

**ANAYASA MAHKEMESİNİN HAGB’NİN İPTALİ KARARINA İLİŞKİN
DEĞERLENDİRMELER
HAGB DÖNEMİ KAPANDI MI?**

Murat Volkan Dülger* & Şaban Cankat Taşkın*

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması (“**HAGB**”) olarak nitelendirilen kararın verilmesini sağlayan uygulama, ceza muhakemesi sistemimize Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (“**CMK**”) 2006 tarihinde sonradan yapılan bir değişiklikle girmiş ve o tarihten bugüne kadar çoğunlukla eksik ve hatalı değerlendirmelere konu olarak uygulanmıştır. Ne var ki, yaklaşık on yedi (17) senedir kesintisiz bir şekilde uygulanan HAGB hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin (“**AYM**”) 01.08.2023 tarihli ve 32266 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan, 01.06.2023 tarihli ve E. 2022/120, K. 2023/107 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve iptal kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Aşağıda kısaca bu iptal kararının nedenlerinden bahsetmek ve kısa bir okuma ile AYM’nin hem gerekçesi hem de sonuçları bakımından bu son derece önemli kararının öne çıkan başlıklarına değinmek istiyoruz.

Genel Olarak HAGB ve HAGB Uygulamasına Getirilen Eleştiriler

HAGB uygulaması, değişikliğin yapıldığı 2006 yılından beri çok çeşitli eleştirilere maruz kalmış olup; uygulamadaki temel sorun, HAGB kararı verilebilmesi için şekli şartların gerçekleşmesi halinde, bu kararın gerçekten uygulanıp uygulanmaması gerektiğine ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmaksızın yani asıl amacı olan bireyselleştirme olmaksızın, adeta otomatik bir şekilde uygulanmaya başlanmış olmasıdır.

HAGB’nin ortaya çıkışının temel iki sebebi haksızlık içeriği görece daha az olan suçların faillerini, kısa süreli hapis cezalarının olumsuz etkilerinden korumak ve infaz nedeniyle kamunun üzerinde gereksiz maliyetin oluşmasını engellemektir. Bu ihtiyaçların son derece yerinde ve doğru olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte ülkemizin ceza muhakemesi pratiğinde yorum yapmaksızın, somut durumun detaylarına vakıf olmaksızın, hiç kafa yormadan ve adaletin yerine getirilmesi amacı güdülmeden, otomatik şekilde formül uygulama alışkanlığı kök saldığı için, bu iyi amaçlı kurum, kötüye doğru bir yol izlemiş ve bazı temel sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bunlardan ilki HAGB’nin hem suça karışmayan toplumun genelinde hem de bir şekilde suçla ilişkili olan faillerde ve mağdurlarda “cezasızlık olgusuna” yol açmasıdır. Zira yukarıda belirttiğimiz nedenlerle yargılama konusu olayın ve sanığın durumu hiç dikkate alınmaksızın kanunda yazılı şartların gerçekleşmesi halinde “adeta sanıklara verilmiş bir hakmış gibi” her uyuşmazlıkta bu karar

* Prof. Dr.; İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi; Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

* Dr. Öğr. Üyesi; İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi; Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

uygulanmaktadır. Bu kararının sonucunda failin adli sicil kaydına da herhangi bir şey işlenmediği için bu tamamen bir cezasızlık algısı ya da olgusu olarak anlaşılmaktadır.

