

**“YAPTIRIMI (CEZAYI) VE SONUÇLARINI  
AĞIRLAŞTIRAMAMA KURALI”  
VE  
ÜLKEMİZDEKİ DÜZENLEMeye VE UYGULAMAYA  
ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM**

“The Principle of not to Aggravate Sanction (punishment) and Its Results” and a  
Critical Approach to Law and Practice in Turkey

Prof. Dr. Sami SELÇUK\*

**ÖZET**

“Yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılamama kuralı”, geniş anlamda infazı da içeren yargılamanın her evresinde dikkate alınmalıdır. Yasallık ilkesinin ve adaletin gereği budur.

Elbette bu durum yeni düzenlemede birer infaz kurumu olarak öngörülen tekerrür ve ertelemeye ilişkin yasal düzenlemeler bakımından da geçerlidir. Gerçekten YTCY’nin "Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik (doğrusu, seçenekli, S. S.) olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörölmüşse, hapis cezasına hükmolunur" diyen 58/3. madde ve fıkrası karşısında tekerrürün bir suç normu olduğu açıktır. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi lehe yasal düzenlemenin saptanmasında sadece yaptırım, özellikle ceza gözetilmemek gerekir. Erteleme, koşullu salıverme gibi düzenlemeler de gözetilerek sonuca ulaşılmalıdır. Yeni yasal düzenlemeden önce de öğretinin görüşleri bu doğrultuda olmuştur

Ancak “infaza hukukuna ilişkin hüküm” değil, YTCY’nin özenle seçtiği anlatım biçimine göre “infaz rejimine ilişkin hüküm” söz konusu ise kural olarak hemen uygulanırlık ilkesi geçerlidir (m. 7/3).

Kuralın 2004/5271 sayılı YCYY’de istinaf, temyiz, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (m. 283, 307/4, 309/4-b, 323/2) yollarında benimsenmiş olması; ayrıca yasa yollarını düzenleyen altıncı kitabın genel hükümleri arasında savcının sanık yararına yasa yoluna başvurusu durumunda uygulanacağı (m. 265) belirtilmiş olması yerindedir. Ancak, daha önce açıkladığımız üzere, ceza ve güvenlik önlemi biçiminde iki yaptırımı, yani iki izlilik dizgesini öngören bir hukuk düzenin-

\*

Eski Yargıtay Başkanı  
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Yargılama Hukukları  
Anabilim Dalı öğretim üyesi

TAAD, Cilt:1,Yıl:2, Sayı:7 (20 Ekim 2011)

de güvenlik önlemlerinin kural dışında tutulması yerinde değildir. Düzenleme buna göre değiştirilmeli, etkin öznenin yararı açısından hangi güvenlik önlemlerine uygulanacağını belirleme yargıya bırakılmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı, uyarılama yargılaması, yasa yararına bozma, infaz rejimi, infaz hukuku, suç(ceza) hukuku normu.

#### SUMMARY

The principle of not to aggravate sanction (punishment) and its results must be taken into account in all process of trial which includes execution.

Of course in new arrangement this situation is apply to legal regulations regarding recidivism and suspension which are prescribed as execution institutions. Indeed in new Turkish Criminal Procedure Law (TCPL)“ In case of recidivism, if imprisonment and fine are envisaged in the article of criminal law for next crime as optional (or rather, choice, SS), the imprisonment is determined" (Article 58/3). Since this article it is clear that recidivism is a penal law norm. As it is understood from this example, in the detection of favorable legislation only sanction, particularly the penalty, must not be regarded. The outcome should be reached by considering legal arrangements of suspension and probation . Doctrine has been in line with this before new legal regulationsHowever, if “a provision regarding execution regime” which is chosen carefully by new TCPL, not the term of “a provision regarding execution law” , is mentioned, as a rule the principle of immediately applicable is valid (Art. 7/3).

It is approved in two situations. Accordig to TCPL the principle shall be practised in legal remedies such as appeal, cassation, breach for benefit of law and retrial(Articles 283, 307/4, 309/4-b and 323/2), and also among the provisions of remedies arranged the sixth book of the general rules it is explained that when the porsecutor apply to legal remedies for benefit of defendant, the principle will be processed(Art. 265).

However, as explained above, two sanction as penalty and security measure, keeping the security measures exception to the rule is not right in a legal order providing dual sequence. Regulation should be changed accordingly and for the benefit of the active subject the judiciary shall has the determination of the principle to which security measures will be applied.

**Keywords:** The principle of not to aggravate sanction (punishment) and its results, adaptation trial, the breaching for benefit of law, law execution, execution regime, ciriminal (penal) law norm.

\*\*\*

**ALT BAŞLIKLAR: I-YASA YOLU DAVASININ HUKUKSAL SONUÇLARI,**

II-KURALIN TARİHSEL GELİŞİMİ, III-GENELLİKLE KURALI BENİMSEMİYEN VE BENİMSEYEN HUKUK DİZGELERİ, IV-ANLATIM/ADLANDIRMA SORUNU VE TANIM, V-KURALIN HUKUKSAL TEMELİ, A-Kurala karşı görüşler, 1-Kamu düzeniyle ve ceza yargılamasının amacıyla bağdaşmama, 2-Yasanın istencine karşı çıkma, 3- Görevin sınırlandırılması ve yargılama kurallarının bütünlüğünün bozulması, B-Kuraldan yana görüşler, 1-Hükmün istek ve istenç (irade) içinde kalması zorunluluğu, 2- Hükmün istek ve istenç ötesine (ultra petita) ya da dışına (extra petita) taşmaması zorunluluğu, 3-Kazanılmış hak, 4-Adalet/hakkaniyet, 5-Toplumsal yarar, 6-Yüze karşılık, 7-Yasa yolundan umulan yarar, 8-Gerçekçi ve tutarlı görüş, VI-KURALIN UYGULANABİLİRLİK KOŞULLARI, A-Biçime ilişkin koşullar, 1-Kuralın ancak belli yasa yolu davalarında uygulanabilirliği, 2-Kuralın yasa yolu davasına başvuran belli kişiler açısından uygulanabilirliği, B-Öze ilişkin koşullar, 1-Genel olarak, 2-Yasal normun kimliğini belirleme zorunluluğu, a-Suç (ceza) hukuku normları, b-İnfaza ilişkin normlar,aa- Suç normu kapsamında kalan infaz normu ile salt infaz rejimine ilişkin normu ayırma zorunluluğu, bb-Suç normu olarak benimsenen üç kurum, aaa-Tekerrür, bbb-Erteleme, ccc-Koşullu salıverme, 3-Kuralın dışında kalan durumlar, a-Yargılama hukuku normları, b-Yargılama giderleri, maddi yanılığlar ve kolluk önlemleri, normu ayırma zorunluluğu, bb-Suç normu olarak benimsenen üç kurum, aaa-Tekerrür, bbb-Erteleme, ccc-Koşullu salıverme, 3-Kuralın dışında kalan durumlar, a-Yargılama hukuku normları, b-Yargılama giderleri, maddi yanılığlar ve kolluk önlemleri, c-Ödence, C-Kuralın yargılamada uygulama yöntemi, 1-Yargılama aşamasında, 2-Yaptırımın yerine getirilmesi (infaz) aşamasında: Uyarılama yargısı, VII-TÜRK HUKUK DÜZENLEMESİNİN VE YAKLAŞIMININ/UYGULAMASININ ELEŞTİRİSİ, A-Düzenleme, B-Yaklaşım/uygulama, 1-“Kazanılmış hak”ka dayanan görüşten vazgeçilmelidir, 2-“Lehe hüküm aleyhe yorumlanamaz ilkesi” gözetilmelidir, 3-“Yaptırımı (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı”nın yanılığa dayandığı görüşü dışlanmalıdır, 4-Uyarılama yargılaması infaz aşamasında da geçerlidir.

## I-YASA YOLU DAVASININ HUKUKSAL SONUÇLARI

Bilindiği gibi yöntemince başvurulduğu zaman yasa yolu davası açılmış olur. Böylelikle yalnızca yargılamanın sürdürülmesi sağlanmış olmakla kalmaz, üç önemli sonuç da doğar<sup>1</sup>.

Birinci sonuç, kurulan hükmün kesinleşmesinin ertelenmesi ve askıya alınmasıdır (effet suspensif, effetto sospensivo, Yeni Ceza Yargılama Yasası [YCY], m. 275, 293/1).

İkinci sonuç, kurulan hüküm ne oranda yasa yoluna götürülmüşse, o oranda inceleme yapılmasıdır. Özellikle temyiz davasında durum budur (YCY, m. 294/1). “Aktarma ilkesi” (principe de dévolution, principio di devoluzione) denilen ve istek/irade içi (infra petita) dava incelemesini gerektiren bu anlayış, hukukumuzda istinaf yasa yolu davasında geçerli değildir (YCY, 272/1). Oysa istinaf yasa yolunu benimseyen ülkelerde bu kural, hukuksal bir özdeyiş olarak “ne oranda istinaf, o oranda aktarma” (tantum devolutum quantum appellatum ya da iudex ne eat ultra petita partium) diye dile getirilmekte ve bu kurala özenle uyulmaktadır<sup>2</sup>.

Üçüncü sonuç da, inceleme konumuz olan, yaygın deyişle “aleyhe değiştirme ya da bozma yasağı”dır yahut da önerdiğimiz deyişle “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlandıramama kuralı”dır<sup>3</sup>. Bu kural, aslında bir

<sup>1</sup> Bütün bu sonuçlar için bakınız: Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 1660-1667; Merle, Roger/Vitu, André, Traité de droit criminel, II, Merle, Roger, Procédure pénale, Paris, 2001, n. 834-839, 865-866; Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard, Procédure pénale, Paris, 2000, n. 933, 947, 948.

<sup>2</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1662; Merle, n. 839; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 930; Manzini, Vincenzo, Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice, Torino, 1932, IV, s. 574; Cordero, Franco, Procedura penale, Milano, 1981, s. 1018.

<sup>3</sup> Kural hakkında yararlanılan başlıca kaynaklar: Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1664-1667; Merle, n. 838; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 918, 932, 933, 948, 967; Cordero, s. 1018 vd; Pisani, Mario, Il divieto della “reformatio in peius” nel processo penale italiano, Milano, 1967; Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul, 1979, s. 82-87; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 733-735; Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, s. 409-420; Erem, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, s. 579-591; Schwarz, Otto, (Rifat Taşkın), Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara, 1939, s. 591, 592, 689, 690; de Boisvilliers, P. D., La règle de l’interdiction d’aggraver le sort du prévenu, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1993, s. 964 vd; Garraud, René, Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale, V, n. 1730; Cristiani, Antonio, Manuale del nuovo processuale penale, Torino, 1989, s. 437 vd; Kunter, Nurullah, Aleyhe Düzeltme Yasağı, İHFM, c. XVIII, 1952, s. 664-679; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2007, s.884, 903, 915; Özbek, Veli/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, 684 vd; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s. 812 vd; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2009,

önceki sonucu pekiştirir ve özgül (spesifik) duruma getirir; özgülleştirir. Artık yasa yolu davasının yargıcı, hem istek içinde kalacak ve hem de yasa yolu davasından önceki hukuksal durumu suçlanan kişi (sanık, etkin özne, fail) aleyhine ağırlaştıramayacaktır. Bu koşullarda hüküm bozulduğu takdirde ilk mahkeme yargıcı da aynı biçimde davranacak, önceki yaptırımını (ceza) sanık aleyhine ağırlaştıramayacaktır.

Oysa yine bilindiği üzere, temyiz bozmasından sonra bozmaya uyularak yapılan duruşma, önceki duruşmanın sürdürülmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle de mahkeme, yeniden hüküm kurarken ne eski kendi görüşüyle ne de Yargıtayın görüşüyle bağımlıdır. Öğretide buna “özgürlük (serbestlik) ilkesi” denmektedir<sup>4</sup>.

Bu durumuyla inceleme konusu kuralın, bozma sonrası ilk mahkemenin yargılama ve takdir yetkisine, yani “özgürlük ilkesi”ne getirilen bir sınırlama<sup>5</sup> ve yasa yolu davasını genişletmeye yönelik bir engelleme<sup>6</sup>, frenleyici bir ilke olduğu<sup>7</sup> açıktır.

## II-KURALIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Digesto’ya dek uzayan eski bir tarihçesi bulunmasına karşın çoğu yazarlar, kuralın Roma hukukunda tam bilinmediğinde birleşmektedirler. Lauckner bu tarihi 12. yüzyıla, Gerber ise daha gerilere götürür<sup>8</sup>. Ortaçağda Aquino’lu Tomassius’un bu görece kuralı dolaylı biçimde savunduğu belirtilmektedir. Gerçekten Tomassius, yargı yoluna başvurma sanığa zarar vermemesinden söz etmiştir<sup>9</sup>. Daha sonraları Augsburg Kurultayı 1530’da, Ratisburg Kurultayı 1532’de suç hukukunun önemli bir derlemesi bulunan Constitutio Criminalis Carolina’yı kotarmıştır. Bu Yasa’ya göre kuşku duyulan konularda hukukçulardan görüş alınması, yaptırımlardan yararlanılması salık ve dolayısıyla bir bakıma örneksene

---

s. 370 vd; Manzini, 1931, I, s. 408, 1932, II, s. 415, 1932, IV, s. 576-582; Delitala, Giacomo, *Diritto processuale penale, raccolta degli scritti*, Milano, 1976, s. 7-179; Boré, Jacques, *La cassation en matière pénale*, Paris, n. 1187-1190; Guinchard, Serge/Buisson, Jacques, *Procédure pénale*, Paris, 2000, n. 1418, 1469; Yüce, Turhan Tüfan, *Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları*, Ankara, 1967, s. 173 vd.

<sup>4</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1782 vd; Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 369, 370.

<sup>5</sup> Cristiani, s. 438; Öztürk/Erdem, s. 915.

<sup>6</sup> Foschini, Gaetano, *Tornare alla giuridizione*, Milano, 1971, s. 425.

<sup>7</sup> Manzini, IV, s. 577.

<sup>8</sup> Delitala, s. 164-173.

<sup>9</sup> Delitala, s. 165.

(analogie, analogia) yoluna izin verilmiştir<sup>10</sup>. Bu doğrultuda 17. yüzyılda dava dosyasının hukuk fakültelerine yollanması görüşü benimsenince mahkemeler bir hukuk fakültesinin verdiği aklama (beraat) kararına ilişkin dava dosyasını bir başka hukuk fakültesine yollamaya başlamıştır. Bunun üzerine aklamaya ilişkin son kararların değiştirilemeyeceği kuralı getirilerek, sınırlı bir biçimde de olsa “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” uygulanmaya başlanmıştır<sup>11</sup>.

“Orta zamanlar hukuk dönemi”nde<sup>12</sup> de yalnızca sanığın açtığı ceza davalarında sanığa karşı karar verilemeyeceği kuralı benimsenmiştir<sup>13</sup>.

Bu kısa tarihsel evrim, “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nın suç öznesi yararına ve uygulama alanı yasalarla ve yorumla gittikçe genişletilen bir kurum olduğunu ortaya koymakta ve yorumda önemli bir ilkeyi yorumcuya zorlamaktadır: “Sanık yararına benimsenmiş bir hüküm/norm/kural sanığa karşı, sanığın zararına/aleyhine olarak yorumlanamaz.” Tıpkı zincirleme suç kurumunda olduğu gibi.

### III-GENELLİKLE KURALI BENİMSEMİYEN VE BENİMSEYEN HUKUK DİZGELERİ

Kuralın benimsenip benimsenmemesi bir ölçüde ülkelerin yer aldıkları hukuk dizgesine (sistem) bağlıdır. Kuralı, dolayısıyla böyle bir sınırlamayı benimsemeyen ülkeler, genel olarak bireyselci temelde gelişen “suçlama dizgesi”ni (itham sistemi) öngörmüş ülkelerdir. Benimseyen ülkeler ise “soruşturma dizgesi”ne (tahkik sistemi) ya da “karma dizge”ye (işbirliği sistemi) mensup ülkelerdir<sup>14</sup>.

Bu nedenle suçlama dizgesini benimseyen Anglo-Sakson ülkelerinde, sözgelimi, İngiltere’de 1907 yılından önce jürilerin verdiği aklama (beraat) kararları kesindi. Bunlara karşı istinaf yoluna gidilememekteydi. Bu tarihten sonra suç (ceza) yargılama hukukunda istinaf yolu, yalnızca sanık açısından benimsenmiştir. Savcının yasa yoluna başvuramadığı İngil-

<sup>10</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, İstanbul, 1997, n. 73; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2008, s. 21.

<sup>11</sup> Ganske, ileten: Yenisey, İstinaf, s. 82.

<sup>12</sup> Dönmezer/Erman, I, n. 70-75.

<sup>13</sup> Zachariae, ileten: Yenisey, İstinaf, s. 82.

<sup>14</sup> Pisani, s. 53 vd. Bu dizgeler için bakınız: Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 54-57; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 142-146.

tere’de sanığın açtığı istinaf davası nedeniyle daha ağır ceza verilebilmektedir.<sup>15</sup>

Ancak bu ayırım kesin sonuçlara ulaştırmamaktadır. Karma dizgeyi benimseyen ülkeler arasında da duraksayanlar, kurala yasalarında yer vermeyenler olmuştur. Sözgelimi, İsviçre’nin kimi kantonlarında “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” bulunmamaktadır. Zug kantonunda “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” benimsenmemiştir. Luzern kantonunda ise bu kurum benimsenmemekle birlikte cezanın ağırlaştırılması olanağı doğduktan sonra istinaf davasının geri alınabilmesi olanağı öngörülmüştür. Ancak davanın geri alınmasında yargılama giderleri geri alana yükletilmektedir<sup>16</sup>.

Günümüzde bu kural, genelde karma dizgeyi benimsemiş olan bütün Kara Avrupa’sı ve bu dizgeden esinlenmiş Latin Amerika ülkeleri başta olmak üzere çoğu ülkelerde değişik anlatımlarla benimsenmiştir.

