

**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUK ANABİLİM DALI**

**CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ**

**Erdal YERDELEN**

**DOKTORA TEZİ**

**Danışman**

**Prof. Dr. Mustafa AVCI**

**Konya-2012**



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUK ANABİLİM DALI**

**CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ**

**Erdal YERDELEN**

**DOKTORA TEZİ**

**Danışman**

**Prof. Dr. Mustafa AVCI**

**Konya-2012**

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	VIII
DOKTORA TEZİ KABUL FORMU.....	IX
TEŞEKKÜR.....	X
CEZANIN BELİRLENMESİ (ÖZET).....	XI
DETERMINATION OF PUNISHMENT (SUMMARY) .....	XIII
KISALTMALAR .....	XV
GİRİŞ .....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK .....	5
II. CEZA .....	6
III. CEZANIN NİTELİKLERİ.....	8
A. Genel Olarak .....	8
B. Cezanın İnsan Haysiyetine Uygun ve Ahlaki Olması.....	8
C. Cezanın Kanun Tarafından Düzenlenmiş Olması.....	10
D. Eşitlik İlkesine Uygun Olması .....	10
E. Cezanın Bölünebilir Olması .....	10
F. Cezanın Adli Hata Durumunda Geri Alınabilmesi .....	11
G. Cezanın Şahsiliği.....	12
H. Cezanın Suçun Ağrlığıyla Orantılı ve Etkili Olması.....	12
İ. Cezanın Devlete Mümkün Olduğunca Az Yük Getirmesi.....	13
IV. CEZA TÜRLERİ.....	13

A. Genel Olarak .....	13
B. Hukuki Özellikleri Bakımından Cezalar .....	14
1. Asli Ceza.....	14
2. Ek Ceza.....	14
C. Hedef Aldıkları Değerler Bakımından Cezalar .....	16
1. Genel Olarak.....	16
2. Ölüm Cezası .....	17
3. Hapis Cezası .....	17
a. Genel Olarak .....	17
b. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası .....	19
c. Müebbet Hapis Cezası .....	22
d. Uzun Süreli Hapis Cezası .....	25
e. Kısa Süreli Hapis Cezası.....	26
4. Adli Para Cezası .....	29
a. Genel Olarak .....	29
b. Klasik Para Cezası Sistemi .....	30
c. Gün Para Cezası Sistemi .....	31
5. Yeni Yaptırım Biçimleri.....	35

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZANIN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK .....	39
II. CEZANIN BELİRLENMESİNİN TARİHÇESİ .....	40
A. Genel Olarak .....	40
B. Batı Hukukunda.....	41
C. Eski Türklerde .....	45
D. İslam ve Osmanlı Hukukunda .....	46

E. Cumhuriyet Döneminde .....	50
III. CEZANIN BELİRLENMESİNDE İLKELER.....	54
A. Genel Olarak .....	54
B. Kanunilik .....	54
C. Kusur İlkesi .....	60
D. Gerekçe Gösterilmesi .....	63
E. Çifte Değerlendirme Yasağı.....	71
F. Eşitlik .....	87
G. Orantılılık .....	89
H. Takdir Yetkisi.....	99
İ. Cezanın amacına uygunluk .....	104
1. Genel Olarak.....	104
2. Öğretide Cezanın amacı.....	105
3. Mevzuatta Cezanın Amacı.....	115
4. Mahkeme Kararlarında Cezanın Amacı .....	116
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZANIN SOMUT BELİRLENMESİ .....	118
A. Genel Olarak .....	118
B. Amerika Birleşik Devletleri .....	119
C. Almanya .....	124
D. Fransa .....	129
E. İtalya.....	132
F. Yunanistan.....	133
G. Diğer Bazı Ülkeler .....	133
V. CEZANIN BELİRLENMESİ TÜRLERİ.....	134
A. Genel Olarak .....	134
B. Cezanın Soyut Belirlenmesi .....	136
1. Genel Olarak.....	136

2.	Cezanın Soyut Genel Belirlenmesi .....	136
3.	Cezanın Soyut Özel Belirlenmesi .....	139
a.	Genel Olarak .....	139
b.	Sabit Cezalar .....	139
c.	Seçenekli Cezalar .....	140
d.	Birlikte Cezalar .....	140
e.	Alt ve Üst Sınırlı Cezalar .....	141
C.	Cezanın Somut Belirlenmesi .....	144
1.	Genel Olarak .....	144
2.	Somut Cezanın Tespit Süreci .....	149
a.	Genel Olarak .....	149
b.	Ceza Çeşidinin Seçilmesi .....	152
aa.	Genel Olarak .....	152
bb.	Tekerrür Durumunda Hapis Cezasını Seçme Zorunluluğu .....	157
cc.	Özel Kanunlardan Doğan Ceza Çeşidini Seçme Zorunluluğu .....	158
c.	Temel Ceza Miktarının Tayini .....	159
d.	Temel Cezanın Tespitinde Kriterler .....	163
aa.	Genel Olarak .....	163
bb.	Fiile İlişkin Kriterler .....	170
aaa.	Genel Olarak .....	170
bbb.	Suçun İşleniş Biçimi .....	171
ccc.	Kullanılan Araçlar .....	180
ddd.	Suçun İşlendiği Zaman .....	185
fff.	Suçun İşlendiği Yer .....	188
ggg.	Suçun Konusunun Önem ve Değeri .....	190
hhh.	Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırılığı .....	195
cc.	Faile İlişkin Kriterler .....	214

aaa. Genel Olarak .....	214
bbb. Failin Kasta Dayalı Kusurunun Ağırlığı .....	215
ccc. Failin Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı .....	222
ddd. Failin Saiki .....	231
eee. Failin Güttüğü Amaç .....	236
e. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Etkisi .....	239
aa. Genel Olarak .....	239
bb. Olası Kast .....	241
cc. Bilinçli Taksir .....	243
f. Suça Etki Eden Nitelikli Hallerin Etkisi .....	244
aa. Genel Olarak .....	244
bb. Önce Artırım Sonra İndirim Nedenlerinin Uygulanması .....	247
cc. Birden Fazla Artırım (veya İndirim) Nedeninin Birlikte Bulunması.....	252
g. Cezaya Etki Eden Diğer Hallerin Uygulanması .....	258
aa. Genel Olarak .....	258
bb. Teşebbüs .....	260
cc. İştirak .....	268
dd. Zincirleme Suç.....	272
ee. Haksız Tahrik .....	274
ff. Yaş Küçüklüğü.....	276
gg. Akıl Hastalığı.....	277
hh. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Kişisel Nedenler .....	278
ıı. Hâkimin Takdir Yetkisiyle Ceza İndirimi .....	280
aaa. Genel Olarak .....	280
bbb. Failin Geçmişi .....	284
ccc. Failin Sosyal İlişkileri.....	289
ddd. Failin Fiilden Sonraki Davranışları .....	290



eee. Failin Yargılama Sürecindeki Davranışları .....	292
fff. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri.....	296
ggg. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri .....	300
hhh. Takdiri İndirimde Geçerli Olan Esaslar .....	301

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CEZALARIN HESAPLANMASI

I. GENEL OLARAK .....	308
II. CEZALARIN HESAPLANMASINDA GEÇERLİ İLKE VE İSTİSNALAR.....	311
A. Genel Olarak .....	311
B. Cezanın alt ve üst sınırını aşma yasağı.....	312
C. Seçenek Cezalardan Hapsi Tercih Etme Durumunda Paraya Çevirme Yasağı .....	315
D. Seçenek cezalardan adli parayı seçme durumunda sınırlara uyma Zorunluluğu .....	317
E. Küçükler ve yaşlılar için kısa süreli hapsi sonuç ceza olarak belirleme yasağı .....	318
III. HAPİS CEZASININ HESABI.....	320
A. Genel Olarak .....	320
B. Ay Olarak Belirlenmiş Hapis Cezasının Hesaplanması .....	322
C. Yıl Olarak Belirlenmiş Hapis Cezasının Hesaplanması.....	323
D. Hapis Cezalarının Toplanması .....	324
E. Kısa Süreli Hapis Cezasını Seçenek Yaptırıma Çevirme.....	325
F. Hapis Cezasının Ertelenmesi.....	327
IV. Adli Para Cezasının Hesabı.....	328
A. Genel Olarak .....	328
B. Para Cezasının Gün Olarak Tayini .....	329
C. Bir Gün Karşılığı Para Miktarının Belirlenmesi .....	331
D. Sonuç Adli Para Cezasının Belirlenmesi .....	332
E. Kararda Gün Sayısı ve Para Miktarının Gösterilmesi .....	332

F. Adli Para Cezalarının Toplanması .....	333
G. Mehil veya Taksitlendirme.....	334
H. Ödenmeyen Adli Para Cezasının Hapis Cezasına Çevrilmesi .....	337
V. MAHSUP .....	338
SONUÇ .....	340
ÖRNEK OLAY .....	354
KAYNAKLAR.....	358



T.C.  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### **BİLİMSEL ETİK SAYFASI**

Bu tezin proje aşamasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

**Erdal YERDELEN**



T.C.  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



**DOKTORA TEZİ KABUL FORMU**

Erdal YERDELEN tarafından hazırlanan “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı bu çalışma ...../...../..... tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği /oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

**Başkan**

**Üye**

**Üye**

**Üye**

**Üye**

## TEŞEKKÜR

Doktora yapmak fikrimin oluştuğu günlerde tanıştığım, mesleki, akademik ve insani açıdan mesafe almamda tarifsiz katkıları olan, hayatımda çok özel yeri bulunan Kıymetli Hocam Sayın Prof.Dr. Mustafa Avcı'ya, emeği, özverisi, yol gösterici yaklaşımı ve engin sabrı için sonsuz teşekkür ederim.

Akademik, idari ve sosyal aktivitelerinin yoğunluğuna karşın, ilgisini, desteğini esirgemeyen, Martin Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesini tanımama vesile olan, tezimle ilgili değerlendirmede bulunan, Kıymetli Hocam Sayın Prof.Dr. M. Hakan Hakeri'ye teşekkürlerimi sunarım.

Martin Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kürsüsü'nn kapılarını açan ve tezimin Alman Hukuku ile ilgili kısmını tamamlamamı sağlayan Sayın Prof. Dr. Hans Lilie ve Dr. Christoph Mandla'ya müteşekkirim.

Türkiye'de cezanın belirlenmesi konusunda ilk kez makale yazan ve bu anlamda çalışmamın başından beri, tecrübesiyle yol gösteren, tezimi kısa sürede okuyarak gerekli düzeltmeleri yapmamı sağlayan Kıymetli Hocam Sayın Doç. Dr. İlhan zlmez'e teşekkür ederim.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku bölümünün kıymetli ğretim üyelerine, özellikle Sayın Doç. Dr. Faruk Bilir, Sayın Yrd. Doç. Dr. Murat Aksan, Sayın Yrd. Doç. Dr. Murat Aydın ve Sayın Arş. Gör. İbrahim lker'e müteşekkirim. Aile dostlarım Sayın Prof. Dr. Zeynep Aslan ve Sayın Yrd. Doç. Dr. M. Hakkı AY'a emeklerinden ve zverilerinden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Akademik ortama adım atmam için cesaret, destek ve moral veren, bu süreçte her zaman yapıcı eleştirileriyle yanımda olan, uygulayıcı gözüyle çalışmamı değerlendiren sevgili meslektaşlarım Sayın Hâkim Dr. Mesut Bilen ve Sayın Hâkim Onur Yerdelen'e teşekkür ederim.

Bu alışma ailenin fedakrlığı olmadan asla yapılamaz. Çalışmam boyunca huzurlu bir ortam sağlayan, her türlü katkıyı veren, her zaman fedakrlık ve sabır gösteren sevgili aileme, yakın çevreme ve dostlarıma sonsuz teşekkürler.



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



<b>Öğrencinin</b>	<b>Adı Soyadı</b>	<b>Erdal YERDELEN</b>	<b>Numarası: 104134001007</b>
	<b>Ana Bilim / Bilim Dalı</b>	<b>Kamu Hukuku/ Ceza Hukuku</b>	
	<b>Danışmanı</b>	<b>Prof. Dr. Mustafa AVCI</b>	
<b>Tezin Adı</b>		<b>Cezanın Belirlenmesi</b>	

### CEZANIN BELİRLENMESİ (ÖZET)

Ceza ve cezalandırmanın amacı sıklıkla bilimsel eserlere konu olmuştur. Türk hukukunda cezanın belirlenmesi konusu, genellikle hukuk normları, somut veriler, içtihatlar çerçevesinde değerlendirilmiştir. Batı Avrupa ve ABD’de ise, hukukçuların yanında, sosyologlar, felsefeciler, kriminologlar bu konuya ilgi göstermişlerdir. Cezanın belirlenmesi disiplinler arası bir konu olarak görülmelidir. Cezanın belirlenmesi sadece somut fiil ve faili ilgilendirmemektedir. Fiilin öncesi ve sonrasındaki fail davranışları çok önemlidir. Belirlenen cezadan, failin yakın ve uzak çevresi de etkilenmektedir. Bu nedenlerle, cezanın belirlenmesi sadece hukuku değil, sosyoloji, felsefe, kriminoloji hatta psikolojiyi de ilgilendirmektedir.

“Cezanın Belirlenmesi” isimli bu çalışmanın amacı, hâkimin cezayı belirlemesi sorununun, pratik ve dogmatik (teorik ve felsefik) olarak izahıdır. Bu çalışmada, cezanın belirlenmesi, sadece hâkimin, suçu sabit olan sanığa ceza tayini olarak görülmemiştir. Aksine cezanın amacı, cezalandırmada ilkeler ve cezanın belirlenmesi kriterleri geniş bir bakış açısıyla verilmeye çalışılmıştır.

Çalışma boyunca, cezanın belirlenmesinin sağlam bir temele oturtulması amacıyla hareket edilmiştir. Bu nedenle; cezanın amacı, cezalandırmada ilkeler ve cezanın belirlenmesinde gerekli kriterler bu çalışmanın ana iskeletini oluşturmuştur. Çalışmada 765 ve

5237 sayılı Türk Ceza Kanunları karşılaştırmalı olarak irdelenmiştir. Alman Ceza Kanunu Türk ceza sistemine benzerliği, ABD Federal Cezalandırma Talimatı da tamamen farklı bir bakış açısı sunduğu için konuya dâhil edilmiştir. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kavramsal çerçeve ve genel bilgiler, ikinci bölümde cezanın belirlenmesi, üçüncü bölümde cezanın hesaplanması incelenmiştir.



**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü**



<b>Öğrencinin</b>	<b>Adı Soyadı</b>	<b>Erdal YERDELEN</b>	<b>Numarası: 104134001007</b>
	<b>Ana Bilim / Bilim Dalı</b>	<b>Kamu Hukuku/ Ceza Hukuku</b>	
	<b>Danışmanı</b>	<b>Prof. Dr. Mustafa AVCI</b>	
<b>İngilizce Tezin Adı</b>		<b>Determination of Punishment</b>	

### **DETERMINATION OF PUNISHMENT (SUMMARY)**

Punishment and the aim of punishment have often been the subject of scientific Works. In Turkish law, the subject of determination of punishment is usually evaluated in the framework of law rules, specific data, case law. But in Western Europe and the USA besides lawyers, sociologists, philosophers, criminologists have shown interest to this subject. Determination of punishment should be seen as an interdisciplinary matter. Determination of punishment does not only related with specific act and criminal. Before and after the act, the behavior of the criminal is very important. From the determined sentence, the close and distant surroundings of the criminal are also affected. For these reasons, determination of punishment not only interests law but also interests sociology, philosophy, criminology and even psychology.

The aim of this study which is named “Determination of Punishment” is to explain practically and dogmatically (theoric and philosophic) the problem of determination of punishment of the judge. The determination of punishment is not considered only as determinaiton of the punishment of the accused by judge. On the contrary, the aim of punishment, the principles of punishment and the criteria for determination of punishment is is tried to be given from a broad perspective in this study.



During the preparation of this study, it has been aimed to put the determination of punishment on the safe ground. For this reason, the purpose of the punishment, the principles of punishment and the criteria which are necessary to determine the punishment forms the main skeleton of this study. The Turkish Criminal Code of 765 and the Turkish Criminal Code of 5237 are scrutinized comparatively. The German Criminal Code (StGB); because of its similarity with the Turkish Criminal Code; and the US Federal Sentencing Guidelines; because it has wholly different perspective; have been involved in this study. The study consists of four parts. In the first part penalties and fines, in the second part the abstract determination of the penalty, in the third part the determination of the concrete penalty and in the last part the calculation of the penalty are examined.

**KISALTMALAR**

<b>AATUHK</b>	Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
<b>AD</b>	Adalet Dergisi
<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AMKD</b>	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
<b>Aufl.</b>	Auflage Baskı
<b>AY</b>	Askeri Yargıtay
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AYKD</b>	Askeri Yargıtay Kararları Dergisi
<b>AYDGK</b>	Askeri Yargıtay Daireleri Genel Kurulu
<b>b.</b>	bend
<b>BRRG</b>	(Beamtenrechtsrahmengesetz) Alman Devlet Memurları Kanunu
<b>BetMG</b>	(Beteubungsmittelgesetz) Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu
<b>bkz.</b>	bakınız
<b>BVG</b>	(Bundesverfassungsgericht) Alman Anayasa Mahkemesi
<b>BGH</b>	(Bundesgerichtshoff) Alman Federal Mahkemesi
<b>BGHStS</b>	(Bundesgerichtshoffstrafsenat) Alman Federal Mahkemesi Ceza Genel Kurulu
<b>BVGE</b>	(Bundesverfassungsgerichtsentscheidung) Alman Anayasa Mahkemesi Kararları
<b>C.</b>	Cilt
<b>CC</b>	(Cour de Cassation) Fransız Yargıtayı

<b>CD</b>	Ceza Dairesi
<b>CGK</b>	Ceza Genel Kurulu
<b>CGTİHK</b>	5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CHD</b>	Ceza Hukuku Dergisi
<b>CİHK</b>	647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun
<b>CMUK</b>	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>CMK</b>	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CP</b>	Code Penal Fransa Ceza Kanunu
<b>DAR</b>	(Deutsches Autorecht) Alman Trafik Hukuku Dergisi
<b>DDR</b>	(Demokratic Deutsche Republik) Demokratik Almanya Cumhuriyeti
<b>DEÜHFD</b>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>dn.</b>	dipnot
<b>DVV</b>	(Doppelverwertungsverbot) Çifte Değerlendirme Yasağı
<b>E.</b>	Esas
<b>EGStGB</b>	Alman Ceza Kanunu Yürürlük Kanunu
<b>E.T.</b>	Erişim Tarihi
<b>EHFD</b>	Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>f.</b>	fıkra
<b>FCK</b>	Fransa Ceza Kanunu
<b>GG</b>	(Grundgesetz) Almanya Anayasası
<b>GmbHG</b>	(Gesellschaft mit bescreänkter Haftung Gesetz) Alman Kollektif Şirket Kanunu

<b>GÜHFD</b>	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İBD</b>	İstanbul Barosu Dergisi
<b>İBK</b>	İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İÜHFM</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JuGerG</b>	(Jugendgerichtsgesetz) Alman Çocuk Kanunu
<b>K.</b>	Karar
<b>KMK</b>	1918 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
<b>LCC</b>	(La Corte Costituzionale) İtalya Anayasa Mahkemesi
<b>m.</b>	madde
<b>MBD</b>	Mülkiyeliler Birliği Dergisi
<b>MDR</b>	(Monatschrift für deutsches Recht) Aylık Hukuk Dergisi
<b>NJW</b>	(Neue Juristische Wochenschrift) Yeni Haftalık Hukuk Dergisi
<b>NStZ</b>	(Neustrafzeitschrift) Yeni Ceza Hukuku Dergisi
<b>OLG</b>	(Oberlandgericht) Yüksek Eyalet Mahkemesi
<b>Örn.</b>	Örneğin
<b>Rdn.</b>	(Rundnummer) Paragraf Numarası
<b>RG</b>	Resmi Gazete
<b>RG</b>	(Regional Gericht) İlk Derece Mahkemesi
<b>s.</b>	sayfa
<b>S.</b>	Sayı
<b>SBFD</b>	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

<b>StGB</b>	(Strafgesetzbuch) Alman Ceza Kanunu
<b>SStGB</b>	(Schweizerisches Strafgesetzbuch) İsviçre Ceza Kanunu
<b>StGaeG</b>	(Strafgesetzaenderungsgesetz) Alman Ceza Kanunu Değişiklik Kanunu
<b>StPOG</b>	(Strafprozessordnungsgesetz) Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>StV</b>	(Strafverein) Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu
<b>StZ</b>	(Strafzumessung) Cezanın Belirlenmesi
<b>SÜHFD</b>	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TBBD</b>	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TCK</b>	Türk Ceza Kanun
<b>TCKYK</b>	5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük Kanunu
<b>THD</b>	Terazi Hukuku Dergisi
<b>TL</b>	Türk Lirası
<b>USC</b>	(United States Code) Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Kanunu
<b>Y.</b>	Yıl
<b>Yar.</b>	Yargıtay
<b>YCGK</b>	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<b>YD</b>	Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	Yargıtay Kararları Dergisi

## GİRİŞ

Kendi varlığını sürekli geliştirmek durumunda olan insan, sınırlı iradesiyle özgür hareket etme yeteneğine sahiptir. Bu nedenle insanın birlikte yaşama kurallarına aykırı davranışları, öteden beri toplum tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Bu nitelikteki davranışların bir kısmı haksız fiil veya idari düzene aykırılık (kabahat) olarak değerlendirilmiş, diğer bir kısım davranışlar ise daha ağır hukuk ihlalleri olarak görülmüş ve suç olarak düzenlenmiştir. Suç sayılan davranışların karşılığı her zaman “ceza” olarak nitelenen yaptırımlar olmuştur. Yeni dönemde, bir yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri cezanın yerine konulmaya çalışılırken, diğer yandan da cezaların infaz usullerinin değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu durum, cezalandırma usulünden vazgeçilmesini sağlayamamış, cezalandırma varlığını korumuştur. Deyim yerindeyse diş sağlığı bilimi geliştikçe ağrıyan ve çürüyen dişleri tedavi etmek için yeni yöntemler geliştirilmiş, ancak en eski ve son çare olan diş çekmek henüz terk edilmemiştir.

Bir eylemin suç olarak nitelendirilerek cezaya müstahak bir davranış olarak değerlendirilmesi ile amaçlanan, suç işleyen kişiye eyleminin bedelinin ödetilmesi, onun geleceğe yönelik olarak ıslahının sağlanması, toplumun suçtan korunmasıdır. Suçu belirleyen kanun koyucunun, buna karşılık olarak gördüğü cezayı tespiti, toplumun genel özellikleriyle yakından ilgilidir. Cezanın amacına ilişkin birçok tartışma yapılmışsa da, suçun sübuta ermiş olması durumunda failin mutlaka cezalandırılacak olması karşısında öne çıkan bir diğer konu da faile verilecek cezanın ne şekilde belirleneceğidir. Cezanın hangi kriterlere göre belirleneceği, cezanın amacıyla doğrudan ilgilidir. Bu anlamda ceza, işlenen fiille orantılı, cezanın amacına uygun, aynı olaylarda aynı ağırlıkta olmalı ve hukuki güvenliği zedelememelidir. Aynı tip olaylarda, farklı hâkimler tarafından farklı cezaların verilmesi, hukuki güvenliği sarsacak ve hukuka olan inancın azalmasına neden olacaktır. Cezalandırmanın amacına uygun bir ceza belirlemesi için uygulanacak cezanın türü, miktarı ve infaz şekli önemli olmaktadır.

İşlenen suç için kanunda öngörülen soyut cezanın, olayın özelliklerine göre, hâkim tarafından hüküm verilirken somutlaştırılması olan cezanın belirlenmesi, ceza hukuku yaptırım teorisinin önem verdiği özel bir alanı oluşturmaktadır. Ceza kanunlarında öngörülen cezaların belirlenmesine ilişkin esaslar, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirmesi, diğer yandan suçlunun kişiliğini dikkate alması ve işlenen suçla ilgili adil bir cezanın tayini açısından önemli sonuçları olan düzenlemelerdir. Cezanın belirlenmesi süreci,

bir hazırlık döneminden sonra kanun koyucunun ceza kanunu ya da ceza içeren kanunlara göre soyut cezaları belirlemesi ile başlar, hâkimin hüküm kurması ile devam eder, infaz makamının kararı ile son bulur. Soyut ceza kuralının somutlaştırılması olan hüküm, aynı zamanda cezanın bireyselleştirmesini de ifade eder. Bu nedenle cezanın belirlenmesi canlı bir organizmaya benzetilebilir; doğar, gelişir, ölür. Sorun, bu gelişimin sağlıklı yapılabilmesidir. Bunun için bazı kurallar konulmuş ve ilkeler oluşturulmuştur.

Yargılama sonunda somut cezayı belirleyecek hâkimin elinde cezaların çeşitleri ile miktarlarını gösteren soyut kurallar bulunmalıdır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; hâkimi bir terzi, yargılanan ve hakkında cezaya hükmedilecek olan sanığı bir takım elbise siparişi vermiş müşteriye benzetebiliriz. Kanunun cezanın belirlenmesi konusundaki soyut belirlemelerini ve hâkime sunduğu ilkeleri, kriterleri, hesaplamaları da, terzinin makas, iğne ve diğer aletleri olarak görebiliriz. Terzinin, makası kullanarak müşterinin ölçülerine uygun şekilde kumaşı biçmesi, dikişlerdeki becerisi, ince işçiliği, makine dikişlerindeki hassasiyeti, provadaki becerisi, kalıba uygun iş çıkarma yetisi, ütüyle bütün çalışmasının ürününü sergileyecek şekle getirmesi gerekir. Cezanın belirlenmesi sürecinde hâkim, seçenek cezalar arasından birini tercih etmektedir. Hâkim, alt ve üst sınırı belirlenmiş cezada bu sınır arasında ceza temel cezayı belirlemekte, olası kast ve bilinçli taksir nedenleri varsa olaya uygulamaktadır. Hâkim, daha sonra suça etki eden nitelikli halleri tatbik etmekte, cezaya etki eden diğer nedenleri uygulamakta ve nihayet verilecek cezayı bu kuralara göre hesaplanmaktadır.

Cezanın belirlenmesi, 1990'lı yıllara kadar öğreti ve uygulayıcılar tarafından fazla üzerinde durulmayan ceza hukuku konularından biriydi. Çalışmanın başında yapılan yerli literatür taramasında, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" konusunda yazılmış bir kitap ve doktora tezine rastlanmamıştır. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, ceza hukuku genel hükümler kitaplarının yaptırım bölümlerinde ayrılmış belirli sayfalar ve son yıllarda yazılmış sayısı onu geçmeyen, hacimleri geniş olmayan makalelerden ibaret kaynak dağarcığına sahiptir. Oysa 5237 sayılı TCK'ya kısmen kaynaklık etmiş olan Alman Ceza Hukuku'nda; cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinden bahseden ceza ve yaptırım hukuku kitapları dışında, cezanın belirlenmesiyle ilgili yüzden fazla kaynak kitap bulunmaktadır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Martin Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nde (ULB; Universiaet und Land Bibliothek von Halle) Ağustos 2012 tarihi itibarıyla Cezanın Belirlenmesi (Strafzumessung) Kataloğunda (<http://opac.bibliothek.uni-halle.de/Strafzumessung>), tam 106 adet eserin yer aldığı tespit edilmiştir.

Uygulama incelendiğinde, cezanın belirlenmesinin ceza hâkimleri arasında da hak ettiği önemi kazanamadığı görülmektedir. Ceza hâkimlerinin kararlarında, genellikle TCK'nın 61. maddesindeki kriterleri saymakla yetindikleri, özellikle çifte değerlendirme yasağını dikkate almadıkları bilinen bir gerçektir. Bu konuyu seçmekteki amacım, bir uygulayıcı olarak cezanın belirlenmesi hususunda bir akademik çalışmayı, öğreti ve uygulayıcıların hizmetine sunmak, bu alanda belirtilen literatür boşluğunu doldurmaktır.