Benzer bir sorun olarak haksızlık içeriği ve kusur derecesi bakımından birbirinden çok farklı suçları işleyen faillerin aynı yaptırıma maruz kalmasının üzerinde önemle durulmalıdır. Zira bu durum ceza muhakemesi uygulamasındaki adalet ve hakkaniyet duygularını büyük ölçüde zedelemiştir. Örneğin, bir tarafta tartışma sırasında tartıştığı kişiye karşı hakaret içerikli bir söz sarf eden A, diğer tarafta ise yolda karşılaştığı bir arkadaşını sırf çok da sevmediği için herhangi bir neden olmaksızın yaralayan ve onun hastanede tedavi görmesine neden olan B'yi düşünelim. Bu durumda B'nin söz konusu olaylar açısından daha büyük bir tehlikelilik arz ettiği, hareket ve neticesinin haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu, kusurunu etkileyen bir durumun olmadığı ve gerek maddi gerekse manevi olarak daha büyük zararlara yol açtığı, A'nın mağduriyetinin daha büyük olduğu ve sonuç olarak A ve B'nin farklı yaptırımlara maruz kalması gerektiği tartışmasızdır. Ancak HAGB uygulaması nedeniyle A ve B aynı yaptırıma maruz kalır hale gelmiştir. Bu durum her şeyden önce hakkaniyet duygusuyla bağdaşmamaktadır. Daha önemlisi ise faildeki suç işleme motivasyonunu artırmaktadır. Zira bir suç işleme düşüncesinde olan kişi, nasılsa bir adım daha ileri giderek planladığından daha ağır bir suç işlese de aynı yaptırımla karşılaşacağı inancıyla hareket etmekte ve daha ağır olan suçu işlemektedir.

HAGB uygulaması neticesinde ortaya çıkan sorunlardan bir diğeri ise sanıkların, daha yargılamanın başında, henüz deliller tartışılmadan, yargılamanın esasına ilişkin bir muhakeme işlemi yapılmadan bu soruyla karşılaşmalarının kendileri üzerinde adeta bir şok etkisi yaratmasıdır. HAGB, yargılama esnasında sanıklara şu şekilde sunulmaktadır: Ya HAGB'yi kabul et ve kurtul ya da kendi geleceğin üzerinde bir çeşit kumar oyna. Buna bağlı olarak da kumarın seçilmesi halinde gerçek bir denetim muhakemesi olan istinaf kanun yolundan vazgeç ve aslında işlemeyen bir kanun yolu olan itiraza razı ol!

AYM'nin HAGB Hükümünün İptaline İlişkin Kararı

Daha önce birçok kez çeşitli hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nin önüne giden ama iptal başvuruları reddedilen, son gittiğinde itiraz kanun yolunun inceleme yöntemi açısından Anayasa'ya aykırı bulunan ve ilgili maddesi iptal edilip kararın yürürlüğü ileri tarihe bırakılan HAGB, bu kez AYM incelemesinden geçemedi. Temel olarak yukarıda belirttiğimiz ve bizim de katıldığımız gerekçelerle tamamen iptal edildi.

AYM, 01.08.2023 tarihli ve 32266 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, 01.06.2023 tarihli ve E. 2022/120, K. 2023/107 sayılı kararında CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesini iptal etmiş; iptal kararının, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesini karara bağlamıştır.

Gerekçeli kararda, CMK m. 231/5-c.1'in iptalinin 5. fıkranın 2. ve 3. cümleleri ile 6, 7, 8, 9, 10, 11 ve 13. fıkralarının uygulanma olanağı kalmadığından bu fıkraların da iptaline ve iptal kararının Resmi Gazetede yayınlanmadan bir yıl sonra yürürlüğe girmesine; maddenin 12 ve 14. fıkralarının da iptaline karar verilmiştir. Böylelikle aslında AYM, ceza muhakemesi sisteminde çok uzun bir süredir yer edinen HAGB dönemini kapatmıştır.

Söz konusu iptal kararı, Anayasa Hukuku açısından bazı tartışmalara yol açabilir. Bu konudaki tartışmalar, Anayasa hukukçularına bırakılmalıdır. Kararın, tarafımızca ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından değerlendirmeleri ise aşağıdaki gibidir:

1. Kararda, HAGB benzeri uygulamaların farklı ülkelerde de bulunduğu; buna benzer kurumları ihdas etmenin kanun koyucunun takdirinde olduğuna işaret edilmiş (p. 26, 27) ancak hükmün bu halinin adil yargılanma hakkı da dahil pek çok ihlale yol açtığı belirtilmiştir.
2. Kararın gerekçesinde en dikkat çeken husus, HAGB kararının uygulanıp uygulanmayacağına yönelik sanığın fikrinin ne zaman alınması gerektiğinin kanunda belirtilmemesinin, sanığı belirsizliğe sürüklediği, sanığı daha muhakemenin en başında zayıf konuma düşürdüğüne ilişkin gerekçedir (p. 36-39 arası ve ayrıca 43, 44).

