



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZANIN
BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ**

Gamze KIRLIOĞLU

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

TEMMUZ - 2019

ankara

IBM

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZANIN BELİRLENMESİ VE
BİREYSELLEŞTİRİLMESİ**

Gamze KIRLIOĞLU

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

TEMMUZ - 2019

Gamze KIRLIOĞLU tarafından hazırlanan “Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç .Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Başkan : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Üye : Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Çankaya Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Tez Savunma Tarihi: 24/07/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.


Gamze KIRLIOĞLU

24.07.2019

Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi
(Yüksek Lisans Tezi)

Gamze KIRLIOĞLU

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TEMMUZ 2019

ÖZET

İşlenen suç için kanun koyucunun öngördüğü soyut cezanın ve bu soyut cezayı somut olayın durum ve özelliklerine göre belirleyen hâkimin gerçekleştirdiği işlem, cezanın belirlenmesi olarak adlandırılır. Failin gerçekleştirdiği fiilin özellikleri incelenerek ceza belirlenir. Bu işlemin tamamlanması cezanın hesaplanması sürecini sonlandırmaz. Elde edilen sonuç ceza, kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde failin kişiliğine uygun hale getirilmelidir. Çalışmamızın birinci bölümü cezanın kavramsal çerçevesinin çizilmesine ayrılmış, bu kavramın amacı, nitelikleri ve türleri ele alınmıştır. İkinci bölümde Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen cezanın belirlenmesi kavramı ayrıntılı olarak incelenmiştir. Cezaların hesaplanması genel anlamıyla bu bölümde incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise Türk Ceza Kanunu'nun 62 ve 63. maddelerinde düzenlenen cezanın bireyselleştirilmesi kavramı ele alınmış, takdiri indirim nedenleri konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Çalışma içerisinde Yargıtay kararlarına yer verilmiştir.

Bilim Kodu : 50301
Anahtar Kelimeler : Ceza, Güvenlik Tedbiri, Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Takdiri İndirim Nedenleri.
Sayfa Adedi : 138
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Determination and Individualization of Punishment in the Light of Court of Cassation Decisions
(m.Sc. Thesis)

Gamze KIRLIOĞLU

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
JULY 2019

ABSTRACT

This procedure which called as determination of punishment is progressed by the judge who determines the abstract themed punishment that the legislator foresees according to the situation and characteristics of the substantial event. The penalty is determined by examining the characteristics of the perpetrator. Completion of this procedure does not end the calculation of the penalty. The final penalty should be adapted to the perperator's personality within the limits specified in the law. The first part of our study is devoted to drawing the conceptual framework of punishment and the purpose, qualities and types of punishment are discussed. In the second section, the concept of determination of punishment which is regulated in article 61 of the Turkish Penal Code is examined in details. The calculation of penalties is examined in this section by general terms. In the third and the last section of our study, the concept of individualization of the punishment -which is regulated in articles 62 and 63 of the Turkish Penal Code- is discussed and extenuaing circumstances are examined in details. Also, the decisions of the Supreme court are included in the study.

Science Code : 50301
Key Words : Punishment, Security Measure, Determination of the Punishment,
Individualization of the Punishment, Extenuaing Circumstances
Page Number : 138
Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

TEŞEKKÜR

Tez danışmanım sayın Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK'e, tez konumu belirlememde yardımcı olan ve değerli fikirleriyle çalışmamın zenginleşmesine katkı sağlayan hocam Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'e, tezimi sabır ve titizlikle okuyan sayın hocam Prof. Dr. Faruk TURHAN'a ve tezimle ilgili her konuda kıymetli fikirlerini benden esirgemeyen çok değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY'a teşekkürü bir borç bilmekteyim.

Bu süreçte tezimle ilgili her adımda bana yol gösteren, arkadaşım ve meslektaşım Arş. Gör. Didem ERDOĞAN'a sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Evlatları olmaktan her zaman gurur duyduğum sevgili anneme ve babama, ablası olmaktan gurur duyduğum çok sevgili kardeşime bu süreç boyunca benden maddi-manevi her anlamda desteklerini esirgemedikleri için minnettarım. Tez çalışmam boyunca bana her zaman destek olan değerli arkadaşlarıma çok teşekkür ediyorum.

Gamze KIRLIOĞLU

Ankara-2019

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR	xi
1. GİRİŞ	1
2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	3
2.1. Ceza Kavramı.....	3
2.1.1. Genel Olarak	3
2.1.2. Cezanın Amacı	4
2.1.3. Cezanın Nitelikleri	6
2.1.3.1. Genel olarak	6
2.1.3.2. Eşitlik ilkesine uygunluk.....	7
2.1.3.3. Cezanın bölünebilirliği.....	7
2.1.3.4. İnsan onuruna uygunluğu ve ahlakiliği	8
2.1.3.5. Cezanın kanuniliği	8
2.1.3.6. Cezanın şahsiliği	11
2.1.3.7. Suçun ağırlığı ile orantılı ve etkili olması.....	12
2.1.4. Cezanın Türleri.....	12
2.1.4.1. Hapis cezaları	13
2.1.4.1.1. Genel olarak	13
2.1.4.1.2. Ağırlandırılmış müebbet hapis cezası	14
2.1.4.1.3. Müebbet hapis cezası	15
2.1.4.1.4. Süreli hapis cezası	16
2.1.4.2. Adli para cezaları	20
2.1.4.2.1. Genel olarak	20
2.1.4.2.2. Klasik para cezası sistemi	21
2.1.4.2.3. Gün para cezası sistemi.....	22
2.2. Güvenlik Tedbiri Kavramı	23
2.2.1. Genel Olarak	23

2.2.2. Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Nitelikleri	24
2.2.3. Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Karşılaştırılması	26
3. CEZANIN BELİRLENMESİ	29
3.1. Cezanın Belirlenmesi Kavramı	29
3.2. Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler	30
3.2.1. Genel Olarak	30
3.2.2. Kanunilik İlkesi	30
3.2.3. Kusur İlkesi	31
3.2.4. Mükerrer Değerlendirme Yasağı	32
3.2.5. Gerekçe Gösterilmesi	34
3.3. Karşılaştırmalı Hukukta Cezanın Belirlenmesi	35
3.3.1. Genel Olarak	35
3.3.2. Almanya	35
3.3.3. Amerika Birleşik Devletleri	38
3.3.4. İtalya	39
3.4. Cezanın Belirlenmesi Türleri	40
3.4.1. Genel Olarak	40
3.4.2. Soyut Belirleme	40
3.4.3. Somut Belirleme	43
3.5. Hapis Cezasının Belirlenmesi	47
3.5.1. Genel Olarak	47
3.5.2. Temel Cezanın Belirlenmesinde Dikkat Edilecek Hususlar	51
3.5.2.1. Fiile ilişkin hususlar	51
3.5.2.1.1. Suçun işleniş biçimi	51
3.5.2.1.2. Suçun işlenmesinde kullanılan araç	53
3.5.2.1.3. Suçun işlendiği zaman ve yer	55
3.5.2.1.4. Suçun konusunun önem ve değeri	57
3.5.2.1.5. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı	58
3.5.2.2. Faile ilişkin hususlar	61
3.5.2.2.1. Failin kast veya taksire dayanan kusurunun ağırlığı	61
3.5.2.2.2. Failin güttüğü amaç ve saik	68

3.6. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Etkisi.....	70
3.7. Nitelikli Hallerin Uygulanması.....	72
3.7.1. Genel Olarak	72
3.7.2. Önce Artırım Sonra İndirim Nedenlerinin Uygulanması Hali	73
3.7.3. Birden Fazla Artırım veya İndirim Nedeninin Birlikte Bulunması Hali.....	74
3.8. Cezanın Belirlenmesine Etki Eden Diğer Haller	75
3.8.1. Genel Olarak	75
3.8.2. Teşebbüs.....	76
3.8.3. İştirak.....	77
3.8.4. Zincirleme Suç	79
3.8.5. Haksız Tahrik	80
3.8.6. Yaş Küçüklüğü.....	81
3.8.7. Akıl Hastalığı	82
3.8.8. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler.....	82
3.9. Hapis Cezasının Hesaplanması	83
3.10. Adli Para Cezasının Belirlenmesi	85
3.10.1. Genel Olarak	85
3.10.2. Gün Sayısının Belirlenmesi.....	89
3.10.3. Bir Gün Karşılığı Para Miktarının Tespiti	91
3.10.4. Sonuç Adli Para Cezasının Hesaplanması	92
4. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ.....	95
4.1. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramı	95
4.1.1. Genel Olarak	95
4.1.2. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramının Ortaya Çıkış Süreci.....	96
4.2. Takdiri İndirim Nedenleri	98
4.2.1. Genel Olarak	98
4.2.2. Failin Geçmişi	101
4.2.3. Failin Sosyal İlişkileri	102
4.2.4. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışları	103
4.2.5. Failin Geleceği Üzerinde Olası Etkileri	104
4.2.6. Diğer Nedenler	105

4.3. Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi.....	106
4.4. Hapis Cezasının Ertilenmesi	108
4.5. Mahsup.....	110
5. SONUÇ.....	115
KAYNAKLAR	119
ÖZGEÇMİŞ.....	125



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
c.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına Dair Kanun
ÇİHK	647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
E.	Esas
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İCK	İtalyan Ceza Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
Örn.	Örneğin
§	Paragraf
RG	Resmî Gazete
StGB	(Strafgesetzbuch) Alman Ceza Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd.	ve devamı

1. GİRİŞ

Kişilerin toplum içerisinde barış ve huzur içinde yaşaması, hak ve özgürlüklerini hem diğer bireylere hem de devlete karşı güvence altına alması hukuk devletinin var olmasının temellerindedir. Bu düzenin sağlanması amacıyla kişilerin günlük yaşamlarında uyması gereken kurallar ve uymamaları sonucunda karşılaşacakları yaptırımlar ceza hukukunun ele aldığı konulardandır.

Kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiil sonrası ortaya çıkan suç kavramı ile işlediği suç nedeniyle karşılaştığı hukuki yaptırım olan ceza kavramları ceza hukukunun incelediği en önemli iki başlığı oluşturur. Dolayısıyla suç teşkil eden bu fiilin yaptırımı olan cezanın nasıl belirleneceği ve belirlenen bu cezanın nasıl kişinin şahsına uygun bir hale dönüştürüleceği sorusu da cevaplanması gereken önemli sorulardan birisidir.

İşte bu nedenle çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61-63. maddeleri arasında düzenlenen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusu ele alınacaktır. Çalışmamızın konusunun uygulama ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle kanuni düzenlemenin yargı kararlarına nasıl yansıdığını görebilmek amacıyla konuyla ilişkili Yargıtay kararlarına da yer verilecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde ceza ve güvenlik tedbiri kavramlarının tanımları, amaçları ve nitelikleri üzerinde durulacak, cezanın türleri genel kapsamıyla incelenecektir. Bir konuyu anlamanın en önemli basamağının o konuyu oluşturan temel kavramı anlamak olmasından yola çıkılarak çalışmamızın temel kavramı olan cezanın ne olduğuna yönelik genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Birinci bölümde kavram olarak genel çerçevesi çizilecek olan cezanın amacı, nitelikleri ve türleri incelenecektir. Güvenlik tedbiri kavramının ne olduğuna kısaca değinildikten sonra son olarak bu iki kavramın karşılaştırılması yapılacak; böylece çalışmamızın ele aldığı asıl konular olan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konularına geçilmeden önce bu temel kavramların üzerinde durulmuş olacaktır.

Cezanın nasıl belirleneceği hususu ise çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir. Cezanın hangi ilkeler doğrultusunda belirlendiği, bu belirlemenin karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığı hususları incelendikten sonra Türk hukukunda

cezanın belirlenmesi konusu irdelenecektir. Cezanın belirlenmesinin türleri incelenecek, TCK'nın 61. maddesinin ayrıntılı olarak ele alınacağı bu bölümde hapis cezasının ve adli para cezasının nasıl belirleneceği soruları cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Hapis ve adli para cezasının hesaplanması da çalışmamızın bütünlüğünü sağlamak amacıyla bu bölümde ele alınacaktır.

Belirlenen cezanın kişiye uygun hale nasıl getirileceği sorusundan hareketle çalışmamızın üçüncü bölümünde cezanın bireyselleştirilmesi hususu incelenecektir. 62. ve 63. madde hükümlerinin ayrıntılı olarak ele alınacağı bu bölümde ağırlıklı olarak takdiri indirim nedenleri ve mahsup konuları üzerinde durulacak; çalışmamızın konusunu sınırlandırabilmek amacıyla kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi konuları ana hatlarıyla ele alınacaktır. Ceza hukukunun önemli konularından birisi olmasına rağmen hakkında yapılan araştırma ve incelemelerin sınırlı sayıda olduğu konumuza bir nebze katkıda bulunabilsek çalışmamız amacına ulaşmış olacaktır.

2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

2.1. Ceza Kavramı

2.1.1. Genel Olarak

İnsanların toplum hâlinde yaşaması, bir insanın bütün ihtiyaçlarını tek başına karşılayamayacağı düşünüldüğünde zorunlu ve doğal bir durumdur. Ancak bu durum kişilerin bazı özgürlüklerinin toplumu oluşturan diğer insanların özgürlükleri ve toplumun menfaati çerçevesinde sınırlandırılmasına neden olur. İnsan ilişkilerinin barış içinde sürdürülmesi amacıyla kişilerin, kendilerine yüklenen yükümlülüklere uymadıkları takdirde belirli yaptırımlar uygulanmasını düzenleyen hukuk kurallarının varlığını kabul etmeleri gerekecektir¹.

İnsan, kendisine yüklenen yükümlülüklere aykırı bir davranış gerçekleştirdiğinde, bu fiilini geri alamaz. Bu yükümlülüklere aykırı davranışları sonucunda ortaya çıkan haksızlık, hukuk düzeninin kişiler arasında oluşturduğu hukuki dengeyi bozduğundan, kişinin bu fiiline karşı bazı yaptırımlar öngörülmüştür².

Her haksızlık gibi, suç teşkil eden haksızlığın da bir yaptırımı mevcuttur³. Ceza hukukuna göre bir suç sebebiyle hükmedilebilecek yaptırımlardan birisi de ceza olup, Arapça kökenli bu sözcüğün kelime anlamı “Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım” şeklinde tanımlanmıştır⁴.

Ceza kavramının doktrinde birden fazla tanımı bulunmaktadır. Bir tanıma göre ceza; suç karşılığında uygulanan ve gerçekleştirilen haksızlığın toplum tarafından onaylanmadığını gösteren yaptırımı oluşturur⁵. Başka bir tanıma göre ceza; ancak kanunla konulabilen, suç işlediği yargı kararıyla kesinleşmiş olan kişiyi bazı hak yoksunluklarına maruz bırakarak ıslah etmeyi ve toplumda korku uyandırılmasıyla birlikte genel bir önleme

¹ Demirbaş, T. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 47.

² Özgenç, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 33.

³ Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri* (1. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 7.

⁴ Ceza. Türk Dil Kurumu güncel Türkçe sözlük içinde. (www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

⁵ Koca, M., Üzülmüş, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 44; Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 583; Dönmezer, S., Erman, S. (2016a). *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (14. Baskı). Cilt (II). İstanbul: Der Yayınları, 541.

sağlamayı amaçlayan yaptırımdır⁶. Kişi gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olarak haksızlık teşkil eden hareketi gerçekleştirdiğinden, bu fiili işleyen kişi hakkında söz konusu hareketinden dolayı bulunulan kınama yargısının sonucudur⁷. Ceza, topluma karşı gerçekleştirilen zararlı bir fiilin karşılığı olarak ve toplum adına devlet tarafından uygulanan bir müeyyidedir⁸.

2.1.2. Cezanın Amacı

Ceza kavramının insan hayatının en önemli olgularından bir tanesi olması, cezanın tarih içerisinde günümüze kadarki her toplumda amacının ve işlevinin ne olduğuna dair çeşitli teorilerin ileri sürülmesine neden olmuştur⁹.

Bu teorilerden bir tanesi olan kefarete ve adalet teorisine (mutlak teori) göre suçlu kişinin haksızlık içeren fiili karşılıksız bırakılamaz ve ona da aynı şekilde karşılık verilmesi gerekmektedir. *Eden bulmalı* anlayışı olarak özetlenebilecek bu teoriye göre cezanın tek amacı suçtan kaynaklanan kötülüğü suçlu kişiye ödetmektir¹⁰. 18. yüzyılda yaşamış filozoflardan Immanuel Kant'a göre ceza, başka bir hukuki yararı korumak için oluşturulan basit bir araç değildir. Cezaya hükmedilmesinin nedeni fail veya toplum değil, failin işlemiş bulunduğu suçtur. Ceza kanununun her türlü saikten bağımsız bir emir olduğunu belirten Kant, bu düşüncesini "Bir adada yaşayan toplum dağılmaya karar verirse, öncelikle yapılması gereken son idam mahkumunun cezasını infaz etmek olmalıdır" şeklinde bir açıklamayla örneklendirmiştir¹¹. Kant'ın *ahlaki kefarete* kavramından farklı olarak Friedrich Hegel, teorisini hukuki bir zemine dayandırır. Hegel'e göre suç, bireyin hukukun iradesine baş kaldırmasıdır. Bu otoriteyi yeniden sağlayacak ve ihlal edilen hukuku eski haline döndürecek olan tedbir ise cezayı oluşturur¹².

⁶ Öztürk, B., Erdem, M.R. (2018). *Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 424.

⁷ Özgenç, 2018, 698.

⁸ Dönmezer, S., Erman, S. (2016b). *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (14. Baskı). Cilt (I). İstanbul: Der Yayınları, 6; Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 541.

⁹ Toroslu, H. (2010). *Ceza Müeyyidesi* (1. Baskı). Ankara: Savaş Yayınları, 29.

¹⁰ Soyaslan, D. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 69; Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 542.

¹¹ Öztürk/ Erdem, 2018, 425.

¹² Toroslu, 2010, 46.

Esas itibariyle Jeremy Bentham ve J.S. Mill'in faydacı felsefesiyle açıklanabilecek olan genel önleme teorisi, cezanın amacını suç işlenmesini önlemek olarak tanımlar. Buna göre, suçluların cezalandırılmasıyla topluma gözdağı verilir ve suçların cezalandırıldığını gören muhtemel suçlular cezaya maruz kalma korkusundan dolayı suç işlemezler. Ceza, yalnızca korkutucu olarak genel önlemeyi sağlamaz; aynı zamanda toplumda yaşayan bireylerin hukuk bilincinin güçlendirilmesine ve hukuka olan güvenin pekiştirilmesine de yardımcı olur. Pozitif genel önleme olarak nitelendirilen bu durum, somut bir olay sonucunda kanunda tanımlanmış cezanın uygulanması ile toplumun temel değerlerinin herkesçe öğrenilmesine veya yeniden hatırlanmasına yardımcı olur¹³.

Ancak cezanın, yüzyıllardan beri varlığını sürdürmesine rağmen suçluluğu ortadan kaldıramamasını bu kavramın başarısızlığı olarak adlandırarak cezalandırmanın anlamsız ve etkisiz olduğuna dair iddialar da tarih içerisinde kendilerine yer bulmuşlardır. Cezalandırma işlevinin yerine getirilmediği yer ve zamanlarda suç oranlarının katlanarak artması hususu bile bu gerekçeyle iddiaların çürütülmesine yönelik ileri sürülebilecek kanıtlardan yalnızca bir tanesini oluşturur¹⁴.

Önleyici ceza teorilerinden bir diğeri olan özel önleme teorisine göre ise suç işleyen kişi haksızlık içeren fiilinden dolayı cezalandırıldıktan sonra tekrar aynı süreci yaşamayı istemeyeceği için bir daha suç işlemekten kaçınacak ve topluma kazandırılabilir. Ceza, işte bu caydırıcı etkiyi meydana getirmek için vardır¹⁵. Bu teoriye göre ceza, geleceğe yöneliktir ve faili gelecekteki suçlardan alıkoymayı amaçlar. Suç ise cezanın nedeni değil, ancak vesilesidir¹⁶.

Sözü edilen teorilerin ışığında cezanın amacı incelendiğinde, bu amaçlardan bir tanesinin kefaret teşkil etmesi olduğu söylenebilir. Cezaya konu olan suçu işleyen kişi, bu cezanın infaz edilmesiyle birlikte işlediği suçtan doğan sorumluluğun kendi üzerinde olduğunu kavrayacak ve bu sürecin sonunda işlemiş olduğu suçun kusurundan aklanacaktır¹⁷. Cezanın amaçlarından bir diğeri de kişinin geçerliliğini reddettiği hukuki

¹³ Öztürk/Erdem, 2018, 428; Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 551; Toroslu, 2010, 54.

¹⁴ Toroslu, 2010, 35.

¹⁵ Soyaslan, 2018, 70.

¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 545.

¹⁷ Özgenç, 2018, 34.

değerlerin bilincine vararak, topluma yeniden kazandırılmasını ve yeniden sosyal bir birey olarak yaşamını idame ettirmesini sağlamaktır¹⁸. Günümüz ceza hukuku sistemi incelendiğinde cezalandırmanın son çare olması prensibiyle birlikte cezanın ödetme amacının geri planda kalarak, önleme amacının daha ön plana çıkarıldığını söylemek mümkündür¹⁹. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ceza kanununun amacını düzenleyen birinci maddesi incelendiğinde bu anlayışın etkileri görülmektedir. Madde hükmüne göre ceza kanunun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Ceza kişiyi bazı yoksunluklara maruz bırakan bir müdahale olup, günümüzdeki hâliyle klasik anlayıştaki kefarete amacından çok daha kompleks bir yapıya sahip olduğu söylenebilir²⁰.

2.1.3. Cezanın Nitelikleri

2.1.3.1. Genel olarak

Ceza, yapısı gereğince faili birtakım yoksunluklara tabi kılmaktadır. Bu nedenle ceza, fail üzerinde ızdırap verici ve acı çektirici niteliğe sahiptir. Toroslu'ya göre acı vermeyen bir cezadan söz etmek, karanlık bir ışıktan veya soğuk bir ateşten bahsetmek ne kadar mümkünse o ölçüde mümkündür²¹. Cezanın ızdırap verici bu niteliğindeki yoğunluk, uygulandığı kişinin yapısına göre değişebileceği gibi zaman ve döneme göre de farklılık gösterebilir²².

Cezanın yapısal olarak sahip olduğu bu niteliğinin yanında, adalet ve sosyal faydanın sağlanabilmesi ve cezadan beklenen amaçların gerçekleşebilmesi için sahip olması gereken belli başlı nitelikler mevcuttur. Kanun koyucu soyut cezayı, hâkim ise somut cezayı belirleme sürecinde bu nitelikleri dikkate alarak cezayı belirlemelidir ki cezaların özellikleri göz önünde tutularak somut olayda kişilere hangi cezanın uygulanmasının daha uygun olacağı tespit edilebilsin²³.

¹⁸ Koca/Üzülmez, 2018, 44

¹⁹ Özbek vd., 2018, 47.

²⁰ İçel, K., Donay, S. (2006). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım* (5. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 12.

²¹ Toroslu, N. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, 270.

²² Dönmezer/Erman, 2016a, 544.

²³ Yerdelen, E. (2013). *Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 8.

2.1.3.2. Eşitlik ilkesine uygunluk

Eşitlik ilkesi, aynı veya benzer durumda olan herkesin aynı işleme tabi tutulmasını gerektirir. Bahsedilen eşitlik hukuksal anlamda bir eşitlik olup, cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda aynı suçu işleyen kişiler hakkında farklı cezalara hükmedilmesi, eşitlik ilkesine aykırılık anlamına gelmemektedir. TCK'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasında "Ceza Kanunu'nun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz" denilerek eşitlik ilkesine yer verilmiş olması, cezalandırmada da eşitliği vurgulamaktadır. Denkleştirici adalet, bireylerin kendi arasındaki ilişkileri düzenleyerek hukuki ilişkilerde taraf olanlara eşit işlem yapılmasını gerektirir. Günümüzde ceza, kusur ve işlenen suçun ağırlığı dikkate alınarak verildiğinden, suç ile cezanın denkleştirilmesinde salt eşitlik geçerli olmaz. Dağıtıcı adalet ise kişinin toplumla ve devletle arasındaki ilişkileri düzenleyerek herkesin, yeteneği ve toplum içerisindeki durumuna göre kendi payına düşeni almasını öngörür. Burada da bahsedilen eşitlik mutlak değil, göreceli bir eşitliktir²⁴.

2.1.3.3. Cezanın bölünebilirliği

Her suçun ağırlığı, işleniş biçimi veya suçu işleyen failerin kişilik yapıları birbirinden farklıdır. Bu farklılıkları dikkate alan hâkim, verilecek cezayı kişiye uygun bir hale getirecek, böylece ceza *bireyselleştirilmiş* olacaktır. Hâkimin karşısına çıkan somut olayların koşullarına göre cezayı bireyselleştirilebilmesi de cezanın bölünebilir olmasıyla mümkündür. Bir başka ifadeyle cezanın suçlunun kişiliğine ve işlenen fiilin özelliklerine göre değiştirilebilme kabiliyetine sahip olmasına cezanın bölünebilirliği adı verilir. Bu ilke *cezanın bireyselleştirilebilmesi ilkesi* şeklinde de adlandırılmaktadır.

Yerdelen'e göre, cezanın bireyselleştirilmesinde ön plana çıkan bölünebilirlik unsuru, TCK'da bazı suçlar açısından öngörülen sabit cezalar nedeniyle geri planda kalmaktadır. TCK'nın 82. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli

²⁴ bkz. (Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 561: 74).

hallerinin işlenmesi halinde somut olayda verilecek ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Maddede sayılmış nitelikli hallerin işlenmesinin sonucu olarak faile verilecek ceza açısından bir fark gözetilmemesi ve hâkime cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi araçlarının tanınmaması cezanın bölünebilirliği niteliğine aykırı bir durum teşkil etmektedir²⁵.

2.1.3.4. İnsan onuruna uygunluğu ve ahlakiliği

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi ile İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 2. maddesi açıkça hiç kimseye işkence yapılamayacağını, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağını ve ceza verilemeyeceğini düzenlemiştir. Cezanın bu niteliğine çeşitli uluslararası belgelerin yanında Anayasa'mızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında da "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" şeklinde yer verilmiştir²⁶.

Cezaların insan onuruna uygun ve ahlaki olması niteliği, 5237 sayılı TCK'da da kendisine yer bulmuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin raporunda, kanunun hazırlanmasında esas alınan felsefi düşüncelerden bir tanesinin de hümanizm ilkesi olduğuna dikkat çekilmiştir²⁷.

2.1.3.5. Cezanın kanuniliği

Cezalandırılma, kişinin sosyal hayatta karşılaşılabileceği en ağır durumlardandır. Bir insanın yaşamı, özgürlüğü veyahut malları üzerinde kısıtlamalara yol açabilen ceza yaptırımının kanunlarla belirlenmiş olması zorunluluğu olarak tanımlanabilecek cezanın kanuniliği, kişilerin özgürlüklerinin bir güvencesi olduğu kadar toplumsal düzen ve barışın korunması için de önemlidir²⁸.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege) veyahut kısaca *kanunilik ilkesi*, çağdaş ceza hukukunun en önemli ilkelerinden bir tanesidir.

²⁵ Yerdelen, 2013,11.

²⁶ Ersoy, Y. (2002). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı). Ankara: İmaj Yayıncılık, 159

²⁷ 03.08.2004 tarih ve Esas: 1/593, Karar: 60 sayılı rapor; Özgenç, 2018, 71.

²⁸ İçel, K., Sokullu-Akıncı, F., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. ve Ünver, Y. (2002). *Yaptırım Teorisi* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 6; Dönmezer/Erman, 2016b,7.

Bu ilke, kişilerin keyfi olarak cezalandırılması ihtimalinin önüne geçerken kanun uygulayıcısı olan hâkimleri bir fiilin suç teşkil etmesi ve cezalandırılması konusunda sınırlandırmaktadır. Hâkim nasıl kanunla düzenlenmemiş bir cezaya hükmedemiyorsa, bu ilke vesilesiyle bireyler de suç teşkil eden fiiller ve karşılıklarında öngörülen cezaların neler olduğunu önceden öğrenerek bu doğrultuda davranabileceklerdir²⁹.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin temellerine Montesquieu ve Cesare Beccaria'nın eserlerinde rastlamak mümkündür. “*Kanunların Ruhunu*” isimli eserinde Montesquieu kişinin felsefi ve siyasi anlamda özgürlüğü ile güvenliğini zedeleyebilecek en büyük etkiye sahip olan şeyin bireye karşı yapılan genel ve özel suçlamalar olduğundan bahseder. Buna göre bireylerin suçsuzluğu güvence altına alınmazsa, bireylerin özgürlüğü de güvence altında değil demektir³⁰.

Beccaria'ya göre “*Suçlara ilişkin cezaları yalnızca yasalar belirler. Bu otoritenin kaynağı, toplumsal sözleşmeyle birleşmiş bütün toplumu temsil eden yasa koyucunun kendisidir. Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan yargıç, aynı toplumun başka bir üyesini, adalet adına, yasaca öngörülmemiş cezalara çarptıramaz. Yasaların yorumlanmaları sakıncalıdır. Doğru olmayan bir başka şey de yasaların yorumunu zorunlu kılacak biçimde, kapalı bir dille ele alınmalarıdır. Yasalar, halkın yabancı olduğu bir dille kaleme alınırsa, sade ve açık bir dille yazılmazsa, bu sakınca çok daha büyük olacaktır³¹. Ayrıca, yargıcın yasalarca saptanmış sınırı aşarak artırılmış bir cezaya hükmetmesi de haksızdır, yasaya aykırıdır. Çünkü bu tutum, yasal cezaya bir başka cezayı eklemek demektir. O yüzden bir yargıç, suçlu bir yurttaş için önceden yasayla belirlenmiş bir cezayı, büyük emekler harcadığı ya da kamu esenliği gibi bahanelere sığınarak, kendiliğinden artıramaz³².*”

Türk hukukunda kanunilik ilkesinin ilk olarak 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda üstü kapalı bir şekilde yer aldığı kabul edilse de bu ilkenin bugünkü anlamıyla ve açık bir

²⁹ İçel/Donay, 2006, 86.; Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 46.

³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 48

³¹ Kanunilik ilkesinin alt ilkelerinden birisi olarak kabul edilen *belirlilik ilkesi* kısaca kanunla belirlenen suç ve cezaların şüpheye yer olmayacak şekilde, açık ve anlaşılır olarak düzenlenmesidir. Beccaria'nın 1764 yılında yazdığı bu eserinde belirlilik ilkesinin öneminden bahsettiği anlaşılmaktadır.

³² Beccaria, C. (2010). *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk) (2. Baskı). Ankara: İmge Yayınevi, 31.

şekilde ifade edildiği ilk belge 1876 tarihli Kanun-i Esasi olmuştur³³. Cumhuriyet döneminde³⁴ 1961 Anayasası'nın 33. maddesinde yer alan bu prensip 1982 Anayasası'nda da tekrarlanmıştır³⁵.

Anayasa'mızın 38. maddesine göre kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini düzenleyen madde hükmünde, Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme getirilebilecek istisnalar saklı tutularak, idarenin kişi hürriyetini kısıtlayan sonuç doğurabilecek bir yaptırım uygulayamayacağı ifadesine de yer verilmektedir.

Kanunilik ilkesi, ceza kanunumuzda da düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığını taşıyan 2. maddesine göre, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. Maddenin ikinci fıkrasında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı, üçüncü fıkrasında ise kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı ile aynı zamanda suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı düzenlenmiştir.

Çağdaş ceza hukukunda hâkim kanunda belirlenmiş cezaya aynen hükmedebilir, cezada indirim yapabilir, cezayı veya cezanın infazını erteleyebilir, kanunda belirlenen seçimlerlik cezalardan bir tanesine hükmedebilir, cezanın alt ve üst sınırları arasında bir ceza

³³ Ayrıntılı bilgi için (bkz. Akyılmaz, G. (2006). "Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması". *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1021-1042.)

³⁴ Doktrinde; 1924 Anayasası'nın 68. maddesindeki "*Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer*" ifadesinin Cumhuriyet döneminde kanunilik ilkesine ilk defa yer verilmesi olarak yorumlandığı gibi (bkz. Önder, 1992, 58), 1924 Anayasası'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesinden açıkça bahsedilmediği, özgürlüklerin sınırının yasayla belirlenebileceğinden bahsedilerek işkence, eziyet, müsadere ve angaryanın yasak olduğuna değinilmesi 1924 Anayasası'nda kanunilik ilkesinin açıklandığı şeklinde bir yoruma sebebiyet verebilecekse de uygulamada yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç yarattığı, buna örnek olarak da 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun'un ilk maddesinin Bakanlar Kurulu'na Türk parasının değerini korumak için kararlar alma yetkisi tanınması ve bu kararlara aykırı davranışlar ilgili kanunun 3. maddesine göre suç teşkil ederek cezalarının gösterilmesi şeklinde yorumlandığı da görülmüştür (bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 58.)

³⁵ İçel vd., 2002, 6; Önder, 1992, 58.

belirleyebilir ve bu işlemi yaparken takdirini indirim nedenlerini göz önünde bulundurabilir. Hukuk sisteminin zaman içerisindeki gelişim ve değişimi bu yönde kanunilik ilkesinin ne denli etkili olduğuna dair sorular aklı gelebilmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki uygulama zaman içerisinde sertliğini kaybetse de cezada kanunilik saklıdır ve ceza hukukunun en temel ilkelerinden bir tanesi olma özelliğini hâlâ haizdir. Hâkim, cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan araçları kullanarak cezaları suçlunun kişiliğine uygun hale getirirken kanundan aldığı bir yetki olan takdir yetkisini kullanmakta, bu yetkinin sınırları da yine kanunlar tarafından belirlenmiş bulunmaktadır³⁶.

2.1.3.6. Cezanın şahsiliği

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasındaki "Ceza sorumluluğu şahsîdir" düzenlemesiyle birlikte 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinin ilk fıkrasındaki "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz" madde hükmü cezanın şahsiliği ilkesinin Türk ceza hukukundaki yansımalarını oluşturmaktadır.

Cezanın şahsiliği ilkesi genel anlamıyla kanunda suç karşılığı olarak öngörölmüş yaptırım olan cezanın yalnızca o suçun failine verilmesini ifade etmektedir. Cezalandırmanın en temel prensiplerinden biri olan bu ilkeye ilk olarak 1941 İtalyan Anayasası'nda yer verilmiş ve demokratik düzenin temel özelliklerinden birisi olduğu belirtilmiştir³⁷.

Tarih boyunca cezanın niteliklerinin geçirdiği evrimsel süreç incelendiğinde bazı aşamalardan geçtiği görölmektedir. Devlet ceza hukukunun henüz ortaya çıkmadığı dönemlerde söz konusu olan *başkasının fiilinden sorumluluk (kolektif sorumluluk)* halinde, bir aile veya kabile üyesinin işlediği suç diğer topluluk üyelerinin de bu fiilden sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktaydı³⁸.

Yerleşik hayata geçişle birlikte cezalandırma yetkisinin merkezi iktidara geçmesi sonucunda düzeni koruma görevini iktidar sahiplerinin üstlenmesiyle kolektif sorumluluk anlamını yitirmiş ve günümüzde de modern ceza hukukunun ilkelerinden birisi olan

³⁶ Dönmezer/Erman, 2016a, 549.

³⁷ Toroslu, 2010, 81.

³⁸ Toroslu, 2010, 81.

kusurlu sorumluluk anlayışı önem kazanmıştır. Kusurlu olan kişinin bundan şahsen sorumlu olduğu düşüncesi, cezanın şahsiliği olarak isimlendirilmektedir³⁹.

2.1.3.7. Suçun ağırlığı ile orantılı ve etkili olması

Ceza; karşılığında verildiği suçu işleyen kişiyi iyileştirip ıslah edecek, bu kişiyi yeniden suç işlemeye sürükleyecek davranışları önleyecek nitelikte olmalıdır. Aynı zamanda ceza, suç teşkil eden bu fiillerin işlenmesi hususunda insanları caydıracak, korkutucu bir niteliğe de sahip olmalıdır⁴⁰.

Bu niteliklere sahip olan bir cezanın verileceği suç ile arasında bir orantının bulunması gerekir. Dolayısıyla ağır bir suça ağır bir ceza, daha hafif bir suça ise hafif bir ceza verilmelidir⁴¹.

5237 sayılı TCK'nın 3. maddesinin ilk fıkrasında "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" düzenlemesi yer almaktadır. Hâkim, temel cezayı belirlerken bu madde hükmünü her aşamada gözetmekle yükümlüdür.

Orantılılığın, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden birisini oluşturduğu belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi gereğince, temel haklara müdahalelerde yalnızca elverişli ve gerekli araçlar kullanılmalı, sınırlamada orantılılık korunmalıdır. AİHM, istikrarlı olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğunu söylediği ölçülülük ilkesini toplumun genel çıkarı ile temel haklara saygı arasında bulunması gereken adil denge ile birlikte ele almaktadır⁴².

2.1.4. Cezanın Türleri

Dünya tarihi incelendiğinde görülecektir ki toplumların ceza ve infaz rejimleri siyasi, ekonomik, tarihi ve sosyolojik yapılarına bağlıdır. İktidarı elinde tutan erkin devlet ile özdeşleştirildiği bu dönemlerde, suçlular genellikle bedeni cezalar ile cezalandırılmıştır.

³⁹ İçel vd., 2002, 16; Toroslu, 2010, 82.