Kaynak açısından kısırlığın önüne geçmek amacıyla, çalışma esnasında üç yol izlenmiştir. Bunlardan ilki 1949-2012 yılları arasında yazılmış ceza hukuku genel hükümler kitaplarının ve bu dönemde yazılmış cezanın belirlenmesini konu edinen makalelerin taranması, cezanın belirlenmesiyle ilgili değişik fikirlerin çalışmaya yansıtılmasıdır. İkinci konu, uygulamaya yönelik kitapların ve bu kitaplarda bulunan Yargıtay içtihatlarının konuya eklenmesidir. Son olarak da, özellikle Alman Ceza Hukuku başta olmak üzere, Avrupa'da ve ABD'de cezanın belirlenmesi konusundaki genel ilkelerin çalışmaya eklenmesidir.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü sonrası, cezanın belirlenmesi konulu makale sayısı nispeten artmıştır. Ceza genel hukuku kitaplarından, Hakeri, Dönmezer/Erman, Önder, Erem, Özgenç, Artuk/Gökcen/Yenidünya, Centel/Zafer/Çakmut, Koca/Üzülmez; makalelerden özellikle, Gökcen/Yenidünya, Üzülmez, Gedik, Aldemir, Bacaksız, Koray, Meran, Özbek, Toroslu kaynak olarak başta sayılabilecek eserlerdir. Alman Ceza Hukuku'nda ise 1967 yılında ilk baskısı ve 1985 yılında son baskısı yapılan Bruns'un "Das Recht der Strafzumessung" (Cezanın Belirlenmesi Hukuku) ile Schafer/Sander /van Gemmeren'in son baskısı 2008'de yapılmış olan "Praxis der Strafzumessung" (Cezanın Belirlenmesi Pratiği) kitapları ana kaynak olarak sayılmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde "Kavramsal Çerçeve ve Genel Bilgiler" başlığı altında, yaptırım, ceza ve güvenlik tedbirleri, cezaların nitelikleri, ceza türleri; ikinci bölümünde "Cezanın Belirlenmesi" başlığında, cezanın belirlenmesine hâkim olan ilkeler, karşılaştırmalı hukukta cezanın belirlenmesi, cezanın belirlenmesi türleri ve özellikle cezanın somut belirlenmesi süreci; üçüncü ve son bölümde cezanın hesaplanması ve mahsup konuları incelenmiştir. Bu ana başlıklar altında TCK'da ve ceza genel hukuku kitaplarında farklı yerlerde bulunan bir kaç konu yeni başlıklar altında işlenerek konu bütünlüğü sağlanmaya



çalışılmıştır<sup>2</sup>. Bazı konular TCK'da daha sonraki bir aşamada düzenlenmesine karşın daha önce incelenmiştir<sup>3</sup>.

Tüm çalışma boyunca irade özgürlüğüne dayanan, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve insancılık ilkelerini bünyesinde barındıran 5237 sayılı TCK suç siyaseti<sup>4</sup> dikkate alınarak konu izah edilmeye çalışılacaktır. Bu felsefeye aykırı olan görüşler farkların ortaya konması bakımından karşılaştırmalı olarak izaha çalışılacaktır. Yaptırım hukukunun felsefi temelini oluşturan cezalandırmanın amacı ve cezalandırmada geçerli olan ilkeler, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından önemleri nedeniyle konunun başında incelenecektir. Çalışmanın başlığı "Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi" ise de konu daha sınırlı bir şekilde ele alınacaktır. Özellikle TCK'nın 61. maddesi çerçevesinde cezanın belirlenmesi irdelenecek, bununla doğrudan ilgili olan TCK'nın 62 ve 63. maddeleri de incelenecektir. Cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından olan TCK'nın 50. maddesindeki "Cezanın Ertelenmesi" ve 51. maddesindeki "Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar" inceleme dışında bırakılacaktır<sup>5</sup>.

Cezanın belirlenmesi, kaynak kısırlılığını belirterek dikkat çektiğimiz üzere, hukukumuzda üzerinde fazla araştırma yapılmamış, sahipsiz bırakılmış bir konudur. Bu çalışma, izah edilen sahipsizliği giderebilirse, özellikle Alman Ceza Hukuku'ndaki kaynaklardan da yararlanarak bu alanda bir yol açarsa, öğreti ve uygulamanın cezanın belirlenmesi konusuna ilgiyi artırır ve bu alanda çalışanlara katkı sağlarsa amacına ulaşmış olacaktır.

---

<sup>2</sup> Örneğin; TCK'nın 50. maddesindeki seçenek cezalardan hapsi tercih ederse artık bunu paraya çevirmeme hükmü, cezanın hesaplanması başlığı altında incelenmiştir.

<sup>3</sup> Örneğin; çifte değerlendirme yasağı TCK'nın 61/3. Maddesinde düzenlenmesine karşın, cezanın belirlenmesinde geçerli ilkeler bölümü içerisinde incelenmiştir.

<sup>4</sup> 5237 sayılı TCK Tasarısına ilişkin TBMM Adalet Komisyonu'nun 3.8.2004 tarih ve 1/593, Karar: 60 sayılı raporu

<sup>5</sup> Seçenek yaptırımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, Soner Hamza, (2012), Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara; Maden, Mehmet, (2012), Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE GENEL BİLGİLER

#### I. GENEL OLARAK

İnsanın gelişim süreci içerisinde davranışlarını yaradılış gayesine göre şekillendirmesi için konulmuş kurallar “davranış normları” olarak ifade edilir. İnsan özgür hareket edebilme ve bunun sonucu olarak kusur yeteneğine sahip olduğundan davranış normalarının muhatabıdır. Davranış normları, davranış biçimleri hakkında, davranışın doğru olmadığı, haksızlık içerdiği şeklinde değer yargısında bulunmaktadır. Bu normlar insana belli davranışta bulunmayı (emredici) veya belli davranışlardan kaçınmayı (yasaklayıcı) öngörürler<sup>6</sup>.

İnsan, davranış normlarından doğan yükümlülüğe aykırı davrandığında sorumluluğu söz konusu olacaktır. Davranış normlarına aykırılık özel olarak başka bir kişinin haklarını ihlal ediyorsa özel hukuk sorumluluğu, toplumdaki var olan hukuk düzeninin bozulması tehlikesini içeriyorsa kamu hukuku sorumluluğu (toplumun diğer bütün fertlerine karşı) ortaya çıkacaktır. Böyle bir ihlalden sonra haksızlığın gerçekleşmemiş gibi bir durumun yeniden ırcası artık mümkün değildir. Ancak, bu tür bir davranış yükümlülüğü ihlalinden sonra hiçbir şey yapmadan, buna hiçbir hukuki sonuç bağlamadan, duyarsız kalınması da hukuk devletinde beklenecek bir yaklaşım değildir. Hukuk düzeninin devamı için, yükümlülük ihlali şeklindeki davranışa karşı bir yaptırımın uygulanması gerekir. Yaptırım; “insanın muhatap olduğu davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı hukuki sonuçtur”. İnsan iradesi özgürdür ve davranış normlarına uygun davranma konusunda bir mecburiyet söz konusu değildir. Ancak, hukuka uygun davranmak zorunda olmayan insan, hukuka aykırı davrandığı takdirde bunun sonucu olan yaptırımlara boyun eğmek durumundadır<sup>7</sup>.

Yaptırımlar, üzerinde etkili olduğu kişinin hukuki ilişkideki konumuna göre iki türdür; birinci tür yaptırımlar haksızlığa maruz kalan kişinin mağduriyetini gidermeye yönelik olan (tazmini nitelikteki), ikinci tür ise haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde etkili olan (cezai nitelikteki) yaptırımlardır. Haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde etli olan

---

<sup>6</sup> Özgenç, 2011: 26

<sup>7</sup> Özgenç, 2011: 28

yaptırımlar ile güdülen amaç “haksızlığı gerçekleştiren (suç işleyen) kişinin bu haksızlık dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır<sup>8</sup>”.

Yeni dönemin ceza hukukuna getirdiği çok önemli bir diğer yaptırım çeşidi ise güvenlik tedbirleridir<sup>9</sup>. Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi için davranış normlarına aykırı davranan kişinin kusurlu olarak nitelendirilmesi şart değildir. Bu yaptırım türü açısından kişinin kendisinin ve toplumun bir takım tehlikelerden korunması birincil maksat olarak ortaya çıkmaktadır. Güvenlik tedbirleri özellikle tehlikeli bir takım suçlular, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği veya ceza sorumluluğu bulunmayan failer için uygulanan ve özünde iyileştirme, ıslah ve sosyalleştirme amacı bulunan tedbirlerdir. Örneğin; yaşı küçüklere ve akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirleri algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin bulunmaması veya zayıf olmasına; tüzel kişilere uygulanan güvenlik tedbirleri bu kişilerin kusurlu hareket etme yeteneklerinin bulunmamasına; belli haklardan yoksun bırakma, mükerrerlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik ise suçlunun tehlikeliliğine bağlı güvenlik tedbirleridir<sup>10</sup>.

## II. CEZA

Suç, her zaman bir ceza hukuku yaptırım türü olan ceza ile karşılanmıştır. Önceleri devletin ceza verme hakkının insan kişiliğine duyulması gereken saygının bir sonucu olduğu görüşü ortaya atılmış ve benimsenmiş, daha sonra devletin varlığı ve kurumların korunması düşüncesinin, cezanın esasını teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Bugün çoğunluk tarafından kabul edilen fikir, devletin var olabilmek için ceza yaptırımını bir şekilde uygulamak zorunda olduğu ve cezanın verilmesiyle ilgili olarak, bu kurumun haklılığı üzerinde artık tartışmaların nafi olduğu<sup>11</sup>.

Yaptırımla ilgili yapılan genel açıklamalar çerçevesinde ceza, Arapça bir sözcük olup, sözlüklerde “*İyi ya da kötü olabilen bir karşılık, azap<sup>12</sup>*” ya da “*Uygun görülmeeyen tepki ve davranışları önlemek için üzüntü, sıkıntı, acı veren uygulama<sup>13</sup>*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>8</sup> Özgenç, 2011: 28-30

<sup>9</sup> Dönmezer ve Erman, 1999: 541

<sup>10</sup> Yerdelen, 2010: 13-14

<sup>11</sup> Önder, 1992: 513-514

<sup>12</sup> Develioğlu, 1980: 170

<sup>13</sup> Türkçe sözlük TDK, 1998: 401

Ceza hukuku öğretisi incelendiğinde ortak bir ceza tanımının bulunmadığı görülmektedir. Birbirinden farklı özellikleri içerseler de ceza kavramı, ceza hukuku öğretisinde şu şekillerde tanımlanmıştır:

**Artuk/Gökcen/Yenidünya** cezayı, “*Suç teşkil eden eylemi nedeniyle, suçlu hakkında, yargı organları tarafından hükmedilen, bir mahkûmiyetin infazı çerçevesinde tatbik olunan ve esasen ıslahı sağlamaya yönelik, ızdırap verici, korkutucu ve caydırıcı bir müeyyide*” şeklinde tanımlamıştır<sup>14</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut** cezayı, devletin ve hukuk düzeninin devamı için zorunlu görmekte, “*Suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırım*” olarak tanımlamaktadır. Bu yazarlara göre ceza “*toplumda korunmaya değer yararların ihlali durumunda devletin gösterdiği tepki ve toplumun savunma aracıdır*”<sup>15</sup>.

**Dönmezer/Erman’a** göre cezanın tanımında, cezayı diğer hukuka aykırı fiil ve hareketlerin karşılığı olan yaptırımlardan ayırmaya yarayacak özelliklerin bulunması gerekir. Buna göre; “*Ceza, topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak, devletin son çare olarak, kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve böylece toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere, ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan, korkutucu, caydırıcı bir müeyyidedir*”<sup>16</sup>.

**Özgenç’e** göre, ceza uygulaması sayesinde, suç oluşturan haksız davranışı gerçekleştiren kişi, içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olur. Buna göre ceza, “*İşlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaşmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır*”<sup>17</sup>.

**Jescheck’e** göre ceza, “*Hukuka aykırı olan ve failin sorumluluğu içinde kalan bir hareketin dengelenmesi için, ona adil bir şekilde yüklenmiş bulunan bir kötülük, bir zarar olup, faile, o fiilin toplum nazarında tasvip edilmediğinin ifade edilmesidir*”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Artuk/Gökcen/Yenidünya, 2011: 704-705

<sup>15</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 543

<sup>16</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 543

<sup>17</sup> Özgenç, 2011: 566

<sup>18</sup> Jescheck, 2007: 62

Yukarıdaki açıklamalardan yararlanarak ceza; “*Ceza, topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller (suç) nedeniyle, bu fiillerin işlenmesinden önce, devletin kanun ile belirlediği, suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılan (ızdırıp), bir yargı kararı ile infaz şekli de belirtilen ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan, korkutucu ve caydırıcı olan, esasen ıslahı amaçlayan, suçlunun kişiliğine uydurulmaya (bireyselleştirmeye) müsait, failin işlediği haksızlık ile ilgili muaheze yargısını somutlaştıran, işlediği fiilin toplum tarafından tasvip edilmediğini ifade eden bir müeyyidedir*”, şeklinde tanımlanabilir.

### III. CEZANIN NİTELİKLERİ

#### A. GENEL OLARAK

Cezadan beklenen amaçların gerçekleşmesi, adaletin ve sosyal yararın en yüksek düzeyde sağlanabilmesi için, cezanın belirli bazı niteliklere sahip olması gerekir. Özellikle ceza korkusunun suçla elde edilecek faydadan daha fazla olması, cezanın hükmedilmesi kesin olmayan şüpheli durumlarda şiddetli bulunması, suçun neticesinin ağırlığına göre, cezanın da ağırlık göstermesi, cezaların olayda suçlunun haline göre şiddet itibarıyla değişmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Ancak bu niteliklerin tümünün her ceza bakımından gözetildiğini, her cezanın bu niteliklerin tümünü taşıdığını savunmak mümkün değildir. Kanun koyucunun soyut cezayı düzenlerken ve hâkimin somut cezayı belirlerken bu nitelikleri gözetmesi beklenir<sup>20</sup>. Cezanın niteliklerinin konumuz bakımından önemi; hangi cezanın ne gibi özellikleri olduğunun hakim tarafından bilinmesinin somut olayda değişik suçları işleyen kişilere hangi cezanın daha uygun olduğunun belirlenmesi noktasında kendini göstermektedir.

Çağdaş ceza hukukunda düzenlenen bir cezada bulunması gereken nitelikler şunlardır<sup>21</sup>:

#### B. CEZANIN İNSAN HAYSIYETİNE UYGUN VE AHLAKİ OLMASI

Ceza, niteliği gereği zorunlu olarak faili bazı acılara sürükler. Cezanın bunun dışında, bedeni bir acı getirmemesi gerekir. Bu konu, İkinci Dünya savaşı sonrası yapılmış uluslar arası belgelere de yansımıştır<sup>22</sup>. Öte yandan cezanın türü ve niteliği yanında, infaz şekli de insan onuruyla bağdaşır olmalıdır. Bu bakımdan cezanın infaz edildiği kurumlarda suçlular

<sup>19</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 565

<sup>20</sup> Çınar, 2005: 19

<sup>21</sup> Karakaş/Doğan, 2010: 75 vd.

<sup>22</sup> Demirbaş, 2009: 519

üzerindeki uygulamaların bu ilkeye uygun olması gerekmektedir. İnsan haysiyeti kavramı Anayasa Mahkemesi kararlarında da konu olmuştur<sup>23</sup>. Cezanın insan haysiyetine uygun ve ahlaki olması ilkesi, suçluların iyileştirilmesi ve yeniden topluma kazandırılması için de gereklidir<sup>24</sup>.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan felsefi düşünceler arasında hümanizm ilkesi de yerini almıştır. Bundan maksat, suç işleyen kişinin yeniden sosyalleştirilmesi ve toplumsal sorumluluğa sahip birey durumuna getirilmesinin hedeflenmesidir<sup>25</sup>. Türkiye'de son dönemde cinsel suç faillerine yönelik kimyasal kastrasyon (hadım etme) uygulanabilir uygulanamayacağı tartışması dikkat çekmektedir. Öyle ki, TBMM'ye 8.2.2011 tarihinde bir kanun teklifi de verilmiştir<sup>26</sup>. Belirtmek gerekir ki cinsel suç faili olması dolayısıyla bir kimseye, kimyasal kastrasyon tatbiki, insanlık ilkesine aykırıdır. İşlenen cinsel suçun, tıp biliminin verilerine göre kişideki psikolojik veya biyolojik bir rahatsızlıktan meydana geldiğinin ortaya konulması ve rahatsızlığın etkilerinin zayıflatılabilmesi için mutlaka kimyasal kastrasyonun gerekli görülmesi durumunda, rızaya dayalı (muhtemelen şartlı salıverilme koşulu şeklinde) bir denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanabilecektir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi de cezanın insan onuruna uygun olması gerektiğine dair; "İnsan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler ve gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza yaptırımı konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından mutlak bir sınır teşkil edeceği düşünülemez. Çünkü toplum yaşamının belli bir evresinde toplumun huzurunu bozan ve bu nedenle suç sayılan eylemlerin önlenmesi ve suçluların tenkil edilmesi bakımlarından, ceza yaptırımlarının, makul ve insani sayılacak sınırları aşmamak kaydıyla, çeşitleriyle ölçülerinin değiştirilmesi veya çoğaltılması veyahut azaltılması zorunluluğu doğabilir," şeklinde karar vermiştir. An. Mah. 06.04.1971, E.1971/2, K.1971/36, AMKD, S.9, Yıl 1972, s.403 vd.

Alman Anayasası'nın 1. maddesinde; "İnsan onuruna dokunulamaz. Tüm kamu güçleri buna uygun davranmak ve bunu korumakla yükümlüdürler," hükmü yer almaktadır.

Anayasa Komisyon çalışmaları halen devam etmekte olup, insan onurunun 1. maddede yer alması konusunda uzlaşma sağlanmıştır. Bilir, Faruk, "Anayasa Uzlaşma Komisyonu ve Yeni Anayasa Yapım Süreci" ; <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/anayasa-uzlasma-komisyonu-ve-yeni-anayasa-yapim-sureci> E. T. 8.10.2012

<sup>24</sup> Özgenç, 2011: 596; Erem/Danışman/Artuk, 1997: 697

<sup>25</sup>T BMM Adalet Komisyonu 3.8.2004 tarih ve 1/593 Esas sayılı raporu (Özgenç, 2011: 64)

<sup>26</sup> İstanbul Milletvekili Alev Dedegil ve arkadaşları tarafından TBMM Başkanlığı'na sunulan 8.2.2011 tarihli kanun değişikliği teklifinde 5275 sayılı CGTİHK'nun 108. maddesine 7, 8 ve 9. Fıkraların eklenmesi öngörülmüştür. Bu teklife göre; TCK'nın 102, 103 ve 104/2 maddelerine göre mahkûm olanlara cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde testosteron etkisini azaltıcı tedaviye tabi turma, tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü tutma, suç mağdurunun yerleşim ve çalışma yeri dışında bir yerde ikamete zorlama gibi yükümlükler getirilmektedir. Bu suçtan mükerrir ve itiyadi suçlu olanlara, testosteron tedavisine uyma zorunlu hale getirilmekte ayrıca bu kişilerin çocuklarıyla ilgili işlerde çalışmaları beş yıl süreyle yasaklanmaktadır. Bu yasaklar aykırı hareket eden kişilere 15 günden 1 yıla kadar zorlama hapsi öngörülmektedir. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 715)

<sup>27</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 716

### C. CEZANIN KANUN TARAFINDAN DÜZENLENMİŞ OLMASI

Cezanın kanun tarafından düzenlenmiş olması, cezanın belirlenmesinde geçerli olan ilkeler arasında olması nedeniyle bu başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Anayasa'nın 38. maddesi ve TCK'nın 2. maddesine göre suç ve cezalar, suçun işlenmesinden evvel mutlaka kanunda düzenlenmiş olmalıdır<sup>28</sup>. Ceza normu belirli ve kesin ifadelerle açıklanmalıdır. Kanunlar her zaman yoruma ihtiyaç duyan metinlerdir. Kanunun, bireylerin davranışlarının sonuçlarını kestirmesini güçleştirecek şekilde kapalı ifadeler içermemesi gerekir<sup>29</sup>. Kanunilik ilkesi, kuralın belirli, açık ve yalın olmasını, kesin ifadelerle düzenlenmiş bulunmasını, kıyas yasağını, örf ve adet ya da idarenin eylem ve işlemi ile suç ve ceza yaratılmamasını, ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak kabul edilemeyeceklerini içerir<sup>30</sup>.

### D. EŞİTLİK İLKESİNE UYGUN OLMASI

Cezanın eşitlik ilkesine uygun olması, cezanın belirlenmesinde geçerli olan ilkeler arasında olması nedeniyle bu başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Cezalandırmada *eşitlik ilkesi*, aynı suçu işleyen için aynı cezaya muhatap olması demektir<sup>31</sup>. Bununla kastedilen, kanunda öngörülen soyut cezanın herkes için eşit olması, insanlar arasında ayırım yapılmamasıdır<sup>32</sup>. Mekanik anlamda eylemsel eşitlik değil, hukuksal eşitlikten bahsedilmektedir. Önemli olan, aynı suçu işleyenlerin aynı (soyut) ceza tehdidi altında bulunmalarıdır. Her suç işleyene aynı cezanın değil, aynı suçları aynı şartlarla işleyenlere aynı veya en azından benzer cezaların verilmesi gerekir<sup>33</sup>.

### E. CEZANIN BÖLÜNEBİLİR OLMASI

Cezanın bireyselleştirilmesi, işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine ya da kusuruna uygun belirlenmesi demektir. Suçların ağırlıkları, işleniş biçimleri ile failerin kişilikleri farklıdır. Bu farklılığın doğal sonucu olarak cezanın kişiye uydurulması, diğer bir

<sup>28</sup> Ersoy, 2002: 158

<sup>29</sup> Beccaria, 2004: 49

<sup>30</sup> Karakaş doğan, 2010: 70

<sup>31</sup> Kanun önünde eşitlik ilkesi, genel hüküm niteliğinde olmak üzere Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik" başlıklı 3/2. maddesinin bu ilke ceza kanunları anlamında yinelenmiştir. Buna göre, "Ceza Kanununun uygulanmasında 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 konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz".

<sup>32</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 564; Çınar, 2005: 18

<sup>33</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 564; Erem/Danışman/Artuk, 1997: 697; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 714

deyişle *bireyselleştirilmesi* gerekmektedir<sup>34</sup>. Sabit ceza sisteminden kaçınılması, cezanın bireyselleştirilmesini sağlayarak, bölünebilir özelliğini ön plana çıkarmaktadır. Hâkimin somut olayda, cezayı sayılamayacak kadar çok sanık tipine uydurabilmesi (yaptırımın bireyselleştirilmesi), ancak cezanın bölünebilir olmasıyla mümkündür<sup>35</sup>.

Kanaatimizce, TCK'daki bazı suçlar için belirlenmiş sabit cezalar bu ilkeye aykırıdır. Örneğin; TCK'nın 82. maddesindeki kasten öldürmenin nitelikli şekilleri için öngörölmüş olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası bu türden bir cezadır. Kasten öldürmenin nitelikli halleri, aynı maddede onbir bent halinde sayılmış iken, bunlar arasında niteliksel-niceliksel hiçbir fark yokmuş veya bunu işleyen faillerin tamamı için cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi açısından farkın ortaya çıkması mümkün değilmiş gibi, hâkime bireyselleştirme konusunda hiçbir yetki tanınmamıştır. Örneğin; çocuğun kasten öldürülmesini düzenleyen TCK'nın 82/1-e maddesine göre, 15 yaşında bir çocuğu öldüren fail ile 17 yaşındaki bir çocuğu öldüren fail arasında, hâkim cezayı belirlerken herhangi bir farklılaştırmaya gidemeyecek, bu anlamda cezayı bireyselleştiremeyecek, her iki faile de ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası vermek durumunda kalacaktır. Hâkimin burada TCK'nın 62. maddesi anlamında kullanacağı takdir yetkisi dışında, cezanın bireyselleştirilmesi aracı bulunmamaktadır.

#### **F. CEZANIN ADLI HATA DURUMUNDA GERİ ALINABİLMESİ**

Adli sistem bir ülkede ne kadar düzgün işlerse işlesin, adli hataların olması kaçınılmazdır. Bu, özellikle adalet sistemindeki sorunları henüz çözememiş olan ülkelerde daha fazla olmaktadır. Adli hataların olması durumunda, cezaların sonuçlarının giderilebilir, geri alınabilir olması gerekir. Ölüm cezası bu anlamda telafisi mümkün olmayan ve cezada bulunması gereken özelliği bünyesinde taşımayan bir cezadır. Sadece ölüm cezası değil, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı durdurulsa ve hükümlüye uygun bir tazminat verilse bile, bu, onun cezaevinde geçen günlerini geri getirmeyecektir. Hürriyeti bağlayıcı ceza da telafisi mümkün olmayan bir ceza mahiyetindedir<sup>36</sup>.

Ölüm cezasını savunanlar tıp mesleği icra edilirken de insanların hatalar sonucu öldüğünü, ancak böyle bir nedenle zorunlu bir işten kaçınılamayacağını ileri sürmüşlerdir<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Gürel/Odyakmaz, 1971: 19

<sup>35</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 717; Toroslu, 1998: 270

<sup>36</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 717; Önder, 1992: 487

<sup>37</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 546



Hastanın hayatını kurtarmak amacı için işlenen hatayı, insanı öldürmek için (kişi hakkında idam cezası verirken) karar verme sürecindeki yapılan hataya benzetmek imkânsızdır ve bu görüş isabetsizdir. Cezaların telafisinin mümkün olması bakımından en uygun ceza para cezasıdır<sup>38</sup>.

### **G. CEZANIN ŞAHSİLİĞİ**

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, kişinin kendisinin kusurlu iradi hareketi ile nedensel bağı bulunan, hukuka aykırı sonuçtan sorumlu tutulabilmesini ifade eder. Bunun sonucu olarak suç faili dışında kalan kişiler, suç olarak nitelendirilen fiilden sorumlu tutulamaz<sup>39</sup>. Bugün cezaların şahsiliği kabul edilmiş ve istisna öngörülmemiştir. Ancak cezaların maddi ve manevi baskısının aile bireylerini etkilediği bir gerçektir<sup>40</sup>. Bu nedenle hâkim, cezayı belirlerken yan etkilerini de düşünmelidir. Bu ilkenin sonucu olarak genel zoralım (müsadere) cezası verilemeyeceği ve hükümlünün ölümü ile cezanın son bulacağı kuralı yerleşmiştir<sup>41</sup>.

### **H. CEZANIN SUÇUN AĞIRLIĞIYLA ORANTILI VE ETKİLİ OLMASI**

Ceza, failin kusuruyla orantılı olarak ödetici<sup>42</sup>, korkutucu niteliği ile suç işleme eğilimi olanı caydırıcı, yerine getirilmesi (infazı) ile diğer insanlar bakımından ibret verici, suç işleyeni iyileştirici (ıslah edici) ve yeniden suç işlemekten önleyici nitelikte olmalıdır<sup>43</sup>. O nedenle ceza miktarı belirlenirken cezanın bu özellikleri gözetilmelidir. Suç ile ceza arasında belli bir oran bulunmalı ve ağır suça ağır ceza, hafif suça hafif ceza verilmelidir. Bu özellik ödetme (kefarete) anlayışının bir sonucu olarak görülmekle birlikte, cezada etkililik ilkesi bakımından gereklidir. Bu anlamda ceza, suç işleyen failin tekrar suç işlemesini önleyecek etkiye sahip olmaktan başka, toplumun diğer fertlerini de suç işlemekten caydırmalıdır<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Toroslu, 1998: 271; Demirbaş, 2009: 519

<sup>39</sup> Özek, 1999: 652; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 717

<sup>40</sup> Bu anlamda cezanın, failin yakın çevresini etkilemesini engellemek amacıyla 5275 sayılı CGTİHK m. 17/2'de "Üç yıl ve daha az süreli hapis cezaları; hükümlünün yüksek öğrenimini bitirebilmesi, ana, baba, eş veya çocuklarının ölümü veya adı geçenlerin sürekli hastalık veya malûllükleri nedeniyle ailenin tarım topraklarının işlenebilmesinin olanaksız hâle gelmesi veya hükümlünün hastalığının sürekli bir tedaviyi gerektirmesi gibi zorunlu ve çok ivedi hâllerde, Cumhuriyet Başsavcılığınca altı ayı geçmeyen sürelerle ara verilerek infaz edilebilir. Ancak bu ara verme iki defadan fazla olamaz" hükmü getirilmiştir.

<sup>41</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 564; Çınar, 2005: 17; Yüce, 1985: 104

<sup>42</sup> Cezanın belirlenmesinde geçerli olan ilkeler arasında olması nedeniyle bu başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

<sup>43</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 34

<sup>44</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 1342; Önder, 1992: 486

## **İ. CEZANIN DEVLETE MÜMKÜN OLDUĞUNCA AZ YÜK GETİRMESİ**

Cezanın amacına, ceza türlerinden herhangi birinin uygulanmasıyla ulaşılabilecekse, devlet, bu amacı, en az masrafla elde edeceği ceza türünü seçmelidir. Bu açıdan para cezalarının etkili olabileceği basit suçlarda ya da ekonomik suçlarda, daha masraflı olan hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçınılmalıdır<sup>45</sup>. Bu anlamda, para cezalarının hapis cezasıyla seçenekli olarak öngörüldüğü durumlarda hâkimin para cezasını tercih etmesi durumunda, ceza, devlete yük getirmediği gibi tam tersine hürriyeti bağlayıcı cezanın devlete getireceği külfeti ve mahkûm üzerindeki hapis cezasının olumsuz etkilerini engelleyecektir. Bu itibarla cezanın infaz şeklinin de devlete getireceği yük açısından önemli ve etkili olduğunu söylemek gerekir. Hapis cezasının açık ceza infaz kurumlarında infaz edilmesi, kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilmesine kıyasla daha az yük getirmekte, hatta bu anlamda devlet bütçesine katkı bile sağlamaktadır<sup>46</sup>.