Özellikle bütün bu düzenlemelerden etkilenen Almanya’da “suçlama dizgesi”nin geçerli olduğu dönemde kurulan hüküm sanık aleyhine ağırlaştırılabilmekteydi<sup>17</sup>. Alman öğretisinde 18. yüzyılda uygulamaya yerleşen bu kuralın adalet düşüncesine yaslandığı belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Günümüz Alman Ceza Yargılama Yasası’na (ACY) göre “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” istinaf ile temyiz gibi olağan, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü yasa yollarında benimsenmiş bulunmaktadır (m. 331, 358/2, 373/2). Kuralın benimsenmesinde 1906 tarihli Fransız Danıştayının görüşünün etkisi olduğu belirtilmiştir. Ancak bu kural, Ulusal Toplumculuk (Nasyonal Sosyalizm, Nazi) Almanya’sında 28.6.1935 tarihli bir Yasa ile kaldırılmıştır. Yasa’nın gerekçesine göre kuralın kaldırılmasındaki amaç, yargıca her davada maddi gerçeğe uygun düşen karar verme olanağını tanımak ve sanığın kendi yararına temyize başvurması üzerine yargılama sonucunda durumun kendisine karşı ağırlaştırılabileceği tehlikesini göze almasını ve göze alamadığı takdirde temyiz yoluna başvurmaktan vazgeçmesini sağlamaktır. Ancak bireyi topluma ve güçlü devlete feda eden bu anlayış uzun sürmemiştir.

---

<sup>15</sup> Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesinde İstinaf..., s. 18-21, 83. 19. yüzyıl Anglo-Sakson suç yargılama dizgesini ayrıntıyla işleyen şu kaynağa bakınız: C-J-A. Mittermaier, (A. Chauffard), *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l’Amérique du nord*, Paris, 1868, s. 597 vd.

<sup>16</sup> Felder, ileten: Yenisey, İstinaf, s. 83.

<sup>17</sup> Zachariae, ileten: Yenisey, İstinaf, s. 82.

<sup>18</sup> Rüping, ileten: Keskin, s. 410.

1945-1950 yılları arasında federe devletlerde kuralın uygulanması konusunda birlik sağlanamamış ise de 12.9.1950 tarihli Birleştirme Yasası ile kural, yeniden yaşama geçirilmiştir. Bugünkü ACYY’ye göre, etkin özne yararına istinaf, temyiz ya da yargılamanın yenilenmesi davası açıldığı zaman bozulan (ya da iptal edilen) hüküm üzerine yeniden kurulan hükümde suçun etkin öznesinin durumu, hukuksal sonuçların niteliği ve niceliği açısından ağırlaştırılmayacaktır. Ancak bu kural, etkin öznenin bir sağaltım (tedavi) kurumuna ya da psikiyatri kliniğine konması durumunda uygulanmayacaktır (m. 331, 358/2, 373/2)<sup>19</sup>.

Kural, Fransa’da 22 Kasım 1906 tarihli Danıştay görüşü üzerine benimsenmiştir; ceza davalarında ve ceza yargılaması dolayısıyla karara bağlanan hukuk davalarında uygulanmaktadır. Yasa yolları arasında yer alan itiraz davalarında uygulanmamaktadır<sup>20</sup>. Fransız Ceza Yargılama Yasası’na (FCYY) göre kural, istinaf davası üzerine yürütülen yargılamada uygulanmaktadır (m. 515). Buna göre, istinaf davası açan kimsenin yazgısı, kendisi aleyhine ağırlaştırılmayacaktır. Ancak Yargıtay, kuralın uygulama alanını temyiz ve yargılamanın yenilenmesi davalarını içerecek biçimde örneksime (kıyas, analoji) yöntemiyle genişletmiştir<sup>21</sup>.

İtalya’da 1850 tarihinde benimsenen kural, 1865 tarihli İtalyan Ceza Yargılama Yasası’nda (İCYY) (m. 364/3, 419/3,678), 1913 tarihli İCYY’de de yer almış (m. 480), 1930 tarihli İCYY’de istinaf yoluyla sınırlandırılmıştır (m. 515/3)<sup>22</sup>. 1988 tarihli İCYY’de de aynı kural benimsenmiştir. Buna göre, istinafa başvuran yalnızca etkin özne ise, yargıç tür (nitelik) ya da miktar (nicelik) olarak daha ağır bir ceza veremeyecek, yeni ya da daha ağır bir güvenlik önlemi uygulayamayacak, aleyhine başvurulmuş hükümde öngörülen bir nedenden daha hafif bir nedenle suçlanan kişiyi aklayamayacak, etkin öznenin yararlarını ortadan kaldıramayacaktır. Kuşkusuz istinaf nedenlerinin sınırları ve ilk mahkemenin yetki-

<sup>19</sup> Henkel, Schmidt, İleten: Keskin, s. 410, 411; Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 583; Schwarz, s. 591, 592, 689, 690.

<sup>20</sup> CD, 4.11.1941, İletenler: Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 918; de Boisvilliers, s 964 vd. Bu yüzden geleceğin hukukçularını yetiştirmek için uzun süre Japon’ya dersler veren 19. yüzyılın ünlü hukukçusu G. Boissonade’in Japonya için hazırladığı Ceza Yargılama Yasası Tasarısı’nda bu kuruma yer verilmemiştir (Projet de Code de procédure criminelle pour l’Empire du Japon accompagné d’un commentaire, Tokio, 1882).

<sup>21</sup> Garraud, V. n. 1730; Merle, n. 838; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 948, 967; Guinchard/Buisson, n. 1418, 1469. Ancak Fransa’da sanığın yasa yolu davasını açmasının sanığa karşı savcının yasa yolu davası açmasını kışkırttığı ve bu nedenle davaların azaldığı ileri sürülmüştür (Guinchard/Buisson, s. 1418).

<sup>22</sup> Pisani, s. 3-9, 173-177, 187; Delitala, 13, 163-175.



si içinde kalmak koşuluyla eylemin daha ağır bir hukuksal tanımını yapma olanağı bulunmaktadır (m. 597/3)<sup>23</sup>.

Ülkemizde Osmanlı dönemindeki CYY bu kuralı benimsememiştir. Ancak kural, öğretide savunulmuş, uygulamada istinaf yolunda yaşama geçirilmiştir. Temyiz yolunda ise Yasa, üçlü suç ayırımına göre, sadece cinayet suçlarına ilişkin davalarda aklama (beraat) kararı verildiğinde savcının temyizinin etkili olamayacağını (m. 315), cürüm suçlarına ilişkin davalarda ise suçun türü için yasada belirtilen cezanın dışında bir cezaya hükümlenmesi nedeniyle karar bozulmuş ise cezanın düzeltileceğini öngörmüştür (m. 340). Ancak bu son durumda bu düzeltmenin leh ya da aleyhte olup olamayacağı konusunda Yasa susmuştur. Öğreti ve uygulama ise bunun sanığın aleyhinde olamayacağı görüşünü benimsemiştir<sup>24</sup>.

Kural, 1929/1412 sayılı Eski CYY’de (ECYY) temyiz ve yargılamanın yenilenmesi (m. 326/4, 341/2); 2004/5271 sayılı YCY’de istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi (m. 283, 307/4, 323/2) yollarında benimsenmiş; ayrıca yasa yollarını düzenleyen altıncı kitabın genel hükümleri arasında savcının sanık yararına yasa yoluna başvurusu durumunda da kuralın uygulanacağı (m. 265) belirtilmiştir. Bunların yanı sıra yasa yararına bozma yolunda da kurum öngörülmüştür. Bu son durumda hükümlülüğe ilişkin karar, davanın esasını çözmeyen, ancak savunma hakkının ortadan kaldırılmasına ya da sınırlanmasına ilişkin nedenlerle bozulmuşsa kararı veren yargıç ya da mahkeme, yeniden yargılama yaparak hüküm kurduğunda, yeni ceza önceki cezadan ağır olamayacaktır (m. 309/4-b).

Görüldüğü üzere, YCY, kuralın uygulama alanını eski yasalara oranla, kanımızca yerinde olarak, çok genişletmiştir.

#### IV-ANLATIM/ADLANDIRMA SORUNU VE TANIM

Öğretideki ve uygulamadaki yaygın adlandırmayla “aleyhe değiştirme yasağı kuralı” (règle de l’interdiction [règle de la prohibition] de la reformatio in peius [pejus], divieto di riforma in peggio) ya da daha kısa ve özlü anlatımla “kötüleştirmeme kuralı” (règle ne peiorare)<sup>25</sup> deyişlerinde geçen “reformatio in peius” sözcükleri Ulpiano’nun yapıtından alınmıştır. Gerçekten konuyu irdeleyen Alman Yazarı Lauckner’in belirt-

---

<sup>23</sup> Delitala, s. 167-175; Cristiani, s. 437.

<sup>24</sup> Kunter, Nurullah, Aleyhe Düzeltme Yasağı, s. 665.

<sup>25</sup> Merle, n. 838; Guinchard/Buisson, s. 1418; Cordero, s. 1018.

tiğine göre Digesto’da (49.1.1) dikkati çeken şu sözcüklere yer verilmiştir: “...bene latas sententias in peius reformet;...”<sup>26</sup>.

Latince “peius ya da pejus” sözcüğü “kötü, fena” anlamlarına gelmektedir. “Reformatio” sözcüğü ise “iyileştirme, düzeltme, değişim, değiştirme, başkalaştırma, dönüştürme” demektir. O zaman sözcük sözcüğe çevrildiğinde “reformatio in peius” deyişinin tam karşılığı bellidir: “Değiştirme, kötüleştirme, kötüye dönüştürme”.

Ayrıca, aşağıda değinileceği üzere, sadece istinaf ve temyiz yolu davalarında değil, hüküm kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi ve yasa yararına bozma yollarında da bu kural gündeme gelmektedir. O halde hükümlüleri de içine aldığı da gözeterek kurumun adını koymak zorunludur. Yeter ki, etkin özne lehine dava açılsın.

Demek, etkin özne yararına yasa yolu davasında yeniden kurulacak hüküm, Fransız hukukundaki anlatımla başvuranın yazgısını kötüleştirecek biçimde olamayacaktır. Mahkeme, yeni hükümde İtalya’daki anlatımla sanığın, Almanya’da ve ülkemizde anlatımla sanığın ya da hükümlünün, ikisini de kapsayacak biçimde söylersek suçun etkin öznesinin (failin) durumunu, Almanya’da hukuksal sonuçlar açısından, Türkiye’de ceza bakımından eski hükme göre ağırlandırmayacak, olumsuz ve aleyhe olarak başkalaşıma uğratamayacak, kötüleştiremeyecek, kötüye dönüştüremeyecektir. Yukarıda da değinildiği gibi bu yasak, bir yasal buyruk ve zorunluluktur. Zira buyurucu hukuktan (jus cogens) kaynaklanmaktadır. O halde kuralın/kurumun doğru anlatımı için çeşitli öneriler getirilebilir: Kimi ülkeler açısından “yasa yolu davasına başvuranın yazgısını kötüye dönüştürememe”dir ya da “kötüleştirme yasağıdır”. Kimi ülkeler açısından “etkin öznenin (failin) durumunu kötüleştirme yasağı” ya da “suçun etkin öznesinin (failin) durumunu kötüleştirememeye, hukuksal açıdan ağırlandırma yasağı kuralı” yahut “yaptırım ve sonuçlarını ağırlandırma yasağı kuralı” veyahut da “yaptırım ve sonuçlarını ağırlandırmama kuralı” olabilir. Ülkemiz açısından ise “cezayı ve sonuçlarını ağırlandırmama kuralı”dır.

Almanya, İtalya ve Türkiye’deki düzenlemeler gözetildiğinde kanımızca inceleme konusu kuralın kısa, ama kapsayıcı/kavrayıcı tanımı şudur: “Yalnızca suçun etkin öznesi yararına yasa yolu davasına başvuruldu-

<sup>26</sup> Pisani, s. 9; Delitala, s. 13. İtalya’da 1905 tarihli CYY Tasarısında da şu deyişlere yer verilmiştir: “Quod favore alicuius constitutum est, non potest in eius perniciem retorquere” (Pisani, s. 10; Manzini, IV, 1932, s. 576, dip not: 1).

ğunda, etkin özne hakkında yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım (ceza) ve hukuksal sonuçları, onun aleyhine olarak eski hükümdekinden daha ağır olamayacaktır<sup>27</sup>.

Bu tanım çerçevesinde doğru deyişin “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” olduğu kanısındayız.

Bu kısa ve son adlandırmanın kuralın tanımına ve içeriğine denk düştüğünü sanıyoruz.

Kimi yazarlar, kuralın yöneldiği yargı organlarına göre bir ayırım yapmaktadırlar<sup>28</sup>. Bu görüşü savunan sayın yazarlar, “aleyhe bozma yasağı” kuralının yasa yolu incelemesine başlanırken bakış açısını; “aleyhe değiştirme yasağı” kuralının ise bozmadan sonraki aşamada cezanın niceliğini belirlediğini ileri sürmektedirler. Bu ayırma göre, bu kuralların uygulama evreleri başka ve dolayısıyla hukuksal yapıları da değişiktir. İlk derece mahkemeleri için söz konusu olan cezayı aleyhe değiştirme yasağı kuralı, yasa yolu evresinde lehe istinaf ve/ya temyiz durumunda cezanın niceliğini etkileyecek bir hukuka aykırılık durumunda ya da sanığın yararına olan kurallara aykırılık durumunda aleyhe bozma yasağı kuralına dönüşmektedir<sup>29</sup>.

Kanımızca uygulamada yararı olmayacak görüşlere öğretilde yer verilmemelidir. Amaç, öğretinin oylumunu büyütme değil, onu yararlı düşüncelerle zenginleştirmek olmalıdır. O nedenle bu türden bir ayırma kanımızca gerek yoktur. Kural, bellidir, bütün yargıçlara yöneliktir. Zira yukarıdan aşağıya, aşağıdan yukarıya yolun uzunluğu nasıl değişmez ise, kuralın uygulanması da yargıçların buldukları konuma göre değişmemekte, yine aynı sonuçları doğurmaktadır. Zira ilk ve yasa yolu davası yargıçları eylemin suç hukukundaki adını, yani niteliğini değiştirebilirler. Ancak sadece yaptırım sanık aleyhine ağırlaştırılmaz.

## V-KURALIN HUKUKSAL TEMELİ

Kurala karşı ve kuraldan yana görüşler öğretilde her zaman görülmüştür<sup>30</sup>.

### A-Kurala karşı görüşler

---

<sup>27</sup> Benzer tanım: Delitala, s. 14.

<sup>28</sup> Centel/Zafer, s. 734, 735.

<sup>29</sup> Benzer görüş: CGK, 28.9.1992, 190/237, YKD, 1993, sayı: 2, s. 256-261.

<sup>30</sup> Yargıtay da bir kararında bu görüşler üzerinde durmuştur: CGK, 20.6.2007, 124/165, YKD, sayı:1, s. 137 vd. (Yargıtay kararları, oluşturduğumuz özel belgeliğimizden (arşiv) ve Yargıtay yargıçlarından değerli araştırmacı Cengiz Otacı'nın derlemelerinden alınmıştır. S. Selçuk).

### 1-Kamu düzeniyle ve ceza yargılamasının amacıyla bağdaşmama

Bu yazarlardan kimilerine göre, kural her ülkede benimsenmemiştir. Bu yüzden söz konusu kuralın genel geçer bir kural olarak değerlendirilmesi yanlıştır. Ayrıca sakıncaları yararlarından daha çoktur. Ceza yargılamasının kamu düzenini ilgilendiren yapısıyla ve maddi gerçeğe ulaşma amacıyla da bağdaşmamaktadır. Bu yüzden yasa yoluna başvuran kişi, kendi yararı için olsa bile, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Ceza adaleti, savcının yasa yoluna başvurmaması gibi bir rastlantıya bırakılamaz, bırakılmamalıdır<sup>31</sup>.

### 2-Yasanın istencine karşı çıkma

Konuyu ayrıntılı olarak irdeleyen İtalyan yazarı Delitala, kuralın meşru dayanağının bulunmadığını, bunun son çözümlemede yasanın istencine karşı çıkmak olduğunu, yasa yoluna başvuranların istençlerinin üstün tutulduğunu ve ceza adaletinin bu kıskaçın içine alındığını, suç (ceza) hukukunun olağan amacına ters düştüğünü ve bu amacın gerçekleşmesini önlediğini, suç, sorumluluk ve yaptırım dengesini örselediğini, yargılama hukukunda benimsenen bu kural ile suç hukukunda benimsenen ilkelerin etkisiz duruma getirildiğini ayrıntılı bir biçimde dile getirmiş ve kuralın kaldırılması gerektiğini savunmuştur<sup>32</sup>.

### 3- Görevin sınırlandırılması ve yargılama kurallarının bütünlüğünün bozulması

Gördüğü yanılığa karşın hükmü değiştirememek ya da bozamamak, mahkemenin ya da bozma merciinin yetkisini daraltıcı niteliktedir. Bunu açıklamak olanaksızdır. Öte yandan bu kural, yargılama hukuku kurallarının birbirini tamamlayan bütünlüğünü de bozmaktadır. Gerçekten, özellikle eyleme uygulanacak suçun tanısındaki ve dolayısıyla niteliğindeki değişikliğe dayanılarak yapılacak uyarı (CYY, m. 226) karşısında bu kuralı açıklamak güçtür<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Kunter, s. 668, 669. Ancak Rahmetli Kunter, kitabının 7. baskısından sonra bu görüşünden vazgeçmiş, gerekçesini de şöyle açıklamıştır: "...bu mecburiyetin temelinde, iddia makamlarının aleyhte kanun yollarına gitmemesindeki 'tesadüf'ün yatmasına dayanıyordu. Rasyonel olmasına rağmen bu görüşün sert olduğunu gördük. Hepimiz şu veya bu tesadüften yararlanırken, sanık niye yararlanmasın?"