Biz de AYM'nın bu gerekçesine katılıyoruz. Zira uygulamada mahkemeler sanığa HAGB'nin ne olduğunu, sonuçlarının neler olacağını izah etmeden sanığı adeta bu kurumu kabul etmeye zorlamaktadır. Sanık da mahkûm olması durumunda kararın adli sicil kaydına geçeceğini düşünerek, HAGB'yi kabul etmektedir. İptal kararı bu yönüyle hukuka uygundur.

3. Kararda, HAGB'ye karşı etkili bir kanun yolu öngörülmediği, sanığın baştan kanun yollarından feragat etmesinin, adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturacağına işaret edilmiştir. Bu bağlamda daha önce iptal edilen CMK m. 231/12'deki HAGB kararlarına karşı itiraz edilebileceğine ilişkin hükme işaret edilmiş, getirilen yeni düzenlemenin de HAGB'nin daha en baştan sanığın istinaf kanun yolundan feragat etmesi anlamına geldiği için yeterli hukuki korumayı sağlamadığına işaret edilmiştir (p. 40, 44).

Gerçekten de gerekçede değinildiği üzere, HAGB kararının itiraz merci tarafından m. 231/12 gereğince esastan da incelenebilecek olması, konu hakkındaki karar en baştan sanığa sorulmadığı için etkili bir yol olamaz. Her ne kadar karşı oy gerekçesinde (s. 23, p. 36) itiraz merciin işin esasına girecek olması ve HAGB kararından her zaman dönülebilecek olmasının adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti kurallarını ihlal etmeyeceği ifade edilmişse de, fikrimizce, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sanığa daha muhakemenin başında deliller toplanmadan, tanıklar dinlenmeden HAGB hususundaki fikrini sormak, daha bu kurumun ne anlama geldiğini anlamayan sanığı baskı altına almaktadır. Sanık bundan sonra HAGB kararından vazgeçmesi durumunda mahkûm olabileceği düşüncesiyle kararından vazgeçmemektedir.

4. İptal kararında ayrıca HAGB kararının müsaderecinin hangi aşamada uygulanacağı yönünden infazda belirsizlik yaratacağına, bunun da mülkiyet hakkını ihlal ettiğine değinilmiştir (p. 47). Keza kararda, müsaderecinin hangi aşamada uygulanacağının Anayasa'nın 35. maddesine göre belirlenmesi ve kanunda buna yönelik düzenlemeye gidilmesi gerektiğine işaret edilmiştir (p. 48).
5. İptal kararında ayrıca HAGB kararının özellikle işkence gibi kamu görevlilerinin sivil kişilere daha etkin bir biçimde cezalandırılması ve cezasızlık olgusunun önüne geçilmesi için etkin ve

yeterli ceza verilmesini engellediği için cezaların caydırıcılıktan uzak olmasına neden olduğuna işaret edilmiştir (p. 55, 56).

Biz de bu gerekçelere katılıyoruz. Zira hem müsadere kurumunun ne zaman uygulanacağını belirlenmesi hem de işkence gibi ağır suçların daha etkin şekilde cezalandırılabilmesi için HAGB'nin hangi koşullarda ne şekilde uygulanacağını açıkça yasada belirtilmesi gerekir. Hükmün 2 yıla kadar (2 yıl dahil) hapis ve/veya adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanacak oluşu o hükmün tek başına bu nedenle ölçülü ve orantılı olduğu anlamına gelmez. O nedenle, karşı oy gerekçesindeki bu yöndeki görüşe (p. 12) katılmıyoruz.

