinde açıkça belirtildiği üzere “bu fıkra sayılan hak mahrumiyetleri, kasten işlenen suçtan dolayı verilmiş hapis cezasının kanuni sonucudur.” Mahkemenin kararında bunları açıkça saymasına gerek yoktur. Kanun maddesinin kaleme alınış şeklinden bu anlaşılmakta ise de, mahkemenin hükmünde –şartları varsa- 53/1a-e bentlerindeki haklarından mahrumiyetine

⁷³ Çetin AKKAYA: a.g.e., 151, Hakan HAKERİ: a.g.e., 146, 147, Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAGAOĞLU: a.g.e., 217, Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 537, Erdal YERDELEN: a.g.m.

şeklinde hüküm kurmasında sakınca bulunmamaktadır. Zira bu hak yoksunluklarını dikkate alacak ve infaz edecek kurumlar tarafından, mahkeme kararında böyle bir hüküm fıkrası aranabilir. Uygulamada kurumların mahkemeden açık karar istedikleri görülmektedir⁷⁴.

Hapis cezası ertelenen⁷⁵ bir hükümlünün kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkilerini kullanmasına bir engel yoktur.

Fiili işlediği sırada 18 yaşından küçük olan kişiler hakkında, işlediği kasıtlı suçtan dolayı hapis cezası da verilse, kanuni sonuç olarak belli hakları kullanmaktan yoksun kalınmaz (md. 53/4)⁷⁶.

Son olarak, kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi durumunda TCK'nun 53/4 maddesine göre, 1. fıkra hükümleri uygulanmaz. Yani 1 yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olup bu cezası da ertelenen şahıslar hakkında, 1. fıkradaki kanuni hak yoksunluğu uygulanmamasına mukabil, 1 yıldan fazla hapis cezası mahkûm olup cezası ertelenen sanıklar hakkında 1. fıkradaki kanuni hak yoksunlukları uygulanmalıdır.

Bunların dışındaki durumlar kurala tabidir. Yani bir yıldan fazla hapis cezası verilip ertelenen hükümlü, TCK'nun 53/1 maddesindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri dışındaki tüm haklardan yoksun olacaktır⁷⁷.

Son durumda örneğin, yargılanan eczacı veya avukat ise, kendine verilen kısa süreli olmayan kısa süreli hapis cezası ertelense bile kural olarak mesleğini yapamaz. Ancak mahkeme, kanundaki kısıtlamaya istisna olan bu durumu, talep üzerine veya re'sen kararında belirtirse bu şahıslar

⁷⁴ Erdal YERDELEN: a.g.m.

⁷⁵ Erteleme 2 yıl veya daha az süreli hapis cezaları için mümkündür. (TCK. md. 51)

⁷⁶ Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 216, Erdal YERDELEN: a.g.m.; Adem SÖZÜER: "Reform...", a.g.m., 219

⁷⁷ Çetin AKKAYA: a.g.e., 151, Hakan HAKERİ: a.g.e., 146, 147, Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 217, Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 537, Erdal YERDELEN: a.g.m.

mesleklerini yapabilir. Diğer taraftan sanık kamu görevlisi, noter veya doktor ise bu durumda TCK 53/1-a maddesi kapsamında olacağı için uzun süreli hapis cezası ertelense bile, bu meslekleri icra edemezler, bunlar hakkında istisna getirilmesi mümkün değildir.

5.4. Ceza Mahkûmiyetinin Yanında Ayrıca Belirli Hak Veya Yetkilerin Kullanmaktan Yasaklanmaya Hükmedilmesi

TCK'nun 53/5. maddesi uyarınca, birinci fıkrada beş bent halinde (a-e) sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı mahkûmiyet halinde (örneğin bir vakfın başkanı görevini kötüye kullanarak vakfın parasını kendi özel harcamaları için sarf etmişse), cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Aslında burada hak yoksunluğunun süresi artırılmış olmaktadır.⁷⁸

5.4.1. Kapsamı

Sahip olunan belli hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlardan dolayı mahkûm olunan hapis cezasından ayrı olarak, cezanın infazından sonra da işlemek üzere, hâkimin takdirine göre belirlenen süre zarfında kişinin bu hakları kullanmaktan yoksun bırakılması, suçun işlenmesinde kullanılan hak ve yetkilerin, -kişinin tekrar topluma kazandırılması amacına uygun olarak- ilamda belirtilen süre kadar, hapis cezasının infazından sonra da kullanılmasının yasaklanması, toplumun bu hakların kötüye kullanılmasından korunması olarak kabul edilmelidir.⁷⁹

⁷⁸ Çetin AKKAYA: a.g.e.,149, Hakan HAKERİ: a.g.e., 145, Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZGAOĞLU: a.g.e., 216, Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 537

⁷⁹ Murat AKSAN: a.g.m., 180

5.4.1.1. Yasaklanan Haklar Bakımından

Fail 53/1 maddede belirlenen hak ve yetkilerden hangisini kötüye kullanarak suç işlemiş ise, ancak o hak ile ilgili, 5. fıkraya göre hak yoksunluğu kararı verilebilir. Örneğin fail, kamu görevini kötüye kullanmışsa, kamu görevini kullanmaktan; velayet hakkını kötüye kullanarak suç işlemişse, velayet hakkını kullanmaktan; kooperatif yöneticiliğini kötüye kullanmışsa, bu hakkı kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilir. Kişi diğer hakları –şartları varsa- kullanabilir.

Bu kararın verilmesi hâkimin takdirine bağlı değildir. 1. fıkradaki hak yoksunluklarından farklı olarak hâkim burada, bu yoksunlukların süresini (burada bir takdir söz konusudur), belirleyecek, bu yoksunluğa hükmedildiğini kararında gösterecektir.

5.4.1.2. Yasaklamanın Süresi Bakımından

Yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda hak yoksunluğunun süresi, faile o suç nedeniyle verilecek cezanın hapis veya adli para cezası olması durumları için farklı farklıdır.

Eğer işlenen bu suç nedeniyle faile hapis cezası verilecekse, hak yoksunluğu süresi, hükmolunan sonuç hapis cezasının yarısından bir katına kadardır. Yani eğer faile 1 yıl hapis cezası verilecekse, verilecek hak yoksunluğu 6 aydan 2 yıla kadar olacaktır. Biraz önce verilen örnekte bahsedilen kişi, almış olduğu 1 yıl hapis cezası sonucunda, hapis süresince dernek yöneticisi olamayacağı gibi, bu cezanın tamamen infaz edilmesinden sonra hâkimin 6 aydan 2 yıla kadar belirleyeceği bir süre içinde ayrıca bir dernekte yönetici veya denetici olarak görev alamaz.