<sup>32</sup> Delitala, s. 95-162, 177-179.

<sup>33</sup> Erem, s. 581, 582.

## B-Kuraldan yana görüşler

Kuralı savunan yazarlar, kurumun hukuksal temelini çeşitli biçimlerde açıklamaktadırlar.

### 1-Hükmün istek ve istenç (irade) içinde kalması zorunluluğu

Yasa yolu mercileri, hükümlerin istinafa ve temyize konu olmayan kesimlerine ilişemez. Çünkü onlar kesinleşmiştir. Bu görüş, bizim hukukumuzda istinaf değil (YCY, m. 272/1), sadece temyiz davası için geçerli olmakla birlikte, ceza yargılamasının amacı gözetildiğinde kuralın temelini açıklamakta elbette yeterli değildir<sup>34</sup>.

### 2- Hükmün istek ve istenç ötesine (ultra petita) ya da dışına (extra petita) taşmaması zorunluluğu

Yasa yolu davasında kendi zararına hiçbir istenç sergilenmediği halde, dava açanın durumunun kötüleşmesi, buna karşılık karşı tarafın durumunun iyileşmesi ve bundan kazançlı çıkması, istek, istenç ve yasa yolunun aktarma etkisi (effet dévolutif, effetto devolutivo) dışında kalan bir hüküm kurmak demektir<sup>35</sup>. Bunun ise hukukun temel ilkelerine, özellikle “davasız yargılama olmaz” ilkesine ters düştüğü açıktır. Ancak bu görüşün, kamu (ceza) davasını hukuk davasına benzettiği de açıktır. Oysa iki dava arasında amaç açısından büyük ayrılıklar bulunmaktadır. Ayrıca hukuk davasında hasımlar vardır. Oysa kamu davasında savcı, hasım değildir. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasında yargıcın yardımcısıdır. Bu yüzden mutlaka sanığın aleyhine davranmamaktadır. Savcı, sanığın yararına olan kanıtların da toplanmasını (ECYY, m. 153/2, YCY, m. 160/2) ve sanığa daha az yaptırım uygulanmasını isteyebilen bir öznedir<sup>36</sup>.

### 3-Kazanılmış hak

1929/1412 sayılı ECYY'nin 326/4. madde ve fıkrasını açıklayan gerekçede yasa koyucuya göre, kuralın yaslandığı nedenlerden biri “kazanılmış hak”tır. Bu gerekçeyi sadece eski öğreti<sup>37</sup> değil, özellikle Yargıtay<sup>38</sup> ve

---

<sup>34</sup> Kunter, 666, 667.

<sup>35</sup> Kunter, 667, 668; Pisani, s. 43, 44.

<sup>36</sup> Kunter, s. 668; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 331 vd.; Pisani, s. 43, 44; Erem, s. 582.

<sup>37</sup> Sözelimi, Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1950, s. 402. Merhum Yazar, “...çünkü, diyor, bu hallerde mahkûm için müktesep bir hak vardır.” Oysa bu evrede temyiz davasında karar bozulduğuna ve kesinleşmediğine göre ortada henüz bir “mahkûm” değil, sadece “sanık” vardır. Yazarın Fransız hukukundan esinlendiğini düşünmekteyiz. Ancak Fransız hukukunda “istinaf davasını açan”dan söz edilmekte, sanıktan/suçun etkin öznesinden değil. Eğer katılan istinafa başvurmamışsa, başvuran da ödünceye karşı çıkmamışsa, elbette ödünce kesinleşecek, kazanılmış hak söz konusu olacaktır. (S. Selçuk)

Danıştay<sup>39</sup> da sürekli benimsemiş görünmekte, bu görüşe kararlarında çok sık vurgu yapmaktadır.

Özel hukukta bile gittikçe önemini yitirmekte olan kazanılmış hak görüşü<sup>40</sup>, bir ölçüde hukuk davalarında açıklanabilir bir nedendir<sup>41</sup>. Bu yüzden özel hukukta bunun bir bakıma edilgin biçimde var olduğu ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. Ancak kamu düzeniyle ilgili olan ceza davalarında, Ferri'nin 1929'da vurguladığı üzere, özü nedeniyle hukuka aykırı bir davranış olan suçun hak doğrucu bir araç olarak benimsenmesi, ne hukukla ne de ahlakla bağdaşmaktadır. Dolayısıyla bu görüş, suç (ceza) hukukunun hukuksal, ahlaksal, toplumsal temellerine aykırı düşmektedir<sup>43</sup>.

Yargıtayın eski ve yeni bir kararında bu düşüncüyü eleştirmiş<sup>44</sup> bulunması umut vericidir. Dileğimiz bütün yargıçlarca bu eleştirinin benimsenmesidir.

#### 4-Adalet/hakkaniyet

1929/1412 sayılı EYY'nin 326/4. madde ve fıkrasını açıklayan gerekçede yasa koyucuya göre, kuralın yaslandığı nedenlerden bir başkası da, adalet/hakkaniyet, gerekçedeki anlatımla “madelet (adil olmak) gibi yüksek bir prensip”tir<sup>45</sup>.

Kuralın, Alman hukuku uygulamasında bu düşünce ile ortaya çıktığı belirtilmiştir. Buna yaslananlar, aslında suç (ceza) hukukunda sürekli olarak yalnızca suçludan yana olma düşüncesinin etkisi altında kalanlardır. Oysa çağdışı<sup>46</sup> bu çıkar düşüncesi, ceza hukukunun kamu düzenini koruması amacıyla bağdaşmamaktadır. Dahası, suç yargılama hukuku, salt sanık için adalet peşinde değildir. Adil karar, maddi gerçeğe en uygun karardır.

---

<sup>38</sup> Özellikle, içerik açısından doğru olan 8.2.1950 tarih ve 21/1 sayılı içtihatları birleştirme kararında da kazanılmış hak kavramına dayanılması tam bir talihsizliktir. Öbür örnekler için bakınız: CGK, 24.4.1950, 324/124, 21.3.1977, 103/126, 23.3.2004, 41/70, 4.3.2008, 47/43, 1.4.2008, 53/70, 13.10.2010, 72/89, 12.12.6.2006, 301/296; 1. CD, 16.7.2009, 9334/4810, 20.10.2010, 9610/205; 6. CD, 7.7.2008, 10402/15264, 2.7.2009, 8791/10999, 31.3.2009, 18724/3712, 8. CD, 18.3.2009, 19600/3147; 9. CD, 6.10.2010, 3008/10164.

<sup>39</sup> 12. D, 25.1.2008, 5835/320.

<sup>40</sup> Kunter, s. 669, 670, 674, 678, 679.

<sup>41</sup> Erem, s. 580.

<sup>42</sup> Pisani, s. 42.

<sup>43</sup> Ferri, Enrico, Principii di diritto criminale, 1929, s. 149.

<sup>44</sup> CGK, 28.2.1938, 62/92; 23.2.2010, 230/32.

<sup>45</sup> Benzer açıklama: Pisani, s. 47 vd.

<sup>46</sup> Merhum Kunter, buna “soysuzlaşmış” demektedir (s. 669).

Ayrıca sanığın yargıcın yanlışından yararlanması düşüncesi de yersizdir<sup>47</sup>.

#### 5-Toplumsal yarar

Kural, toplumsal yarara dayanmaktadır. Bu nedenle kazanılmış hak görüşünü reddeden Yargıtay CGK'nın 28.2.1938 tarih ve 62/92 sayılı kararı yerindedir. Bu görüşü savunan Merhum Kunter, ilk karara karşı çıkan olmadığı takdirde daha sonra aşılmaması gereken bir tavan bulunmasının daha âdil olacağını savunmuştur<sup>48</sup>.

#### 6-Yüze karşılık

Kural, bir başına açıklanamaz. Yargılama hukukunun kimi ilkelerinden yola çıkılarak bu kurala ulaşmak olanaklıdır. Bu önemli kurallardan biri “yüze karşılık ilkesi”dir. Bu ilke sayesinde sanık, aleyhinde olan bütün konularda “savunma hakkı”na sahiptir. Eğer bu kural olmasaydı, savunması alınmadan, dolayısıyla yargılama diyalektiği örselenerek onun zararına sanık hakkında bir karar alınmış olacaktı<sup>49</sup>.

#### 7-Yasa yolundan umulan yarar

Yasa yoluna başvurmanın önkoşulu, bir “yarar”ın bulunmasıdır. Bu önkoşul gerçekleşmediği zaman, bu yola başvurulamaz ve dolayısıyla da kurulan hüküm, yararı olduğu için bu yola başvuran sanığı daha kötü duruma düşüremez, zarara sokamaz<sup>50</sup>.

#### 8-Gerçekçi ve tutarlı görüş

Günümüzde öğretisi, gerçekçi ve tutarlı diye adlandırılabilir olan görüşte birleşmiş görünmektedir. Gerçekten hüküm giyen sanık, yasa yoluna başvururken bir kaygı taşıdığı için her zaman duraksar. Bunun nedeni açıktır. Çünkü yasa yolu davasını açan her birey, her zaman şu sorunun yanıtını aramaktadır: “Hüküm kendi aleyhine bozulur ve durumu daha da çok kötüleşebilir mi? Bu olasılık var mı?” Hatta hükmü haksız bulan sanık da bu kaygıyı taşıyacak, bu yüzden de çoğu kez haksız olan bir hükmü bile kabullenip sineye çekecek ve yasa yoluna başvurmayacaktır. Oysa sanık hukuk düzenine güvenmeli, bu kaygıyı taşımadan ve çekinmeden yasa yoluna başvurabilmeli, hak arama hakkını kullanabilmelidir. Ters durumda açık bir çelişkiye teslim olunacak demektir. Gerçekten bir

---

<sup>47</sup> Erem, s. 580; Kunter, s. 669; Keskin, s. 410, 414; Yüce, s.170, 173.

<sup>48</sup> Kunter, s. 670; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1666.

<sup>49</sup> Carulli, ileten: Erem, s. 582.

<sup>50</sup> Erem, s. 582; Pisani, s. 41-47.

yandan yasa yoluna başvurma hakkını tanımak, öte yandan bu hakkı kullandığı takdirde kendi aleyhine doğacak sonuçlara katlanacağı tehdidinde bulunmak, birbirini çürüten ve yok eden olasılıklar yaratmak tam bir çelişki olacaktır. Suç (ceza) ve idare hukuklarında daha sonra yürürlüğe giren bir yasal hükmün yürürlük öncesi dönemdeki eylemlere, suçlara ve kabahatlere uygulanamayacağını (Anayasa, m. 38/1-3, Türk Ceza Yasası [TCY], m. 77/1-2, 2005/5326 sayılı Kabahatler Y, m. 5), hatta infaz rejimine ilişkin hükümlerde yürürlüğe girer girmez “hemen uygulanırlık ilkesini” “hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle” ilgili hükümlerde (TCY, m. 7/3) dışlayan bir hukuk düzeninde böyle bir tutum çelişkinin de ötesinde tam bir tutarsızlık olurdu<sup>51</sup>.

Görüldüğü gibi kural, sanığın yasa yollarına çekinmeden başvurmalarını güvence altına almakta ve yargı erkine güven ilkesine dayanmaktadır<sup>52</sup>. Yargılama hukukunda böyle bir güvence kuralından ve kurumundan elbette vazgeçilemez. Zira kural kaldırıldığı takdirde yasa yolu davasına başvuru azalacaktır. Ancak hukuka aykırı kararlar da kesinleşecektir. Bu ise güvenilir bir hukuk düzeni için gerçek bir tehlikedir<sup>53</sup>.

Suç (ceza) yargılamasında hem karma dizgeyi benimsemek, hem de savunma hakkını zayıflatmak yanlış ve “silahların eşitliği” ilkesine de aykırıdır. Yargılamada alinyazısıyla uğraşılacak ve bu açıdan yargılama makamlarının duyarlı olması gereken özne, suçludur. Bu yüzden ceza davasında denetim ilkesinin sürekli gözetildiği bir başka ilke de “suçludan yanalık (favor rei) ilkesi”dir<sup>54</sup>. “Yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma” kurumu, bu ilke ile yakından ilgilidir ve katı düzenlemelerden “insancı” yargılama hukukuna doğru yol alan suç ve yargılama hukuku politikasının özgürlükçü bir kazancıdır, yengisidir<sup>55</sup>. Hukuksal dayanağı tartışılmalı olsa bile kural, hiç kuşkusuz çağcıl hukukun “özgürlükten yana (favor libertatis) suç politikası”na da uygun düşmektedir. Zira Aydınlanma öncesi suç hukukunda inceleme konusu kuralın bulunması olanaksız-

<sup>51</sup> Ayrıntı için bakınız: Pisani, s. 47 vd. Ayrıca bakınız: Erem, s. 582; Yüce, Kanun Yolları, s. 173; Öztürk/Erdem, s. 187, 193, 200; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 684, 685; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul, 1976, II, s. 284.

<sup>52</sup> Delitala, s. 25, 174. Centel/Zafer, s. 733.

<sup>53</sup> Delitala, S. 174.

<sup>54</sup> Foschini, Gaetano, Sistema del diritto processuale penale, Milano, II, 1968, s. 265, 266, 523, 524.

<sup>55</sup> Bettiol, Giuseppe, Istituzioni di diritto e procedura penale, Padova, 1980, s. 206-208. Ayrıca, bakınız: Pisani, s. 61, dip not: 44.



dır<sup>56</sup>. Ama günümüzde geçmiş adalet anlayışına karşı bir tepkinin ürünü olan çağcıl suç politikasının bu kuraldan vazgeçmesi olanaksızdır<sup>57</sup>.

Yukarıdaki nedenlerle “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”, “demokratik devlet” ve “hukukun üstünlüğü” ilkelerinin de zorunlu sonucudur. “Her şey devlet içindir” anlayışından yola çıkan ve suç yargılamasını “güçlü devlet”i (Mahchtsstaat) kurmanın bir aracı sayan faşist düzenler, bu kurumu benimsemez, benimseyemez. Zira benimsemesi kendi ideolojisini, dolayısıyla kendisinin varlık nedenini yadsımaktır. Suç ve suç yargılama hukuklarının son amacını salt toplumu savunma düşüncesine indirgeyen, bu nedenle de sanığı adaletin adeta şamar oğlanı durumuna düşüren, devlet ve toplum uğruna bireye kıyan düşünceler, elbette her zaman yalınkat, yüzeysel ve tutarsızdır<sup>58</sup>.

Ayrıca suç yargılaması, diyalektiğe yaslanır; diyalektik de bu kuralı doğrular<sup>59</sup>, pekiştirir.

İtalyan öğretisinin “insancı” yaklaşımına karşılık, Alman öğretisinin ve uygulamasının kuralı “hukuksal iyilik/yarar” temeline dayandırdığı ve bundan şu sonucu çıkardığı ileri sürülmüştür: Yasa yoluna başvurma hakkının sınırlanması önlenmelidir. Suç yargılama hukuku bu temel üzerine kurulmalıdır. Yasa yoluna başvurmanın sınırlandığı bir düzende devlet, kendisi açısından adil yargılama görevini, sanık bakımından adil yargılama hakkını çiğnemiş olur. Bu kuralı benimseyen yasa koyucu, savcı dâhil, sanık yararına yasa yolu davası açanların sanığın durumunu iyileştirmek istediklerini düşünmüş ve bu durumu ağırlaştırmayı uygun bulmamıştır. O nedenle söz konusu ilke bütün yasa yolu davalarında kural olarak geçerlidir<sup>60</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini ve ekli protokollerini hukuk düzenine içselleştirmiş olan bir devlette sanığın öğretinin değindiği korkuyu yaşayarak haklarından vazgeçmesi düşünülemez. Tam tersine böyle bir düzende “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nın bütün boyutlarıyla, yani yaptırımın niteliği, niceliği ve hukuksal sonuçlarıyla bütün olarak benimsenmesi zorunludur. Elbette, suçun niteliğini kuralın kapsamı içinde düşünmek haklılık gerekçesini abartmak olacaktır. Çünkü Foschini’nin de haklı olarak belirttiği gibi kural, suç eyleminin kanıtlan-

---

<sup>56</sup> Delitala, s. 177.

<sup>57</sup> Manzini, IV, s. 575, dip not: 1.

<sup>58</sup> Benzer görüş: Erem, s. 583.

<sup>59</sup> Erem, s. 583.

<sup>60</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 685.

masıyla (sübut) ve nitelendirilmesiyle, yani eylemin hukuk düzenindeki adlandırılmasıyla (nomen juris) değil, sadece sorumlulukla, bu sorumluluğun doğurduğu yaptırım/ceza, daha iyi bir anlatımla bu yaptırımın/cezanın “kendisel/bireysel varlığı, kendi bütünselliği”yle (zatiyet, kendilik, entité, entità) ilgilidir<sup>61</sup>. Elbette sanık için de önemli olan, yaptırım ve yaptırımın sonuçlarıdır. Bu sonuçlar, sanığı korkutmamalıdır<sup>62</sup>. Bu hususları, Yargıtay da bir kararında yerinde olarak vurgulamıştır<sup>63</sup>.

Bütün bu nedenlerle kurala karşı çıkmamanın akılcı olduğunu savunan, ancak kitabının 7. ve 8. baskılarından sonra çok katı olduğu ve mahkeme kararlarının mutlak gerçeği değil, görece gerçeği yansıttığı, kesin olarak yargılanan nesnenin (kesinleşmiş hüküm) gerçek sayıldığı (res iudicata pro veritate habetur) ya da yargılanan nesnenin (kesinleşmiş hüküm) gerçek diye benimsendiği (res iudicata pro veritate accipitur) için bu görüşünden caydığını belirten Merhum Kunter, bu kuralla yetinmemiş; istinaf ve temyiz yasa yollarında bu kurala iki yeni kuralın da eklenmesi ve kuralın bunlarla desteklenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunlardan biri, hüküm sanık yararına bozulduktan sonra sonuç artık ağırlaştırılmamalıdır. İkincisi ise şudur: Değil mi ki, kaldırılan eski 1929/1412 sayılı EYY, temyiz (m. 3201); yeni 2004/5271 sayılı YYY, istinaf (m. 272/1) yasa yollarında istek ötesi yargılamaya olanak vermektedir ve bu husus yargılama hukukunun temelleriyle bağdaşmamaktadır; öyle ise aleyhe sonuç doğurmaması için, yeni Yasa bu aksaklığı istinaf yolunda benimsediğinden, istinaf yasa yolunda buna bir sınır getirmek gerekir. Bu sınır, şu olmalıdır: Bozmadan sonra kurulacak hükümde daha önceki yaptırımın sınırı aşılmamalı<sup>64</sup>.