⁴⁰ Yerdelen, 2013, 13; Artuk, M.E., Gökçen, A., Alşahin, M.E., ve Çakır, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (12. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 36.

⁴¹ Toroslu, 2018, 369.

⁴² Metin, Y. (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 7-26.

Bu anlayış 18. yüzyıl sonlarına kadar sürmüştür, Aydınlanma Çağı ile birlikte kişinin vücuduna şiddetli ızdırap veren bedeni cezalar kaldırılarak, yerini hürriyeti bağlayıcı cezalara bırakmıştır⁴³.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda ve büyük ölçüde bu kanundan iktibas edilen 1274 (1858) Osmanlı Ceza Kanunname-i Hümayunu gibi eski tarihli kanunlarda suçlar ağırlıklarına göre cürüm, cünha ve kabahat olarak tasnif edilmekteydi. Bu tasnife bağlı olarak hürriyeti bağlayıcı cezalar da ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezası olmak üzere üçe ayrılmaktaydı. 765 sayılı TCK'da ise suçlar cürüm ve kabahat olarak ikili bir derecelendirmeye tabi tutulmuş, ancak hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezası şeklinde üçlü bir ayrıma gidilmişti⁴⁴.

5237 sayılı TCK'da cürüm ve kabahat ayrımı terk edilip yalnızca suç kavramına yer verilerek, kanunun 45. maddesinde suç karşılığında uygulanacak yaptırım olarak cezaların hapis ve adli para cezası şeklinde ikiye ayrıldığı belirtilmiştir. Hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan hapis cezası ile malvarlığı değerlerine yönelik olan ve idari para cezalarından ayrılması amacıyla adli para cezası şeklinde isimlendirilen bu iki ceza; bir suç karşılığı olarak tek başına öngörülebileceği gibi, birlikte veya seçenek yaptırım olarak da kanunda düzenlenmiş olabilir⁴⁵.

5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan ceza türleri aşağıda incelenecektir.

2.1.4.1. Hapis cezaları

2.1.4.1.1. Genel olarak

Roma ve Germen ceza hukukunda cezaların infazı 16. yüzyılda Amsterdam cezaevleri ortaya çıkıncaya kadar kefarete düşüncesine yönelikti. Osmanlı Devleti'nde ise İslam hukukunun uygulanması sebebiyle hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edileceği hapisaneler bulunmamaktaydı. Tanzimat döneminde 1840 (1256) tarihli Kanun-ı Ceza, 1851 (1267) tarihli Kanun-i Cedit ve 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu

⁴³ Soyaslan, 2018, 578.

⁴⁴ Özgenç, 2018, 708-709

⁴⁵ Koca/Üzülmez, 2018, 564

isimli ceza kanunları kabul edilmiş, bu vesileyle Osmanlı ceza hukukunda da hürriyeti bağlayıcı cezalar yerini almıştır⁴⁶.

Amerikan ve Fransız İhtilalleri ile birlikte Avrupa’da örnekleri görülen hürriyeti bağlayıcı cezalar, Aydınlanma Çağı’nda temel ceza haline gelmiştir. Bu çağda filozofların her şeyi akıl ile izah etmesi ve insan kavramının en yüksek değer olarak kabul edilmesi hürriyeti bağlayıcı cezaların temel ceza olarak kabul görmesinde etkili olmuştur⁴⁷.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanıp 15.01.2003’te Türkiye tarafından imzalanan “11 nolu Protokol ile Değişik, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 nolu Protokol”ün onaylanması ülkemizde 26.06.2003 tarih ve 4913 sayılı Kanun’la uygun bulunmuştur. Bu protokole göre ölüm cezası kaldırılmıştır, fakat bu yasak devletler arası barış zamanına özgü bir yasaktır.

Türkiye, 09.01.2004 tarihinde imzaladığı “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 nolu Protokol”ü 06.10.2005 tarihinde ve 5409 sayılı Kanun’la onaylayarak, hiçbir istisnası olmadan ölüm cezasını tamamen kaldıran Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden birisi haline gelmiştir. Anayasa’mızın 38. maddesine 07.05.2004 tarihinde 5179 sayılı Kanun’la eklenen “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez” hükmü ile birlikte çeşitli suçlar karşılığında öngörülen bu ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüş, 5237 sayılı Kanun’da da ölüm cezasına yer verilmemiştir⁴⁸.

2.1.4.1.2. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası

Kaldırılan ölüm cezasının boşluğunu doldurmak amacıyla öncelikle 765 sayılı TCK’ya konulan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, 5237 sayılı TCK’da da kendisine yer bulmuştur. TCK m. 47’ye göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eden ve mevzuatta belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilen cezadır. Kanun hükmünde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının ömür boyu devam edeceği belirtilmiş olmasına rağmen, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına Dair Kanun’un (CGTİHK) 107. maddesine göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına

⁴⁶ Demirbaş, 2018, 583

⁴⁷ Soyaslan, 2018, 580.

⁴⁸ Özgenç, 2018, 707.

çarpıtılanların ceza infaz kurumunda otuz seneyi iyi halli olarak geçirmeleri takdirde koşullu salıverilmeden faydalanabilmeleri mümkündür⁴⁹.

Aynı madde hükmüne göre hükümlünün birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde koşullu salıverilmeden faydalanması için infaz kurumunda geçirmesi gereken süre otuz altı senedir. Hükümlü eğer suç işlemek için örgüt kurmak veya örgütü yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olmuşsa; bu halde ilk durumda otuz altı, ikinci durumda kırk sene sonrasında koşullu salıverilebilecektir. Ayrıca; 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi sebebiyle hükümlünün ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmayacaktır⁵⁰.

2.1.4.1.3. Müebbet hapis cezası

TCK m. 48'e göre hükümlünün hayatı boyunca devam eden cezaya müebbet hapis cezası denir. Bu ceza sabit bir cezadır; kanunda bu ceza için herhangi bir alt veya üst sınır düzenlenmemiştir. Bu nedenle yapısı gereği müebbet hapis cezası cezanın belirlenmesi sırasında hâkime takdir imkânı tanımamaktadır. Ancak isnat yeteneğiyle ilgili hususlar

⁴⁹ Koca/Üzülmez, 2018, 567; Çınar, A. R. (2005). *Türk Ceza Hukukunda Cezalar* (1. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 30; Özen, S. E. (2005). "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar". *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2(6-7), 148.

⁵⁰ AİHM, bir cezanın çok büyük boyutta orantısız olmaması genel şartına tabi olarak, müebbet hapis cezasının üç tipi arasında ayırım yapmanın gerekli olduğunu saptamıştır. Bunlardan ilki asgari süre çekildikten sonra tahliyeyle liyakat kazanılabilen bir müebbet hapis cezası, ikincisi şartlı tahliye ihtimali olmaksızın takdiri müebbet hapis cezası ve üçüncüsü şartlı tahliye ihtimali olmaksızın zorunlu müebbet hapis cezası (yani, belli bir suç için kanunda düzenlenen ve uygulayıp uygulamama konusunda yargıca hiçbir takdir tanımayan cezadır). Mahkeme, kişinin devam eden hapsedilmesinin artık herhangi bir cezalandırma amacı ile haklı kılınamaması ve cezanın fiilen ve hukuken indirim yapılamaz oluşu durumlarında, şartlı tahliye (koşullu salıverilme) olmaksızın müebbet (/ağırlaştırılmış müebbet) hapis cezasının verilmesinin orantılılık ilkesiyle bağdaşır olmadığını düşünmektedir. (AİHM, Vinter ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık, Başvuru no. 66069/09, 130/10 ve 3896/10 <https://hudoc.echr.coe.int>)

88. Üçüncü tip ceza; şartlı tahliye ihtimali olmaksızın zorunlu müebbet hapis cezası bakımından, Daire, cezanın büyük oranda orantısız olup olmaması bakımından daha ciddi denetim gerekmele birlikte, böyle bir cezanın kendisinin Sözleşme ile bağdaşmaz olmadığına ve 3. madde sorununun ancak şartlı tahliye ihtimali olmaksızın takdiri müebbet hapis cezası için çıkan sorunla aynı biçimde ortaya çıkacağını saptamıştır.

(yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi) veyahut hâkimin takdir yetkisi gibi cezada indirim yapılmasını gerektirebilecek durumlar bu ceza için de geçerliliğini korumaktadır⁵¹.

CGTİHK m. 107'ye göre müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar iyi halli olarak yirmi dört senelerini infaz kurumunda geçirdiklerinde koşullu salıverilmeden faydalanabilirler. Hükümlünün birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde koşullu salıverilmeden faydalanması için infaz kurumunda geçirmesi gereken süre otuz sene olarak belirlenmiştir. Eğer hükümlü suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olmuşsa ancak otuz sene sonrasında koşullu salıverilebilecektir. Eğer bu suçu işleyen kişi birden fazla müebbet hapse mahkûm olmuş ise otuz dört, müebbet hapis ile birlikte süreli hapis cezasına mahkûm olmuş ise koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için en fazla otuz senesini infaz kurumunda geçirmesi gerekecektir.

2.1.4.1.4. Süreli hapis cezası

5237 sayılı TCK'nın 49. maddesine göre kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan yirmi yıla kadar olan hapis cezalarına süreli hapis cezası denir. Yeni TCK ile 765 sayılı TCK'da bulunan ağır hapis cezası ve hafif hapis cezası ayırımına son verilmiş, müebbet olmayan hapis cezaları süreli hapis cezası başlığı altında toplanmıştır. Suçun kanuni tarifine ilişkin hükümde hapis cezasının alt veya üst sınırı gösterilmediyse bu maddedeki genel sınırlar dikkate alınacaktır⁵².

49. maddenin ilk fıkrasındaki düzenleme, hapis cezasının kanunda alt veya üst sınırının belirtilmediği haller için sınırı belirlemiştir. Kanun koyucu elbette ki yapacağı bir düzenleme ile bu kuralın aksine bir hükmü kanuna koyabilir. 5237 sayılı TCK haricinde ceza hükmü taşıyan diğer kanunlarda düzenlenen suçlar için öngörülen cezalarla ilgili alt ve üst sınırlar 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 6. maddesinde gösterilmiştir. Madde, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile değiştirildikten sonra;

“(1) Kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezaları, "hapis" cezasına dönüştürülmüştür.

⁵¹ Yerdelen, 2013,23; Kumbasar, E. (2006). *“Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi”*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 52.

⁵² Hakeri, H. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 348; Öztürk/ Erdem, 2018, 266.

(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda;

a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmi dört yıl olarak,

b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak uygulanır” halini almıştır⁵³. Bu düzenlemeye göre 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlar için, hapis cezalarının alt sınırının gösterilmediği hallerde bu sınır bir ay, üst sınırının gösterilmediği hallerde ise beş yıldır. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus, burada belirtilen cezanın temel ceza olduğu, artırım ve indirimler uygulandıktan sonra verilecek olan sonuç ceza olmadığıdır⁵⁴. Zaten 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin, 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenen 7. fıkrasında, süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağı belirtilmiştir. Kısacası 61. maddeye göre yapılacak artırım ve indirimler sonrasında elde edilecek sonuç ceza otuz yılı geçemeyecektir⁵⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.06.2006 tarihli kararında Yargıtay 5. Ceza Dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesine eklenen fıkranın 5237 sayılı Kanun'un 49. maddesinde düzenlenmiş bulunan hapis cezasının üst sınırını otuz yıl olarak sınırladığı mı, yoksa yirmi yıl olan üst sınırı otuz yıla yükselttiği mi konusunda çıkan uyuşmazlığı incelediği kararında 49. maddedeki düzenlemenin sonuç cezadaki değil, temel cezadaki sınırlamayı gösterdiğine karar vermiştir⁵⁶.

⁵³ 5560 sayılı Kanun'un gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Maddeyle, 5252 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 15 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Hapis cezası yedi günden yirmi seneye kadardır. Kanunda açıklanmayan yerlerde yukarı haddi beş senedir." hükmü yer almaktaydı. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında ise, "Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu durum karşısında, diğer kanunlarda örneğin üç aydan az olmamak üzere hapis cezasının öngörüldüğü suç tanımlarında cezanın üst sınırı yirmi yıl olmaktadır. Bu farklı düzenleme; asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren bu suçların, ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesini sonuçlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük ve uygulama şekline ilişkin 5252 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki mevcut düzenleme, bu sorunu sadece 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş olan suçlarla sınırlı olarak çözmektedir. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen ve diğer kanunlarda sadece alt sınırı gösterilmiş olan suçlarla ilgili olarak cezanın üst sınırının ve buna bağlı olarak görevli mahkemenin belirlenmesi bakımından ortaya çıkan sorunu çözmek amacıyla işbu değişikliğin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.” (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>)

⁵⁴ Artuç, M. (2016). *Hüküm Kurma Sanatı* (8. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 34.

⁵⁵ Çınar, A. R., 2005, 33.

⁵⁶ “1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasa'da cezaların içtimaina yer verilmemiş, süreli hapis cezalarını düzenleyen 49. maddenin 1. fıkrasında ise; "Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz" şeklinde, 765 sayılı Yasa'nın 13 ve 15. maddelerindeki

49. maddenin ikinci fıkrasına göre hükmedilen hapis cezası bir yıl veya daha az süreli ise bu ceza *kısa süreli hapis cezası* olarak isimlendirilir. Cezanın kısa süreli hapis cezası olup olmadığının belirlenmesi yargılama sonucunda elde edilen somut cezaya göre tespit edilecektir⁵⁷.

Dönmezer/Erman'a göre kesinleştiği tarihten itibaren suçlunun ıslahı ve eğitimi bakımından yeterli sayılabilecek bir imkânın mevcut olmadığı süredeki hürriyeti bağlayıcı

düzenlemelere benzer şekilde düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesini düzenleyen 5237 sayılı Yasa'nın 61. maddesinin ilk halinde, 765 sayılı Yasa'nın 29. maddesine benzer şekilde, cezanın tayin ve tespitinde dikkate alınacak ölçütlere yer verilmesine rağmen, 765 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin 6. fıkrasında yer alan, "Cezalar artırılır veya eksiltilirken kanunun sureti mahsusada tayin ettiği ahval müstesna olmak üzere her nevi ceza için muayyen olan hudud tecavüz edilemez" hükmüne 5237 sayılı Yasa'nın 61. maddesinde yer verilmemiş, 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 61. maddeye eklenen 7. fıkrayla, "Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz." şeklindeki hükümle, her suç için hükmolunacak sonuç ceza otuz yıl olarak sınırlandırılmış, bu husus Yasa'nın değişiklik gerekçesinde; "Kanunun 49. maddesine göre, aksine hüküm bulunmayan hallerde, süreli hapis cezasının alt sınırı bir ay, üst sınırı ise yirmi yıldır. Bu alt ve üst sınır, ilgili suç tanımındaki temel ceza açısından belirlenmiştir. Bu itibarla, 49. madde hükmü, sonuç ceza bakımından bir sınır oluşturmamaktadır. Başka bir deyişle, somut olayla ilgili olarak belirlenen sonuç ceza yirmi yıldan fazla olabilecektir. Ancak yine de, bu durumda belirlenen sonuç cezayı sınırlama gereği bulunmaktadır. Böyle bir sınırlama, müebbet hapis cezasında koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken asgari süre bakımından önem taşımaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle, 61. maddeye eklenen yedinci fıkra ile, hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağı kabul edilmiştir.

5237 sayılı TCY'nin Adalet Komisyonu Raporundaki, "Madde başlığı ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır" biçimindeki açıklama uyarınca, metinle çelişmeyen gerekçenin, maddenin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir. Yasa Koyucunun 5377 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 49. maddesinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın anılan düzenlemeyi cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. maddeye eklemesi ve değişiklik gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 49. maddede yer alan düzenlemenin sonuç cezayı değil, temel cezayı gösterdiği, bu yeni düzenleme ile hürriyeti bağlayıcı cezaya bir üst sınır getirmenin amaçlandığı, yasa değişikliğinin aleyhe değil lehe olduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı Yasa'nın diğer hükümlerinin incelenmesinden de bu husus açıkça ortaya çıkmaktadır, şöyle ki; 5237 sayılı Yasa'nın, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini düzenleyen 188. maddesinde, 1. fıkroda, imal, ithal veya ihraç fiillerinin cezası on yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiş, 4. fıkroda, uyuşturucunun eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması halinde verilecek cezanın yarı oranında, 5. fıkrasında ise bu suçların bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasındaki suçun yaptırımının üst sınırının 5237 sayılı Yasa'nın 49. maddesi uyarınca 20 yıl hapis olduğundan bir kuşku bulunmamaktadır; bu hükmün temel cezayı değil sonuç cezayı da kapsadığının kabulü halinde, mahkemece 1. fıkra uyarınca, üst sınırdan ceza tayin edildiği takdirde, diğer fıkraların hiçbir şekilde uygulama olanağı olamayacak, alt sınırdan ceza tayin edildiği takdirde dahi, 4 ve 5. fıkralardaki artırımlar uygulandığında hapis cezası yirmi yılı aşacağından, diğer fıkraların uygulanması olanaksız hale gelecektir. Bu kabul yasa koyucunun açık iradesine aykırı olduğu gibi, yasanın sistemine de uygun bir çözüm değildir.

5237 sayılı Yasa'nın 49. maddesindeki düzenlemenin, sonuç cezayı değil, yasada alt ve üst sınırın gösterilmemesi halinde, temel cezayı tayinde dikkate alınacak ölçütleri gösterdiği saptanmakla, Yargıtay C.Başsavcılığının bu yöne ilişkin itirazı yerinde olup, kabulüne karar verilmelidir." Yargıtay CGK. 20.06.2006, 5-178,163. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

⁵⁷ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 570

cezalar, kısa süreli hapis cezası olarak kabul edilebilir⁵⁸. 1948 tarihli Uluslararası Ceza ve İnfaz Komisyonu üç ayı geçmeyen hapis cezalarını kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirmiş, 1950'de Lahey'de gerçekleşmiş olan 12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde de bu sınır aynı şekilde kabul görmüştür. 1960 yılında yapılan Londra Suçluluğun Önlenmesi Hakkında 2. Birleşmiş Milletler Kongresi'nde ise söz konusu süre altı ay olarak değiştirilmiştir⁵⁹.

Kısa süreli hapis cezalarının fail üzerinde oluşturduğu etkiyle cezanın kefaret yönünü ortaya çıkararak kişiye gözdağı verdiği, hapis cezasına mahkûmiyet hükmünün de mağdur ve yakınlarında adaletin yerini bulduğu hisleri uyandırdığı gibi düşüncelerle bu cezaların faydalı olabileceği görüşleri öğretilen yer bulmaktadır. Ancak kısa süreli bu ceza ile hapis cezasından beklenen yararın elde edilebilmesi için gereken sürenin tamamlanamayacağı ve hükümlüye özel ıslah programlarının verimli bir şekilde gerçekleştirilemeyeceği görüşü de doktrinde ileri sürülen görüşler arasındadır. Buna göre, kısa süreli hapis cezaları cezaevlerinde kalabalıklaşmaya yol açacak, bu durum hem hükümlülerin ıslahını zorlaştırırken hem de devlete mali yük olarak yansiyacaktır⁶⁰.

Bu cezaların ilk kez uygulanmasının kişi üzerinde korkutucu bir etki yaratması mümkün olsa da kısa bir süre için cezaevine giren hükümlülerin duruma alışması sonucu yeniden suç işlemekten çekinmeyerek mükerrir hale gelebileceği öngörülmektedir. Cezaevinde diğer hükümlülerle temas içinde yaşayan kişinin bu hükümlülerden kötü etkilenerek ahlakının bozulabileceği de kısa süreli hapis cezasının sakıncaları hususunda gösterilen sebepler arasındadır⁶¹.

Süreli hapis cezasının kısa süreli veya uzun süreli olması bu cezaya bağlanan hukuki sonuçlar açısından önemlidir. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar öngörülerek bu cezanın adli para cezasına veya maddede düzenlenen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak 50. maddenin üçüncü fıkrasına göre daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla; mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis

⁵⁸ Dönmezer/Erman, 2016a, 647

⁵⁹ Özen, 2005, 149.

⁶⁰ İçel vd., 2002, 68.

⁶¹ Dönmezer/Erman, 2016a, 647

cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası bu seçenek yaptırımlardan birine çevrilecektir. Buna göre üçüncü fıkra uyarınca belirtilen koşullar somut olayda oluşmuşsa hâkime seçenek yaptırımlara çevirme hususunda takdir yetkisi tanınmadığı görülmektedir⁶². Yine, kısa süreli hapis cezası ertelendiğinde 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasına göre aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan hak yoksunlukları uygulanmayacaktır. Ayrıca, gerekli şartları sağlama koşuluyla kısa süreli hapis cezası mevcutsa, 5275 sayılı CGTİHK'in 110. maddesinde düzenlenen altı ay veya daha kısa süreli hapis cezasına mahkûm olanlar için uygulanabilen özel infaz rejimlerine karar verilebilir.

2.1.4.2. Adli para cezaları

2.1.4.2.1. Genel olarak

Para cezaları sanığın mal varlığına yönelen cezai bir yaptırım türü olarak tanımlanabilir. İlkel toplumlardan modern zamanlara kadar hemen hemen her toplumda uygulanmış olan para cezalarına, geçirdiği tarihi süreç boyunca farklı amaçlar yüklenmiştir⁶³.

İlkel toplumlarda mağdur veya ailesinin uğradığı zararın giderilmesine yönelik bir tazminat niteliğinde olan para cezaları, devlet kavramının yaygınlaşması ile tazminat niteliği ile birlikte bir bölümü devlete ödenen zorunlu bir yaptırım halini almıştır. Feodalite rejimiyle beraber krallıkların da oldukça yaygın olduğu Orta Çağ zamanında suçlunun mal varlığının büyük bir kısmına veya tamamına el koyma şeklinde uygulanmaya başlayan bu cezalar, keyfi uygulamalar sonucu kişi hak ve özgürlüklerine aykırı düzenlemeler haline gelmiştir⁶⁴. 20. yüzyılda paranın insan hayatındaki öneminin artmasıyla birlikte bu cezaların da önemi ve etkinliği artmış, para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezaların yerini alabileceği düşüncesi yaygınlaşmıştır⁶⁵.

765 sayılı TCK, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda da olduğu gibi para cezalarını ağır ve hafif para cezası şeklinde iki başlık altında düzenlemiştir. 765 sayılı

⁶² Hakeri, 2017, 674.

⁶³ Karagülmez, A. (2005). *Gün Para Cezası Sistemi* (1. Baskı). Ankara: Kartal Yayınevi, 21.

⁶⁴ Donay, S. (1972). *Para Cezaları* (1. Baskı). İstanbul: Kervan Yayıncılık, 36-37.

⁶⁵ Çetin, H. (2012). *Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezası* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 21.

kanunun yürürlükte olduğu dönem içerisinde para cezalarının tespiti ve infazı 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre yerine getirilmiştir. Bu madde hükmüne göre para cezasının miktarı; suçlunun ekonomik durumu, aile sorumluluğu, yaşı, sağlık durumu, meşgale ve mesleği, cezanın sosyal etkisi ve uygulama amacı dikkate alınarak belirlenecektir⁶⁶.

5237 sayılı yeni TCK ile Almanya ve bazı İskandinav ülkelerinde uygulanmakta olan gün para cezası sistemi Türk ceza hukuku sistemimizde idari nitelikteki para cezalarından farkını belirtebilmek amacıyla⁶⁷ adli para cezası ismiyle uygulanmaya başlamıştır⁶⁸. 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesine göre adli para cezası; beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan miktarın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesi şeklinde tanımlanabilir⁶⁹.

2.1.4.2.2. Klasik para cezası sistemi

Adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin sistemlerden bir tanesi klasik para cezası sistemidir. Bu sistemde para cezası maktu olarak belirlenebilir, cezanın alt ve üst sınırları kanunda öngörülerek veya nispi olarak tespit edilebilir⁷⁰.

Adli para cezasının maktu (sabit) olarak belirlendiği hallerde hâkim; fiilin ağırlığı, suçun işleniş biçimi, sanığın kastının yoğunluğu gibi kıstasları değerlendiremeyeceğinden cezayı bireyselleştiremez. Bu sistemin niteliği itibarıyla 5237 sayılı TCK'dan ziyade 765 sayılı TCK'daki para cezası sistemine daha uygun olduğu söylenebilir⁷¹. Örneğin, 765 sayılı TCK'nın 191. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Sair tehdidat için alınacak ağır

⁶⁶ Çetin, 2012, 65.

⁶⁷ "Söz konusu yaptırım adli para cezası olarak ifade edilmiştir. Bu suretle söz konusu yaptırımın, idari nitelikteki "para cezası"ndan farklılığına işaret edilmek istenmiştir..." (bkz. Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi* (Genel Hükümler) (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık)

⁶⁸ Çetin, 2012, 71.

⁶⁹ Aldemir, H. (2007). "Adli Para Cezası ve İnfazı". *Terazi Hukuk Dergisi*, 2 (7), 78.

⁷⁰ Çetin, 2012, 53.

⁷¹ Karagülmez, 2005, 26-27.

cezayı nakdi otuz liradır” düzenlemesi incelendiğinde ödenecek para cezasının sabit niteliği anlaşılabilir.

Para cezası maktu şekilde öngörülebileceği gibi, kanunla alt ve üst sınırı belirlenerek de düzenlenmiş olabilir. Adli para cezasını belirleyen hâkime takdir yetkisi tanıyan bu sistem, cezanın bireyselleştirilmesine imkân sağlamaktadır⁷². Kanundaki düzenlemeye göre para cezası nispi olarak da tayin edilmiş olabilir. Nispi para cezaları, miktarı önceden kanun tarafından belirlenmeyen ve failin elde ettiği yarar veya sebep olduğu zararlar orantılı olarak miktarı değişebilen para cezalarıdır⁷³.

765 sayılı TCK'nın 403. maddesinin ilk fıkrasındaki “Uyuşturucu maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal veya ithal edenlere ... uyuşturucu maddenin her gram ve küsuru için elli bin lira ağır para cezası verilir” düzenlemesinde yer alan para cezası nispi para cezalarına örnek gösterilebilir. Bu cezaların belli bir orana göre azaltılıp artırılması hususu hâkimin bu konudaki takdir yetkisini ortadan kaldıracığından, cezanın bireyselleştirilmesinin büyük ölçüde sınırlandığı söylenebilir⁷⁴.

2.1.4.2.3. Gün para cezası sistemi

Para cezalarının tespitinde cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olarak sanığın kişiliğinin dikkate alınmaması ve sanığın ekonomik durumunu göz önünde bulundurmadan belirlenen cezaların eşit sonuçlar doğurmaması hususları klasik para cezası sisteminin eleştirilmesine sebep olmuştur⁷⁵.

Gün para cezası sistemi, klasik para cezası sisteminin uygulamasıyla karşılaşılabilecek adaletsizlikleri gidermeyi amaçlayan bir sistemdir. Sanığın kusurunun ağırlığına göre gün sayısının belirlenmesi ve sanığın ekonomik durumuna göre ödenecek günlük miktarın tespiti şeklinde iki temel unsura sahip olan bu sisteme göre; aynı cezayı gerektiren bir suç işleyen iki kişi aynı gün sayısınınca para cezasına mahkûm olacak, ancak

⁷² Karagülmez, 2005, 29.

⁷³ Dönmezer/Erman, 2016a, 682.

⁷⁴ Çetin, 2012, 55.

⁷⁵ Karagülmez, 2005, 44.

ekonomik durumları farklı olduğundan ödeyecekleri günlük para cezası miktarı birbirinden farklı olacaktır⁷⁶.

Kanunumuzda ekonomik çıkar amacıyla işlenen bazı suçlarda hapis cezasıyla birlikte adli para cezası öngörülmüştür. Bu suçların kanuni tariflerinde hükmedilecek adli para cezasının üst sınırları ayrıca belirlenebilmektedir. Ekonomik çıkar amacıyla işlenen bazı suçlarda elde edilen gelirin miktarı tespit edilebiliyorsa kazanç müsadere ile müsadere işlemi gerçekleştirilecek, belirlenemiyorsa bu kararı vermek mümkün olmayacaktır⁷⁷.

5237 sayılı TCK, ağır ve hafif para cezası sisteminden vazgeçerek adli para cezası olarak isimlendirilen gün para cezası sistemini kabul etmiştir (TCK m. 52). Kanunumuzdaki düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi çalışmamızın “Adli Para Cezasının Belirlenmesi” başlığı altında incelenecektir.

2.2. Güvenlik Tedbiri Kavramı

2.2.1. Genel Olarak

Suçluların cezalandırılması ceza hukukunda tek başına amaç değildir, aksine cezalandırma bir sonuç olarak kendini gösterir. Bazen cezalandırma fayda yerine zarar doğurabilir. Bu gibi durumlarda amacı suçlunun cezalandırılması olmayan ve yeniden suç işlenmesinin önüne geçmeye çalışarak toplumu savunma ve suçluyu topluma kazandırma işlevlerini birlikte yerine getirebilen güvenlik tedbirlerinin uygulanması daha isabetli olacaktır⁷⁸.

Kişi hukuka aykırı bir fiil işlemiş ancak kusurlu bulunmamış olabilir. Kişinin bu fiilinden dolayı kusurlu bulunmaması fiilin haksızlık içeriğini etkilemez. Ceza hukukunun temel ilkelerinden bir tanesi olan *kusursuz ceza olmaz (nulla poena sine culpa)* ilkesine

⁷⁶ Karagülmez, 2005, 53.

⁷⁷ Özgenç, 2018, 806. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişinin tek fiille birden fazla kez yargılama ve cezalandırmaya tabi tutulamayacağını açıklayan non bis in idem ilkesi çerçevesinde değerlendirmeler yaptığında, kesin hüküm bulunan bir suçtan dolayı yeniden yargılama yapıp yapılmadığı hususuyla birlikte çifte yargılamanın mevcut olup olmadığını incelemektedir. Bu durumda böyle bir uygulamanın olma ihtimalinin bulunmadığı haller, Mahkeme tarafından aykırılık olarak görülmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Tosun, A.N. (2017). “Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası”. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), s. 95-104).

⁷⁸ Soyaslan, 2018, 538.

göre hukuka aykırı bir fiili işlemekte kusuru bulunmayan kişiye ceza verilemez. Bu yönden kusurluluk, cezalandırılabilirliğin *olmazsa olmaz şartını (conditio sine qua non)* oluşturmaktadır⁷⁹. Ancak fiil hala haksızlık ve dolayısıyla suç teşkil etme özelliğini barındırdığından dolayı her ne kadar kişiye ceza verilemeyecekse de şayet kişinin tehlikelilik hali söz konusuysa bu kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulabilecektir⁸⁰.

Güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için bir suç işlenmiş olmalı veya ceza kanununda gösterilen hukuka aykırı bir fiil işlenmiş olmalıdır. Failin tehlikeliliğine vurgu yapan bu şartın gerçekleşmiş kabul edilmesi için olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir. Söz konusu tehlikenin tekrar edebilme ihtimalinin bulunması ise bu tehlikeye karşı ceza hukuku açısından bir tedbir uygulanabilmesi için şarttır⁸¹.

5237 sayılı TCK'nın öngördüğü yaptırım sistemi içinde ayrı bir bölümde düzenlenen güvenlik tedbirleri TCK m. 53 ve m. 60 arasında sırasıyla belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53), eşya müsaderesi (m. 54), kazanç müsaderesi (m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular (m. 58), sınır dışı edilme (m. 59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (m. 60) şeklinde sayılabilir. TCK dışında başka kanunlarda da güvenlik tedbirlerine yer verilmesi mümkündür. Örneğin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinde mahkemenin kişi hakkında ilgili kanunda tanımlanan veya yollamada bulunan suçlardan dolayı güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına karar vereceği hususu hüküm altına alınmıştır⁸².

2.2.2. Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Nitelikleri

Güvenlik tedbirlerinin amacı, suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirmesine karşın kusurlu olmayan ancak gerçekleştirdiği fiille toplum açısından tehlike oluşturan kişinin iyileştirilmesi, eğitilmesi ve bu suretle toplumun güvence altına alınmasıdır. Söz konusu iyileştirme kişinin tabi tutulacağı eğitimler ve sağlığına yönelik tedaviler ile gerçekleştirilecektir. Ancak güvenlik tedbirlerinin uygulama alanı yalnızca kusur yeteneği

⁷⁹ Özgenç, 2018, 803.

⁸⁰ İçel vd., 2002, 114-115.

⁸¹ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 706.

⁸² Koca/Üzülmez, 2018, 586.

olmayan ve toplum açısından tehlikeli olan kişilerle sınırlandırılmaz. İşlediği suç dolayısıyla kusurlu bulunan kişiler hakkında dahi belirli bir cezaya mahkûm olmakla birlikte güvenlik tedbirine de hükmedilebilir⁸³. Ceza ve güvenlik tedbirleri nitelik bakımından birbirinden farklı olduğundan dolayı işlediği bir suç nedeniyle fail hakkında her iki yaptırıma birden hükmedilmesi *non bis in idem* kuralına aykırılık sayılmaz⁸⁴.

İkili sistem veya ikilik sistemi olarak adlandırılan bu sistemde hem ceza hem güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Bu sistem, ceza veya güvenlik tedbirlerinden birinin seçilmesine veyahut her ikisinin de uygulanmasına imkân tanıyan bir sistemdir. Uygulanma biçimlerinden bir tanesi olan *temsil sistemine* göre cezanın işlevini yerine getirebilecekse, ceza yerine yalnızca tedbir infaz edilir⁸⁵. Diğer bir uygulanma biçimi olan *toplanma sisteminde* ise güvenlik tedbirleri ve cezalar birlikte uygulanır⁸⁶.

Güvenlik tedbirleri suç oluşturan fiili işleyen kişi hakkında, bu kişiyi koruma ve iyileştirme amacıyla uygulanabilir⁸⁷. TCK'nın 56. ve 57. maddelerinde düzenlenen çocuk ve akıl hastaları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri bu niteliktedirler. Güvenlik tedbirleri, fiili işleyen kişinin çevresine ve gerekirse ailesine karşı korunması amacıyla da uygulanabilir. Çocuklar hakkında uygulanan güvenlik tedbirlerinin bir kısmı bu yöndedir⁸⁸.

TCK m. 53'te düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, TCK m. 58'de düzenlenen mükerrirlere özgü güvenlik tedbirleri ve 59. maddede düzenlenen yabancı suçluların sınır dışı edilmesi gibi tedbirler suç oluşturan fiili işleyen kişiden toplumun korunması amacıyla uygulanmaktadır. Güvenlik tedbiri suçun konusu ile ilgili olarak veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak da uygulanabilir. TCK'nın 54. maddesinde düzenlenen eşya müsaderesi ve 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesi bu kategoride değerlendirilebilecek güvenlik tedbirleridir⁸⁹.

⁸³ İçel vd., 2002, 116-117.

⁸⁴ Nuhoğlu, A. (1997). *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*. Ankara: Adil Yayınevi, 59-60.

⁸⁵ Alman Ceza Kanunu m.67/1 "Bir hapis cezası ile birlikte 63 ve 64 maddeler uyarınca bir tedavi kurumuna yerleştirilme kararı verilmiş ise, tedbir cezadan önce infaz edilir." (bkz. Yenisey, F., Plagemann, G. (2015). **Alman Ceza Kanunu (StGB)** (Genişletilmiş 2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık)

⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 707.

⁸⁷ Ünver, Y. (2010). "Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), 368.

⁸⁸ Özgenç, 2018, 803-804.

⁸⁹ Özgenç, 2018, 805.

Güvenlik tedbirleri bazı durumlarda mahkeme hükmüne istinaden uygulanabilirken bazı durumlarda hâkim kararına göre, hatta bazen herhangi bir mahkeme veya hâkim kararı gerekmeden uygulanmaktadır. Örneğin, akıl hastalığı sebebiyle işlediği haksız fiilden sorumlu tutulamayan kişi hakkında mahkeme akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedecektir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ise çocuğun annesi, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınabilecektir (ÇKK m. 7/1). Güvenlik tedbirlerinin kişinin işlediği fiilden dolayı mahkûm olduğu cezanın kanuni sonucu olarak uygulandığı durumlarda ise bu tedbirin uygulanabilmesi için mahkeme hükmüne veya hâkim kararına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁰.

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)'nın 5. maddesi koruyucu ve destekleyici tedbirleri düzenlemiştir. Maddeye göre bu tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bu tedbirler; danışmanlık tedbiri, eğitim tedbiri, bakım tedbiri, sağlık tedbiri ve barınma tedbiri gibi türlerden oluşmaktadır. Çocuğun durumu dikkate alınarak bir veya birkaçına karar verilecek bu tedbirler, çocuğun içinde bulunduğu durum ve özellikler dikkate alınarak verileceğinden bu tedbirin bireyselleştirmeye hizmet ettiğinden bahsedilebilecektir.

2.2.3. Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Karşılaştırılması

Tıpkı cezalar gibi güvenlik tedbirleri de Anayasa'mızın 38. maddesi ve 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesi uyarınca kanunilik ilkesi ile güvence altına alınmıştır. Buna göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Ayrıca kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

Cezalar, cezai sorumluluğu haiz olan gerçek kişilere uygulanabilen yaptırımlardır. Fiilin ağırlığına ve failin kusuruna göre hâkim tarafından takdir edilen cezaların konusu ve

⁹⁰ Koca/Üzülmez, 2018, 585. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, F. (2007). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme". *Ceza Hukuku Dergisi*, 2(4), 171-196)

süresi belirlidir, yeniden süre hesaplanması yapılmaz. Güvenlik tedbirleri ise cezai sorumluluğu haiz olmayan kişilere de uygulanabilir. Ayrıca güvenlik tedbirlerine failin tehlikeliliği esas alınarak karar verileceğinden, failin bu durumu devam ettiği sürece tedbire de devam edilecektir⁹¹.