Maddenin diğer fıkralarına göre, adli para cezasına mahkûmiyete bağlı bir hak yoksunluğu yoktur. Ancak 5. fıkra da bir hak kötüye kullanılmak sureti ile adli para cezasına mahkûmiyet halinde dahi bu hakkın kullanılmasının yasaklanması yönünde bir karar verilebilir. Şayet işlenen suç nedeniyle faile verilen ceza, adli para cezası ise (bu ceza doğrudan verilen ceza olabileceği gibi haptan çevrilen para cezası da olabilir) hak yoksunluğu cezasının miktarı, adli para cezasında belirtilen birim gün sayısının yarısından bir katına kadardır. Yani mahkemece sonuç birim gün sayısı olarak 100 gün belirlenmiş ise hak yoksunluğu süresi 50 gün ila 200 gün arası olacaktır. Haptan çevrilenlerde çevrilmeden önceki miktarı nazara alınır.

Faile hem hapis, hem de adli para cezası verilecekse, hak yoksunluğu süresi, hapis cezasına göre belirlenir.

Yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda hak yoksunluğunun süresinin, hapis cezasında bu cezanın biahakkın tahliye tarihinden, adli para cezasında tamamen infazdan, hem hapis hem de adli para cezasına mahkûmiyet halinde, her ikisinin birden infazından itibaren başlar.

Hak yoksunluğunun infazdan itibaren başlamasının nedeni, zaten hükmün infazına kadar TCK'nun 53/1. maddesindeki yazılı hak yoksunlukları geçerli olacağından, ancak infazdan sonra bu sürenin başlayabileceği kabul edilmiştir⁸⁰.

Adli para cezasında bu sürenin başlangıcında bir özellik vardır. Buna göre yasaklama kararı hükmün kesinleşmesi ile birlikte icra edilecektir. Ancak örneğin 100 günlük yoksunluk süresi bu kesinleşme tarihinden değil, verilen adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlayacaktır⁸¹.

⁸⁰ Çetin AKKAYA: a.g.e., 149

⁸¹ Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 216

Kanımızca bu husus, para cezalarının infazını temine yönelik zorlayıcı bir unsur olarak düşünülmüştür.

5.4.1.3. Yasaklama Sonucunu Doğuran Ceza Bakımından

Bu maddenin uygulanması için failin işlediği suç TCK'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılmasıyla ilgili bir suç olmalıdır. Buna göre işlenmesi gerekli suçlar şunlardır:

- a) Kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar,
- b) TBMM üyeliği görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar,
- c) Devlet, il, belediye, köyün atamayla ve seçimle gelen yöneticileri, bunların gözetim ve denetim altındaki kurum ve kuruluşlarca verilen memuriyetlerin kötüye kullanılmasıyla işlenen suçlar.
- d) Siyasi hakların kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar,
- e) Velayet, vesayet ve kayyımlik haklarının kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar,
- f) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişilerin yönetici veya deneticisi olma kötüye kullanarak işlenen suçlar,
- g) Serbest mesleği ve tacirlik sıfatını kötüye kullanmak suretiyle işlenen suçlar, bu kapsamdadır. Bu suçları işleyenler hakkında TCK'nun 53/5. maddesi uygulanmalıdır.

Buna göre bir hekim irtikâp, görevi kötüye kullanma, ihmali davranışla kasten insan öldürme ya da yaralama gibi suçlardan mahkûm olmuş ise,

yargıç cezanın 2 yıl hapisten fazla olması halinde, hekimin sürekli ya da süreli olarak kamu görevini üstlenmesinden, hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar hekimlik mesleğini serbest meslek erbabı olarak yapabilmesinden yasa hükmü gereğince yoksun bırakacaktır. Burada hâkimin takdir hakkı yoktur.

Ancak hekim 1 yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olmuş ise ve hâkim cezayı ertelemiş ise hekim mesleğini sürdürebilecektir. 1 yıl ve 2 yıl arasında hapis cezasına mahkûm olmuş ise, bu durumda güvenlik tedbiri uygulanması gerekip gerekmediğini hâkim takdir edecektir⁸².

Fail adli para cezasına mahkûm olursa, bu cezanın ertelenmesi mümkün olmayacağından mutlaka TCK 53/5. maddesinde hak yoksunluğuna da hükmedilir.

Fail hapis cezasına mahkûm olur da bu ceza ertelenirse, kanaatimizce, yine TCK 53/5. maddesindeki hak yoksunluğuna hükmedilecek ve bu hak yoksunluğu ertelenemez. Hak yoksunluğunun ertelenebileceğinin kabulü halinde, daha hafif olan adli para cezasına hükmolunmasında hak yoksunluğuna da karar verilirken, daha ağır olan hapis cezasında hak yoksunluğuna hükmolunmayacağı düşünölmeyeceği için hak yoksunluğu da ertelenmiş sayılmaz ve denetim süresinin bitiminden itibaren infaz edilmek üzere hak yoksunluğuna da bu durumda hükmolunabilir⁸³.

Bu durumda 53/5. maddesindeki düzenlemede cezanın türü ve miktarı önemli değildir. Bu hüküm özel, açık ve istisnai olduğundan erteleme hususu dikkate alınmaz. Bu fıkradaki mahrumiyet şartları farklıdır. Kötüye kullanılan hak yönünden bu fıkra uygulanır. İnfaz süresince ve infazdan itibaren hükmedilen süre kadar kişi o hakkı kullanamaz. Hâkim, 53/1-e maddesindeki (izne tabi meslek ve sanatın icrasından yoksun kalma) hak yoksunluğunun

⁸² “Yeni Türk Ceza Kanununun Hekimlik Mesleğini İlgilendiren Kanun Maddeleri,” http://www.tip.hacettepe.edu.tr/fakulte/yeni_haberler/tck_haber.htm

⁸³ Çetin AKKAYA: a.g.e., 151

uygulanmamasına karar veremez. Aksine ceza süresinin yarısı veya bir katına kadar süreyle infazdan sonra devam etmek üzere kötüye kullanılan haktan mahrumiyetin devamına karar verir. Bu durumda infazdan sonra devam edecek kısmın, denetim süresinin iyi halli tamamlanmasından itibaren işlemeye başlaması gerekir.