Suç (ceza) yargılamasının hasımlar arasında yürütülen bir çekişme olmadığını unutmamak gerekir. Hasımlar arasında çıkar çatışmaları söz konusudur. Oysa suç yargılamasında devlet ile sanık (fail) arasında çıkar çatışması yoktur. Olamaz da. Zira sanığın yargılama sonucunda suçlu görülmemesi olasıdır. Bütün bunları gözeterek yasa koyucu, savcının sanıktan yana kanıtları da derlemesi ve sanıktan yana yasa yolu davası açması

---

<sup>61</sup> Tornare, s. 425.

<sup>62</sup> Keskin, s. 415-417.

<sup>63</sup> CGK, 17.11.1998, 282/348, YKD, 199, sayı: 1, s. 101 vd.

<sup>64</sup> Bu görüşler, Merhum Kunter’in yaptırımını sürekli yenileyen yazarlarca da benimsenmiştir (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1666, 1667). Bu görüşlerin benimsenmesi kuşkusuz, yasal bir düzenlemeyle ya da Yargıtayın bu doğrultuda vereceği kararlarla olanaklıdır. (S: Selçuk).

olgularını benimsemiştir<sup>65</sup>. Bir başka deyişle savcı suç yargılamasında hukuk davasındaki anlamda bir hasım değildir.

Demek, sanık yararına yasa yoluna başvurulduğunda kural uygulanırken, suç yargılama hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacından vazgeçilmeyecek, sadece yaptırımın kendisinin ve sonuçlarının ağırlaştırılmamasına özen gösterilecektir. Kuralı öngören maddenin bu temelde ve kapsamda düz enlenmesi ve yorumlanması zorunludur.

Kanımızca doğru, sağlıklı ve gerçekçi görüş budur. Yöntemince yürürlüğe girmiş hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri iç hukukun üstünde tutan (Anayasa [Ay], m. 90/6), hakları ve özgürlükleri güvence altına almak için hak arama (Ay, m. 36) yoluna dokunulamaz, başkasına aktarılamaz, vazgeçilemez haklar ve özgürlükler (Ay, m. 12) arasında yer veren ve hiç kimsenin kendi aleyhine suçlamada bulunmaya zorlanamayacağını (nemo tenetur se ipsum accusare, Ay, m. 38/5), suçlu zararına olan yasal hükmün geçmiş eyleme uygulanamayacağını, suçlu yararına yasal hükmün ise uygulanacağını (AY, m. 38/1, YTCY, m. 7) insanına duyuran bir Anayasa; adaletin sağlanması, maddi gerçeğin araştırılıp saptanması, yargılama haklarını öğrenme, kesin hüküm kuruluncaya dek suçsuz sayılma, savunma, denetim yargılamasına başvurma ilkelerine yaslanan ve sanığın yararına olan kanıtları da toplamayı zorunlu kılan (YCY, m. 160/2), EYY'nin yürürlükte bulunduğu dönemde gerekçesiz temyizde bunu sanık yararına temyiz sayan<sup>66</sup> bir yargılama; “hiç kimse kendisi aleyhine dava açamaz” (nemo agit in se ipsum), “hiç kimse kendi aleyhine durum yaratamaz” (nemo subrogat contra se) gibi Eski Roma'dan bu yana geçerli temel ilkeler üzerine kurulu bir hukuk düzeninde yargı organı, dolayısıyla devlet, özellikle yargılamanın en önemli öznesi olan sanığı gafil avlayarak beklemediği yaptırımlarla karşı karşıya bırakamaz; sanığa “keşke yasa yoluna başvurmaysaydım da haksız da olsa verilen cezaya katlanıp onu çekseydim” dedirtemez. Bunu dedirten bir düzende yadsınan, aslında yalnızca birey değil, devlettir de. Hak arama özgürlüğünü kullanırken insanını pişman ettiren bir devlet, hukukun üstünlüğüne yaslanan bir devlet olmak şöyle dursun, henüz erginliğini bile kanıtlayamamış ilkel bir yapıdır.

Dahası Türk hukukunun bu yolu yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü yasa yolu davalarında bile benimsemesi, bir

---

<sup>65</sup> Delitala, s. 14-16.

<sup>66</sup> CGK, 1.4.1968, 52/118.

bakıma ayrıksı da olsa, kuralın geniş yorumlanmasını özendirir, kışkırtır niteliktedir. Zira yargılanmış nesnenin gerçek sayılmasının ya da gerçek diye benimsenmesinin karşısında Roma hukukundan bu yana bilinen iki kuralın daha bulunduğunu unutmamak gerekir. Bunlardan birincisi şudur: “Yargılanmış nesne (kesinleşmiş hüküm), taraflar arasındaki hukuku yaratır” (res iudicata ius facit inter pares). İkincisi de şu: Yargılanmış nesneyi (kesinleşmiş hükmü) yeniden ele almak kötü örnektir (res iudicata restaurari exemplo grave est). Bütün bunlara karşın Türk, Alman ve İtalyan hukukları, olağanüstü yollarda bile bu kuralı benimsemiştir.

## VI-KURALIN UYGULANABİLİRLİK KOŞULLARI

Bilindiği üzere Türk Yasa koyucusunun bu konudaki anlatımları çeşitli biçimlerde ve kullanılan sözcükler ve anlatım açısından, tekdüze, bir örnek değildir: “...yeniden verilen hüküm, önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” (m. 265); “...yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (m. 283, 307/4); “Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” (309/4-b); “...yeniden verilecek hüküm, önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez ” (m. 323).

Hemen bütün yasalarda, YTCY ve YCYY’de sık rastlanan bu türden değişik anlatımların bilinçli olmadığı, dilin gelişigüzel ve özensiz kullanılmasından kaynaklandığı açıktır.

Buna karşılık yukarıda da değinildiği üzere FCYY’ kullanılan anlatım çok dikkat çekicidir: “Mahkeme (istinaf), ... istinaf davası açanın yazgısını (alinyazısını, kaderini) ağırlandıramaz” (La cour ne peut ... aggraver le sort de l’appelant.” (m. 515/3). İCYY’de ise “...yargıç, tür (nitelik) ya da miktar (nicelik) açılarından daha ağır bir ceza veremez...vd.” (...il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità”...) anlatımı ve ayrıca kuralın kapsamını güvenlik önlemleri, etkin özneye tanınan yararları, hatta aklanma (beraat) söz konusu olduğunda ilk hükümden daha hafif bir nedene dayandırılmayacağını belirten anlatımı (m. 597/3) karşısında ülkemizdeki düzenlemenin çok dar ve yetersiz kaldığı açıktır.

Karşılaştırmalı hukuktaki bu düzenlemeler, öğreti ve yargının kuralın kapsamını, içeriğini ve sonuçlarını belirleyen görüşleri gözetilerek, kanımızca uçlardan arındırılmış doğru anlatım, şöyle olmalıydı: “Yalnızca suçun etkin öznesi (fail) yararına (...) dava açıldığında, etkin özne hak-

kında yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım ve hukuksal sonuçları, nicelik ve nitelik açısından eski hükümde öngörülenden daha ağır olmaz”<sup>67</sup>.

Bu anlatımlardan anlaşılacağı üzere, her şeyden önce ilk hükümde öngörülen “yaptırımı ve sonuçlarının ağırlaştırmama kuralı” yalnızca yaptırım ve bu yaptırımın hukuksal sonuçları açısından dır. Maddelerde geçen “ceza” kavramının yetersiz ve çok dar yorumlara yol açması, kuralın var oluş nedeniyle ve özüyle bağdaşmamaktadır. Ceza kavramının kapsamlı bir biçimde algılanması ve geniş yorumlanması zorunludur. Nitekim Alman, Fransız ve İtalyan öğretisi ile bu ülkelerdeki uygulamayı değerlendirmek ve örneğe yöntemiyle kuralın kapsamını genişletmek gerekmektedir.

Sanık yararına yasa yoluna başvurulduğunda sanığın durumunu yaptırım ve sonuçları açısından ağırlaştıracak bir uygulamaya izin verilmemesi için, iç içe girmiş bütün bu temel ilkelerin gözetilmesi, sanık yararına yasal normun saptanması, ortaya çıkan olasılıkların ayrı ayrı değerlendirilmesi, bozma sonrası hükümde yaptırımın (bizde cezanın) bu saptamaların ışığında öngörülmesi gerekir.

#### A-Biçime ilişkin koşullar

##### 1-Kuralın ancak belli yasa yolu davalarında uygulanabilirliği

Kurala göre, yasa yolu mercii, yasa yoluna başvuru isteğini ön inceleme sonucunda süre vb biçimsel nedenlerden dolayı (YCY, m. 279, 298, 319) ya da başvuruyu esastan reddetmişse (yani uygulamadaki yaygın deyişle ve ayrıca yargılanmanın yenilenmesi yolunda yasal deyişle hüküm onanmışsa, YCY, m. 280, 302, 323) kuralın uygulanması söz konusu değildir. Buna karşılık kural, denetim mercii, lehe yasa yolu incelemesinden sonra hüküm bozduğu (YCY, 280, 302) ya da duruşma yapıp yeniden hüküm kurduğu (YCY, m. 282) yahut da hükmün esasına hükmettiği (YCY, m. 303) veyahut da yargılamanın yenilenmesi yolunda hükmün iptaline karar verdiği (YCY, m. 323) takdirde mutlaka uygulanacaktır. Bir başka deyişle kural, hükmün bozulması ve iptali söz konusu olduğunda istinaf ile temyiz gibi olağan ve yasa yararına bozma ile yargı-

---

<sup>67</sup> Gerçekten ceza, “tayin edilmez”, belirlenir. Dört hükümde “belirleme”, bir hükümde “tayin” sözcüğünü kullanmak sözcük/deyiş tutarsızlığının; geleceğe yönelik bir eylem olduğu halde “yeniden kurulacak hüküm” yerine “yeniden verilen hüküm” denmesi anlatım bozukluğunun örnekleridir.

lamasının yenilenmesi gibi olağanüstü yasa yollarında uygulanacaktır (YCY, m. 265, 283, 307/4, 323/2, 309/4-b).

Kural, bozma sonrası ilk mahkemenin yargılama ve takdir yetkisine, yani “özgürlük ilkesi”ne getirilen bir sınırlama olduğuna göre, belli sınırlar içinde uygulanacaktır.

2-Kuralın yasa yolu davasına başvuran belli kişiler açısından uygulanabilirliği

YCY’de kimlerin yasa yollarına başvurabileceği belirtilmiştir (m. 260-262) ve Yasa inceleme konusu kuralı, EYCY gibi, sanık yararına yasa yoluna başvurulması ve hükmün bozulması ya da iptali durumunda benimsemiştir (m. 265, 283, 307/4, 323/2, 309/4-b).

İstinaf ve temyiz yasa yollarında sanık yararına başvurabilecek kişiler ise bellidir: Savcı, sanığın kendisi, savunmanı (müdafi), yasal temsilcisi, eşi.

Bundan başka sadece temyiz yasa yolunda “yalnız(ca)” denip (m. 307/4), genel hükümde (m. 265) ve öbür yasa yollarında (m. 283, 323, 309/4-b) denmemesi, bir anlatım yetersizliği ise de, sonuç değişmeyecektir<sup>68</sup>.

YCY, kendiliğinden temyiz davası açılmasına izin vermemiştir. Buna karşılık EYCY’nin yürürlükte bulunduğu dönemlerde kendiliğinden (resen) temyiz yolu davası açılmasına izin verilmiş, Yargıtayca bu tür temyiz davaları, sanık yararına sayılmış, denetim yargılaması buna göre yapılmıştır.

YCY ise sadece kendiliğinden istinaf davası açılmasına izin vermiştir (m. 272/1).

Acaba böyle durumlarda kararlar, sanık aleyhine bozulabilecek midir?

Bu soruya yanıt iki türlü olabilir. Eğer kendiliğinden yasa yolu davasında hüküm sanık yararına ve/ya zararına bozulabilirse sorunun yanıtı evettir. Bunun tersine eğer kendiliğinden yasa yolu davası, bilgisizlik, savsama gibi nedenlerle sanığın aleyhine bir sonuç doğmasını önlemek amacıyla konmuşsa sorunun yanıtı hayır olacaktır. Savcının temyizi durumunda, hükmün sanık yararına da bozulabileceğini kamu yararı düşüncesiyle benimseyen bir yasal düzende hayır yanıtının daha doğru olduğu açıktır. Yukarıda değinildiği üzere Yargıtay da sürekli bu görüşte olmuştur<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1666.

<sup>69</sup> Erem, s. 588

Aynı görüşün istinaf davasında da benimsenmesi gerektiği görüşündeyiz.

YCY, gerekçesiz temyiz davası ya da savcının istinaf davası açmasına izin vermemiştir. Ancak EYY'nin yürürlükte bulunduğu dönemlerde temyiz yolu davasında bu olanaklıydı. O zaman şu sorunun yanıtını da vermek gerekiyordu. Savcı, bir neden açıklamadan hükmü temyiz ettiğini bildirmekle yetinmişse, bu temyiz sanığın yararına mı yoksa zararına mı sayılacaktı? Doğru yanıt, bunu sanık yararına saymak olmalıydı<sup>70</sup>. Yargıtay da, sorunu yerinde olarak bu görüşü paylaşmak suretiyle çözmüştü<sup>71</sup>. Sanığın oluru/rızası olmadan savcının temyiz isteğinden vazgeçmesinin olanaksız bulunduğu bir hukuk dizgesinde sorunun bu biçimde çözülmesi kanımızca yerindedir (EYY, m. 295/1, YCY, m. 266/1)<sup>72</sup>.

YCY, sanık için gerekçesiz istinaf davası açılmasına izin vermiş, savcı için vermemiştir. Eşyanın doğası gereği sanığın kendisine karşı dava açması düşünülemeyeceğine göre ortada tartışılacak bir sorun yok demektir.

Çıkarları birbirleriyle çatışan sanıklar yasa yoluna gitmişlerse kuralın bütün sanıklar için geçerli olduğunu benimsemek kanımızca yasalar karşısında eşitlik ilkesinin gereğidir<sup>73</sup>.

Unutulmamalıdır ki, daha önce de değinildiği üzere, Fransız CYY, yalnızca sanığın değil, kim istinaf davası açmış ise onun alınyazısının kendi aleyhine ağırlaştırılamayacağını belirtmektedir (m. 515). Fransız Yargıtayı bu ayrık kuralın temyiz davalarında da gözetileceğine karar vermiştir<sup>74</sup>.

B-Öze ilişkin koşullar

1-Genel olarak

Önemle vurgulamak gerekir ki, burada söz konusu olan, sonuçta hükmedilen “yaptırım”ın, Yasa’mıza deyişle “ceza”nın bozma ya da iptal öncesi yaptırımdan, cezadan ağır olmamasıdır. Bozma sonrası eyleme konulan tanı, suçun adı (nomen juris) değişebilir ya da aynı suçun yalın yahut da türevine, yani nitelikli biçimlerinden birine dönüşebilir. Artırıcı, indirici nedenler uygulanabilir. Yeter ki, son çözümlemede yargıcın son hükmünde öngördüğü yaptırım, ceza eskisinden ağır olmasın. Yargıç kararını

---

<sup>70</sup> Erem, s. 588, 589.

<sup>71</sup> CGK, 1.4.1968, 52/118.

<sup>72</sup> Erem, s. 589.

<sup>73</sup> Aynı görüş: Erem, s. 589.

<sup>74</sup> Garraud, V. n. 1730; Merle, n. 838; Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 948, 967; Guinchard/Buisson, n. 1418, 1469.

bütünüyle verdikten sonra uyguladığı yaptırımı, cezayı eskisiyle karşılaştırsın. Eğer öngörülen ceza eskisinden hafif ise hiçbir sorun olmayacaktır. Tersine yaptırım, ceza eskisinden ağır ise yargıç, YCYY’nin kurala ilişkin maddelerine dayanarak eski cezayı verecektir.

İşte tam da bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus şudur: Yaptırım/ceza kavramı sonuçlarıyla birlikte değerlendirilmesi gereken bir bütündür.

Gerçekten sanık/hükümlü, kısaca suçun etkin öznesi/fail yararına yasa yolu davasından sonra genelde küresel hukukta “yaptırımın ağırlaştırılmaması”, ülkemizde “cezanın ağırlaştırılmaması” demek, sanığın/suç özneminin/failin durumunun kurulan ilk hükmün bozulması (ya da iptali) anındaki durumda korunması, daha sonraki kararlarda sanığın/failin yazgısının ağırlaştırılmaması demektir.