## **IV. CEZA TÜRLERİ**

### **A. GENEL OLARAK**

Suç türlerine göre cezaların da farklı olarak belirlendiği, aynı suç için farklı ceza türlerinin birlikte öngörülebildiği, bir suç için seçenek olarak iki cezanın hâkimin takdirine sunulduğu bir ceza hukuku sisteminde ceza türlerinin incelenmesi cezanın belirlenmesi bakımından önemli bir konu haline almaktadır. Hangi cezanın ne gibi özellikleri olduğunun hakim tarafından bilinmesi somut olayda değişik suçları işleyen kişilere hangi cezanın daha uygun olduğunun belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Öğreti incelendiğinde cezaların çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Cezalar, kanuni-hukuki nitelikleri, konuları-müeyyideleri, süreleri-ağırlıkları bakımlarından sınıflandırarak incelemiştir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 717; Önder, 1992: 487; Dönmezer/Erman, 1999: 1342; Demirbaş, 2009: 520

<sup>46</sup> 5.7.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 3. Yargı Paketi olarak da bilinen 6352 sayılı Kanununun Geçici 2. maddesinin 2. Fıkrasına göre; Terör suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere;

a) Kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanların,

b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,

c) Adli para cezasının infazı sürecinde tazyik hapsine tabi tutulanların, cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilir. Bu fıkra hükümleri 31/12/2017 tarihine kadar uygulanır. Bu hükmün konulmasında o tarih itibarıyla açık ceza infaz kurumlarının hemen hemen boşalmış olması (12.4.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6291 sayılı Kanunundan dolayı) etkili olmuştur. Zira açık ceza infaz kurumlarındaki iş yurtları, mahkûm bulamaz duruma düşmüş, bu sayede kapalı ceza infaz kurumlarındaki aşırı doluluk ta önlenmiştir.

<sup>47</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 587; Alpaslan, 1977: 224

Cezanın belirlenmesi konusuyla ilgili olarak cezaları, hukuki özelliklerine ve hedef aldıkları değerlere göre bir ayırıma tabi tutarak incelemek mümkündür.

## **B. HUKUKİ ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN CEZALAR**

Hukuki nitelikleri açısından cezalar asli ceza<sup>48</sup> ve ek ceza olarak ikiye ayrılmaktadır.

### **1. Asli Ceza**

Asli ceza, kanunda doğrudan doğruya suçun karşılığı olarak öngörölmüş bulunan ve tek başına uygulanma kabiliyetine sahip olan cezadır. Kanunun cezalandırmak amacını takip ederken özellikle göz önünde tuttuğu ceza budur<sup>49</sup>. Cezanın belirlenmesi bakımından önemli olan, kusur ile orantılı ceza belirlenmesinde etkili olacak ceza, kanun koyucunun suç karşılığında öngördüğü asli cezadır. Ek cezalar daha çok önleme amacına hizmet eder.

### **2. Ek Ceza**

Asli cezaya, hâkimin takdirine göre ya da yasal olarak eklenen cezalara ek ceza adı verilir. Kanun koyucu bir cezayı, izlediği suç ve ceza politikasına göre asli veya ek ceza olarak düzenleyebilir. Ek cezalar asli cezayı daha etkili hale getirmeyi amaçlayan ve suçluyu bazı sosyal, siyasal ve mesleki haklardan yoksun bırakan cezalardır. Ek cezalara tek başlarına hükmedilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu, bu niteliklerinden dolayı ek cezaları ikinci planda tutarak düzenlemiştir<sup>50</sup>.

Ek cezalar öğretilde, fer'i<sup>51</sup> ve mütemmim cezalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kendiliğinden hüküm ifade eden ve hâkimin hükmetmek mecburiyetinde olmadığı, infaz sırasında dikkate alınabilecek cezalar fer'i, hâkimin hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu ancak hükmedecekse mutlaka hükümde göstermek zorunda olduğu cezalar ise mütemmim cezalardır<sup>52</sup>. Kendiliğinden hüküm ifade eden, asli cezaya kanuni netice olarak bağlanmış oldukları için fer'i cezalara mahkûmiyetin kanuni neticeleri de denilmektedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Latince "poena principalis", Türk Hukuk Lügati, 1998: 50

<sup>49</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 587; Alpaslan, 1977: 224

<sup>50</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 700; Önder, 1992: 24; Dönmezer/Erman, 1999: 589

<sup>51</sup> Latince "poenaaccessoria", Türk Hukuk Lügati, 1998: 50

<sup>52</sup> 765 sayılı mülga TCK'da yer alan babalık ve kocalık sıfatının bahşettiği haklardan yoksunluk cezası, mütemmim cezaya; kamu hizmetlerinden yasaklılık ve bir meslek ve sanatın icrasının tatili cezaları ise fer'i cezaya örnek teşkil etmekteydi (Soyaslan, 1996: 182).

<sup>53</sup> Önder, 1992: 24; Alpaslan, 1977: 225

Alman Ceza Kanunu'nda asli ceza-ek ceza ayrımı bulunmaktadır<sup>54</sup>. Alman Ceza Kanunu'nun 38-43a maddeleri arasında asli cezalar<sup>55</sup> düzenlenmişken, 44. maddesinde ek ceza olarak sürücü belgesinin geçici alınması vardır. Bu hüküm Alman Ceza Kanunu'ndaki tek ek ceza niteliğindedir<sup>56</sup>. Alman Ceza Kanunu'nun 45-45b maddelerinde ise cezanın kanuni neticeleri olarak belirli hakları kullanmaktan yasaklama, 61 ve 76. maddeleri arasında ise güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir<sup>57</sup>.

Alman Ceza Hukukunun yaptırımlar düzeninin genel özelliği, “çift izli yaptırım sistemi” (die Zweispurigkeit) şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Başka bir deyişle cezalar ve güvenlik tedbirleri ayrımı söz konusudur. Cezanın, her zaman ceza hukukundan beklenen önleme görevini yerine getirememesi nedeniyle, tedbirlere de ihtiyaç duyulmaktadır. Bu tedbirlerin amacı fiilden ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi, kişinin eğitilerek, tedavi edilerek veya koruma altına alınarak bunun gerçekleştirilmesidir. Alman Ceza Hukuku'nun bu iki izli sistemi, 1933 yılında çıkarılan İtiyadı Suçlular Kanunu'na kadar gitmektedir. 1969 yılında yapılan Alman Ceza Hukuku Reformu'nun ana fikrini de ceza ve tedbirler sisteminin yenileştirilmesi oluşturmaktadır. Bu reformun genel eğilimi “mümkün olduğu kadar az ceza, alabildiğince fazla sosyal iyileştirme yardımı” olarak özetlenebilir<sup>58</sup>.

5237 sayılı TCK'da asli-ek ceza ayrımı kaldırılmıştır. 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri olarak yer alan; hak yoksunluğu (TCK m. 53/1-5), belirli bir meslek veya sanatın icrasının tatili (TCK m. 53/6), sürücü belgesinin alınması (TCK m. 53/6), sınır dışı edilme (TCK m. 59), tüzel kişinin faaliyet izninin iptali (TCK m. 60), denetimli serbestlik (TCK m. 51, 58, 191, 221; CGTİHK m. 104, 105A, 107, 108), akıl hastalarına özgü tedbirler (TCK m. 57), alkol ve uyuşturucu bağımlılarının tedavi altına alınması (TCK m.57), eşya ve kazanç müsaderesi (m.54, 55), 765 sayılı Mülga TCK'da ek ceza niteliğinde düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Almanca “Hauptstrafe und Nebenstrafe” olarak ifade edilmektedir.

<sup>55</sup> StGB m. 38, 39'da hürriyeti bağlayıcı ceza ve m. 40, 41, 42'de adli para cezası düzenlenmiştir.

<sup>56</sup> Jescheck, 2007: 61

<sup>57</sup> C. H. Beck, 1992: 2, 3, 4

<sup>58</sup> Jescheck, 2007: 62

<sup>59</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011:550; Yerdelen, 2010: 12-18; Toroslu, 2010:115

## C. HEDEF ALDIKLARI DEĞERLER BAKIMINDAN CEZALAR

### 1. Genel Olarak

Cezalar çeşitli değerlere yönelik olabilir. Tarihte cezaların, özgürlük, yaşam, vücut bütünlüğü, malvarlığı ve şerefi hedef aldıkları görülmüştür<sup>60</sup>. Şerefe yönelik cezaların bir türü mahkûmiyet hükmünün yayınlanmasıdır. 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinde bu cezaya yer verilmemiş olmakla birlikte, TCK'nın 267/9. maddesine göre iftira suçunda mahkûmiyet hükmünün yayınlanması yer almıştır<sup>61</sup>. Şerefi hedef alan cezalar, çağdaş ceza hukukunda görülmek istenmeyen bir yaptırım türüdür<sup>62</sup>. Damgalama, ilan ve teşhir de bu tip şerefi hedef alan ceza türleridir<sup>63</sup>.

Yöneldikleri hukuki değerler bakımından cezalar bu şekilde çeşitlilik arz etse de, suçlunun özgürlüğünü hedef alan hapis cezası ile malvarlığını hedef alan para cezası, günümüz çağdaş ceza hukuku yaptırım sisteminin temelini oluşturmakta ve cezanın belirlenmesi anlamında önem arz etmektedir<sup>64</sup>. Bu nedenle bu iki ceza ayrıntılı olarak incelenecektir.

5237 sayılı TCK'da hapis ve adli para cezası dışında bir ceza öngörülmemiştir. Türk Ceza Hukuku'nda bütün suçlara yönelik olarak yaptırımlar; cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ayrılmıştır (TCK m. 45-60)<sup>65</sup>. TCK'nın 46-49 maddeleri arasında hapis cezaları, 52. maddesinde adli para cezası, 53-60 maddeleri arasında ise güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.

Hapis cezası kendi içinde; ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis (m. 47), müebbet hapis (m. 48) ve süreli hapis (m. 49) cezası olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Hükmedilen bir yıl ve daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak düzenlenmiştir (TCK m. 49/2). 5252 Sayılı TCKYK 6 ve 7. maddeleriyle özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda yer alan,

<sup>60</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 551

<sup>61</sup> 5237 sayılı TCK'da ceza ve güvenlik önlemleri arasında yer almayan bir yaptırım "İftira" suçunu düzenleyen 267. maddede yer almaktadır. "Basın yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın yayın organıyla İLAN olunur" (TCK m. 267/9). Bununla TCK genel hükümlerde yer almayan bir yaptırım türüne özel hükümlerde yer verildiği görülmektedir.

<sup>62</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 719

<sup>63</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 551

<sup>64</sup> Karakaş Doğan, 2010: 80

<sup>65</sup> 5237 sayılı TCK'da cezalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aksan, Murat, (2004), "Yeni TCK'da Yaptırım Sistemi", HPD, S:2, Sonbahar, s.178 vd.; Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005; Özen, S. Evren, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Günışığı Yayıncılık, Y: 2, S: 6-7, Ekim 2005, İstanbul 2005, s.141-159; Artuk, Mehmet Emin, "Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi P", CHD, Ağustos 2007, Sayı: 4, s. 61-79

ağır hapis ve hafif hapis cezaları, hapis cezasına dönüştürülerek mevzuat içerisinde uyum sağlanmıştır<sup>66</sup>. Kanunda ayrıca tanımlanmamış olmasına karşın, bir yıldan fazla süreli hapis cezası, öğretide “uzun süreli hapis cezası” olarak adlandırılmaktadır<sup>67</sup>. 5237 sayılı TCK’nın 49/2 ve 50/4 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, TCK’nın uzun ve kısa süreli hapis cezası ayrımı yaptığı açıkça görülmektedir.

## 2. Ölüm Cezası

Yaşama yönelik ceza, ölüm cezası olup<sup>68</sup>, suç karşılığında kişinin yaşamına son verilmesi anlamına gelmektedir. Başta telafi edilebilirliğin mümkün olmaması olmak üzere cezada bulunması gereken birçok özellik ölüm cezasında mevcut değildir. Ölüm cezasının etkili olacağı ve suç işlenmesinin önlenmesinde başarılı olacağı ileri sürülmüşse de, suç istatistikleri aynı suçun tekrarlanması eğiliminin, eyleme verilen cezanın ağırlığıyla ters orantılı olduğunu ortaya koymaktadır. İnsan ruhunda en fazla etki yapan konu cezanın şiddeti ve yoğunluğu değil, ceza süresinin uzunluğudur. Bu nedenlerle çağdaş ceza hukukunda bu tür cezaya yer verilmemektedir<sup>69</sup>. Türk hukukunda da ölüm cezası kademeli şekilde kaldırılmış ve sonunda mevzuattan tamamen çıkarılmıştır<sup>70</sup>.

## 3. Hapis Cezası

### a. Genel Olarak

Özgürlüğe yönelik (hürriyeti bağlayıcı) cezalar, hapis cezalarıdır. Hapis cezası; failin işlediği suç karşılığında kanunda öngörülen sürelerle hürriyetinden yoksun bırakılması olup, hükümlünün belirli hak ve yükümlülöklere tabi olması suretiyle ceza infaz kurumlarında infaz

<sup>66</sup> 04.11.2004 tarihli ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, RG T. 13.11.2004, S. 25642.

<sup>67</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 719; Özen, 2005: 149; Öztürk/Erdem, 2006: 283; Demirbaş, 2009: 539

<sup>68</sup> Ölüm cezası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk Emin, “Ölüm Cezası” Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, SÜHFD, Konya 1991, s.145-175

<sup>69</sup> İçel vd. 2002: 55

<sup>70</sup> Önce ölüm cezası öngören suçların sayısı azaltılmıştır. Bkz. 21.11.1990 gün ve 3679 sayılı Kanun.

1984’ten sonra hiçbir ölüm cezası infaz edilmemiştir. Şu kanunlarla da ölüm cezası kademeli olarak kaldırılmıştır: 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun m. 1/A (09.08.2002 tarih ve 24481 sayılı RG); 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun m. 18 (18.7.2003 tarih ve 25172 sayılı RG); 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Kanun m.1/A-1 (21.07.2004 tarih ve 25529 sayılı RG); İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezalarının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 nolu Protokolün Onaylanması Hakkında Karar (13.12.2005 tarih ve 26022 sayılı RG); Ölüm Cezalarının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek 2. Protokolün Onaylanması Hakkında Karar (27.12.2005 tarih 26036 sayılı RG); 01.03.2006 tarih ve 5468 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası sözleşmeye Ek 2. İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına dair Kanun (17.03.2006 tarih ve 26111 sayılı RG).

edilir<sup>71</sup>. Ağır ve orta ağırlıktaki suçlar için öngörülen tek ceza türü olan hapis cezası günümüzde para cezası ile birlikte cezalar sisteminin temelini oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi belgelerinde, hapis cezasının insan hakları ile bağdaşan bir ceza olduğu vurgulanmıştır. İnsan onuruna aykırı olmadığından, son çare olarak hapis cezası uygulanabilir. Ancak hapis cezasının infaz şartları ve suçla orantılı olması, aşırı derecede uzun süreli olmaması önemlidir<sup>72</sup>.

Hapis cezasının türleri, sürelerine ve infaz rejimlerine göre belirlenmektedir<sup>73</sup>. Cezanın amacını gerçekleştirmeye uygunluğu açısından, her birinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kısa süreli hapis cezasının, cezanın amacını gerçekleştirmeye uygun olmadığı, öteden beri savunulmaktadır. Uzun süreli hapis cezasının da azımsanamayacak kadar çok sakıncası bulunduğu kabul edilmektedir. Bu hapis cezası türleri belirlenirken, aynı zamanda hapis hane kalma sürelerinin de belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Hapis cezası türleri arasında infaz rejimi açısından da farklılıkların bulunması gerektiği belirtilmekte, hapis hane kalma süresi uzadıkça, infaz rejiminin yumuşaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Hapis cezaları 5237 sayılı TCK'nın 46-49. maddelerinde gösterilmiştir. Bunlar; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası (m. 47), b) Müebbet hapis cezası (m. 48), c) Süreli hapis cezasıdır (m. 49).

Sürelerine ve infaz rejimlerine göre hapis cezalarının türleri şunlardır<sup>75</sup>:

<sup>71</sup> Demirbaş, 2008: 64; Çınar, 2005: 24

<sup>72</sup> Yenisey, 2001: 238; Çolak, 2005: 126; Yücel, 1973: 2-3

Alman Ceza Hukuku'nda hapis cezası ağır ve orta ağırlıktaki suçlar için öngörülen tek ceza çeşididir. 1969 Reformu sırasında, hapis cezaları bakımından yapılan en önemli değişiklik, sadece tek tip bir hürriyeti bağlayıcı cezanın (Einheitsfreiheitsstrafe) kabul edilmesidir. Buna karşın gençler (Jugendstrafe) ve askerler (Strafarrest) için istisnalar söz konusudur. Tek tip olan hapis cezası, infaz sırasında hükmün süresi ve hükümlünün kişiliğine göre farklı bir uygulama yapılmasına imkân verecek niteliktedir (Jescheck, 1989: 49). Almanya'da Ceza Kanununu Uygulanmasına Dair Kanun (EGStGB) m. 293 hükmüne göre, bütün eyaletlerde düzenlemeler yapılmış ve infaz mercilerinin ödenmeyen para cezasının yerine hapis cezası uygulamasından vazgeçerek, serbest çalışma cezasına hükmedilmesine olanak tanınmıştır (Jescheck, 2007: 64).

<sup>73</sup> Avrupa Konseyi'nin R (2003) 23 sayılı Tavsiye Kararına yapılan Ek 1. maddesinde ömür boyu ve uzun süreli hapis cezası tanımlanmıştır. Buna göre; beş yılı aşan hapis cezası, uzun süreli hapis cezası olarak kabul edilmektedir.

<sup>74</sup> Karakaş Doğan, 2010: 168; İnce, 2007: 34

<sup>75</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 473; Özgenç, 2012: 582; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 553

## b. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası

Ölüm cezasının kanunlardan çıkarılmasının ardından buna alternatif olarak öngörülen, infaz rejimi açısından müebbet hapis cezasından, ömür boyu sürmesi bakımından da süreli hapis cezalarından ayrılan hapis cezası olarak kanunlara girmiştir. Böyle bir infaz rejimi farklılığının gerekliliği tartışılmaktadır. Roxin; bu cezanın bir yaptırım türü olarak düzenlenmesine karşı çıkmakta, zira bu düzenlemenin evrensel insan hakları ile uyumsuz hale gelebileceğine işaret etmektedir<sup>76</sup>. Alman Ceza Kanunu m. 38 ve 39'da hürriyeti bağlayıcı cezalar belirlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) 38. maddede müebbet hapis cezası düzenlenmiş, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmemiştir.

Türk hukukunda şu an geçerli olan en ağır ceza, *ağırlaştırılmış müebbet hapis* cezasıdır. Bu cezaya ilk kez 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı 55. ve 58. maddelerde yer verilmiştir. 765 sayılı Mülga TCK döneminde 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı yasa ile hukukumuzda girmiştir<sup>77</sup>. 5237 sayılı TCK'da ölüm cezası yer almamaktadır. Bunun yerine 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan (CP) esinlenerek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Bu ceza ile idam cezasının kaldırılması sonrası ortaya çıkabilecek bir takım sakıncalı durumları önlemek ve toplumu ağır ve tehlikeli suçlulara karşı korumak amaçlanmıştır<sup>79</sup>.

Kanun koyucu, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını en ağır suçlar için öngörmüştür. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün yaşamı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında çektirilir (TCK m. 47). Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları, iç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik ve fizikî engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hâllerde

<sup>76</sup> Roxin, 2004: 23

<sup>77</sup> 765 sayılı TCK'nın 11. maddesinde 5218 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilmiş ve cürüm cezaları arasından ölüm cezası çıkarılmış, 13. maddesine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası eklenmiştir.

<sup>78</sup> Ölüm cezasını işkence olarak kabul eden ve onun yerine ikame edilen yaptırımın da işkence oluşturduğunu savunan Badinter, ölüm cezasından sonra en ağır cezanın müebbet hapis olduğu, diğer bir anlatımla ölüm cezasının yerini müebbet hapse terk ettiği fikrindedir. Bu bakımdan ölüm cezası kaldırılırken müebbet hapis cezasının infaz rejiminin ağırlaştırılmasının yerinde olmadığını belirtip, 1848'de Victor Hugo'nun da ölüm cezasının ilgasının basit, kati olması görüşünü ileri sürdüğünü söylemektedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 739).

<sup>79</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011:553; Özen, 2005: 147; Öztürk/Erdem, 2006: 262; Özgenç, 2011: 575; Demirbaş, 2009: 556; Koca/Üzülmez, 2012: 477; Çolak/Altun, 2007: 35; Karakaş Doğan, 2010: 83; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 739; Aksan, 2004: 179; Kurt, 2007: 51; Özbek vd. 2010: 541; Hakeri, 2012a: 554



aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasların geçerli olduğu sıkı güvenlik rejimine tâbi, hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırıldıkları tesislerdir (CGTİHK m. 9).

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını müebbet hapis cezasından ayıran bir özelliği infaz şeklinin farklı olmasıdır. Bu hapis cezasının infazı şu şekilde yapılır: Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır. Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır. Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitelerde kalan hükümlülerle iletişimde bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir. Hükümlü, yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir. Hükümlü, kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve on beş günde bir kez olmak üzere eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisine, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir. Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde on beş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilir. Hükümlü hiçbir suretle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez. Hükümlü, kurum iç yönetmeliğinde belirtilenlerin dışında herhangi bir spor ve iyileştirme faaliyetine katılamaz. Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbî tetkik ve zorunluluklar hariç, ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenlikli mahkûm koşullarında uygulanır<sup>80</sup> (CGTİHK m. 25).

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını müebbet hapis cezasından ayıran başka bir özelliği koşullu salıverme süresinin farklı olmasıdır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının hükümlünün hayatı boyunca devam edeceği TCK'nın 47. maddesinde belirtilmişse de, şartlarının varlığı durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlüleri koşullu salıverilmeden yararlanabilirler (CGTİHK m. 107/1-2). Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlülerine koşullu salıvermeden yararlanma olanağının tanınması, suçlunun iyileştirilmesi, yeniden topluma kazandırılması, başka bir deyişle cezada özel önleme amacının gerçekleştirilmesine yönelik olduğu söylenebilir<sup>81</sup>. 5275 sayılı CGTİHK'nın 107/1-

<sup>80</sup> 6.4.2006 tarih ve 26131 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 47. maddesinde de Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının nasıl infaz edileceği hususu düzenlenmiştir.

<sup>81</sup> Çınar, 2005: 30; Özen, 2005: 148, Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 739-740; Artuk/Alşahin, 2008: 445

2. maddesi hükmüne göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olan kişinin koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için, ceza infaz kurumunda iyi halli olarak otuz yılını geçirmesi gerekir. Bu süre, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet durumunda otuz altı yıldır (CGTİHK m.107/4).

Koşullu salıverilmeden yararlanma olanağı tanınmayan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar CGTİHK'nın 107. maddesinin 16. fıkrasında gösterilmiştir. Bunlar TCK İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar", başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halleridir. Bu durumun, cezaların insaniliği prensibine aykırı olduğu söylenebileceği gibi, söz konusu düzenleme, cezanın infaz aşamasında bireyselleştirilebilmesi açısından da önemli bir imkânı ortadan kaldırması nedeniyle eleştirilmektedir. Bu hükmün, aynı ağırlıktaki cezalar bakımından, suç türüne göre farklı infaz sistemi öngörülmesi nedeniyle, Anayasa'nın "hukuk devletini" düzenleyen 2. maddesi ile "eşitlik ilkesini" düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü aynı ağırlıktaki cezalar bakımından, suç türüne göre farklı infaz sistemi öngörülmektedir. Kanun koyucunun tercihi bu olmakla birlikte, gerekçelerinin yetersiz olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bu düzenleme, hükümlünün dışarı çıkma ümidi kalmaması nedeniyle hükümlünün yeniden topluma kazandırma çalışmalarını etkisiz hale getireceği için de eleştirilmektedir<sup>82</sup>.

Dönmezer, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yaptırımını, ölüm cezasına benzeterek eleştirmiş ve fail hakkında ölüm cezası verilmiş gibi uygulamaya neden olacağını savunmuştur. Yazara göre, bu ceza türü, mahkûmu fiilen öldürme dışında ölüm cezasını yürürlükte tutacaktır<sup>83</sup>. Almanya, Fransa ve İtalya Anayasa Mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son dönemlerde gösterdiği yaklaşımlara dikkat çeken bir kısım yazar, şartlı tahliyesiz müebbet hapis cezasının insanlık onuruna aykırı olduğunu savunmaktadır<sup>84</sup>. Hükümlünün ölüm cezasına çarptırılmadığı halde hayatı boyunca cezaevinde tutulması, cezaevinde kendisine en iyi şartlarda muamele edilse, mahkûm en iyi tutum ve davranışa

<sup>82</sup> Özgenç, 2011: 657; Toroslu, 2010: 123

<sup>83</sup> Dönmezer, 2002: 7

<sup>84</sup> Karakaş Doğan, 2010: 169

ulaşsa ve ıslah olup, toplumsal yaşama hazır hale gelse dahi, hiçbir koşulda salıverme olanağı tanınmayacak olan hükümlünün, içinde bulunduğu çaresizlik, cezanın insan onuruna aykırı olmaması ve insancıl olması gerektiği ilkesi ile çelişmektedir.

Kanaatimizce 5275 sayılı CGTİHK’da suç ve ceza politikası açısından suçlar arasında farklı cezalar öngörüldüğü halde, aynı suçlar için bu sefer koşullu salıverme oranlarının farklı düzenlenmesi, hatta bazı suçlar açısından koşullu salıverme olanağının verilmemesi ceza adaleti ve cezaların insaniliğine aykırı olması nedeniyle de sakıncalıdır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü iken, koşullu salıvermeden yararlanarak serbest kalmış bir kişinin suç işlemesi durumunda, ceza ölene kadar süreceği için bihakkın tahliye tarihi kişinin ölüm tarihi olarak düşünülecektir, koşullu salıverme kararı geri alınacaktır. Kişinin bir daha koşullu salıvermeden yararlanıp yararlanamayacağı, 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı CGTİHK’da düzenlenmemiştir. Şu an geçerli olan kural, kişinin ölene kadar ceza infaz kurumunda kalması ve koşullu salıvermeden bir daha yararlanmaması şeklindedir<sup>85</sup>. Müebbet hapis cezasına hükümlü olan kişi için de aynı sonuç geçerlidir. Cezaların insaniliği ilkesi gereği her halükarda hükümlüye koşullu salıverme olanağının, bu süre 40 ya da 50 yıl olsa bile, açık tutulması gerekir<sup>86</sup>. Aksi takdirde cezanın insani olduğu söylenemeyeceği gibi, cezanın etkinliğini beklemek de mümkün olmayacaktır.

### c. Müebbet Hapis Cezası

Hükümlünün ömür boyu cezaevinde kalması sonucunu doğurmaktadır. Ölüm cezasının kaldırılması uzun süreli hapis cezasına mahkûmiyet oranını arttırmıştır. Müebbet hapis cezaları sabit cezalardır; yani bunların alt ve üst sınırları yoktur. Bu itibarla bu cezalar,

<sup>85</sup> Mülga 765 sayılı TCK’nın 17/2. maddesine göre: “şartla salıvermenin geri alınması durumunda, aynen çektirilecek süre; ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler için kırk yıl, müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanlar için otuz altı yıl üzerinden hesap edilir.”