Bu fıkra metnine bakıldığında mahrumiyetin infazdan sonraya bırakılmış olması, erteleme halinde bu mahrumiyetin uygulanmayacağı gibi algılanabilir. Ancak bu yeni sistemde erteleme bir af değil cezaların bir infaz şeklidir. Denetim süresinde cezaların infaz edildiği kabul edilmektedir. Bu husus 51/8 maddesinde açıkça belirtilmiştir⁸⁴.

5.5. Taksirli Suçlardan Mahkûmiyet Halinde Belirli Hak Veya Yetkilerin Kullanmaktan Yasaklanmaya Hükmedilmesi

Taksirle işlenen suçlar, 20. yüzyılda motorlu araçların yaygınlaşmasıyla büyük artış göstererek, kasten işlenen suçlardan daha fazla meydana gelmeye başlamıştır. Bu işleniş yoğunluğu, kanun koyucunun taksirle işlenen suçları daha bir ihtimamla düzenlemesine sebep olmuştur⁸⁵. Doktrinde taksirin tanımıyla ilgili tartışmalara son vermek isteyen kanun koyucu, TCK'da, taksirin tanımı ve uygulanışını göstermek için 22. maddeyi tahsis etmiş ve taksiri, "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir." şeklinde tarif etmiştir.

TCK'nun 53/1 maddesindeki kanuni hak yoksunlukları, kasten işlenen suçlara mahkûmiyet halinde geçerli olan hak yoksunluklarıdır. Failin işlediği suç taksirli suç ve verilen ceza da hapis cezası olsa bile, 1. fıkradaki hak

⁸⁴ Erdal YERDELEN: a.g.m.

⁸⁵ Friedrich-Christian SCHROEDER: "Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler", Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Çev. İzzet ÖZGENÇ (Konya, 1998), 255

yoksunlukları söz konusu olamaz. Ancak kanun taksirli suçlarda da, belli hak yoksunluklarına hâkim tarafından karar verilebileceğini bu maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.

Taksirli suçlarda hak yoksunlukların ayrık özellikleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

a) Bu fıkranın uygulanması için öncelikle suç; bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalı veya trafik düzenin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen bir suç olmalıdır,

Buradaki taksirin, adi veya bilinçli olması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de bu fıkra uygulanabilir. Ancak bu ayırım, hak yoksunluğunun süresinin belirlenmesinde ölçüt olabilir.

b) Taksirli suçtan dolayı bir mahkûmiyet verilmesi gerekir. Bu mahkûmiyet hapis cezasına mahkûmiyet olabileceği gibi, para cezasına mahkûmiyet de olabilir.

c) Bu durumda, 3 aydan az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere hak yoksunluğuna hükmedilebilecektir. Bu süre taksirin yoğunluğu ve zararın ağırlığına göre belirlenir.

d) Verilecek hak yoksunluğu ise; failin, belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, bu meslek veya sanatın icrasından yasaklanması veya trafik düzenin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ise, sürücü belgesinin geri alınması olabilir.

e) Bu hak yoksunluğuna karar verme zorunlu değil, takdiridir. Hâkim hak yoksunluğuna hükmedeceği gibi, hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına da karar verebilir. Bu husus takdire bağlıdır. Ancak bu konudaki hâkim kararı, hükme mutlaka yazılmalıdır. Hâkim, buradaki hak yoksunluğunun süresini de belirlemelidir.

Beş ve altıncı fıkralardaki bu hükümler, hak mahrumiyetinin cezanın infazı ile son bulacağı kuralının istisnasıdır⁸⁶. Yasaklama ve geri alma, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer. Ve süre cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Hapis cezası nedeniyle koşullu salıverme anına kadar bir sıkıntı yoktur. Çünkü mahkûm cezaevindedir. Ancak koşullu salıvermeden sonra ve para cezasında, yine bu hak yoksunluğu vardır ve infaza kadar süre başlamadan geçer. Ancak bu süre infazdan itibaren işlemeye başlayacaktır⁸⁷.

Diğer taraftan, mesleğinin gerektirdiği özen yükümlülüğüne⁸⁸ uymadan ameliyat yapan doktor, hastanın ölümüne sebep olmuşsa, bu doktor için TCK 53/6 maddesindeki meslek ve sanatın yasaklanmasına karar verilebilir⁸⁹. Bu durumda sanık hakkındaki bu yasaklama kararı hapis cezasının infazından sonra başlar. Yine kullandığı araç ile kaza yapan ve ölüme veya yaralamaya neden olan kişinin sürücü belgesi bu madde uyarınca belirtilen sürelerle geri alınabilir.

⁸⁶ Erdal YERDELEN: a.g.m.

⁸⁷ Çetin AKKAYA: a.g.e., 151, 152; “Yeni Türk Ceza Kanununun Hekimlik Mesleğini İlgilendiren Kanun Maddeleri,” http://www.tip.hacettepe.edu.tr/fakulte/yeni_haberler/tck_haber.htm; Veli Özer ÖZBEK: a.g.e., 537; Örneğin sürücü belgesinin bir yıl geri alınmasını da kapsayan ve bir yıl hapis cezasını içeren hüküm 25.12.2004 tarihinde kesinleşmişse, geri almaya ilişkin hüküm sonuçlarını bu tarihten itibaren doğurmaya başlar, ancak cezanın tamamen infazından itibaren işlemeye başlar. Verilen örnekte 25.12.2004 tarihinde kesinleşen hüküm 15.06.2005 tarihinde infazına başlanmışsa ve hüküm infaz yasasına göre 15.06.2006 tarihinde tamamen infaz edilmiş sayılmışsa bir yıllık geri alma süresi 16.06.2006 tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu hükümle kanımızca, hükümlünün infazdan kaçması, dolayısıyla herhangi bir avantaj sağlamasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. (Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZGAOĞLU: a.g.e., 216)

⁸⁸ “1962 Alman Ceza Kanun Tasarısı, şöyle bir tanım ihtiva etmektedir: ‘Her kim içinde bulunduğu şartlar ve şahsi hususiyetleri itibarıyla yükümlü ve muktedir olduğu özeni göstermek ve bu nedenle kanuni tarife uygun bir fiili gerçekleştirdiğini müşahade etmemiş ise, (şuursuz) taksirle hareket etmiş olur’.”; Friedrich-Christian SCHROEDER: a.g.m., 263

⁸⁹ Çetin AKKAYA: a.g.e., 152

6. YENİ ADLİ SİCİL KANUNUNUN GETİRDİĞİ SİSTEMİN İRDELENMESİ

Mahkûmiyetin süresine bakılmaksızın belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımının öngörülmüş olması doktrinde eleştirilmektedir¹. Ancak her ne kadar yeni TCK'nda kasten işlenen suçlar arasında bir ayırım yapmaksızın ve süre sınırlaması getirmeksizin hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın infazı tamamlanıncaya kadar kişi belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmakta ise de; yeni Adli Sicil Kanununun Geçici 2. maddesine yapılan bir ilaveyle; diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin, bu mahkûmiyetleri “*affa uğramış olsalar bile*”, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur².