Yasal düzenlemelerdeki “yaptırım” ya da “ceza” kavramı dar yorumlanmamalıdır. Yorumlanamaz da. Bu kavramın içine, yaptırımın/cezanın kendisel varlığı (être en soi) ve bu varlığın doğurduğu leh ve aleyhteki bütün sonuçlar dâhildir. Çünkü yaptırım/ceza kavramı kendisiyle birlikte bir bütündür; örselenemez, parçalanamaz. Bu nedenle yaptırım/ceza bütün sonuçlarıyla birlikte varlık kazanır ve bu bütünlük kendisiyle birlikte bütün sonuçlarını doğurur. Bu bağlamda söz konusu sonuçların içine bütün lehe yasal sonuçlar, yani ilk hükümde öngörülen cezaya/yaptırıma bağımlı ve doğal bütün sonuçlar, sözgelimi, süreleri yasal biçimde önceden belirlenmiş bütün lehe düzenlemeler girecektir<sup>75</sup>. Değiş yerindeyse burada “hattı müdafaa yoktur, sathı müdafaa vardır”. O sath da daha önce uygulanan cezaya içkin lehe düzenlemenin bütün sonuçlarıdır. Sanığın durumunu kötüleştirmemeyi öngören yasal hüküm, hukuk düzeninin bütününden soyutlanarak ve atomlaştırılarak yorumlanamaz. Böyle yorumlandığı takdirde hukuk düzeninin öbür hükümleriyle çatışma, en azından sürtüşme yaşanır. Bu ise yorum disiplinine aykırıdır. Nitekim Bat hukukunda, öğreti ve uygulama ilkeyi böyle algılamış, cezanın bütün sonuçlarını kuralın içinde değerlendirmiştir. Özellikle eylemin (suçun) niteliğinin, yani eyleme konulan tanının (teşhis) ve dolayısıyla suçun adının (nomen juris) değişmesi söz konusunda olduğunda sıklıkla yaşanan bu olgunun sanığın/etkin özenin durumunu ağırlaştırmamasına özen gösterilmesi, yukarıda açıklandığı üzere Batı öğretisi ve uygulamasında sürekli vurgulanmıştır. Kuşkusuz bu noktada belirtmek istenen şudur:

---

<sup>75</sup> Foschini, Tornare..., s. 425.



Eyleme konulan tamı (teşhis), yani eylemin hukuk düzenindeki adı (nomen juris) değişse bile, yaptırım/ceza değişmeyecektir. Ancak bu değişmeme, yargının anladığı gibi<sup>76</sup> yalınkat ve yüzeysel değildir. Yukarıda değinildiği üzere o hükümde yer alan yaptırımın, cezanın varlığıyla, niceliğiyle, niteliğiyle, içeriğiyle ve sonuçlarıyla bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

Elbette burada özellikle yaptırımın, cezanın derecesi ve ağırlığı (gravità) kavramı, tür (espèce, specie), nitelik (qualité, qualità) ve nicelik (miktar, quantité, quantità) açısından bütün hukuksal, normatif sonuçları ile ayrılmaz parçaları ve bu arada ilk hükümdeki cezanın sağladığı bütün yararları kapsamaktadır. Yeni hüküm kurulurken ortaya çıkacak bütün eylemler ve hukuksal olumsuzluklar da dışlanacaktır. Manzini'nin ve 22.11.1929 tarihli kararından bu yana İtalyan Yargıtayının vurguladığı gibi uygulanacak yaptırımın, cezanın sonuçları ağır olmadığı takdirde inceleme konusu yasak gündeme gelmeyecektir. Kısaca daha sonra kurulacak hüküm, bütün bu açılardan eski hükümden daha ağır olamayacaktır<sup>77</sup>. Yeter ki, hepsi yaptırım/ceza kavramına girsin ve bunun sonuçları olsun.

Bu kapsamda değerlendirilmediği takdirde YCY' de yer alan “yaptırımı (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı” anlamsız ve işlevsiz kalacaktır; istinaf ya da temyiz bozmalarında “yaptırımın, cezanın ağırlaştırılmaması” yolundaki uyarılar, gereksiz bir fazlalık olmaktan öteye geçemeyecek; “yaptırımı (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı”nın amacı gerçekleşmeyeceği gibi, kendi yararına yasa yolu davası açan sanık/etkin özne bu davayı açtığına pişman edilecek ve son çözümlemede kuralın varlık nedeni de ortadan kalkacaktır. Tam bu noktada yargıcın kendisine sorması gereken soru şudur: “Sanık cezanın infaz aşaması da dâhil aleyhine bir sonuç doğacağını bilseydi hakkında verilen karara karşı yasa yolu davası açılmasına rıza gösterir ve izin verir miydi?” Elbette bu sorunun yanıtı “göstermezdi, vermezdi” biçiminde olumsuz olurdu ve sanık ilk hükümdeki yaptırımın, cezanın ve bunun sonuçlarıyla yetinirdi. Bu açıdan anımsatalım ki Fransız hukukundaki düzenleme düşündürücüdür ve yorumda açılım yaratacak niteliktedir. Gerçekten bu hukukta “istinaf davası açanın yazgısının ağırlaştırılması” yasaklanmakta ve bu yasak yargısal kararlarla temyiz davasında da geçerli kılınmaktadır.

---

<sup>76</sup> Sözelimi, CGK, 17.11.1998, 282/348, 13.4.2010, 72/89.

<sup>77</sup> Garraud, IV, n. 1732; Pisani, s. 55, 67, 78-80, 87-90, 106, 107; Delitala, 22, 24, 53; Manzini, IV, s. 577, 578, 580 (İtalyan Yargıtayı, 18.10.1918, 14.11.1920, 3.12.1920) ve bu kaynaklarda yer alan öbür İtalyan yazarları.

Son çözümlemede, sonradan kurulan hüküm, Manzini'nin haklı olarak belirttiği üzere, artık gerçek bir suç (ceza) davasından çok, akademik bir dava olmaktadır<sup>78</sup>.

İşte sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek ve öze ilişkin için koşulları tam belirleyebilmek için, yukarıda sergilenen “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırtaşıramama kuralı”nı gözeterek, suç (ceza) hukuku normlarını zaman açısından uygulanabilirlik ilkeleriyle birlikte ele almak ve ayrıca yasal normun kimliğini doğru saptamak zorunludur. Zira ilk bakışta bir infaz hukuku hükmü görüntüsünü veren hapis cezasının ertelenmesinin koşulları, koşullu salıvermede cezaevinde kalma süresi cezanın daha ağır olması sonucunu doğurabilir. Gerçekten yaptırım/ceza nicelik açısından özdeş olsa bile nitelik açısından farklı olabilir, dolayısıyla etkin özne için başka ve ağır hukuksal sonuçlara yol açabilir. Bu nedenlerle inceleme konusu kuralın hukuksal özünü, kapsamını ve uygulama alanını belirleyebilmek için gerek yargılama, gerek suç (ceza) hukuku açısından kimi kuralları ve koşulları anımsamakta yarar vardır.

Hukukta genel ilke bellidir: Eylemin işlendiği ya da işlemin yapıldığı zaman yürürlükte bulunan yasal hükmün uygulanması

Bu genel ilke, bütün yasal hükümler için geçerlidir. Yürürlük kurallarına göre özel hukukta, yargılama hukukunda, kamu hukukunda, kuşkusuz suç (ceza) hukukunda da geçerli olan bu ilkeye göre, eylemin ve/ya işlemin gerçekleştirildiği sırada hukuk açısından yürürlükte ve geçerli olan hüküm uygulanacaktır. Fransız Yurttaşlar Yasası'nın (medeni kanun) özdeyişiyle “Yasa, yalnızca geleceği düzenler; geçmiş etkilemez.” (m. 2).

## 2-Yasal normun kimliğini belirleme zorunluluğu

Ancak bütün yasal düzende geçerli olan bu genel ilke katı ve ayrıksız değildir. Dolayısıyla suç hukukuna, hatta yargılama hukukuna, suç (ceza) hukuku yaptırımlarının yerine getirilmesi (infaz) hukukuna ilişkin hükümlerin uygulamasında kimi yumuşatıcı ayrıksı kurallara gerek duyulmuş; yasal hükümlerin geçmiş ve geleceğe uygulanabilirliği benimsenmiştir. Bu ayrıksı kuralların kapsamı normun ait olduğu hukuk dalına ve insanı adalet anlayışına göre değişmektedir. Bunun yanı sıra bir yasanın yürürlüğü ile geçmiş uygulanabilirliği ve yasanın yürürlüğe girer girmez hemen uygulanırılığı ile iki cezadan hangisinin daha ağır bulunduğu olguları, elbette birbirinden farklıdır. Bu konuda her şeyden önce yasal hük-

---

<sup>78</sup> Manzini, IV, s. 580.

mün/normun kimliğinin, yani hangi hukuk küresine ait olduğunun saptanması zorunludur. Çünkü konumuzla ilgili olarak soruna yaklaşıldığında cezanın sonuçlarını da değerlendirmek zorunludur. Sanık ya da sanık yararına bir başkası yasa yolu davası açtığında hakkında uygulanan yaptırım, ceza, sonuçlarıyla birlikte eskisinden daha ağır olamayacağına göre, “yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı”, ilke olarak suç (ceza) hukuku, ayrıksı olarak başka hukuk normlarının uygulanmasında da gündeme gelir. Bu nedenle yaptırım (ceza) ve sonuçlarını değerlendirebilmek için yasal normun kimliğini, hangi hukuk küresine ait olduğunu saptamak zorunludur.

Kuşkusuz, suç (ceza) yargılama hukukunda bu kuralın uygulanma olanağı yoktur. Çünkü yargılama hukukunda yürürlüğe giren yasal normun, leh ve aleyhte olduğuna bakılmaksızın, kimi ayrıksı durumlar saklı kalmak üzere, hemen uygulanması kuralı geçerlidir. Ancak kimi zaman bir yasal hükmün suç hukukuna mı yoksa yargılama hukukuna mı ait olduğu konusunda duraksama yaşanabilir. Bu duraksamanın giderilmesi zorunludur.

Bir yasal normun suç ya da yargılama hukukuna ait olup olmadığı konusunda ilk ölçüt biçimseldir. Kural olarak suç yasasındaki norm suç normu, yargılama yasasındaki norm da yargılama normudur. Ancak bu ölçütle yetinmek her zaman sağlıklı değildir, aldattıcıdır. Konumuzla fazla ilgili olmamakla birlikte örnek olarak anımsayalım ki, sözgelimi yakınlık, karar, izin bir yargılama koşulu olmakla birlikte ceza yasasında yer almıştır. Önödeme, suçluların geri verilmesi de böyledir. Bu nedenlerle bu duraksamayı aşabilmek için normun niteliğine/yapısına bakmak gerekir. Norm, suçun varlık koşulları, öğeleri, yaptırımların nitelik ve nicelikleri, ceza sorumluluğu vb. konulara ilişkin ise elbette suç normudur. Buna karşılık işlenen bir suç söz konusu olduğunda eylemi yapan kişiye ulaşabilmek için düzenlenen, soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesiyle ilgili normlar, suç yargılama hukuku normlarıdır<sup>79</sup>.

İnfaz hukuku normları açısından konuya yaklaştığımızda da yine aynı durumla karşı karşıya gelinir. Bir normun suç hukuku ya da infaz hukuku küresinden hangisine ait olduğu konusunda da sık sık duraksama yaşanabilir. Çünkü bir norm suç (ceza) yasasında yer aldığı halde “infaz rejimi-

---

<sup>79</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara, 2008, s. 26-30.

ne ilişkin” norm ya da infaz yasasında bulunmasına karşın suç hukuku normu olabilir.

Buradan çıkan önemli sonuç şudur: Normun kimliğini belirlemede yer aldığı yasa değil, yasa ile birlikte normun yapısına ve hangi amaca hizmet ettiğine bakmak gerekir.

a-Suç (ceza) hukuku normları

Konumuzla dolaylı olarak ilgili bulunduğu için kısaca belirtelim ki, uygulanacak norm suç hukukuna ait bir norm olduğu ve yasal normlar ardına yürürlüğe girdikleri zaman elbette hemen uygulanırlık kuralından söz edilemeyecektir. Özellikle suç hukukunda anayasal boyuttaki “suç ve cezaların yasallığı ilkesi”nin doğal ve zorunlu sonuçlarından birisi şudur: Suç oluşturan eylem ne zaman işlenmişse sanık hakkında o zaman yürürlükte bulunan yasal norm/hüküm uygulanacaktır. Dolayısıyla hiç kimseye eylemi işlediği sırada yasada bulunmayan bir eylem (suç) cezalandırılmayacak ve yasada var olan bir suç için de yasada yazılı olan yaptırımdan daha ağır bir yaptırım uygulanamayacaktır. Cezaya hükümlülüğün sonuçları konusunda da aynı ilke geçerlidir (Anayasa [Ay], m. 38/1, 2, 3 YTCY, m. 2, 7/1).

Yukarıdaki ilkedен bir alt ilke de çıkacaktır: Yasal hükümler birbirlerini izlerse, bu ardışık olanlardan lehe olan yasal hüküm uygulanacaktır.

Bir başka deyişle, kaldırılan eski yasal hüküm lehe, yeni yasal hüküm aleyhe ise, eski yasal hüküm; tersine kaldırılan eski yasal hüküm aleyhe, yeni yasal hüküm lehe ise yeni yasal hüküm uygulanacaktır. Bir başka deyişle son çözümlenmede lehe olmak koşuluyla kaldırılan eski yasal hüküm ya da yeni yasal hüküm geçmişteki eyleme uygulanacaktır. Bunun anlamı, eylem tarihinde yürürlükte bulunan yasanın uygulanması ilkesinden kimi zaman ayrılmak demektir<sup>80</sup>.

Ardı ardına yürürlüğe giren ceza yasalarının hükümleri söz konusu olduğunda ortaya çıkan olasılıkları üç öbekte toplamak olanaklıdır: Önceki yasada suç sayılmayan bir eylemin sonraki yasada suç olarak düzenlenmesi. Önceki yasada suç olarak düzenlenen bir eylemin sonraki yasa ile suç olmaktan çıkarılması (abolitio criminis, YTCY, m. 7/1). Sonraki yasa ile yürürlükteki yasadaki bir hükmün değiştirilmesi (YTCY, m. 7/1).

---

<sup>80</sup> Vinciguerra, Sergio, Diritto penale italiano, I, Padova, 1999, s. 309.

Kuşkusuz sonraki yasal düzenlemeler, bir başyasanın<sup>81</sup> (code, código, codice) genel ya da özel kesiminde ya da özel bir yasada (loi, legge, ley) yer alabilir.

Yürürlüğe giren ardışık suç hukuku hükümleri/normları, Fransız CYY gibi cinayet, cünha ve kabahat; ETCY'deki gibi cürüm ve kabahat diye suçun türü, öğelerin azalıp çoğalması gibi suçun yapısı, oluşması ya da yansımaları ya da ağırlaştırıcı/hafifleştirici nedenlerle, taksirli bir suçun kasıtlı suça dönüştürülmesi, nesnel sorumluluğun kapsamının genişletilmesi, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerin, önkoşulların, nesnel cezalandırılabilirlik ve yargılama koşullarının daraltılması, seçenekli davranışlı bir suçta seçenekli davranışların çoğaltılması/azaltılması, alışkanlık (itiyat) suçlarında koşulların esnekleştirilmesi/katılaştırılması, sonucu nedeniyle ağırlaştırılmış suçların çeşitlerinin artırılması, etkin pişmanlık nedenlerinin azaltılması vb. durumlarla ilgili olabilir.

Bütün bunları çözmek için yasal kurallar bellidir. Hukukumuz bakımından lehe olan yasal hükmün uygulanacağı ve infaz olunacağı, kaldırılan ETCY (m. 2) ve yürürlükteki yeni YTCY'de (m. 7) açıkça belirtilmiştir. Gerçekten çelişik ve duraksamalı kararlardan sonra son çözümlemede Yargıtayca da benimsenen “somut uygulama görüşü”, 2004/5252 sayılı TCY'nin Yürürlüğü ve Uygulanması Biçimi Hakkında Yasa tarafından da benimsenmiştir: “Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki yasaların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılmasıyla suretiyle belirlenir.” (m. 9/3). Alman Federal Mahkemesinin ve İtalyan Yargıtayının görüşleri de bu yöndedir. Farklı yaptırım türlerinde de aynı yöntem uygulanacaktır<sup>82</sup>.

Yaptırımların türlerinin azaltılması, nitelik ve nicelik açısından ağırlaştırılması, özgürlüğü bağlayıcı cezaların sürelerinin uzatılması, seçenekli cezaların daraltılması, cezaların çevrilmesinde daha katı koşulların öngörülmesi, güvenlik önlemine (tedbir) çevirmenin güçleştirilmesi ya da

<sup>81</sup> Burada bir öneride bulunmak istiyoruz. Bilindiği üzere Latince kökenli Batı dillerinde birçok konuyu bir arada düzenleyen “medeni kanun”, “ceza kanunu”, “borçlar kanunu”, “ticaret kanunu” “ceza muhakemesi kanunu” gibi yasal düzenlemelere Latince codex, Fransızca code, İspanyolca código, İtalyanca codice (sözcüğü, code civil, codice civile, code pénal, codice penale); özel bir konuyu düzenleyen yasal metinlere Latince lex, Fransızca loi, İspanyolca ley, İtalyanca legge gibi adlar verilmektedir. Türkçede de bu ayrımı yapmak ve eksikliği gidermek zorunludur. Bunun için biz, birincilere birleşik sözcük olarak “başyasa” (ceza başyasa, borçlar başyasa gibi), ikincilere sadece “yasa” (infaz yasası gibi) denmesinde yarar görmekteyiz. (S. Selçuk).

<sup>82</sup> Pagliaro, Antonio, La legge penale nel tempo, Enciclopedia del diritto, Milano, 1973, XXIII, s. 1072. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Katoğlu, s.137-149.

ortadan kaldırılması, failin yaş küçüklüğünün sınırının yükseltilmesi vb suçun etkin öznesinin/failin aleyhinedir. YTCY’de cezalar bağımsızdır, toplanamazlar. Cezaların toplanması (içtima) düzenlemesinde YTCY, üst sınır belirlememiştir. Bu düzenleme ETCY’ye göre elbette aleyhe sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu aleyhe düzenlemeler, ETCY döneminde işlenen suçlara elbette uygulanmamak gerekir<sup>83</sup>.

Ayrıca kararda yansıtılması zorunlu olmayan ek cezalar da söz konusu olabilir.