<sup>86</sup> Türk İnfaz Hukuku’nda 765 sayılı TCK m.17/2’ye benzer bir düzenlemeye acilen olmasa da ihtiyaç vardır. Bu zorunluluk şimdilik uygulamada ortaya çıkmamıştır. Zira 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı CGTİHK’un yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlardan ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası alıp da, koşullu salıvermeden yararlanan ve bihakkın tahliye tarihine kadar olan süre içerisinde suç işleyen kişi henüz mevcut değildir. Zira 1.6.2005 tarihinde işlenmiş olsa bile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan bir kişinin şartla tahliyesi (30 yıl) en erken 1.6.2035 olacaktır. Bu tarih itibarıyla mutlaka böyle bir düzenleme ihtiyacı hâsıl olacaktır. Bugün için müebbet hapis cezasından koşullu salıverilenler suç tarihleri 1.6.2005 öncesi olup, 647 sayılı Kanuna tabi olanlardır. Bunların tekrar suç işlemesi durumunda da 765 sayılı TCK m.17/2 uygulanacaktır. Bugün uygulamada ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası almış olan hükümlüye süre belgesi verirken, bihakkın tahliye tarihine “ÖLÜNCEYE KADAR” yazmak gerekmekte, ancak cezaların insaniliği ve her halükarda hükümlüye koşullu salıverme hakkının tanınması gereğinden, özellikle hükümlünün cezaevindeki moral ve psikolojik durumunu yok etmemek adına, hiçbir hukuki gerekçesi olmadığı bilindiği halde, bihakkın tahliye tarihine, 765 sayılı TCK m. 17/2’deki süreler (müebbet için 36, ağırlaştırılmış müebbet için 40 yıl) yazılmaktadır.

mahiyetleri gereği cezanın belirlenmesi sırasında hâkime takdir imkânı da vermezler<sup>87</sup>. Bununla beraber isnat yeteneğiyle ilgili konular<sup>88</sup> ile hâkimin takdir yetkisi şeklindeki cezadan indirim yapılabilecek müesseseler burada da geçerlidir<sup>89</sup>. Müebbet hapis cezasıyla cezalandırılan hükümlülerinin cezaevinde geçirmesi gereken süre ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, ortak olan taraf, bu cezanın belirsiz bir süre için verilmesidir. Hükümlüler belirli koşullar altında salıverilseler de cezanın yaşam boyu sürecek etkileri, bu belirsizliğe göre planlanmaktadır. Müebbet hapis cezasındaki belirsiz süreli tutma, endişe verici olup, cezanın genel ve özel önleme amacı açısından olduğu kadar, insan onuru ve kişiliğine aykırı oluşu nedeniyle de tartışmalıdır<sup>90</sup>.

Müebbet hapis cezasının temelinde toplumun tehlikeli suçlulardan korunması, bu tür kişilerin toplumdan soyutlanması ve etkisiz hale getirilmesi yatmaktadır. Ömür boyu hapis cezasına çarptırılan bir kişiye ayrıca daha ağır bir ceza verilemeyeceğine göre, bu kişi kendisini başka ve daha ağır suçlar işlemeye mezun görebilir<sup>91</sup>. Diğer yandan, insanı ölüncüye kadar cezaevinde tutan bir sistem, cezanın hiçbir amacına hizmet etmediği gibi, böyle bir cezalandırma, hükümlü bakımından manevi işkence olarak kabul edilmelidir. Bu cezanın infazı sırasında zaman zaman gözden geçirileceği ve hükümlünün ıslahı yönünde bir gelişme göstermesi durumunda salıverme olasılığının da olacağı bir sistem, hem toplum açısından hem de hükümlüyü iyiye teşvik etme yönünden daha yararlı olacaktır<sup>92</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda, uzun süreli tartışmalara karşın, 1969 Reformu'ndan sonra da, ömür boyu hapis cezası kanunda muhafaza edilmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVG), müebbet hapis cezasının Anayasaya uygun olduğunu, insan onuru ile bağdaşır bir infaz rejimine göre çektirilmesi ve hükümlünün yeniden özgür olabilme şansının somut ve esaslı bir biçimde var olması koşulu ile kabul etmektedir. Mahkeme, hükümlünün infaz ile yeniden sosyalleşmeye hakkı olduğuna karar vermektedir<sup>93</sup>. Nitekim 1981 tarihli bir kararında

---

<sup>87</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 736

<sup>88</sup> Örneğin; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi.

<sup>89</sup> Toroslu, 2010: 120

<sup>90</sup> Karakaş Doğan, 2010: 172, 174

<sup>91</sup> İçel vd. 2002: 66

<sup>92</sup> İçel vd. 2002, 66; Demirbaş, 2009: 647; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 741

<sup>93</sup> BVGE, 45, 187/242

da müebbet hapis cezasında şartlı salıvermenin yolunu açmıştır<sup>94</sup>. Bu düzenlemeden önce, müebbet hapis cezası hükümlülerinin yeniden özgür olabilmesinin tek olanağı af idi. Mahkemenin bu kararı vermesinde af uygulamalarının birbirinden farklı ve istikrarsız oluşu ve mahkeme tarafından kontrol edilememesi belirleyici olmuştur. Almanya’da halen müebbet hapis cezası hükümlüleri on beş yıl cezaevinde kaldıktan sonra şartlı salıvermeden yararlanmaktadır. Bir yıl içinde verilen ve ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza ihtiva eden mahkeme karar sayısı 50-90 arasındadır. Bu mahkûmiyet kararlarının yaklaşık % 98’i kasten öldürmenin nitelikli şekli olan “cinayet<sup>95</sup>” suçundan verilmiştir<sup>96</sup>. Kanunda bu suçun cezası sabit bir ceza olarak (müebbet hapis) belirlenmiştir<sup>97</sup>.

İtalya’da müebbet hapis cezalarının İtalyan Anayasası’nın cezanın ıslaha yönelik olmasına ilişkin 27. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiş, ancak söz konusu iddialar, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme bir kararında<sup>98</sup>, cezanın işlevinin ve amacının sadece suçluyu sosyal hayata uyumlu hale getirmek olmadığını belirtmiştir. Cezanın amaçları arasında ıslah umudu kadar, hiç kuşkusuz caydırma, önleme, sosyal savunmanın da yer aldığını belirtmiştir<sup>99</sup>.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de müebbet hapis cezalarıyla ilgili olarak benzer bir kararında, devletin kişi özgürlüğünü ömür boyu kısıtlamasının, cezanın insaniliğine aykırı olduğuna ve müebbet hapsin kişiyi yeniden topluma kazandırmaya yönelik olmadığına dair itirazları reddetmiştir. Mahkeme bu kararında “cezanın amacının sadece suçluyu ıslah etmek olmadığını, yeniden eğitime kavramının yalnızca suçlunun sosyal hayata kazandırılması amacına indirgenemeyeceğini, bu bağlamdaki ahlaki yönden düzeltmenin de söz konusu kavrama dâhil olduğunu” belirtmiştir. Bu mahkeme kararlarındaki düşünceler eleştirilmekle birlikte, Beccaria’dan günümüze kadar ceza düşüncesindeki ve kriminolojik çalışmalardaki

<sup>94</sup> Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı üzerine kanun koyucu 8.12.1981 tarihli 20. Ceza Kanunu Değişikliği Kanunu (StGaeG) ile ömür boyu hapis cezasında hâkimin karar vermesi şartıyla koşullu salıverme imkânını getirmiştir (m. 57a).

<sup>95</sup> Alman Ceza Kanununda bu eylem “Mord” kelimesiyle ifade edilmiş ve StGB m. 211’de düzenlenmiştir.

<sup>96</sup> Federal Mahkeme’nin (BGH) tamamlanmış nitelikli kasten öldürme suçlarında, istisnai bazı hallerde süreli hapis cezasına hükmedilebileceğine dair kararı mevcuttur. (BGHStS 30,105)

<sup>97</sup> Jescheck, 2007: 49; 64

<sup>98</sup> İtalya Anayasa Mahkemesi (LCC) 26.11.1974 tarih ve 264 nolu kararı

<sup>99</sup> Toroslu, 2010:121

gelişmeye karşın, hürriyeti bağlayıcı müebbet cezanın korkutuculuğundan vazgeçmeyi sağlayacak, suçu önleyecek gerçek bir araç bulunamadığı da ifade edilmektedir<sup>100</sup>.

Müebbet hapis cezası 5237 sayılı TCK'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olup, ilgili maddeye göre hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Müebbet hapis cezası kapalı ceza infaz kurumlarında, normal infaz sistemine uygun şekilde yerine getirilir. Bazı suçlara ilişkin hapis cezaları<sup>101</sup> ise sürelerine bakılmaksızın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarının infazının yapıldığı yüksek güvenlikli kapalı infaz kurumlarında yerine getirilir (CGTİHK m. 9/2). Müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar için, 5275 sayılı CGTİHK'da, özel infaz rejimi düzenlenmemiştir. Müebbet hapis cezası hükümlülerinin koşullu salıvermeden yararlanma şartları CGTİHK'nın 107. maddesinde gösterilmiştir. Bu suçlardan mahkûm olanlara da yeniden topluma dönebilme olanağı tanınmıştır<sup>102</sup>. 5275 sayılı CGTİHK m. 107/1-2 hükmüne göre müebbet hapis cezasına mahkûm olan kişinin, koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için, ceza infaz kurumunda iyi halli olarak yirmidört yılını geçirmesi gerekir. Bu süre, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı müebbet hapis cezasına mahkûmiyet durumunda otuz yıldır (CGTİHK m. 107/4).

#### **d. Uzun Süreli Hapis Cezası**

5237 sayılı TCK'nın 49. maddesinde süreli hapis cezası düzenlenmiştir. Buna göre “*süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.*” Burada yirmi yıl olarak gösterilen sınır, ilgili suçtan dolayı temel cezanın üst sınırının gösterilmediği durumlarda dikkate alınır. Somut sonuç cezanın belirlenmesinde artırım ve indirim nedenleri uygulanarak yirmi yıl aşılabılır. Kanun koyucu süreli hapis cezalarının, sonuç cezasının üst sınırını 30 yıl olarak belirlemiştir (TCK m. 61/7). Bunun anlamı, alt sınır ve/veya üst sınır gösterilsin ya da gösterilmesin, 61. maddeye uygun yapılacak artırım ve indirimlerden sonra bulunacak cezasının 30 yılı geçemeyeceği anlamına gelmektedir<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Toroslu, 2010: 122

<sup>101</sup> 5237 sayılı TCK'nın 77, 78, 81, 82, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315. maddelerinde yer alan suçlar için verilmiş hapis cezalarının sürelerine bakılmaksızın yüksek güvenlikli kapalı infaz kurumlarında yerine getirilir.

<sup>102</sup> Özbek, 2005:485

<sup>103</sup> Özen, 2005: 148; Çınar, 2005: 32

5237 sayılı TCK'da “*bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezası*” olarak düzenlemiştir (TCK m. 49/2). Burada esas alınan ölçü, kanun maddesindeki ceza değil, yargılama sonunda hükmedilen somut cezadır. TCK'nın 50/4. maddesinde “*Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa ...*” ifadesi kullanılmak suretiyle, örtülü bir şekilde kısa süreli-uzun süreli hapis cezası ayrımı kabul edilmiştir. Sonuç olarak bir yıl ve altındaki hapis cezaları kısa süreli hapis cezası olarak kabul edilmişken, bir yılın üstündeki hapis cezaları uzun süreli hapis cezası sayılmıştır<sup>104</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta, beş yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilenlerin cezalarının, ceza infaz kurumunda infaz edilmemesi gerektiği yönünde bir eğilim gelişmektedir. Ciddi suçları işlemiş olsalar da, bu hükümlülerin önemli bir kısmı, cezaevinde beş yıl boyunca hapsedilmeyi gerektirecek özelliklere sahip değildir. Yapılan araştırmalar sonucunda uzun süreli hapis cezası hükümlülerinin, tahliye oluncaya kadar üç önemli aşamadan geçtikleri tespit edilmiştir. Bu hükümlüler için ilk aşamada ceza infaz kurumu yaşamı merkezdedir. İkinci aşamada, salıvermeye hazırlık yapıldığı ve ilk dönemde edinilen alışkanlıkların terk edilmeye başlandığı görülmektedir. Son aşamada, doğrudan özgürlüğe geçiş ve yeniden toplumun bir parçası olma çabası vardır<sup>105</sup>.

#### e. Kısa Süreli Hapis Cezası

Ceza hukukunun gereklerinden doğan kısa süreli hapis cezası, suç politikası tartışmalarının odağında bulunmaktadır. Kısa süreli hapis cezasının süresi konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Dönmezer/Erman, kesinleştiği tarihten itibaren suçlunun eğitimi ve ıslahı için olanak vermeyecek kadar kısa olan hapis cezasını kısa süreli kabul etmektedir<sup>106</sup>.

1948 tarihinde Milletlerarası Ceza ve İnfaz Komisyonu, üç ayı geçmeyen hapis cezasının kısa süreli olduğunu kabul etmiş ve bu görüş 1950 tarihli Lahey 12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde de benimsenmiştir. 1960 yılında yapılan Londra Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Uygulanacak Muamele Hakkında 2. Birleşmiş Milletler Kongresinde, kısa süreli hapis cezası için üst sınır altı ay olarak değiştirilmiş ve bu görüş genel kabul görmüştür. Kısa süreli hapis cezasından vazgeçilmesi, 1960 Londra ve 1965 Stockholm

<sup>104</sup> Artuk, 2007: 66; Koca/Üzülmez, 2012, 478-479; Çınar, 2005. 33; Öztürk/Erdem, 2006: 266; Özbek, 2005: 487

<sup>105</sup> Karakaş Doğan, 2010: 186

<sup>106</sup> Dönmezer/Erman 1999: 648

Kongrelerinde önerilmiştir. Türk Ceza Hukuku'nda bir yıl ve daha az süreli olan hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilmektedir (TCK m. 49/2)<sup>107</sup>.

Almanya'da üç aya kadar olan hapis cezası kısa süreli kabul edilmekteyken, 1969 yılında yapılan reform ile bu süre altı aya çıkartılmıştır. Halen altı aya kadar olan hapis cezasının kısa süreli olduğu kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Kısa süreli hapis cezasına seçeneklerin öne çıkarıldığı Almanya'da, 1962 tarihli Alternatif Ceza Kanunu Tasarısı'nda hapis cezasının altı aydan başlatılması önerilmiştir<sup>109</sup>. Halen altı aydan kısa süreli hapis cezasına ancak istisnai durumlarda hükmedilebilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 47. maddesinin başlığı "Kısa Süreli Hapis Cezasının İstisna Oluşu" biçimindedir. Mahkeme ancak kanunda yer alan koşulların bulunması ve kaçınılmaz olması durumunda altı ayın altında kısa süreli hapis cezasına hükmedebilir<sup>110</sup>.

Kısa süreli hapis cezalarının yararları ve sakıncaları bakımından öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>111</sup>. Bu görüşlerden hareketle, kişilerin mahkûm oldukları hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesinin toplum barışı açısından zorunluluk göstermediği durumlarda ve infaz kurumunda çektirilmesinin doğuracağı sakıncalar da gözetilerek<sup>112</sup>, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilebileceği öngörülmüştür (TCK m. 50). Kısa süreli hapis cezası, kısa ve keskin şok olarak nitelendirilmekte, hükümlünün cezaevinde bulunacağı süre, ıslah programı uygulanamayacak kadar kısa olduğundan ıslahtan çok, diğer hükümlülerden kötü etkilenme daha yoğun olabilecektir. Kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermek için, bazı hukuk sistemlerinde hapis cezasının alt sınırının yüksek tutulması ve kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın uygulanmasının özel koşullara bağlanması önerileri getirilmiştir<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> Öztürk/Erdem, 2005: 291; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 863; Karakaş Doğan, 2010: 187; Erdem, 2001: 195

<sup>108</sup> Çolak/Altun, 2007: 43

<sup>109</sup> Demirbaş, 2008: 65; Öztürk/Erdem, 2006: 294

<sup>110</sup> Yenisey/Plagemann, 2009: 37

<sup>111</sup> Çolak/Altun, 2007: 41-90; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Necati Meran, (2007), Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, AD, S:27, Ocak, s. 135-141 (www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27say%C4%B1.pdf)

<sup>112</sup> 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin Hükümet Gerekçesi (bkz. Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2004, s.194-195).

<sup>113</sup> İçel, 1977: 324; Çolak/Altun, 2007: 41



Hapis cezasının kısa veya uzun süreli olması ona bağlanan sonuçlar açısından önem arz etmektedir. Örneğin; kısa süreli hapis cezası için TCK'nın 50. maddesinde seçenek yaptırımlar öngörülmüştür. Kısa süreli hapis cezası yerine adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımların uygulanması kural olarak hâkimin takdirine bırakılmıştır. Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşulu ile mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile suç tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış ya da altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği, bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının, adli para cezası ya da tedbire çevrilmesi zorunludur (TCK m. 50/3).

Hapis cezasının kısa süreli olmasının bir başka sonucu, bu nitelikteki hapis cezaları için belli şartların varlığı durumunda özel infaz usulleri öngörülmüş olmasıdır. Türkiye'de kısa süreli hapis cezalarına ilişkin olarak özel infaz şekillerinin uygulanmasının, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar nedeniyle az olduğu ifade edilmiştir<sup>114</sup>. 765 sayılı TCK dönemi için yapılmış olan bu eleştirilerin 5237 TCK ve 5275 CGTİHK hükümlerindeki yaptırım ve infaz usulü konusundaki çeşitlilik karşısında geçerliliği bulunmamaktadır<sup>115</sup>.

Hapis cezasının kısa süreli olmasının bir başka sonucu ise hükümlülerin açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları sırasında kendini göstermektedir. Hükümlülerin açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarını düzenleyen yönetmelik hükümlerine göre iki yıla kadar hapis cezasına mahkûm olanlar için doğrudan açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkı tanınmaktadır<sup>116</sup>. Hatta bu süre 6352 sayılı Kanun ile taksirli suçlar açısından toplam beş, kasıtlı suçlar açısından toplam üç yıla çıkarılmıştır. 6291<sup>117</sup> ve 6352<sup>118</sup> sayılı Kanunlar ile

---

<sup>114</sup> Yücel, 1974: 529

<sup>115</sup> 5275 sayılı CGTİHK'nin 110. maddesi; konutta infaz, geceleyin infaz ve hafta sonları infaz alternatifleri düzenlenmiştir. Bu şekildeki infaz usulleri hükümlünün yaşına göre ceza süresi üç yıla kadar olan mahkûmiyetleri kapsamaktadır ve infaz usullerindeki çeşitliliği göstermektedir.

<sup>116</sup> 17.4.2012 tarih ve 28262 sayılı RG'de yayınlanan Yönetmelik ile değişik 17.6.2005 tarih ve 25848 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılmaları Hakkında Yönetmeliğin, m. 5'e göre, "İlk kez suç işleyen veya iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanlar ile adli para cezası iki yıl ve daha az süre ile hapse çevrilenlerin cezaları, 6. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile (b) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentleri ve dördüncü fıkrasındaki koşulları taşımaları durumunda doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir."

<sup>117</sup> 11.4.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6291 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 105. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 105/A maddesi eklenmiş ve şartla tahliyenin süresi kısaltılırken tahliye sonrası için denetimli serbestlik düzenlemesi getirilmiştir.

<sup>118</sup> 5.7.2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun Geçici 3. maddesine göre kasıtlı suçlardan üç yıl ve taksirli suçlardan beş yıl hapis cezasına mahkûm olanların cezalarını doğrudan açık ceza infaz kurumlarında infaz edebilme olanağı sağlanmıştır. Bu madde metni için bkz. Dipnot, dn. 38.

hapis cezalarının infazı hususunda getirilen düzenlemeler infaz usulundeki çeşitliliği artırmıştır.

#### 4. Adli Para Cezası

##### a. Genel Olarak

Hedef aldığı hukuki değer açısından bir başka ceza, malvarlığına yönelik olan para cezasıdır<sup>119</sup>. Para cezası, topluma belli ölçüde zarar veren fiiller karşılığında, failin kusuruna ve ekonomik durumuna göre hesaplanarak, yargısal faaliyet sonucunda bir yargı organı kararıyla hükmedilen, tazmin amacı taşımaksızın, belli bir miktar paranın devlet hazinesine yatırılması demektir<sup>120</sup>.

Adli para cezasının suçlunun malvarlığına yönelik olması, onun hukuki niteliğini etkilemez. Adli para cezalarının da gerçek fonksiyonu diğer cezalarda olduğu gibi suç işlemiş kişinin cezalandırılması, bu yolla genel ve özel önlemenin sağlanmasıdır. Bu nedendir ki TCK'nın 64/2. maddesinde, hükümlünün ölümüyle, henüz ödenmemiş olan para cezasının düşeceği, para cezasının hükümlünün terekesinden tahsilinin söz konusu olamayacağı düzenlenmiştir. Keza hükümlünün herhangi bir sebeple devletten olan alacağı, para cezası ile takas edilemez, ödenmeyen para cezasının hapse çevrilebilir (CGTİHK m. 106), zamanaşımı bakımından da para cezaları ceza hukukunda geçerli ceza zamanaşımına tabidir (TCK m. 68)<sup>121</sup>.

Para cezasının olumlu yönleri olarak; para cezaları daha ahlakidir, kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını ortadan kaldırması bakımından, cezanın genel amaçlarına da uygundur<sup>122</sup>. Suçlunun kusuruna ve suçun ağırlığına göre ceza tespit edilmesine (bireyselleştirmeye) yardım edecek şekilde, bölünebilir niteliktedir. Taksite bağlanabilen para cezaları, cezanın caydırıcılık etkisinin tekrarlanmasını sağlar ve hapis cezasında görüldüğünün aksine, bir müddet sonra alışılması nedeniyle müeyyidenin etkisinin azalması

<sup>119</sup> Adli para cezasının, Alman hukukundaki "Geldbusse" deyiminin tam karşılığı olmadığı, Geldbusse ceza olmayıp göreve aykırı hareket eden bir kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir ihtar niteliğine sahip olduğu, "Geldbusse" adli sicile kaydedilmediği gibi, ödenmemesi durumunda ilgilinin özgürlüğü bağlayıcı cezaya değil, ancak hapsen tazyike tabi tutulacağı konusunda bkz. İçel/Yurtcan, "Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu", İÜHF, XXXVI, 1-4 (1971), 440 dn.1. Alman Ceza Kanunu m. 40'ta düzenlenmiş olan para cezası ise (Geldstrafe) teknik anlamda adli para cezasıdır.

<sup>120</sup> Yenidünya, 2006: 121-154; Donay, 1972: 68; Hafizoğulları, 2007: 91; Yüce, 1957: 9

<sup>121</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 844

<sup>122</sup> Çolak/Altun, 2007: 210; Yılmaz, 2005: 38; Artuk vd. 2011:847; Önder, 1992: 513; Koca/Üzülmez, 2012: 512

söz konusu olmaz<sup>123</sup>. Devlet açısından önemli bir maddi yük olan cezalandırmayı (Örn.; ceza infaz kurumlarının inşası, personel harcamaları, diğer giderleri vs), tam tersi şekilde, gelir kaynağına dönüştürür<sup>124</sup>. Para cezalarının belki de en olumlu yanı, adli hata durumunda geri alınabilir olması olarak gösterilebilir. Para cezası yanlış tahsil edilmişse faiziyle birlikte iade edilebilir<sup>125</sup>.

Bu olumlu özelliklerine karşılık olarak para cezasının, maddi durumları farklı kişilerde farklı etkiler yaratacağı için, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülebilir. Bu sakınca, para cezaları belirlenirken suçluların ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulması, orantılı ceza tayin edilmesi halinde ortadan kaldırılacaktır<sup>126</sup>. Adli para cezaları için yapılacak bir başka eleştiri; enflasyon nedeniyle para cezalarının komik düzeylerde kalması<sup>127</sup>, bu cezaların etkisinin azalması olarak ortaya çıkmaktadır<sup>128</sup>.

Para cezaları belirlenme şekillerine göre; klasik para cezası ve gün para cezası olmak üzere ikiye ayrılır.

#### **b. Klasik Para Cezası Sistemi**

Klasik para cezası sisteminde para cezası şu şekillerde belirlenebilir: Para cezası suç karşılığında sabit bir miktar olarak gösterilebilir ve maktu para cezası olarak adlandırılır. Para cezasının alt ve üst sınırlarının gösterilerek (iki had arasında öngörülen), hâkimin bu sınırlar arasında uygun göreceği miktarı belirlemesine olanak tanınabilir. Suçtan kaynaklanan zarar veya failin suçtan elde ettiği yarar veyahut bunların katları temel alınabilir. Bu para cezası da nispi-misli para cezası olarak ifade edilir<sup>129</sup>.

Genel ve özel ceza kanunlarında öngörülen adli para cezaları, bazen belli bir miktar (sabit/maktu) olarak belirlenmektedir. Maktu para cezasının öngörüldüğü hallerde, hâkim, mahkûmiyet kararı verirken cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin kıstasları tartışamaz.

<sup>123</sup> İçel vd. 2002, 95-96; Donay, 1972: 45; Koca/Üzülmez, 2012: 512; Dönmezer/Erman, 1999: 486

<sup>124</sup> Artuk vd. 2011: 848; Taner, 1953: 635; Koca/Üzülmez, 2012: 512

<sup>125</sup> İşoğlu, 2008: 94; Donay, 1972: 46; İçel vd, 2002, 97; Koca/Üzülmez, 2012: 512

<sup>126</sup> Taner, 1953; 635; Önder, 1992: 513; Donay, 1972: 47-48; İçel vd, 2002: 97; Demirbaş, 2009: 571

<sup>127</sup> Nitekim Türkiye’de 1.8.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4421 sayılı Kanunla para cezaları dönem şartlarına göre uygun hale getirmek için artırılana kadar, kasten yaralama suçuna verilebilecek para cezası, enflasyon etkisiyle o kadar düşük kalmıştı ki (765 sayılı TCK m. 456/4 karşılığı 1520 TL), bir öğün yemek bedeli kadar değildi.

<sup>128</sup> Demirbaş, 2009: 572; Taner, 1953: 635; İçel vd.2002: 98; Denizhan, 2006: 90

<sup>129</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 556; Karagülmez, 2005: 25

Örneğin; sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı veya fiilin ağırlığını dikkate alamaz. Zira burada kanun, “... *fiilini işleyene 1000 TL adli para cezası verilir*” biçiminde ödenecek para miktarını sabit olarak belirleyen bir hüküm içermektedir. Bu açıdan maktu para cezaları, cezanın bireyselleştirilmesine uygun değildir<sup>130</sup>.

Para cezası içeren kanunlarda, çoğunlukla cezalar, maktu değil, iki sınır arasında öngörülmektedir. Bunda amaç, suçun ve sanığın özelliklerine göre, hâkime cezayı belirlerken takdir hakkı tanımak ve cezanın bireyselleştirilmesine, adaletin daha iyi tesisine katkıda bulunmaktır. Örneğin; kanun “... *fili işleyene 1000 TL'den 5000 TL'ye kadar adli para cezası verilir*” şeklinde hüküm içerir. Hâkim, cezanın bireyselleştirilmesi için öngörülmuş kurumlara ve kavramlara uygun olarak, bu iki sınır arasındaki bir cezayı, gerekçesini belirtmek üzere tercih edebilir. Bu haliyle cezanın bireyselleştirilmesi açısından daha elverişlidirler<sup>131</sup>.

Kanunun nispi para cezası öngördüğü hallerde, suç konusunun değeri (Örn. yakalanan uyuşturucunun piyasa değeri), meydana gelen zararın miktarı (Örn. zarar verilen malın rayiç değeri) ya da failin temin ettiği yarar (Örn. dolandırıcılık suçunda elde edilen yarar miktarı) göz önünde bulundurulur, her olay için nispi para cezası miktarı özel olarak belirlenebilir. Bu hallerde bireyselleştirme yanında ödetme amacının ön plana çıktığı savunulmaktadır<sup>132</sup>.

### c. Gün Para Cezası Sistemi

Para cezalarına yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, bu cezaların eşitliğe aykırı olmasıdır. Klasik para cezası sistemi her halde bu eleştiriyi hak etmektedir. Çünkü bu para cezaları belirlenirken, sanığın ekonomik ve sosyal durumu hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmamaktadır<sup>133</sup>.