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesi milletvekili seçilemeyecek olanları gösterirken (f) bendinde “affa uğramış olsalar bile” bazı suçlardan dolayı mahkûm olanların da milletvekili seçilemeyeceklerini öngörmüştür. Belirtelim ki, Anayasanın 76/2. maddesinde de öngörülen bir tür yasaklayıcı hükümler diğer bazı kanunlarda da bulunmaktadır. Örneğin, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 36. maddesi de 2839 sayılı kanuna gönderme yapmak suretiyle aynı yasağı koymuştur. Keza, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 10.01.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunla değişik 48. maddesinin 5. bendinde de “affa uğramış olsalar bile” ifadeli yasaklayıcı hüküm yer almaktadır³.

¹ Hakan HAKERİ: a.g.e., 145 dn.; “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını, (Ankara, 2004), 303

² İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 680

³ Kayıhan İÇEL, a.g.m. , 213

6.1. 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Durum

Ceza hukukuna ait temel bir ilke olan geriye yürüme yasağına göre; fiili işlediği zaman yürürlükte olan kanunlara göre suç teşkil ediyorsa fail cezalandırılabilir. Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak tanımlanmışsa, bu kanun geçmişe yürütülerek fail cezalandırılamaz. Yeni suçlar ihdas eden bir kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki fiiller için uygulanabilir.

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin bu ilkeler, sonradan yürürlüğe giren kanunla bir suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, cezasında ve hatta bu suçtan dolayı mahkûmiyetin kanuni neticelerinde bir değişiklik yapılması durumunda, dikkate alınacaktır. Buna karşılık, zaman bakımından uygulamaya ilişkin bu ilkelerin güvenlik tedbirleri açısından dikkate alınıp alınmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri açısından derhal uygulama kuralı geçerlidir. Yani, fail hakkında işlediği suçtan dolayı bir güvenlik tedbirine hükmedilmesinin söz konusu olduğu bir durumda, fiil ne zaman işlenmiş olursa olsun, hüküm zamanında yürürlükte olan kanun dikkate alınacak ve bu kanuna göre uygulama yapılacaktır.

Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise; zaman bakımından uygulamaya ilişkin söz konusu ilkeler, hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirleri açısından dikkate alınmalıdır. Bundan çıkan sonuç: “kişi hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte olmayan güvenlik tedbirleri” (!) açısından derhal uygulama kuralı geçerli olabilecektir.

Alman Ceza Kanununda da, güvenlik tedbirleri açısından kural olarak hüküm anında yürürlükte olan kanunun dikkate alınacağı; buna karşılık,

kanunda açıkça belirtilen hallerde ise, zaman bakımından uygulamaya ilişkin söz konusu ilkelerin uygulanabileceği kabul edilmiştir⁴.

TCK'nda, bir insanı ömür boyu gölge gibi takip edecek olan süresiz bir hak yoksunluğu kabul edilmemiştir⁵. Bu nedenle, yasaklanmış hakların geri verilmesi (memnu hakların iadesi) kurumu kaldırılmıştır. Ancak TCK'nda, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, hak yoksunluklarının uygulanma zamanında değişiklik yapılmıştır. Nitekim 765 sayılı TCK'da bu hak yoksunları mahkûm olunan hapis cezası boyunca etkisini göstermekle birlikte, infaz tamamlandıktan sonra, süresiz veya hükümde gösterilen süre kadar daha devam etmesi kabul edilmekteydi. TCK'nda ise, bu hak yoksunlarının, sadece, mahkûm olduğu hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar sürmesi, infaz bitince hak yoksunluklarının da kural olarak otomatik olarak sona ermesi kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu kabul şekli, cezalandırılmakla güdülen asıl amacın, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması gayesine de temel teşkil edecektir Çünkü cezadan beklenen amaç, kişinin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olarak belirlenince, suça bağlı hak yoksunluklarının da mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi doğru bir yaklaşım olmaktadır. Eğer bu hak yoksunlukları hapis cezasının infazından sonra da devam ettirmek istenirse; kişinin topluma kazandırılmasından ziyade uzaklaştırılmasının

⁴ İzzet ÖZGENÇ ve Cumhur ŞAHİN: "Uygulamalı", a.g.e., 45-47

⁵ Edebiyatımızda, bu konu, Reşat Nuri GÜNTEKİN'in Damga isimli romanında işlenmiştir. Romanda, âşık olduğu zengin kızın yaptığı hırsızlığı ona olan sevgisinden dolayı üstlenen ve mahkûm edilen fakir delikanlının, cezasını çekip tahliye olduktan sonra çektiği sıkıntılar üzerinde durulmuştur. Uğruna hapse girdiği kız, o hapisteyken başkasıyla evlenmiştir. İş arar, fakat işlediği suç nedeniyle damgalıdır, kimse iş vermez. Arkadaşları, bir hırsızla beraber görülmek istemez ve ondan kaçarlar. İşlemediği ancak üstlendiği suç nedeniyle hayatının sonraki bölümü karanlıklar, acılar içinde geçer. Reşat Nuri'nin gözler önüne serdiği "damga", toplumun vurduğu damgadır. Konumuzu oluşturan damga ise, bunun üstüne bir de ceza sisteminin vurduğudur.

sağlanması söz konusu olur ki, bu şekilde de cezadan beklenen amaca uygun davranmamış oluruz⁶.

Bu husus TCK'nun kanunlaşma aşamasında örtülü af getirdiği şeklinde yorumlanmış ve TCK'nun kanunlaşması ile birlikte yürürlükteki sistemde bulunan “ömür boyu kamu ve siyasi haklardan yasaklılık” uygulamasına son verileceği, eski TCK'da “memnu hakların iadesi” şartı aranırken, TCK'nun 53. maddesinin, bu yasağı, “hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar” süreceğini hükme bağlaması nedeniyle bu düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile birlikte eski TCK'dan ceza alan birçok kişinin memnu haklarının otomatik olarak iade edileceği bildirilmişti⁷.