İşte “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırıştırma kuralı”nı uygularken yargıç, bütün bunların verilen cezaya nasıl yansıdığını hesaba katmak zorundadır.

Sözgelimi, ertelemeye, koşullu salıvermeye, para cezasına çevrilmeye ve ceza hükümlülüğünün sonuçlarına ilişkin düzenlemeler bütünüyle her iki yasada da somut olaya uygulandığı zaman kimileyin ilk bakışla adli para cezası öngördüğü için lehe sayılan yasal hükme göre daha kısa özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren yasal hüküm suç öznesinin/failin yararına sonuçlar doğurabilir. YTCY, ETCY’nin tersine, para cezalarında erteleme kurumunu benimsememiştir (m. 51). Bu durumda kısa süreli hapis cezası ile yüksek miktarda adli para cezası arasındaki karşılaştırma, bunların Yasa’daki sıra düzenine göre değil, somut uygulama ve sonuçlarına göre yapılmak gerekecektir. Üstelik adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu cezanın hapis cezasına çevrileceği anımsanırsa, bu konuda önceden kesin yargılarda bulunmak çok yanlış olacaktır<sup>84</sup>. Bu nedenle ilk ve son verilen cezaların karşılaştırılması böyle durumlarda son derece önemlidir.

Bu arada yeri gelmişken belirtelim ki, güvenlik önlemlerinin her biri özellikle özgürlüğü sınırlama açısından aynı ağırlıkta değildir. Güvenlik önlemlerinin bir kesimi her açıdan sadece etkin öznenin lehinedir, bir kesimi ise yükümlülükleri artırma ve özellikle özgürlüğü bağlayıcılık ya da sınırlayıcılık açısından failin aleyhinedir. YTCY’nin 7. maddenin ilk iki fıkrası bu önlemler hakkında da uygulanacak ve aleyhe hükmün geçmişe uygulanması olanaksız bulunacaktır. Bu konuda temel kurallardan ayrılmanın hiçbir hukuksal gerekçesi olamaz<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Katoğlu, s. 135.

<sup>84</sup> Katoğlu, s. 149.

<sup>85</sup> Katoğlu, s. 208, 215-217.

Bu nedenlerle “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nın sadece ceza yaptırımıyla sınırlandırılması hukuk düzeninde bir çelişkidir. İşte biz, bu gerekçeyle cezanın değil, yaptırımın ağırlaştırılmaması kuralından söz ediyoruz.

Kanımızca bu çelişkiyi dış ülkelerdeki düzenlemeler ışığında örnekseme yoluyla aşmak gerekir. Yargıtay, zorlım (müsadere) ceza değil, güvenlik önlemi olduğundan bu kuralın uygulanmayacağına karar vermiştir<sup>86</sup>. İzinsiz silah, uyuşturucu madde gibi niteliği gereğince suç olan nesnelere bir yana bırakılırsa suçta kullanılan, ancak yasak olmayan bir aracın (baston, makas gibi) zorlımına karar verilmesi mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması olduğuna göre zorlım kararının ilk hükümde verilmemiş olması, neden suçun etkin öznesinin aleyhine sayılması? Konunun zorlım yargılamasının daha sonra yapılması ile bir ilgisi yoktur. Böyle durumlarda, “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” dışlanmamalıdır<sup>87</sup>.

Kuşkusuz en iyisi, kuralın kapsamını güvenlik önlemlerini de içerecek biçimde değiştirmektir.

#### b-İnfaza ilişkin normlar

aa-Suç normu kapsamında kalan infaz normu ile salt infaz rejimine ilişkin normu ayırma zorunluluğu

“Yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”, geniş anlamda infazı da içeren yargılamanın her evresinde dikkate alınmalıdır. Yasalık ilkesinin ve adaletin gereği budur.

Elbette bu durum yeni düzenlemede birer infaz kurumu olarak öngörülen tekerrür ve ertelemeye ilişkin yasal düzenlemeler bakımından da geçerlidir. Gerçekten YTCY'nin "Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik (doğrusu, seçenekli, S. S.) olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur" diyen 58/3. madde ve fıkrası karşısında tekerrürün bir suç normu olduğu açıktır. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi lehe yasal düzenlemenin saptanmasında sadece yaptırım, özellikle ceza gözetilmemek gerekir. Erteleme, koşullu salıverme gibi düzenlemeler de gözetilerek sonuca ulaşılmalıdır. Yeni yasal düzenlemeden önce de öğretinin görüşleri bu doğrultuda olmuştur<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> CGK, 19.9.2006, 199/188.

<sup>87</sup> Keskin, s. 419; Manzini, IV, s. 579; Pisani, s. 68, 140; Garraud, n. 1732.

<sup>88</sup> Katoğlu, s. 137 ve dip not 180'deki kaynaklar.

Ancak “infaza hukukuna ilişkin hüküm” değil, YTCY’nin özenle seçtiği anlatım biçimine göre “infaz rejimine ilişkin hüküm” söz konusu ise kural olarak hemen uygulanırlık ilkesi geçerlidir (m. 7/3).

Demek, infaz yasalarında yer alsa bile infaz rejimine ilişkin olmayan normlar konusunda da bütün öğeler ve koşullar gözetilerek ulaşılabilecek lehe hüküm somut olaya uygulanmak gerekir<sup>89</sup> ve burada dikkat edilmesi ve unutulmaması gereken nokta, yukarıda da belirtildiği gibi, sadece ve sadece infaz rejimine ilişkin normatif değişikliklerin hemen uygulanacağıdır<sup>90</sup>. Bu görüş, her şeyden önce yeni düzenlenen infaz rejiminin iyileştirme amacına daha elverişli bulunduğu ve yaptırımı ağırlandırmadığı varsayımına dayanmaktadır<sup>91</sup>. Ayrıca hemen uygulanırlık kuralı benimsenmezse aynı rejime tabi olması gereken hükümlüler hakkında değişik uygulamalara yol açılacak, eşitlik ilkesi çiğnenecektir<sup>92</sup>. Yargıtay da, kimi ayrıksı durumlar dışında, bu görüştedir<sup>93</sup>. Nitekim YTCY’nin 7. maddesini "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç" diye değiştiren 29.5.2005 tarih ve 5377 sayılı Yasa'nın gerekçesinde şöyle denmektedir: "Yeni Türk Ceza Yasası'nın benimsediği yaptırım sisteminde amaç, hükümlüyü iyileştirerek yeniden topluma kazandırmak, hükümlünün toplum açısından oluşturduğu tehlikeyi azaltmak olduğuna göre, aralarında bir ayırım yapılmaksızın, ceza ve güvenlik önlemlerinin infazı bakımından hemen uygulama kuralı benimsenmiştir. Bu kuralı açık bir şekilde anlatabilmek için, Yasa'nın 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılması gereği duyulmuştur."

Sonraki infaz yasasının uygulanmasının hukuki güven ilkesi ile çelişeceğini ve bu ilkeyi sarsacağını ileri sürenlerin<sup>94</sup> görüşlerini bütünüyle savunmak belki zordur. Ancak infaz yasalarında yer alan her hükümde/normda hemen uygulanırlık ilkesinin katı olarak yaşama geçirilmesi de her zaman adil bir uygulama olmamaktadır. Zira bu uygulama kişi özgürlüğünü tehdit eden ve suç hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Özellikle kişi özgürlüğünü eski norma göre daha çok sınırlayan infaza ilişkin hükümlerde/normlarda durum

<sup>89</sup> Katoğlu, s. 149; Ranieri, Silvio, *Manuale di diritto penale*, I, parte generale, Padova, 1968, s. 66, 67.

<sup>90</sup> İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuk*, Genel Kısım, I, İstanbul, 2005, s. 101.

<sup>91</sup> Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s. 83; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, s. 225, 226.

<sup>92</sup> Dönmezer/Erman, n. 339; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 225, 226.

<sup>93</sup> CGK, 25.1.1982, 458/28, 17.4.2007, 32/97.

<sup>94</sup> Cadoppi, ileten: Katoğlu, s. 218.



böyledir<sup>95</sup>. En doğrusu, bu değişikliklerin, genellikle yaptırımların, özellikle de cezaların nitelik ve niceliğini değiştirmemeleri, ek yükümlülükler getirmemeleri koşuluyla hemen uygulanabilmeleridir. İnfaz uygulamasını ağırlaştırın, sözgelimi hücre hapsinin süresini uzatan bir hüküm infazına başlanmış bir cezaya uygulanmamalıdır<sup>96</sup>. İşte bu durumun çabuk ayrımına varan yasa koyucu, 29.5.2005 tarih ve 5377 sayılı Yasa'nın gerekçesini şöyle sürdürmüştür: “Ancak, bu düzenlemede hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrüre ilişkin hükümler bakımından, bu kuraldan ayrılmıştır. Yasa'nın sisteminde bir ceza infaz rejimi olarak benimsenen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır.”

O halde bu sorunu sağlıklı çözebilmenin en iyi yolu, “infaz rejimine ilişkin norm” kavramını belirlemekten geçmektedir. İnfaz yasalarında yer alan normların nitelikleri belirlenmeden o normun hangi hukuk küresine ait olduğunu anlamak, bu işlemi yapmadan sonuçlara ulaşmak yanıltıcıdır. İnfaz yasalarında öngörülen normlardan kimilerinin yargılama, kimilerinin suç (ceza) hukuku normu niteliğini taşımaları her zaman olanaklıdır<sup>97</sup>.

Bu nedenlerle YTCY'deki ”infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır” tümcesinde geçen “infaz rejimine ilişkin hüküm” deyişinin nesnel amacından yola çıkılarak temel hukuksal mantığını (ratio legis) ve kapsamını saptamak gerekir. Ancak bu saptama yapıldıktan sonradır ki, bu tür düzenlemelerin hangisinin infaza ilişkin rejimin uygulanmasına, hangisinin suç (ceza) hukukuna ait olduğu sorusunu yanıtlamak olanaklıdır. Bu konuda öğretilerdeki şu anahtar tanımın uygun ve yeterli olduğu görüşündeyiz: İnfazın salt eylemli olarak gerçekleştirilmesi biçimine yönelik hüküm/norm, “infaz rejimine ilişkin hükümdür/normdur”. Buna karşılık hüküm/norm, sanığa verilecek bir ceza ve bu cezanın varlığı, sözgelimi kısa süreli hapis cezasının önlemlerden birine çevrilmesi, tekerrür, hapsin ertelenmesi gibi konularla ilgili ise suç (ceza) hukukuna aittir<sup>98</sup>. Yineleme pahasına belirtmek gerekir ki, kurumların buldukları

<sup>95</sup> Katoğlu, s. 217, 218.

<sup>96</sup> Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 122

<sup>97</sup> Yargıtay da haklı olarak bunu vurgulamıştır: “3355 sayılı yasa ile 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde yapılan tadilat, hem ceza nevinde değişiklik yapması ve hem de tekerrür hükümlerinin uygulanmasını engellemesi yönünden maddi hukuk hükümleridir. Usul hükmü değildir.” (CGK, 16.11.1987, 380/546).

<sup>98</sup> Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara, 2007, s. 21; Katoğlu, s. 222.

yasanın bu konuda kesin bir ölçüt olamayacağı sürekli gözetilmelidir. Nitekim 1965/647 sayılı Yasa’dan önce koşullu salıverme, erteleme, tekerrür ETCY’de; 1965/647 sayılı Yasa’dan sonra erteleme ve koşullu salıverme bu Yasa’da, şimdi ise erteleme ve tekerrür YTCY’de, koşullu salıverme CGİY’de düzenlenmiştir. O zaman doğru ölçüt, yasal normun yukarıda tanımlamanın içinde kalıp kalmadığını belirleyen yapısal nitelidir. Bu tanım çerçevesinde ve aleyhe/lehe normlar ilişkisi içinde mantık yürütüldüğünde infaz yasasında yer alsa bile infazla ilgili bir kurumun önceden belirlenen koşullarla ve bireyin özgürlüğüyle ilgili bir hüküm/norm, ister istemez bir suç (ceza) hukuku hükmü/normu olacaktır. Esasen bu görüşten esinlenen 2005’in yasa koyucusu, daha önce belirtildiği üzere, üç kurumu hemen uygulanırlık kuralının dışına çıkarmıştır (29.5.2005 tarih ve 5377 sayılı Yasa): Erteleme, koşullu salıverme ve tekerrür (YTCY, m. 7/3). Çünkü ilk bakışta infaz kurumu niteliğini sergiler görünse bile, bu kurumların uygulanabilirliklerinin özellikle süre açısından lehe ve aleyhe hüküm ilkelerine göre belirlenmesi gerekir. Aslında bu türden ayrıksı bir hükme yer verilemeseydi bile sonuç değişmeyecek ve somut değerlendirmeye aynı sonuca ulaşılacaktı.

Ayrıca Yargıtayın, 2005 değişiklikleri öncesi dönemde verdiği ve infaz yasalarından hangisi lehe ise onun uygulanması gerektiği yolunda kararları da bulunmaktadır<sup>99</sup>. Kural olarak hemen uygulanması benimsenen infaz hukukuna ait yasal hükümlerin lehe sonuçlar doğurması durumunda geçmişe uygulanmaları da elbette olanaklıdır. Gerçekten Yargıtay, yasa koyucu kaldırılan 1965/647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Yasa’nın 3. maddesinde değişiklik yaptığı, bir yıl ve daha az süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaları kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak tanımladığı zaman, bunu lehe diye benimsemiş ve geçmişe uygulamıştır<sup>100</sup>.

Sözgelimi, o dönemde daha sonra yürürlükten kaldırılan 1965/647 sayılı İnfaz Yasası’nın kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların çevrilmesine ilişkin 4. maddesinde yapılan değişiklik de aleyhe sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle geçmişe uygulanmamıştır. Daha önceki yasal norma göre, bir gün karşılığı 20 ila 40 Lira iken sonraki yasal norm bu karşılığı 100 Lira’ya yükseltmiş ve Yargıtay bunu aleyhte saymıştır<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> 1. CD, 13.2.2001, 1093/482.

<sup>100</sup> 7. CD, 28.6.1989, 12094/7224.

<sup>101</sup> 4.CD/ısı 12.12.1979 tarih ve 7872/7798 sayılı kararı için bakanız: Dönmezer/Erman; s. 231, dip not: 15.

Fransız öğretisi infaza ilişkin hükümleri suç (ceza) yargılama hukuku hükümleri gibi değerlendirmektedir. Aynı doğrultuda düzenlenen 1992 tarihli Fransız CY'nin 112-2. maddesinin bu konuda ışık tutacak nitelikte olan 3. fıkrası ilkin infaza ilişkin yasal düzenlemelerin hemen uygulanır-lığı ilkesini koymaktadır: “Cezaların çektirilmesi (infaz) ve uygulanması rejimine ilişkin yasalar (yasal normlar), yürürlüğe girmeden önce işlenmiş suçlar hakkında hemen uygulanabilir (applicable immédiatement).” Bu tümcenin hemen ardından da öğretilerde “sınırlayıcı”<sup>102</sup>, “yumuşatıcı”<sup>103</sup> ve “uygar”<sup>104</sup> diye adlandırılan ve desteklenen şu tümce yer almaktadır: “Bununla birlikte bu yasalar (yasal normlar), mahkûmiyet kararınca öngörülen cezalar daha ağır sonuçlara yol açtıkları zaman, yalnızca onların yürürlüğünden sonra işlenmiş eylemler hakkında verilen mahkûmiyet kararlarında uygulanabilir.” Bir başka deyişle verilen kararlardaki cezadan daha ağır bir sonuç doğuran hükümler uygulanamaz<sup>105</sup>.

Görüldüğü üzere Fransız CY, infaz hükümlerinde de, çağcıl anlayışın ışığında, lehe ve aleyhe yasal norm ayırımını yapmaktadır. İlk tümceye eklenen bu ikinci tümce parlamentoda yapılan bir değişiklik önerisi üzerine benimsenmiştir. Sözgelimi, koşullu salıvermede cezaevinde kalma süresini uzattığı için özgürlükten yoksunluğu –ki bu yoksunluk, bizatihi cezanın vazgeçilemez bir ögesidir- öngören aleyhe bir yasal norm cezasını çekmekte olan bir hükümlüye uygulanamaz<sup>106</sup>. Bu düzenleme ve yorum yerinde ve tutarlıdır. Çünkü cezanın vazgeçilemez ögesi olan özgürlükten yoksunluk böyle bir normu, ceza bağlamında suç hukuku normu kılmaktadır.

Aslında Türk öğretisi de Fransız düzenlemesi ve öğretisi doğrultusundadır. Öğretiye göre, cezaların infazı ile ilgili rejimler değiştiğinde, hemen uygulanabilirlik ilkesi, ancak cezaların niteliklerini, sonuçlarını değiştirmemek koşuluyla uygulanabilir<sup>107</sup>.

Unutmamak gerekir ki, uygulanması düşünülen bir kurum, başka başka yasalarda düzenlendiği zaman, somut uygulamadaki sonuçları bakımın-

<sup>102</sup> Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard, Droit pénal général, Paris, 2000, n. 162.

<sup>103</sup> Merle/Vitu, Traité ..., droit pénal général, Paris, 1997, n. 282; Desportes, Frédéric/Le Guehec, Francis, Droit pénal général, Paris, n. 359, 360.

<sup>104</sup> Vinciguerra, s. 315; Merle, Roger/Vitu, André, Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, 1997, n. 282.

<sup>105</sup> Fransız Yargıtay CD, 7.6.1994.

<sup>106</sup> Merle/Vitu, Traité ..., droit pénal général, Paris, 1997, n. 282; Desportes/Le Guehec, n. 359, 360; Stefani/Levasseur/Bouloc, Droit pénal général, n. 162; Mayaud, Yves, Droit pénal général, Paris, 2004, s. 76.