Gün para cezası sisteminde<sup>134</sup>, sadece suçun değil, sanığın mali ve kişisel durumunun da, para miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak olması, cezaların eşitliği ilkesine aykırılık eleştirisini azaltmaktadır. Hatta gün para cezası sisteminde, hem gün sayısı hem de gün için öngörülen para tutarı olmak üzere iki unsurlu, iki sınır arası belirleme söz konusu

<sup>130</sup> Karagülmez, 2005: 27

<sup>131</sup> Karagülmez, 2005: 29

<sup>132</sup> Karagülmez, 2005: 29

<sup>133</sup> Karagülmez, 2005: 42; Strahl, 1971: 581

<sup>134</sup> Gün para cezası sistemiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. A. Karagülmez, Gün Para Cezası Sistemi, Ankara 2005, Kartal Yayınları

olmakta, bu sayede eşitliği sağlamak daha mümkün hale gelmektedir. Ancak her gün için belirlenecek para miktarının alt ve üst sınırlar arasında olması nedeniyle, mali durumları arasında uçurum bulunan iki sanık açısından, bu eleştiri tamamen giderilmiş olmayacaktır<sup>135</sup>. Nüfusun büyük çoğunluğunun sabit ve kayıt altında bir gelirin bulunmadığı ülkelerde, gün para cezası, bordrolu çalışanlar aleyhine bir eşitsizliği engelleyemeyecektir. Sanığın gelir durumunun belirlenmesindeki güçlükler ve bu maksatla bilirkişi ya da adli kolluk görevlilerinin kullanılması, yargılamanın uzamasına neden olacaktır<sup>136</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 40. maddesi, gün para cezası sistemine yer vermiştir. Bu hüküm gereğince para cezaları güne göre hesap edilir. Kanunda aksi belirlenmemişse, adli para cezası, en az 5 ve en çok 360 gün olabilir. Mahkeme, bir gün karşılığı para miktarını, failin sosyal ve ekonomik durumuna göre belirler. Günlük kazancın bir kısmının para cezasına esas alınması sistemi de uygulanabilmektedir. Buna göre, cezaların tayini konusundaki Alman Ceza Kanunu'nun 46/1. maddesi uygulanarak, suçun ağırlığına göre, gün birim sayısı tespit edilir. Birim karşılığı ise failin ekonomik durumuna göre belirlenir. Bir gün karşılığı para miktarı belirlenirken, failin geliri, malvarlığı ve diğer esaslı unsurlar dikkate alınır. Kural olarak, failin bir günlük ortalama net kazancı ya da kazanması gereken miktar esas alınır. Failin lüks harcamaları ya da tazminat ödemesi, para cezasının azaltılması sonucunu doğurmaz. Bir gün karşılığı para miktarı en az 1 Euro (Euro'ya katılmadan önce 2 Mark) ve en fazla 5000 Euro (Euro'ya katılmadan önce 10.000 Mark) olarak belirlenir. Kararda, gün sayısı ve gün karşılığı belirlenen para tutarı ayrı ayrı gösterilir. Cezanın ödenememesi durumunda, kararda belirtilen bir gün birim para cezası, bir gün hapis cezasına dönüşür<sup>137</sup>. Failin kişisel veya ekonomik durumu göz önüne alınarak, para cezasını derhal ödemesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği konusu değerlendirilir. Hükümlüye süre tanıma (mehil), taksite bağlama gibi, ödeme kolaylığı yapılıp yapılmamasına karar verilir (StGB, m. 42). Para cezasının ödenememesi durumunda, bir günlük birim para cezası, bir gün özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşür<sup>138</sup>. Alman hukukunda organize suçlulukla mücadele aracı olarak 1992'de getirilen malvarlığı cezası (StGB Art. 43a), Alman Anayasa Mahkemesi (BVH) tarafından, Alman Anayasası'nın (GG) 103/2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Karagülmez, 2005: 45

<sup>136</sup> Tezcan/Erdem/Sancankdar, 2004: 348

<sup>137</sup> CH Beck, 1994: 23

<sup>138</sup> Jescheck, 2007: 67-68

<sup>139</sup> Jescheck/Weigend, 1996: 777

5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde para cezası “*adli para cezası*” olarak isimlendirilmiştir<sup>140</sup>. Buna göre; “*adli para cezası, kanunda yazılı kurallara göre hesaplanan bir miktar paranın hazineye ödenmesidir*” (TCK m. 52/1). 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca, yasalarda öngörülen “*ağır para*” cezaları, “*adli para*” cezasına dönüştürülmüştür. Böylece özel kanunlardaki para cezaları ile 5237 sayılı TCK'nın Genel Hükümleri'nde düzenlenen adli para cezası arasında kavram birliği sağlanmıştır.

Adli para cezasının belirlenmesinde gün para cezası sistemi uygulanır. Buna göre; beş günden az ve yasada aksine hüküm bulunmayan durumlarda yedi yüz otuz günden fazla olmayacak şekilde bir tam gün sayısı saptanır. Bu birim gün sayısı, bir gün karşılığı takdir edilen miktar ile çarpılarak gün adli para cezası bulunur. Bir gün karşılığı en az 20 TL ve en fazla 100 TL olup, kişinin ekonomik ve diğer kişisel durumları gözetilerek belirlenir (TCK m. 52/2). Artırma ve indirmeler belirlenen bu birim gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen bu sonuç birim gün sayısı ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur<sup>141</sup>. Adli para cezasının yerine getirilmesinde, hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yılı geçirmeyecek şekilde ödeme için süre verilmesi ve dört taksitten az olmamak üzere taksitlendirilerek ödenmesi şeklinde kolaylıklar sağlanmıştır (TCK m. 52/4). Ancak kanun koyucu, hapis cezaları için erteleme öngörmesine karşın (TCK m. 51), adli para cezaları bakımından ertelemeyi düzenleyen bir hükme yer vermemiştir.

Bu sistemin getirilmesi, cezanın bireyselleştirilmesine olanak vermesi, eşitliğe uygun olması, para cezasının tayininde hapis cezasıyla kıyas yapılmasına da olanak sağlaması açısından olumlu eleştiriler almıştır. Bir kısım yazarlar ise, daha çok ülkenin ekonomik ve sosyal yapısındaki çarpıklıklar nedeniyle, sisteme yönelik olumsuz eleştirileri dile getirmişlerdir. Kayıt dışı ekonominin egemen olduğu Türkiye'de kişilerin ekonomik durumlarının tespiti her zaman sağlıklı bir şekilde yapılamamaktadır. Geliri belli ve sabit ücretliler bakımından, diğerlerine göre gelir tespiti daha fazla olanaklıdır. Bu durum, ücretliler

<sup>140</sup> 765 sayılı TCK döneminde, kabahatler karşılığı olarak hafif para cezası öngörülmüştü. 5237 sayılı TCK'da “Kabahatler” olarak ayrı bir bölüme yer verilmemiştir. Kabahat fiilleri, büyük ölçüde 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş ve “idari para cezası” yaptırımına bağlanmıştır. Böylece 5237 sayılı TCK'daki para cezası, “idari para cezası” ile farkını göstermek için ve zorunlu olarak “adli para cezası” şeklinde isimlendirilmiştir (bkz. TCK'nın 52. maddesinin Hükümet Gerekçesi. Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2004, s.197).

<sup>141</sup> 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile eklenen 8. f. hesaplamanın bu şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Bu düzenleme öncesi uygulamada tereddüt oluşmuştu.

ile diğ erleri arasında adil olmayan bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu olasılık nedeniyle sistem eleştiriy e uğ ramıştır<sup>142</sup>.

01.06.2005 tarihi itib ariyle yürürlükten kaldırılan 647 sayılı CİHK'da, cezanın ertelenmesi bakımından, hapis ve para cezaları arasında ayırım yapılmamıştır (647 sayılı CİHK m. 6). 5237 sayılı Kanun ile sadece hapis cezaları için erteleme olanağı getirilmiş, adli para cezalarının ertelenmesi düzenlenmemiştir (TCK m. 51). Kanun koyucunun adli para cezalarını erteleme dış ı tutmasının gerekçesi açıklanmamıştır. Devlet hazinesi gelirin in, adli para cezaları yoluyla artırılması gerekçe olarak görülmüş olabilir. Adli para cezasının erteleme dış ı tutulmasının sağlam hukuksal gerekçeleri olmadığı gibi, cezanın bireyselleştirilmesi olanağını zayıflatacak niteliktedir. Yaşamında ilk defa suç işleyen bir kimseye verilecek adli para cezasının ç ektirilmemesi, ertelenmesi, ceza adaleti ve bireyselleştirilme bakımından gerekli olabilir. Ceza hâkimini böyle bir olanaktan yoksun bırakmak yerinde olmamıştır<sup>143</sup>.

Hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi durumunda, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kesime karş ılık gelecek kadar gün hapis uygulanır (CGTİHK m.106/3). Böylece, hükümlüye hapis cezası verilmemekte, adeta hükümlü hapsen tazyik edilmektedir<sup>144</sup>. Hükümlü, hapis yattığı günler dış ındaki günlere karş ılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılır (CGTİHK m. 106/8). Hapse çevrilse bile adli para cezasına mahkûmiyetin sonuçları açısından bir değışiklik söz konusu olmayacak, adli para cezasına bağlanan sonuçlar geçerli olacaktır.

Adli para cezasına ilişkin 5237 sayılı TCK'da kabul edilen bu sistemin temel amacı, para cezasının, kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Getirilen gün para cezası sisteminin, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özellikte olduğu belirtilmiştir<sup>145</sup>. Ancak, failin ekonomik durumunun esas alınması Türkiye'de zorluk yaratabilir ve eşitlik ilkesini ihlal edebilir. Kayıt dış ı gelir elde edilmesi önlenemediğı, nüfusun büyük çoğunluğun düzenli geliri bulunmadığı ve herkes gelir vergisi mükellefi olmadığı için, uygulamada, gelirin nasıl tespit edileceğı sorunu karş ımıza çıkacaktır. Bundan,

<sup>142</sup> Öztürk/Erdem, 2005: 294; Özen, 2005: 158; Demirbaş, 2009: 542

<sup>143</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 495; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 866; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 556; Toroslu, 2011: 142

<sup>144</sup> Özgenç, 2011: 679

<sup>145</sup> 5237 sayılı TCK'nın 52.maddesinin Hükümet Gerekçesi (bkz. Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2004, s.197).

aynen nafaka miktarının belirlenmesinde olduğu gibi, bordrolu çalışan failer aleyhine eşitsizlik ortaya çıkacaktır<sup>146</sup>.

## 5. Yeni Yaptırım Biçimleri

Teknoloji ve tıptaki ilerlemeler, silahlı çatışmalar, göç ve sermayenin küresel dolaşımı, bürokrasinin genişlemesi ve kentleşme gibi etkenler suçluluğu da etkilemekte, yeni suçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yeni dönemde işlenen suçlara hapis veya adli para cezası temel ceza olarak uygulanmaktadır<sup>147</sup>. Suç nedeniyle her zaman hapis cezasına başvurmak, arzulanan bir durum olmadığı gibi, her failin cezaevinde tutulması adil değildir. Daha hafif suçlara karşı daha hafif yaptırım uygulanması<sup>148</sup>, hatta yargılama sürecine gidilmeden, suçun neden olduğu toplumsal ve ekonomik zararın giderilmesi için, yeni kurumlar bulunması arayışı içine girilmiştir. Hapsetmek en sert ceza olarak muhafaza edilmekle birlikte, bazı hafif suçları ceza hukuku alanından çıkararak, bunlara idari yaptırım, ekonomik suçlara karşı para cezası uygulamak, elektronik kelepçe ve konutta hapsetmek gibi yeni yaptırım biçimleri günümüz ceza hukukunun gündemine gelmiştir. Bu tip uygulamalar ancak belli suçlarla sınırlıdır, genellikle zararın az olduğu suçlarda başvurulabilir. Örneğin; adam öldüren kişiye bu yaptırımı uygulamak onu ödüllendirmektir. Ancak, kavga eden birini bir süre kendi konutunda bulunmaya zorlamak olanaklıdır<sup>149</sup>.

Hulsman'ın, Birleşmiş Milletlere sunduğu öneriler arasında bazı hafif suçlar için ceza mekanizmalarını işletmek yerine uzlaştırmak, hakemlik yoluyla sorunu çözmek gibi mekanizmalar yer almıştır<sup>150</sup>. Ön ödeme, hâkimin ceza kararname, uzlaşma bu tür araçlardandır<sup>151</sup>. Bir diğer yaptırım ise “kamuya yararlı bir işte çalıştırma<sup>152</sup>” olabilir<sup>153</sup>.

<sup>146</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 558

<sup>147</sup> Aksan, 2004: 178

<sup>148</sup> Yaptırımların, soruşturma aşamasındaki karşılıkları gibi görünen ve ilerde uygulanması muhtemel yaptırımları garanti altına alan koruma tedbirleri hususunda da buna yönelme söz konusudur. Bu aşamada muhtemel adli hataların telafisine yönelik ve özgürlüğün asıl olması ilkesine uygun olarak tutuklamaya alternatif usuller söz konusudur. Bu anlamda 5271 sayılı CMK m.109 vd. adli kontrol tedbirleri düzenlenmiştir. (Yerdelen, 2006: 87 vd.) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver Yener/ Hakeri Hakan, (2012), 5. Baskı, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, s. 379 vd.

<sup>149</sup> Sokullu/Akıncı, 1998: 327; Kangal, 2004: 525; Aydın, 2010: 100

<sup>150</sup> Foucault, 2003: 258; Aydın, 2010: 98

<sup>151</sup> Roxin, 2006: 61,62

<sup>152</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vehbi Kadri Kamer, “5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma”, Adalet Dergisi, S:33, Ocak 2009, s.32-45

<sup>153</sup> Roxin, 2006: 66-67



Kamuya yararlı bir işte çalıştırmak; toplum düzenini şiddetli biçimde sarsmayan suçlarda ve belli bir süreliğine uygulanabilir. Örneğin; çevreyi kirleten, kamusal mallara zarar veren kişi, birkaç günlüğüne ya da birkaç haftalığına temizlik hizmetlerine katılmak gibi, kamuya yararlı bir işte çalışmaya zorlanabilir<sup>154</sup>.

1990'lı yıllardan bu yana yeni bir yaptırım biçimi olarak; alternatif çözüm yöntemi; “onarıcı adalet” fikri ortaya atılmıştır. Onarıcı adalet düşüncesinde, failin, suç ile meydana getirdiği zararın, bir edim ile bütünüyle veya önemli ölçüde telafisi öngörülmektedir. Onarıcı adalet düşüncesi, cezalandırmaya atfedilen ödetme, ölç alma, acı çektirme düşüncesinden uzaklaşarak, genel ile özel önleme amaçları açısından da köklü değişikliklere yol açmıştır<sup>155</sup>.

Onarıcı adalet uygulamaları ile ilgili ilk örnek; Kanada’da (Entario/Elmar) 1974 yılında mala zarar verme suçunun iki sanığının, denetimli serbestlik (Probasyon) görevlisinin tavsiyesi doğrultusunda, mağdurla görüşerek, zararın tazmini konusunda uzlaşmaları ile başlamıştır. Onarıcı adalet uygulamasının bir başka biçimi olan “Çember modeli” ise, topluluk üyelerinin ceza yargılamasına katılmasını esas almaktadır. Sadece fail, mağdur, aileleri, savunma avukatı, savcı ve kolluk değil, topluluk üyeleri, suçun nedenleri, mağdurun üzerindeki etkisi, failin suç davranışından uzaklaştırılması ve uygun yaptırımın belirlenmesi için bir araya gelir. Bu grubun hazırlayacağı anlaşmanın mahkeme tarafından koşulsuz olarak kabulü mecburiyeti olmasa da mahkemenin özellikle çemberin belirlediği önerilerini cezanın biçiminin ve süresinin belirlenmesinde (Örn., ev hapsi, hapis cezası veya kamuya yararlı işte çalıştırma) dikkate alması beklenir<sup>156</sup>.

Onarıcı adalet konusunda Avrupa’da normatif düzenlemeler, 1992 yılında Alman, Avusturya ve İsveçli hukukçuların ceza, ceza usul ve yaptırım sistemi konusunda hazırladıkları “Alternatif Taslak” ile ortaya çıkmıştır. Alternatif Taslağın öngördüğü çerçeve, kusur ilkesine dayanan Alman Ceza Hukuku’nu köklü bir şekilde değiştirmeyi savunduğu için şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir. Bu fikrin, cezanın ve yakın zamanda da ceza hukukunun kaldırılmasını, bunun medeni hukuk ile ikame edilmesini savunan bir düşüncenin yansıması olduğu ve asla kabul göremeyeceği savunulmuştur. Alternatif Taslağın, Alman Ceza Hukukuna etkisi hemen kendisini göstermiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu (StPOG) ve Çocuk Mahkemesi Kanunu’nda (JuGerG), değişiklik yapılmasıyla yetinilmemiştir. Cezanın

<sup>154</sup> Aydın, 2010: 99; Kamer: 2009: 34

<sup>155</sup> Sevdiren, 2011: 107; 108

<sup>156</sup> Sevdiren, 2011: 111

belirlenmesi ile ilgili Alman Ceza Kanunu, m. 46'ya, 46a maddesi eklenmiştir. Bu hükümle, failin, mağduriyetin giderilmesine yönelik çabalarının cezanın hafifletilmesine yol açacağı öngörülmüştür. Hatta bu madde ile hâkimin, bir yıla kadar hapis cezası veya üçyüz altmış güne denk gelen bir adli para cezasını gerektiren suç için, failin mağduriyetin giderilmesine uğraşması şartıyla, ceza vermekten vazgeçebileceği öngörülmüştür. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine dönük çabalar, Alman Ceza Hukuku'nun temel ilkelerinden bir kopuş olarak görülmüştür. Bu düzenlemeler, karşılıklı taviz sonucu elde edilmiş bir sonuç olduğundan, Alman Yaptırım Sistemi'nde onarıcı adalet uygulamalarının, ceza ve güvenlik tedbirlerinden sonra, bir üçüncü iz olduğu fikrinden bir hayli uzak olduğu belirtilmiştir<sup>157</sup>.

Çağımızda değişik nedenlerle, özellikle ceza infaz kurumlarının durumu, yoğunluğu, adaletin daha çabuk tecellisi, yargıda iş yükü, hapis cezasının devlete maliyeti gibi nedenlerle, bazı eylemleri suç olmaktan çıkarma, bazı suçlar için de yargılama yapmadan sonuca ulaşılması amaçlanmaktadır. Bu durumlarda, ceza adaleti açısından tarafların tatmininin de sağlanması (uzlaşma<sup>158</sup>, kamu davasının açılmasının ertelenmesi<sup>159</sup>, iddianame pazarlığı<sup>160</sup>, hükmün açıklanmasının geri bırakılması<sup>161</sup>, kısa süreli hapis cezasına alternatif yaptırımlar<sup>162</sup>) amacından vazgeçilmemektedir. Bazı cezaların infazında değişik yöntemlerin<sup>163</sup> kullanılması da, yine aynı gerekçelerle, gündeme gelmektedir. Türk hukuk öğretisi tarafından da sıklıkla kullanılan bir deyimle “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” olarak ortaya konulmuş kurumlardır. Ceza içeren kanunların değişik

<sup>157</sup> Sevdiren, 2011: 116-118

<sup>158</sup> 5271 sayılı CMK 253, 254 maddelerinde düzenlenmiş, bu konuda ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı RG de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İmal Tamer, Uzlaşma, İstanbul 2010, Kazancı Hukuk Yayınları

<sup>159</sup> 5271 sayılı CMK 171. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>160</sup> Türk Ceza Hukukunda bulunmayan ancak Anglo- Amerikan hukukunda uygulanan bu konuda bkz. Bacaksız Pınar, İddianame Pazarlığı, CHD Yıl 3, Sayı 7, ağustos 2008, s.151-171; Yapar Emin, İddia Pazarlığı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2012

<sup>161</sup> 5271 sayılı CMK m. 231/5-14 fıkraları arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan bu kurum hakkında geniş bilgi için bkz. Kumbasar Enver, (2012), Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2012, Seçkin Yayınları

<sup>162</sup> 5237 sayılı TCK m. 50'de kısa süreli hapis cezasına alternatif yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı Mustafa, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi İstanbul 1994

<sup>163</sup> Örneğin; hapis cezasının belli şartlar altında CGTİHK m. 110'a göre, özel infaz yöntemleri; konutta infazı, geceleri infazı, hafta sonu infazı, elektronik kelepçe ile takip, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Kanunu m. 15/A, gibi alternatif yaptırımlar gibi. 5402 sayılı Kanunun 15/ hükmü kanunun ilk halinde bulunmakla birlikte 11.4.2012 tarihine Resmi Gazetede yayımlanan 6291 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 5402 sayılı Kanuna eklenmiştir.

hükümlerinde yerlerini bulmuşlardır. Bunlardan bir kısmı, hapis cezasının infaz şekliyle ilgili gibi gözükse de, sonuçta değişik bir yaptırım şekli olarak kabul edilmeleri mümkündür.

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZANIN BELİRLENMESİ

#### I. GENEL OLARAK

Cezaların bireyselleştirilmesi kanunlaştırma aşamasında kendisini göstermektedir. Cezaların bireyselleştirilmesine duyulan ihtiyaç, kanun koyucuları, cezanın belirlenmesi sürecinin bütün aşamalarında, bunu göz önünde bulundurmaya itmektedir. Kanun koyucu, yasama aşamasında, değişik suçlara ne tür müeyyidelerin uygulanabileceği sorunu ile uğraşmaktadır. Bireyselleştirme faaliyeti, yasama aşamasından itibaren başlamakta ve yasama bireyselleştirmesi olarak isimlendirilmektedir<sup>164</sup>.

Yasama aşamasında herkes için öngörülen, tipik bir kural ile ortaya konulmuş, soyut bir tehdit durumunda olan ceza ikinci aşamada; yargılama sürecinde bu soyutluğunu terk eder, hâkimin kararında somut bir nitelik kazanır. Söz konusu aşamada ceza, suça geçmişte neden olunan bir fiil, suçluya da ferdin belirli bir süje olarak yaklaşır<sup>165</sup>. Hâkim, somut cezayı sanık için tespit etmekle, devletin ceza verme hakkını gerçekleştirmiş olmaktadır<sup>166</sup>. Hâkim, keyfi davranamaz ancak yargılama aşamasında cezayı belirlerken takdir yetkisi kullanacaktır. Hâkimin bu aşamada kullandığı takdir yetkisi, cezaların bireyselleştirilmesiyle doğrudan ilişki içindedir. Bu nedenle bireyselleştirme faaliyetini gerçekleştirecek olan hâkimdir<sup>167</sup>. Sabit ceza öngörmeyen kanunun, sadece somut olayı inceleyen yargı makamının, ceza normu kapsamına giren fiile ve faile uygun cezayı tayin etmek için yetkilendirilmesi sistemine “mahkeme yoluyla cezanın bireyselleştirilmesi” (yargı yoluyla bireyselleştirme) de denir<sup>168</sup>.

Cezanın bireyselleştirilmesinin<sup>169</sup> bir diğer aşaması ise, cezanın infazı sırasında, bu cezanın suçlunun kişiliğine uydurulması amacıyla yapılan faaliyetler ve uygulanan

<sup>164</sup> Bellavista, 1975: 166

<sup>165</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 759

<sup>166</sup> Önder, 1992: 474

<sup>167</sup> Toroslu, 2010: 148; Hafizoğulları, 1989: 481

<sup>168</sup> Şen, 2006: 195

<sup>169</sup> “Gelişen hukukla beraber cezaların ferdileştirilmesi esas modern ceza hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Cezaların ferdileştirilmesi demek, suç dolayısıyla, suçluya tatbik edilecek müeyyidenin, ceza hukuku gayelerine müeyyideden beklenen maksada göre suçlu şahsa uydurulabilmesidir. Diğer bir deyişle suçun maddi görünümü esas alınıp geçmişle meşgul olmak yerine geleceğe önem vererek suçlunun kişiliğini, suçu oluşturan ve kişiliğinde saklı bulunan iç etkenleri dikkate alarak ona ceza tayinidir.” YCGK 18.06.1984 t. 1984/3-104 E, 1984/230 K

programlardır. Ceza infaz kurumlarında mahkûmların sınıflandırılması, kişiliklerine göre farklı iyileştirme rejimi uygulanması, iyileşme göstermedikçe kapalı cezaevinden, açık ceza infaz kurumlarına ayrılamamaları ve koşullu salıvermeden yararlanamamaları, cezanın infaz sırasında bireyselleştirilmesi kapsamındaki işlemleri oluşturmaktadır. İdari bir birim tarafından yapıldığı için, buna, öğreti tarafından “idari bireyselleştirme” de denilmektedir<sup>170</sup>.

Her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesi üç aşamada kendini göstermekte ise de; devletin somut cezalandırma yetkisinin belirgin nitelik kazandığı, kanundaki soyut sınırlardan ayrılarak vücut bulduğu, infaz aşamasındaki bireyselleştirmeye de temel oluşturacak iskeletin ortaya konulduğu aşama; suçun işlenmesiyle ortaya çıkan yargılama ve hüküm verme aşamasıdır. Yargılama aşaması başlarken, cezanın türü ve miktarı belirsizdir. Suçun cezası belirlenirken, işlenen fiil ile orantılı olarak ve cezanın amacına uygun bir ceza tayini önemlidir. Eğer fail işlediği fiilden ötürü ödediği bedel yüzünden, tekrar suç işlemekten kaçınırsa, hem cezadan beklenen fayda sağlanmış hem de fail artık ıslah olmuş ve topluma yeniden kazandırılmış demektir<sup>171</sup>. Durum böyle iken cezada adaleti sağlayan, suçla orantılı, suç-ceza dengesini<sup>172</sup> kuran, olaya vakıf olan tüm vicdanları tatmin eden, suçun niteliğine, ağırlığına uygun bir cezanın belirlenmesi gerekir.

## II. CEZANIN BELİRLENMESİNİN TARİHÇESİ

### A. GENEL OLARAK

Ceza ifadesi her dönemde aynı olmasına rağmen bu ifadeye yüklenen anlam tarihi süreç içerisinde, toplumdan topluma ve devirden devire sürekli değişmiştir. Her devrin kendine özgü bir ceza anlayışı vardır ve bu anlayışı, o toplumun sosyal, siyasal, ekonomik ve dinsel yapısı ile ulaşmış olduğu medeniyet seviyesi belirler<sup>173</sup>. Ceza yaptırımının zorunluluk ve gerekliliği üzerinde herhangi bir uyuşmazlık ve tartışma hiçbir zaman söz konusu olmamıştır. Sosyal düzeni ceza yaptırımına başvurmadan korumanın imkân dışı bulunduğu hususunda da herkes hem fikirdir. Ancak sözü geçen yaptırımın nitelik ve esası üzerinde çok tartışma

<sup>170</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563; Dönmezer/Erman, 1999: 577; Yurtcan, 1998: 262

<sup>171</sup> Arıcan, 2009: 87

<sup>172</sup> Cumhurbaşkanı Gül, şike cezasının indirilmesini öngören yasayı “suç ve ceza dengesini yetersiz bulduğu için” veto ettiğini söyledi. <http://siyaset.milliyet.com.tr/gul-yasada-suc-ve-ceza-dengesi-yetersizdi/siyaset/siyasetdetay/05.12.2011/1471358/default.htm> (E.T. 6.2.2012)

<sup>173</sup> Erem, 1985: 151

olmuş, uyuşmazlıklar baş göstermiş ve günümüzde bile ceza yaptırımının niteliği üzerinde tam birlik sağlanamamıştır<sup>174</sup>.

Günah ile suçun aynı anlama geldiği doğüstü anlayıştan başlayan tarihi süreç, insan hakları ile sınırlı hukuka aykırılık düzenine varmıştır<sup>175</sup>. Cezanın gelişim tarihi birçok toplumda ortak özellikler göstermektedir. Toplumdan kovularak, tüm hakların yitirilmesi ve korumasız kılınması cezanın en eski biçimlerindedir. Eski toplumlarda işkenceli öldürme ve organ kesme cezası da yaygın olarak uygulanmıştır. Suda boğmak, diri diri gömmek, kazanda kaynatmak, fırına atmak, hayvanlara parçalamak gibi yöntemler kullanılarak öldürme veya örneğin yalan söyleyenin dilinin kesilmesi birer cezalandırma yöntemi olarak kullanılmıştır. Göze göz, dişe diş olarak özetlenen kısas, ceza uygulamasının ilk dönemidir. Suçlunun göreceği cezanın eylemi ile orantılı ve önceden belli olduğu bu dönem cezalandırmada ileri bir adımdır<sup>176</sup>.

İlk çağlarda ölçsüz olan cezalar ortaçağda vahşi bir hal almış, işkence uygulamaları, ispat ve infaz yöntemi olarak benimsenmiş, ölüm cezası sıklıkla ve hükümlünün en fazla acı çekmesine yol açacak biçimde uygulanmıştır. Hükümlüye azap çektirme teknikleri geliştirilmiştir. Yaşam hakkından yoksun bırakma, hesaplı bir acı çektirmenin ve varoluşun sona ermesinden önce mümkün olduğunca fazla acı içinde tutmanın amaçlandığı törenlere dönüşmüştür. Azap çektirmenin her aşamasına, mahkûmiyet kararında yer verilmiştir<sup>177</sup>.