İptal Kararının Ceza Muhakemesinin İşleyişine Etkisi

1. İptal kararı, bir yıl sonra yürürlüğe girecektir. Anayasa'nın 153/5 maddesi gereğince iptal kararları geçmişe yürümez. Kararın 01.08.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanması ve bir yıl sonra yürürlüğe girecek olması hususları göz önünde bulundurulduğunda yürürlüğe gireceği tarih 01.08.2024 olacaktır. Şu hâlde, 01.08.2024 tarihine kadar verilecek olan tüm hükümler bakımından koşulları varsa HAGB hükümleri uygulanabilecek ve bu hükümlere karşı CMK m. 231/12 gereğince itiraz edilebilecektir. Çünkü AYM, yürürlüğün durdurulmasına karar vermemiştir. Şu hâlde, bir yıl boyunca mahkemelerin HAGB kararı vermesi hukuken mümkündür. Ancak hakimlerin, bu bir senelik süre içerisinde HAGB kararı vermeyi düşündükleri sırada AYM tarafından HAGB'ye yönelik olarak getirilen eleştirileri de dikkate almaları gerektiğini düşünmekteyiz. Zira ceza muhakemesi yargılama sisteminin bugünden yarına bu iptal kararına ayak uyduramayacak olması nedeniyle bir yıllık bir geçiş süresi verilmiş olması uygundur. Bununla birlikte bu bir yıllık süre içerisinde bile isteye aynı hukuka aykırılığın devam etmesi ve yeni mağduriyetlerin doğmasına izin verilmesi de hatalı olacaktır. Dolayısıyla bu yükümlülüğü getiren bir kural olmasa da hukukçuluk bilinciyle gerekli dikkat ve özen gösterilmelidir.
2. TBMM tarafından bir yıl içerisinde CMK m. 231'in iptal edilen hükümleriyle ilgili yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılmazsa, iptal kararı yürürlüğe gireceği için mahkemelerin HAGB kararı verebilmesi hukuken mümkün olamayacaktır. Fakat bu durumda, mahkemelerin koşulları varsa TCK m. 50'deki kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara veya TCK m. 51'deki ertelemeye hükmetmesinin önünde hiçbir engel yoktur.
3. Aynı şekilde bir yıllık süre içerisinde suça sürüklenen çocuklar bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun ("**ÇKK**") HAGB'ye ilişkin 23. maddesi de yürürlükte kalacak, bir yılın sonunda eğer CMK m. 231'de gerekli düzenleme yapılmazsa, ÇKK m. 23 hükmü iptal edilmediği için, geçerli bir hüküm olmaya devam edecektir. Ancak ÇKK m. 23, CMK m. 231'e göndermede bulunduğu için, ÇKK m. 23'ün fiilen uygulanabilmesi mümkün olamayacaktır.
4. Aynı şekilde basit yargılama usulündeki CMK m. 251/4'teki "*sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir*" hükmü de TBMM tarafından yeni bir düzenlemeye gidilmezse, uygulanamaz duruma gelecektir.

5. Bir yıl içerisinde herhangi bir düzenleme yapılmaması durumunda CMK m. 254/2 c. 2 ve c. 3'teki "*Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin on birinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.*" düzenlemesi de uygulanamaz duruma gelecektir. Bu durum, özellikle kovuşturma aşamasındaki uzlaştırma sürecinde ileri tarihli edimde bulunma taahhüdüne giren sanığın, iptal hükmü yürürlüğe girdikten sonra HAGB teminatından yararlanamaması tehlikesi ile karşılaşmasına yol açabilecektir.

Buna karşın, soruşturma evresinde ileri tarihli edimde bulunma taahhüdüne giren şüpheli bakımından CMK m. 253/19 gereği kamu davasının ertelenmesi kararı verilebileceği için, aynı durumdaki iki kişiden (hatta belki aynı edimi üstlenen iki kişiden) kovuşturma aşamasındaki sanık HAGB teminatından yoksun kalacak, soruşturma evresindeki şüpheli ise uzlaştırma sürecinde kamu davasının ertelenmesi kararı kalkanından yararlanacaktır.

Tüm bu hukuki tartışmaların yaşanmaması adına AYM'nin iptal kararlarında işaret ettiği gerekçelere göre HAGB kurumunun, ceza adaletinin ve belirliliğin de sağlanacağı şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.