Fiil ile bağlantılı olan ve kefaret amacı bulunan cezalar bu yönüyle geçmişe yönelik bir etkiye sahiptirler. Genel önleme ve özel önleme amaçlarıyla birlikte cezaların aynı zamanda geleceğe yönelik bir etkisinin olduğundan da söz edilebilir. Güvenlik tedbirleri ise failin kişiliği ve tehlikeliliği ile bağlantılı olup failin yeniden suç işlemesini önlemeyi ve ıslahını amaçlar. Bu yönüyle güvenlik tedbirlerinin geleceğe yönelik etkisinin bulunduğu bahsetmek mümkündür⁹².

⁹¹ Dilberoğlu, A.V. (2018). *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri* (1. Baskı). Ankara: USA Yayıncılık, 39.

⁹² Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 702; Dilberoğlu, 2018, 41.



3. CEZANIN BELİRLENMESİ

3.1. Cezanın Belirlenmesi Kavramı

Cezanın belirlenmesi; kanun koyucu tarafından cezanın türü ile alt ve üst sınırının önceden kararlaştırılarak soyut cezanın belirlenmesi, tespit edilen soyut cezanın da somut olay göz önüne alınarak uygulanması sonucu somut cezanın belirlenmesi şeklinde ortaya çıkan iki kademeli bir sistemdir⁹³. Başka bir tanıma göre ise yargılamanın sona erdiğinin bildirilmesinden sonra suçun sübut etmesiyle birlikte gerçekleştirilen ilk eyleme cezanın belirlenmesi adı verilir⁹⁴. Kanunda belirtilen sınırlar içerisinde somut olaydaki fail ve fiilin özelliklerine göre cezanın tayin edilmesidir⁹⁵.

Somut cezayı belirleyecek kişi olan hâkim, belirli sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki sınırsız bir yetki değildir. Ceza kanunları, failin hak ettiği cezayı tayin ederken hâkimin göz önünde bulundurması gereken birtakım ölçütleri düzenlemektedir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu (İCK), hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkat etmesi gereken ölçütleri iki başlık altında toplamıştır. Bunlardan ilki suçun ağırlığı, ikincisi ise faildeki suç işleme eğilimidir (İCK m.133). Suçun ağırlığı belirlenirken; suçta kullanılan araçların mahiyeti, türü ve hareketin konusu, zamanı, yeri veya diğer işleniş biçimlerinden, mağdur yönünden sebep olunan zarar ve tehlikenin ağırlığından, kastın yoğunluğu veya taksirin derecesinden hareket edilecektir. İkinci ölçüt olan suç işleme eğilimi ise; faili suçu işlemeye yönelten saikler ve karakteri, failin geçmişi ve suçun işlenmesinden önceki davranışları, failin suçun işlenmesi sırasında ve suçtan sonraki tavırları, kişisel ve sosyal yaşam şartları ile birlikte dikkate alınarak tespit edilecektir⁹⁶.

⁹³ Koca/Üzülmez, 2018, 631; Meran, N. (2006). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi”. *Adalet Dergisi*, 97(24), 79; Uslu, A.G. (2014). “*Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 48.

⁹⁴ Taneri, G. (2016). “*Temel Cezanın Belirlenmesi*”. Ankara Barosu Dergisi, Yıl (74), Sayı (2016/3), 131; Gedik, D. (2010). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler”. *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri*, (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 47.

⁹⁵ Günay, M. (2017). “TCK’nın 61. Maddesi Kapsamında Hapis Cezasının Belirlenmesi”. *Legal Hukuk Dergisi*, 15(171), 1173.

⁹⁶ Toroslu, H. (2008). “Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”. *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt (I), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 697.

3.2. Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler

3.2.1. Genel Olarak

Aynı suçu işleyen herkes için sabit ceza öngörülmesi nasıl ki suçun haksızlık içeriği ve failin kişiliği gibi etkenleri göz ardı ederek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin önünü kapatan bir duruma sebebiyet verebilir ise aynı şekilde cezaların miktarı hesaplanırken hiçbir ölçüte uyulmaksızın yalnızca hâkimin takdirine bırakılması da kişisel farklılıklar sonucu aynı suça birbirinden farklı cezaların verilmesine sebep olabilir. İşte bu nedenle, TCK’da takdir yetkisi ile birlikte bu yetkinin kullanılması sırasında dikkat edilmesi gereken ilke ve halleri belirleyen genel sisteme yer verilmesi amaca uygun ve isabetlidir⁹⁷.

Cezanın belirlenmesinde geçerli olan ilkeler kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, mükerrer değerlendirme yasağı ve gerekçe gösterilmesinden ibaret olmakla birlikte, TCK’nın 61. maddesinde sayılmış olan ve cezanın belirlenmesini doğrudan etkileyen diğer kuralları da göz önünde bulundurarak bu ilkelerin kapsamını genişletmek mümkündür⁹⁸.

3.2.2. Kanunilik İlkesi

Cezanın belirlenmesi konusunda Türk hukukunda kabul edilen öncelikli ilke “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesidir. Bu ilke 765 sayılı TCK’nın 1. maddesinde düzenlenirken, 5237 sayılı TCK’nın ise 2. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz⁹⁹.

Kanunilik ilkesi hukuki güvenliği sağlayarak devlet güçlerini kanuna bağlamaktadır. Bu ilke sayesinde vatandaşlar, hareketlerinden hangisinin sonradan suç oluşturabileceği korkusunu yaşamadan, kendi sorumluluk alanları içerisinde özgürce

⁹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 582.

⁹⁸ Yerdelen, 2013, 55.

⁹⁹ Uğur, H. (2010). “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (91), 303.

hareket edebilir ve eylemlerini bir suç oluşturmayacak şekilde ayarlayabilir¹⁰⁰.

Kanunilik ilkesi ilk defa Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiştir. 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'nin 7. ve 8. maddeleri ile AIHS'in 6. maddesinde de yer alan bu ilke, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu ilke gereğince hâkim, ancak kanunda tanımlanmış bir suçun işlenmesi durumunda yine kanunda belirlenmiş bir cezaya hükmedebilir¹⁰¹.

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin onuncu fıkrasına göre kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne azaltılabilir. Cezanın belirlenmesi başlığı altında düzenlenen bu fıkra hükmü, kanunilik ilkesinin bir sonucudur.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi kıyası yasaklar. Bunun sonucu olarak hâkim, cezayı belirlerken kıyasen uygulama yapamayacaktır. Hâkim ancak TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında belirlenen yedi ölçüitten biri veya birkaçını dikkate alabilecek, bu madde hükmünde düzenlenmemiş bir ölçüte hükmünde yer veremeyecektir. 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde yer alan "diğer nedenler" ibaresi gibi maddenin kapsamını genişletici bir ifadeye yer verilmediğinden dolayı, bu maddede sayılan sebepler tahdidi ve bağlayıcı niteliktedir¹⁰².

3.2.3. Kusur İlkesi

Cezanın somut belirlenmesinde hâkime yol göstermesi gereken temel ilkelerden bir tanesi de kusur ilkesidir. *Kusursuz ceza olmaz (nulla poena sine culpa)* şeklinde tanımlanabilecek bu ilkeye bazı kanunlarda açıkça yer verilmiştir. Buna örnek olarak Alman Ceza Kanunu'ndaki "Failin kusuru, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturur" hükmü gösterilebilir (StGB m.46/1 ilk cümle).

Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla fail hakkında bulunulan muaheze (kınama) yargısı olarak ifade edilebilir. Kusurluluk, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değil,

¹⁰⁰ Hakeri, 2017, 14.

¹⁰¹ Yerdelen, 2013, 56.

¹⁰² Yerdelen, 2013, 57.

haksız fiili gerçekleştiren kişinin bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle kınanması gerektiği konusunda fail hakkında bulunulan yarıdan ibarettir¹⁰³.

Kusur ilkesinin üç sonucu vardır. Bunlardan ilki, failin kusursuz bir hareketi dolayısıyla cezalandırılmayacağıdır. İkinci sonucu, faile verilecek cezanın kusurundan fazla olamayacağı, üçüncüsü ise cezanın failin kusurundan daha az olamayacağıdır¹⁰⁴. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinin ilk fıkrasına göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. madde hükmünün metninde doğrudan kusur ilkesine yer verilmemiş olsa bile, yine aynı maddede hâkimin alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken bu belirlemeyi failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurarak yapacağı belirtilmiştir (TCK m.61/1-f)¹⁰⁵. Özgenç'e göre; 5237 sayılı TCK'da benimsenen ifade, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen "kastın veya taksirin yoğunluğu" ifadesiyle aynı değildir. Çünkü kast ve taksirin yoğunluğundan söz edilemez. Bu ifade, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın bir yansımasıdır. TCK'nın 21. maddesindeki düzenlemeye göre kast ve taksir birer kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Ancak bu düzenleme kast ve taksir ile kusurun birbirinden tamamen soyutlanması anlamına gelmez. Çünkü haksızlık; kusur yargısının dayanağını oluştururken, kusur yargısı da gerçekleştirilen bu haksızlık zemini üzerinde vücut bulmaktadır¹⁰⁶.

3.2.4. Mükerrer Değerlendirme Yasağı

Kanunda, suçun tipikliğini oluşturan unsurlar ile bu unsurlar dışında kalan ve cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren sebepler aynı olabilir. Bu durumda aynı olan bu ölçüt, cezanın belirlenmesi sırasında yalnızca bir kez değerlendirilmelidir. Buna göre mükerrer (çifte) değerlendirme yasağı, suçun unsurları ile cezayı ağırlaştırır veya hafifleten sebeplerin cezanın belirlenmesinde ikinci kez kullanılmamasını ifade etmektedir¹⁰⁷.

¹⁰³ Özgenç, 2018, 370.

¹⁰⁴ Yerdelen, 2013, 61.

¹⁰⁵ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 583.

¹⁰⁶ Özgenç, 2018, 371.

¹⁰⁷ Kumbasar, 2006, 81.

765 sayılı TCK'da açıkça belirtilmeyen bu ilke, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin üçüncü fıkrasında "Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz" şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁸. Örneğin kasten yaralama, yağma veya tehdit suçlarının silahla işlenmesinde kullanılan araç, cezanın belirlenmesi sırasında suçun işlenmesinde kullanılan araç olarak dikkate alınamayacaktır. Alman Ceza Kanunu'nun 46. maddesinin üçüncü fıkrasında da suçun unsurlarının cezanın belirlenmesi sırasında yeniden dikkate alınmayacağı hususu düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 13.04.2015 tarihinde "*TCK'nın 61. maddesindeki ölçütler ve aynı Kanunun 3. maddesindeki "failin ağırlığı ile orantılı ceza verilmesi ilkesi" çerçevesinde somut olay açıkça irdelenerek, temel cezanın saptanması gerekirken, "...suçun ateşli silahla işlenmesi gözetilerek takdiren yasal asgari sınırdan uzaklaşarak..." biçimindeki gerekçeyle, silahlı tehdit suçunun unsurunun silah olduğu gözetilmeden, alt sınırdan uzaklaşarak ve hakkaniyet ölçülerine uyulmayarak fazla ceza tayininden... hükmün bozulmasına...*"¹¹⁰ cümleleriyle Tehdit (TCK m. 106) suçunun nitelikli hali olan Silahlı Tehdit (TCK m.106/2-a)'ten cezalandırılan failin zaten tehdit suçunun silahla işlenmesi hali üzerinden cezalandırıldığına, aynı ölçüt nedeniyle temel cezanın belirlenmesi aşamasında bu eylemin silahla gerçekleştirilmesinden dolayı suçun işlenmesinde kullanılan araç başlığı altında yeniden değerlendirilerek ceza verilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş olan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı durumlarda bu husus zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak bir kez değerlendirileceğinden, ayrıca bir de temel cezanın belirlenmesi sırasında ölçüt olarak dikkate alınmamalıdır. Aynı şekilde, suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmesi durumları zaten 61. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde değerlendirileceğinden, bu nedenler 61. maddenin birinci fıkrasının (f) bendindeki "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı" bağlamında ayrıca dikkate alınmaz.

¹⁰⁸ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda açıkça yer almasa da uygulamada bu ilke kabul edilmiştir.

¹⁰⁹ Lackner/Kühl/Heger. (2018). *Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Baskı), Münih: CH Beck Yayıncılık, StGB § 46 Rn. 10a.

¹¹⁰ Yargıtay 4. CD. 13.04.2015, 991-26898. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

Aksi halde, mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır¹¹¹.

3.2.5. Gerekçe Gösterilmesi

1982 Anayasası'nın 141. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 34. maddesinde mahkeme kararlarının, karşı oylar da dahil olmak üzere, gerekçeli olması zorunluluğu düzenlenmiştir. Gerekçe, kanuna dayalı ve yeterli olmalıdır. Verdiği kararı hangi nedenlere dayalı olarak verdiğini mantıklı bir şekilde açıklama zorunluluğu bulunan hâkim keyfi bir şekilde hüküm kurmaktan kaçınacak ve karar, taraflarla birlikte kamuoyunu da tatmin edici bir niteliğe ulaşacaktır¹¹².

Adil yargılanma hakkının içinde barındırdığı temel haklardan bir tanesi olan hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru vardır; bunlar tarafların yargılama konusunda bilgilendirilme hakkı, yargılama ile ilgili açıklama ve ispat hakkı ve bu açıklamaların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmesi yükümlülüğüdür. Gerekçe gösterilmesi özellikle tarafların yargılama sırasında dikkate alındığının, açıklamalarının ve sundukları delillerin değerlendirildiğinin bir göstergesidir. Mahkemenin hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabileninden, gerekçe gösterilmesi hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir¹¹³.

Cezanın belirlenmesinde gerekçe gösterilmesi zorunluluğunun bulunduğu başlıkları şu şekilde sıralamak mümkündür: Öncelikle hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak gösterildiği durumlarda hangi ceza türünün seçildiği hususunda gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, alt ve üst sınırlı cezalarda temel cezanın belirlenmesi hususunda gerekçe gösterilmelidir¹¹⁴. Üçüncü olarak, belirlenen temel cezanın üzerinden artırım veya indirim yapılmasını gerektiren herhangi bir durum varsa ve oran kesin olmayıp, tespiti hâkimin takdirine bırakıldıysa, bu işlem yapılırken hangi hususlara göre gerçekleştirildiği konusunda da gerekçe gösterilmesi

¹¹¹ Yerdelen, E. (2012). "Çifte Değerlendirme Yasağı". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (20), Sayı (2), 106-117-118.

¹¹² Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 583.

¹¹³ İçel, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş 5. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 736; Taşkın, A. (2016). "Mahkeme Kararlarında Gerekçenin Önemi". *International Journal of Legal Progress*. 1 (2), 209.

¹¹⁴ "...bir ceza tayin ve takdir etmek durumunda olan yerel mahkemece TCK'nın 61. maddesindeki ölçütlere göre ve olaya dair olarak öne çıkan herhangi bir somut gerekçe gösterilmeden temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmesinde adalet, hak ve nesafet kurallarına aykırılık olduğunun kabulü gerekir..." Yargıtay CGK. 24.05.2011,92-105. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

gerekmektedir. Kısaca hâkim, cezanın belirlenmesi konusunda mahkemenin takdirine bırakılmış her türlü durumda yaptığı işlemin nedenini gerekçede göstermek zorundadır¹¹⁵.

3.3. Karşılaştırmalı Hukukta Cezanın Belirlenmesi

3.3.1. Genel Olarak

Cezanın belirlenmesinin diğer hukuk sistemlerinde nasıl gerçekleştirildiğinin incelenmesi amacıyla 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'ya kaynaklık eden İtalyan ve Alman ceza hukuku sistemleri ile birlikte farklı bir hukuk sistemine dayanan Amerikan hukuku çalışmamız kapsamında ele alınmıştır.

3.3.2. Almanya

Almanya'da; cezanın belirlenmesi kavramı ile ilgili olarak bölgeler arasında, hâkimler arasında ve hatta aynı hâkimin farklı kararları arasında bulunduğu tespit edilen eşitsiz uygulama sorunu tartışmalara neden olmuş ve bu durum suçların ağırlığı ile orantılı yaptırımların belirlenmesine dayalı bir yönelimin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Mahkeme kararları ile birlikte ağırlıklı görüş incelendiğinde cezanın belirlenmesi konusunda dikkat edilecek ilk hususun, fiilin ağırlığına uygun bir cezanın tespit edilmesi olduğu söylenilebilir¹¹⁶.

Günümüze kadarki süreç incelendiğinde Almanya'da adli para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezalar (hapis cezaları) olmak üzere iki tür temel cezadan bahsedilmesi mümkündür. Alman Ceza Kanunu'nun 47. maddesine göre mahkemenin altı aydan az süreli hapis cezasına hükmedebilmesi için fiilin ve failin kişiliğinde bulunan özel şartların fail üzerinde cezaların etkili olmasını sağlamak veya hukuk düzenini korumak için hapis cezasına hükmedilmesini kaçınılmaz hale getiriyor olması gerekir. Somut olayda bu özelliklerin bulunmadığı ve hapis cezasına hükmedilmesinin kaçınılmaz olmadığı durumda ise mahkeme, adli para cezasına hükmetmelidir¹¹⁷.

¹¹⁵ Yerdelen, 2013, 66-71.

¹¹⁶ Yerdelen, 2013,127.

¹¹⁷ Yenisey/Plagemann, StGB, 2015, 37.

Alman Ceza Kanunu'nun 53. ve 54. maddeleri her ne kadar cezanın hesaplanmasıyla ilgili düzenlemeler içeriyor olsa da cezanın nasıl belirleneceği konusunda yol gösteren asıl madde Kanun'un 46. maddesidir¹¹⁸.

Alman Ceza Kanunu temel olarak kusur ilkesine dayanır. Nitekim 46. madde hükmü uyarınca; her bir suç tipi için alt ve üst sınırlar arasında, soyut bir haksızlık ve kusur değerlendirmesi içerecek şekilde bir ceza tespitinin öngörülmesi Alman Ceza Kanunu'nun kusur ilkesini esas aldığına göstergesi olarak kabul edilebilir¹¹⁹. Buradaki kusur, Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen ve failin kınanmasını gerektiren kusur değildir. Bu kusur, fiilin haksızlık içeriğiyle ve bu haksızlığın ağırlığıyla bağlantılı bir kusurdur¹²⁰.

Hâkim öncelikle somut olayda uygulanacak madde hükmünü tespit edecek ve cezada indirim veya artırımı nedenleri varsa bunları da göz önünde bulunduracaktır. Somut olayda takdir yetkisi tanınmış ise hâkim takdir yetkisini kullanabilecektir¹²¹. Hâkim, cezayı belirlerken gerekçe göstermelidir. Bu gerekçe üst mahkemeler tarafından denetlenir¹²².

Somut olayda birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmiş olması durumunda bu hareketler arasında öncelik – sonralık ilişkisi aranmaz. Bu durumda hâkim cezayı üst sınıra yaklaşarak tespit edip, kararının gerekçesinde bu hususu belirtmelidir¹²³. Yine bir suçun nitelikli halinin gerçekleşmiş olması temel cezaya kıyasla daha ağır bir ceza verilmesi sonucunu doğuracaksa bile failin kişiliği, fiilin haksızlık içeriği, kusur ve cezalandırılabilirlik şartları da dikkate alınarak bu ceza tespit edilmelidir. Bu değerlendirme yapılmadan yalnızca nitelikli halin mevcudiyetine dayanılarak üst sınırdan ceza tespiti doğru bir uygulama olmayacaktır¹²⁴.

¹¹⁸ Miebach, K., Maier, S. (2016). *Münchener Kommentar zum StGB*. Münih: CH Beck Yayıncılık, StGB § 54 Rn. 19

¹¹⁹ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 6.

¹²⁰ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 23.

¹²¹ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 6.

¹²² Jescheck, H.H. (2007). *Alman Ceza Hukukuna Giriş - Kusur İlkesi - Ceza Hukukunun Sınırları* (Çev. Feridun Yenisey) (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 73.

¹²³ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 18.

¹²⁴ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 13.

Özetle, 46. maddedeki düzenlemeler birlikte incelendiğinde hâkim ilk olarak; kanunda her suç için belirlenmiş sınırlar arasında, verilecek cezanın failin gelecek yaşamını etkileyebilecek olası durumlarını da göz önünde bulundurarak bir ceza tespit edecektir. Hâkim, failin lehine ve aleyhine olan durumları değerlendirecek; failin amaç ve saiki, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli ve yoğunluğu, göreve aykırılığın yoğunluğu, suçun işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, failin fiilden önceki yaşamı ile birlikte kişisel ve ekonomik durumu ve failin fiili işledikten sonra meydana gelen zararın giderilmesi için gösterdiği çabayı dikkate alarak cezayı belirleyecektir¹²⁵.

Kanun, 49. maddesinde cezayı indiren özel kanuni nedenler başlığı altında bazı kurallar sıralamıştır. Madde hükmüne göre, bir indirme yapılmasının kanunen öngörüldüğü veya hukuken kabul edildiği durumlarda müebbet hapis cezası üç seneden az olamayacak, süreli hapis cezası kanunda yazılı olan sınırın dörtte üçünden fazla olamayacaktır. Bu hüküm adli para cezasında da gün sayısının azami hali açısından geçerli kabul edilmiştir. Ayrıca madde hükmünde hâkimin cezayı indirme hususunda takdir yetkisinin bulunması hâlinde cezayı alt sınıra kadar indirebileceği veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebileceği belirtilmiştir¹²⁶.

Alman Ceza Kanunu'nda 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak, kanunumuzda cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında incelenebilen faile ilişkin durumlar (ekonomik durumu, fiili işlemeden önceki hayatı, olayın gerçekleşmesinden sonra gösterdiği çabalar gibi) da cezanın belirlenmesi kapsamında incelenmektedir. Bu yönüyle Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin 765 sayılı TCK'daki düzenlemeye daha yakın olduğu söylenebilir¹²⁷.

Alman Ceza Kanunu'ndaki cezanın belirlenmesi konusu failin lehine veya aleyhine değerlendirilecek hususları kanun koyucunun örnekleme yoluna giderek belirsiz bir ifade kullanması sonucunda şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklayamadığı belirtilerek eleştirilmektedir¹²⁸.

¹²⁵ bkz. Yenisey/Plagemann, StGB 2015, 37.

¹²⁶ bkz. Yenisey/Plagemann, StGB 2015, 42.

¹²⁷ 765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen ve cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden "*failin geçmişi, kişisel ve sosyal durumu, failin fiilden sonraki davranışları*" gibi unsurları cezanın belirlenmesi sırasında dikkat edilecek unsurlar arasında düzenlemektedir.

¹²⁸ Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 46 Rn. 32.

3.3.3. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde her federe devletin kendi sınırları içerisinde uygulayacağı kurallarla birlikte federe devletlerin tamamında yani federal düzeyde geçerli olan kuralların olması, hem eyaletler arasında cezalandırma konusunda büyük farklılıkların olmasına hem de cezalandırma konusunun birbirinden farklı iki alanda ele alınmasına sebep olmuştur¹²⁹.

Amerika Birleşik Devletleri Cezalandırma Komisyonu'nun ortaya çıkan sonuçların birbirinden önemli ölçüde farklı olmasının önüne geçebilmesi için Komisyona cezalandırma ile ilgili olarak yönerge çıkarabilme yetkisi verilmiştir. Kendisine verilen bu yetki doğrultusunda Komisyon, Federal Cezalandırma Yönergesi'ni çıkarmıştır. Yönerge incelendiğinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin ana unsurları içerdiği görülebilmektedir. Ancak Yönerge, bu unsurlardan yola çıkan hâkimin somut olayı nasıl değerlendirmesi gerektiği ile ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir¹³⁰.

Kongre'nin onaylaması ile birlikte kanun hükmünde kabul edilen ve bu yönüyle cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında hakimleri bağlayıcı bir özelliğe sahip olan Federal Cezalandırma Yönergesi, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Booker kararında yönergenin jüri tarafından yargılanma hakkına kısıtlama getirdiği ve hakim tarafından ceza verilirken tavsiye niteliğinde göz önünde tutulabileceğini belirtmesiyle bağlayıcılığını eskisine göre kaybetmiş olsa da, somut olay hakkında ceza verilirken Yönerge'deki sınırlamalara uyulmamış olması temyiz nedenidir¹³¹.

Federal Cezalandırma Yönergesi'nin beşinci bölümünde düzenlenen temel cezanın belirlenmesi, Türk ceza hukukundaki düzenlemesine göre oldukça farklıdır. Yönergenin beşinci bölümünün giriş kısmında bir tablo bulunmaktadır. Bu tablonun ilk sütunu birbirinden farklı dört alana ayrılmış toplam kırk üç adet suç derecesini göstermektedir. Tablonun ilk satırı ise failin geçmişine göre kategorize edilmiş altı

¹²⁹ Bacaksız, P. (2011). "Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl (6), Sayı (16), 83.

¹³⁰ Bacaksız, 2011, 84

¹³¹ Bacaksız, 2011, 85.

farklı alandan oluşur. Buna göre cezanın belirlenmesi, suçun derecesi ve failin geçmişinin tablo üzerinde kesiştiği noktada gösterilen alt ve üst sınırlar arasında gerçekleştirilecektir¹³².

Hapis cezasını belirlenmesinde öngörülen bu noktalar büyük ölçüde aynı tutularak para cezasının belirlenmesinde de kabul edilmiştir. Ancak hapis cezasının belirlenmesinden farklı olarak para cezalarında hâkim, farklı suç derecelerine göre kişinin hangi miktarda cezaya çarptırılabilceğini alt ve üst sınırları dolar biriminde gösterilen bu tablodan seçecek; failin fiilinin ağırlığı, mağdurun uğradığı zarar, failin elde ettiği menfaat ve cezanın caydırıcılığı başlıklarına göre söz konusu alt ve üst sınırlar arasında belirleyecektir¹³³.

3.3.4. İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'na göre hâkim kanunda çizilmiş sınırlar ve kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde temel cezayı belirlerken suçun ağırlığını ve failin suç işleme eğilimini göz önünde bulundurmaya zorundadır (İCK m.133). Hâkim suçun ağırlığını; araçların niteliği ve türü, fiilin konusu, zamanı ve yeri, fiilin işleniş şekli, mağdur açısından neden olunan zarar veya tehlikenin ağırlığı, kastın yoğunluğu veya taksirin derecesinden yola çıkarak tespit etmelidir. Failin suç işleme eğilimi ise failin ailevi ve sosyal yaşamı, kişiliği, geçmişi, suç teşkil eden fiili işlemeyen önceki yaşamı, faili bu fiili işlemeye iten saikler ve fiilin işlenmesi sırasında veya sonraki davranışları dikkate alınarak tespit edilecektir¹³⁴.

İtalyan kanunundaki düzenleme ile 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesi karşılaştırıldığında, Türk hukukunda temel ceza belirlenirken öncelikli olarak suçun ağırlığını ortaya koyan ölçütlerin dikkate alındığı, failin suç işleme eğilimi ile ilgili olarak sadece failin güttüğü saike yer verildiği görülmektedir. İtalyan kanununda ise failin suç işleme eğilimini tespit ederken dikkat edilmesi için sayılan diğer kriterler

¹³² Yapar, M.E. (2012). *“Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı ve Uygulaması”*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 225; Bacaksız, 2011, 86.

¹³³ Bacaksız, 2011, 88-89.

¹³⁴ Toroslu, 2010, 165-166.

kanunumuzda takdiri indirim nedenleri başlığı altında 62. maddede göz önünde bulundurulacaktır¹³⁵.

3.4. Cezanın Belirlenmesi Türleri

3.4.1. Genel Olarak

Kanun koyucunun suç tipleri için önceden kararlaştırdığı soyut cezaların hangi ilke ve yöntemlere göre somutlaştırılacağı, fiil ve fail ile ilgili hangi niteliklerin bu somutlaştırma sırasında dikkate alınacağı gibi hususlar cezanın belirlenmesinin ve bireyselleştirilmesinin konusunu oluşturur¹³⁶.

İşlenen suç için kanunda öngörülen soyut cezanın, olayın durum ve özelliklerine göre hâkim tarafından hüküm verilmesi sırasında somutlaştırılması olan cezanın belirlenmesi esnasında somutlaştırılacak olan soyut cezanın tayini kanun koyucuyu ilgilendiren bir durumken, bu soyut cezanın kanunda sayılan halleri bünyesinde barındırıp barındırmamasına göre belirlenecek olan somut ceza ise hâkimi ilgilendiren bir durumdur¹³⁷.

Cezanın belirlenmesi türleri olarak kategorize edebileceğimiz soyut ve somut belirleme, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.4.2. Soyut Belirleme

Soyut cezanın belirlenmesinde; cezanın tür ve miktarının belirlendiği *soyut genel* ve kanundaki her suç tipi için ayrı ayrı alt ve üst sınırların tespit edilmesi olarak tanımlanabilecek *soyut özel* şeklinde iki basamaklı bir yapıdan bahsedilebilir¹³⁸. Cezaların soyut genel ve soyut özel olarak belirlenmesinde bilimsel ve faydacı ölçüler temel alınır. Cezada suçun ağırlığı, güvenlik tedbirlerinde ise suçlunun tehlikesi öncelikli olarak dikkat edilecek hususlardandır. Cezaların soyut belirlenmesinde öncelik suçun ağırlığının göz önünde tutulması ve suçun ceza ile orantılı olması olsa bile korunan hukuki değer, cezanın önleme işlevi ve diğer özellikleri ile suçun

¹³⁵ Toroslu, 2010, 167-168

¹³⁶ Centel, N. (2001). "*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*". Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 356.

¹³⁷ Koca/Üzülmez, 2018, 631

¹³⁸ Özen, M. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 737.

işlenmesindeki yaygınlık da soyut cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmalıdır¹³⁹.

Soyut cezanın belirlenmesi aşamasında önemli bir ilke olarak karşımıza çıkan orantılılık ilkesi, failin fiilinin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında olması istenen denge şeklinde tanımlanabilir. Orantılılık ilkesi ile birlikte ceza siyaseti, temel insan hakları, kanunilik ilkesi ve hukuk devleti gibi ilkelere göre yasama organı tarafından ceza gerektiren davranışlar ve buna karşılık olarak ceza miktarları belirlenecektir. Suçun ağırlığıyla orantılı olarak bazı önlemlere başvurulabileceğinden eğer daha hafif bir yaptırıma başvurulduğunda ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi mümkün olacaksa bu durumda hafif yaptırıma başvurulması orantılılık ilkesinin bir sonucudur¹⁴⁰.

Soyut genel cezanın belirlenmesinde öncelikle tespit edilen hususlar cezanın türü ve bu türlerin ağırlığına ilişkindir. İsminden de anlaşılacağı üzere yapılan bu belirleme, henüz suç tipi çerçevesine inilmeden yapılan genel bir belirlemedir¹⁴¹.

Hukukumuzda soyut genel cezalar hapis cezası ile adli para cezasıdır. Hapis cezaları da ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olmak üzere üç başlık altında incelenir¹⁴². Soyut genel belirleme ile ortaya konulan geniş kapsamlı hususların alanının daraltılarak, kanundaki her bir suç tipi için tespiti ise soyut özel belirlemeyi oluşturur¹⁴³.

Soyut özel ceza; suç karşılığında tek ve sabit bir cezanın öngörüldüğü mutlak ceza, kanun koyucunun cezanın alt ve üst sınırlarını tespit ederek belirlediği alt ve üst sınırlı (basamaklı) ceza ve cezanın hapis veya adli para cezası olarak farklı türlerde öngörüldüğü seçenekli ceza olmak üzere üç başlık altında incelenebilir¹⁴⁴.

Mutlak ceza, kanunda suçun karşılığı olarak belli bir seviyede belirlenmiş ve hâkimin takdirine bırakılmamış hapis veya adli para cezasıdır. Örneğin; 3 yıl hapis

¹³⁹ Yerdelen, 2013, 138.

¹⁴⁰ Taneri, 2016, 131.

¹⁴¹ Centel, 2001, 356.

¹⁴² Çalışmamızın önceki bölümünde bu husus incelenmiştir (bkz. 1.1.4. Cezanın Türleri)

¹⁴³ Üzülmüş, İ. (2006). “Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (10), Sayı (3-4), 1.

¹⁴⁴ Özen, 2018, 737

cezası. Kanunumuzda kesin olarak bir sayıyla ifade edilmiş süreli hapis veya adli para cezası bulunmamaktadır, TCK'da mutlak cezaya yalnızca ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası olarak yer verilmiştir¹⁴⁵.

Alt ve üst sınırlı (basamaklı) cezada ise verilebilecek cezanın alt ve üst sınırları kanunda belirlenmiştir. Örneğin; altı aydan bir yıla kadar hapis cezası. Ceza, türüyle birlikte alt ve üst sınırları belirtilerek gösterilmiş olabileceği gibi (TCK m. 109), sadece türü gösterilerek, türüyle birlikte alt sınırı gösterilerek (TCK m. 117/2) veya türüyle birlikte üst sınırı gösterilerek de (TCK m. 107, m. 142/3) tayin edilmiş olabilir¹⁴⁶.

TCK m. 61'e sonradan eklenen¹⁴⁷ dokuzuncu fıkraya göre; adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz¹⁴⁸.

Hapis cezası olarak ise alt ve üst sınırlarının her ikisinin de gösterilmediği bir ceza içeren herhangi bir madde TCK'da bulunmamaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda ise bu şekilde alt ve üst sınırları belirlenmemiş hapis cezalarına da yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda hapis cezasının alt sınırının 1 ay, üst sınırının 15 yıl olduğu düşünüldüğünde Alman ceza hukukunda hâkime verilen takdir yetkisinin ne kadar geniş olduğu görülebilir¹⁴⁹.

Seçenekli cezada, hâkime hapis cezası ve adli para cezası arasından bir tanesini seçme yetkisi tanınmıştır. Örneğin üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası. Kanunumuzda hapis cezası ile adli para cezası birçok maddede birbirine seçenek yaptırım olarak gösterilmiştir, özellikle de ekonomik kazanç elde etme amacı güdülen

¹⁴⁵ “Sanığın eyleminin yaptırımı bağlandığı 81. maddede temel ceza, alt ve üst sınırlar olmaksızın kesin olarak müebbet hapis cezası olarak saptanmış olduğundan 61. madde uyarınca temel cezanın belirlenmesi söz konusu olmayıp...” Yargıtay CGK. 04.05.2010, 30-99. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

¹⁴⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 579; Günay, 2017, 1173.

¹⁴⁷ 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun. (19.12.2006). Resmi Gazete (RG) (Sayı: 26381), m.1.

¹⁴⁸ “...5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin 9. fıkrası uyarınca hapis cezası ile adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü hallerde adli para cezasına ilişkin gün biriminin alt sınırının o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az olamayacağı kabul edilmiş ise de anılan fıkra, 19.12.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa ile eklenmiş olup, suç tarihinin 17.07.2005 günü olması nedeniyle sanık aleyhine olduğundan uygulanma olanağı yoktur...” Yargıtay CGK. 10.04.2007, 84-88; Yargıtay CGK. 28.06.2011, 112-153. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

¹⁴⁹ Yerdelen, 2013, 144: 618.

suçlarda bu duruma rastlamak mümkündür¹⁵⁰.

Cezayı belirleyecek olan hâkim, kanun koyucu tarafından belirlenmiş ceza çerçevesiyle bağlı olsa da bu bağlılık hâkimin kanunda öngörülen soyut cezaya hükmetme mecburiyetini ifade etmez. Mahkemenin cezayı belirleme yetkisi Aydınlanma Çağı'ndan önce keyfi bir niteliğe sahipken, Aydınlanma Çağı sonrasında bu keyfiliğe karşı bir tepki olarak cezalarda katı bir kanunilik ilkesi getirilmiş, hâkim yalnızca kanunun bir uygulayıcısı olarak görülerek takdir yetkisi ortadan kaldırılmıştır¹⁵¹.

Ancak çağdaş ceza kanunları, failerin ve olayların şartlarının farklılıkları, her durumun önceden kanun koyucu tarafından tahmin edilemeyeceği gerekçesiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine katı bir bağlılığın sonucu olarak benimsenen *mutlak ceza sistemini* terk ederek, yerine *basamaklı cezalar sistemini* benimsemiştir. Basamaklı cezalar sisteminin eksik yönlerini tamamlamak, kanunla ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermek ve cezanın bireyselleştirilmesini sağlamak amacıyla hâkime takdir yetkisi veren hükümler kabul edilmiştir. Takdiri indirim nedenleri (m. 62) ve hâkime bazı durumlarda kişiyi cezalandırmaktan kaçabilme fırsatı veren bazı hükümler (m. 22/6, m. 92) bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁵².

Sonuç olarak, cezaların soyut ve genel olarak belirlenmesi kanun koyucuyu bağlamaktadır. Kanun koyucu soyut genel şekilde belirlenmemiş bir cezayı, özel hükümler kısmında belirleyemeyecektir. Aynı zamanda genel üst sınırın üzerinde bir ceza miktarına özel hükümler kısmında yer veremeyecektir. Kanun koyucu tarafından o suç karşılığı ceza türünün gösterilmiş ancak miktarın belirtilmemiş olduğu durumlarda ise o cezaya ilişkin genel sınırlar dikkate alınacaktır¹⁵³.