## B. BATI HUKUKUNDA

Cezanın belirlenmesine ilişkin olarak, tarih boyunca dört temel sistem var olmuştur. Aydınlik çağdan evvelki ilk sistemde; mahkemenin cezayı belirleme yetkisi, keyfi bir nitelik taşımaktaydı. Bu sistemde hâkim sınırsız yetkiye sahipti. Hâkim, tamamen takdirine göre

<sup>174</sup> Çolak ve Altun, 2007: 5

<sup>175</sup> Özek, 1999: 662

<sup>176</sup> Yüce, 1985, 102

<sup>177</sup> “1772’de...bir hizmetçi hanımını öldürdüğü için, işkence göreceği yere her kavşaktaki çöpleri toplayan bir arabayla götürülmeye mahkum edilmiştir; burada hanımı de Laleu’yu katlettiği esnada hanımının oturduğu koltuğun aynısının ayağının dibine konulduğu bir darağacı olacak ve ağır ceza mahkemesi celladı onun sağ elini kesecek ve onun gözünün önünde ateşe atacak ve bunun arkasından, adı geçen de Laleu’yu katletmek için kullandığı satırla ona dört darbe indirecektir; bu darbelerden birincisi ve ikincisi başa, üçüncüsü sol bileğe ve dördüncüsü göğse indirilecektir; sonra da adı geçen darağacında asılacak ve ölene kadar boğazı sıkılacaktır; ve bundan iki saat sonra ölü bedeni çözülecek ve kafası aynı darağacının üzerinde, aynı direğin dibinde, hanımını katletmek için kullandığı aynı satırla gövdesinden ayrılacak ve bu kafa ... bir tepenin üzerinde teşhir edilecek ve gövdenin geri kalanı bir çuvala konulacak ve adı geçen bu tepenin yakınında, on ayak derinliğe gömülecektir” (Karakaş Doğan, 2010: 36)

cezanın türünü ve ağırlığını belirlemekteydi<sup>178</sup>. Ancak bir yazarın da belirttiği gibi, cezaların miktarının saptanması, hiçbir kriter belirlenmeden tamamen hâkimin takdirine bırakılır ise, takdirin genişliğine paralel olarak hatalar artacağı gibi, farklı değerlendirmeler sonucu aynı suça çok farklı cezalar verilmesi de söz konusu olabilecektir<sup>179</sup>.

Aydınlık çağda gerçekleştirilen ihtilaller sonucu, ceza kanunları bu keyfiliğe bir reaksiyon olarak cezalarda katı kanunilik ilkesini getirmiştir. Hâkimin takdir yetkisi bu şekilde ortadan kaldırılmış, hâkim, sadece kanunu uygulayan, kanunda yazılı cezaları hesaplamakla görevli olan bir kişi durumuna getirilmiştir. Montesquieu'nun ifadesiyle "Hâkimi kanunun dudakları saymışlardır"<sup>180</sup>. İlk izlerine 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da (m. 39) rastlanan, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin pozitif hukuka girmesinden sonra, çağdaş anayasalarda ve ceza kanunlarında bu ilkeye yer verilmiştir. Bu dönemlerde sabit cezalar sistemi tercih edildiği halde, failerin ve diğer koşulların farklılığı ve her şeyin önceden kanun koyucu tarafından tahmin edilemeyeceği anlaşılmıştır. Uygulamada da sakıncalar ortaya çıktığından, bu metoddan vazgeçilerek seçimlik cezalar sistemine geçilmiştir<sup>181</sup>.

Daha sonraları, yaptırımların gerekli şekilde bireyselleştirilmesi için, cezaların tespiti ve tayini bakımından bazı kurumlar<sup>182</sup> getirilmiştir. Kronolojik açıdan bakıldığında üçüncü sistem olarak ifade edebileceğimiz bu sistemde, birçok tali amaç yanında iki önemli amaç ön plandadır. Bunlar; kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun yerine getirilmesi ve cezanın çağdaş ceza hukuku ilkeleri nazarında sanığa göre bireyselleştirilmesidir<sup>183</sup>. Sınırlı serbesti sistemi de denilen kanun koyucunun belli sınırlar arasında cezayı düzenleyip, hâkimin bu sınırlar arasında cezayı belirlemesini öngören sistemde, fiilin ağırlığı, failin kişiliği ve hâkimin takdir yetkisi cezayı belirlemede kriter olarak kullanılmıştır. Kişilikleri farklı olan suçluların, toplum için oluşturduğu tehlikenin de farklı olacağı fikrinden ortaya çıkan bu sisteme göre; suçlunun geçmişi, sosyal ve ailevi yaşantısı da cezanın belirlenmesinde etkilidir<sup>184</sup>.

---

<sup>178</sup> Koni, 1956: 52

<sup>179</sup> Centel, 2011: 562

<sup>180</sup> Soyaslan, 2012: 538; Koni, 1956: 53

<sup>181</sup> İçel/Donay, 1999: 74

<sup>182</sup> Örneğin; takdiri indirim, ceza vermektен vazgeçme yetkisi gibi.

<sup>183</sup> Ayık, 1950: 1180; İçel vd. 2000: 150; Soyaslan, 2012: 538

<sup>184</sup> Yurtcan, 1998: 257

Cezanın belirlenmesinde gelinen uç nokta ise, Türk hukukunda bulunmayan, “Süresiz hüküm sistemidir”. Bu sistemde hâkim, sadece sanığın suçlu olduğuna karar vermektedir. Hükümlünün ceza infaz kurumunda ne kadar kalacağına ise, infaz idaresi<sup>185</sup>, cezanın hükümlü üzerindeki etkilerini değerlendirerek karar vermektedir. Islah olduğuna ve topluma geri dönmeye hazır bulunduğu inanan hükümlü serbest bırakılmakta, toplum için hala tehlikeli olduğu düşünülenler ise ceza infaz kurumunda kalmaya devam etmektedir. Bunu belirleme, ceza infaz kurumu yöneticilerinin hazırladıkları rapora<sup>186</sup> dayanan, infaz makamının kararıyla olacaktır<sup>187</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nin birçok eyaletinde benimsenen bu yöntem, kabahatler ile bazı ağır suçlara uygulanmamaktadır. Bu sistemde, güvence oluşturması amacıyla, cezanın alt-üst sınırları hâkim tarafından belirlenmektedir. Bu konuda alt sınır konulması, infaz makamlarının yetkilerini kötüye kullanarak, suçluların gerekenden önce salıverilmelerine karşı güvence oluşturmaktadır. Üst sınır konulması ise, suçlunun, gereğinden fazla cezaevinde tutulmasını önlemektedir. Bu nedenle süresiz hüküm yönteminde konulan alt sınırın toplumu, üst sınırın ise faili koruma işlevi gördüğünü söylemek mümkündür<sup>188</sup>.

Ortaçağın ilk dönemlerinde sıklıkla uygulanan kefarete ve para cezaları, ortaçağın son dönemlerinde yerlerini oldukça ağır şekilde uygulanan bedeni cezalara ve ölüm cezalarına bıraktılar<sup>189</sup>. 15. Yüzyıldan itibaren ise, Avrupa ve İngiltere’deki nüfus artışına paralel olarak artan suçluluğu azaltmak için cezaların yoğun şekilde şiddet içermeye başladığı görülür. Güçlü monarşilerin ortaya çıktığı bu dönemde cezalandırmalar, caydırıcı etki yapması için halka açık bir şekilde gerçekleştirilmiştir<sup>190</sup>.

1600’lü yıllardan itibaren, coğrafi keşifler neticesi keşfedilen yeni kıtalara göç nedeniyle nüfus azalmış ve ekonomik durum düzelmiştir. Şehirleşmenin ve deniz aşırı kolonileşmenin ortaya çıkardığı ticari pazarın genişlemesiyle iş gücü gereksinimi de artmış ve

<sup>185</sup> Bu idarenin, failin uslanacağı ve artık tehlikeli olmayacağı ana kadar cezayı devam ettirebilmek yetkisi vardır.

<sup>186</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107 ve İnfaz Tüzüğü m. 172’ye göre hükümlüler için koşullu salıverme açısından “iyi hal” kararını ceza infaz kurumu idare gözlem kurulu vermektedir. Ancak buradaki nihai söz hakkı mahkeme veya hâkimin olduğundan kesin hüküm yönteminden çok farklı bir durum söz konusudur.

<sup>187</sup> Erem, 1997: 335; Alacakaptan, 1961: 30; Ayık, 1950: 1182; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 565

<sup>188</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 565

<sup>189</sup> Demirbaş, 2009: 83

<sup>190</sup> İçli, 1999: 16; Kurt, 2007: 9



buna bağı olarak cezalandırma yöntemleri de değımiştir. Bu değışimin sonucu olarak İngiltere ve Hollanda'da cezaevi reformu gerçekleştirilmiştir. Bu dönem 17. Yüzyıla kadar devam etmiş sonrasında ise Avrupa ve Amerika'daki hızlı nüfus artışı, işçiler ile toprak sahipleri ve tüccarlar arasındaki uçurumun yükselmesi ekonomik durumu kökünden sarsmış ve suç oranlarının artmasına paralel olarak ölüm cezası dalgası yeniden kendisini göstermiştir<sup>191</sup>.

18. Yüzyıldan itibaren ceza ile caydırmanın temel hedefi olmaktan çıkarılmaya başlanmıştır<sup>192</sup>. Bu dönemde adli işkencede, insan bedeni soruşturmanın bir unsuru olarak gerçeğin çekilip alındığı yeri ve suçluluğun bir parçası olarak da, suçun uygulama noktasını oluşturmuştur. Bu dönemde uygulamasına başlanan hapis cezasının infazı da insanlık dışı olmuş ve çok kötü şartlarda çektirilen işkenceye dönüşmüştür. Bu yüzyılda, hapis cezası öldürme ve sakatlama gibi bedensel cezaların yerini alarak daha yaygın uygulanmıştır. Aydınlanma döneminde, insanın doğuştan bazı haklara sahip olduğu düşüncesi gelişmiştir. Bu düşünce, hapis cezası başta olmak üzere, cezaların infazında, iyileştirmeyi gündeme getirmiştir. Buna rağmen, acı çektirici bedensel cezalar ve halka açık yapılan infazlar, 19. yüzyılın ortalarına kadar sürmüştür<sup>193</sup>. Avrupa'da 17. ve 18. yüzyıllarda ceza adaleti, somut olaydaki hak ve nasafet, sürekli tartışılmıştır. Zaman içerisinde, sanığın şahsi ilişkilerinin, somut vakada cezanın belirlenmesi kriterleri çerçevesindeki yeri hep ön planda olmuştur.

20. yüzyılın ortasından beri bilimin dikkati, mahkemeler tarafından belirlenen somut cezanın nasıl ortaya çıktığı sorusu üzerinde toplanmıştır. Kriminal araştırmalar, soruşturma aşamasından cezanın infazına kadar, cezanın belirlenmesinde hangi şartların gerçekten etki ettiğini ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Bu bakış açısı içerisinde, örneğin; polis ve savcılığın fonksiyonu, bir avukat ile savunma yapmanın etkisi, sanığın yargılamadaki tutumu, hâkimin dünya görüşü hatta ruh hali, infaz şekilleri ve başka faktörler araştırılmıştır<sup>194</sup>. Bu soruların ortaya konması, kriminal araştırmalara başka bir uğraş alanı daha sunmuştur. Bu zamana kadar deneysel araştırmalar, uluslararası öneme sahip bir cezanın belirlenmesi teorisini ortaya koyamamıştır. Çünkü bu ana kadar konu, psikologlar, sosyologlar ve hukukçulardan oluşan

<sup>191</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 547

<sup>192</sup> Kurt, 2007:11

<sup>193</sup> Karakaş Doğan, 2010: 37

<sup>194</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

disiplinler arası yaklaşım ile ele alınmamış, aksine cezanın belirlenmesi konusuna sadece ceza sosyolojisi ve ceza politikası çerçevesinden bakılmıştır<sup>195</sup>.

Avrupa Konseyi de yaptırımların eşitsizliği sorunu ile ilgilenmiş ve R (92) 17 nolu Tavsiyesinde üye devletlerden, cezalandırmadaki eşitsizlikleri ortadan kaldıracak tedbirleri almaları istenmiştir. Ayrıca parlamento, mahkemelerin cezanın belirlenmesi kararlarını nasıl verecekleri ve yargılama sürecinin hangi etkilere sahip olduğunu ortaya koyan, nitelikli ve nicelikli araştırmaların yapılmasını da devletlere teklif etmiştir. Bu soruların karşılaştırmalı hukuk açısından incelenmesi mantıklı görünmektedir. Üye devletlerde, Avrupa Birliği çevresinde ortak çözümü mümkün kılacak, aynı zamanda her ülkenin ceza hukuku geleneklerini dikkate alacak, farklar ve ortak yapılar belirlenecektir<sup>196</sup>.

### C. ESKİ TÜRKLERDE

İlk Türk devletlerinde, daha sonradan dilimize Arapça'dan giren ve bugün halen kullandığımız "ceza" sözcüğü, başlıca "kıyın" ve "kın" sözleri ile ifade edilmekte idi. Eski Türk kitabelerine dayanarak, cezanın en eski Türkçe karşılığının "kıyın" olduğu söylenebilir. Tenbih, tevbih, ceza kararı, hüküm, işkence manalarını da içine alan bu sözcük, daha sonraki devirlerde de kullanılmaya devam etmiştir<sup>197</sup>.

Eski Türklerde suç oluşturan ve cezayı gerektiren hareketler pek çok olup, bazıları şunlardır: Zulüm, haksızlık, darp, insanın uzuvlarından herhangi birisine zarar verme, kız kaçırma, hırsızlık, ırza tecavüz, tabulara tecavüz, haram sayılan yerlere ve eşyalara saygısızlık, zina, hukuki anlaşmaları ihlal etmek, görevden kaçınmak, livata, başkalarına kötülük yapma, yalancılık, müfterilik, casusluk, devlete veya devlet görevlilerine hakaret, hilekârlık, sahtekârlık, rüşvet, askerlikten kaçmak, askeri görevde başarısızlık, devlete isyan, vatana ihanet, soygunculuk, eşkiyalık (gasp), töreye aykırı davranmak, beylere karşı gelmek, devleti çeşitli biçimlerde aldatmak, fuhuş, cana kast, emirlere itaatsizlik vb. Bu suçlar, hafiflik ve ağırlıklarına göre değişen, birbirlerinden farklı münferit ve (veya) bileşik cezaları gerektirmişlerdir. Esas itibarıyla diğer devirlerden pek farklı olmayan bu cezalar, başlıca dayak, işkence, organ kesme, sakatlama, ölüm vb. gibi bedeni; hapis gibi özgürlüğü bağlayıcı;

<sup>195</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>196</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm); Bu mukayese karşılaştırmalı hukuk bölümünde incelenmiştir.

<sup>197</sup> Arık, 1995: 7

sürgün gibi özgürlüğü kısıtlayıcı; tazminat ve müsadere gibi malvarlığına yönelik; ihtar, tektir, tahkir-teşhir gibi onur ve haysiyet kırıcı manevi cezalardır<sup>198</sup>.

Eski Türklerde de suç oluşturan fiillerin takdir, tayin ve tesbiti, yani ceza, cezalandırmak, hangi hareket ve eylemlerin suç teşkil ettiğini belirlemek hak, yetki ve görevi devletin elinde bulunmuş, bu yetki ve fonksiyon Türk örf hukuku ile devlet anlayışında mutlak bir kudretin sahibi olan hükümdarlar ve onun yetkili kıldığı görevliler tarafından kullanılmış ve yerine getirilmiştir. Yönetim organı tarafından, töre-örf ve devlet anlayışı uyarınca takdir hakkına dayanılarak-belirli olanlar dışında-, hangi fiillerin suç teşkil ettiği belirlenmiş; kişilere, topluma, devlete, vb. işlenen suçlar dolayısıyla, suç failleri kovuşturulmuş; yargılanmış ve muhtelif müeyyidelerle cezalandırılmıştır. Bu şekilde suçlar ve cezalar tayin, takdir ve infaz edildiği gibi, hiç bir suç işlemedikleri halde, suç işleme ihtimali bulunan veya muhtemel tehlikeli kişilere de, devletin bekası ve asayışı göz önüne alınarak, bir ceza şeklinde veya bir güvenlik önlemi olarak bu müeyyide ve tedbirler uygulanmıştır<sup>199</sup>.

Eski Türklere ait, Moğollar ve Osmanlılarda olduğu gibi suçları ve karşılığı olan cezaları gösteren, bütün suçlara ait ortak esasları tayin ve tesbit eden herhangi bir ceza kanunnamesi bulunmamaktadır. Bu itibarla suçların ağırlıklarına göre yapılmış kanuni bir taksimin, cezaların hangi suç ve suçlulara verileceğine ilişkin kesin olarak belirlenmiş bir kanunun varlığı bilinmemektedir. Keza cezalar verilirken, suçun niteliği, hafifliği ve ağırlığı, failin kişiliği, cezanın toplumdaki etkisi, örf ve adetlere uygunluğu gibi hususların her zaman için nazarı itibara alınıp alınmadığı hakkında da kesin bir şey söylenememektedir. Ancak bunlar, görünüşe göre sabit olmayıp, zamana, mekâna, şartlara ve duruma göre değişiklikler gösterebilmişler, farklılıklar arz edebilmişlerdir<sup>200</sup>.

#### **D. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA**

İslam ceza hukukunda cezanın amacı; topluma karşı işlenen suçlarda önleme ve caydırma, kişilere karşı işlenen suçlarda ise onarma (tazminat) dır<sup>201</sup>. İslam ceza hukukuna göre, cezalandırmanın amacı sadece suçluya acı çektirmek olamaz. Kur'an ve Sünnet'ten

---

<sup>198</sup> Arık, 1995: 13

<sup>199</sup> Arık, 1995: 14

<sup>200</sup> Arık, 1995: 14

<sup>201</sup> Akbulut, 2003: 169

hareketle cezaların amacı; kefare<sup>202</sup>, genel önleme<sup>203</sup>, özel önleme<sup>204</sup>, mağduriyetin giderilmesi<sup>205</sup>, toplumun korunması<sup>206</sup> olarak açıklanmıştır<sup>207</sup>. Bu amaçlara hizmet etmek üzere İslam ceza hukukunda değişik dönemlerde; ölüm<sup>208</sup>, organ kesme<sup>209</sup>, el kesme<sup>210</sup>, dayak<sup>211</sup>, hapis, sürgün<sup>212</sup> ve para cezaları uygulanmıştır<sup>213</sup>. İslam ceza hukukunda cezalandırma ilkeleri; kanunilik, şahsilik, genellik, suç-ceza dengesi, cezalandırmada adalet ve hakkaniyetin sağlanması olarak sayılabilir<sup>214</sup>.

Kur'an'ın değişik ayetlerinde hapis cezasından bahsedilmekte ise de İslam hukukçuları hapis cezasını asli bir yaptırım olarak benimsememişlerdir. Buna karşın hapis cezasının ıslah amaçlı veya toplumun korunması maksadıyla etkili bir ceza olarak kullanılabileceğini vurgulamışlardır. Uygulamada hapis cezasının ikinci derecede ve az uygulanan bir yaptırım olduğu söylenmiş ise de Osmanlı uygulamasında infaz tarzı özellik gösteren (kalebentlik, kürek ve prangabentlik) veya göstermeyen türlerinin oldukça sık kullanıldığı söylenebilir<sup>215</sup>.

İslam hukukçularına göre, suçlu normal ceza ile suçtan alıkonamıyorsa süresi belirlenmeksizin hapse mahkûm edilir, bu şekilde toplum suçtan korunmuş olmaktadır. Bu yaptırım için tahliye tamamen suçlunun iyi halinin görülmesine bağlıdır. Süresi belirli hapis cezası daha çok ağır suçlar için asıl cezanın yanında ikincil olarak uygulanmıştır<sup>216</sup>. Süresi belirli hapis cezalarında sürenin alt ve üst sınırını belirlemekten daha çok, işlenen suç ile

<sup>202</sup> İşlenen kötülüğün ödetilmesi dünyevi cezanın ahiret cezasından mahsup edilmesidir.

<sup>203</sup> Çektirilen cezanın diğer insanlara ibret olmasıdır.

<sup>204</sup> Suçluyu ıslah ederek bir daha suç işlemesine engel olması, topluma yararlı insan haline getirmesidir.

<sup>205</sup> Diyet gibi mali yaptırım ile mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararların telafisidir.

<sup>206</sup> İslahı mümkün olmayan suçluların toplumdan izalesidir.

<sup>207</sup> Avcı, 2010: 197-200

<sup>208</sup> Kasten öldürme suçunda kısas, hırabe (nitelikli yağma) suçunda had olarak uygulanmıştır.

<sup>209</sup> Kasten yaralama suçunda kısas olarak uygulanmıştır.

<sup>210</sup> Hırsızlık suçunda had olarak uygulanmıştır.

<sup>211</sup> Zina ve kazf suçlarında had olarak uygulanmıştır.

<sup>212</sup> Hz. Peygamber, kadınısı davrananları Medine dışına sürgün etmiştir.

<sup>213</sup> Avcı, 2012: 182 vd.

<sup>214</sup> Akbulut, 2003: 180-181

<sup>215</sup> Avcı, 2010: 222

<sup>216</sup> Örneğin Ramazan ayında gündüz içki içene had cezası verildikten sonra tazir olarak hapis cezası verilmiştir.

verilecek ceza arasında denge bulunması ve bunun takdirinin hâkime ait olması önemlidir<sup>217</sup>. Hâkim hapis cezasını belirlerken suçu, suçluyu ve suçlunun içinde bulunduğu şartları göz önüne alır. Hapis süresinin uzun veya kısa olmasında cezayı artıran ya da azaltan nitelikli haller etkilidir<sup>218</sup>.

Osmanlı kanunnamelerinde hapis cezasının süresi genellikle belirlenmemiştir. Uzun süreli hapis için sabit bir sınır belirlenmemiş, sürenin takdiri hâkime bırakılmıştır. Hâkim bu süreyi işlenen suça göre takdir edecektir. Müebbed hapis cezası Osmanlı kanunnamelerinde “habs-i ebedi” olarak ifade edilmiştir. Müebbed hapis cezası suçlunun ölümüne kadar devam eder. İslam hukukçularına göre süreli hapis cezası; suçlunun ıslahına yönelik olarak belirli bir süre hapsedilmesidir ve genellikle adi suçlar için öngörülen, ıslah ve önlemeye elverişli olan tazir cezasının bir türüdür<sup>219</sup>. Süreli hapis cezasının alt sınırı bir gün iken üst sınırı İslam

<sup>217</sup> “Şerefli ve itibarlı kimselerin kısas ve had suçları dışında kalan küçük suçlarını belli durumlarda affediniz.” (Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 4). Suç işlemiş olan soyluları ve ilmiye sınıfını salt uyarmak caydıracaktır, ama aşağı sınıftan insanları caydırıcı olan sadece ağır bir dayaktır (Avcı, 2012: 182 vd. ).

Kanuni Kanunnamesi, m. 123: “Ve dahi kaza ve tedris ve tevliyet ve nezaret ve meşihat ve hitabet ve imamet vesair bunlar gibi menasibdan ve cihattan şunlar ki berat-ı padişahî ile tasarruf edeler, tazir lazım olursa etmeyeler heman “bir dahi böyle etme!” diye kadı unfle söylemek ol makulelere tazirdir.” (Avcı, 2012: 182)

<sup>218</sup> Avcı, 2010: 223;

<sup>219</sup> Hâkimler, ta'zir hususunda hem cürümlerin mahiyetlerini, hem de mücrimlerin mevkilerini, istidatlarını, mükerrer ceraim ashabından olup olmadıklarını nazarı dikkate alırlar. Filhakika pek hafif cürümler ile ağır cürümlerin cezaları müsavi olamayacağı gibi her nasılsa kendilerinden bir cürüm, bir kusur zuhur etmiş olan namus ve fazilet, mürüvvet ve diyanet sahibi olan kimselerin cezalarıyla bir takım sefih, ceraime münhemik, mürüvvetden ve izzeti nefisten mahrum kimselerin cezaları da müsavi olamaz. Çünkü ceza vermekten asıl maksad, zecr ve inzicardan, mücrimin intibahına, ıslahı haline hizmet etmekten ibarettir. Nâs ise bu gibi hususlarda mütefavit kabiliyetde bulunurlar. Bazı kimseler, en cüz'î bir tekdirden, bir ihtardan pek ziyade sıkılırlar, büyük bir mahcubiyet ve nedamet his ederek hallerini İslaha muvaffak olurlar. Bir takım kimseler ise en ağır hakaretlere, çok mühim cezalardan bile matlûp derecede müteessir olmazlar. Binaenaleyh ta'zir cezaları, hâkimlerin icihadlarına havale edilmiştir. Beşeriyetin o garib haleti ruhiyyesini göz önünde bulundurmaya mecbur olan hâkimlerin verecekleri ta'zir cezalarında mücrimlerin hallerini, cürümlerin mahiyetlerini nazardan uzak bulundurmamaları hikmet ve maslahat muktezasıdır. Fukahai kiramdan bazılarının beyanına göre ta'zirler, şahıslara nazaran şu dört mertebeye ayrılır : **1.** Eşrafü'l-eşraf hakkındaki ta'zirdir ki, mücerred ilâm suretiyle yapılır. **2.**Eşraf hakkındaki ta'zirdir ki, bilvasıta ilâm suretiyle veya mahkemeye celb edilerek muvaceheten ihtar suretiyle yapılır. **3.** Evsat-ı nâs hakkındaki ta'zirdir ki, hem mahkemeye bil'celb ihtar suretiyle, hem de habs suretiyle yapılabilir. Yukarıdaki mertebelere riayet edilmesi, gerek hukuki ilâ-hiyyeye ve gerek halkın hukukuna karşı büyük bir cüret gösterilmemesi takdirindedir. Fakat ulemadan, şürefadan, ekâbirden sayılan zatlardan büyük bir ma'siyyet, sâdır olduğu veya darb've şetm gibi mürüvete münafî, şerefi izaleye bais, nâsın hukukuna raci bir cürmü zuhur etdiği takdirde haklarında başka suretle de ta'zir icrası lâzım gelir (Avcı, 2012: 184).

**Ta'zir:** Lügatde men, red, icbar tahkir, te'dib, hak üzere tevkif mânâlarını müfid olduğu gibi tasarruf, iane, takviye, tevkir ve tazim mânâlarını da ifade eder. İslâm hukukunca ta'zir ise: hakkında muayyen bir ukubet, bir hadd-i şer'î mevcut olmayan cürümlerden dolayı tertib ve tatbik edilecek tedib ve cezadan ibarettir.

**Ta'ziri eşrafü'l-eşraf :** Ulema, şürefa gibi zevat hakkında yapılacak ta'zirdir ki, mücerred ilâm suretiyle yapılır.

**Tazirü'l-eşraf :** Ümera, yüksek tüccar, köy ayamı gibi şerefli kimseler hakkındaki ta'zirdir ki, bilvasıta ilâm suretiyle veya mahkemeye celb edilerek bil'muvacehe ihtar suretiyle yapılır.

**Ta'zir-i evsat :** İctimaî mevkileri orta halde bulunan kimseler hakkındaki ta'zirdir ki, hem mahkemeye bilcelb - ihtar suretiyle, hem de habs suretiyle yapılabilir.

hukukçuları arasında tartışmalıdır. Sınır belirlemeyen hukukçular<sup>220</sup> olduğu gibi, tutuklama için 1 ay ve hapis cezası için 6 ay veya 1 yıl öngören hukukçular<sup>221</sup> vardır<sup>222</sup>.

Osmanlı uygulamasında, süresi belirlenmiş hapis cezasında sürenin sona ermesine rağmen mahkûm uslanmamış veya bu hususta kefil göstermemişse<sup>223</sup>, sürenin uzatılması veya yeni bir sürenin belirlenmesi söz konusudur<sup>224</sup>. Bir yılı geçen süreli hapis cezalarında yıl hesabı hicri takvime göre yapılır, çünkü bu durumda miladi takvime göre 11 gün suçlu lehine uygulama yapılmış olmaktadır. 1840 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda kamu görevlilerini dövme ve sövme suçları 5-25 gün hapis ya da suç hafif ise takdir ve tevbih olarak belirlenmiştir. 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda iftira suçu için 5-45 gün hapis cezası; 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda ise taksirle yaralama suçuna 1 haftadan 2 aya kadar hapis cezası öngörülmüştür<sup>225</sup>.

Kur'an-ı Kerim'de para cezası dolaylı olarak zikredilmiştir<sup>226</sup>. Hz. Peygamber döneminde hukuki sorumluluk çerçevesini aşan ve ceza mahiyetinde olan parasal yaptırımlar görülmüştür<sup>227</sup>. Osmanlı dönemi doktrininde para cezaları tartışmalıdır. Molla Hüsrev ve İbrahim Halebi kitaplarında para cezalarından hiç bahsetmemişlerdir. İbn Hümmam, Trablusi,

---

**Ta'zir-i ahissa:** içtimaî vaziyetleri düşkün, sefeleden mâ-dud kimseler hakkındaki ta'zirdir ki, hem mahkemeye, bilcelb ihtar suretiyle, hem de habs ve darb suretiyle yapılabilir.

**Tediben ta'zir :** Âkil olduğu halde henüz mükellefiyet çağında bulunmayan bir çocuğun yaptığı bir cürümden dolayı hakkında te'dib ve tehzib maksadiyle yapılan ta'zirdir. Te'dib ise hafif ceza ile ıslah ve terbiye etmektir (Bilmen, 1972: 311)

<sup>220</sup> Hanifi, Maliki ve Hanbelî bu görüşü savunmaktadırlar.