<sup>107</sup> Dönmezer/Erman, I, n. 339.

dan farklı yasal düzenlemelerin, sözgelimi infaz yasasındaki düzenlemelerin de, tekrür örneğindeki gibi, gözetilmesi zorunlu olabilir<sup>108</sup>.

YTCY'nin 7. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme yapılmazdan önce kaldırılan ETCY döneminde de Yargıtay, yukarıda açıklandığı üzere, erteleme, tekrür, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların çevrilmesine ilişkin yasal hükümleri, suç (ceza) hukuku hükümleri kapsamında değerlendirmiş ve bu hükümler birbirini izlediği takdirde suça (ceza) ilişkin yasal hükümlerin birbirini izlemesi kurallarını uygulamıştır<sup>109</sup>. Sözgelimi, kısa süreli hapis cezasının tanımını hükümlü yararına değiştiren sonraki normun geçmişe uygulanmasını benimseyen Yargıtay, kaldırılan 1965/647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Yasa'nın 4. maddesinin dördüncü fıkrasındaki tekrüre temel oluşturan suçların kapsamını sınırlandıran değişikliği sanık yararına görmüş, geçmişe uygulanmasını benimsemiştir<sup>110</sup>.

Bu genel değerlendirmelerden sonra infaza ilişkin normlar bağlamında tekrür, erteleme ve koşullu salıverme kurumlarını daha yakından incelemekte yarar vardır.

bb-Suç normu olarak benimsenen üç kurum

aaa-Tekrür

Aslında tekrür kurumu bir suç (ceza) hukuku normu olduğundan buna ilişkin ağır düzenlemeler geçmişe uygulanamayacaktır. Bu konuda duraksama olmamak gerekir. YTCY'nin 7/3. maddesindeki düzenleme olmasaydı bile bu düzenleme varmış gibi yorum yapılması ve buna ilişkin aleyhe düzenleme yapan hükümlerin/normların geçmişe uygulanmalarını zorunluymuştu<sup>111</sup>. Nitekim Yargıtay da kaldırılan ETCY ile yürürlükteki TCY'nin buna ilişkin hükümlerini karşılaştırırken, lehe normun belirlenmesinde cezaya ilişkin sonuçlara etkili kurumların/kuralların somut olarak uygulanması temelinden yola çıkarak önceki Yasa dönemindeki tekrüre ilişkin düzenlemeleri de dikkate almak gerektiği görüşündedir<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Özbek, İnfaz Hukuku, s. 21

<sup>109</sup> Öztürk/Erdem, s. 81.

<sup>110</sup> Öztürk/Erdem, s. 81, 7. CD. 28.6.1989, 12094/7224; YCGK. 30.9.1991, 2-209/247. Yargıtay bir başka kararında da koşullu salıvermeyi maddi (ceza) hukuku normu olarak benimsemiş, hükümlü açısından "kazanılmış hak" oluşturduğu sonucuna varmıştır (6. CD. 5.7.1973, 6567/6535).

<sup>111</sup> Katoğlu, s. 222.

<sup>112</sup> 10. CD, 19.10.2005, 9276/13507; Katoğlu, s. 223-223. Bu konuda İtalya yaşanan süreç için bakınız: Katoğlu, s.223-225.

(Maddi) suç (ceza) hukukuna ait olduğundan aleyhe değiştirme yasağı kurumu tekerrür kurumunda uygulanacaktır<sup>113</sup>.

Gerçekten ETCY döneminde de Yargıtay, tekerrürle ilgili yasal değişikliklerin lehe ya da aleyhe olup olmadığını sürekli değerlendirmiştir. Ayrıca Yargıtay, tekerrür hükümlerinin uygulanması nedeniyle cezanın artırılmasında, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren ve cezanın hesaplanmasında lehe düzenlemeler içeren yasal normları da gözeterek karar vermiştir<sup>114</sup>. Yargıtay, tekerrür açısından cezanın niceliğine (miktarı) önem vererek lehe sonuçlar doğuran önceki normun ileri doğru uygulanabileceğine de hükmetmiştir<sup>115</sup>. Aynı doğrultuda tekerrüre temel oluşturan yasal hükümleri sınırlandıran değişiklikler de lehe olabilir. Gerçekten ECYY'nin 305. maddesinin 1983'te değiştirilmesiyle birlikte belli miktarın altındaki para cezalarıyla ilgili kararların temyiz olunamayacağı, dolayısıyla bu kararların tekerrüre konu olamayacağı sanık yararına benimsenmişti. Bundan başka geçmişteki hükümlülük kaydının kaldırılması sonucunu doğuran düzenleme de lehe olarak algılanmış, kaldırılması gereken hükümlülük kaydı, tekerrür açısından değerlendirme dışı bırakılmıştı<sup>116</sup>.

Kısacası, konumuz açısından yeni verilen ceza tekerrür nedeniyle eski cezaya göre ağırlaştırıcı sonuç doğurduğu takdirde “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı” gözetilecektir.

#### bbb-Erteleme

Ertelemeye ilişkin düzenlemelerde de sonraki yasa hükümleri failin lehine ve aleyhine sonuç doğurabilir. Böyle bir durumda somut yönteme göre saptanan lehe hüküm uygulanacaktır. Sözgelimi, önceki düzenlemeye göre ertelemeye tabi olmayan bir suçun sonraki yasa gereğince erteleme kapsamına girmesi durumunda bu sonuncu düzenlemenin uygulanması gerekecektir<sup>117</sup>. Kaldırılan 1965/647 sayılı Yasa döneminde, cezanın ertelenebilmesi, para cezasından başka bir ceza ile hüküm giyilmemesi koşuluyla bağlanmıştı. Bu Yasa'nın 6. maddesine göre, özgürlüğü bağlayıcı

---

<sup>113</sup> CGK, 20.6.2006, 124/165, 17.4.2007, 71/98.

<sup>114</sup> 6. CD, 26.6.2000, 4853/5284, ileten Katoğlu, s. 223.

<sup>115</sup> 10. CD, 17697/21682, ileten: Katoğlu, s. 223.

<sup>116</sup> 8. CD, 20.3.1995, 3644/3740, 28.6.1994 7398/8158, ileten: Katoğlu, s. 223.

<sup>117</sup> "... Sanık hakkında tertip olunan ceza, hükmünden sonra kabul edilip (11.5.1973 günü) Yürürlüğe giren 1712 sayılı yasa ile değişik 647 sayılı yasanın 6/2. Maddesi gereğince (suç tarihinde) 18 yaşını bitirmedikenden ertelenebilir hale gelmiş bulunması nedeniyle bu hususun mahkemece yeniden incelenip bir karara bağlanması gerekir." (CGK, 18.3.1974, 564/172, ileten: Katoğlu, s. 221.

cezadan dolayı hüküm giyilmesi durumunda, erteleme olanaksızdı, süreye bakmaya gerek yoktu. YTCY'nin 51. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendine göre ertelemeden yararlanılabilmesi için üç aydan fazla hapis cezasına hüküm giyilmemesi gerekir. Bu düzenlemenin somut olayda lehe sonuçlar doğurması elbette olanaklıdır. Öte yandan ETCY'ye göre, failin yasada öngörülen süre içinde yeni bir suç işlememesi durumunda hükümlülük kararı yok sayılıyor, hukuk dünyasından siliniyordu (m. 95). Oysa YTCY'ye göre "denetim süresi yükümlülükler için uygun ya da iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır" (m. 51/son) dendiği için hükümlülük kararı ve olgusu yok sayılmayacak, tekrür uygulamasında gözetilecektir. Bu ise elbette failin aleyhine bir düzenlemedir ve uygulamada değerlendirilecektir. Zira bir hükümlülük kararını yokmuş gibi gören bir hukuksal değerlendirme ile cezayı çekilmiş sayan değerlendirme birbirinden çok farklıdır. Elbette ikincisi failin aleyhinedir<sup>118</sup>. Sonraki yasal normun, ertelemenin sadece sonuçlarına değil, koşullarına ilişkin aleyhe hükümler öngörmesi de olanaklıdır. Erteleme kararı verilmesini zorlaştıran sonraki norm aleyhededir, hüküm tarihinde yürürlükte olsa bile hemen uygulanamaz<sup>119</sup>.

Bu arada Yargıtay, duraksama uyandıran çeşitli kararlar da vermiştir. Sözgelimi, Yargıtaya göre, erteleme güvenlik önlemi değilse de bir infaz kurumu olmaktan çok maddi (suç) hukuk kurumudur. Aleyhe değiştirme yasağı kuralının kapsamına girer. Ancak denetim süresi buna girmez<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> "765 sayılı TCK'ye göre verilip ertelenen ceza ile ilgili mahkûmiyet hükmü, sanık deneme süresi içinde suç işlemediği takdirde; 765 sayılı TCK'nin 95/11 ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun geçici 2/2. maddesi gereğince "esasen vaki olmamış" sayılacak ve arşiv kaydından silinmesine karar verilecektir. 5237 sayılı TCK'ye göre verilen ceza, sanık tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davrandığı takdirde infaz edilmeyecek, bu konudaki mahkûmiyet hükmü adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınacak, ancak arşiv kaydı hükümlü öldükçe veya kayıt tarihinden itibaren 80 yıl geçmedikçe silinmeyecektir. Buna göre, 765 sayılı TCK'nin 404/2. maddesi ile 647 sayılı kanunun 4. ve 6. maddelerine göre yapılan uygulama sanığın lehinedir." (10. CD, 19.7.2006, 671/9816; 10. CD, 27.9.2006, 597/10686, 19.7.2006, 3596/9809, Ayrıca bakınız: CGK, 28.6.2005, 50/86, ileten: Katoğlu, s. 221).

<sup>119</sup> "... Müeccel cezaya ait hüküm, haptisten çevrilen para cezasının asıl ceza sayılmasını gerektiren 3355 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 24.4.1987 tarihinden önce verilmiş olup, 647 sayılı Kanununun tecilli cezaya ait hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 4. maddesinin 4. fıkrasına göre, asıl ceza paraya çevrilen müeccel hapis cezası olduğu cihetle, 3506 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu asli ceza sayılan para cezasına ilişkin bulunan inceleme konusu sonraki hükmün, TCK'nin 95. maddesi açıklığı ve lehe uygulamayı öngören Kanunun 2. maddesi hükmü karşısında tecilin düşmesine yol açamayacağına gözetilmemesi yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına..." (2. CD, 7.6.1990, 5752/6509, ileten: Katoğlu, s. 222).

<sup>120</sup> CGK, 11.5.2010, 87/112.

Erteleme ne cezadır ne de güvenlik önlemidir. Süre, infaz aşamasında düzeltilebilir<sup>121</sup> gibi.

Kısacası “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı”, yukarıda anlatılanların ışığında değerlendirilmek gerekir. Ertelenen ceza, elbette lehedir. Aynı ceza ertelenmediği takdirde kural çiğnenmiş olur. Ayrıca yukarıda değinildiği üzere, her olayda erteleme bağlamında cezanın niteliğinin etkilenip etkilenmediği ele alınmalıdır<sup>122</sup>.

#### ccc-Koşullu salıverme

Koşullu salıvermeye ilişkin koşulları kolaylaştıran yasal norm elbette lehedir ve geçmişte uygulanacaktır. Tersine bunları ağırlaştıran düzenlemeler suçun etkin öznesi/fail aleyhinedir. Yukarıda da değinildiği üzere, yeni düzenleme koşullu salıvermede infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreyi artırdığı, bu da özgürlükle ilgili bulunduğu için suçun etkin öznesi/fail (hükümlü) açısından eski 1965/647 sayılı Yasa'nın hükümlerinde öngörülen süre uygulanacaktır<sup>123</sup>. Yine cezaevinden kaçan hükümlülerin şartla salıverilmeden yararlanabilmeleri için cezaevinde geçirmeleri gereken süreyi uzatan infaz normun hemen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir<sup>124</sup>.

Yeni Ceza ve Güvenlik Önlemlerinin İnfazı Hakkında Yasa (CGİY), cezaevinde iyi hal ile geçirilmesi gereken süreyi uzatmıştır. Önceki düzenleme ile infaz kurumunda iyi hal ile geçen süre yarı iken yeni düzenleme bu süreyi üçte iki olarak benimsemiştir. Bu durumda, koşullu salıvermeyi zorlaştıran sonraki yasal hükmün hemen uygulanması failin aleyhinedir, uygulanmamalıdır<sup>125</sup>.

Bir infaz kurumu olan tekerrür konusunda YTCY'nin 58/7. madde ve fıkrası uyarınca yargıcın cezanın çektirilmesinden sonra denetimli serbestlik önlemi uygulanacağını kararda belirtmediği ve karar sanık yararına temyiz edildiği takdirde aleyhe değiştirme yasağı kuralı gereğince infaz rejiminde faile bu önlemin uygulanmayacağını belirten Yargıtay

<sup>121</sup> CGK, 23.2.2010, 230/32.

<sup>122</sup> Fransız Yargıtayı CD, 13.6.1968, 31.3.1993, Stefani/Levasseur/Bouloc, n. 932; Guinchard/Buisson, n. 1418; Pisani, s. 110 vd; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 812.

<sup>123</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 135-139

<sup>124</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk ceza Hukukuna Giriş, s. 114.

<sup>125</sup> Katoğlu, s. 220, 221; Demirbaş, s. 138. Öte yandan, şartla salıverilme süresinin hesabında etkili olan diğer kanun değişiklikleri de dikkate alınmalıdır. "... 765 sayılı Yasaya göre verilmiş hükmün, içtimain sonucuna göre koşullu salıverilme hükümleri dikkate alındığında özgürlüğünü daha az kısıtlayacağımın, dolayısıyla lehte bulunduğu açıkça anlaşıldığından verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiş..." (1. CD, 13.3.2006, 1589/588, ileten: Katoğlu, 221.

kararları<sup>126</sup> karşısında çelişkiye düşülmemesi için, koşullu salıverme süresinin aleyhe uzatılmasının “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”nın kapsamına sokulması, bir zorunluluktur. Çünkü çelişen görüşler birbirlerini yok eder ve geçersiz kılar.

Yargıtay, koşullu salıverme ile ilgili olarak verdiği 28.1.1974 tarih ve 5/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında cezayı ağırlandıran yeni yasal normun infaza ait olsa bile etkin öznenin/failin aleyhine ise uygulanamayacağına belirtmiştir. Başka bir anlatımla 1965/647 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin 1712 sayılı Yasa ile değiştirilmesinden önce cezaevinden kaçan ve üçte iki oranındaki cezasını da çekmiş bulunan hükümlülerin koşullu salıverilebilmeleri için sonradan getirilen beşte dört oranındaki ceza çekme süresine ilişkin aleyhe hüküm uygulanmayacaktır. Bu karar tutarlıdır<sup>127</sup>. Zira burada unutulmaması gereken nokta şudur: Hükümlülerin infaz kurumunda yürürlükteki dizgeye göre daha çok tutulmalarını gerektiren yasal normlar, artık infaz rejimine ilişkin norm değil, suç (ceza) hukuku normlarıdır. Fransız öğretisi doğrultusundaki bu görüşe göre, sözgelimi, koşullu salıvermede cezaevinden kaçan ve cezasının üçte ikisini çekmiş olan hükümlü için dörtte beşlik bir süre getirilmişse bu yeni süre hükümlüye uygulanamayacaktır (aynı İçBK). Çünkü bir hüküm infaz yasasında yer alsa bile nitelik açısından suç (ceza) hukukuna ait olduğundan artık hükümlünün yazgısı YTCY'nin 7/2. madde ve fıkrasına göre değerlendirilecektir<sup>128</sup>. Yasa koyucu, önce ayırımına varmadığı bu durumu belirlemek için 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Yasa ile YTCY'nin 7. maddesine 3. fıkrayı getirmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere şu örneği vermekte de yarar vardır: Varsayalım ki, hükümlü, önceki yasal norma göre yargılanıp hüküm giymiş, daha sonra koşullu salıverme hükümlerine göre salıverilmiş ve yeniden işlediği bir suçtan hüküm giydiği için yeni yasada öncekine göre cezaevindeki süresi az olsun. Sözgelimi, yağma suçundan hüküm giymiş ve dışarıdaki süresi içinde suç işlemiş olsun. Çektirilecek ceza eski yasaya göre olacaktır. Çünkü YTCY'nin 7/3. madde ve fıkrası bunu öngörmektedir. Koşullu salıverme süresi içinde infaz bitmediği için lehe olan yasal norm uygulanacaktır. Süre aleyhe değişmişse koşullu salıvermeyi hak etmiş, ancak salıveril-

<sup>126</sup> CGK, 20.6.2006, 124/165, 17. 4. 2007, 71/98.

<sup>127</sup> Kararla ilgili eleştiri için bakınız: Donay, Süheyl, Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, İHFM, 1974, s. 759-769.

<sup>128</sup> Önder, I, s. 83, 84.



memiş kişiler zarar görmemelidir. Yeni düzenlemede yasal koşullar ağırlaştırılmış ise eski yasa uygulanmalıdır<sup>129</sup>.

Koşullu salıverme bağlamında da inceleme konusu kural uygulanmalı, ilk ve daha sonra hükmedilen cezaların sonuçları değerlendirilmelidir.