Doktrinde bu husus; yeni sistemde bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı, dolayısı ile yasaklanmış hakların geri verilmesi yönünde bir düzenlemeye gerek görülmediği yönünde yorumlanmıştır. Bu nedenle, TCK'nun 53. maddesinde sayılan hak yoksunluklarından başka bir hak mahrumiyetinin; özel kanunlarda belirtilmiş, şartları sayılmış, affa uğramış olsa bile gibi ifadelerle güçlendirilmiş olsa dahi söz konusu olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Çünkü özel kanunlardaki hak mahrumiyetlerinin 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesi karşısında uygulama yeri kalmamıştır⁸.

Doktrinin bu ideal düşüncesine rağmen, aşağıda görüleceği gibi, kanunların zaman bakımından öncelik sonralık ilişkisi göz önüne alınarak, TCK'dan sonra özel kanunlara yeni maddeler konulmak suretiyle dolanılmaktadır. Kendisinden sonra kabul edilen kanunlar açısından TCK 5. madde uyarınca TCK'nun genel hükümleri tatbik edilememektedir.

⁶ Kayıhan İÇEL, Füsun SOKULLU-AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER: Yaptırım Teorisi (İstanbul, 2000), 121; Murat AKSAN: a.g.m., 180; Hakan HAKERİ: a.g.e., 146; Çetin ARSLAN ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU: a.g.e., 215

⁷ <http://www.yenisafak.com.tr/arsiv/2004/eylul/26/p02.html>

⁸ Erdal YERDELEN: a.g.m.

Doktrinde 53. maddeye bağlanan bir başka sonuç ise; bu sistem sadece ceza kanununda fer'i ceza olarak düşünölen hak yoksunlukları açısından uygulanabilir bir sistem olmadığıdır. Bu bir güvenlik tedbiri olduğu için, belli bir cezaya mahkûmiyete bağlanmış diğerk kanunlardaki sonuçlar da bu düzenleme ile değışmiş bulunmaktadır. Dolayısı ile Devlet Memurları Kanununda, Dernekler Kanununda, Siyasi Partiler Kanununda vs. kanunlarda “affa uğramış olsa bile” gibi hallerde hakkın kullanılamayacağına dair düzenlemelerin uygulama kabiliyeti ortadan kalkmış bulunmaktadır⁹. Bu yüzden, Türk Ceza Kanunun 53. maddesi ile getirilen düzenlemeye uygun olarak özel kanunlarda düzenlenen hak yoksunluklarının ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Konu TCK'da bu şekilde düzenlenip bitmiş görünmesine rağmen, sistemin gerektirdiğı diğerk kanunlara –özellikle Adli Sicil Kanununa- yansması oldukça sorunlu olmuştur.

Yeni yaptırım sisteminde, *yasaklanmış hakların geri verilmesinin* TCK'da ayrıca düzenlenmesine gerek görölmediğı hususu, 25.05.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununa ilişkin Kanun Teklifinin Genel Gerekçesinde açık şekilde vurgulanmıştır: Yeni TCK'nda, “765 sayılı TCK'dan farklı olarak, belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı olarak kişiyi ömür boyu belli haklardan yoksun bırakacak yaptırım sistemi terkedilmiştir.”

Yaptırım sisteminin gerekleri yeni Adli Sicil Kanununun 10. maddesinin gerekçesinde de açıklanmaya çalışılmıştır: “Yeni Türk Ceza Kanununun sisteminde, cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediğı suçtan dolayı

⁹ “Örneğın, artık 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda memur olmaya engel haller arasında, belirli bir suç işlememiş olma koşulu bulunmamalıdır. Mahkeme kararında, hükümlü hangi haklarından yoksun bırakıldığını ve süresini belirleyecektir. Sürenin geçmesinden sonra, hak yoksunluğu, mahkemece verilecek bir karara gerek kalmadan, cezanın çekildiğinin saptanması ile kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu düzenleme ile idari makamların, yasada yer almadığı halde, haklardan yoksun bırakmaya neden olan keyfi işlemleri de önlenmiş olacaktır. Getirilen yenilik ile kanunsuz ceza olmaz kuralının doğal bir sonucu olarak, cezasını çekmiş bulunan kişinin, haksız engellemelerle karşılaşmaması, yeniden toplum içinde yer almasını sağlayacaktır.” Aydın ERDOĞAN: “Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine Tartışmalar”, http://www.kas.de/proj/home/home/44/12/webseite_id-2258/index.html

kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle, bir mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür.

Ancak, ceza ve güvenlik tedbirlerini infazı tamamlandıktan sonra da, bu mahkûmiyete ilişkin bilgilerin adli sicil arşiv kaydında yer alması gerekmektedir. Kişinin geçmişine bakılarak cezanın bireyselleştirilmesinin sağlanması ve özellikle tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından bu kayıtların muhafaza edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Her ne kadar bu sistemde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazından sonra belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı hak yoksunluğu kanunla öngörülmüş değilse de; kişinin örneğin belli bir kamu görevine atanması sırasında, adli sicil arşiv kayıtlarının görülmesinde büyük bir yarar bulunmaktadır. Bu bilgiler, atama makamının takdir yetkisinin objektif ölçüler çerçevesinde kullanılmasında önemli bir işlev görecektir.

Ancak, Anayasanın 76. maddesinde milletvekili seçimi ile ilgili olarak bir sınırlama getirilmiş olduğu için, bu madde uygulamasında Anayasanın söz konusu hükmü saklı tutulmuştur.”¹⁰

Madde gerekçesinde belirtilen bu düşüncelerle; yukarıda diğer yazarların da dikkati çektiği “çeşitli kanunlarda yer alan, kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin, bu mahkûmiyetleri ‘affa uğramış olsalar bile’, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına” ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması yönünde yeni Adli Sicil Kanununa ilişkin Kanun Teklifinde bir hükme yer verilmişti. Çünkü yaptırım sisteminin sacayağını oluşturan en esaslı kanunlardan biri de Adli Sicil Kanunu idi.

¹⁰ TBMM Dönem 22, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 899’dan naklen İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 678 vd.

Ancak, bu hüküm, Teklifin TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereleri sırasında, *“belli bir suçu işlemekten dolayı verilmiş mahkûmiyet kararına bağlı hak yoksunlukları Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde açık bir şekilde düzenlendiğinden, ayrıca bir düzenleme yapılması gereksiz görülerek”* madde metninden çıkarılmıştır. Müzakereler sırasında yeni Adli Sicil Kanununun Geçici 2. maddesine yapılan bir ilaveyle; diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin, bu mahkûmiyetleri “affa uğramış olsalar bile”, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına ilişkin hükümlerinin saklı tutulması sağlanmıştır¹¹.