<sup>221</sup> Şafililer bu görüşü savunmaktadırlar.

<sup>222</sup> Avcı, 2010: 229

<sup>223</sup> Uslanmamış olan veya kefil bulamayan mahpusun süresinin uzatılması: “Müddet-i mezkure zarfında merkumlar cümleten veyahut içlerinden bazıları terbiye olup kendilerinden emniyet-i ahali hususuyla kefil verilerse senesi hitamında sebilleri tahliye olunmak ve müddet-i merkumede emniyet-i ahali hasıl olarak kefil veremedikleri halde yine icabı vechile temdid-i müddetleri icra olunmak lazım geleceği... siyakında...” (Akşit, 1976: 147)

<sup>224</sup> Osmanlıda yargılama sonunda kadıların verdiği hüküm sadece sanığın müsnet suçu işleyip işlemediğini gösterir niteliktedir. Suçlu bulunan kişiye hükmedilen yaptırımdan pek söz edilmemiştir. Ancak hükmedilen had cezasının yer aldığı kararlara da rastlanır, örneğin: “yed-i yümnası kat' olunmak şer'an lazım olmağın...”, sağ eli kat' olunmak mucceb-i şer'iyyesi olmağın...” gibi (Akman, 2004: 131).

<sup>225</sup> Avcı, 2012: 190

<sup>226</sup> Maide Suresi 5/95'e göre “İhramlı iken hayvan öldüren kişi öldürdüğü hayvanın yaklaşık et bedelini Kabe'ye kurban edecektir.”

<sup>227</sup> Bu fiiller; zekât vermemek, bahçeden meyve götürmek, ganimet taksiminden önce mal çalmak, yasak bölgede avlanmak, kaybolmuş develeri sahiplenmek olarak sıralanabilir.

İbn Şihne, Sadi Çelebi ise para cezalarının bazı durumlarda<sup>228</sup> uygulanabileceğini nakleden hukukçularıdır. Osmanlı döneminde para cezalarının ilk ciddi uygulaması Fatih Kanunlarında görülmektedir. 1488 tarihli Ceza Kanununda basit yaralama, hayvanı usulsüz sahiplenme, karşılıksız yararlanma gibi suçlar için para cezaları öngörülmüştür. Beyazıd II, Selim I ve Kanuni kanunnamelerinde de para cezaları düzenlenmiştir. 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarında diyet dışında para cezası mevcut değilken ve açıkça yasaklanmışken, 1855 tarihli kanun gücündeki Men’i İrtikâp Nizamnamesi<sup>229</sup> ve 1858 tarihli Ceza Kanununda<sup>230</sup> para cezalarına yer verilmiştir. Ancak Osmanlı döneminde para cezalarıyla ilgili, şer’i hukuktan ayrıldığı, cezaların bireyselleştirilmesine aykırı olduğu, cezaların şahsiliği ilkesini ihlal ettiği, uygulamada suiistimale neden olduğu iddiaları her zaman ortaya atılmış ve para cezalarına şüpheli bakılmıştır. 17. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren Osmanlı eyaletlerinin birçoğunda para cezalarının kaldırıldığı iddia edilirse de 1680 tarihli Mehmet kanunnamesinde para cezaları varlığını korumuştur. Para cezaları; maktu<sup>231</sup>, nispi<sup>232</sup>, nezir akçesi<sup>233</sup> (iyi hal teminatı), idari para cezası şeklinde uygulanmıştır.<sup>234</sup>

## E. CUMHURİYET DÖNEMİNDE

Cumhuriyet döneminde 1.3.1926 tarihli 765 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi konusu 29. ve 30. maddelerde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’nın 29. maddesinin ilk şeklinde temel ceza belirlenirken dikkate alınması gereken herhangi bir kriter düzenlenmemiştir<sup>235</sup>.

<sup>228</sup> Bu konuda hukukçular arasında ortak örnek, cemaatle namaza gelmeyenlere para cezası verilebileceği görüşüdür.

<sup>229</sup> Bu Nizamnamede rüşvet olarak alınan şeyin misliyle para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir.

<sup>230</sup> Bu Kanunname’de rüşvet, görevi ihmal, memurun efrada sui muamelesi, mahkemeye özürsüz gelmeme, memurun ticareti gibi suçlar için para cezası öngörülmüştür.

<sup>231</sup> Kanuni Kanunnamesine göre, karısının zinasına göz yuman kocadan köftehorluk kınlığı alınacaktır. Bu cezanın miktarını tamamen hâkim takdir etmektedir.

<sup>232</sup> Osmanlı Kanunnamelerinde, başkasının ekinine hayvan sokma fiili için hayvanın büyüklüğü ve sayısına göre değişen hayvan başına belirli nispi para cezasının alınacağı düzenlenmiştir.

<sup>233</sup> Suçlunun halini düzeltmesi ya da verilen süreyi iyi halli olarak geçirmesi halinde iade edilmek üzere belli malının alınmasıdır.

<sup>234</sup> Avcı, 2012: 192 vd.

<sup>235</sup> Söz konusu dönemde YCGK, asgari ve azami sınırlar içinde temel ceza tayininde hâkime yol gösterecek hükümlerin bulunmaması ile ilgili olarak, İtalyan Ceza Kanunundan da örnekler vermek suretiyle şu şekilde karar vermiştir: “Kanunumuz istisnai haller dışında sabit bir ceza belirtmeyip, aşağı ve yukarı basamaklı cezalar sistemini kabul ederek, aşağı ve yukarı sınırlar içinde cezayı belirlemek yetkisini hâkime tanımak suretiyle suç, ceza ve suçlu kişi arasında uygun dengeyi sağlamayı amaçlamıştır. İki sınır arasındaki somut olayda uygulayacağı ceza miktarını belirlerken, hâkimin hangi esasları göz önünde bulunduracağı 647 sayılı Kanun’un 5. madde 2. Fıkrasında gösterilen para cezalarının tayini hakkındaki hüküm müstesna, kanunda gösterilmiş değildir. Buna karşılık bazı kanunlarda ve özellikle İtalyan Ceza Kanunu, takdir hakkını kullanan hâkimin, cezayı belirlerken göz önünde tutacağı esasları tespit etmiştir. Bu Kanun’un 133. maddesine göre, hâkimin; fiilin niteliği, nevi, vasıtaları, konusu, işlenişi, zamanı ve yeri ile diğer vasıflarından suçtan zarar

1987 tarihli TCK Öntasarısı'nın ilk komisyon tarafından hazırlanan şeklinde 77. maddesinde "Cezanın Tesbiti" başlığı altında; *"Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir. Kanunun belirli bir oran çerçevesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan ağırlatıcı veya hafifletici sebepler nazara alınmaksızın, o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse, artırma veya indirme o ceza üzerinden icra olunur. Birden çok sebep bir araya gelmiş olursa artırma veya eksiltme, ondan evvelki artırma ve eksiltme sonucu olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder. Bir araya gelen sebeplerden bazıları artırmayı ve diğerleri eksiltmeyi gerektirecek olursa önce artırmakla işe başlanır. Bütün hallerde suçlunun yaşı, akli durumu, takdire bağlı hafifletici sebepler ve tekrür, bu sıra takip olunmak şartıyla en sonra nazara alınır. Ceza artırılır veya eksiltilirken, kanunun özel biçimde belirttiği haller saklı kalmak üzere, her ceza nev'i için belirli olan sınır aşılamaz. Muvakkat cezalar, gün, ay, yıl hesabıyla uygulanır. Bir gün yirmidört saat; bir ay otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesap edilir. Muvakkat cezalar için bir günün, para cezaları için yüz liranın küsuru hesaba katılmaz ve cezalar infaz edilmez,"* hükmü yer almıştır.

1987 Öntasarısı'nın "Temel Cezanın Tayini" başlıklı 78. maddesinde ise, *"İki sınır arasında temel cezayı takdirini kullanarak hâkim tayin eder. Takdirin kullanılmasında suçun niteliği, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlenme zamanı, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri gibi hususlar göz önünde bulundurulur. Takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir,"* düzenlemesine yer verilmiştir<sup>236</sup>.

1989 tarihli ikinci komisyon tarafından yapılan değerlendirme sonunda hazırlanan TCK Öntasarısı metninde, 1987 TCK Öntasarısı'nda 77. maddede yer alan "Cezaların Tesbiti" 76. maddeye<sup>237</sup>, 78. maddede yer alan temel cezanın tayini de 77. maddeye<sup>238</sup> alınmıştır.

---

görene verilen zararın veya yaratılan tehlikenin ağırlığından ve kastın yoğunluğu ile taksirin derecesinden anlaşılan, suçun ağırlığını ve suç saikleriyle, suçlunun mizacından, suçlunun adli geçmişi ile genel olarak suçtan önceki yaşayış tarzından, suçla birlikte ve sonraki tavır ve hareketlerinden, nihayet kişisel, ailevi ve sosyal hayat şartlarından anlaşılacak cürmi ehliyetini nazara alarak aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanır. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber aynı ölçülerin göz önünde tutulduğu suç ile suçlunun kişiliğinin takdir yetkisinin kullanılmasında rehberlik ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır." YCGK 18.6.1984 t. 1984/3-104 E 1984/230 K

<sup>236</sup> TCK Öntasarısı, (1987), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, s. 62-63

<sup>237</sup> "Cezalarda kanunilik prensibinin bir uygulaması olan bu maddede cezaların nasıl belirleneceği gösterilmiş, özellikle ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin bir arada bulunması halinde önce artırmayla işe başlanacağı ve elde edilecek ceza miktarı üzerinden hafifletici sebeplerin uygulanacağı belirtilmiştir. Şüphesizki, ağırlatıcı sebeplerden fiili olanlar şahsi olanlardan daha önce nazara alınacaktır. Ancak suçlunun yaşı, akli durumu, takdiri hafifletici sebepler ve tekrür bütün artırma ve ve eksiltme işlemleri bittikten sonra ve aralarındaki bu sıraya riayet edilmek kaydıyla birer birer uygulanacaktır. Ayrıca değişik ceza nev'ilerinin nasıl hesaplanacağı da maddede belirtilmiş ve 647 sayılı Kanunla yapılan düzenleme göz önünde tutularak yüz



Cezaların tesbiti madde metni aynı şekilde muhafaza edilmiştir. Temel cezanın tayini maddesinde değişikliğe gidilmiş, madde metnine taksirli suçlarla ilgili 2. ve kasıtlı suçlarla ilgili 3. fıkralar eklenmiştir. Bu fıkralar sırasıyla; *“Taksirli suçlarda failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler meydana getirdiği hallerde ceza verilmez. Kasten işlenen suçlarda failin sadece çok önemsiz neticelerin meydana gelmesini istediği ve kusurunun da çok hafif derecede bulunduğu hallerde hal ve şartlara ve meydana gelen neticeye göre cezanın onda dokuzu indirilir,”* şeklindedir. Cezanın tayini kriterlerinden *“suçun niteliği”* madde metninden çıkarılmış, maddeye *“suçun işlendiği yer, failin amacı, saiki, geçmişi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları”* kriterleri eklenmiştir<sup>239</sup>. Kanaatimizce, suçun niteliğinin cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılması, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelmektedir. Çünkü suçun niteliği kanun koyucu tarafından her suç için soyut özel ceza belirlemesi yapılırken kullanılan en temel kriterdir. Bunun ayrıca somut cezanın belirlenmesinde kullanılmaması gerekir. Bu kriterin madde metnin den çıkarılması o dönem için yerinde bir tercih olmuştur. İkinci komisyon failin *geçmişi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları”* temel cezanın belirlenmesi kriterleri arasına *“failin geçmişi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları”* konularını da eklemiştir. Bunlar fiille ilgili olmayan faile ilişkin kriterlerdir<sup>240</sup>.

---

liradan aşağı olan para cezalarının hesaba katılmayacağı ve infaz edilmeyeceği açıklanmıştır.” 1989 TCK Öntasarısı 76. madde Gerekçesi, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, 1989, Ankara s. 244

<sup>238</sup> “Maddede temel cezanın nasıl takdir ve tayin olunacağı gösterilmiştir. Daima aşağı sınırın tercih edildiği, oysa kanunda her suçun cezasının iki sınır arasında belirtildiği, böylece suçun özelliklerine göre cezasının takdir edilmesinin istendiği, daima aşağı sınır ile yetinilmesinin bu esasa aykırı düştüğü göz önünde bulundurulmuş ve takdirin nelere bakılarak yapılacağı açıklanmıştır. Takdirin sebeplerini tek tek saymanın imkânsızlığı karşısında sadece birkaç misal verilmiş ve “gibi” kelimesi ile sınırsızlığa işaret olunmuştur. Fakat hükümde takdirin sebepleri mutlaka gösterilecek ve böylece Yargıtay’ın takdirde hata yapıp yapılmadığını denetlemesine imkân sağlanmış olacaktır. Uygulamada, daima aşağı sınırın verilmesine karşı yapılan eleştiriler bu suretle karşılanmış olacaktır. Maddenin ikinci fıkrası taksirli suçların cezalandırılması yönünden çok önemli bir yenilik getirmektedir: Taksirli suçlarda failin kusur derecesi çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler doğurduğu hallerde faile ceza verilmeyecektir. Zira bu gibi hallerde taksir derecesinde bir kusurun varlığından söz edilemez. maddenin üçüncü fıkrasında ise kasten işlenen suçlarda genel bir hafifletici sebep yer almaktadır: Fail çok hafif neticelerin husule gelmesini istediği ve kusurunun da çok hafif olduğu hallerde hakim, suçun işlenmesine sebebiyet veren hal ve şartları ve meydana geçen neticeyi göz önüne almak suretiyle cezanın onda dokuzunu indirecektir.” 1989 TCK Öntasarısı 77. madde Gerekçesi, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, 1989, Ankara s. 244-245

<sup>239</sup> TCK Öntasarısı, (1989), İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, s.32-33

<sup>240</sup> Bu konuların kriterler arasında düzenlenmiş olmasının fayda ve sakıncaları Temel cezanın belirlenmesinde kriterler başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle<sup>241</sup> temel cezanın belirlenmesi açısından, “suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, kastın veya taksirin yoğunluğu, zararın veya tehlikenin ağırlığı, suçun neden ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu ile fiilden sonraki davranışları, fiilin diğer özellikleri gibi hususlar” kriterleri<sup>242</sup> getirilmiştir<sup>243</sup>. Erem'e göre; bu değişiklikten önceki dönemle ilgili olarak, kanunda yalnızca ceza türlerinin belirlenmiş olması miktarın tayininde aşırı keyfiliğe yol açmış, sabit cezalar ise cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız hale getirmiştir<sup>244</sup>. Bu kriterlerin kanuna girmesiyle hâkimin takdiri ile kanunilik ilkesi arasında bir denge kurulmuştur. Her ne kadar bu kriterler kanunda sayıldıktan sonra “gibi hususlar” ifadesine yer verilmiş ise de bu, hâkimin tamamen keyfi şekilde davranabileceği anlamına gelmiyordu. Hâkim ancak sayılanlara benzer kriterleri dikkate alabilirdi<sup>245</sup>.

1997 TCK Tasarı'nda cezanın belirlenmesi konusunda yine iki madde dikkati çekmektedir. Cezanın belirlenmesi açısından bu TCK Tasarısı, 1987 ve 1989 TCK tasarılarının karması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Cezaların tesbiti bu kez 78. maddede yerini bulmuşken, temel cezanın tayini 79. maddede kendisine yer edinmiştir. 1997 Tasarısı'nın 78. maddesi 1987 ve 1989 tasarılarının cezaların tesbiti başlıklı maddeleriyle aynıdır. Sadece aradan geçen 12 yılın sonucu olarak yüz liranın değil, bin liranın küsürünün atılacağı madde metninde yer almıştır. Bunun doğal sonucu olarak madde gerekçesinde de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 1997 Tasarısında 1989 Tasarısında yer alan 2. ve 3. fıkralara yer verilmemiştir. 1. fıkra metni de 1989 tasarısında yer alan ve yukarıda açılan şekli korumuştur. Bunun doğal sonucu olarak madde gerekçesi de bütünlüğünü aynen korumuş, 2. ve 3. fıkra gerekçeleri metinden çıkarılmıştır<sup>246</sup>.

<sup>241</sup> 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ayrıca 29. maddenin son fıkrasına “cezanın asgari haddten tayini durumunda dahi takdirin nedenlerinin mutlaka kararda gösterileceği” eklenmiştir.

<sup>242</sup> Bu kriterlerin belirlenmesinin gerekliliğine ilişkin görüşler için bkz. Koni, Burhan, (1956), “Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, SBF, s.56

<sup>243</sup> Toroslu, 2010: 166

<sup>244</sup> Erem, 1946: 1159

<sup>245</sup> İçel vd, 2002: 146; Toroslu, 2010: 166-167

<sup>246</sup> Dönmezer/Yenisey, 1998: 39,40, 491, 491

### III. CEZANIN BELİRLENMESİNDE İLKELER

#### A. GENEL OLARAK

Türk Ceza Hukuku'nda süresi ve miktarı belli mahkûmiyet sistemi geçerlidir. Bu nedenle, mahkûmiyet kararı verilirken, özgürlüğü bağlayıcı cezanın süresi ve adli para cezasının miktarı tayin olunmaktadır. Alt ve üst sınırı kanunda belirtilmiş olan cezalar, cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye ve suçlu için en uygun cezanın tayinine olanak sağlamaya elverişli cezalardır. Hâkim, somut cezayı tayin ederken, ceza hukukunun temel esaslarını ve özellikle takdir yetkisinin nitelik ve sınırını, yasal ve takdire bağlı artırma veya indirme nedenleri ile bu konuda izlenecek sırayı göz önünde tutmak zorundadır. Cezanın somut belirlenmesinde geçerli olan ilkelerin, kusur ilkesi, çifte değerlendirme yasağı ve gerekçe gösterilmesinden ibaret olduğu belirtilmiştir<sup>247</sup>.

TCK'nın 61. maddesinde sayılan, cezanın belirlenmesini doğrudan etkileyen diğer kuralları göz önünde bulundurarak, bu ilkeleri genişletmek mümkündür. Zira cezanın somut belirlenmesinde geçerli olan kurallar bu üç ilkedен ibaret değildir. Kanunilik, cezanın amacına uygun belirlenmesi, takdir yetkisi<sup>248</sup>, eşitlik, orantılılık, alt ve üst sınırları aşmama, artırım ve indirimde sıralama gibi çoğaltmak mümkündür. Bu başlık altında, cezanın soyut ve somut belirlenmesinin her aşamasında ve her şartta riayet edilmesi gerektiği düşünülen sekiz ilke ele alınacaktır. Bunlar; *kanunilik*, *kusur*, *gerekçe gösterme*, *çifte değerlendirme yasağı*, *orantılılık*, *eşitlik*, *takdir yetkisi* ve *cezanın amacına uygunluk* olarak belirlenmiştir. Bu ilkeler, cezanın belirlenmesinin bir veya birden fazla aşamalarında etkili olmaları, bu süreçte sürekli göz önünde bulundurulmaları, açık hüküm bulunmayan durumlarda da yol gösterici olmaları nedeniyle önemlidir<sup>249</sup>.

#### B. KANUNILIK

Bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanabilmesi için; davranışın haksızlık teşkil etmesi, hukuka aykırı olması ve toplum açısından vazgeçilmez değerlerin ihlali niteliğini taşıması

<sup>247</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563-566

<sup>248</sup> Burada kastedilen takdir yetkisi TCK'nın 62. maddesindeki takdiri indirim değil, kanunda bir suç için öngörülmüş olan cezanın alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesinde takdir yetkisi tanınmış olmasıdır.

<sup>249</sup> Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunda üstünde ısrarla durulan konular; cezanın amacı (Strafzweck), orantılılık-adalet (Gerechtigkeit), kusur (Schuld), çifte değerlendirme yasağı (DVV), gerekçe gösterme (Begründung) olarak ifade edilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için şu iki ana kaynak esere bkz. BRUNS Hans Jurgен, Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis, Heymans Verlag, 2., neubearb. und erw. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München, 1985; Schafer/Sander/Van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, C.H. Beck, 4. Auflage, München, 2008

gerekmektedir<sup>250</sup>. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak, hangi fiilin suç oluşturduğunun, bu fiilin bütün unsurlarının ve bu fiil için öngörülen cezanın kanunda açıkça gösterilmesi gerekir<sup>251</sup>.

Cezalar ve güvenlik tedbirleri ile cezalar sistemine ilişkin kurallar, kanunda soyut olarak yer alır. Cezada kanunilik ilkesi gereği, kanunda gösterilen dışında bir cezaya hükmedilemeyeceği gibi ceza miktarı açısından kanunun belirlediği sınırlar dışına da çıkılamaz. Cezalar, kanuna göre artırılıp indirilecektir (TCK m. 2/1, 61/9). Bu bakımdan soyut ceza belirlenirken kanun koyucu tarafından özen gösterilmeli, bu bağlamda cezanın amacını gerçekleştirmeye elverişli ve bilimsel araştırmalarla elde edilmiş kriterler kullanılmalıdır<sup>252</sup>.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ilk defa Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiş olmakla beraber, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde de yer almıştır (m. 7 ve 8 ). Alman ceza hukukçusu Feuerbach, bu ilke Roma Hukukunda tanınmamasına karşın, bu ilkeyi Latince bir formülle “*Nullum crimen sine lege scripte* (suçta kanunilik), *nulla poena sine lege* (cezada kanunilik)<sup>253</sup>” şeklinde ifade etmiştir<sup>254</sup>.

Türk hukukunda, cezanın belirlenmesi konusunda kabul edilen öncelikli ilke, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesidir<sup>255</sup>. 765 sayılı TCK’nın 1. maddesini karşılayan, 5237 sayılı TCK’nın 2/1. maddesinde<sup>256</sup>, bu ilke düzenlenmiştir<sup>257</sup>. Buna 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.*”

<sup>250</sup> Özgenç/Şahin, 2001: 14,15

<sup>251</sup> Özgenç, 2011: 567

<sup>252</sup> Çağlayan, 1984: 242

<sup>253</sup> Alman ceza hukukunda yazılı olmayan hukuk dışında ceza konulamaz, kuralı geçerlidir. (Tellenbach, 2009: 298) Alman Ceza Kanunu’nun 1. maddesi “Keine Strafe Ohne Gesetz” başlığını taşımakta ve “kanunsuz ceza olmaz” anlamına gelmekte; madde içeriğinde de “Bir fiil için ceza verilmesi, ancak o fiilin işlenmesinden önce kanunda bu husus düzenlenmişse mümkündür” şeklinde ifade yer almaktadır.

<sup>254</sup> Feuerbach, 1847: 14; Özgenç, 2011: 92; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 565; Toroslu, 2010: 148

<sup>255</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 566

<sup>256</sup> TCK Madde 2/1 gerekçesi; “Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur”.

<sup>257</sup> Gedik, 2006: 80

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, AİHS'nin 6. ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasa'sındaki düzenlemeye göre; *“Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.”* Kanunilik ilkesi gereğince, hâkim, ancak kanunda tanımlanan bir suçun işlenmesi durumunda, yine kanunda belirlenmiş bir cezaya hükmedebilir<sup>258</sup>. Faile ceza verilirken, keyfî davranmamak, cezayı belirli kurallara uyarak vermek, suçların ve cezaların kanuniliğinin zorunlu bir sonucudur. Bu nedenle, suçun failine kanunda yazılı ceza verilirken, önceden konulmuş belirli bir usule uyulması gerekmektedir<sup>259</sup>.

765 sayılı TCK'nın 29/1. maddesi hükmünü, 5237 sayılı TCK'nın 61/7. maddesine aktaran kanun koyucu, *“Kanunda açıkça yazılı olmadıkça, cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir”* derken bu ilkeyi vurgulamaktadır. Cezaların artırılması ve eksiltilmesi, ancak bu konuların kanunda düzenlenmesi durumunda mümkün olacaktır. Kanunda açık hüküm bulunmayan durumlarda, hâkim, kanunda yer alan bir ceza yerine başka bir cezayı ikame edemez. Ancak kanun izin veriyorsa, cezanın başka bir yaptırıma dönüştürülmesi mümkündür<sup>260</sup>. Bu, herhangi bir istisnası olmayan mutlak bir kuraldır<sup>261</sup>.

TCK'nın, cezanın belirlenmesi başlıklı 61. maddesinde temel cezanın tayini yöntemi gösterilmiştir. Hâkimin cezayı belirlerken hangi konuları göz önünde bulunduracağı, temel cezayı belirledikten sonra, cezayı artırması veya eksiltmesi gerektiğinde, hangi sırayı izleyeceği gösterilmiştir<sup>262</sup>. Hâkim, ilgili maddenin belirlediği ölçüler içinde takdir yetkisini kullanmalı, yargılama konusu suçun kanunda belirtilen cezasını suça ve suçlunun kişiliğine uydurmalı, soyut cezayı bireyselleştirmelidir<sup>263</sup>.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin, kıyası yasakladığı görüşü, öğretide hâkim kanaattir. Bunun sonucu olarak, hâkim, cezayı belirlerken kıyasa başvurarak uygulama yapamayacaktır. Hâkim, cezanın belirlenmesinde etkili olan, TCK'nın 61/1. maddesinde sayılan, yedi nedenden bir veya birkaçına dayanabilecek, ancak burada sayılmayan bir unsur

<sup>258</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 9

<sup>259</sup> Hafizoğulları, 1989: 481

<sup>260</sup> Gedik, 2006: 80

<sup>261</sup> [www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html](http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html). E.T. 9.2.2012 Zeki Hafizoğulları, “ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”

<sup>262</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011, 566

<sup>263</sup> [www.baskent.edu.tr/zekih/uygulamaci/cezagenel.htm](http://www.baskent.edu.tr/zekih/uygulamaci/cezagenel.htm). E.T. 9.2.2012, Zeki Hafizoğulları; “Ceza Hukuku Genel Hükümler”,

kararına gerekçe yapamayacaktır. Bu nedenler sayılırken, “diğer nedenler” gibi genelleyici bir hükme yer verilmediğinden, bu maddedeki nedenler tahdididir ve bağlayıcıdır. 765 sayılı TCK’nın 29. maddesinde yer aldığı gibi, “diğer nedenler” ibaresinin kanunda yer almış olması da ciddi derecede tartışmalara ve kanunilik ilkesinin ihlali itirazlarına konu olabilecektir. Ancak, böyle bir hüküm, somut olaylardaki suçların işleniş biçimlerinin ve diğer özelliklerinin birbirine tıpa tıp uymaması nedeniyle hâkime cezanın bireyselleştirilmesi yolunu açan bir hüküm olacağı fikri de ileri sürülebilir<sup>264</sup>.

Cezalandırmada keyfiliği önleyen cezaların belirliliği ilkesi, kanunilik ilkesinin sonucu olarak; ceza hukukuna ilişkin kanun metinlerinin, suçun karşılığındaki ceza ile nitelikli hallerin, vasat bir anlayışa sahip kişilerin bile, tereddüde düşmeyecek şekilde anlayacakları açıklıkta düzenlenmesini ifade etmektedir<sup>265</sup>. Kanunilik ilkesi (belirlilik ilkesi) bakımından incelendiğinde TCK’nın 61. maddesinin genel olarak yeterli açıklık ve belirliliği bünyesinde taşıdığı görülür. Ancak bu konuda birkaç eleştiri noktası göze çarpmaktadır. Bunlardan biri, çifte değerlendirme yasağı konusunda, TCK’nın 61/3. maddesinde düzenlenen sadece suçun unsurları olan konuların, cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınmayacağı düzenlemesidir. Esasen suçun nitelikli hallerinin de cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı (bu nedenlerin cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılmayacağı) şeklinde hüküm bulunması gerekirken, bu konu madde metninde yer almamıştır. Suçun nitelikli hallerinin cezanın belirlenmesinde bir kez daha göz önünde bulundurulmayacağına dair hüküm, madde gerekçesinde açıklanmıştır. Ancak bu gerekçenin karşılığı olan fıkra madde metninden çıkarıldığı halde gerekçe buna uygun olarak düzenlenmediğinden yerinde kalmıştır<sup>266</sup>.