CGİY’ye göre koşullu salıvermede cezaevinde geçirilecek süre, kimi suçlar için uzun tutulmuş, kimi suçlar için de bu kurumdan yararlanma olanağı kaldırılmıştır. Kuşkusuz koşullu salıverme, çektirilmesi sırasında cezanın bireyselleştirilmesi kurumudur. Suç öznesinin iyileşip iyileşmediği ve topluma dönmeye yeterli olup olmadığı, bir başka deyişle öznenin kişiliği ise öznel bir konudur. Bu nedenlerle nesnel nitelikteki bu tür düzenlemelerin koşullu salıverme kurumunun özüyle bağdaşmadığı açıktır<sup>130</sup>. Bu çarpıklık bir yana, bütün suçlar için öngörülen nicelik açısından özdeş cezaya ilişkin bir örnek verelim. Varsayalım ki, sanık tasarlayarak insan öldürme suçundan hüküm giymiş olsun (TCY, m. 82/1-a). Eğer bu hüküm sanık yararına temyiz üzerine Yargıtayca temyiz isteği esastan reddedilerek onanmış olsaydı, hükümlü cezaevinde otuz yıl kaldıktan sonra koşullu salıverme olanağına kavuşacaktı (CGİY, m. 107/2). Ancak böyle olmayıp da sanık yararına temyiz üzerine Yargıtay hükmü bozsa ve eylemin niteliğini değiştirse, aynı miktarda ceza verildiği halde bu değişiklik koşullu salıvermede cezaevinde kalınacak süreyi etkilese ya da bu kurumdan yararlanmayı bütünüyle ortadan kaldırırsa durum ne olacaktır? Sözgelimi, Yargıtay, eylemi suç işlemek için kurulan örgütün etkinliği içinde işlenmiş bir suç olarak değerlendirirse (TCY, m. 220/4) suç öznesinin cezaevinde kalma süresi otuz altı yıl mı olacaktır yoksa otuz yıl mı? Yine sözgelimi, Yargıtay bu eylemin “ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suç” olduğunu (TCY, m. 302) belirtse, yerel mahkeme de bozma doğrultusunda hüküm kursa suç öznesi koşullu salıverme kurumundan yararlanmayacak mıdır (CGİY, m. 107/16)?

Bütün bu sorulara “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştıramama kuralı” doğrultusunda yanıt vermek zorunludur. Çünkü eylemin niteliği ve, suçun adı değişse bile verilen ilk ceza, doğurduğu hukuksal sonuçlarıyla bir bütündür, parçalanamaz ve özne aleyhine ağırlaştırılmaz. Bu durumda suçun öznesi, TCY’nin 82/1-a. madde ve fıkrasına göre “ağır-

<sup>129</sup> Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 70; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 111, 680; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 134, 135; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 167, 168; Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2009, n. 90.

<sup>130</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 679-681.

laştırılmış ömür boyu (müebbet) hapis cezası”nı çekecek, bu cezanın sonuçlarından yararlanacak, yani cezaevinde otuz yıl kaldıktan sonra özel koşul (iyi hal) gerçekleştiği takdirde salıverilecektir.

Tersi görüş, “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlandırma kuralı”na aykırıdır; bu kuralın gereksizleştirilmesi, işlevsizleştirilmesi, hiçleştirilmesi demektir. Çünkü bu görüşe göre, cezanın adı değişmemiştir, ancak suçun adıyla birlikte yaptırımın/cezanın hukuksal sonuçları değişmiş, etkin öznenin aleyhine artırılmıştır.

### 3-Kuralın dışında kalan durumlar

#### a-Yargılama hukuku normları

Yukarıda değinildiği üzere, yargılama hukukunda kimi ayrıksı hükümlere karşın kural, hükümlerin/normların yürürlüğe girer girmez hemen uygulanmalarıdır. Esasen yargılama hukuku normları, yaptırımla (cezayla) ilgili olmadıkları için inceleme konusu kuralın dışında kalır.

#### b-Yargılama giderleri, maddi yanlıgılar ve kolluk önlemleri

Hiç kuşkusuz, yargılama giderleri için de ayın gerekçe geçerlidir. Bu yüzden Yargıtayın tersi görüşlerine katılmak olanaksızdır<sup>131</sup>.

Bu yüzden maddede geçen ceza kavramının içine elbette yargılama giderlerinin yanı sıra istençli (iradi) ve mantıki akış sürecinin sağlıklı sonucu olmayan, bilinç dışı kalan, düşünce ile istenç (irade) arasındaki kopukluğun ürünü bulunan toplama, çıkarma gibi maddi yanlıgılar ve kolluk önlemleri girmeyecektir<sup>132</sup>.

#### c-Ödence

ECYY’ye göre suçtan zarar görenin davaya katılarak ödence (tazminat) isteme hakkı bulunuyordu. YCYY’ye göre bu olanak kalkmıştır. Ancak o dönemde de ödence, daha geniş anlatımla özel hukuk yaptırımları bu kuralın dışındaydı<sup>133</sup>. Zira bunları suç (ceza) hukukundaki yaptırım, doğallıkla ceza kavramının içinde düşünmek olanaksızdı<sup>134</sup>. Gerçekten özel hukuk davalarında karşılıklı hasımlar bulunmaktadır. Suç (ceza) davalarında hasımlar yoktur. Ayrıca suç (ceza) yargılaması hukuku normları bu yargılamayla ilgili konuları çözmek için düzenlenir. Özel hukukla ilgili

---

<sup>131</sup> Kunter, Nurullah, Avukatlık Ücreti Bakımından aleyhe Bozma Sorunu, İHFM, 1983, s. 673-679.

<sup>132</sup> Manzini, 1931, I, S. 408, 1932, III, s. 415; Delitala, s. 94; Pisani, s. 91; CGK, 23.2.2010, 230/32.

<sup>133</sup> Delitala, s. 91-93.

<sup>134</sup> CGK, 2.2.1976, 14/29.

yargılama hukuku ve yasaları ise kendi çerçeveleri içinde çözümler getirir. Kamu davasıyla özel hukuk davası özdeş ölçütler içinde değerlendirilemez<sup>135</sup>.

Ancak Fransız hukukunda ödence, elbette özel hukuk yaptırımları kuralın içinde değerlendirilmektedir. Ancak Fransız CYY'nin 515. maddesinde sanıktan değil, istinafa başvuran kişiden söz edilmektedir. Nitekim bu düzenleme başkaldığı nedeniyle Fransız Yargıtayı ve öğretisi, istinafa başvuran kişi aleyhine olarak ödencenin niceliğinin artırılmayacağı görüşünde bileşmiştir<sup>136</sup>.

#### C-Kuralın yargılamada uygulama yöntemi

Lehe olan yasal normun/hükmün belirlenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken bir başka konu da lehe normun/hükmün belirlenmesi amacıyla yapılacak inceleme yöntemidir.

##### 1-Yargılama aşamasında

Yargılama aşamasında sorun yoktur. Yasa yolu davası açılmış ve hüküm kesinleşmemiş ya da kesinleşmiş bir karar söz konusu olduğunda yasa yararına bozma ya da yargılamanın yenilenmesi üzerine yeni yaptırım/ceza belirlenecek ise yargıç, yukarıda anımsatılan durumlara göre lehe/aleyhe normu saptayacak, n biçimsel koşullara ve elde edilen sonuca göre uygulamayı yapacaktır.

##### 2-Yaptırımın yerine getirilmesi (infaz) aşamasında: Uyarılama yargısı

Yaptırımın yerine getirilmesi aşamasında duraksamalar söz konusu olabilir. Yasa koyucular, bunu gözeterek düzenlemeler yapmaktadır.

Ülkemizde de böyle olmuştur.

Duraksama durumunda lehe ya da aleyhe hüküm/norm, “uyarlama yargılaması”yla belirlenecektir. 1 Haziran 2005 tarihinden önce bu uyarılama yargılaması, Adalet Bakanlığının 15 Ocak 1945 tarihli ve 1 sayılı genelgesi uyarınca kaldırılan ECYY'nin 402. ve 405. maddelerine yapılmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra ise 2004/5275 sayılı CGİY'nin 98. ve 101, 2004/5252 sayılı TCY'nin Yürürlük ve Uygulama Biçimi Hakkında Yasa'nın 9. maddelerine göre yapılacaktır.

---

<sup>135</sup> Keskin, s. 419, 420.

<sup>136</sup> CD, 15.10.1980, 10.8.1981, 22.3.1990, 29.1.1991; Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, n. 932; de Boisvilliers, s. 964 vd.

Bu "uyarlama yargılaması" sonucunda verilen hükümlerin temyizinde, “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”nın uygulanabilirliği gündeme gelecektir. 1 Haziran 2005’ten önceki dönemde kuralın düzenlendiği ECYY’nin 326. maddesinin dördüncü fıkrasında “sanık” sözcüğüne yer verildiği, “hükümlü” sözcüğü geçmediği, verilen kararların da infaza ilişkin olduğu gerekçesiyle kuralın bu aşamada uygulanamayacağına karar verilmiştir<sup>137</sup>. Ayrıca bu tarihten sonra konuyu, bilim insanlarının leh ve aleyhteki görüşleri ışığında irdeleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu (20.6.2006, 124/165), ilkin uyarılama yargılamasının ayrık-sı bir yargılama olduğunu vurguladıktan sonra "Uyarılama yargılaması, esasa ilişkin bir değerlendirme ve incelemeye olanak vermez; sadece hukuki değerlendirme yapılabilir. Genel ve olağan bir yargılamanın sonucu olan ‘aleyhe değiştirme yasağı’nın (yaptırım [ve cezayı] ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı) istisnai ve sınırlı bir yargılama olan uyarılama yargılamasında geçerli sayılması olanaksızdır. Yeni yasanın lehe olduğu gerekçesiyle verilen yeni hüküm sadece hükümlü ya da yasada gösterilen kişiler tarafından onun lehine olarak temyiz edilmiş olsa bile, uyarılama yargılamasının yerindeliği ile sınırlı olan temyiz incelemesi sonucunda, herhangi bir sınırlama olmaksızın hükmün bozulması olanaklıdır. Bu durumda elbette, yeni yasanın, kesinleşmiş olan önceki hükümde saptanan sonuç cezadan daha ağır sonuç doğuracak şekilde uygulanması söz konusu olamayacaktır. Böyle bir olasılıkta, artık yeni yasa değil, eski yasaya göre verilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm lehe olacaktır" dedikten ve ECYY’nin getirdiği düzenlemeleri de değerlendirdikten sonra olumsuz sonuca ulaşmıştır.

Hemen belirtelim ki, Yargıtayın çıkış noktası doğru değildir. Çünkü ECYY döneminde de “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”, hüküm kesinleştikten sonra hükümlü için de uygulanıyordu (m. 341/2). Bugün de öyledir, hatta daha fazlası söz konusudur (YCY, m. 309/4-b, 323/3). O nedenle “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”nı daha derinlikli ve kapsamlı olarak ele almakta yarar vardır. Her şeyden önce ECYY’nin 402. ve CGİY’nin 98. maddesine göre verilen kararlar, infaz rejiminin biçimine ilişkin nitelikte değildir. Birbirini izleyerek yürürlüğe giren ardışık yasal hükümlerin infaz rejiminin biçimiyle ilgili olması olanaksızdır. Zira uyarılama yargılaması bunu belirleyecek, bu yargılamadan sonra infaz rejiminin biçimi gündeme gelecek; infaz bu yargılamadan sonra belirlenen yasal hükme göre yapılacak

<sup>137</sup> CGK, 24.4.1950, 324/124, 21.3.1971, 103/126, 28.3.1998, 40/137, 8.10.2002, 179/154.

ve bu yeni hükmün nasıl çektirileceği aşamasında uyuşmazlık çıktığı takdirde infaz rejiminin biçimine ilişkin karar söz konusu olacaktır.”<sup>138</sup>

## VII-TÜRK HUKUK DÜZENLEMESİNİN VE YAKLAŞIMININ/UYGULAMASININ ELEŞTİRİSİ

ECYY ve YCYY ile karma yargılama sistemini benimsemiş pek çok ülke yargılama yasalarında yer alan “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nın tarihsel evrim süreci, değişmeyen küresel amacı, varlık nedeni, kapsamı ve boyutları ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler gözetildiğinde ister istemez aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

### A-Düzenleme

Kuralın 2004/5271 sayılı YCYY’de istinaf, temyiz, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (m. 283, 307/4, 309/4-b, 323/2) yollarında benimsenmiş olması; ayrıca yasa yollarını düzenleyen altıncı kitabın genel hükümleri arasında savcının sanık yararına yasa yoluna başvurması durumunda uygulanacağını (m. 265) belirtilmiş olması yerindedir. Ancak, daha önce açıkladığımız üzere, ceza ve güvenlik önlemi biçiminde iki yaptırım, yani iki izlilik dizgesini öngören bir hukuk düzeninde güvenlik önlemlerinin kural dışında tutulması yerinde değildir. Düzenleme buna göre değiştirilmeli, etkin öznenin yararı açısından hangi güvenlik önlemlerine uygulanacağını belirleme yargıya bırakılmalıdır.

Maddelerdeki düzenlemede, daha önce de belirttiğimiz üzere, ortak nokta şu olmalıdır: “Yalnızca suçun etkin öznesi (fail) yararına (...) dava açıldığında, etkin özne hakkında yeniden kurulacak hükümdeki yaptırım ve hukuksal sonuçları, nicelik ve nitelik açısından eski hükümde öngörülen den daha ağır olamaz.”

### B-Yaklaşım/uygulama

Türk yargısının “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nı algılama ve ona yaklaşımında, dolayısıyla uygulamada köklü bir değişikliklere gereksinme vardır.

#### 1-“Kazanılmış hak”ka dayanan görüşten vazgeçilmelidir

Birinci olarak, ECYY’nin ve YCYY’nin maddelerinde öngörülen “yaptırım (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı” adaleti gerçekleştirmek isteyen insancı ve çağcıl hukukun ve devletin vazgeçemeyeceği adil

---

<sup>138</sup> Ayrıntı için bakınız: Katoğlu, 197, 198.

yargılanma hakkı ve yargıya güven ilkelerinin doğal ve zorunlu sonuçlarından biridir. Bu kuralın hukuk uygulamasına sağlıklı olarak geçirilebilmesi için bütün yargı toplumunun, özellikle de Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı organlarının bu kuralı 1929 yılından bu yana dayandırdıkları “kazanılmış hak”ka dayanan görüşten vazgeçmeleri gerekmektedir<sup>139</sup>.

Baskın öğretinin ilgisiz kaldığı çağ gerisi ve hukukun varlık nedenine aykırı bu anlayışın yargıçlarda ister istemez bir koşullanma yarattığı, hatta önyargı oluşturduğu yadsınamaz.

#### 2-“Lehe hüküm aleyhe yorumlanamaz ilkesi” gözetilmelidir

İkinci olarak, bu kuralı uygularken evrimini ve sanık yararına düzenlenmiş bir kurum olduğu gözetilmeli, bu yüzden de yorum ilkelerine göre sanık aleyhine yorumlanamayacağı unutulmamalıdır.

#### 3-“Yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”nın yanılığa dayandığı görüşü dışlanmalıdır

Üçüncü olarak yine Yargıtayın zaman zaman başvurduğu, ama kurumun varlık nedeniyle çelişen “yaptırım (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırma kuralı”nın yanılığa yaslanan bir lütuf, atıfet, iyilik, bağışlama olduğu, bu yüzden genişletilmemesi gerektiği<sup>140</sup> yollu görüşünden de vazgeçmesi zorunludur. Zira hükümlüleri de içerecek biçimde kapsamı yasalarca ve Fransız örneğinde görüldüğü üzere yargısal kararlarla gittikçe genişletilen bu kuralın her şeyden önce bozma sonrası özgürlük kuralına aykırı bir hüküm olduğu ne denli gerçekse “insan sürekli yanılan bir yaratıktır” mantığının ve yaşamın bir gerçeği olduğu da o denli bir gerçektir. Bu ise daha genel ve kapsayıcı bir kuraldır. O yüzden insancı temelde gelişen hukuk düzenleri bu kuralı benimsemek zorunluluğunu duymuştur. Geçmişte bu görüşü benimseyen yazarların da düşüncelerini değiştirdikleri unutulmamalıdır<sup>141</sup>.

#### 4-Uyarılama yargılaması infaz aşamasında da geçerlidir

Dördüncü olarak uyarılama yargılamasının infaz aşamasında da geçerli olması kaçınılmazdır. Esasen CGK’nın 20. 6. 2006 tarihli kararı öncesi

---

<sup>139</sup> Yargıtayda görev yaptığımız sırada Ceza Genel Kurulu toplantılarında bu görüşümüzü sürekli yineledik ve değerli başkanlara ilettik. Ancak, üzülerek belirtelim ki, sonuç değişmedi. (S. Selçuk).

<sup>140</sup> CGK, 17.11.1998, 282/348, 4.3.2008, 47/43, 27.10.2010, 73/97.

<sup>141</sup> Örneğin Kunter, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1666, dip not: 7. Kural dar yorumlanmalı biçimindeki görüş için bakınız: Keskin, s. 420.

Kurul Başkanlığına görüş bildiren ve kararda görüşleri yansıtılan bilim insanlarının çoğunluğu bu düşüncededir. Yargıtay ise tersi görüştedir<sup>142</sup>. Aslında uyarılama yargılaması deyişi yerinde değildir. CGİY'nin 98. ve 99. maddelerinde düzenlenen yargılamaları, doğru çözümlere ulaşabilmek için, birbirinden ayırmakta yarar vardır<sup>143</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki, CGİY'nin 99. maddesinde yer alan kurum, cezaların toplanması davasıdır. Konumuzla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

CGİY'nin 98. maddesinde yer alan kurum ise, bir “açıklama (tavzih) davası”dır<sup>144</sup>. Sonucu yapıcı değil, adı üstünde açıklayıcıdır. Sözgelimi, koşullu salıverme konusunda görevli mahkeme, lehe ve aleyhe yasal hükümler ve “yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırılmama kuralı”nın ışığında cezasının infazı öncesinde suçun etkin öznesi hakkında hangi hukuk kurallarının uygulanacağını saptamak zorundadır. Bu ise, yukarıda ayrıntılarıyla değinildiği üzere, infaz rejimine ilişkin hüküm/norm değil, bir suç (ceza) hukuku hükmüdür/normudur. Kaldı ki, YTCY, ETCY'nin tersine, bunun infaza ilişkin bir hüküm/norm olmadığını açıkça öngörmüştür (m. 7/3).

---

<sup>142</sup> CGK, 20.6.2006, 124/165, 8.2.2002, 179/354.

<sup>143</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1661, 1662.

<sup>144</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1661, 1662.