3.4.3. Somut Belirleme

Somut cezanın belirlenmesi suçluların kişisel ve sosyal durumlarının her olayda birbiriyle aynı olmamasından dolayı bu kişilere uygulanacak yaptırımlar ile suçlunun fiili arasında adil bir denge oluşturabilmek bakımından önemlidir. Somut belirlemeyi bu

¹⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 579.

¹⁵¹ Soyaslan, 2018, 575.

¹⁵² Üzülmüş, 2006, 204.

¹⁵³ Taneri, 2016, 132

adil dengeyi gözeterek gerçekleştirecek olan kişi ise hâkimdir¹⁵⁴.

Yasama organı tarafından herkes için öngörölmüş, bir kural olarak ortaya konulmuş, soyut ve genel bir tehdit niteliği taşıyan ceza, yargı organının faaliyeti sırasında bu soyutluğunu terk ederek hâkim kararıyla birlikte somut bir nitelik kazanır. Hâkim, soyut ve genel olan bu tehditi somutlaştırarak tespit eder ve devletin cezalandırma hakkını gerçekleştirmiş olur¹⁵⁵.

Somut olayın kanun normlarına göre soyutlaştırılması sonucunda ortaya çıkan hapis veya adli para cezası sabit ceza ise, hâkimin bu konuda bir takdir yetkisi söz konusu olamaz¹⁵⁶. Ancak ceza, hapis cezası veya adli para cezası şeklinde seçenekli ceza olarak öngörölmüşse, hâkim kararını gerekçelendirmek koşuluyla takdir yetkisine sahiptir. Yargıtay bu hususu “*Söz konusu suçun müeyyidesinin hapis veya adli para cezası olarak seçimlik ceza şeklinde belirlenmesi karşısında; sanık hakkında seçimlik cezalardan para cezası yerine hapis cezasının tercih edilme sebebi kararda gösterilmelidir*” şeklinde açıklamıştır¹⁵⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.10.2013 tarihli kararında dosya içeriğiyle uyumlu ve kanuna uygun bir gerekçenin bu takdir yetkisinin kullanılmasını gerekçelendirmek için yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁵⁸.

Kanaatimizce her iki mahkemenin de görüşü isabetsizdir. Hâkim, adli para cezası ile hapis cezası arasında takdir yetkisine dayanarak seçimini yaparken, bu seçimini yalnızca sanığın kişiliğini dikkate alarak gerçekleştirmelidir. Hâkim; sanığın ekonomik durumu, geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki tutumu, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri gibi kişiliğini etkileyen hususları dikkate alarak bu tercihi yapabilecektir¹⁵⁹. Ancak görülüyor ki kararı veren ilk derece mahkemesi “suç

¹⁵⁴ Gerçekler, H. (2018). *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (4.Baskı), Cilt (I), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 950.

¹⁵⁵ Yerdelen, 2013, 136.

¹⁵⁶ Soyaslan, 2018, 525.

¹⁵⁷ Yargıtay 11. CD, 19.11.2007, 8107 (bkz. Hakeri, 2017, 721)

¹⁵⁸ “*Sanık hakkında hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngöröldüğü TCK'nın 203. maddesinde düzenlenen mühür bozma suçunda yerel mahkemece temel cezanın 61. maddeye uygun şekilde; “suç konusunun önem ve değeri, suç kastının yoğunluğu, zararın ve tehlikenin ağırlığı nazara alınarak takdiren” denilmek suretiyle hapis cezası olarak belirlenmesi, dosya içeriğiyle uyumlu, kanuna uygun ve yeterlidir. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün Özel Dairece sanık hakkında hapis cezası yaptırımının tercih edilme nedeninin denetime imkân verecek bir şekilde gösterilmemesi gerekçesiyle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir...*” Yargıtay CGK, 08.10.2013, 5,1393- 412. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

¹⁵⁹ Özgenç, 2005, 718.

konusunun önem ve değeri, suç kastının yoğunluğu, zararın ve tehlikenin ağırlığını nazara alarak” bu değerlendirmeyi yapmış ve Genel Kurul da bu gerekçeyi yeterli bulmuştur.

Seçenekli cezalardan birinin hâkim tarafından takdir ve tayininde dikkat edilmesi gereken iki önemli husustan bahsedilebilir. Bunlardan birincisi suç tanımında adli para cezası ile hapis cezasının seçenek yaptırım olarak öngörülmüş olması halinde eğer hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilemeyeceğidir (TCK m. 50/2)¹⁶⁰. İkinci husus ise tekerrür¹⁶¹ durumunda, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü hallerde, hâkimin hapis cezasına hükmetmesi zorunluluğudur (TCK

¹⁶⁰ “...Sanığın işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenerek hâkim hapis cezasını seçmiş ise, artık bu hapis cezası kısa süreli de olsa, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Burada hâkimin takdir yetkisi kısıtlanmıştır. Ancak, diğer şartlar mevcutsa mahkeme, bu hapis cezasını diğer tedbirlere çevirebilecektir...” Yargıtay 4. CD, 08.11.2006, 5345-15883. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

¹⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.03.2013 tarihli kararında, tekerrürün varlığı durumunda hapis cezasının temel ceza olarak seçilmesinden sonra bu cezanın TCK m. 50/1-a uyarınca adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin kanun koyucunun ilgili maddeyi koymasındaki amacına dair yorum yapmış, doktrindeki bazı görüşleri de referans göstererek konu hakkında değerlendirmede bulunmuştur:

“...Hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak düzenlendiği suçlarda, hâkimin takdir hakkı olmasına rağmen, sanığın mükerrir olması durumunda kanun koyucu hâkime takdir hakkı bırakmamış, temel cezanın türünü bizzat kendisi belirlemiştir. Takdir hakkı kullanılarak hapis cezası tercih edildiğinde hapis cezasının bir daha adli para cezasına çevrilmesi mümkün değilken, takdir hakkının bulunmadığı ve temel cezanın zorunlu olarak hapis olarak belirlendiği bir durumda bu cezanın paraya çevrilebilmesi kanun koyucunun amacına da uygun olmayacaktır.

Ayrıca kanun koyucu TCK'nın 58/3. maddesindeki düzenleme ile suç işlemekte ısrar eden sanık ile ilk defa suç işleyen sanığı birbirinden ayırmak için mükerrir olan sanık hakkında temel ceza olarak hapis cezasının tercih edilmesini ve bu cezanın adli para cezasına çevrilmemesini amaçlamaktadır.

Öğretide de "tekerrür durumunda kanun koyucu failin özellikle adli para cezası yerine hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu cezanın tekrar kısa süreli olması dolayısıyla adli para cezasına çevrilebileceğini kabul etmek, kanun koyucunun hedeflediği amaca uygun olmayacaktır" (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2011, sf. 584) "Burada hâkime tanınmış olan hapis veya adli para cezasından birini seçme imkânı mutlak bir şekilde kaldırıldığına göre, ikinci suç için verilecek ceza kısa süreli hapis cezası olsa dahi 50. maddenin 1. fıkrasının (a) bendine göre adli para cezasına yeniden çevrilemeyecektir. Esasen 50. maddenin 2. fıkrasına göre de seçimlik ceza öngören suçlarda hapis cezasına hükmedilmiş ise, bunun tekrardan adli para cezasına çevrilemeyeceği açıkça belirtilmiştir" (Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2012, s. 550) ... şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Yerel mahkemece, sanığın, mükerrir olması nedeniyle TCK'nın 58/3. maddesi gereğince, 86/2 ve 125/1. maddelerinde düzenlenen seçenek yaptırımlardan hapis cezasının tercih edilmesi ve 50/2. maddesi gereğince seçilen hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmemesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 19.03.2013, 1500-95. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

m. 58/3)¹⁶².

Son olarak, özel kanunlardan doğan cezayı seçenek yaptırımlardan birine çevirme yasağının da fiili olarak hâkimin ceza çeşidini seçme konusundaki tayinini etkilediği söylenebilir. Örneğin, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu Ek 2. maddesine göre, bu kanunu ihlal eden yönetim kurulu üyeleri ve memurların hürriyeti bağlayıcı cezaları para cezasına çevrilemez¹⁶³.

Somut cezanın belirlenmesinde etkili olan unsurların belli bir sıraya göre uygulanması gerekmektedir. Belirlemede uyulması gereken bu sıra TCK'nın 61. maddesi altında kaleme alınmıştır. Çalışmamızın ilerideki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacak olan bu sıraya göre, suç için alt ve üst sınırlı (basamaklı) cezanın öngörüldüğü durumlarda öncelikle temel cezanın belirlenmesi gerekir. TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasına göre temel ceza belirlendikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre somut olayda var ise olası kast indirimi veya bilinçli taksir artırımı gerçekleştirilecektir. Suç tipine ilişkin nitelikli haller 61. maddenin dördüncü fıkrasına göre cezaya uygulandıktan sonra, elde edilen ceza üzerinden; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri kanunda gösterilen bu sıraya göre uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir¹⁶⁴.

5237 sayılı TCK'da birçok suç için hapis cezasının alt ve üst sınırları belirtilmiştir. Bu gibi hallerde hâkim alt ve üst sınırlar içerisinde bir ceza miktarı belirlemek zorundadır. Örneğin, TCK m. 138'de düzenlenen verileri yok etmeme suçunun cezası bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bu durumda hâkim, bir yıl ile iki yıl arası bir ceza miktarı belirler. Ancak kanunun bazı maddelerinde hapis cezasının üst sınırı gösterilmesine rağmen, alt sınırı gösterilmemiştir. Bu durumda hapis cezasının alt sınırı genel kural niteliğindeki 49. maddeye göre belirlenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu; TCK'nın 49. maddesindeki "Sürelili hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz." ibaresinin sonuç ceza miktarını

¹⁶² Aldemir, H. (2017). *5560 Sayılı Değişlik Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu* (2. Baskı). Ankara: Kartal Yayınları, 276.

¹⁶³ Hakeri, 2017, 721

¹⁶⁴ Üzülmöz, 2006, 206.

göstermediği, kanunda alt sınırı veya üst sınırı gösterilmeyen suçlar bakımından temel cezanın belirlenmesinde genel kural olarak dikkate alınması gerektiğini belirlemiştir¹⁶⁵.

TCK m. 49 hükmüne göre hapis cezasının alt sınırı bir aydır. Örneğin, özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 231/2). Hâkim, verilen örnekteki suç tipine ilişkin cezayı belirlerken bir ay ile bir yıl arasında ceza tayin eder. Aynı şekilde; hapis cezasının alt sınırının gösterilmesine rağmen, üst sınırının belirtilmediği maddeler de kanunda mevcuttur. Bu durumda üst sınırın tespiti yine TCK m. 49'daki genel kurala göre yapılır. Madde hükmünde hapis cezasının üst sınırı yirmi yıl olarak belirlenmiştir. Örneğin, kasten yaralama fiilinin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi durumunda hâkim hapis cezasını; madde hükmünde gösterilen alt sınır sekiz yıl ile genel üst sınır olan yirmi yıl arasında belirleyecektir (TCK m. 77/2)¹⁶⁶.

3.5. Hapis Cezasının Belirlenmesi

3.5.1. Genel Olarak

Kanunumuzda genellikle sabit cezalar yerine basamaklı cezalar öngörüldüğünden bu gibi suçlarda alt ve üst sınır arasından cezayı belirleme konusundaki takdir yetkisi hâkim tarafından, somut olayın özelliklerine göre 61. maddede sıralanan ölçütlere dikkat edilerek kullanılacaktır. Somut cezanın belirlenmesine ilişkin olarak öngörülen bu ölçütlerin kanunda belli bir sıra çerçevesinde uygulanmasının kabul edilmesi, cezanın belirlenmesinde keyfiliği önlemeyi amaçlamaktadır. Temel cezanın belirlenmesi için öngörülen sıraya uyulmaması ve bunun sonucunda verilen hatalı ceza kişi için kazanılmış hak oluşturmaz, mutlak bozma nedenidir¹⁶⁷.

Temel cezanın belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden 61. maddenin birinci fıkrasının (f) ve (g) bendi dışındaki ölçütler, failin işlediği fiilin haksızlık içeriğine

¹⁶⁵ Yargıtay CGK. 30.05.2006, 147-149 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

¹⁶⁶ Aldemir, 2017, 280-281.

¹⁶⁷ Özen, M. (2009). "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 15(1-2), 79.

ilişkin unsurlardır. Temel ceza, fiilin haksızlık içeriğine göre belirleneceğinden bu maddede 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinden farklı olarak “failin geçmişi”, “kişisel ve sosyal durumu” ve “failin fiilden sonraki davranışları” gibi işlenen haksızlıkla doğrudan bağlantısı olmayan ve ancak bireyselleştirmenin konusunu oluşturabilecek ölçütler, temel cezanın belirlenmesinde etkili olan hususlar arasında gösterilmemiştir. 5237 sayılı TCK cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan ve failin durumuyla ilgili olan bu hususları 62. maddede “takdiri indirim nedenleri” başlığıyla düzenlemiştir¹⁶⁸.

TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen ve temel cezanın belirlenmesinde kullanılan bu yedi ölçüt, *tahdidi* olarak yani *sınırlı sayı ilkesine* göre belirlenmiştir. Bu nedenle maddede yer alan sebepler dışında bir ölçüt dikkate alınarak bu sebepler kıyas yoluyla genişletilemez, bu madde kapsamına girmeyen bir hususa dayandırılarak temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilemez¹⁶⁹.

TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik hususlarını göz önünde bulundurarak, alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirleyecektir.

Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama evresindeki tavır ve davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar somut cezanın belirlenmesinde değil, takdiri indirim nedenleri olarak dikkate alınabilirler¹⁷⁰. Bu nedenle cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri yalnızca sanık lehine indirim

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, 2018, 634-635; Meran, 2006, 79.

¹⁶⁹ Taneri, 2016, 147; Aldemir, 2017, 284.

¹⁷⁰ “TCK'nın 61. maddesinde sınırlı sayıda gösterilen ölçütlerin tamamının fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili olup, bu ölçütler içinde yer verilmeyen “sanığın kişiliği”nin cezanın bireyselleştirilmesi kurumları olan takdiri indirim nedeni ... hükümlerinin uygulanmasında kullanılacak olması karşısında ... sanık N.Ç. hakkında kişiliği gerekçe gösterilmek suretiyle temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi...hükümlerinin bozulmasına...” Yargıtay 4. CD. 25.06.2013, 1428-0454. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

Yargıtay Ceza Dairesi bu kararında “sınırlı sayıda gösterilen ölçütlerin tamamının fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili olduğunu” belirtmiştir. Bu sebebe katılmamaktayız, zira 61. maddede düzenlenen temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan “failin kast ve taksire dayanan kusurunun ağırlığı” ile “failin güttüğü amaç ve saik” bizzat kanun koyucu tarafından “faile” ilişkin olduğu belirtilerek düzenlenmiştir. Temel cezanın belirlenmesinde ağırlıklı olarak fiile ilişkin hususlar dikkate alınmakta ve düzenlenen hususlar fiilin haksızlık içeriğiyle bağlantılı olsa da kararda kullanılan ifadede faile ilişkin bağlantının göz ardı edilmesi isabetli değildir. (bkz. Koca/Üzülmez, 2018, 634-635)

uygulanmasının gerekçesini oluşturabilecekken¹⁷¹, cezanın üst sınırına yaklaşılmasının gerekçesini oluşturamaz¹⁷².

Hâkim, temel cezayı “takdire ve teşdiden” gibi kalıplaşmış ifadeler yerine 61. maddede düzenlenen nesnel ve öznel ölçütleri kullanarak belirlemelidir. Yargıtay gerekçede yalnızca “takdire ve teşdiden” ifadesine yer verilmesini alt sınırdan uzaklaşmak için yeterli kabul etmemektedir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin kararına göre “... Sanık hakkında hükmolunacak temel ceza, TCK’nın 61. maddesinde belirtilen hususlar göz önünde tutularak ve somut gerekçeler belirtilmesi suretiyle belirlenmesi gerekirken, hukuki dayanaktan yoksun ve somut olaya uygun olmayan “takdire ve teşdiden” denilmek suretiyle temel cezanın belirlenmesi...” yanlıştır¹⁷³.

Cezanın alt sınırdan tayin edilmesi durumunda da sebepleri kararda gösterilmelidir¹⁷⁴. Aksi halde Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁵.

Fail, birden fazla suç işlemişse TCK’nın 61. maddesine göre temel ceza her bir suç açısından ve her suçun özelliğine göre ayrı ayrı belirlenecektir. Bir suçun işleniş özelliklerine göre temel ceza alt sınırdan belirlenip, diğer suç için temel ceza alt sınırdan uzaklaşarak tespit edilebilir¹⁷⁶. Ancak Yargıtay bu durumda temel ceza belirlenirken, her bir suç için somutlaştırılmış, birbiriyle çelişmeyen ifadeler dayanan gerekçenin

¹⁷¹ “TCK’nın 62. maddesinin uygulanması esas mahkemenin takdirine ilişkin olmakla birlikte hukuksal bir kavram olduğu, somut olayda olduğu gibi uygulanmaması durumunda yasal ve yeterli bir gerekçe gösterilmesi gerektiği, cezanın olası etkisi denilmesinin ancak sanık lehine indirim uygulanmasının gerekçesini oluşturacağı ve aleyhte kullanılmayacağı gözetilmeden sanıklar M.G. ve E. hakkına takdiri indirim hükümleri uygulanmamak üzere fazla ceza tayini...” Yargıtay 1. CD. 08.03.2012, 5225/1482 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

¹⁷² Hakeri, 2017, 723.

¹⁷³ Yargıtay 11. CD. 20.02.2006, 12022-1003. (bkz. Artuç, 2016, 57: 106)

¹⁷⁴ Gökçen, A., Yenidünya, C. (2008). “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar”. Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt (I), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 342.

¹⁷⁵ “İki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi yetkisi kullanılırken hakkaniyet kurallarına bağlı kalınması ve bu husustaki gerekçenin; suçun işleniş biçimi, kanuna aykırılık derecesi, tehlikenin ağırlığı, suç nedenleri gibi ölçüler içerisinde dosyaya uygun olması halinde yanılığa düşülmemesi gerekir. Dosya kapsamından 17.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde Sakarya il merkezindeki Emek Sitesi B ve C Blok apartmanlarının çöküş şekli, bilirkişi raporlarının içeriği, çok sayıda insanın ölmüş olması dikkate alındığında temel cezanın adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun olmayan bir biçimde alt sınırdan tayini kanuna aykırıdır.” Yargıtay 9. CD. 02.05.2006, 507-2509 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.05.2019)

¹⁷⁶ Gökçen/Yenidünya, 2008, 342.

varlığını aramaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi karşısına gelen bir olayda, ilk derece mahkemesi tarafından temel ceza belirlenirken tehdit ve mala zarar verme suçlarından alt sınırdan ceza verilmesine rağmen yaralama suçundan alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi üzerine kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. fıkrasında sayılan hususlar TCK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasındaki “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” biçimindeki yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve deliller birlikte değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle ilgili yasa maddesindeki alt ve üst sınırlar arasında takdir hakkının uygulanması gerekirken, sanık hakkında tehdit ve mala zarar verme suçlarından alt sınırdan cezalar belirlenmesine karşın yaralama suçundan hüküm kurulurken TCK’nın 61/1. maddesinde belirtilen yasal ölçütler gösterilip tartışılmadan temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi... hükmün bozulmasına...”¹⁷⁷”

Temel ceza belirlenirken alt ve üst sınır kural olarak aşılamaz. 5237 sayılı TCK’nın 49. maddesinin birinci fıkrasına göre süreli hapis cezası; kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Herhangi bir suç karşılığında ilgili kanun maddesinde özel bir hüküm bulunmadıkça hâkim, bu genel sınırlar içerisinde bir ceza belirleyecektir. Ancak 61. maddenin yedinci fıkrasındaki düzenlemeye göre süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağına dikkat edilmelidir¹⁷⁸. Kısacası cezada ne kadar artırım yapılırsa yapılsın, eğer süreli hapis cezası ise verilebilecek en yüksek sonuç ceza miktarı otuz yıl olacak; hesaplama sonucu otuz yıldan daha yüksek bir sayıya erişilse bile bu sayı otuz yıla indirilecektir.

¹⁷⁷ Yargıtay 4.CD. 18.06.2015, 17507-31597. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

¹⁷⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için (bkz. 1.1.4.1.4. Süreli Hapis Cezası).

3.5.2. Temel Cezanın Belirlenmesinde Dikkat Edilecek Hususlar

3.5.2.1. Fiile ilişkin hususlar

3.5.2.1.1. Suçun işleniş biçimi

Temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan ilki TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen suçun işleniş biçimidir. 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da bu ölçüt aynı şekilde ifade edilmektedir.

Suçun işleniş biçiminden, suçun işlenmesi sırasında fiile ayrıca eşlik eden veya onu biçimlendiren her şey anlaşılır. Failin suçu işlerken gerçekleştirdiği eylemleri, suç işleme biçiminin mağdur ve üçüncü kişiler üzerindeki etkileri, kesintisiz suçlarda suçun devam ettiği süre gibi hususlar suçun işleniş biçimi kapsamında ele alınır¹⁷⁹. Bir fiille birden fazla suç tipinin ihlal edilmesi, bir suç tipinde cezanın artırılmasını gerektiren neden olarak yer alan hallerden birden fazlasının somut olayda bir arada bulunması, bir suç tipi bakımından öngörölmüş seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi, kişilerin özel durumundan faydalanılması, dolandırıcılıkta hilenin niteliği, cebirde uygulanan kuvvetin şiddeti ve süresi, trafik suçlarında ehliyetsizlik ve hız aşımının derecesi gibi hususlar da cezanın belirlenmesinde dikkate alınır. Ancak ceza normu içeren özel bir kanunda düzenlenen bir suçun işlenmiş olması, cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesini gerektirecek yeterli bir sebep olarak sayılmaz¹⁸⁰.

Yerdelen'e göre fiil, özel bir kanun tarafından suç olarak kabul edilmişse fail bu özel kanunun düzenlemesinden sorumludur ve özel kanunda belirlenmiş cezaya hükmedilir. Bu fiil hem genel kanun hem de özel kanun tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilse; fail, özel kanunun düzenlemesinden sorumlu olacak ve özel kanunun genel kanunu hükümsüz kılması ilkesi (*lex specialis derogat legi generali*) gereği yalnızca özel kanundaki suçtan dolayı ceza tayin edilecektir. Kanunda belirtilmiş diğer hususlar somut olayda bulunmadığı sürece ceza, alt sınırın üzerinde

¹⁷⁹ Yerdelen, 2013, 175; Üzülmöz, 2006, 207; Artuç, 2016, 45; Taneri, 2016, 147; Gedik, D. (1994). "Basamaklı Ceza Sisteminde Temel Cezanın Tayini ve Türk Ceza Kanunu'nun 29/Son Maddesi Üzerine Bir İnceleme". *Adalet Dergisi*. (15), 362.

¹⁸⁰ Koca/Üzülmöz, 2018, 635; Zafer, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75* (6. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 545.

belirlenemeyecektir¹⁸¹.

Suçun işleniş biçimi failin kişilik yapısını ortaya koyduğu gibi aynı zamanda fiilin kamu düzeni bakımından oluşturduğu tehlike açısından da belirleyicidir. Failin suçu işlerken fiili nasıl gerçekleştirdiği araştırılmalıdır. Kişi yalnızca kanuni tarife uygun hareketleri gerçekleştirmekle mi yetinmiş yoksa suçun işleniş biçimi nedeniyle daha vahim sonuçlar mı meydana getirmiştir sorusu suçun işleniş biçimi incelenirken hâkimin cevaplama gereken sorulardandır¹⁸². Örneğin; cinsel saldırı suçunu işleyen failin bu suçu mağdurun eşinin ve çocuklarının huzurunda işlemesi veya failin hamile olduğunu bildiği kadını muhtelif yerlerinden bıçaklaması gibi durumlarda ceza belirlenirken bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁸³.

Suçun işleniş biçiminin temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan biri olarak kullanılabilmesi için, kanun koyucu tarafından suçun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Örneğin, kasten öldürmenin “eziyet çektirerek” gerçekleştirilmesi, kasten öldürme suçu için cezayı artıran nitelikli hallerden birisi olduğu için (TCK m.82/1-b), bu husus mükerrer değerlendirme yasağı nedeniyle temel cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz¹⁸⁴.

Özen’e göre; mükerrer değerlendirme yasağı gereğince dolandırıcılıkta hile kullanılması gibi bağlı hareketli suçlarda hilenin şeklinin ne olduğuna bakılmaksızın suçta unsur olmasından dolayı temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir. Aynı şekilde yazar, kesintisiz suçlarda da devam eden neticenin suçun bir unsuru olarak bu bağlamda değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁸⁵.

Kanaatimizce dolandırıcılık suçunda hilenin, suçun unsuru olarak bütün somut olaylarda aynı şekilde tezahür edeceği düşüncesi isabetli değildir. Çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilen dolandırıcılık suçunda, hilenin şekli ve niteliği temel cezanın belirlenmesi aşamasında hâkimin alt ve üst sınırlar arasında takdir edeceği cezayı

¹⁸¹ Yerdelen, 2013, 174.

¹⁸² Hakeri, 2017, 723; Artuç, 2016, 46.

¹⁸³ “Mağdurun birden fazla iç organının tahribi suretiyle yaralanmış olması gözetilerek cezanın teşdiden verilmesinin hak ve adalet icabı olacağına gözetilmemesi... bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 1. CD. 03.10.2005, 2627-2645. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

¹⁸⁴ Yerdelen, 2013, 174.

¹⁸⁵ Özen, 2009, 83.

belirlenmesinde oldukça önemli bir noktayı oluşturmaktadır. Aynı şekilde kesintisiz suçlarda, suçun unsuru olan fiilin devam süresinin cezanın belirlenmesindeki önemi göz ardı edilemez¹⁸⁶.

3.5.2.1.2. Suçun işlenmesinde kullanılan araç

Temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan bir tanesi de TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen suçun işlenmesinde kullanılan araçlardır. 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da bu ölçüt aynı şekilde yer almaktaydı.

Suçun icrasında kullanılan, failin fiili gerçekleştirmesini kolaylaştıran veya gerçekleştirmesinde katkıda bulunan her türlü araç bu kapsamda değerlendirilebilir. Suçun silahla gerçekleştirilmesi, tehlikeli veya elverişsiz araçla suçun gerçekleştirilmesi, silahın savunma amacıyla kullanılmış olması gibi durumlar cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hallere örnek oluşturmaktadır¹⁸⁷.

Suç işlemek için kullanılan bu araç olmadan bazen failin bu suçu işlemesi olanaksız ya da zor olmakta, fail bu aracı kullandığında araç kendisine suçun işlenmesinde kolaylık sağlamaktadır. Araç olmadan suçun işlenemeyecek olması durumu her somut olayda aranan bir nitelik değildir. Failin bu araç sayesinde suçu işlemesinin kolaylaşması, aracın suçun ortaya çıkmasını engelleyici türden olması, suçun mağdurda meydana getireceği etkinin bu araç sayesinde çok ağır veya çok hafif olmuş olması ve diğer etkileri dikkate alınarak temel ceza belirlenmelidir¹⁸⁸.

Suçun işlenmesinde kullanılan araçların bu kapsamda değerlendirilerek cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlar arasında sayılabilmesi için kanunun bu konuyu ayrıca suçun bir unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlememiş olması gereklidir. Örneğin TCK'nın 314. maddesinde düzenlenen devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla oluşturulmuş silahlı örgütün bünyesindeki silahların türü, niteliği ve sayısı bu bağlamda temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Yerdelen, 2013, 176.

¹⁸⁷ Koca/Üzülmez, 2018, 636; Aldemir, H. (2006). "Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(3), 37; Gökçen/Yenidünya, 2008, 347.

¹⁸⁸ Kumbasar, 2006, 98.

¹⁸⁹ Özgenç, 2018, 867; Özen, 2018, 749.

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçunun silah sayılan bir araçla ¹⁹⁰ işlenmesi durumunda, suçun silahla işlenmesi temel cezanın belirlenmesinde suçun işlenmesinde kullanılan araç olarak dikkate alınır. İşkence suçunun silahla işlenmesi, işkencenin nitelikli hallerini düzenleyen 95. maddede belirtilen hallerden birisi değildir. Bu yüzden işkence suçunun silahla işlenmesi, suçun işlenmesinde kullanılan araç olarak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden birini oluşturacaktır¹⁹¹.

Ancak kasten yaralama, yağma ve tehdit suçlarının silahla işlenmesinde kullanılan araç, TCK m.61/1-b çerçevesinde ayrıca cezanın belirlenmesinde dikkate alınamaz. Bu suç tiplerinde silahın bir araç olarak kullanılması cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olduğundan ceza, silah nedeniyle zaten kanun gereği olarak artırılmaktadır¹⁹². Kanaatimizce böyle bir durumda söz konusu silahın kullanılış biçimi, niteliği, eğer bıçak kullanılmışsa darbe sayısının miktarı, tabanca kullanılmışsa sıkılan kurşun sayısının fazlalığı gibi hususlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşmada gerekçe olarak kullanılabilir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi silahlı tehdit suçunun işlenip işlenmediğine yönelik değerlendirmesinde; silahla işlenen bir tehdit (m. 106) suçunun silahlı tehdit (m. 106/2-a) madde hükmünün kapsamına girmesi için failin fiilini söz konusu silahın korkutucu özelliğinden yararlanarak işlemesi gerektiğini, silahın yalnızca dışarıdan görülebilecek şekilde teşhirinin gerçekleşmesini suçun temel şekline dair cezanın belirlenmesinde suçun işlenmesinde kullanılan araç ve tehlikenin ağırlığı hususunda ele alınması

¹⁹⁰Türk Ceza Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Silah deyiminden*;

1. Ateşli silahlar,
2. Patlayıcı maddeler,
3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.

¹⁹¹ Aldemir, 2017, 282.

¹⁹² Yerdelen, 2013, 185-186.

gerektiğini belirtmektedir¹⁹³.

3.5.2.1.3. Suçun işlendiği zaman ve yer

Suçun işlendiği zaman ve yer, temel cezanın belirlenmesinde etkili olan diğer bir hususu oluşturmaktadır. TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen bu husus, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da yer almaktaydı.

Suçun işlendiği zaman ve yerin cezanın belirlenmesinde etkili olabilmesi için suç bakımından bir fonksiyonunun olması gerekir, çünkü suçun belli bir yer ve zamanda işlenmesi her durumda cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesini gerektirmez. Bunun için suçun işlenmesinde etkili olan, failin yer ve zamandan özellikle faydalandığı, suçun işlenmesini kolaylaştıran bir durumun varlığı gereklidir. Suçun işlendiği yer ve zaman mağdurun savunma imkanını ortadan kaldırıyorsa bu durum cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek bir husus olarak kabul edilecektir¹⁹⁴. Failin suç teşkil eden fiilini gece vakti ıssız bir sokakta veya yıkık bir evde gerçekleştirmesi buna örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁵.

Suçun işlendiği yer ve zaman eğer suçun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlenmişse, temel cezanın belirlenmesi sırasında bu unsurun yeniden ele alınması mümkün değildir (m. 61/3). Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi TCK'nın 143. maddesinde cezanın yarı oranda artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal şeklinde özel olarak düzenlenmiştir. Mevcut bu düzenleme karşısında temel cezanın belirlenmesi sırasında suçun gece vakti işlenmesinin bu başlık altında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak Erzurum 2. Asliye Ceza Mahkemesi TCK'nın 6/1-e¹⁹⁶

¹⁹³ “Sanığın, şikayetçinin iş yerine giderek belinde bulunan silahı teşhir edip öldüreceğini söylemekten ibaret eylemlerini şikayetçinin yokluğunda gerçekleştirmesi nedeniyle, eylemde silahın korkutucu özelliğinden yararlanılmış olmasından ve dolayısıyla tehdit suçunun nitelikli halinin oluştuğundan söz edilemeyeceği, eylemde iş yerinde silah teşhirinin ise sanık hakkında TCK'nın 106/1-1. maddeleri gereğince şikayetçinin hayat dokunulmazlığına yönelik tehdit suçundan dolayı temel ceza belirlenirken, suçun işlenmesinde kullanılan araç ve tehlikenin ağırlığı gibi ölçütlere göre cezanın aşağı haddten uzaklaşarak tayin edilme sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden, suçun vafında yanılıya düşülerek, silahla tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 4. CD. 14.05.2014, 17539-16643. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁹⁴ Üzülmüş, 2006, 209.

¹⁹⁵ Soyaslan, 2018, 527.

¹⁹⁶ TCK m. 6/1-e hükmüne göre “Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi anlaşılır.”

düzenlemesinden yola çıkarak 143. madde hükmünün “alışveriş merkezleri gibi kapalı ve sürekli aydınlık alanlarda işlenen hırsızlık suçlarına haksızlık içeriğini aşan oranda ceza verilmesine yol açtığı” gerekçesiyle bu durumun Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu söyleyerek somut norm denetimi yoluna gitmiş; Anayasa Mahkemesi ise hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde cezanın artırılmasını öngören düzenlemenin kanun koyucunun takdir alanında olduğu ve gece vakti düzenlemesindeki yarı oranında artırıma ilişkin takdir hakkını ölçülü kullandığı gerekçesiyle madde hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Yerel mahkemenin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık iddiası kısaca şu şekildedir: “Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda fiilin haksızlık içeriğini artıran ve bu fiili daha fazla cezaya layık hale getiren şey, gece vaktinin kural olarak hırsızlık suçunun icrasını kolaylaştırmasıdır. Kanun koyucunun, gece vakti işlenen hırsızlık suçunun, diğer hırsızlık şekillerine nazaran daha yoğun haksızlık içeriğine sahip olduğunu kabul etmesi makul karşılanabilir bir yaklaşımdır. Fakat somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın, istisnasız gece vakti işlenen her hırsızlık suçunun temel şekline nazaran yarı oranında daha ağır cezaya layık olduğu ve cezanın bireyselleştirilmesinde hiçbir takdir alanı bırakılmaksızın, doğrudan yarı oranında artırılması şeklindeki uygulamanın ceza adaleti bakımından orantılılık ilkesine uygun sonuçlara yol açmayacağı ortadadır. Örneğin gecenin zifiri karanlığında insanların meskenlerinde kendilerini en güvende hissetmek istedikleri bir zaman dilimi olan gece saat 02.00 civarında işlenen bir hırsızlık suçu ile güneş henüz batmışken ve insanların henüz aktif oldukları bir zaman diliminde AVM gibi bir yerde gerçekleştirilen hırsızlık suçu aynı yaptırıma tabi tutulacaktır.”

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin değerlendirmesinde şu ifadeleri kullanarak iptal talebini reddetmiştir:

“... 6. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

7. Kanun koyucu, takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması ve insan haysiyetine aykırı olmaması gibi anayasal ilkeleri de dikkate almak zorundadır.

8. Bununla birlikte sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslama değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı sonuç, failin ve suçtan zarar görenin kişiliği, maddi ve manevi zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir.

9. Kanun koyucu, Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde gece vaktini; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi olarak tanımlamış ve itiraz konusu kuralla, malı üzerindeki gözetim ve denetim gücü zayıflayan ve kendini korumasız hissetmesi nedeniyle daha fazla olumsuz etki altında kalan mağdurların huzur ve sükununun daha fazla bozulması, failin gece suçu daha kolay işleyebilmesi, kolluk güçlerinin yardımının gecikebilmesi, failin kimliğinin tespiti ve yakalanması ihtimalinin zayıflamasını dikkate alarak hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesini suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul etmiş ve verecek cezanın yarı oranında artırılmasını öngörmüştür. Bu şekilde suç ve cezada ağırlaştırıcı nedeni ve bu nedene göre gerçekleştirilecek artırım oranını belirlemenin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.

Suçun işlendiği yer ve zaman hususunun temel cezanın belirlenmesinde etkili olması için bu yer ve zamanı failin seçmiş olması gerekmektedir. Örneğin, fail bir yakınına hastanede ziyaret etmek için giderken yolda mağdur tarafından çevrilmesi sonucu mağduru yaralamış ise suçun işlendiği yer ve zamanın cezanın belirlenmesinde failin aleyhine kullanılmaması gerekir¹⁹⁸.

3.5.2.1.4. Suçun konusunun önem ve değeri

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında ve 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiş olan suçun konusunun önem ve değeri, temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlardan bir tanesidir.

Suçun konusu kavramı ile anlatılmak istenen korunan hukuki değer olarak adlandırılan kavram değil, suçun maddi konusu olarak isimlendirilen, failin bizzat üzerinde suçu gerçekleştirdiği şeydir. Korunan hukuki değer ihlal edilmiş olması temel cezanın belirlenmesi sırasında cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesinin gerekçesi olamaz¹⁹⁹. Korunan hukuki değer ihlali suçun haksızlık içeriği üzerinde etkisi olan bir durum değildir. Örneğin, hırsızlık suçunun konusunun beş lira olması ile

10. Öte yandan kuralın gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun söz konusu artırımı gece vakti hırsızlık suçunun işlenmesinin olası etkileri nedeniyle suçta caydırıcılığı sağlamak amacıyla düzenlediği dolayısıyla da kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Oranı dikkate alındığında belirlenen artırım miktarının, gece vakti hırsızlık suçunun etkili bir cezayla karşılanması açısından gerekli, bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli bir yaptırım olduğu açıktır. Bunların yanında, hırsızlık suçunun toplumsal etkisi ve işleme oranı ile gece vakti işlenmesinin kamusal açıdan ciddi boyutta tehlikeler doğurabileceği dikkate alındığında verilen cezanın hâkime takdir hakkı tanınmaksızın yarı oranında artırılmasının ağır ve orantısız olduğu da söylenemez. Kaldı ki temel cezanın belirlenmesi sırasında suçun işleniş şekil ve şartları, suçlunun kim olduğu ve kişiliği gibi etkenlerin göz önüne alınması ve cezanın şahsileştirilmesi de olanaklıdır.