Bu düşüncenin yansıması olarak, 2.7.2005 tarihli ve 5387 sayılı Bankacılık Kanununda, “affa uğramış olsalar bile”, kasten işlediği suç dolayısıyla belli bir süreyle hapis cezasına ya da belirli suçlardan dolayı mahkûm olmanın, banka kurucusu olmaya engel teşkil ettiği hususunda özel hükme yer verilmiştir¹².

Mülga 765 sayılı TCK döneminde düzenlenen ‘Memnu Hakların İadesi’ başlıklı 121. maddesi, kişinin asıl cezasını çektiği veya af ile ortadan kalktığı tarihten itibaren 5 yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesini talep edebileceğini ve bu talep üzerine yapılan inceleme sonucunda, memnu hakların iadesine karar verilebileceğini hüküm altına almış idi. Danıştay 1. Dairesinin 22.4.1992 tarih ve E: 1992/126, K: 1992/150 sayılı Kararında; ‘657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin A/5 inci fıkrasında

¹¹ İzzet ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, a.g.e., 682 vd., “Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nce toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlardan, süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinecek. Ancak, Anayasa’nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesi hükümleri ile özel kanunlar saklı tutulacak.” (“Adli Sicil Kanunu yürürlüğe girdi” http://www.sabah.com.tr/ozel/tck175/dosya_183.html.)

¹² Değişiklik yapılmadan önce 53. madde ile getirilen durum doktrinde Donay tarafından “(53.) maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek icra eden kişinin bu mesleği icra etmekten yoksun bırakılacağı öngörülmüştür. Böylece örneğin Bankalar Yasasının, banka yöneticilerine ilişkin atama hükümlerinin zımnen değiştirildiğini kabul etmek gerekir.” denilmek suretiyle eleştirilmiştir. Süheyl DONAY ve Mahmut KAŞIKÇI: a.g.e., 74

öngörülen koşulları, mahkûmiyetten dolayı yitirmeleri nedeniyle memuriyetle ilişkileri kesilenlerin, memnu hakların iadesi kararı almaları halinde yeniden Devlet Memurluğuna atanabilecekleri, ancak kadro ve ihtiyaç durumları bakımından idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunduğu...' belirtilmiş, yine aynı Kararda 'Memurluğa engel bir mahkûmiyetin saptanması halinde memnu hakların iadesi kararı alınmadıkça veya memurluğa engel sayılanlar dışındaki suçlardan dolayı hükmedilen mahkûmiyetler aflatadan kalkmadıkça yeniden memuriyete atanmanın söz konusu olamayacağı...' ifade edilmiştir.

Ceza ve yaptırım sisteminin değişmesinden sonra, 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesi ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun adli sicil bilgilerinin silinmesi başlıklı 9. maddesi hükümleri dikkate alınarak, Devlet memuriyetinde iken veya memuriyete girmeden önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde¹³ sayılan suçları işlemek suretiyle mahkûm olup da cezasını çekenlerin, Devlet memuriyetine atanmalarını talep etmeleri durumunda memuriyete atanmalarının mümkün olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemine ilişkin Başbakanlığın talep yazısı üzerine, konu Danıştay'da görüşülmüş ve karara bağlanmıştır.

Danıştay'ın 13.03.2006 tarihli 2005/1290 - 2006/298 E.K. sayılı kararında, "5237 sayılı TCK'da memnu hakların iadesine imkân veren hukuki yola yer verilmemekle birlikte, 765 sayılı TCK süresiz olarak mahkûmiyete bağlı hak yoksunluğunu düzenlediği halde memnu hakların iadesi gibi bir düzenlemeye yer vererek kişilerin süresiz şekilde hak yoksunluğuna mahkûm olmalarını sağladığı, 5237 sayılı TCK'nun ise, mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarını belli sürelerle sınırlayarak, bu yoksunluğun kişinin hayatının

¹³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Madde 48 - Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır. // A) Genel şartlar: ... // 5. (Değişik alt bent: 10/01/1991 - 3697/1 md.) Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak.....

sonuna kadar devam etmesine engel olduğu, hak yoksunluğu sona erince de kişinin toplumun diğer bireyleri gibi kanunlar çerçevesinde haklarını kullanabilmesine imkân tanıdığı görülmektedir.

Bu durumda, Devlet memuru iken 657 sayılı Kanunun 48. maddesinde sayılan suçların herhangi birinden mahkûm olan ve bu mahkûmiyete bağlı olarak belli hakları kullanmaktan yasaklanan, söz konusu mahkûmiyeti nedeniyle memuriyeti sona eren kişiler ile Devlet memurluğuna atanmadan önce söz konusu suçların herhangi birinden mahkûm olan ve bu mahkûmiyete bağlı olarak belli hakları kullanmaktan yasaklanan, bu mahkûmiyeti nedeniyle Devlet memurluğuna atanma şartlarını taşımayan kişilerin, hak yoksunlukları sona ererek yasaklanan haklarını yeniden kazanmaları durumunda, Devlet memurluğuna atanmalarının mümkün olduğu ancak, ilgililerin arşiv kaydına alınan adli sicil bilgileri de göz önüne alınmak suretiyle idarelerin bu atamalar konusunda takdir yetkileri bulunduğu” görüşüne varılmıştır.

İdarenin takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi hususu daha çok idare hukukunu ilgilendirmesine rağmen, cezanın infazıyla hak yoksunlukları sona ermiş ve ibra olmuş olması gereken kişinin mesleki geleceğinin, hala arşiv kaydında bulunan bilgiler nedeniyle idare ajanlarının iki dudakları arasına bırakılması çağdaş yaptırım sistemine terstir. Danıştay, Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa Mahkemesi gibi hukuk kurumları veregeldikleri kararlarında bu takdir yetkisini dar yorumlamak suretiyle kişi özgürlüklerinin sınırlandırılmasının önüne geçmişlerdir.

6.2. 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum

2006 ve 2007 yıllarında TBMM’de diğer kanunların TCK’na uyumu konusunda değişiklik çalışmaları yapılmakta idi. 06.12.2006 tarihinde kabul edilen 5560 sayılı Kanunla, 5252 sayılı TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli

Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesinde yer alan 31 Aralık 2006 tarihi 31 Aralık 2008 olarak değiştirilmiş ve madde; “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır.” şeklini almıştır. Böylece özel kanunların TCK’na uyum sağlaması için düşünülen süre tekrar uzatılarak, ikili uygulamaya ve kargaşaya bir müddet daha mehil verilmiştir.