11. Bu bağlamda, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği, meydana gelen neticeyi de göz önünde bulundurarak getirdiği kuralın, düzenlenme amacına ulaşmak açısından gerekli, bu amaca ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır." AYM 05.05.2016, E:2016/16, K:2016/37. (RG: 31.05.2016-29728.) Ayrıntılı bilgi için bkz. (Başbüyük, İ. (2017). "Hırsızlık Suçunda Gece Vakti Düzenlemesini Değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin "05.05.2016 Tarih ve 2016/16 Esas Sayılı" Kararına İlişkin Görüşümüz". *Ceza Hukuku Dergisi*, 12(34), 229-234)

¹⁹⁸ Artuç, 2016, 49.

¹⁹⁹ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 587.

beş bin lira olması arasında korunan hukuki değer bakımından hiçbir fark yoktur ancak suç konusunun değerinin farklı olması iki fiilin haksızlık içeriğinin birbirinden farklı olmasına sebebiyet verir. Ancak kanunumuzun malvarlığına karşı suçlar kısmında sıkça karşılaşıldığı gibi suç konusunun önem ve değerinin suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturduğu durumlarda mükerrer değerlendirme yasağına dikkat etmek gerekir²⁰⁰.

Suçun konusu oluşturan şeyin değerinin yüksekliği, tahsis amacına göre suç konusunun gösterdiği önem de bu kapsamda incelenebilecek hususlardandır²⁰¹. Hırsızlık suçunu konusu olan paranın miktarının fazlalığı²⁰² 765 sayılı Kanun²⁰³ zamanında cezanın artırılmasını gerektiren hallerden birisiyken, 5237 sayılı Kanun'da bu hükme yer verilmemiştir. Ele geçirilen uyuşturucu miktarının azlığı da bu bağlamda değerlendirilebilecektir²⁰⁴.

3.5.2.1.5. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı

Temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan bir tanesi de meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığıdır (TCK m.61/1-e). 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da bu ölçüt aynı şekilde ifade edilmekteydi.

Zarar, failin fiili sonucunda dış dünyada meydana gelen değişiklik, tehlike ise zararın ortaya çıkması ihtimali olarak tanımlanabilir. Suç tipinin gerçekleşmesi bakımından ortaya çıkması gereken asgari tehlike veya zarar bu bağlamda dikkate

²⁰⁰ Koca/Üzülmez, 2018, 638.

²⁰¹ Üzülmez, 2006, 210; Artuç, 2016, 49.

²⁰² "Hükümlünün 765 sayılı TCK'nın 503, 522 maddeleri gereğince cezalandırılmasına ilişkin kesinleşmiş mahkumiyet hükmü ile sonradan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasa'nın temel cezanın tayini ile bireyselleştirilmesine ilişkin tüm hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların denetime imkan verecek şekilde gösterilip birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe hükmün belirlenip, 5237 sayılı Yasa'da sağlanan haksız menfaatin fahiş olması halinde cezanın artırılacağına ilişkin bir hükmün bulunmayıp bu hususun anılan yasanın 61. maddesi uyarınca temel cezanın tayininde gözetilmesi gerektiği..." Yargıtay 11. CD. 17.04.2006, 2455-3104. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

²⁰³ 765 sayılı TCK madde 522: "Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir."

²⁰⁴ "Sorumlu olduğu esrar maddesinin 6,15 gramdan ibaret olduğu gözetilmeden ve temel cezanın alt sınırın üzerinde tayin edilmesinin somut nedenler ve dayanakları ile birlikte açıklanmadan ... soyut gerekçeye yer verilerek, 5237 sayılı TCK'nın 3/1 ve 61. maddelerinde öngörülen ... ölçütlerle orantısız bir şekilde sanık hakkında temel cezanın belirlenmesi ..." Yargıtay 10. CD. 04.12.2006, 12081-13526. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

alınmaz²⁰⁵. Dış dünyada meydana gelen değişikliğin veya zarar doğması ihtimalinin büyüklüğü temel cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesinde dikkate alınır.

TCK m. 179'da düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarında meydana gelen tehlikenin ağırlığı, cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılır. Ancak meydana gelen zarar veya tehlike kanunda suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul edilmişse, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde ölçüt kabul edilemez²⁰⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu pek çok kararında olduğu gibi 13.05.2014 tarih ve 676-252 sayılı kararında da kanun koyucunun taksirli suçlar açısından 765 sayılı TCK'da yer alan ve matematiksel kusur hesabına dayalı cezalandırma sisteminden vazgeçmiş olmasına rağmen 5237 sayılı TCK uygulamasında da alt ve üst sınır arasındaki cezanın meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile suç konusunun değeri de gözetilerek, fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesini hakkaniyete ve kanuna uygun kabul etmiştir²⁰⁷.

Alman Temyiz Mahkemesi, fail tarafından öngörülebilir olması koşuluyla cinsel saldırı suçu mağdurunun intihara teşebbüs etmesinin veya kendisine uyuşturucu madde satılan bağımlının aşırı dozdan ölmesinin cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesi konusunda dikkate alınmasını yerinde bulmuştur. TCK m. 23'e göre failin ağır neticeden sorumlu olması için en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Uyuşturucu satıcısı uyuşturucuyu alan kişinin hangi dozda bunu tüketeceğini ve bu durumun ölüme neden olup olmayacağını öngöremeyebilir. Bu nedenle zarar veya tehlikenin objektif olarak değerlendirilmesi ve doğrudan tipik zararın dikkate alınması daha isabetli olacaktır²⁰⁸.

Cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak zarar maddi, manevi, bedensel veya ruhsal olabilir. Örneğin, hürriyetinin tahdit edilmesi sonucu mağdur akıl hastası

²⁰⁵ Soyaslan, 2018, 527; Gökçen/Yenidünya, 2008, 348.

²⁰⁶ Aldemir, 2017, 283.

²⁰⁷ "...Tüm bu kanuni düzenlemelere göre, taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçu açısından temel cezanın belirlenmesinde; failin kusurunun değerlendirilmesinin zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği zaman ve yerin, kusurun belirlenmesi sırasında suç konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının da dikkate alınacağında şüphe bulunmamaktadır." Yargıtay CGK. 13.05.2014, 676-252; Yargıtay CGK. 10.12.2013, 697-602. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

²⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 587; Yerdelen, 2013, 200.

olmuşsa veya normal yaşamına devam edemeyecek ölçüde etkilenmişse bu durumlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır²⁰⁹. 6545 sayılı Kanun’la cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarında yapılan değişiklikten önce suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli, cinsel saldırı suçu bakımından TCK m.102/5’de, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ise TCK m.103/6’da suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmişti. Kanaatimizce, artık yürürlükte olmayan bu hüküm sonrası, cinsel saldırı (TCK m.102) veya cinsel istismar (TCK m.103) suçunun mağdurlarında beden ve ruh sağlığının bozulması hali, temel cezanın belirlenmesinde bu aşamada dikkate alınmalıdır²¹⁰.

Ancak bir insanın değeri yaşına, nüfuzuna, mesleğine ya da yaşam biçimine bağlı olmadığından bu hususların temel cezanın belirlenmesinde etkili olmaması gerekir²¹¹. Yargıtay, jandarma komutanının öldürüldüğü bir olayda bu kişinin sıfatının göz önüne alınarak alt sınırın üzerinde cezaya hükmedilmesini hukuka aykırı bulmuştur.²¹²

TCK m. 61/1-e hükmüne benzer bir hükme kanunumuzda teşebbüs konusunda yer verilmiştir. TCK m. 35/2’ye göre “Suça teşebbüs halinde fail, *meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne

²⁰⁹ Gökçen/Yenidünya, 2008, 348.

²¹⁰ Suç Sorunlarına dair Avrupa Komitesi’nin altında faaliyet gösteren ve 2005 yılında oluşturulan Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye karşı Korunmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan, Türkiye tarafından 7 Aralık 2011 tarihinde onaylanıp, 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe giren *Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması (Lanzarote) Sözleşmesi*’nin “Ağırlaştırıcı Şartlar” başlıklı 28. maddesinde; sözleşmenin taraflarından her birinin suçun mağdurunun fiziksel veya zihinsel sağlığına ciddi biçimde hasar vermesi halinde, tarafların Sözleşmede belirtilen suçlarla ilgili yaptırımlarda ağırlaştırıcı şart olarak göz önüne alınması için gerekli yasal tedbirleri alacağını belirtir. Bu nedenle söz konusu durumun temel cezanın belirlenmesinde cezanın üst sınıra yaklaştırılmasında dikkate alınması, sözleşmenin yüklediği yükümlülük açısından yeterli midir veyahut Türkiye herhangi bir çekince göstermeden sözleşmeyi imzaladığından dolayı “ağırlaştırıcı şartlar” olarak belirtilen bu sözleşme hükmünün suçun mağdurunun fiziksel veya zihinsel sağlığına ciddi bir biçimde hasar vermesi temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasından daha ağır bir yaptırım olarak madde hükmüne ağırlaştırıcı halin yeniden eklenmesini mi gerektirmektedir; kanaatimizce bu husus farklı şekillerde yorumlanmaya açıktır. Yorum farklılıkları olsa dahi dikkat edilmesi gereken şey Anayasa’mızın 90. maddesinin son fıkrasında belirtilen usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacağıdır.

²¹¹ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 588

²¹² Yargıtay CGK. 05.05.1978, 61-150, (bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 588)

kadarı indirilir.”

Özgenç’e göre, suçun işlenmesiyle meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı 61. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınan bir ölçütü oluşturmaktadır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığında, temel cezanın belirlenmesinde tamamlanmış suça özgü olarak kullanılan bu ölçüt dikkate alınmayacaktır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığı için meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak TCK’nın 61. maddesinin beşinci fıkrasına ön gelen fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden 35. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen miktar veya oranlarda indirim yapılacaktır, aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur²¹³.

Mükerrer değerlendirme yasağı yalnızca suçun unsurları ve nitelikli halleri bakımından geçerlidir. Teşebbüs ise suçun unsuru veya nitelikli hali olmayıp, suçun özel bir görünüş şeklidir. “Zarar ve tehlikenin ağırlığı” ölçüsünün hem temel cezanın belirlenmesinde hem de teşebbüs aşamasında kalma sonucu yapılacak indirim miktarının tespitinde kullanılmasının mükerrer değerlendirme yasağını ihlal edeceği yönündeki düşünceye katılmakla beraber²¹⁴; bu özel şekli gereği, mükerrer değerlendirme yasağını düzenleyen 61. maddenin üçüncü fıkrasının teşebbüsü de içine alacak şekilde düzenlenmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz. Zira şu anki düzenlemede failin cezasının aynı nedenden iki defa eksiltilmesine engel bir düzenleme kanununun metni veya gerekçesinde yer almamaktadır²¹⁵.

3.5.2.2. Faile ilişkin hususlar

3.5.2.2.1. Failin kast veya taksire dayanan kusurunun ağırlığı

Temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan bir diğeri de TCK’nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen failin kast veya

²¹³ Özgenç, 2018, 483.

²¹⁴ Yargıtay da bu görüştedir. “Mağdurdaki öldürücü nitelikteki yara sayısı ve yaralanma sonucu mide, karaciğer, kalın ve ince bağırsaklarda meydana gelen harabiyetlerin niteliği nazara alındığında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre 35. maddenin uygulanmasında ... cezanın üst sınırdan tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 1. CD. 09.03.2007,7735-1282 (bkz. Artuç, 2016, 52: 90)

²¹⁵ Yerdelen, 2013, 205.

taksire dayanan kusurunun ağırlığıdır. 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da bu ölçüt ifade edilmiştir.

Failin kast ve taksire dayanan kusurunun ağırlığından 765 sayılı TCK'nın sekizinci fıkrasında düzenlenen kastın ve taksirin yoğunluğu anlaşılmalıdır. 765 sayılı TCK'daki bu ifade; kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın bir yansımasıdır. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesindeki düzenlemeye göre kast ve taksir birer kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Ancak kast ve taksirin haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak sınıflandırılması, kusurdan tamamen soyutlanması anlamına gelmez²¹⁶. Çünkü haksızlık; kusur yargısının dayanağını oluştururken, kusur yargısı da gerçekleştirilen bu haksızlık zemini üzerinde vücut bulmaktadır²¹⁷.

Faildeki kasta dayalı kusurunun ağırlığını sonuca ulaşma konusundaki ısrarlı davranışı, taksire dayalı kusurunun ağırlığını ise sonucun fail tarafından öngörülebilirliğinin kolaylığı belirler. Bir suçun işlenmesinde fail tarafından aşılacak zorluklar ne kadar çok, amaca ulaşmaktaki kararlılığı ne kadar büyükse, kasta dayalı kusurunun ağırlığı da o ölçüde büyük olacaktır. Kanunda suçun unsuru veya nitelikli hali olarak belirtilmediği durumlarda bu ağırlık, cezanın belirlenmesinde failin aleyhine olarak göz önünde bulundurulacaktır. Örneğin; öldürme ve yaralama suçlarında kastın en yoğun biçimi olan tasarlama hali ağırlaştırıcı neden olarak gösterildiğinden ayrıca bu bent kapsamında değerlendirilmez.²¹⁸ Ancak tasarlama boyutuna varmamakla birlikte, failin kastının yoğunluğunu ortaya koyan ve kararlı tutumunu gösteren durumlar somut olayda mevcut ise bu durum suçun temel şekli açısından değerlendirmeye alınabilir Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur²¹⁹.

²¹⁶ Kast ve taksirle kusurun arasındaki ilişkiyi daha iyi anlayabilmek amacıyla Alman Ceza Kanunu'ndaki 46. madde düzenlemesi incelenebilir. Madde hükmü uyarınca; her bir suç tipi için alt ve üst sınırlar arasında, soyut bir haksızlık ve kusur değerlendirmesi içerecek şekilde bir ceza tespitinin öngörülmesi Alman Ceza Kanunu'nun kusur ilkesini esas aldığı bir göstergesidir. Söz konusu kusur, failin kınanmasını gerektiren kusur değil; failin haksızlık içeriğiyle ve bu haksızlığın ağırlığıyla bağlantılı bir kusurdur. (Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.3.2. Almanya)

²¹⁷ Özgenç, 2018, 371; Üzülmez, 2006, 212.

²¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 589. Albayrak, M. (2009). "Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi". *Adalet Dergisi*. (33), 260.

²¹⁹ "Olaydan üç gün önce kendisinin evde bulunmadığı bir sırada birlikte kaldıkları gelini T'nin, babası olan maktul, eniştesi olan mağdur ve diğer akrabalarınca eşi H'nin karşı çıkmasına rağmen götürülmesine sinirlenen sanığın, olaydan bir gün önce maktulün evinin önünden geçerek onu ölümlü tehdit ettiği, olay

Kanunda nitelikli hal olarak düzenlenmediği hallerde bir suçu gerçekleştirmek için yapılan planlı hazırlık kasta dayalı kusuru artıran, faildeki irade zayıflığı, failin uzun yıllardır uyuşturucu madde bağımlısı olması gibi durumlar ise kasta dayalı kusuru azaltan haller kapsamında sayılabilir²²⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bazı kararlarında sanığın sabıka kaydında bulunan geçmiş mahkûmiyetlerinin tekerrüre ilişkin şartları taşımaması kaydıyla, nitelik ve sayıları itibariyle failin kasta dayanan kusurunun ağırlığı çerçevesinde dikkate alınmasında kanuni bir engel bulunmadığını belirterek, bu gibi durumlarda cezanın üst sınıra yakın veyahut üst sınırdan verilebileceğini belirtmektedir²²¹. Bu kararlardan birisi olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.04.2013 tarihli kararı incelenmesi gereken önemli kararlardan bir tanesidir.

Karara göre; ilk derece mahkemesi sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. maddesinin birinci fıkrasından hüküm kurmuş ve cezayı maddenin üst sınırı olan beş yıl hapis cezası olarak belirlemiştir. Sanık müdafinin hükmü temyiz etmesi üzerine Yargıtay 15. Ceza Dairesi; ilk derece mahkemesinin kararını TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek unsurlardan birisi olan "suçun konusunun önem ve değeri" bağlamında incelemiş ve suçun konusunun değerine nazaran temel cezanın üst sınırdan belirlenmesini orantılılık ilkesine ters, hak ve nesafet kurallarına aykırı bularak bozmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Özel Daire'nin bozma kararına; sanığın adli sicil kaydından dolandırıcılık ve hırsızlık suçlarını meslek hale getirdiğinin anlaşıldığı ve suça konu olan otomobilin değerinin ve suçun işleniş biçimi sırasında failin sahip olduğu plan ve sergileniş biçiminin göz önüne alınmasıyla somut olay incelendiğinde;

günü mağdurla birlikte yoldan geçmekte olan maktulü görünce onu öldüreceğini söyleyerek bıçakla saldırdığı ve maktule peş peşe vurmaya başladığı, maktulünün damadı olan mağdurun sanığı engellemek istemesi üzerine sanığın asıl hedef durumundaki maktulü öldürme suçunu işleyebilmek için kendisine engel olarak gördüğü mağduru tek bir bıçak darbesiyle bertaraf ederek maktulü bıçaklamayı sürdürdüğü ve sonuçta toplam dokuz bıçak darbesiyle mağduru öldürdüğü olayda; kasten adam öldürme suçunda tasarlamaya yaklaşan kast yoğunluğu ve suçun işleniş şekli de gözetilmeden temel cezanın asgari haddden uzaklaşarak tayin edilmemesi yasaya aykırıdır." Yargıtay 1. CD. 10.04.2006, 898-1257 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

²²⁰ Artuç, 2016, 53; Üzülmöz, 2006, 212.

²²¹ Yargıtay CGK. 03.06.2014, 714-300; Yargıtay CGK. 05.11.2013, 558-436. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 18.05.2019)

ilk derece mahkemesinin kararının isabetsiz olmadığını, zira temel cezanın belirlenmesinde yalnızca “suçun konusunun önem ve değeri” ölçütünün dikkate alınamayacağını belirterek itiraz etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ilk derece mahkemesinin beş yıl olarak üst sınırdan verdiği kararın TCK'nın 61. maddesi uyarınca hukuka uygunluğunu incelemiş; dosya kapsamına göre sanığın elli bir adet sabıka kaydının bulunduğunu ancak sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunmasının şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK'nın 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Durumun böyle olmasına karşın sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülükler ile bu hükümlülüklerin niteliği ve sayısının, aynı kanunun 61/1-f maddesinde yer alan “failin kastının ağırlığı”nın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önüne alınabilmesinde kanuni bir engel bulunmadığını belirten Genel Kurul, yerel mahkemenin cezayı belirlerken sanığın sabıka kayıtlarından yola çıkarak üst sınırdan ceza belirlemesini orantılılık ilkesine uygun ve yeterli bulmuştur²²².

²²² “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında TCK'nın 157/1. maddesi gereğince 1 ila 5 yıl hapis cezasını gerektiren dolandırıcılık suçundan hüküm kurulurken temel hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırdan 5 yıl olarak belirlenmesinin isabetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İncelenen dosya içeriğine göre; daha önce de aynı tarzda dolandırıcılık suçlarını işlemesi nedeniyle kollukta kaydı bulunan sanığı, katılanın soruşturma aşamasında fotoğraf üzerinden teşhis ettiği, bütün aşamalarda suçlamaları kabul etmeyen ve suç tarihi itibarıyla yirmi beşi dolandırıcılık, on dördü hırsızlık, altısı emniyeti suistimal suçlarından olmak üzere toplam elli bir suçtan sabıkası olan sanığın inceleme tarihi itibarıyla da adli sicil kaydında yetmiş dokuz adet kaydının bulunduğu ve suça konu aracın suç tarihi itibarıyla 6.000-7.000 Lira değerinde olduğu;

Yerel mahkemece, temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak; "sabıka kaydının incelenmesi ile sanığın suç işlemeyi ve özellikle dolandırıcılık suçunu işlemeyi itiyat edindiği anlaşıldığından, bu durum mahkememizce sanık aleyhine olarak değerlendirilmiş ve teşdit sebebi olarak kabul edilmekle”, hüküm fıkrasında da bununla uyumlu ve benzer şekilde; “suçun işlenişindeki özellikler, sanığın kişiliği, sanığın dolandırıcılık ve hırsızlık suçunu meslek edindiği sabıka kaydında ve kayda esas kararların tasdikli suretleri ile anlaşıldığı” hususlarının gösterildiği anlaşılmaktadır.

Sanığa atılı dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın 157/1. maddesinde 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasını gerektirecek şekilde yaptırma bağlanmış, temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler ise 5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesinde, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesine benzer olarak ... düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasındaki; “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” biçimindeki hüküm ile de, işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında “orantı” bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Hâkimin temel cezayı belirlerken

Kanaatimizce Ceza Genel Kurulu'nun verdiği karar isabetsizdir. Öncelikle, sanığın sabıka kaydının bulunması somut olayda koşullarının var olması halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husustur²²³. 765 sayılı Kanun'un 29. maddesinde bulunan tekerrür ölçütüne 5237 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Yargıtay tarafından tartışılmamış olsa da bu hususun TCK'nın 62. madde hükmünde düzenlenen "Takdiri İndirim Nedenleri" başlığı altında failin geçmişi ölçütü ile birlikte değerlendirilebilecek olup olmadığı sorusu tartışılabilir. Kişinin ısrarla aynı tür suçları işlememesi kaydıyla, sabıka kaydına sahip olması takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına sebep olmayacaksa da; somut olayda söz konusu sanığın düzenli olarak aynı tür suçları işlemesinden ötürü bu durum takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel olabilecektir.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, failin kast ve taksire dayanan kusurunun ağırlığı ölçütünün failin cezası belirlenecek fiil ile arasındaki bağlantıda aranması gerekmesidir. Yani, failin o fiili işlemekteki kararlılığı veya o fiilin meydana getireceği sonuçları öngörebilmesindeki kolaylık kapsamına giren durumlar bu ölçütün

dayandığı gerekçenin TCK'nın 61/1. maddesine uygun olarak, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde kanuni ve yeterli olmalıdır.

Öte yandan, sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK'nın 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılmayacaktır. Bununla birlikte sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülükler ile bu hükümlülüklerin niteliği ve sayısının, aynı kanunun 61/1-f maddesinde yer alan "failin kastının ağırlığı"nın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önüne alınabilmesinde de kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde,

Yerel mahkemece temel ceza belirlenirken, "suçun işlenişindeki özellikler, sanığın kişiliği, sanığın dolandırıcılık ve hırsızlık suçunu meslek edindiği sabıka kaydında ve kayda esas kararların tasdikli suretleri ile anlaşıldığı" şeklinde kullanılan gerekçe TCK'nın 61. maddesi anlamında kanuni, yeterli ve dosya içeriğine uygundur. Yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan, sanığı birebir gözlemleyen yerel mahkemece, alt sınırı 1 yıl üst sınırı ise 5 yıl olan dolandırıcılık suçunda temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak 5 yıl olarak tayin ve takdir edilmesinde isabetsizlik bulunmamakta olup, bu uygulama 5237 sayılı TCK'nın 3/1. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesine de aykırılık oluşturmadığından, Özel Daire kararının 1 nolu bendindeki bozma nedeni isabetsizdir. Yerel mahkeme tarafından sanık hakkında TCK'nın 157/1. maddesinden hüküm kurulurken hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmedilmemesi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Bu itibarla, itirazın kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, usul ve yasaya uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün eleştirisi ile onanmasına karar verilmelidir." Yargıtay CGK. 09.04.2013, 1534-132 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 22.05.2019)

²²³ Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay CGK. 06.10.2009, 8/124-224; Yargıtay CGK. 07.02.2012, 5/350-27.

bağlamında incelenebilecektir. Bu inceleme her bir suç için ayrı ayrı yapılan bir belirleme işlemidir. Kişinin daha önceden aynı türden fiiller işlemiş ve bunlardan ceza almış olması somut olayda failin kasta dayanan kusurunun ağırlığını artırmaz. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanarak ilk derece mahkemesinin üst sınırdan cezayı belirlemesi ve Genel Kurul'un bu belirlemeyi kanuni ve yeterli bulması isabetsiz olacaktır. Bütün bunlara ek olarak, 15. Ceza Dairesi'nin "suçun konusunun önem ve değeri" konusundaki görüşüne katılmaktayız. 61. madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi, tek bir basamaktan oluşan bir süreç değildir. Suçun konusunun önem ve değerinin azlığı halinde ceza; somut olayın özelliklerine göre bir önceki basamaklarda üst sınıra yaklaştırılsa dahi, bu ölçütle beraber alt sınıra doğru çekilmelidir. Suçun konusunun değerinin azlığına rağmen üst sınırdan ceza tayini, TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesine aykırı olacaktır.

Yargıtay'a göre failin taksirinin yoğunluğunu belirlerken hâkim, 61. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeyle birlikte aynı zamanda "Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir" şeklinde hüküm altına alınmış olan 22. maddenin dördüncü fıkrasını da dikkate alarak cezayı belirlemelidir²²⁴.

Özen'e göre ise; 5237 sayılı TCK sistemindeki kast ve taksir haksızlığın gerçekleştiriliş şekli değil birer kusurluluk şeklidir. Bu şekil, dış dünyaya yansıyan bir durumu ifade eder. Haksızlık ise somut değil soyut bir kavramdır. Ayrıca kusur, kişiye gerçekleştirdiği davranıştan dolayı cezai sorumluluk yüklenebilmesinin temelidir. Kast ve taksir de bu kusurun ortaya çıkması, belirmesidir. Haksızlık, kusurlu bir iradeyle gerçekleşebileceği gibi kusursuz bir iradeyle de gerçekleştirilebilir. Ancak haksızlık kusurlu bir iradeyle gerçekleştirildiğinde başlı başına bir haksızlıktan bahsedilebilir. Bu haksızlık kusurlu bir iradeyle gerçekleştirildiği için ve kusurun ortaya çıkışı kasta dayandığı için, kast ve taksir haksızlığın gerçekleşme şekliyle değil, kusurla ilgilidir. Ayrıca kast ve taksir failin iç dünyasına ait olduğu için tespiti zordur. Yazara göre 61.

²²⁴ "Buna göre, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenmiş olan herhangi bir suç nedeniyle alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde, kural olarak göz önünde bulundurulması gereken kriter, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemedir. Ancak taksirle işlenen suçlar açısından kanun koyucu, aynı kanunun "Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir" şeklinde hüküm altına alınmış olan 22. maddenin 4. fıkrası ile bir kriter daha eklemiştir. Bu durumda, taksirle işlenen suçlarda alt ve üst sınır arasında ceza belirlenirken, anılan kanunun 61/1. maddesinin (g) bendinde düzenlenen "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütü hariç olmak üzere 61/1 ile 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerin birlikte göz önüne alınması gerekmektedir." Yargıtay CGK. 21.10.2014, 374-444; Yargıtay CGK. 13.05.2014, 676-252. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 22.05.2019)

maddede düzenlenen kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütünün düzenlenmesine gerek yoktur; kast ve taksire dayalı kusurluluk şekli olmaksızın bir suç oluşamayacağından, 61/1-f hükmü malumun ilanından başka bir şey olmayacaktır²²⁵.

Bizim de katıldığımız doktrindeki başka bir görüşe göre ise, kast ve taksirin suçun unsuru olması nedeniyle temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususların arasından çıkarılması gerektiği düşüncesi, cezanın belirlenmesi açısından dikkat edilmesi gereken bütün hususların reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucunun ceza yaptırımlarını belirlerken kast ve taksir arasında fark öngörmüş olması ve bazı suçlar açısından bilinçli taksir veya olası kast halleri ve hatta tasarlama ile işlenmesi halini farklı bir değerlendirmeye tabi tutması, suçların işleniş biçimleri göz önünde bulundurulduğunda cezanın belirlenmesi açısından yetersiz kalmaktadır ki; bu duruma bir çözüm olarak kanunda somut olayın niteliklerine göre m.61/1'deki hususlar öngörülmüş, kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı da bu ölçütler arasında yer almıştır²²⁶.

5237 sayılı TCK'da olası kast ve bilinçli taksir hallerine ilişkin olarak cezanın ne şekilde belirleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hususlara ilişkin olarak 61. maddenin ikinci fıkrasında, suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle yapılacak indirim veya artırımın 61. maddenin birinci fıkrası hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Olası kast ve bilinçli taksir ilk defa TCK m. 61/2 bağlamında inceleneceğinden, mükerrer değerlendirme yasağının gereği olarak bu iki hususun birinci fıkranın (f) bendindeki failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı başlığının altında incelenmesine imkân bulunmamaktadır²²⁷.

Failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle kusurluluğuna ilişkin değerlendirme de bu aşamada yapılacaktır. Eğer somut olayda failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir hal söz konusu ise fiil suç oluşturmasına rağmen faile ceza verilemeyecektir. Buna göre; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4), zorunluluk hali (m. 25/2), meşru savunmada sınırın korku, telaş ve

²²⁵ Özen, 2009, 90.

²²⁶ Yerdelen, 2013, 219.

²²⁷ Özgenç, 2005, 726-727.

heyecandan aşılması (m. 27/2), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 28), kusurluluğu kaldıran hallerin maddi şartlarında kaçınılmaz hata (m. 30/3), failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşmesi (m. 30/4) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerinde kişiye ceza verilemeyeceği için bu haller cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınmaz²²⁸.

Kusurluluğu etkileyen hallerden haksız tahrik (m. 29), yaş küçüklüğü (m. 31) ve akıl hastalığının (m. 32) cezanın belirlenmesi sırasında hangi aşamada dikkate alınacağı 61. maddenin beşinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna karşılık kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılabılır hata (m.30/3), kusuru kaldırmamakla birlikte etkileyen bir durum olan kaçınılabılır haksızlık yanılığısı (m.30/4) ile kusurluluğu azaltan neden olarak kanunun özel hükümler kısmında düzenlenen zorunluluk halleri (m.92, m.147) temel cezanın belirlenmesinde kasta veya taksire dayalı kusurun ağırlığı hususunda değerlendirilecektir²²⁹.

3.5.2.2.2. Failin güttüğü amaç ve saik

Failin güttüğü amaç ve saik, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak son hususu oluşturmaktadır. TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde düzenlenen bu ölçüt, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin sekizinci fıkrasında da bulunmaktaydı.

Amaç ve saik failin fiilinin kınanabilirliği ve failin kişiliği hakkında verilecek kararda en önemli göstergelerden bir tanesidir. Suçun işlenmesinde etken olan saik, failin kusurunu ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir. Kasta renk ve önem kazandıran saiktir. Kast eğer içinde faili o davranışa iten psikolojik durumun izlerini taşıyorsa renksizdir. Saik, suçlunun ahlaki yapısına ilişkin değerlendirmeyi etkiler. Örneğin, çaldığı şeyleri fakir insanlara dağıtmak için hırsızlık suçunu işleyen fail, yaz tatilini istediği yerde geçirebilmek için hırsızlık yapan kişiyle kıyaslandığında; ikisinin de işlediği fiillerin maddi yönden aynı olması durumuna rağmen ahlaki yönden aynı

²²⁸ Koca/Üzülmez, 2018, 641.

²²⁹ Özgenç, 2005, 726.

derecede suçlu oldukları söylenemez²³⁰.

Faili belli bir hareketi yapmaya iten sebepler saiki, suçla elde edilmek istenen netice de amacı ortaya koyar. Saik, niteliği ve kuvvet derecesine göre cezanın belirlenmesinde etkili bir unsurdur²³¹. Örneğin, kazanç hırsı, açgözlülük, mesleki başarı hırsı gibi saikler cezanın belirlenmesinde failin aleyhine olan durum oluşturur²³². Buna karşılık bazı durumlarda failin saiki, amacı itibariyle cezanın alt sınırdan tespitini gerektiriyor olabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.06.1998 tarihli kararında bu durum *"Suçun işlenmesindeki sebep ve saikle; maktulün, sanığın karısına sarkıntılık yapmasının sanıkta yaptığı etki, geleneklerin baskısı, suçun işlendiği çevre ve dosya kapsamı Yerel Mahkemece değerlendirilmiş, temel cezanın asgari haddten uzaklaşarak tayin edilmesini gerektirecek bir neden görülmeyerek takdiren alt sınırdan hüküm kurulmuş olup, takdirde yanılığa, çelişkiye ve zafiyete düşülmemiştir"* cümleleriyle belirtmiştir²³³.

Yine Yargıtay pek çok kararında taksirli suçlar açısından cezanın belirlenmesinde failin güttüğü amaç ve saik ölçütünün kullanılmayacağını belirtmiştir²³⁴.

Failin amacının sosyal değerini soyut olarak belli sınıflandırmalar yaparak önceden belirlemek yerine, güdülen amacın faildeki suç işleme eğilimini ve tehlikelilik halini mi yansıttığı, yoksa sosyal açıdan kabul edilebilir mi olduğunu tespit etme görevini hâkime bırakmak gerekmektedir. Hâkim bu değerlendirmeyi yapacak ve elde ettiği kanaat, temel cezayı tespit ederken kendisine yol gösterecektir²³⁵.

²³⁰ Toroslu, 2008, 698.

²³¹ Üzülmöz, 2006, 214.

²³² Yargıtay CGK. 23.06.1998, 149-235. (bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 589)

²³³ Gökçen/Yenidünya, 2008, 350-351.

²³⁴ *"...Taksirli suçlar açısından TCK'nın 61/1. maddenin (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütü uygulanamayacaktır... Taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütü kullanılmayacağından, sevk ve idaresindeki otomobil ile taksirle bir kişinin ölümüne neden olan sanık hakkında temel ceza belirlenirken yerel mahkemece "sanığın güttüğü amaç ve saiki" ifadesine yer verilmesi usul ve kanuna aykırıdır."* Yargıtay CGK. 30.09.2014, 237-407 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 22.05.2019)

²³⁵ Toroslu, 2008, 703.

3.6. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Etkisi

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin ikinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde olası kast ve bilinçli taksirin cezaya etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, 61. maddenin birinci fıkraya hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılacaktır.

Kanunumuzda olası kasta ve bilinçli taksire ilişkin hükümleri düzenleyen maddeleri inceleyecek olursak; 21. maddenin ikinci fıkrasına göre kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır ve bu halde kişi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır ve bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m. 22/3).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.12.2013 tarihli kararında, sevk ve idaresindeki halk otobüsüyle kontrollü kavşağa geldiği sırada hızını azaltmayıp kırmızı ışıkta geçerek kavşak içinde bir araca çarpması sonucu sürüklenen araçta bulunan bir kişinin ölümüne, mağdurun ise hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına neden olan sanık hakkında yerel mahkemenin sanığın bilinçli taksirle suçu işlediği gerekçesiyle TCK m. 22/3'e dayanarak üçte bir oranında artırım uygulamasını; yapılan incelemeler ve alınan raporlar sonucunda sanığın tam kusurlu olduğunun anlaşılmasından dolayı hem temel cezanın hem de TCK m. 22/3 hükmüne göre yapılan artırımın eylemle orantılı olacak şekilde alt sınırdan daha fazla ayrılarak belirlenmesi gerektiğini belirterek isabetsiz bulmuştur²³⁶.

Olası kast ile işlenen suçlardan müebbet hapsi gerektiren suçlar için yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, diğer suçlarda ise üçte birinden yarısına kadar yapılacak olan indirimin hangi kriterlere göre yapılacağı hususu açık değildir. Bu noktada asıl sorun olası kastın ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmasıyla ilgilidir. Eğer olası kast temel cezanın belirlenmesi sırasında "failin kasta veya taksire dayanan kusurunun ağırlığı"

²³⁶ Yargıtay CGK. 10.12.2013, 697-602. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 22.05.2019)

hususlu bağlamında değerdendirilmiş olsaydı, böyle bir sorunla karşı karşıya kalınmayacaktı. Mevcut duruma göre, olası kastın teorik esasından hareketle bir değerdendirme yapılması gerekecektir. Failin işlemiş olduğu fiilin olası sonuçlarına ilişkin öngörüsüne göre eyleminin olası sonuçlarını kabullenmesinin ve kayıtsızlığının derecesi bu belirlemede esas teşkil edecektir²³⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu indirimin miktarının nasıl belirlenebileceğini yorumladığı kararları mevcuttur²³⁸.

Uygulamada, TCK'nın "Kasten Yaralama" başlıklı 86. maddesine uygun bir fiilden sonra "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama" başlıklı 87. maddesindeki ağır sonuçların ortaya çıkması durumunda olası kast hükümlerinin hangi sırayla uygulanacağı hususu tereddüt uyandırmaktadır. Örneğin; B, C'yi olası kastla ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığında cezanın hesaplanması hangi sırayla gerçekleştirilmelidir²³⁹?

TCK'da düzenlenen kasten yaralama suçunun nasıl düzenlendiği incelendiğinde 86. maddenin ikinci fıkrasında kasten yaralama suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline yer verildiği ve kanun koyucu tarafından bu hal için basamaklı bir ceza tayin edildiği görülmektedir. Yine 86. maddenin üçüncü fıkrası suçun temel ve daha az cezayı gerektiren hali için cezanın yarı oranında artırılacağı nitelikli hallerini düzenlemiştir. 87. maddenin de ilk üç maddesinde öngörülen artırımlar oransal artırımlardır. Ancak ilk iki fıkrada kanun koyucu, elde edilen cezanın alt sınırının belirlediği miktarın altında olamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla oransal artırım öngören bu üç fıkradaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin cezanın belirlenmesi sırasındaki yeri, kasten yaralamanın olası kastla işlendiği durumlarda üçüncü sıra olacaktır. Bu durum; temel cezanın belirlenmesi (m. 61/1) + olası kast indirimi (m. 61/2) ve son olarak + nitelikli/neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller (m. 61/4) olacak,

²³⁷ Koca/Üzülmez, 2018, 645.

²³⁸ "...Olay tarihinde gece sayılan saat 20.50 sıralarında aldığı alkoliin etkisi ile yanında bulunan 9 mm. çapında, tesir gücü yüksek tabanca ile içlerinde maktulenin de yer aldığı kalabalık insan topluluğunun bulunduğu düğün evine doğru, tabancasını denemek amacıyla, yere paralel şekilde en az 3 el ateş etmek suretiyle maktulenin ölümüne neden olan sanığın; suçu işleyiş biçimi, suçu işlerken kullandığı araç, suçu işlediği yer ve zaman meydana gelen zararın ve olası kasta dayalı kusuru ile fiilin ağırlığıyla orantılı ceza verilmesi gerektiği hususları birlikte değerdendirildiğinde; kasten öldürme eylemini olası kastla gerçekleştiren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 21/2. maddesi ile yapılan uygulamada cezanın üst sınıra yakın belirlenmesi zorunlu olup, yerel mahkeme tarafından cezanın alt sınırdan belirlenmesi... isabetsizdir" Yargıtay CGK. 04.05.2010, 30-99. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 22.05.2019)

²³⁹ Artuç, 2016, 59.

böylece kanun sistematığına de uyulacaktır²⁴⁰.

3.7. Nitelikli Hallerin Uygulanması

3.7.1. Genel Olarak

Somut cezanın belirlenmesinde önemli aşamalardan bir tanesi de olayda mevcut nitelikli hallerin uygulanmasıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince ve aynı zamanda TCK m. 61/10'a göre kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir olduğundan 5237 sayılı TCK'da cezada artırım veya indirim yapılmasını gerektiren nitelikli haller açıkça gösterilmiştir. Bu kuralın tek istisnasını failin lehine bir durumu oluşturması ve cezanın bireyselleştirmesine hizmet etmesi nedeniyle TCK m. 62'de düzenlenen takdiri indirim nedenleri oluşturmaktadır²⁴¹.

5237 sayılı TCK'nın 61/4. maddesine göre; bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce artırım sonra indirim yapılır. Bu artırım ve indirim nedenleri, kanunda açıkça belirtilmiş olan ve suçu etkileyen haller olarak adlandırılmakla birlikte; kurucu unsurlara eklenen, suçun daha ağır veya hafif sayılmasını sağlayarak cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren, yokluklarıyla suçun varlığına zarar vermeyip varlıklarıyla da suçun hukuki niteliğini değiştirmeyen nedenler olarak tanımlanabilir²⁴². Zira suçun hukuki niteliğini değiştiren bir nedenin söz konusu olması durumunda artık nitelikli halden söz edilemez. Örneğin; kendisine saklaması amacıyla devredilmiş bir malı elinde bulunduran ve bu maldan devir amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, kamu görevlisi sıfatını haizse artık güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m.155) değil zimmet suçundan (TCK m.247) bahsedilecektir. Bu durumda dönüştürücü unsur olan "kamu görevlisi olma" durumu bir nitelikli hal kabul edilemeyecektir²⁴³.

²⁴⁰ Koca, M., Üzülmöz, İ. (2018). *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler* (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 260; Özgenç, 2018, 784 vd.

²⁴¹ Üzülmöz, 2006, 218.

²⁴² Yerdelen, 2013, 250.

²⁴³ Demirel, M. (2017). *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 476.

3.7.2. Önce Artırım Sonra İndirim Nedenlerinin Uygulanması Hali

765 sayılı TCK yürürlükte iken somut olayla ilgili olarak yargılamayı yapan hâkim; temel cezayı tespit etmesinin ardından olayda cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren neden bulunuyorsa bu nedenleri temel ceza üzerinden uygulamaktaydı. Bu uygulamaya göre öncelikle nitelikli hallerin hepsi teker teker uygulanacak; bu hesaplama yapılırken elde edilen her sonuç, bir önceki hesaplama sonrası elde edilen sonucun üzerine oranların uygulanması suretiyle elde edilecektir. Cezada artırım yapılmasını gerektiren bütün sebepler bu yöntemle uygulanıp bitirildikten sonra aynı usul ve sıra cezada indirim yapılmasını gerektiren sebepler için de geçerli olacaktır²⁴⁴.

Somut olayda tek bir nitelikli hal bulunuyorsa bunun cezayı artıran veya azaltan bir neden olması önem taşımamaktadır. Ancak olayda hem cezanın artırılmasını hem de azaltılmasını gerektiren neden bulunmaktaysa bu durumda TCK m. 61/4 hükmüne bakmak gerekecektir. Bu madde hükmüne göre, bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırım sonra indirim yapılacaktır. Bu durumda önce olaydaki cezayı artıran nitelikli hal uygulanacak, sonrasında elde edilen ceza üzerinden cezayı azaltan nitelikli hal uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir.

5237 sayılı TCK'da bazı suçlarda, suçun nitelikli şekli tanımlanırken (TCK m. 96/2, m. 149/1) veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin olarak (TCK m. 95/3, m. 98/2, m. 106/2), alt ve üst sınırın gösterilmesi suretiyle cezanın belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu durumda TCK m. 61/4'te belirlenen yöntemin izlenmesine gerek olmaksızın; suçun temel şekline ilişkin hususlarıyla beraber, suçun nitelikli şekline ilişkin hususları birlikte değerlendirilmelidir.²⁴⁵ Bir suç tipinin alt ve üst sınırlı olarak belirlenmiş olan nitelikli hali, özel norm – genel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima ilkesinin görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır. Görünüşte içtima ilkesine göre bir suçun temel şeklinden farklı olarak bazı nitelikli şekillerinin bulunması durumlarında; suçun özel unsurlarını içeren nitelikli şekli, temel şeklinin karşısında özel

²⁴⁴ Yerdelen, 2013, 252.

²⁴⁵ Özgenç, 2018, 878.

norm olarak uygulanacaktır²⁴⁶.

3.7.3. Birden Fazla Artırım veya İndirim Nedeninin Birlikte Bulunması Hali

5237 sayılı TCK'da cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren birden fazla nitelikli halin birlikte gerçekleştiği durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair açık bir düzenleme mevcut değildir. 61. maddenin gerekçesinde "*Maddenin üçüncü fıkrasında, bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halinin gerçekleşmesi durumunda, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli hale göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır*" denilerek kanun koyucunun bu husustaki düşüncesi ortaya konulmuştur. Gerekçeye yansıyan bu husus, maddenin kanunlaşmadan önceki taslağında 3. fıkrada açıkça düzenlenmişken, kanunlaşan metinde birden fazla nitelikli halin birleşmesi durumunda nasıl hareket edileceğini gösteren bu fıkra yer verilmemiştir²⁴⁷.

Cezayı artıran nedenlerin birden fazlası aynı maddenin aynı fıkrasında veya bendinde düzenlenip aynı oranda gerçekleşirse, artırım her bir fıkra sayısı kadar uygulanmayarak yalnızca bir kez uygulanacak; ancak somut olayda birden fazla artırım nedeninin gerçekleşmesinden ötürü alt sınırın üstünde bir artırım gerçekleştirilecektir. Bir kimsenin annesini bıçakla yaralaması sonucunda belirlenen temel cezada tek bir artırım yapılacak ancak yapılan artırım alt sınırın üstünde belirlenecektir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir²⁴⁸.

Birden fazla ağır cezayı gerektiren nitelikli halin aynı olayda birlikte bulunması durumunda her bir nitelikli halin basamaklı cezayı gerektiren şekilde düzenlenmişse, yukarıdaki yöntem uygulanamayacaktır. Bu durumda Yargıtay, 765 sayılı TCK yürürlükteyken verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (İBK), "...sanığın en lehine olacak şekilde uygulama yapılması gerektiği..."ni belirtmiştir. Kanunilik ilkesi ve belirliliğin sağlanması açısından kanunda bu hususla ilgili olarak açık bir düzenleme

²⁴⁶ Üzülmmez, 2006, 219.

²⁴⁷ Koca/Üzülmmez, 2018, 647.

²⁴⁸ "Eşi olan mağduru silah kabul edilen çatal ve kaşık fırlatarak yaralayan sanığın ... birden fazla nitelikli hal ile yaralama suçunu işlediği, bu nedenle 86/2 uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerektiği..." Yargıtay 3. CD. 02.12.2013. 9204-43261; "Sanığa eşini bıçakla kasten yaralama suçundan dolayı verilen 10 tam gün karşılığı adli para cezasının 86/3 uyarınca yalnızca bir kez yarı oranında artırılabilmesi düşünülmeden, maddenin iki kez uygulanması suretiyle ceza tayini..." Yargıtay 2. CD. 31.10.2006, 9162-17224. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

yapılıncaya kadar somut olayın sanığın en lehine olan haliyle yorumlanması isabetli olacaktır²⁴⁹.

Bazı suç tiplerinde nitelikli haller gruplandırılmış; bunlardan bazıları için basamaklı ceza öngörülürken, bazılarında da ceza artırımı oransal olarak yapılmıştır. Bu gibi suçlarda öncelikle ceza artırımının alt ve üst sınırlar arasında belirlendiği nitelikli hal esas alınmalı, bu madde üzerinden TCK m. 61/1'de sayılan hususlara göre temel ceza belirlendikten sonra diğer nitelikli halde öngörülen oransal artırım yapılmalıdır²⁵⁰.

Durumu bir örnekle ele almak gerekirse; TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından, cinsel amaçla, silahla ve cebir kullanılarak işlenmesi durumu incelenebilir. Madde hükmü incelendiğinde fiilin cebir ile işlenmesi ikinci fıkrada basamaklı ceza ile düzenlenmiştir. O zaman ceza ikinci fıkraya göre belirlenecek, sonrasında üçüncü fıkradaki silahla işleme ve birden fazla kişi tarafından işleme oransal ceza artırımını öngören nitelikli halleri aynı fıkrada düzenlendiğinden tek bir artırım yapılarak temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılacaktır. Bu durum, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar için de geçerlidir. Örneğin, yaralanma fiili sonrasında mağdurun vücudunda kemik kırığı meydana gelmiş, aynı zamanda hayati tehlikesi oluşmuş ise fikri içtima kurallarına göre uygulama yapılarak en ağır suçtan ceza verilecek ancak temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılacaktır. Yapılan artırma veya eksiltmeler, bir önceki artırma veya eksiltme üzerinden yapılır²⁵¹.

3.8. Cezanın Belirlenmesine Etki Eden Diğer Haller

3.8.1. Genel Olarak

TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hususlar dikkate alınarak belirlenen temel ceza üzerinden varsa olası kast ve bilinçli taksir artırım veya indirimlerinin yapılması, ardından nitelikli hal hükümlerinin uygulanmasıyla artık sonuç cezayı belirleme aşamasına geçilecektir. TCK m. 61/5'e göre bu aşamaya kadar belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş

²⁴⁹ YİBK, 14.12.1955, 19-28. (bkz. Zafer, 2016, 547).

²⁵⁰ Koca/Üzülmez, 2018, 648.

²⁵¹ Artuç, 2016, 61; Üzülmez, 2006, 219.

küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir²⁵².

765 sayılı TCK'da temel ceza üzerinde önce artırım sonra indirim yapılmakta, son olarak ise sırayla yaş, akli halet, takdiri hafifletici sebepler ve tekerrür uygulanmaktaydı (765 s. TCK m. 29/5). 5237 sayılı TCK'da tekerrür, cezayı artıran bir sebep olarak düzenlenmemiştir, bu nedenle tekerrür kurumu cezanın belirlenmesi aşamasında değil cezanın infazı aşamasında dikkate alınacaktır (TCK m. 58/6-7-8, CGTİHK m. 108). Bu durum TCK m. 61'in gerekçesinde "*Tekerrür, cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak görülmediği için, cezanın belirlenmesi açısından tasarıda benimsenen sıralamada yer alan tekerrür çıkarılmıştır*" şeklinde açıklanmıştır²⁵³.

Hukuka uygunluk nedenleri, yalnızca haksızlığa etki eden nedenler olup fiilin tamamen hukuka uygun hale gelmesine ve bu anlamda haksızlığın tamamen ortadan kalkmasına sebep olurlar. Dolayısıyla meşru savunmada bulunan kişinin hareketinin haksızlığından bahsetmek mümkün olmayacak, hakkında beraat kararına hükmolunan kişi ile ilgili bir yaptırım gündeme gelmeyecektir²⁵⁴.

3.8.2. Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesine göre kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Buna göre fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir²⁵⁵.

Teşebbüsün ceza sorumluluğuna etkisi 35. maddede düzenlenmiş olmasına karşın cezanın belirlenmesinde teşebbüsün dikkate alınacağı yer 61. maddenin beşinci

²⁵² Ayrıntılı bilgi için (bkz. Üzülmöz, 2006, 222.)

²⁵³ Gökçen/Yenidünya, 2008, 341.

²⁵⁴ Demirel, 2017, 480.

²⁵⁵ Akdovan, E., Çiftcioğlu, C. T. (2015), "Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs". *Fasikül Hukuk Dergisi*. 7 (67), 21.

fıkrasında düzenlenmiştir. Bir suç teşebbüs aşamasında kaldıysa TCK m.61/1'deki ölçütlere göre tamamlanmış suça ilişkin temel ceza belirlenecek, ceza üzerinden nitelikli hallere ilişkin artırım ve indirim uygulandıktan sonra teşebbüs nedeniyle m.35/2 hükmü kapsamında indirim yapılacaktır²⁵⁶. Teşebbüs hükümlerinin uygulanma sırası ile ilgili olarak Yargıtay kararları mevcuttur²⁵⁷.

Özgenç'e göre, suçun işlenmesiyle meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı 61. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınan bir ölçütü oluşturmaktadır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığında, temel cezanın belirlenmesinde tamamlanmış suça özgü olarak kullanılan bu ölçüt dikkate alınmayacaktır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığı için meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak TCK'nın 61. maddesinin beşinci fıkrasına ön gelen fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden 35. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen miktar veya oranlarda indirim yapılacaktır; aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur²⁵⁸.

3.8.3. İştirak

Teşebbüsten sonra ikinci sırada uygulanacak olan TCK'da faillik ve şeriklik kurumlarıyla düzenlenen başlık, iştirak başlığıdır. Müşterek faillik, müstakil faillik ve dolaylı faillik şeklinde üç alt başlıktan oluşan faillik kavramı, TCK'nın 37. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur²⁵⁹.

²⁵⁶ Üzülmüş, 2006, 222.

²⁵⁷ "Teşebbüs hükümlerinin silah nedeniyle yapılan artırımdan sonra uygulanarak 5237 sayılı TCK m. 61/5'e aykırı davranılması..." Yargıtay 4. CD. 27.03.2007, 32-2797. Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD. 10107-812 (Artuç, 2016, 63: 116)

²⁵⁸ Özgenç, 2018, 483. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için (bkz. 2.5.2.1.5. Meydana Gelen Zarar ve Tehlikenin Ağırlığı)

²⁵⁹ "Müşterek faillik, suçun birden fazla suç ortağı tarafından "birlikte suç işleme kararına bağlı olarak" ve "fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmak suretiyle" müştereken gerçekleştirilmesidir. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı "fail" statüsündedir. Müşterek faillerin hareketleri bir bütün olarak adeta tek kişinin fiili gibi değerlendirilir. Bu nedenle müşterek faillerin her biri kanunda o suç için öngörülmuş temel ceza ile cezalandırılmalı, ancak bu ifadeden müşterek faillerin mutlaka aynı miktarda ceza ile cezalandırılmalarının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Kusurun ağırlığı, amaç ve saik gibi faille göre farklılık gösteren kriterlere dayanılarak her bir fail yönünden temel cezanın farklı şekilde belirlenmesi mümkün ise de, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı gibi her fail için geçerli ortak kriterlere dayanılarak temel cezanın farklı şekilde belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi çelişkiye de neden olacaktır." Yargıtay CGK. 16.09.2014, 577-381. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

Kanunda düzenlenmiş bazı suç tiplerinde suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (TCK m.106/2). Suçun müşterek faillik ile işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmediği hallerde bu durumun temel ceza belirlenirken TCK m. 61/1-a kapsamında suçun işleniş biçimi başlığı altında değerlendirilmesi mümkündür²⁶⁰.

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Yani dolaylı fail, işlettirdiği suçun cezası neyse aynı ceza ile cezalandırılacaktır. Eğer dolaylı fail, kusur yeteneği olmayan kişileri suçun işlenmesinde araç olarak kullandıysa cezası, üçte birden yarısına kadar artırılacaktır²⁶¹.

Azmettirme ve yardım etme alt başlıklarından oluşan şeriklik kavramı ise TCK'nın 38. ve 39. maddelerinde düzenlenmiştir. Azmettirme başlığını taşıyan 38. madde hükmüne göre, başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Eğer azmettiren üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzu kullanılmak suretiyle suça azmettiriyorsa, cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, TCK'nın 38. maddesinin ikinci fıkrasına göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

Şerikliğin ikinci şekli olan yardım etme ise TCK m.39 hükmüne göre; kişiyi suç işlemeye teşvik etmek, kişinin suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra kişiye yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda kişiye yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve son olarak suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında kişiye yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak şeklinde karşımıza çıkabilir (TCK m. 39/2). Yardım eden konumundaki şerikin ne şekilde cezalandırılacağı da yine 39. madde hükmünde düzenlenmiştir. Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla kadar; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilecektir. Diğer hallerde ise cezanın yarısı indirilir, ancak bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

²⁶⁰ Koca/Üzülmez, 2018, 651.

²⁶¹ Karabeyeser, (2015). "Suça İştirak". *Terazi Hukuk Dergisi*, 10 (110), 62; Kaptan, E. (2014). "Ceza Hukukunda Suça İştirak". *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(96), 38.

Şeriklerin sorumluluğunun kasten veya hukuka aykırı bir fiilin varlığına bağlı tutulması minvalinde sınırlı bağlılık kuralı; failden şerike etki edecek hususların haksızlık alanı ile sınırlı olmasına yol açacak, şerikin sorumluluğunun kendi davranışı ve şahsından kaynaklı durumlar yanında büyük ölçüde failin haksızlığı üzerinden belirlenmesine sebebiyet verecektir. Kısacası sınırlı bağlılık kuralına sahip TCK'da, sadece haksızlığa etki eden nedenlerin diğer suç ortaklarına etki etmesine müsaade edilerek diğer nedenlerin etki etmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. O zaman sınırlı bağlılık kuralı gereğince hukuka uygunluk nedenleri diğer suç ortaklarına sirayet edecekken, kusuru azaltan veya kaldıran nedenler sirayet etmeyecek ve tüm suç ortakları kendi sorumluluğundan mesul olacaktır²⁶².

İki müşterek failden biri bakımından cezaya etki eden nitelikli hal söz konusu olduğunda ancak bu neden diğer failde bulunmadığında, faillerden biri nitelikli halden sorumlu olacakken, diğeri nitelikli hale yardım eden ve suçun temel şekline göre ise fail olarak sorumlu tutulacaktır. Failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince bu kişi yalnızca suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulacaktır. Nitelikli hallerin müşterek faillerden şeriklere sirayetiyle ilgili yerinde kararlar veren Yargıtay, aynı şekilde şeriklerden kaynaklanan şahsi nedenlerin diğer suç ortaklarına sirayeti konusunda isabetsiz kararlar verebilmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 01.07.2009 tarih ve 5808-4145 sayılı kararında azmettiren kaynaklı olan kan gütme saikine ilişkin nitelikli halin fail hakkında da uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Bu durum TCK m. 40'da düzenlenen bağlılık kuralının yapısına kesin aykırılık teşkil etmektedir. Cezaya etki eden nedenlerin sirayeti ancak failden şerike mümkündür²⁶³.

3.8.4. Zincirleme Suç

Somut olayda var olduğu anlaşılıyorsa, TCK'nın 61. maddesinin beşinci fıkrasına göre iştirak hükümlerinin uygulanmasından sonra elde edilen sonuç ceza üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerine göre; bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda tek bir cezaya hükmedilecek, ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

²⁶² Demirel, 2017, 503-504.

²⁶³ Demirel, 2017, 511 vd.

Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılıp, bu nedenle somut olayda suçun temel şekli ile nitelikli şekli birleşmişse, nitelikli hale göre ceza verilerek bu cezanın zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekmektedir. 43. maddenin ikinci fıkrasına göre, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkradaki oranlarla ceza artırımı yoluna gidilecektir.

Bazı suç tipleri bakımından farklı neviden fikri içtimanın varlığına rağmen en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının belirli bir oranda artırılması öngörülmektedir. Örneğin, TCK m. 297’de düzenlenen “İnfaz Kurumuna Veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak” başlıklı madde hükmünde; infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç oluşturduğu takdirde; fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek cezanın yarı oranında artırılacağı gösterilmiştir. Farklı neviden fikri içtima ile ilgili olarak cezalardan en ağırının belli bir sınıra kadar artırılması konusunda yeni bir düzenleme ile hakime takdir yetkisinin tanınması durumunda, TCK maddelerinde özel düzenlemeler yapılmasına da gerek kalmayacaktır²⁶⁴.

Farklı neviden fikri içtimada cezaların belirlenmesi bakımından en ağır cezanın nasıl tespit edileceği sorunu incelenecek olursa; öncelikle suçların cezaları farklı türden ise, yani biri hapis diğeri adli para cezasını gerektiriyorsa, nitelik itibariyle en ağır ceza olan hapis cezasını gerektiren suçtan sorumlu tutulacaktır. Cezalar aynı türde fakat farklı miktarlarda olabilir. Bu durumda her iki suç tipi açısından da m. 61 uygulanarak ayrı ayrı somut cezalar tespit edilmeli ve sonucunda hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa fail o suçtan sorumlu tutulmalıdır²⁶⁵.

3.8.5. Haksız Tahrik

İşlenen fiil haksız bir tahrikin meydana getirdiği öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalınarak işlenmişse bu suç bakımından TCK’nın 61. maddesindeki sıraya göre belirlenmiş ceza üzerinden 29. madde hükmünde öngörüldüğü şekilde haksız tahrik

²⁶⁴ Göktürk, N. (2013). *Fikri İçtima (Suçların İçtimai)* (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 264-265.

²⁶⁵ Göktürk, 2013, 266.

indirimi yapılacaktır. Bu madde hükmüne göre haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası, müebbet hapis cezası yerine ise on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilecektir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı haksız tahrikin kusurluluğa etkisi dikkate alınarak indirilecektir²⁶⁶.

3.8.6. Yaş Küçüklüğü

Cezanın belirlenmesini etkileyen iki adet yaş grubu bulunmaktadır. TCK m. 31/2'ye göre; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olan on iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında; işledikleri suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Buna karşılık süreli hapis cezalarında 61. maddeye göre belirlenen cezaların yarısı indirilecek ve bu halde her fiil için verilecek olan hapis cezası yedi yıldan fazla olamayacaktır²⁶⁷.

TCK m. 31/3'e göre ikinci yaş grubu fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup, on sekiz yaşını doldurmamış olan kişileri kapsamaktadır. Bu yaş grubuna dâhil olan küçüklerin işlemiş oldukları suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Buna karşılık süreli hapis cezalarında 61. maddeye göre belirlenen cezaların üçte biri indirilecek ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamayacaktır²⁶⁸. TCK m.33'e göre fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan yaş küçüklerine ilişkin hükümler, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan yaş küçüklerine ilişkin hükümler ise, on sekiz yaşını

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için (bkz. Üzülmöz, 2006, 225)

²⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için (bkz. Özyayın, Ö. (2010). "Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü". *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2(5), 47)

²⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için (bkz. Polat, H. (2010). "Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılanmalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 23(90), 79; Koparan, M. (2006). "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler)". *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(2), 38)

doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.

3.8.7. Akıl Hastalığı

5237 sayılı TCK m.32/1'deki düzenlemeye göre akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak kişinin işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan akıl hastalığı sonuç cezanın belirlenmesinde etkilidir. Bu kişilerin işlediği suçlarda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl hapis cezası, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilecektir. Buna karşılık süreli hapis cezalarında 61. maddeye göre belirlenen ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir²⁶⁹.

3.8.8. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler; şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Suçun işlendiği sırada mevcut olan ve cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplere şahsi cezasızlık sebepleri adı verilmektedir (Örn. m.167, m.273/1). Suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan ve cezayı kaldıran sebeplere de cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler adı verilir. Etkin pişmanlık halleri (m. 93, m. 110, m. 168) veya azmettirenin belli olmadığı durumlarda azmettireni ortaya çıkaran fail hakkında yapılması öngörülen indirim (m.38/3) kanunda düzenlenen ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebeptir²⁷⁰.

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin yer aldığı TCK m 167 hükmünün gerekçesinde "... Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir" ve "... İzlenen suç politikası nedeniyle aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunanların birbirlerinin malvarlıklarına karşı işlemiş buldukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir." ifadelerine yer verilerek bu iki nedenin

²⁶⁹ Koparan, 2006, 37.

²⁷⁰ Baki, E. (2016). "Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1 (2), 48; Üzülmüş, 2006, 227.

de haksızlığa veya failin kusuruna etkisi olmayan nedenler olduğu belirtilmiştir²⁷¹.

3.9. Hapis Cezasının Hesaplanması

Somut cezanın belirlenmesi amacıyla önceden kararlaştırılmış kurallar dikkate alınarak yapılan aritmetik işlemler sonucunda cezalar hesaplanacaktır. Bu hesaplama TCK'daki düzenlemelere uygun olarak hem hapis cezasının hesaplanmasında hem de adli para cezasının hesaplanmasında kullanılacaktır²⁷².

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin 6. fıkrasında hapis cezalarının hesaplanması, aynı maddenin 8. fıkrasında ise adli para cezasının hesaplanması düzenlenmiştir. Hapis cezasının hesaplanması işlemi özü itibariyle daha geniş ve sonuca yönelik bir eylem olsa da çalışmamızın konu bütünlüğünü sağlayabilmek amacıyla cezanın belirlenmesi başlığı altında incelenmesi uygun görülmüştür.

Hapis cezasının hesaplanmasıyla ilgili olarak TCK'nın 61. maddesinin altıncı fıkrasında "*Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere gün, ay ve yıl birimleri hariç, örneğin saat veya hafta birimi kullanılarak cezanın belirlenmesi mümkün değildir²⁷³.

Sonuç ceza belirlenirken hesaplama sonucu yıl kavramının altına düşen cezalar ay kavramıyla, ay kavramının altına düşen cezalar ise gün kavramı ile ifade edilebilecekse de 61. maddenin altıncı fıkrasına göre gün kavramının altına düşen cezalar hesaplamada dikkate alınmayacaktır. Kanunda o suç karşılığı hükmedilecek cezanın yıl kavramıyla belirlenmesi hususuna karar verilmesine rağmen bir yılın 12 ay olması sebebiyle 12 ay hapis cezasına veya bir ayın 30 gün olması sebebiyle 360 gün hapis cezasına hükmedilmesi mümkün değildir²⁷⁴.

²⁷¹ Demirel, 2017, 482.

²⁷² Kumbasar, 2006, 123.

²⁷³ Öztürk/ Erdem, 2018, 320.

²⁷⁴ İçel vd., 2002, 159-160.

Bir yıldan az olması sebebiyle ay olarak belirlenen temel ceza üzerinden artırım yapılması sonrasında bir yılı aşan miktarda bir cezaya ulaşılmış ise, bu cezaya yine ay birimi ile hükmedilir. Örneğin, temel cezanın 7 ay hapis olarak belirlendiğinde, bunun üzerinden yapılan artırım hesabı sonucu toplam somut ceza 14 ay bulunmuş ise, ceza 1 yıl 2 ay olarak değil, 14 ay olacaktır²⁷⁵.

Temel cezanın yıl olması sebebiyle hapis cezasının hesaplanmasına yıl olarak başlanmış ise, ceza bir yılın altına düşmediği sürece yıl olarak devam edilir. Örneğin, 18 yılın 1/6'sı düşüldüğünde 15 yıl bulunur. Yapılan artırım veya indirim miktarları sonucu cezanın miktarı yılın altına düştü ise; bu miktar ay olarak hesaplanır, işlem hesabı ay üzerinden yapılarak elde edilen sonuç tekrar yıl birimine çevrilir²⁷⁶. Kısacası suçun kanuni tanımında öngörülen temel cezanın yıl olarak belirlenmesi durumunda yapılacak artırım ve indirimler sonrasında sonuç cezanın belirlenebilmesi için yılın aylara, hatta bazen günlere bölünmesi gerekecektir. Ancak sonuç cezaya yine yıl ve ay olarak hükmedilmelidir²⁷⁷. Örneğin hâkimin bir suç karşılığında 1 yıl 6 ay hapis cezası belirlediği ve bu cezada ½ oranında artırım uygulayacağını varsayalım. Bu durumda 1 yılın karşılığı olan 12 ay ile 6 ay toplanılacak, elde edilen 18 ayın ½'si olan 9 ay eklenecek, sonuç ceza 27 ay olarak bulunacaktır. Daha sonrasında bu ceza yıl, ay, gün olarak belirlenecektir. Bu durumda şu soru cevaplanmalıdır; 27 ay olarak belirlenen ceza 2 yıl 3 ay olarak mı, yoksa 1 yıl 15 ay olarak mı ifade edilmelidir²⁷⁸ ? Yargıtay²⁷⁹;

²⁷⁵ "İncelenen dosya içeriğinden; sanığın mağdurlara karşı gerçekleştirmiş olduğu yaralama eylemleri nedeniyle, ayrı ayrı hükmolunan 2 yıl 11 ay 16 gün ve 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezalarının, 765 sayılı TCK'nın 71. maddesi uyarınca toplanarak sonuç olarak 5 yıl 2 ay 6 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır." *Seneden aşağı olmak üzere hükmedilen cezaya içtima sebebiyle zam yapılmak icap ettiği takdirde sonuç cezanın, seneyi aşıya bile ay olarak ifade edilmesi gerektiği,* 13.12.1939 gün ve 25-58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilmiştir. Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanık hakkında... ayrı ayrı hükmolunan 2 yıl 11 ay 16 gün ve 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezalarının... toplanması sonucu 4 yıl 14 ay 6 gün yerine 5 yıl 2 ay 6 gün denilmek suretiyle fazla cezaya hükmolunması, 765 sayılı TCK'nın 30. maddesi ile 13.12.1939 gün ve 25-58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırıdır... " Yargıtay CGK. 05.07.2011, 163-156. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

²⁷⁶ Artuç, 2016, 150.

²⁷⁷ "13.12.1939 gün ve 25/58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenen ilkelere göre, bir yıl veya daha çok cezayı yasal sebeplerle artırmak veya eksiltmek için yıl veya yılların aylara bölünmesi ve bulunan ay tutarının yasal oranlara göre artırılıp veya eksiltmesi gerekmele birlikte, kalan ceza yılı aşarsa, sonuç cezanın yıl, ay ve gün olarak hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 1.C.D. 27.1.1993, 3039-63 (bkz. Kumbasar, 2006, 125:401)

²⁷⁸ Yerdelen, 2013, 331.

²⁷⁹ "TCK'nın 30. maddesine aykırı olarak yaralama suçunun cezanın 2 yıl 12 ay yerine 3 yıl ve toplam cezanın da 2 yıl 14 ay 7 gün yerine 3 yıl 2 ay 7 gün biçiminde belirlenmesi yasaya aykırıdır." Yargıtay 4. C.D. 24.09.2003, 24018-8150 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

bir yılın 365 gün olması ancak 12 ayın 360 gün kabul edilmesinden ötürü sonuç cezanın yılın az, ayın fazla olduğu duruma göre; yani 1 yıl 15 ay olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁸⁰.

Madde metninde kat olarak artırımdan bahsediliyorsa, bahsedilen kat sayısı ile cezanın kendisi çarpılır, bulunacak temel ceza ile toplanır. Örneğin; belirlenen temel ceza 3 yıl ise ve bir kat artırılacağı belirtilmişse, (3x1=3 yıl) temel cezanın üzerine eklenecek miktarı oluşturur. Bu durumda temel ceza olan 3 yıl + eklenecek ceza 3 yıl = 6 yıl olarak bulunur.

Cezayı artıran nitelikli hallerden birden fazlasının aynı maddenin aynı fıkrasında veyahut bendinde düzenlenip aynı olayda gerçekleşmesi halinde, artırımın her bir fıkra sayısı kadar uygulanmayarak yalnızca bir kez uygulanacağı “Nitelikli Hallerin Uygulanması” başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiğinden, burada hatırlatılmasıyla yetinilecektir. Ancak somut olayda birden fazla cezayı artıran nitelikli halin gerçekleşmesinden ötürü alt sınırın üstünde bir artırım gerçekleştirileceği unutulmamalıdır.

3.10. Adli Para Cezasının Belirlenmesi

3.10.1. Genel Olarak

Ceza, suç teşkil eden fiilin karşılığı olarak failin çeşitli hak ve yararlarını etkileyen devletin gösterdiği bir tepkidir. Bu bağlamda cezalar; işlenen suçun niteliğine ve ağırlığına göre, failin yaşam hakkına, hürriyetine, malvarlığına ve şerefine yönelik olabilir. Failin malvarlığına yönelen yaptırım, para cezasıdır²⁸¹.

Türk Ceza Kanunu'nun sistemine bakıldığında kanun koyucunun bütün suç tipleri için tek tip ceza belirlemediği görülmektedir. Bazı suç tiplerinde hapis cezası ve adli para cezası birbirinin seçeneğini oluşturuyorken bazılarında da hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına hükmedilmektedir.

Adli para cezasının hesaplanması esas itibariyle iki biçimde yapılabilmektedir.

²⁸⁰ Yerdelen, 2013, 331

²⁸¹ Artuk vd., 2018, 865.

Bunlar, *klasik para cezası sistemi* ve *gün para cezası sistemi* olarak isimlendirilmektedir. Türk hukukunda 765 sayılı TCK döneminde para cezasının belirlenmesi konusunda klasik sistem kabul edilerek uygulanmıştır. Bu sisteme göre hâkim, kanunda belirlenen sınırlar içerisinde belirli bir miktarı para cezası olarak belirleyebilir. Sistemin üç farklı uygulama biçimi bulunmaktadır. Kanunda para cezasının suç karşılığında sabit bir miktar olarak düzenlenmesi birinci uygulama biçimidir. Bu yöntemde para cezası belirlenirken suçun işleniş biçimi, failin ekonomik durumu gibi hususlar dikkate alınmaz. 765 sayılı TCK'nın 191. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “sair tehdit için alınacak ağır cezayı nakdi otuz liradır” düzenlemesi bu duruma örnektir. İkinci yöntem, kanunda para cezasının alt ve üst sınırlarının gösterilerek hâkime bu sınırlar arasında bir miktarı takdir etme yetkisinin verilmesidir. Örneğin 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “...iki yüz liradan iki bin beş yüz liraya kadar ağır para cezası hükmolünür” düzenlemesi bu yöntemin kanundaki örneklerinden bir tanesidir. Üçüncü yöntemde de para cezasının belirlenmesinde suçtan kaynaklanan zarar veya suçtan elde edilen yarar dikkate alınır. Bu durumda bir üst sınır mevcut olmadığından hâkimin takdir yetkisi de bulunmamaktadır. “Nispi para cezası” şeklinde de adlandırılan bu sisteme 765 sayılı TCK'nın 403. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “... her gram ve küsuru için elli bin lira ağır para cezası verilir” hükmü örnek olarak verilebilir²⁸².

5237 sayılı TCK, ağır ve hafif para cezası sisteminden vazgeçerek adli para cezası olarak isimlendirilen gün para cezası sistemini kabul etmiştir²⁸³. Buna göre adli para cezası; beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir (TCK m. 52/1).

Gün para cezası sisteminin temeli Danimarkalı Carl Torp ile İsveçli Johan Thyrén'in 1910 yılında yayınladığı “Ceza Hukuku Reformunun Prensipleri” isimli

²⁸² Çınar, A.R. (2016). “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(118), 30.

²⁸³ Çolak, H., Altun, U. (2007). “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (69), 327.

kitabında atılmıştır²⁸⁴. Sistem, para değerlerindeki ani düşüş sebebiyle ilk olarak 1921 yılında Finlandiya tarafından benimsenmiştir. Bu sistem; 1931 yılında İsveç, 1939 yılında Danimarka, 1975'te Federal Almanya ve Avusturya tarafından kabul edilerek uygulamaya başlamıştır²⁸⁵.

Adli para cezasının belirlenmesine ilişkin hususlar TCK'nın 61. maddesinin sekizinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre; adli para cezası hesaplanırken, 61. madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur²⁸⁶.