5560 sayılı Kanunun 38. maddesi ile 5352 sayılı Kanuna 13/A maddesi eklenerek yaptırım sistemi parçalanmış ve kaldırılamayan yasaklanmış hakların kişilere iadesi imkânı sağlanmak suretiyle sorun çözülmeye çalışılmıştır. Kanun gerekçesinde, TCK’nda belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz hak yoksunluğundan söz edilemeyeceği tekrarlandıktan sonra, TCK dışındaki çeşitli kanunlarda süresiz hak yoksunluğu doğuran hükümler bulunmasına rağmen, yasaklanmış hakların geri verilmesi yolunun kapalı tutulmasının, uygulamada ciddi sorunlara yol açacağı vurgulanmıştır. Bu sorunların çözümüne yönelik olarak, TCK dışındaki çeşitli kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin süresiz olarak kullanmaktan yasaklandıkları hakları tekrar kullanabilmelerine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir¹⁴.

¹⁴ “Madde 13/A - (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, // a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, // b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, // gerekir. // (2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz. // (3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir. // (4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir. // (5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı,

Oysa çağdaş hukuk anlayışına göre tatbik edilmek istenen yaptırım sistemi oldukça sade idi: Süresiz hak yoksunluğu olmaması ve bunların iade edilmek zorunda kalınmaması. TCK'nun 5. maddesi ile diğer kanunlara da sirayet etmesi gereken ve beklenen bu anlayış, bazı mülahazalar ön plana çıkarılmak ve dillendirilemeyen bazı çekinceler hissettirmek suretiyle, hayata geçememiş ve yeni yaptırım sistemimiz daha başlangıçta sakat bırakılmıştır. TCK çok açık olduğu için ona dokunulamamış, diğer kanunlardaki yoksunlukların muhafazası kazanım olarak görülmüştür. Böylece bir yandan yeni yaptırım sistemi, diğer taraftan asli ceza-fer'i ceza anlayışının hakim olduğu 19. yüzyıl yaptırım sistemi aynı anda mevzuatımızda uygulanmak zorunda kalacaktır.

Adli Sicil Kanunundaki bu değişiklik kendisini 22 Temmuz 2007 seçimlerinde göstermiş, birçok milletvekili adayı önceki seçim devrelerinde olduğu gibi, kendilerini gölgeleriymişçesine takip eden yasaklanmış hakları nedeniyle seçilme haklarını kullanmaktan mahrum edilmişlerdir. Öte yandan, Anayasanın 76. maddesi ve buna dayanılarak çıkarılan başta 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu olmak üzere diğer özel kanunlardaki "affa uğramış olsalar bile" ibaresinin hukuk aleminden tamamen çıkarılmasına kadar sürecek olan sıkıntı, 5560 sayılı kanunla yapılan bu değişiklik sonucu bir nebze aşılmıştır.

hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir. // (6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilir. // (7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır."

SONUÇ

Genel hatları ifade etmeye çalıştığımız yaptırım sistemi ile TCK, 765 sayılı TCK'nun 19. yüzyıl anlayışını terk etmiş, çağdaş ceza hukuku anlayışına uygun hükümler getirmiştir. Ayrıca, anlaşılması ve uygulaması kolay bir sistem oluşturmuştur. Nitekim suç işlenmesiyle bozulan toplumsal düzende adalet ve güvenliğin tekrar sağlanabilmesi, çağdaş anlayışın kanuna yansması ve basit, anlaşılır ve kolay uygulanabilir bir yapının oluşturulması ile mümkün olacaktır.

Kural olarak kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmekle, kişinin belli hakları kullanması mahkûmiyeti boyunca yasaklanmaktadır. İnfazı tamamlanan kişinin ibra olduğu, aklıldığı mülâhazasıyla, o kişi hakkında uygulanan belli hakları kullanmaktan yoksunluk hükümleri de kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Maddenin önemli istisnası, bu maddede sayılan görevler nedeniyle, bu görevlerden faydalanılarak suç işlenmesi halinde hak yoksunluklarının hâkimin belirleyeceği bir süre kadar daha uzamasıdır. Failin suçtan önce caydırılması, suç işledikten sonra ise uslandırılması açısından oldukça yerinde olduğunu düşündüğümüz bu tedbiri, maddenin can alıcı noktası olarak görmekteyiz.

Hak yoksunlukları süresiz olmadıkları için, yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesine de Kanunda haklı olarak yer verilmemiştir. Ancak, çeşitli mülâhazalarla, yaptırım sisteminin ahengini bozmak pahasına da olsa, bazı suçlar nedeniyle affa uğramış olsalar dahi hak yoksunluklarının geri verilmemesi esasının uygulanmasına devam edilmesi yönünde kanunlar çıkarılmaya başlanmıştır. Özellikle Adli Sicil Kanununda bu yönde bir hükme yer verilmesi, yaptırım sisteminin kendi içindeki uyumunu oldukça zorlayacaktır.

KAYNAKÇA

-----, “Adli Sicil Kanunu yürürlüğe girdi”, http://www.sabah.com.tr/ozel/tck175/dosya_183.html

-----, “Seminer Çözümü”, Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

-----, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004

-----, “Yeni Türk Ceza Kanununun Hekimlik Mesleğini İlgilendiren Kanun Maddeleri”, http://www.tip.hacettepe.edu.tr/fakulte/yeni_haberler/tck_haber.htm

-----, TCK Adalet Komisyonu Raporu

AKKAYA, Çetin. Açıklamalı-İçtihatlı Cezaların Belirlenmesi & Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Ve İnfaz Hukuku, Ankara, 2006

AKSAN, Murat. “Yeni TCK’da Yaptırım Sistemi”, HPD, (Sonbahar 2004) 2, 178-181

ALATLI, Alev. Schrödinger’in Kedisi, Kitap 1, Kabus, 1. Basım, İstanbul, 1999

ARSLAN, Çetin ve Bahattin AZİZAĞAOĞLU. Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004

ARTUK, Mehmet Emin. “Emniyet Tedbirleri”, Argumentum, 23, Haziran 1992

AYDIN, Öykü Didem. Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1993

Beccaria. Suçlar Ve Cezalar, Çev. Muhittin BÖRKLÜ, 3. Baskı, İstanbul, 1964

CİN, Halil ve Ahmet AKGÜNDÜZ. Türk-İslam Hukuk Tarihi, Cilt I, İstanbul, 1990

ÇOLAK, Haluk ve Uğurtan ALTUN. “Güvenlik Tedbirleri Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri”, Adalet Dergisi, Yıl:96, Sayı: 22, (Mayıs 2005), Ankara, 1-39