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen bazı suçlarda suçun işlenmesiyle elde edilen yararın kazanç müsadereci (TCK m. 55) hükümleri çerçevesinde müsaderecinin yapılamadığı durumlarda, suçtan elde edilen gelirin kişinin yanına kâr kalmaması amacıyla hapis cezasıyla birlikte adli para cezası öngörülmüştür²⁸⁷. Bu durumda, temel ceza olarak bu iki yaptırım esas alınmalı, artırma ve eksiltmeler de her iki ceza üzerinden ayrı ayrı yapılmalıdır. Ancak bu ihtimalde hâkim temel cezayı belirlerken; gerekçe göstermeyerek hapis cezasını üst sınırdan, adli para cezasını alt sınırdan veya hapis cezasını alt sınırdan, adli para cezasını üst sınırdan tayin edilemez. Hapis cezasının alt sınırdan belirlenmesine rağmen adli para cezasının gerekçesiz olarak alt sınırdan ayrılarak belirlenmesi Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmektedir²⁸⁸.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi 26.04.2006 tarih ve 3585/6140 sayılı kararında bu durumu "*Sanığın üzerinde ele geçirilen toplam uyuşturucu madde miktarı ve 188/3. madde gereğince hapis cezasının alt sınırdan tayin edildiği gözetilmeden, sebepleri de belirtilmeyerek sadece 61. maddeye yapılan yollamayla ve takdire, adli para cezasının*

²⁸⁴ Artuk vd., 2018, 872.

²⁸⁵ Çınar, 2016, 30.

²⁸⁶ Denizhan, H. (2006a). "Adli Para Cezaları". *Adalet Dergisi*, Sayı (97), 98.

²⁸⁷ Üzülmüş, 2006, 216.

²⁸⁸ "...Sanık hakkında temel hürriyeti bağlayıcı cezada alt sınırdan tayin edilmesine karşın, hürriyeti bağlayıcı ceza yanında tayin olunan adli para cezasının farklı gerekçe göstermeksizin alt sınırın üstünde tayini suretiyle çelişkiye düşülmesi ..." Yargıtay 8. CD. 30.09.2014, 16510-21315. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) , "...Özgürlüğü bağlayıcı cezada takdire dayanılarak alt sınırdan belirlenmesine karşın gerekçe gösterilmeden gün karşılığı adli para cezasının alt sınırın üstünde belirlenmesi..." Yargıtay 4. CD. 31.01.2011, 22629-604. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

alt sınırın çok üzerinde tayini kanuna aykırıdır” şeklinde ifade etmiştir²⁸⁹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.06.2007 tarih ve 108-152 sayılı kararında, kanunda hapis cezasıyla birlikte adli para cezasının da öngörüldüğü suçlarda hâkim tarafından hapis cezasının alt sınırdan tayin edilmesinin mutlaka adli para cezasının da alt sınırdan tayin edilmesini gerektirmediği ancak bu durumun yasal ve dosya kapsamına uygun gerekçelere dayandırılmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir²⁹⁰.

Adli para cezasının hapis cezasına seçenek yaptırım olarak kabul edildiği hallerde aşamalı bir yöntem izlenecektir. Birinci aşamada, fail hakkında hapis cezasına mı adli para cezasına mı hükmedileceği mahkeme tarafından tespit edilecektir. Mahkeme bu tespiti yalnızca suçlunun kişiliğini dikkate alarak yapmalıdır, bu nedenle yapılan tercihin cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birisini oluşturduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Tespit yapılırken TCK m.62’nin ikinci fıkrasında belirtilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra failin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulacaktır²⁹¹.

Eğer mahkeme yaptığı tespit sonrasında fail hakkında hapis cezasına hükmetmeyi kararlaştırdıysa, hapis cezasının belirlenmesine ilişkin usul ve sıra izlenerek sonuç ceza belirlenecektir. Ancak mahkeme kişi hakkında adli para cezasına hükmetmeyi kararlaştırdıysa bu durumda yine 61. madde hükmünün esas alınacağı ikinci aşamaya geçilecektir²⁹². Buna göre, adli para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısı bu madde hükmüne göre belirlenecek ve bu belirlemede hapis cezasının belirlenmesindeki usul ve sıra izlenecektir²⁹³.

Kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilebilir (TCK m. 50/1). Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezaları ise uzun süreli dahi olsalar adli para cezasına çevrilebilirler. Bu hükmün istisnasını bilinçli taksir hali oluşturmaktadır (TCK

²⁸⁹ Gökçen/Yenidünya, 2008, 344.

²⁹⁰ Yargıtay CGK. 19.06.2007, 108-152. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

²⁹¹ Özgenç, 2018, 873.

²⁹² Özgenç, 2018, 873.

²⁹³ “...TCK’da hapis ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlarda temel cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin mükerrer sanıklar dışında ayrıca bir düzenleme yer almadığından, bu ahvalde temel ceza, TCK’nın 61. maddesinde gösterilen kıstaslara göre belirlenmelidir...” Yargıtay CGK, 08.10.2013, 5/1393-412. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 23.05.2019)

m. 50/4). Adli para cezasına çevirme esnasında esas alınacak meblağ, TCK m. 52/2’de belirtilen ve bir gün karşılığı yirmi ile yüz Türk Lirası arasında değişecek olan meblağdır. Bu belirleme yine mahkeme tarafından kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir. Bu değerlendirme sonucunda hesaplanan miktarın, hapis cezasının gün sayısı ile çarpılmasıyla adli para cezası hesaplanmış olacaktır²⁹⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken noktalardan bir tanesi de adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü hallerde hâkim seçimini hapis cezasından yana kullanmış ise, daha sonrasında bu hapis cezasını kısa süreli olmasından ötürü adli para cezasına çeviremeyeceği hususudur (TCK m. 50/2). Hâkim ancak 50. maddede gösterilen kısa süreli hapis cezasına seçenek tedbirleri uygulayabilecektir. Aynı şekilde tekrür halinde, sonraki tarihli suçla ilgili kanun maddesinde seçimlik olarak adli para cezası ve hapis cezası öngörülmüşse artık hâkimin takdir yetkisi bulunmayacak, mükerrer hakkında hapis cezasına hükmetmesi gerekecektir (TCK m. 58/3)²⁹⁵.

3.10.2. Gün Sayısının Belirlenmesi

TCK’nın 52. maddesinin gerekçesine göre adli para cezasına hükmederken hâkim öncelikle suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca ulaşacaktır. 52. madde hükmüne göre adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenecektir²⁹⁶.

Karşılaştırmalı hukukta gün sayısı; Almanya’da beş ile üç yüz altmış ancak içtima halinde üst sınır yedi yüz yirmi gün, Danimarka’da bir ile altmış gün, Avusturya’da iki ile üç yüz altmış gün, Fransa’da azami üç yüz altmış gündür²⁹⁷.

²⁹⁴ Çınar, 2016, 34.

²⁹⁵ Artuk vd., 2018, 881.

²⁹⁶ Bazen kanun adli para cezasının üst sınırını 730 günden fazla belirlemiş olabilir. TCK m. 227’de düzenlenen çocuğu fuhşa teşvik suçu için öngörülen ceza 4 yıldan 10 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıdır. Burada adli para cezasına esas alınacak birim günün alt sınırı 5 gündür, ancak kanunda üst sınır için özel hüküm getirildiğinden üst sınır artık 5000 gün olacaktır. (bkz. Yerdelen, 2013, 337)

²⁹⁷ Çetin, 2012, 85.

İşlenen suçla elde edilen gelir tespit edilerek kazanç müsaderesine hükmedildiği takdirde adli para cezası alt sınırdan belirlenebilecektir. Suçtan elde edilen gelirin miktarının belirlenemediği durumlara özgü olarak hapis cezasıyla birlikte uygulanacak adli para cezasının belirlenmesinde TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasındaki hususlarla birlikte, suçu işlemekle kişinin elde ettiği takdir edilen gelir miktarı da göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre, ilgili suç tipinde belirtilen üst sınır ile adli para cezası için kanunumuzda belirlenen genel alt sınır olan beş gün arasında bir gün tayin edilecektir²⁹⁸.

Adli para cezasının hapis cezasına seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda hapis cezasının aksine adli para cezası alt ve üst sınırlı olarak belirlenmemiştir. Bu nedenle adli para cezası hesaplamasında birim gün sayısı belirlenirken 52. maddedeki beş gün ve yedi yüz otuz günlük genel sınırlar arasından mı, yoksa seçimlik hapis cezasının alt ve üst sınırından mı hareket edilerek belirleneceği sorunu gündeme gelmiştir. 5237 sayılı kanunda başlangıçta bu konuya ilişkin bir düzenlemenin olmaması sonucu ortaya çıkan farklı görüşlere 5560 sayılı kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklikle açıklık getirilmiştir²⁹⁹.

TCK'nın 61. maddesinin dokuzuncu fıkrasında düzenlenen bu değişikliğe göre adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. Örneğin TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun cezası bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. TCK m.49'a göre hapis cezasının alt sınırı bir ay olduğundan 61/9'daki hükme göre bu suçun işlenmesiyle verilebilecek adli para cezasının alt sınırı bir ay, yani 30 gün olarak belirlenecektir³⁰⁰.

Temel ceza olarak belirlenen birim gün sayısı failin ekonomik durumu veya kişiliğine göre değil, işlenen suç ve suçun haksızlık içeriğine göre 61. maddenin birinci fıkrasındaki ölçütler çerçevesinde belirlenecektir. 61. maddenin sekizinci fıkrasına göre adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve

²⁹⁸ Özgenç, 2018, 876.

²⁹⁹ Üzülmüş, 2006, 215-216.

³⁰⁰ Yerdelen, 2013, 338.

bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirme işlemleri belirlenen bu birim gün sayısı üzerinden yapılır ve adli para cezasına esas alınacak sonuç birim gün sayısı bulunur³⁰¹.

3.10.3. Bir Gün Karşılığı Para Miktarının Tespiti

Adli para cezasına esas alınacak sonuç birim gün sayısı belirlendikten sonra TCK'nın 52. maddesinin ikinci fıkrasına göre bir birim günün karşılığı olarak uygulanacak miktar tespit edilir. Madde hükmüne göre bir gün karşılığı olarak belirlenecek adli para cezasının miktarı en az yirmi, en fazla yüz Türk lirası olabilir.

Kanun koyucu ayrıca m. 52/2'de bir gün karşılığı olarak belirlenecek adli para cezasının hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiğini de açıklamıştır. Buna göre bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir. Tespitin işlenen suça veya suçun haksızlık içeriğine değil, suçu işleyen failin ekonomik ve diğer şahsi halleri gözetilerek yapılması bu işlemin cezanın belirlenmesinden ziyade bireyselleştirilmesine hizmet eden bir eylem olduğunu gösterse de, çalışmamızın bütünlüğünü bozmamak amacıyla konunun bu başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

Failin ekonomik ve kişisel durumu hakkında gerekli bilgilerin nasıl belirleneceği kanun koyucu tarafından CMK m.147/1-g maddesine göre, şüpheli veya sanığın ifade veya sorgusu sırasında kendisinden ekonomik ve sosyal durumu hakkında bilgi alınacaktır. CMK m. 191/3-a'da ise sanığın kişisel ve ekonomik durumu hakkında duruşmada kendisinden ayrıntılı bilgi alınması gerektiği vurgulanmıştır. Hâkim bu bilgilere dayanarak bir gün karşılığı para miktarı olarak yirmi ile yüz Türk lirası arasında bir rakam belirleyecektir³⁰².

Doktrinde, para cezalarının malvarlığına yönelik bir yaptırım olması dolayısıyla zengini etkilemeyen, fakiri ise güçlüğü sürükleyen bir yapısının olduğunu ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirten yazarlar mevcuttur. Zengin bir kişi için bu cezayı ödemek bir yaptırım gücü taşımazken, fakir bir insan için çok büyük bir maddi

³⁰¹ Kumbasar, 2006, 58; Yerdelen, 2013, 338.

³⁰² Çetin, 2012, 94.

yük oluşturabilir. Hiçbir malvarlığına sahip olmayan kimseler üzerinde de para cezası yaptırımının etkisiz kalacağından bahsedilmiştir. Ayrıca, aynı suç işleyen iki kişiden maddi durumu iyi olan kişi para cezasını ödeyebilirken diğeri ödeyemediğinden dolayı cezası hapse çevrildiğinde, ekonomik durumları dolayısıyla kişilerin farklı yaptırımlara maruz bırakıldığı öne sürülmüştür³⁰³.

Kanaatimizce bu durum bir gün karşılığı belirlenecek olan miktar aralığının genişletilmesiyle daha hakkaniyete uygun bir hale dönüştürülebilir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda bir gün karşılığı olarak belirlenen bu miktarlar; Alman Ceza Kanunu (StGB § 40) gereğince en az bir en çok otuz bin Euro, İsveç Ceza Kanunu'na göre en az otuz en çok bin Kron, Avusturya Ceza Kanunu'na göre en az dört en çok beş bin Euro şeklindedir.³⁰⁴ TCK m. 52/2'deki yirmi ve yüz Türk Lirası olarak belirlenen bu aralığın da benzer bir şekilde genişletilmesi suretiyle adli para cezalarına suçluların ekonomik durumlarıyla daha orantılı şekilde hükmedilebileceğini düşünüyoruz.

3.10.4. Sonuç Adli Para Cezasının Hesaplanması

Sonuç adli para cezasının belirlenmesi için son aşamada ise bulunan birim gün sayısı ile bir günün karşılığı olarak belirlenen miktar çarpılacak ve hükmedilecek somut adli para cezası tespit edilecektir. TCK m.61/6 hükmüne göre hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk lirasının artakalanı hesaba katılmayacak ve bu cezalar infaz edilmeyecektir.

Mahkeme, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı ayrı ayrı kararında belirtmek zorundadır. Bu zorunluluk TCK'nın 52. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Yargıtay da adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın ayrı ayrı belirtilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir³⁰⁵.

Uygulanacak kanun maddesinde hapis cezasının yanı sıra bir seçimlik ceza

³⁰³ Artuk vd., 2018, 868.

³⁰⁴ Çetin, 2012, 85.

³⁰⁵ "Suça sürüklenen çocuk hakkında verilen hapis cezasının 5237 sayılı TCK'nın 50/1-a maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesi sonucu takdir edilen miktar ile birlikte 5237 sayılı TCK'nın 52/3. maddesi uyarınca adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısının da ayrıca gözetilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." Yargıtay 2. CD. 14.09.2015, 13163-15458 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

mahiyetinde olmak üzere adli para cezasına da yer verilmesi ve adli para cezasının seçilmiş olması durumunda gün olarak belirlenmiş olan bu ceza “gün” olarak bırakılmamalı, mutlaka adli para cezasına çevrilmelidir³⁰⁶.

CGTİHK m. 4’e göre mahkeme kararı kesinleştiği zaman adli para cezasının da infazı gereklidir. Ancak TCK m. 52/4 uyarınca hâkim; failin ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Hükme göre taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Hâkim kararında, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceğini ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğini belirtilir³⁰⁷.

TCK hapis cezasının ertelenmesi kurumunu düzenlemiş ancak adli para cezasının ertelenmesine yer vermemiştir. Bu nedenle adli para cezaları hakkında erteleme kararı verilemez. Dava zamanaşımını düzenleyen TCK m. 66’ya göre adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı sekiz yıldır. Ancak fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle dava zamanaşımına uğrayacaktır (TCK m. 66/2). Ayrıca adli para cezasıyla hapis cezası seçimlik olarak öngörülmüşse zamanaşımının belirlenmesinde hapis cezasının süresi dikkate alınacaktır (TCK m. 66/4)³⁰⁸.

³⁰⁶ “Bıçakla kasten yaralama suçundan sanık hakkında 5237 sayılı kanunun 86/2. maddesindeki seçimlik cezalardan adli para cezasının seçilerek, sonuç olarak 2 ay 15 gün karşılığı adli para cezasının belirlenmesi karşısında bu cezanın 5237 sayılı kanunun 52. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesi gerekir.” Yargıtay 2 CD. 10.10.2007, 13400-12997 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>)

³⁰⁷ Kumbasar, 2006, 57.

³⁰⁸ Artuk vd., 2018, 883-884.



4. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

4.1. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramı

4.1.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın *Yaptırımlar* başlığını taşıyan üçüncü kısmının üçüncü bölüm başlığı *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* olarak isimlendirilmiştir. Ceza yaptırımının failin kişiliğine uydurulmasına cezanın bireyselleştirilmesi denir³⁰⁹. Bu aşamada artık cezanın belirlenmesinde olduğu gibi fiilin değil failin göz önünde bulundurulması söz konusudur³¹⁰.

Kanunun ilgili bölümünde cezanın bireyselleştirilmesi araçları olarak yalnızca takdiri indirim nedenleri ve mahsup düzenlenmiştir. Doktrinde cezanın ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi kurumları da kanunda bu bölümde düzenlenmiş olmasa dahi nitelik itibariyle bir cezanın bireyselleştirilmesi aracı olarak kabul edilerek bu kategori ile bağlantılı incelenmiştir.³¹¹

Cezanın bireyselleştirilmesi; kanunda belirlenen sınırlara riayet edilerek, her somut olayda farklı şekilde ortaya çıkan suç ve suçlunun kişiliğine ceza yaptırımını uydurma eylemi olarak tanımlanabilir³¹².

Cezanın belirlenmesi ceza kanunlarında yer alan tüm cezalar için genel kurallar içeren bir kurumken, bireyselleştirme yalnızca belirli koşulları (takdiri indirim nedenleri, mahsup gibi) sağlayan failer bakımından uygulanabilen bir yapıya sahiptir³¹³. Cezaların bireyselleştirilmesi, kanunda düzenlenen cezaların somut olayda failin kişiliğine uygun hale getirilmesi demek olduğundan aynı tür ve miktardaki cezalar failerin yaşları, sağlıkları, sosyo-ekonomik durumları ve kişilikleri gibi çeşitli

³⁰⁹ Soyaslan, D. (2003). "Cezaların Bireyselleştirilmesi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2), 25; Doğan, K. (2007). "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". *Ceza Hukuku Dergisi*. 4. Ankara, 299.

³¹⁰ Akbulut, B. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, 829.

³¹¹ Özbek vd, 2018, 693; Meran, N. (2007). "Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar". *Adalet Dergisi*. (27), 189.

³¹² Toroslu, 2010, 148; Dönmezer/Erman, 2016a, 575; Kısagün, A. (1962). "Cezanın Ferdileştirilmesi". *Adalet Dergisi*, 11-12, 1100; Ersoy, 2002, 172.

³¹³ Özbek vd, 2018, 693.

durumlara göre farklı sonuçlar doğurabilecektir³¹⁴. Birbirlerinden farklı dinamiklere sahip olan bu iki ceza hukuku kurumunun ayrı başlıklar halinde incelenmesi bu sebeple kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

4.1.2. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramının Ortaya Çıkış Süreci

Cezanın bireyselleştirilmesi kavramı tarihi süreç içerisinde Klasik ve Pozitivist Okul anlayışını savunan yazarlarca geliştirilerek zamanla şimdiki halini almıştır³¹⁵. Bentham, benzer suçların genel olarak aynı ceza miktarına sahip olsalar da aralarındaki farkı sağlayacak bazı şartların var olabileceğinden bahsetmiştir. Beccaria ise cezanın bireyselleştirilmesinin suçluya göre değil, suça göre fiili bireyselleştirme olarak mümkün olduğunu savunmuştur³¹⁶.

Klasik Okulun bu anlayışı Pozitivist Okul tarafından eleştirilmiş ve bu anlayışa sahip olan yazarlar, bireyselleştirmede asıl dikkat edilmesi gereken şeyin suçlunun kişiliği olduğunu ileri sürmüşlerdir³¹⁷. Zamanla cezanın kefaret ve ıstırap işlevi ikinci plana atılmış, suçlunun ıslah edilerek topluma kazandırılması düşüncesi ön plana çıkmıştır³¹⁸.

Bireyselleştirme kurumu tarihi süreci içinde incelendiğinde yargısal bireyselleştirme, kanuni bireyselleştirme, idari bireyselleştirme ve infazda yargı bireyselleştirmesi olarak sınıflandırılabilir. İşlenen suçların miktarının çok ve çeşitli olması ile failerin birbirlerinden farklılığı gibi unsurların varlığı verilecek cezalarda alt ve üst sınırların belirlenip yargının da cezayı belirlerken bu unsurları göz önünde tutarak takdir yetkisini kullanması gerektiği anlayışını doğurmuştur. Yargısal bireyselleştirme olarak isimlendirilebilecek bu durumun amacı faili topluma

³¹⁴ Uslu, 2014, 51.

³¹⁵ Soyaslan, 2003, 30; Tüfekçi, E. (2008). "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 94.

³¹⁶ Aktaş, S. (2009). "Cezalandırmanın Amacı Üzerine". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1-2), 15.

³¹⁷ Veldet, H. (1940). "Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, 29.

³¹⁸ Şimşek, A. (2014). Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62). Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Samsun, 23.

kazandırmaktır³¹⁹. Yargısal bireyselleştirme; takdiri indirim nedenleri, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi araçlarla gerçekleştirilebilir³²⁰.

Kanunların niteliği itibariyle herkes için eşit ve kimse için özel olarak belirlenemeyen genel kurallar olması kanuni bireyselleştirmeye soyut bir nitelik kazandırır³²¹. Verilen cezaların infazını gerçekleştiren mercilerin bu aşamada cezayı failin kişiliğine uydurmasına da idari bireyselleştirme adı verilir³²². Cezaevlerinde suçluların sınıflandırılması ve suçluların kişiliklerine göre farklı iyileştirme rejimlerinin uygulanması ile gerekli koşulları sağlayan suçluların koşullu salıvermeden yararlandırılması bireyselleştirmede kullanılacak araçlardandır³²³. 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu ile cezaların infazı için infaz hâkimlikleri kurulmuştur. Bu adım ile de ceza infazının yargısal bireyselleştirilmesi amaçlanmıştır³²⁴.

Cezaların isabetli olarak bireyselleştirilebilmesi için bazı temel şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Bunlardan ilki suç teşkil eden fiili işleyen kişinin iyi tanınmasıdır. İkincisi ise suç ve suçlu tipinin çokluğu nedeniyle hükmedilebilecek tedbir çeşidinin de çok olması gerekliliğidir. Bu şartların sağlanması hâkime isabetli bir bireyselleştirme için amaçlanan geniş manevra alanını kazandıracaktır. Hâkimin takdir yetkisi keyfi uygulamalara yol açmayacak ölçüde geniş olmalı, bireyselleştirmenin asıl uygulanabileceği aşama olan ve etkili bir bireyselleştirme sonucunu sağlayabilecek olan yargısal bireyselleştirmenin önü açılmalıdır³²⁵.

³¹⁹ Soyaslan, 2003, 27-28; Toroslu, 2010, 148.

³²⁰ Şimşek, 2014, 25.

³²¹ Soyaslan, 2003, 28.

³²² Dönmezer/Erman, 2016a, 285.

³²³ Şimşek, 2014, 25.

³²⁴ Soyaslan, 2003, 29.

³²⁵ Soyaslan, 2003, 41-42.

4.2. Takdiri İndirim Nedenleri

4.2.1. Genel Olarak

Aynı suçu işleyen farklı failerin her birinin kişilik ve karakterleri birbirinden farklıdır. Çeşitli dış ve iç etkenlere bağlı olarak değişen insan karakterinin aynı fiilleri farklı psikolojik, sosyal ve ekonomik etkiler altında işleyebileceği gerçeğini dikkate almadan, yalnızca suç ve suçun maddi yapısı gözetilerek hâkim tarafından bir cezaya hükmedilmesi adalet anlayışına uygun düşmemektedir³²⁶. Bu durumda, insanın kişilik ve karakterinin değişkenliği dikkate alınarak cezalandırmada adaletin sağlanması amacıyla bu cezaları failerin kişisel durumlarına göre bireyselleştirmek gerekecektir. Aynı suçu işleyen her faile verilen ceza aynı olmayacak, somut olayda hâkim, sanığın suçu işlemeden önce veya işlediği sırada etkisinde olduğu psikolojik, sosyal ve ekonomik unsurları göz önünde bulundurarak takdiri indirim nedenlerinin varlığını kabul edebilecektir³²⁷.

Cezanın bireyselleştirilmesine katkı sağlayan en önemli kurumlardan bir tanesi olarak kabul edilen takdiri indirim nedenleri işte bu sebeplerle 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilecek, diğer cezaların altında birine kadar indirilecektir (TCK m. 62/1)³²⁸.

³²⁶ "Bütün suçların gerçekleştirilme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi, failerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinin aynı değildir. Bu nedendir ki, fiil ile karşılığı olan yaptırım arasında bir denge kurulabilmesi ve cezanın bu suretle belirlenebilmesi bakımından hâkime bazı hususları göz önünde bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre hâkim 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre; işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında temel cezayı takdir ederken, "suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki" göz önünde bulunduracaktır. Ancak, fiil ve faillerdeki farklılıklar karşısında, cezanın bu yöntemle takdir edilmesi halinde dahi, yaptırımın tam olarak belirlendiğinden ve bireyselleştirildiğinden söz edilemez. Bu itibarla, cezanın gerek toplum, gerekse fail açısından etkili ve tatminkâr olabilmesi, yasal nedenler dışında da hâkime takdir hakkının verilmesiyle mümkün olabilir..." Yargıtay CGK, 14.12.2010, 205-258. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³²⁷ Ünsal, L. (2002). "Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY madde 59". *Yargıtay Dergisi*, 28(4), 626; Otacı, C. (2006), "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulaması". *Adalet Dergisi*. (26), 168.

³²⁸ "5271 sayılı CMK'nın, "hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları" düzenleyen, 230. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde de "Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir" denildikten sonra, (c) bendinde; "Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve

Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulacak ve takdiri indirim nedenleri kararda gösterilecektir (TCK m.62/2)³²⁹. Söz konusu düzenleme incelendiğinde madde hükmünde “gibi hususlar” ibaresinin olduğu görülmektedir. Bu açıdan incelendiğinde hangi hususların takdiri indirim nedeni olacağı hâkimin takdirine bırakıldığından teoride sınırsız sayıda olduğu söylenebilir. Yapısı gereği şahsidirler; takdiri indirime konu olan neden kimde ortaya çıkmışsa ancak o kişi bu nedenden yararlanacaktır. Bittabi bu neden müştereken gerçekleşmiş ise bu durumda herkes indirimden faydalanacaktır³³⁰.

Takdiri indirim nedenleri 765 sayılı Kanunun 59. maddesinde “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir*” şeklinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenleri, şimdiki düzenlemenin aksine cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde uygulanan son unsur olarak düzenlenmemiştir. 765 sayılı Kanun’un 29. maddesinin beşinci fıkrasında *esbabı muhaffifei takdiriye* olarak adlandırılan takdiri indirim nedenleri, cezanın belirlenmesinde uyulacak sırayı gösteren madde 29’a göre son sırada dikkate alınacak

62'nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi, yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi ...” denilmek suretiyle, ileri sürülen istemler doğrultusunda, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin, cezanın belirlenmesi sırasında mutlaka tartışılması gereken bir unsur olduğu belirtilmiştir. Belirtilen nedenlerle; cezanın belirlenmesi sırasında 62. maddenin değerlendirilip değerlendirilmediği yönünde bir açıklamaya yer verilmeyerek, hükmün bu yönüyle gereksiz bırakılması usule ve hukuka aykırıdır...” Yargıtay CGK, 14.12.2010, 205-258. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³²⁹ “... Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulacak 62. madde uyarınca indirim yapıp yapılmayacağına hâkim tarafından serbestçe takdir edileceğinde kuşku bulunmamakta ise de; bu ifadenin, indirim yapılmasına veya yapılmamasına esas alınan nedenlerin temyiz merciince denetlenemeyeceği şeklinde anlaşılmasında gerekir. Nitekim maddenin son cümlesi, “Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir” şeklinde olup; bu cümle ile 62. maddenin uygulanması veya uygulanmaması açısından yargıca tanınan takdir hakkının “dayanılan nedenler itibarıyla denetlenebilir nitelikte bir takdir hakkı” olduğu anlatılmak istenmiştir...” Yargıtay CGK, 07.07.2009, 62-191. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³³⁰ Şimşek, 2014, 35.

olan tekerrür hükümlerinden önceki aşamada düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da tekerrür, cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmemiştir³³¹.

Kanunda hâkime tanınan yetki, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak cezayı indirme yetkisidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğu çağdaş ceza hukukunda hâkimin takdirıyla cezanın artırılması mümkün değildir³³². Ancak buna rağmen uygulamada sanığın sabıka kaydında geçmiş mahkûmiyetlerinin bulunmasının temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak gerekçelendirildiği kararlar mevcuttur³³³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu takdiri indirim nedenlerinin uygulanma sırasıyla ilgili olarak kanuni sıraya uyulup uyulmadığını denetlemekte, ancak sonuca etkili olmayan hatalı uygulamaları bozma nedeni olarak görmemektedir³³⁴.

Hâkime takdiri indirim nedenleri başlığı altında cezada indirim yapma takdir yetkisinin tanınması hususu öğretilerde bazı eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu durumun kanun koyucuyu hangi hallerde cezada indirim yapılabileceği ile ilgili sınırlandırabileceği söylenirken, hâkimin kanun boşluklarını doldurmak amacıyla adeta bir kanun koyucu haline getirildiği savunulmuştur³³⁵.

Takdiri indirim nedenleri TCK'da ve ceza hükmü içeren yasaların tamamında düzenlenen suçların hepsi hakkında, gerekli koşulların varlığı halinde

³³¹ Yerdelen, 2013, 287; Şimşek, 2014, 71.

³³² Artuk vd., 2018, 904; Ünsal, 2002, 635.

³³³ “Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Hâkimin temel cezayı belirlerken dayandığı gerekçenin TCK'nın 61/1. maddesine uygun olarak, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde kanuni ve yeterli olmalıdır. Öte yandan, sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup TCK'nın 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından... “...Sanığın geçmişte aynı suçtan ve değişik suçlardan çok sayıda sabıkasının bulunması karşısında suç işleme konusundaki kararlı tutumu, uslanmaz kişiliği dikkate alınarak kendisine asgari haddten ayrılmak suretiyle teşdiden ceza tayin edildiği...” gerekçesine dayanılarak... alt sınırdan uzaklaşılmasının isabetsizliğinden bozulmasına...” Yargıtay CGK. 11.02.2014, 105-55; Yargıtay CGK. 05.11.2013, 558-436; Yargıtay CGK. 01.10.2013, 1343-404. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³³⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4.2.1997 tarih ve 21-13 sayılı kararında, 20.05.1957 tarihli ve 1953/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında belirtilmiş olan “bir unsurun bozmaya neden olması için esasa ve sonuca etki eder nitelikte olması gerektiği” kuralına atıfta bulunmuştur. (bkz. Yerdelen, 2013, 287:1185)

³³⁵ Artuk vd., 2018, 394.

uygulanabilecektir. Kanun koyucu, bu konuyla ilgili herhangi bir istisna getirmemiştir³³⁶.

4.2.2. Failin Geçmişi

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde temel cezanın belirlenmesinde kullanılacak unsurlar arasında sayılmış olan failin geçmişi, 5237 sayılı kanunun Hükümet Tasarısı'nda³³⁷ da yine temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan birisi olarak düzenlenmişken, kanunlaşan metinde bir takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiştir³³⁸.

Failin işlediği bu suçtan önce herhangi bir ceza mahkûmiyetinin bulunmaması, suçtan önceki hayatında topluma faydalı işler gerçekleştirmiş bir insan olması gibi etkenler eğer somut olay bakımından failin kişiliğiyle ilgili olumlu bir yargıya varabilecek kadar hâkimin bilgi sahibi olmasına yardımcı oluyorsa; failin kişiliğinin bir göstergesi olarak takdiri indirim nedeni sayılabilir³³⁹. Failin suçtan önceki yaşamında ödüller almış olması, uzun yıllar sürücülük yapmasına karşın hiç kaza yapmış olmaması gibi durumlar da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir. Kumarbazlık, uyuşturucusu bağımlısı olmak, alkoliklik gibi durumların failin geçmişinde yer edinmesi ise indirim nedenlerinin takdirinde aleyhe değerlendirmeye neden olabilir³⁴⁰.

Failin işlemiş olduğu suçların benzerliği ve suça olan eğiliminin fazlalığının tespiti gibi durumların failin geçmişi nedeniyle takdiri indirim yapılmasını engelleyeceği kabul edilebilir. Ancak hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak

³³⁶ Artuç, 2016, 169.

³³⁷ TCK m. 62'nin gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir “...Ayrıca, takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar, maddenin ikinci fıkrasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikte, mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir.” (bkz. Özgenç, 2005, 738)

³³⁸ Koca/Üzülmez, 2018, 655.

³³⁹ Üzülmez, 2006, 229.

³⁴⁰ Özen, 2009, 107; Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 598; Centel, 2001, 365.

bu çerçevede bir araştırma yapmalı, incelediği hususlar sonrasında o duruma özgü olarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermelidir³⁴¹.

4.2.3. Failin Sosyal İlişkileri

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde temel cezanın belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri olan failin sosyal ilişkileri unsuru da 5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedenleri başlığı altında incelenmiştir.

Failin sosyal ilişkileri, fiilin ve kusurun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Çünkü suç iradesini oluşturan ölçütlerin arasında ailevi durum, meslek, yaşam koşulları gibi unsurlar bulunmaktadır. Fail hakkındaki hükmü verecek olan hâkim failin yaşam koşullarının suç iradesini oluşturduğuna kanaat getirebilir. Bu kanaat failin lehine veya aleyhine etki edebilecek olsa da ancak failin lehine etki eden sosyal ilişkileri takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir. Suçun işlenmesi ile hüküm verilmesi arasında failin bir aile kurması, bir işe girmesi, iş arkadaşlarıyla veya aile bireyleriyle ilişkileri, toplumdaki saygınlığı, sağlık durumu, engelli olması gibi sebepler failin lehine değerlendirilerek indirim nedeni yapılabilir³⁴².

Failin sosyal ilişkilerinin takdiri indirim nedenleri içinde sayılmasının eşitlik ilkesi konusunda Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecekse de, 765 sayılı TCK yürürlükte iken failin sosyal ilişkilerinin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması hususunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış, ancak mahkeme davayı reddetmiştir. Mahkeme *“Sosyal durum, objektif ve sübjektif olarak değerlendirilir. Kişinin geliri, öğrenimi ve eğitimi ile mesleği, medenî hali gibi hususlar objektif ve sübjektif değerlendirmenin ölçüleridir. Bu bakımdan suçlunun şahsî ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi halinde cezadan beklenen bu amaca da uygun hareket edilmiş olunacaktır. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez”* ifadesiyle başvuruyu reddini gerekçelendirmiştir³⁴³.

³⁴¹ Yerdelen, 2013, 289.

³⁴² Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 598-599; Üzülmöz, 2006, 229; Özen, 2009, 108.

³⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 20.6.1995 tarihli 1994/92 Esas, 1995/14 Karar sayılı kararı. (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

4.2.4. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışları

Fail suç teşkil eden fiilini gerçekleştirdikten sonra ve bu fiilden dolayı yargılanması sürecindeki davranışlarıyla takdir yetkisini kullanabilecek olan hâkime kişisel özellikleri hakkında ipuçları verebilir, bu ipuçları takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir³⁴⁴.

Failin fiilden sonraki davranışı eğer bu fiiline ve fiilin haksızlık içeriğine ilişkin olarak kişinin iç dünyası hakkında bir sonuç çıkarmaya elverişli ise cezanın bireyselleştirilmesinde etkili bir neden olarak dikkate alınabilir. Örneğin, failin fiilinden kaynaklanan zararı giderebilmek için çaba sarf etmesi, mağdurun zararını gidermesi, mağdurun tedavisiyle ilgilenmesi veya hastane masraflarını karşılaması failin lehine değerlendirilebilecektir³⁴⁵. Ancak dikkat edilmelidir ki kanunda takdiri artırım nedeni değil, takdiri indirim nedenleri kabul edildiğinden failin fiilinden sonraki veya yargılama esnasındaki olumsuz davranışları cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde failin aleyhine olacak şekilde değerlendirilmemelidir³⁴⁶. Bu davranışlar her ne kadar sanığın aleyhine olarak değerlendirilemeyecekse de hâkimin kanaatini etkileyerek fail hakkında takdiri indirimin yapılmaması sonucunu doğurabilecektir³⁴⁷.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise failin fiilinden sonraki davranışının kanunda ayrı bir cezada indirim nedeni olarak düzenlenmiş olması hususudur. Bu

³⁴⁴ "... Somut olay değerlendirildiğinde; davetiye tebliğine rağmen duruşmaya katılmayan, bu sebeple zorla getirilmesine karar verilen, çok sayıda sabıkası olup, cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilen sanık hakkında, yakalandıktan sonra savunmasını tespit eden, tutum ve davranışlarını bizzat gözlemleyen yerel mahkemeye gösterilen; "Sebepleri ve koşulları bulunmadığından sanık hakkında başkaca takdiri ve yasal artırım ve indirim nedenlerinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına" şeklindeki gerekçenin, dosya kapsamı ile uyumlu, denetime elverişli, yasal ve yeterli olduğu kabul edilmelidir..." Yargıtay CGK. 07.02.2012, 273-19. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³⁴⁵ Koca/Üzülmez, 2018, 656-657.

³⁴⁶ Özen, 2009, 109.