DEMİRBAŞ, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002

DONAY, Süheyl ve Mahmut KAŞIKÇI. Açıklamalı Karşılaştırmalı Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve Yürürlük Kanunu, İstanbul, 2004

DÖNMEZER, Sulhi ve Sahir ERMAN. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, 9. Bası, İstanbul, 1986

ERDEM, Cavit. Türk Ve İslam Ceza Hukuklarında Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997

ERDOĞAN, Aydın. “Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine Tartışmalar”, http://www.kas.de/proj/home/home/44/12/webseite_id-2258/index.html

EREM, Faruk. “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, C.I, 1944, 3, 351-378

EROL, Haydar. Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni TCK, Ankara, 2005

FRISCH, Wolfgang. “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev. Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, (Konya, 1998)

GALLAS, Wilhelm. “Cezalandırılabilirliğin Temelleri Ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, Çev. İzzet ÖZGENÇ, SÜHFD, C 4, S 1-2, (Konya, 1994)

GEDİK, Doğan. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, Yıl:97, S. 23, (Eylül 2005)

GÖKCEN, Ahmet. “Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı Ve İnfazı Sistemleri”, SÜHFD, Milenyum Armağanı, C 8, S 1-2, (Konya, 2000)

GÖKCEN, Ahmet. “Yardım Toplama Kanunu’nun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay’ın Konu İle İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi Ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi”, Hukuk Araştırmaları, C 9, S 1-3, (İstanbul 1995)

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1980

GÜNAY, Erhan. Türk İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2002

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S 1, (Kış 2007)

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “Emniyet Tedbirleri”, AÜSBFD, C. XLVI, 3-4, 1991

HAFIZOĞULLARI, Zeki. Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987

HAKERİ, Hakan. Sorularla Ceza Hukuku, Ankara, 2005

http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan05/tck_gorus.php

<http://www.yenisafak.com.tr/arsiv/2004/eylul/26/p02.html>

<http://www.yargitay.gov.tr/guncel/1589.doc>

İÇEL, Kayıhan. “Anayasa Hükümleri Ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme Ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001)

İÇEL, Kayıhan, Füsün SOKULLU-AKINCI, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU ve Yener ÜNVER. Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000

İNAN, Ali Naim. “Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma Ve Emniyet Tedbiri Kavramları”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir BERKİ Armağanı, C 5, S 1-2, Konya, 1996

JESCHECK, Hans-Hieinrich. Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun YENİSEY. İstanbul, 1989

JESCHECK, Hans-Hieinrich. “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Çev. Adem SÖZÜER. Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, (Konya, 1998)

KUZU, Burhan. “Af Müessesesi Ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001)

MERİÇ, Cemil. Bu Ülke, 8. Baskı, İstanbul, 1993

NUHOĞLU, Ayşe. Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997

NUHOĞLU, Ayşe. “Görevin Yavaşlatılması, Terk'i Suçu”, İÜHFM, C. LVII, S. 1-2, (İstanbul, 2000)

ÖZBEK, Veli Özer. TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C.I, Genel Hükümler, Ankara, 2005

ÖNDER, Ayhan. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. III, İstanbul, 1991

ÖZGENÇ, İzzet ve Cumhur ŞAHİN. “İşkence Suçu”, GÜHFD, C. IV

ÖZGENÇ, İzzet ve Cumhur ŞAHİN. “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, (Haziran-Aralık 2003)

ÖZGENÇ, İzzet ve Cumhur ŞAHİN. Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 2001

ÖZGENÇ, İzzet. “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, Anayasa Yargısı, 18, Ankara, 2001

ÖZGENÇ, İzzet. “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık Ve Müeyyide İlişkisi)”, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir BERKİ Armağanı, C 5, S 1-2, (Konya 1996)

ÖZGENÇ, İzzet. “İnsan Haklarının Felsefi Temeli”, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul, 1995

ÖZGENÇ, İzzet. “Kast-Taksir Kombinasyonları”, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN Armağanı, C 6, S 1-2, (Konya 1998)

ÖZGENÇ, İzzet. “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, SÜHFD, C 4, S 1-2, (Konya, 1994)

ÖZGENÇ, İzzet. “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, İstanbul, 2003

ÖZGENÇ, İzzet. “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama Ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFM, Prof. Dr. Türkan RADO Armağanı, C LV, S 3, (İstanbul 1997)

ÖZGENÇ, İzzet. “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü Ve Bunun Hukuki Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları, C 9, S 1-3, (İstanbul 1995)

ÖZGENÇ, İzzet. Terörle Mücadele Kanunu Ankara, 2006

ÖZGENÇ, İzzet. “Türk Ceza Kanunu Sempozyumu”; Türk Hukuk, 91 Eylül 2004

ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara, 2006

ÖZGENÇ, İzzet. Uygulamalı Ceza Hukuku İstanbul, 1998

ÖZGENÇ, İzzet. “Yaptırım Teorisi Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp3.ppt>

ÖZMEN, Remzi. Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004

ÖZTÜRK Bahri, Veli Özer ÖZBEK ve Mustafa Ruhan ERDEM. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2003

ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Özge SİRMA, Yasemin SAYGILAR ve Özen İNCİ. “Yeni Türk Ceza Kanununun Getirdikleri”, Milliyet Gazetesi Eki, İstanbul, 2005,

SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Çev. İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, 1998

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 1998

SOYASLAN, Doğan. Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 1999

SÖZÜER, Adem. “Türk Hukukunda Af, 4454 Ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme Ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümleri Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, 18, (Ankara, 2001)

SÖZÜER, Adem. “Reform Of The Turkish Criminal Law”, HPD, (Mayıs 2006),6

ŞAHİN, Cumhur. “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN Armağanı, C 6, S 1-2, (Konya 1998)

TOROSLU, Nevzat. Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005

UÇKAN, Özcan. Türk Hukukunda Meslek Ve Sanatın Tatili Müeyyidesi Ve Uygulama Sorunları, Eskişehir, 1983

ULUSOY, Erol. “Modern Türk Hukukunun Oluşumu Ve Gelişimi”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/Ulusoy.html>

YAŞAR, Osman. Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara, 2000

YERDELEN, Erdal “5237 Sayılı TCK’nda Güvenlik Tedbirleri”. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/189.doc>.

ZAFER, Hamide. “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, İÜHFM, C.LXII, S. 1-2, İstanbul, 2004

ZAFER, Hamide. “Vesayet Makamı Ve Emniyet Tedbiri Yargılaması Yapan Makam Olarak Çocuk Mahkemeleri”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ayferi GÖZE Armağanı, İstanbul, 2004