³⁴⁷ "Uzun yıllar otobüs şoförlüğü yapması nedeniyle mesleğinin insanların can ve mal güvenliği açısından önemini yakinen bilecek tecrübeye sahip olması beklenen sanığın olay tarihinde kar yağışlı olan hava koşulları ile eğimli, karlı ve buzlu olan zemin koşullarını dikkate almadan içinde onlarca yolcu bulunan kullandığı otobüsü kaydırıp devirmesi, olaydan önce yolcuların kendisine yaptığı uyarıları dikkate almaması, kazada ölen ve yaralananların zararlarını giderme yolunda hiçbir çabasının bulunmaması, alınan bilirkişi raporlarına göre kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğunun tespit edilmesine karşın son savunmasına kadar tüm aşamalarda kusurunun olmadığını belirtip suçu bazı kurumlara yükleme gayretine girişmesi göz önüne alındığında, sanık hakkında "geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama süresinden sonraki davranışlarını" gerekçe göstererek takdiri indirimin uygulanmamasına karar veren yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay CGK. 04.03.2008, 13-41. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

durumda artık failin fiilinden sonraki davranışı her ne kadar lehine de olsa, takdiri indirim nedenleri arasında sayılamayacaktır. Aksi durum mükerrer değerlendirme yasağının ihlal edilmesine sebep olur. Örneğin, suçtan sonra meydana gelen zararın giderilmesi kanunda etkin pişmanlık hükmü olarak düzenlenmişse bu durum artık takdiri indirim nedeni olarak göz önüne alınamaz³⁴⁸.

Uygulamaya bakıldığında failin suçunu itiraf etmesinin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilerek kişiyi ılımlı cezalandırma eğilimini ortaya çıkardığı görülmektedir. Uygulayıcılar suçun fail tarafından ikrarını, failin hatasını anladığının ve yeniden topluma kazandırılmasının bir belirtisi olarak kabul etmektedirler. Centel/Zafer/Çakmut'a göre bu uygulama isabetli değildir. Çünkü suçu itiraf etmek, içerisinde pişmanlık öğeleri bulundurmadığı sürece failin kusurunu azaltmadığı gibi yeniden suç işlemeyeceği konusunda da bilgi vermez. Ayrıca, suçun ikrarının mahkemede olumlu bir intiba uyandıracığını neredeyse herkesin bilmesi, failin suçu itiraf etmesindeki saiki anlamayı zorlaştırır. Bu durum ayrıca kişinin en temel haklarından birisi olan savunma hakkını kullanan sanığın sırf bu hakkını kullanmasından dolayı ve konuşmaması veya suçunu inkâr etmesinden dolayı suçunu itiraf eden kişiye göre daha ağır cezayla karşılaşması sonucunu doğuracaktır. Bunun sonucunda ceza hukuku ve ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerine aykırı bir durum söz konusu olacaktır³⁴⁹.

Özen'e göre itiraf ile ikrar aynı anlama gelmektedir. Önemli olan failin itirafının samimiyeti değil ceza yargılamasının hangi aşamasında ve kanunlarda öngörülen koşullara uygun olarak yapılıp yapılmadığıdır. Eğer kanunlarda öngörülen koşullara uygun bir şekilde gerçekleştirilmişse etkin pişmanlık hükümleri uygulanacak ve TCK m. 61/5'e göre şahsi indirim nedeni olarak kabul edilecektir³⁵⁰.

4.2.5. Failin Geleceği Üzerinde Olası Etkileri

Fail hakkında verilecek hapis cezası veya adli para cezasının infazı kişinin geleceğini etkileyecektir. Fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi veya hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi durumunda dahi bu yaptırımların

³⁴⁸ Yerdelen, 2013, 296; Artuk vd., 2018, 906.

³⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 600.

³⁵⁰ Özen, 2009, 109-110.

failin geleceği üzerinde bir etkisinin olması kaçınılmazdır. Kişinin belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması, müsadere sonucu malvarlığının bir kısmını kaybetmesi, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması gibi durumlar da failin geleceği üzerinde etki doğurabilecek konulardandır. Failin kamu görevini öngörülen ceza nedeniyle kaybedecek olması veya bir kamu kurumunun izniyle icra ettiği mesleğini veya sanatı icra edemeyecek olması gibi haller cezada takdiri indirim yapılırken hâkim tarafından göz önünde bulundurulabilir³⁵¹.

Takdiri indirim nedenlerinin bir şahsi cezasızlık nedeni olmadığı unutulmamalıdır. Çünkü hakkında herhangi bir yaptırıma hükmedilen failin geleceği bu durumdan mutlaka, miktarının az veya çok olmasına bakılmaksızın, olumsuz yönde etkilenecektir. Bu düzenleme ile amaçlanan ceza yaptırımının etkisinin tamamen ortadan kaldırılması değil, takdiri indirim oranı kadar yapılacak bir indirimin failin geleceğinde karşılaşılabileceği olumsuz etkileri azaltıp azaltmayacağı hakkında hâkimin bir karara varmasını sağlamaktır³⁵².

4.2.6. Diğer Nedenler

5237 sayılı TCK'nın 62. madde düzenlemesinde kanun koyucu "gibi hususlar" ifadesini kullanarak takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığını ifade etmiştir.

Bu anlamda kanun koyucunun suçun unsurları ile çatışmaması ve kanunda belirlenmiş indirim sınırlarını aşmaması şartıyla hâkime geniş takdir yetkisi tanıdığını ve hâkimin karşısına çıkan somut olayların özelliğine göre 62. maddede gösterilen örnek ölçütlere benzer kriterler koymak konusunda hâkime serbesti tanıdığını söylemek mümkündür³⁵³. Maddede takdiri indirim nedenlerinin kararda gösterilmesi gerektiği ifade edilmiş ve gerekçenin geçerli olması aranmıştır³⁵⁴.

³⁵¹ Yerdelen, 2013, 301; Üzülmöz, 2006, 230.

³⁵² Özbek vd, 2018, 695.

³⁵³ "... Bu durumda, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurularak 62. madde uyarınca indirim yapıp yapılmayacağına hâkim tarafından serbestçe takdir edileceğinde kuşku bulunmamakta..." Yargıtay CGK. 28.06.2011, 99-145; Yargıtay CGK. 27.09.2011, 122-187. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

"Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak da olayda sanık yararına takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit

Yargıtay, madde 62’de belirtilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerine etkileri gibi hususlar öncelikle tartışılmadan, başka bir sebebe dayanılarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanması veya uygulanmamasına karar verilmesini isabetsiz bulmaktadır³⁵⁵.

Hâkimin takdiri indirim nedeni olarak kabul ettiği hususun o suçun unsurunu veyahut nitelikli halini oluşturmaması, etkin pişmanlık veya şahsi indirim nedenleri gibi cezayı etkileyen sebepler arasında yer almamasına dikkat edilmelidir. Aksi durum mükerrer değerlendirme yasağının ihlaline sebebiyet verecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre kanunun kan gütme geleneğinin silinmesini ve bu geleneğin köklü ve yaygın olduğu yörelerde ortadan kaldırılmasını amaçladığından bahisle kan gütme saikinin cezada takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁵⁶.

4.3. Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi

Kısa süreli dahi olsa hapis cezasına mahkûm olmak, cezanın uyarı fonksiyonunu sağlamış olabilir. Kişi, eğitim düzeyi, sosyal çevresi, kişiliği ve ahlaki terbiyesine rağmen suç işlemiş ve pişman olmuş olabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir. Kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesinin doğurabileceği sakıncaların faydalarından daha fazla olacağı düşüncesiyle kısa süreli

edebilecek konumdaki kişidir. Hâkim; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”nin yanında, her somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemez nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır.” Yargıtay CGK. 31.01.2012, 277-4. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³⁵⁴ Centel/Zafer/Çakmut, 2017, 596.

³⁵⁵ “Sanık müdafinin 24.08.2006 tarihli oturumunda, mahkumiyet halinde sanığın lehine olan maddelerin uygulanmasını talep ettiğinin anlaşılması karşısında ‘failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerine etkileri gibi’ hususlar tartışılmadan nedenleri tespit edilmediğinden denilmek suretiyle yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile sanığın cezasından başkaca indirim yeri olmadığına karar verilmesi...” Yargıtay 8. C.D. 21.05.2007, 10949-3930; “TCK’nın 62. Maddesinde belirlenen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar irdelenip tartışılarak anılan yasa maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken ‘başkaca’ sözcüğü ile yetinilerek indirim yeri olmadığına karar verilmesi...” Yargıtay 4. C.D. 28.04.2009, 2244-8271 (bkz. Şimşek, 2014, 100)

³⁵⁶ Yargıtay CGK. 20.11.1981, 252-395 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekebilir³⁵⁷.

Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilebileceği durumlar 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre kısa süreli hapis cezası; suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre bazı seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Bu yaptırımlar; adli para cezasına çevirmek, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade etmek, suçtan önceki hale getirmek veya tazmin suretiyle tamamen gidermek, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlama amacı ile en az iki yıl süreyle gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmek şeklindedir.

Aynı şekilde; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmak, sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasıyla suç işlenmiş olma halinde; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasıyla belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmak ile mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmak da madde hükmünde sayılan seçenek yaptırımlar arasındadır. Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez. Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, 50. maddenin ilk fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir³⁵⁸.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına

³⁵⁷ Meran, 2007, 189.

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için (bkz. Çolak, H., Altun, U. (2006). "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenek Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (67), 182)

çevrilebilir³⁵⁹. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz (TCK m. 50/4). Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m. 50/5).

Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz (TCK m. 50/6). Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir (TCK m. 50/7).

4.4. Hapis Cezasının Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi, işlediği suç nedeniyle mahkûm olan suçlu hakkında hükmedilen cezanın hükümlünün belli şartlara uyması koşuluyla ertelenmesi ve sonunda mahkûm edildiği cezanın infaz edilmiş sayılmasıyla sonuçlanan bir ceza infaz rejimidir. Suçlunun topluma yeniden kazandırılmasını amaçlayan kurumlardan bir tanesi olan hapis cezasının ertelenmesi sayesinde hükümlü hem kendisi hem yakınları açısından doğabilecek olası zararlardan korunacak, devlet ise cezanın infazından doğan giderlerin önüne geçmiş olacaktır³⁶⁰.

Kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını giderilmesi, suçluyu ön plana alarak cezaların fiile değil faile uydurulması öngörülerek bireyselleştirmeye hizmet eden hapis cezasının ertelenmesi kurumu 765 sayılı TCK'da m. 89-95 arasında düzenlenmekteydi³⁶¹. 647 sayılı CİHK'da yapılan değişikliklerle birlikte uygulanan ertelenme kurumu, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi sonrasında 51. maddede

³⁵⁹ “Yerel mahkeme 2-6 yıl arasında hapis cezası öngörülen TCK'nın 85/1. maddesi gereğince temel cezaı belirlerken “suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, sanığın kusur durumu, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” gerekçesiyle alt haddeden ayrılarak temel cezaı 2 yıl 6 ay olarak belirledikten sonra, sonuç cezaı ... sanığın suçunun taksirli suç olması... şeklindeki gerekçeyle TCK'nın 50/1-a maddesi uyarınca adli para cezasına... çevrilmesinde bir isabetsizlik yoktur.” Yargıtay CGK. 13.05.2014, 676-252. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.05.2019)

³⁶⁰ Özkan, F. (2015). "Hapis Cezasının Ertelenmesi". *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(2), 445.

³⁶¹ Öztürk/Erdem, 2018, 432; Parlar, A. (2015). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme* (2. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi, 257.

düzenlenmiştir³⁶². Madde hükmüne göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir (TCK m. 51/1). Bu koşul ertelemenin mahkeme tarafından yapılması gereken değerlendirmeye ilişkin sübjektif koşuldur. Buna sübjektif liyakat koşulu da denilmektedir³⁶³.

Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir (TCK m. 51/2). Bu madde hükmüne benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 93. maddesinde "*Cezaların tecili kararının infazı hukuku şahsiyenin mahkûm tarafından rızasıyla ifasına veya teminine talik olunabilir*" şeklinde düzenlenmişti. Yeni düzenlemedeki fark bu koşulun hükümlünün rızası aranarak değil, yalnızca hâkimin takdirine bırakılarak düzenlenmiş olmasıdır³⁶⁴.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenecektir (TCK m. 51/3). Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. Bu denetim süresi içinde; bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına veya on sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine mahkemece karar verilebilecektir (TCK m. 51/4). Ayrıca

³⁶² Turhan, F. (2006). "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(3-4), 28.

³⁶³ Denizhan, H. (2006b). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Ertelene Kurumu Üzerine Bir İnceleme". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (65), 230.

³⁶⁴ Denizhan, 2006b, 238.

mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, hükümlünün kötü alışkanlıklardan kurtulması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesi hususlarında hükümlüye öğütlerde bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir (TCK m. 51/5). Yine mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir (TCK m. 51/6). Burada dikkat edilmesi gereken nokta hâkimin takdir yetkisinin denetim altında bulundurma konusunda olmadığıdır. Hâkim hükümlünün denetim altında bulundurulmasına karar vermek zorundadır, takdir yetkisi kapsamında olan kısım bu denetimin süresi ve denetimin yükümlülük belirlenerek veya uzman görevlendirilip görevlendirilmeyerek mi geçirileceğine ilişkindir³⁶⁵.

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir (TCK m. 51/7). Eğer denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirilirse hükümlünün cezası infaz edilmiş sayılır (TCK m. 51/8).

4.5. Mahsup

TCK'nın 63. maddesinde düzenlenen mahsup, sözlükteki anlamı itibariyle *hesap edilmiş, hesaba geçirilmiş* anlamına gelmektedir³⁶⁶. Mahsup aslında bir muhasebe terimidir. Bu kelime ile hesap yapılırken kâğıt üzerinde bir sayının başka bir sayıdan çıkartılması gereği anlatılmak istenir³⁶⁷.

5237 sayılı Kanun'daki düzenlemeye bakıldığında hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlar sebebiyle geçirilmiş sürelerin, hükmolunan hapis cezasından indirileceği; adlî para cezasına hükmedilmesi durumunda ise bir gün karşılığı yüz Türk lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılacağı öngörülmektedir. Maddenin gerekçesinde yer verilen

³⁶⁵ Parlar, 2015, 260.

³⁶⁶ Mahsup. Türk Dil Kurumu güncel Türkçe sözlük içinde. (www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 04.04.2019)

³⁶⁷ Dursun, H. (2016). "Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7), 512.

açıklamalara göre: “Maddeyle, mahkûmun suç nedeni ile şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran örneğin tutuklama gibi hâller nedeni ile geçirilen sürelerin mahkûmiyetten indirilmesi esası benimsenmiştir. Böylece teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkûmiyet süresine mahsup edilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, madde metninde “hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hâller” ibaresi kullanılmıştır. Maddede “hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen” ibaresi yer aldığından hükümlünün mahkûm edildiği suçtan başka bir fiilden dolayı yargılama nedeniyle hürriyetinin sınırlanmış olması hâlinde de mahsubun hangi koşul ile yapılabileceği gösterilmiştir. Tasarıdaki maddenin ikinci cümlesinde yapılan değişiklikte, adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, mahsubun bir gün karşılığı yüz Türk lirası sayılmak suretiyle yapılacağı kabul edilmiştir.”

Bütün bu açıklamaların ışığında mahsup işleminin hükümlü açısından bir hak olarak nitelendirilebileceği ve hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlar nedeniyle geçirilmiş sürelerin mahkûm olunan hapis cezasından indirileceği görülmektedir. 765 sayılı TCK'nın mahsuba ilişkin düzenlemeleri içeren 40. maddesindeki³⁶⁸ “mekufiyet” (tutukluluk hali) kavramının yeni düzenlemede daha isabetli olarak “şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller”³⁶⁹ şeklinde ifade edilmesi mahsup işlemine tabi olacak durumların kapsamını genişletmiş; kişinin tutuklu bulunduğu hal ile birlikte ayrıca

³⁶⁸ 765 sayılı TCK m. 40 “Madde 40 – (1) Hüküm katiyet kesbetmeden evvel vukubulan mevkufiyet ceza mahkumiyetlerinden indirilir. (2) Eğer mahkum hakkında sürgün cezası hükmolunmuş ise bir günlük mevkufiyet üç günlük sürgüne mukabil sayılır. (3) Eğer cezayı nakdi tertip olunmuş ise tenzil, 19. maddede gösterilen hesaba göre yapılır.”

³⁶⁹ “... Ancak 765 sayılı Yasanın 40. maddesindeki mevkufiyet (tutukluluk) teknik anlamda, tutuklama müzekkeresine dayanılarak özgürlüğün sınırlandırılması anlamında dar yorumlanmayıp “bir suç dolayısıyla suçlunun hürriyetinin sınırlandırılması mahiyetinde ve o maksatla geçirdiği süre” şeklinde geniş yorumlanmalı, yasalarda aksine bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, kesin hükümden önce sanığın özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran tüm süreler şeklinde anlaşılmalıdır. ...1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanun’un 63. maddesinde de, hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş sürelerin, hükmolunan hapis cezasından indirileceği hükme bağlanmakla, yargısal kararlarda vurgulanan hususlar yasal bir temele oturtulmuştur...” Yargıtay GCK. 31.01.2006, 4-7. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 04.04.2019)

gözetiminde kaldığı, geçici yakalamaya tabi olduğu, zorla getirildiği ve gözlem altında tutulduğu sürelerin de bu kapsama dâhil olmasını sağlamıştır³⁷⁰.

Hem 765 sayılı Kanun hem de 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre mahsupтан söz edilebilmesi için failin yargılanmasının sonucu mutlaka cezai mahkûmiyet olmalı, bu mahkûmiyet fiilen ve hukuken infaza elverişli olmalıdır. Örneğin sanık hakkında açılan kamu davası sonucunda düşme kararı verilmesi veya sanığın beraatına karar verilmesi durumlarında, infaz edilecek bir ceza bulunmadığından ötürü mahsubun varlığından da söz edilemeyecektir. Şahsi hürriyeti sınırlayan durumlara ilişkin sürelerin ceza mahkumiyetinden mahsup edilebilmesi için bu sürelerin mahsup işleminin yapılacağı suça ilişkin mahkumiyete ait olması gerekmez. Aynı şekilde özgürlüğün kısıtlandığı suç tipi ile mahkûm olunan suç tipinin aynı olması da gerekli değildir³⁷¹.

Mahsup işleminin yapılabilmesi için hükümlülükle sonuçlanan suçun, sanığın şahsi hürriyetinin kısıtlandığı suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmiş olması zorunludur. Örneğin, fail hakkında tutuklandığı suçtan dolayı beraat kararı verilirken, tutuksuz yargılandığı suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmiş ise Yargıtay³⁷²; tutuklu kalınan bu sürenin mahsup edilebilmesi için mahkûmiyetle sonuçlanmış suçun, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlenmiş olmasını aramakta, ancak bu kararların mahkûmiyetten önce verilmiş olup olmamasını önemli görmemektedir³⁷³. O halde, fail hakkında tutuksuz yargılandığı suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesine karşın, tutuklandığı suçtan dolayı beraat kararı verilmiş olması durumunda tutuklu kalınan sürenin mahsubu için, mahkûmiyet kararıyla sonuçlanan suçun bu beraat kararının kesinleşmesinden önce işlenmesi şart olup, mahkûmiyetten önce verilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

³⁷⁰ Arslan, Ç., Kayaççek, M. (2011). *Cezadan Mahsup* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları, 11-13; Yerdelen, 2013, 346.

³⁷¹ Arslan/Kayaççek, 2011, 21-24; Bıyıklı, H. (1983). "Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi". *Yargıtay Dergisi*, 9(3), 276.

³⁷² Yargıtay İBK. 06.03.1940. 5-68 (bkz. Arslan/Kayaççek, 2011, 29:70)

³⁷³ "Tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir..." Yargıtay CGK. 31.01.2006, 4-7. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 04.04.2019)

Şahsın hürriyetinin kısıtlandığı suçtan dolayı verilecek kararın beraat kararı olması şart değildir; ceza verilmesine yer olmadığı kararı, düşme kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı da olabilir³⁷⁴. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 31.01.2006 tarih ve 4-7 sayılı kararında sanığın hürriyetinin kısıtlandığı suçun yalnızca beraat kararıyla sonuçlanması gerektiği konusunda bir yorumda bulunmuştur³⁷⁵.

Mahsup yapılmasına karar verecek yetkili mahkeme, mahkûmiyet hükmüne karar vermiş olan mahkeme olacaktır. Mahsup, infaz aşamasında da dikkate alınabileceğinden kararda bu hususla ilgili bir hüküm bulunmaması eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. İnfaz aşamasında görevli Cumhuriyet savcısı her zaman mahkemeden mahsup ile ilgili bir karar talep edebilir ve bu karara karşı kanun yoluna başvurabilir. Mahsup işlemi hapis cezasından yapılıyorsa, şahsın hürriyetinin sınırlandırıldığı her bir gün, bir günlük hapis cezasına eş değer tutularak yapılacak; bu süreler adli para cezasından mahsup ediliyorsa hürriyetin sınırlandırıldığı her bir gün için yüz Türk lirası olacak şekilde hesaplanacaktır³⁷⁶.

³⁷⁴ Arslan/Kayançiçek, 2011, 28 – 35.

³⁷⁵ “... Mahsuba karar verilmesi için, tutuklu kalınan suçtan dolayı verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç veya suçların işlenmiş olması, tutuklamaya neden olan suçta tutuklu kalınan sürenin ikinci suç nedeniyle verilen cezadan fazla olması veya ikinci suçun beraatla sonuçlanması gerekmektedir. Burada önemli olan husus; mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesi olup bunun da temel nedeni, sanığın daha önceden tutuklu kaldığı süreye güvenerek, yeniden bir suç işlemesine engel olmak düşüncesidir...” Yargıtay CGK. 31.01.2006, 4-7. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 04.04.2019)

³⁷⁶ Arslan/Kayançiçek, 2011, 45-59; Yerdelen, 2013, 347.



5. SONUÇ

Fail tarafından işlenen fiilin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak TCK'nın 61. maddesinde gösterilen sıralamanın izlenmesi sonrasında hâkim tarafından belirlenmesi ve belirlenen bu cezanın söz konusu fiili işleyen failin kişiliğine uygun hale getirilmesi cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi olarak tanımlanır.

Ceza hukukunun ve yaptırım teorisinin en önemli konularından bir tanesi olan bu konu aslında cezanın hangi kurallara göre ve hangi ölçütler dikkate alınarak hesaplanacağını göstermektedir. Çalışmamızın konusu interdisipliner alanı ilgilendiren bir konu olma özelliğini de bünyesinde barındırmasına rağmen, ceza hukuku disiplini, kriminoloji veya sosyoloji hatta psikoloji disiplinleri içerisinde hak ettiği ilgiyi görememiştir.

Türk Ceza Hukukunda cezanın belirlenmesi; ceza türünün belirlenmesi ve faile uygulanacak cezanın türünün seçilmesiyle başlar. Kanunun 61. maddesinin ilk fıkrasında gösterilen temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlar çerçevesinde yapılan belirleme sonrası hâkim, somut olayın koşullarına göre yine 61. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen olası kast indirimi veya bilinçli taksir artırımında bulunacaktır. Yine somut olayda, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerin varlığı halinde 61. maddenin dördüncü fıkrası uygulanarak temel ceza artırılacak veya cezada indirim yapılacaktır. Sonrasında hâkim sırayla; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümlerin somut olayda olup olmadığını inceleyecektir. Belirlenen bu ceza kanun koyucunun hâkime tanıdığı bir yetki olan takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sonucu bireyselleştirilecek, böylece aynı suçu işleyen her faile verilen ceza aynı olmayacaktır. Gerekli şartların sağlanmış olması halinde kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme (TCK m.50) ve hapis cezasının ertelenmesi (TCK m.51) gibi kurumların uygulanması da cezanın bireyselleştirilmesinde etkili olan enstrümanlardan bir tanesidir.

Kaldırılan ölüm cezasının ardından boşluğunu doldurmak amacıyla 765 sayılı Kanun'a eklenen ve 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası çalışmamızda belirtildiği üzere sabit cezalardır. Örnek

verilecek olursa, TCK'nın 82. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli bir halinin gerçekleşmesi durumunda hâkim ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedecektir. Uygulayıcıya cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi açısından hareket alanı bırakmayan sabit cezalar, işlenen fiillerin veya fiili işleyen failerin özelliklerine önem tanımamaktadır.

Kanunumuz kazuistik bir yöntem benimseyerek suçların nitelikli hallerine ve bu nitelikli hallerin karşılığında verilecek cezalara sıkça yer vermiştir. Oldukça ayrıntılı olabilen bu nitelikli haller sıklıkla temel cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlar olarak 61. maddede sayılan unsurlarla örtüşmektedir. Bu örtüşmenin sonuçlarından bir tanesi hâkimin kanun maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenen bu hususu ayrıca temel cezayı belirlerken ele alamayacak olmasıdır. Mükerrer değerlendirme yasağı olarak adlandırılan bu durum, dolayısıyla uygulayıcının cezanın belirlenmesi sürecinde çeşitli özelliklerini inceleyerek fiile ve olayın gerçekleşme şekline göre daha özelleştirilmiş bir değerlendirme yapmasının önüne geçmektedir. Kanun düzenlemesinde daha genel ifadelerin kullanılmasıyla birlikte bu ifadelerin karşılaştıkları somut olaylar çerçevesinde içinin doldurulmasının uygulayıcıya bırakılması, hâkimin olayın özelliklerine daha uygun ve daha ayrıntılı bir inceleme sonucu temel cezayı belirlemesine olanak sağlayacaktır. Bu durum uygulamaya olan güvenin de sağlığına bir kanıt oluşturacak, basmakalıp ifadelerin kullanıldığı gerekçeli kararlar yerine her olay hakkında o olayın nevi şahsına münhasır kararların verilmesinde yardımcı olacaktır.

Cezayı belirleme ve bireyselleştirme sürecini gerçekleştiren kişi hakimdir. Hâkim, hem somut olaydaki fiilin özelliklerine göre hem de failin kişiliği, sosyal hayatı gibi etkenleri dikkate alarak cezayı belirleyecek ve bireyselleştirecektir. Hâkim bu işlemi kanunda öngörülen sınırlara ve ilkelere uyararak, gerekçeli bir biçimde yaptığı sürece o işlemi nasıl yaptığı hususunda özgür olmalıdır. Hâkim, vereceği kararları “vermesi gereken” kararlar olarak düşünerek kendisini uygulamada süregelen bazı kalıplara uydurmaya çalışmak zorunda kalırsa; belirleme ve bireyselleştirmeyle ilgili kanunlarımızda ne kadar çok hüküm olursa olsun, bu hükümlerden beklenen amaç gerçekleştirilemeyecektir.

Özellikle son yıllarda medyanın etkin kullanılması sonucunda kamuoyuna mal olmuş bazı olaylar ve bu olaylar sırasında işlenen suçların hassasiyeti nedeniyle cezanın

bireyselleştirilmesine hizmet eden takdiri indirim nedenlerinin uygulanması, söz konusu olayların içeriğinin kamuoyunca bilinmemesine rağmen bizzat kanun koyucu tarafından kendisine belirli sınırlar içerisinde tanınmış bu yetkiyi kullanan hakimlerin acımasızca eleştirilmesine sebep olmaktadır. Suçlunun “kravat takmasıyla” veya “takım elbise giymesiyle” hakimlerin “iyi hal indirimi” uyguladığına dair kamuoyu ve medya tarafından oluşturulan bu baskı ortamı hakimlerin somut olayda koşulları gerçekleşmiş bu indirimi uygulamaktan çekinmeleri sonucunu doğurabilecektir. Teori uygulamayı oluştursa da uygulama teoriyi şekillendirir. Kanun koyucu tarafından tanınan bu yetki yine kanun koyucu tarafından kaldırabilir. Özellikle toplumun hassasiyetini uyandıran bazı suç tipleri için böyle bir uygulamaya gidilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki amacının yalnızca suçluya işlediği fiilden ötürü kefaret ödetmek olmasından öte suçlunun ıslahının ve topluma kazandırılmasının sağlanması olan modern ceza hukukunda böyle bir uygulamanın yasa yoluyla değil kamuoyu baskısı yoluyla gerçekleştirilmesi adaletsiz sonuçlar meydana getirerek, cezanın bireyselleştirilmesinin önüne geçecektir. Anayasa’ya, kanuna, hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre Türk Milleti adına hüküm veren; hiçbir organ, makam, merci ve kişi tarafından kendisine emir ve talimat verilemez olarak Anayasa’ımızda nitelendirilmiş hakimlerimizin ve diğer yargı mensuplarının çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve iş yükünün olabildiğince azaltılmasının, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamında faile ve fiile uygun cezanın tespitini kolaylaştıracağını düşünmekteyiz.



KAYNAKLAR

- Akbulut, B. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (3. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akdovan, E./Çiftcioğlu, C. T. (2015). “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt (7), Sayı (67), s. 17-31.
- Akyılmaz, G. (2006). “Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 1021-1042.
- Aktaş, S. (2009). “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (8), Sayı (1-2), s. 1-25.
- Albayrak, M. (2009). “Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Adalet Dergisi*, Sayı (33), s. 256-270.
- Aldemir, H. (2006). “Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (1), Sayı (3), s. 31-44.
- Aldemir, H. (2007). “Adli Para Cezası ve İnfazı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (2), Sayı (7), s. 77-85.
- Aldemir, H. (2017). *5560 Sayılı Değişlik Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu*, (2. Baskı), Kartal Yayınları, Ankara.
- Arslan, Ç./Kayanççek, M. (2011). *Cezadan Mahsup*, (1.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Artuç, M. (2016). *Hüküm Kurma Sanatı*, (8. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Artuk, M. E./GÖKCEN, A./ALŞAHİN, M. E. ve ÇAKIR, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Bacaksız, P. (2011). “Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl (6), Sayı (16), s. 82-99.
- Baki, E. (2016). “Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt (1), Sayı (2), s. 27-56.
- Başbüyük, İ. (2017). “Hırsızlık Suçunda Gece Vakti Düzenlemesini Değerlendiren Anayasa Mahkemesi’nin “05.05.2016 Tarih ve 2016/16 Esas Sayılı” Kararına İlişkin Görüşümüz”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt (12), Sayı (34), s. 229-234.
- Beccaria, C. (2010). *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), (2. Baskı), İmge Yayınevi, Ankara.
- Bıyıklı, H. (1983). “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt (9), Sayı (3), s. 272-289.
- Centel, N. (2001). “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, İzmir, s. 337-373.
- Centel, N./ZAFER, H./ÇAKMUT, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (10. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.

- Çetin, S. H. (2012). *Türk Ceza Kanununda Adli Para Cezası*, (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Çınar, A. R. (2005). *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, (1. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara
- Çınar, A. R. (2016). “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (11), Sayı (118), s. 28-40.
- Çolak, H./Altun, U. (2006). “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenek Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (67), s. 163-229.
- Çolak, H./Altun, U. (2007). “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (69), s. 241-338.
- Demirbaş, T. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Demirel, M. (2017). *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (1. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Denizhan, H. (2006a). “Adli Para Cezaları”, *Adalet Dergisi*, Sayı (97), s. 89-106.
- Denizhan, H. (2006b). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (65), s. 214-246.
- Dilberoğlu, A. V. (2018). *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri*, (1.Baskı), USA Yayıncılık, Ankara.
- Doğan, K. (2007). “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı (4), Ankara, s. 276-304.
- Donay, S. (1972). *Para Cezaları*, (1. Baskı), Kervan Yayıncılık, İstanbul.
- Dönmezer, S./Erman, S. (2016b). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım I*, (14. Baskı), Der Yayınları, İstanbul.
- Dönmezer, S./Erman, S. (2016a). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım II*, (14. Baskı), Der Yayınları, İstanbul.
- Dursun, H. (2016). “Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı (7), s. 507-557.
- Ersoy, Y. (2002). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (1. Baskı), İmaj Yayıncılık, Ankara.
- Gedik, D. (1994). “Basamaklı Ceza Sisteminde Temel Cezanın Tayini ve Türk Ceza Kanunu’nun 29/Son Maddesi Üzerine Bir İnceleme”, *Adalet Dergisi*, Sayı (15), s. 360-373.
- Gedik, D. (2010). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler”, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri*, (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara
- Gerçeker, H. (2018). *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, (4.Baskı), Cilt (I), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Gökçen, A./Yenidünya, A. C. (2008). “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt (I), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.339-367.

- Göktürk, N. (2013). *Fikri İctima (Suçların İctimatı)*, (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Günay, M. (2017). “TCK’nın 61. Maddesi Kapsamında Hapis Cezalarının Belirlenmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt (15), Sayı (171), s. 1171-1197.
- Hakeri, H. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (21. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- İçel, K./Sokullu-Akıncı, F./Özgenç, İ./ Sözüer, A./ Mahmutoğlu, F. S. ve ÜNVER, Y. (2002). *Yaptırım Teorisi*, (2. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.
- İçel, K./Donay, S. (2006). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, (5. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.
- İçel, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Yenilenmiş 5. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.

İnternet Kaynakları:

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

www.kazanci.com

www.tdk.gov.tr

- Jescheck, H.H. (2007). *Alman Ceza Hukukuna Giriş - Kusur İlkesi - Ceza Hukukunun Sınırları* (Çev. Feridun Yenisey), (2. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Joecks, W./Miebach, K. (2016). *Münchener Kommentar zum StGB*, CH Beck Yayıncılık, Münih.
- Karabeyeser, S. (2015). “Suça İştirak”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (10), Sayı (110), s. 58-69.
- Karagülmez, A. (2005). *Gün Para Cezası Sistemi*, (1. Baskı), Kartal Yayınevi, Ankara .
- Kaptan, E. (2014). “Ceza Hukukunda Suça İştirak”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (9), Sayı (96), s. 31-41.
- Kısagün, A. (1962). “Cezanın Ferdileştirilmesi”, *Adalet Dergisi*, Sayı (11-12).
- Koca, M./Üzülmez, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (11. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Koca, M./Üzülmez, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (5. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Koparan, M. R. (2006). “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt (1), Sayı (2), s. 17-40.
- Kumbasar, E. (2006). “*Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Kühl, K./Heger, M. (2018). *Strafgesetzbuch Kommentar*, (29. Baskı), CH Beck Yayıncılık, Münih.
- Meran, N. (2006). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesi”, *Adalet Dergisi*, 97(24), s. 78-83.

- Meran, N. (2007). "Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar", *Adalet Dergisi*, Sayı (27), s. 189-193.
- Metin, Y. (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 3-74.
- Nuhoğlu, A. (1997). *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara.
- Otaçlı, C. (2006). "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulaması", *Adalet Dergisi*, Sayı (26), s. 166-125.
- Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, (1. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Özaydın, Ö. (2010). "Türk-Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt (2), Sayı (5), s. 47-52.
- Özbek, V. Ö./DOĞAN, K./BACAŞIZ, P. ve TEPE, İ. (2018), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (9. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özen, M. (2009). "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, Cilt (15), Sayı (1-2), s. 75-120.
- Özen, M. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, (3. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Özen, S. E. (2005). "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl (2), Sayı (6-7), s. 141-159.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özkan, F. (2005). "Hapis Cezasının Ertenilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt (89), Sayı (2), s. 440-469.
- Öztürk, B./Erdem, M. R. (2018). *Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (18. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Parlar, A. (2015). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme*, (2. Baskı), Bilge Yayınevi, Ankara.
- Polat, H. (2010). "Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılanmalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt (23), Sayı (90), s. 64-10.
- Soyaslan, D. (2003). "Cezaların Bireyselleştirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2), s. 25-49.
- Soyaslan, D. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (8. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara.
- Şimşek, A. (2014). "Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun.

- Taneri, G. (2016). “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl (74), Sayı (3), s. 128-168.
- Taşkın, A. (2016). “Mahkeme Kararlarında Gerekçenin Önemi”, *International Journal of Legal Progress*, 1 (2), s. 205-246.
- Toroslu, H. (2008). “Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt (I), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 697-705.
- Toroslu, H. (2010). *Ceza Müeyyidesi*, (1. Baskı), Savaş Yayınları, Ankara.
- Toroslu, N. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (24. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara.
- Tosun, A.N. (2017). “Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (7), Sayı (2), s. 95-104.
- Turhan, F. (2006). “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (10), Sayı (3-4), s. 27-54.
- Turhan, F. (2007). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt (2), Sayı (4), s. 171-196.
- Tüfekçi, E. (2008). “*Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Uğur, H. (2010). “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı (91), s. 300-334.
- Uslu, A. G. (2014). “*Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum.
- Ünsal, L. (2002) “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY Madde 59, *Yargıtay Dergisi*, Cilt (28), Sayı (4), s. 624-655.
- Ünver, Y. (2010). “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (7), Sayı (1), s. 367-375.
- Üzülmez, İ. (2006). “Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (10), Sayı (3-4), s. 203-235.
- Veldet, H. (1940). “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, s. 23-35.
- Yapar, M. E. (2012). “*Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı ve Uygulaması*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Yenisey, F./Plagemann, G. (2015). *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, (Genişletilmiş 2. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Yerdelen, E. (2012). “Çifte Değerlendirme Yasağı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt (20), Sayı (2), s.105-136

Yerdelen, E. (2013). *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara.

Zafer, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, (6. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : KIRLIOĞLU, Gamze
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 19.05.1994 - Vezirköprü
Medeni hali : Bekar
Telefon : 0246 211 0028
e-mail : gamzekirlioglu@sdu.edu.tr



Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Lisans	Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi Uluslararası İlişkiler	2017
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2016
Lise	Isparta Süleyman Demirel Fen Lisesi	2012

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2017-	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce (İleri seviye)
Korece (Temel seviye)
Rusça (Temel seviye)