Kanunilik ilkesinin alt unsuru mahiyetindeki belirlilik açısından, TCK’nın 61. maddesinin değerlendirmesinde göze çarpan bir başka hüküm; hapis cezasının belirlenmesinde sürenin nasıl hesap edileceğini düzenleyen 6. fıkrasının 3. cümlesindeki “*Yıl resmi takvime göre hesap edilir*”, hükmüdür. Buradaki ifadenin, “resmi takvime göre yıl hesabının 365 gün olduğu” şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda yaygın bir kanaat bulunmakla birlikte, bunun aksi de ileri sürülerek; o yıl resmi takvimde kaç gün ise ona göre

<sup>264</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 562; Gözübüyük, 1980: 19

<sup>265</sup> Bekri, 2010: 1

<sup>266</sup> Alman Ceza Kanunu m. 46/3’te de çifte değerlendirme yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; “Suçun unsuru niteliğinde olan hususların bir kez daha dikkate alınmayacakları” belirtilmiştir. Ancak öğretisi ve uygulamada, suçun nitelikli şekillerine ilişkin hususların da, (kanunda düzenlenmiş olmaları halinde) bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı hususu kabul edilmiştir (Bruns, 1985: 133).

hesap yapılacağı da iddia edilebilir. Kanaatimizce, burada kastedilen, cezanın infazı sırasındaki yılların resmi olarak kaç gün ise onun hesaba katılmasıdır. Kanun koyucu farklı düşünseydi, gün 24 saat, ay 30 gün diye açıkça belirttiği gibi; yılı da 365 gün olarak belirleyebilirdi. Aksi yorum halinde, cezasının infazı “*artık yıla*<sup>267</sup>” rastlayan bir hükümlü ile cezasının infazı sırasında hiç “*artık yıl*” olmayan hükümlü arasında eşitsizlik söz konusu olacaktır.

Bu konuda bir başka gerekçe de; koşullu salıverme<sup>268</sup> hesabı yapılırken, cezalara bu oranların uygulanması için, yılın mutlaka günlere çevrilmesi gereğidir. Bu nedenle, her zaman yıl hesabıyla işlem yapılması mümkün değildir. Yargıtay’ın bu konuda istikrar kazanmış bir uygulaması henüz söz konusu değildir<sup>269</sup>. Bu şekilde Yargıtay’ın farklı daireleri arasında farklı uygulamaya neden olan bir düzenlemenin belirlilik ve kanunilik açısından tartışılması da doğaldır. Esasen burada farklı uygulamaya neden olan konu, yıl olarak belirlenen cezanın, infaz sırasında yıl olarak mı, yoksa güne çevrilerek mi hesap edileceğidir. Güne çevrilerek yapılacak hesapta artık yıl nedeniyle hükümlünün bir gün lehine sonuç ortaya çıkacaktır<sup>270</sup>. Ancak kanunun düzenlemesinin bu şekilde bir uygulamaya cevaz vermediği kanaatindeyiz.

<sup>267</sup> Artık yıldan kasıt, şubat ayının 29 gün olduğu yıllardır. Bu yıllar son iki rakamı 4 ve 4’ün katı olan yıllardır. Örneğin; 2012 yılı, artık yıldır.

<sup>268</sup> Koşullu salıverme oranları CGTİHK m. 107’ye göre; normal suçlar için 2/3 ve tekerrür hali ve örgüt kapsamında işlenen suçlar için 3/4’tür

<sup>269</sup> Yar. 5. CD 22.6.2009 t. ve 2009/8612 E, 2009/7885 K sayılı kararında “mahkûmiyet süresinin hesabında, ayın 30 gün, yılın ise resmi takvime göre hesaplanacağı, ayrıca 2008 ve 2012 yıllarında Şubat ayının 29 gün çekmesi nedeniyle 2 günlük artık yıldan kaynaklanan sürenin de ceza infaz kurumunda geçirilecek süreden mahsubu yapıldığında, ceza infaz kurumunda iyi halli hükümlü olarak 6 yıl 36 gün (2226 gün) kalması durumunda koşullu salıverilmeye hak kazanacağı tarihin 08.09.2012 olması gerektiği cihetle, şartla tahliye tarihinin 10.09.2012 olarak tespit edildiği anlaşılan müddetnamenin usulüne uygun olmadığı” şeklinde karar vermiştir.

Aynı konuda aksi kanaatte olan Yar. 1. CD; 21.11.2011 t. 2011/7864 E ve 2011/8174 K sayılı kararında; “5237 Sayılı TCK’nın 61/6 maddesi: “ Hapis cezasının süresi, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün yirmidört 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. “ şeklinde düzenlenmiştir. Yasal düzenleme karşısında, hükümlünün cezalarının, öncelikle yıl hesabı ile resmi takvime göre, kalan sürelerin ise, ay ve gün üzerinden belirtilen müddetler üzerinden yapılması gerekliliğinden bahisle, koşullu salıverilme tarihinin 30.04.2011 tarihinin olacağı açık ve net olduğundan (olayda, artık yılda fazla gün hesaba katılarak işlem yapıldığında koşullu salıverme tarihi 28.04.2011 olması gerekirdi) “ diyerek artık yıldaki fazla günlerin hesaba katılmayacağına karar vermiştir.

<sup>270</sup> Bunun pratikteki sonucu, cezanın belirlenmesi sırasında değil infazı esnasında önem taşır. Cezasının infazı, artık yıla denk gelen (Örneğin, cezasının infazına 29 Şubat’tan önce başlanmak şartıyla 2012 yılında cezasını infaz eden bir hükümlü açısından yıl resmi takvime göre 366 gün olacağından tahliye tarihi doğal olarak normal yıla kıyasla bir gün sonraya tekabül edecektir. Hâlbuki bütün yılların 365 gün olarak hesap edilmesi durumunda hükümlü lehine bir gün eksik infaz söz konusu olacaktır. Halen Türkiye’de bu konuda infaz birimleri (Cumhuriyet başsavcılıkları) ve Yargıtay’ın daireleri arasında tam bir uygulama birliği sağlanmış değildir.

Kanunilik (Belirlilik) ilkesi açısından eleştiri konusu yapılabilecek diğer bir düzenleme ise TCK'nın 61/6-4. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm; *“Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez”*, şeklindedir. Bu hüküm, hesap yapılırken her bir ara işlemde sonra mı, yoksa sonuç cezada mı, bu artakalanların hesaba katılmayacağı konusunda tereddütlere neden olabilir. Bu düzenlemeyi hükümlü lehine yorumlayarak, ceza hesaplanırken her bir ara işlemde artakalanların hesaba dâhil edilmemesi, sonuçta çıkacak ceza miktarında da artakalan var ise, bunun da hesaba katılmayarak infaz edilmemesi gerekir. Nitekim Yargıtay da bu şekilde hesap yapılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>271</sup>. Bu konu, özellikle birden fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş hükümlünün, koşulu salıverilme tarihinin hesaplanmasında önemli farklılıklara neden olabilmektedir. Örneğin; dört ayrı kez 3 ay 10 gün hapis cezasına mahkûm olmuş hükümlünün, koşullu salıverilme tarihi, her bir ceza için ayrı ayrı hesaplanırsa; 100 günün 2/3 ü bulunurken 66,6 gün ortaya çıkacaktır. Bu sonuç ara hesaplamada da artakalanın atılması durumunda 66 olarak alındığında (dört tane 66 gün) toplamda 264 gün infaz edilecektir. Ara hesaplamada, artakalanın, hesaba katılması durumunda 266 olarak bulunacaktır. Kanaatimizce, hem hükümlü lehine olması, hem de yeni Ceza Adalet sisteminde fiil, ceza ve infazın bağımsızlıklarını koruması ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, ayrı ayrı hesap yönteminin uygulanması ve artakalanın her bir aşamada hesaba katılmaması gerekir.

Cezada kanunilik ilkesinin bir başka unsuru idari eylem ve işlemlerle suç ve ceza ihdas edilememesidir. Bu konu açısından tetkiki gereken diğer bir mesele idari bireyselleştirme olarak nitelendirilen infaz aşamasında cezanın bireyselleştirilmesi konusudur. Cezanın belirlenmesi konusunda ayırım yaparken yasama, yargı ve idari bireyselleştirme açıklanmıştır. İdari bireyselleştirme de denilen; infaz aşamasında cezanın bireyselleştirilmesi konusu, sonuçta cezanın miktarına etkide bulunması açısından incelenebilir. Ceza infaz kurumu idare ve gözlem kurulu, hükümlü hakkında iyi hal kararı almak suretiyle, mahkûmun koşullu salıvermeden yararlanıp yararlanmayacağına ve cezasının tespitine etki etmektedir. Bu etki dolaylıdır, çünkü koşullu salıverme kararını verecek olan makam sonuç olarak mahkemedir. İyi hal, şartlı tahliyenin ön koşulu olduğundan, hâkimin kararı, büyük oranda bu ön karara uygun olacaktır. Süresiz hüküm sistemine bu anlamda benzese de, hükümlünün ne kadar ceza infaz kurumunda kalabileceği, hâkimin kovuşturma aşamasındaki mahkûmiyet ve infaz

<sup>271</sup> 4. CD, 16.10.2006, 15243 Aynı görüş için bkz. Hakeri, 2012a: 607



sırasındaki koşullu salıverme kararlarıyla belirlendiğinden idari bir işlem ile ceza süresinin belirlenmesi söz konusu değildir.

Kanunilik ilkesinin alt öğelerinden biri de genişletici yorum yasağıdır. TCK'nın 2. maddesi gereğince, suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Yorum, şüphesiz hukukun önemli araçlarından biridir, fakat kanun koyucunun amacını aşan tarzda bir yorum, kanunilik ilkesini ihlal edecektir. Örneğin; “ödenmeyen para cezasının hapse çevrileceği ve aynen çektirileceğine” dair kanun hükmünü, adli para cezasının ödenen kısmın da hapse çevrilerek tamamının çektirileceği şeklinde anlamak<sup>272</sup>, amaca uygun olmayan ve kıyası da açacak bir yorumdur.

Kanunilik ilkesi açısından söylenmesi gereken başka bir konu; örf ve âdete göre suç ve ceza konulamayacağıdır. Cezanın belirlenmesi sırasında da kanunda yer almayan bir uygulama yalması bunun örf ve âdete dayandırılması mümkün değildir.

Kanunilik ilkesi ile ilgili son olarak kanunların geçmişe yürümezliği kuralının ifade edilmesi gerekir. Bu kuralın istisnası sanığın lehine olan kanun hükmünün geçmişe yönelik olarak da uygulanabileceğidir. Cezanın belirlenmesi sırasında da bu kural mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanun ile suçun işlenme anında yürürlükte bulaunan kanunlardan hangisi sanığın lehine ise o kural uygulanmalıdır<sup>273</sup>. 765 sayılı TCK döneminde işlenmiş bir suçun yarılmasının 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra yapılması ve karar verilmesi halinde hâkim sanık lehine olan kanun hükmünü uygulayacaktır. Bu anlamda 765 sayılı TCK'nın 29 ve 30. maddeleri ile 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesini karşılaştıracaktır. Bu maddeler kendi içerisinde ceza içeren maddeler değilse de hangi kanundaki kriterlerin uygulanması halinde sanık lehine bir sonuç çıkıyorsa ona göre hüküm verilmelidir.

### C. KUSUR İLKESİ

Kusur, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla, fail hakkında bulunulan muaheze (kınama) yargısından ibarettir. Başka bir deyişle kusurluluk, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir<sup>274</sup>. Kusur ilkesi, ceza yaptırımının, işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda

<sup>272</sup> Bu şekilde yorumlanması gereği görüşü için bkz. Zeki Hafızoğulları, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, [www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html](http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html). Erişim 9.2.2012

<sup>273</sup> Özgenç, 2012: 102; Koca/Üzülmez, 2012: 51, 59

<sup>274</sup> Özgenç, 2011: 331-334

uygulanabilmesini ifade eden, faili hak ettiğinden daha ağır yaptırımlara karşı koruyan bir kalkandır<sup>275</sup>. Bu ilkenin, üç sonucu vardır. İlkenin birinci sonucu, failin kusursuz bir hareketi dolayısıyla cezalandırılmayacağıdır. İkinci sonucu, faile verilecek cezanın kusurundan fazla olamayacağı, üçüncüsü ise cezanın failin kusurundan daha az olamayacağıdır<sup>276</sup>. TCK'nın 21/1. maddesine göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. TCK'daki düzenlemeye göre, kast ve taksir birer kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Bu tür bir düzenleme kusurun kast ve taksirden tamamen soyutlanması sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü haksızlık kusur yargısının dayanağını oluşturmakta, kusur yargısı ise haksızlık zemini üzerine inşa edilmektedir<sup>277</sup>.

Özgenç'e göre; temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterler, TCK'nın 61/1. maddesinde gösterilmiştir. Bu kriterlerin, işlenen suçun haksızlık içeriği konusunda etkili olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Hukuka aykırı olan fiil, ifade ettiği haksızlık bakımından derecelendirmeye tabi tutulabilir. Buna karşılık, hukuka aykırılığın derecelendirilmesinden veya yoğunluğundan söz edilemez<sup>278</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta cezanın belirlenmesinde temel alınacak ilkenin kusur ilkesi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 46/1. maddesinde "*cezanın tayini için temel ilke, failin kusurlu olmasıdır*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır<sup>279</sup>. İtalyan Anayasası'nda kusur ilkesi, pozitif bir norm olarak düzenlenmişken, Fransa'da cezalandırılabilirliğin temel ilkesi olarak görülmektedir<sup>280</sup>.

TCK'nın 3/1. maddesinde, "*suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*" düzenlemesi yer almaktadır. Yapılan düzenlemede, cezanın belirlenmesinde, sadece fiilin ağırlığına yer verilmesi kusura yer verilmemesi öğretilmiş<sup>281</sup>, düzenlemede "kusur ve fiilin ağırlığıyla orantılı" ifadesi yer alacak şekilde bir

<sup>275</sup> Özgenç, 2011: 64

<sup>276</sup> Jescheck/Weigend, 1996: 6

<sup>277</sup> Özgenç, 2011: 331-334

<sup>278</sup> Özgenç, 2011: 730; Bakıcı, 2010: 234

<sup>279</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 566; İçel/Yenisey, 1994: 937

<sup>280</sup> Jescheck/Weigend, 1996: 29

<sup>281</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 566

Cezanın belirlenmesi açısından içerdiği önem nedeniyle ilkenin kanunda açık biçimde ifade edilmesi gerekir. Yeni bir Kanun olan 5237 sayılı TCK'da bu ilke ayrıca gösterilmeliydi. Cezalandırmanın nedeni ve sınıflandırılmasında temel ilke olarak kusurun, somut cezanın tayinine ilişkin hükmün en başında yer alması

değişiklik yapılması önerisinde bulunulmuştur<sup>282</sup>. TCK'nın 22/4. maddesinde de “*taksirle işlenen suçtan dolayı faile verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceği*” düzenlenmiştir. Ayrıca taksirli suçlarla ilgili olarak, sanığın hafif de olsa kusurlu olduğunun belirlenmesi durumunda cezanın verilmesi, hatta taksirin ağırlığına göre alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesi, uygulamada yerleşmiş durumdadır.

Kusurun, cezanın belirlenmesinde etken olduğuna delalet eden bir başka hüküm de TCK'nın 61/1-f. maddesinde yer alan; “*Failin kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı*” deyimidir. Özgenç'e göre; 5237 sayılı TCK'da benimsenmiş olan ifade, 765 sayılı TCK'nın 29/8. maddesinde düzenlenmiş olan “*kast ve taksirin yoğunluğu*” ifadesiyle aynı değildir. Aslında kast ve taksirin yoğunluğu diye bir şey söz konusu olamaz. Bu ifade, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın yansımasıdır. Klasik suç teorisi taraftarları, kast ve taksirin manevi unsur olarak davranış ve sonucun bilinmesi ve istenmesiyle ilgili olduklarını kabul etmeleri nedeniyle, bunların ağırlığı yerine “kast veya taksirin yoğunluğu” ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olacağını savunmuşlardır<sup>283</sup>. Halbuki 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeye göre, kast ve taksir birer kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Her ne kadar TCK'nın 61. maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasa da, Türk ceza hukukunda da cezanın belirlenmesinde temel ilkenin, kusur ilkesidir<sup>284</sup>.

Yargıtay da aşağıda nakledilen birçok kararında cezanın belirlenmesinde kusur ilkesine uyulması gereğini vurgulamıştır. “Birden fazla kişinin öldüğü ya da yaralandığı taksirli suçlar açısından, temel cezanın belirlenmesinde, failin kusuru ile ölü-yaralı sayısının ve yaralanma derecesinin birlikte değerlendirilmesinin zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği zaman ve yerin, kusurun belirlenmesi sırasında suçun konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının da ölü-yaralı sayısı ve yaralanma derecesinin saptanması kapsamında dikkate alınacağında kuşku bulunmamaktadır.” Kusurun belirlenmesini suç konusunun önemi, meydana gelen zararın ağırlığı ile ilişkilendirmek suretiyle isabetsiz bir yol izleyen bu kararın başka bir paragrafında; “Alt ve üst sınır arasındaki cezanın meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı

---

gerektiği konusunda bkz. H.H. Jescheck, 1989 Türk Ceza Kanunu Ön tasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı bir İnceleme, TCK Tasarısı için Müzakereler, Konya 1998, 37.

<sup>282</sup> Artuk/Çınar, 2004: 71

<sup>283</sup> Hafizoğulları, 2007: 106

<sup>284</sup> Özgenç, 2011: 732

ile suç konusunun değeri de gözetilerek ve fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesi hakkaniyete ve yasaya uygun olacaktır. Bunun dışında cezanın yasada yer alan objektif ölçüler terk edilerek, tamamen sübjektif olan hak ve nesafet gereğince tayin edilebileceğinin kabul edilmesi durumunda ise, kişilere göre değişkenlik gösterecek olan, hak ve nesafet kriterlerinden kaynaklanan, adaletsiz uygulamalar ortaya çıkacaktır”<sup>285</sup>, denmiştir.

#### D. GEREKÇE GÖSTERİLMESİ

Gerekçe, düşünce düzeyinde ulaşılan yargının (hüküm) nedeni olarak görülmektedir<sup>286</sup>. Bir başka deyişle gerekçe, sonucun mantık yönünden dayanağıdır<sup>287</sup>. Bu bakımdan mantıkla bağlantısı tartışmasızdır. Doğru düşünceye ulaşmada izlenen yol ve yöntem olarak görülen mantık, hükme varmada gerekçe olarak karşımıza çıkar. Herkesçe benimsenen doğru bir hüküm (karar, yargı) öncelikle, mantıksal çelişki içermeyen bir gerekçeye dayanmalıdır. Gerekçe, kararın haklılığı, doğruluğu, inandırıcılığına olanak sağladığı gibi, hâkime yansızlığını gösterme, yanların ve kamuoyunun adalet duygusunu tatmin etme olanağı sağlar<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> YCGK, 07.07.2009, 2009/9-62-19; (Gerçekler, 2011: 839)

<sup>286</sup> “Uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de, açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışının sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Hükümün açık ve net olması gereği hüküm sonucu ile sınırlı olmayıp, iddiaların tek tek ele alındığı, cevaplandırıldığı, hukuka ve kanuna aykırı bulunma ya da bulunmama nedenlerinin açıklandığı, yasal dayanakların gösterildiği, anlamaya ve denetime elverişli gerekçenin varlığını da gerektirir. Zira taraflar ancak gerekçe sayesinde hükümün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi durumunda mümkün olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kararın gerekçesinde hangi maddi vakıanın hangi hukuki nedenle davacıyı haklı gösterdiğinin açıklanması durumunda ancak, kanuna uygun bir kararın varlığından söz edilebilecektir. Gerek Anayasamız gerekse kanunla getirilen ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin nihai amacı da budur.” (YHGK 03.12.2003 t. 2003/4-776 E. 2003/720 K.) <http://www.kararara.com/yargitay/10hd/k3325.htm>

“Temel ceza saptanırken, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 141/3 ve 5271 sayılı CMK’nın 34/1 maddeleri gereğince, gösterilen gerekçenin; 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde öngörülen suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ile failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik göz önünde bulundurularak ilgili belge ve bilgilerin isabetle değerlendirildiğini belirtir biçimde yasal ve yeterli olması gerekir. Gerekçenin bu niteliği kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek özelliklerini taşıması yanında, hâkimin aşağı ve yukarı sınırlar arasında takdir yetkisini kullanırken TCK m. 61’de düzenlenen kuralın dışına çıkıp çıkmadığının Yargıtay’ca değerlendirilmesini sağlayacaktır. Yargıtay’ın görevi, yasaların Türkiye genelinde hukuka uygunluğunu denetlemek, içtihatları ile ülkede yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasında birlik sağlamaktır” 10. CD, 22.1.2009, 2008/12118, 2009/427 (Bakıcı, 2010. 243).

<sup>287</sup> “Gerekçenin, mantıksal-ruhbilimsel-toplumbilimsel ve felsefi yönleri için. bkz. Aşçıoğlu Çetin, Yargıda Gerekçe Sorunu, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.154-161; Yücel Mustafa Tören, Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.162-170; Aşçıoğlu, Çetin, (2003), “Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor?”, Manisa Barosu Dergisi, (MBD) S: 86, s. 27

<sup>288</sup> Centel/Zafer, 2005: 569; Yılmaz, 2001: 315; Özen, 2009: 81

Yargıtay kararlarında gerekçenin tanımı yapılmış<sup>289</sup> ve nasıl olması gerektiği izah edilmiştir<sup>290</sup>. “Gerekçe, süreklilik gösteren ceza genel kurulu kararlarında da vurgulandığı gibi hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır<sup>291</sup>.” “Gerekçe; istem konusundaki değerlendirmenin, hukuka ve dosya içerisindeki bilgi ve belgelere uygun açıklamasıdır. Anılan maddelerin uygulanmasına veya uygulanmasına yer olmadığına karar verilirken gösterilen gerekçe, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde, yasal ve yeterli olmalıdır<sup>292</sup>”.

1982 Anayasası'nın 141. maddesi ve CMK'nın 34. maddesi mahkeme kararlarının ve hatta karşı oyların da gerekçeli olması gerektiğini düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre, mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması bir zorunluluktur. Gerekçe gösterme zorunluluğu, cezanın belirlenmesinde kanunda gösterilen fiile ve faile ilişkin konuların göz önünde bulundurulmasını ve yapılan bu değerlendirmenin gerekçede açıklanmasını lüzumlu kılar<sup>293</sup>.

Adil yargılanma hakkının içinde barındırdığı temel haklardan olan ve dayanağını insan onuru ile eşitlik ilkesinden alan hukuki dinlenme hakkının üç unsuru vardır. Bunlar;

<sup>289</sup> “5237 sayılı TCK m. 61 gereğince temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. Fıkrasında yedi bent halinde sayılan hususları göz önünde bulundurarak ve somut gerekçeler tek tek belirtilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki ceza, cezanın alt ve üst sınırları arasında takdir hakkı kullanılacaktır. Ayrıca bu temel ceza belirlenirken aynı kanunun 3. maddesinin 1. Fıkrasındaki suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur, şeklindeki hüküm de gözetilmek zorundadır. Buna göre sanık hakkında hükmolunacak ceza 5237 sayılı TCK m. 61’de belirtilen hususlar göz önünde bulundurulur ve somut gerekçeler belirtilmek suretiyle belirlenmesi gerekirken, hukuki dayanaktan yoksun ve somut olaya uygun olmayan kanundaki bazı deyimleri tekrar edilmek suretiyle takdire ve teşdiden denilmek suretiyle temel cezanın belirlenmesi...” 11. CD, 25.9.2006, 2006/3708-7517; YCGK, 04.03.2008, 41 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2051)

<sup>290</sup> “Mahkemece ceza tayin edilirken, cezanın maddede yazılı alt sınırın üzerinde belirlenmesi durumunda Anayasanın 141/3 ve 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 34. maddesi gereğince gösterilen gerekçenin 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirtildiği şekilde 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 ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olması gerekir. Gerekçenin bu niteliği kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek özelliklerini taşıması yanında, hâkimin aşağı ve yukarı hadler arasında takdir yetkisini kullanırken 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen kuralın dışına çıkıp çıkmadığının Yargıtay'ca denetleneceğini de göstermektedir. Sanıktan ele geçirilen uyuşturucu tabletlerdeki net 8555,95 gramdan ibaret amfetamin etken maddesi miktarına göre, hak ve nesafet kuralları gözetilerek sanıkların cezasının tayini gerektiği gözetilmeden; 5237 sayılı TCK'nın 3/1 ve 61. maddelerinde öngörülen kriterlerle orantısız biçimde sanık hakkında eylemine uyan TCK m. 188/1'de öngörülen üst sınır esas alınarak, temel cezanın hapis cezasının 20 yıl hapis, temel gün adli para cezasının ise 20.000 gün olarak belirlenmesi...” 10. CD, 21.1.2008, 2007/20144, 2008/742 (Bakıcı, 2010: 246)

<sup>291</sup> YCGK, 2.10.2001, 7-179/189, www.kazancı.com.tr

<sup>292</sup> YCGK, 4.11.2003, 8-239/259, www.kazancı.com.tr; (Aydın, 2008: 175)

<sup>293</sup> Centel/Zafer, 2005: 569

tarafların yargılama konusunda bilgilendirme hakkı, yargılama ile ilgili açıklama ve ispat hakkı ve bu açıklamaların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmesi yükümlülüğüdür.<sup>294</sup> Gerekçe, özellikle tarafların yargılamada dikkate alındığının, açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesidir. Kararın gerekçeli olması hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Mahkemenin keyfilikten uzak şekilde, hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediği, ancak gerekçeden anlaşılabilir ve bu sayede denetlenebilir. Bu nedendir ki, Anayasa'da kararların gerekçeli olması özel olarak vurgulanmıştır. Bu denetleme sadece üst derece mahkemeler bakımından değil, aynı zamanda ve asıl olarak hükmü veren mahkemenin kendi kendisini denetlemesini sağlar. Çünkü bir hükmün hukuka uygun olup olmadığı, ancak gerekçe bölümünde gösterilen dayanaklardan anlaşılabilir. Gerekçenin yararları arasında, kararın sanık ve yakınları başta olmak üzere kamuoyunca benimsenmesini sağlamak ve bilimsel hukukun gelişmesine yardımcı olmak sayılabilir.<sup>295</sup>

Gerekçe yasal ve yeterli olmalıdır. Gerekçenin bu özelliği kanun koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatma, keyfiliği önleme, tarafların tatminini sağlama amacını taşımaktadır. Suçun karşılığı olarak, belirli bir makas arasında ceza konulmuşsa, bu makas arasında temel cezanın tayininde gerekçe gösterilmelidir. Belirli oranlarda cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren bir maddenin uygulanmasında da gerekçe göstermek zorunludur.<sup>296</sup>

Yargıtay'ın da kararında<sup>297</sup> belirttiği üzere değişik maddelerin uygulanması sırasında gösterilen gerekçeler birbiriyle çeliştiği takdirde, çelişen nedenler birbirini yok edeceğinden, kararın gerekçesiz olduğu kabul edilecektir. Gerekçesizlik ise 1412 sayılı CMK'nın 308 ve 5271 sayılı CMK'nın 289. maddeleri uyarınca, hukuka kesin aykırılık halleri olup, mutlak bozma nedenidir.<sup>298</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak

<sup>294</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567, 573; Aşçıoğlu, 2003: 111

<sup>295</sup> Özekes, 2007: 78-79; Doğan, 2008:175

<sup>296</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567

<sup>297</sup> “Temel ceza alt ve üst sınır arasında tayin edilirken fiilden kaynaklanan nedenlere dayanılması gerekirken, mağduru banka olan zimmet suçundan ceza tayininde, paranın hesap sahipleri açısından emeklilik de dahil olmak üzere bir takım güvenceler bahsettiği ve sanığın eylemiyle bunların yok edildiğinden ve başka kişilere haksız kazanç sağlaması ve özel hayatına ilişkin hususlar gibi şahsa bağlı ve ceza tayininde yasal olarak dikkate alınmayacak nedenlerle üst sınıra yaklaşarak teşdiden ceza tayini aynı gerekçelerin teselsülden dolayı cezalarda artırım yapılırken de kullanılması ve ayrıca gün para cezasına uygulanacak para miktarının belirlenmesinde sanığın ekonomik durumunun gözetilmesi yerine suça konu haksız menfaat tutarı ve sanığın malvarlığına bu paranın girmiş olması, sarf ve istihlak şeklinin esas alınması...” 7. CD, 31.1.2008, 2007/14823, 2008/643 (Bakıcı, 2010: 260)

<sup>298</sup> Bakıcı, 2010: 260

tain edilmesi durumunda mahkeme kararında belirtilen “takdirenden ve teşdidinden” sözünün yasal ve yeterli gerekçe olmadığını ifade etmektedir.<sup>299</sup> Kanun maddesindeki yazılı terimlerin mahkeme kararında tekrarlanması<sup>300</sup> yeterli olmayıp, esasen TCK’nın 61. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, cezanın asgari haddenden tayini durumunda da, bunun gerekçeleri ortaya konmak zorundadır. Bu gerekçelerin kararda gösterilmemiş olmasını, Yargıtay, isabetli olarak bozma nedeni yapmaktadır<sup>301</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında; “İki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi yetkisi kullanılırken, hakkaniyet kurallarına bağlı kalınması, bu konudaki gerekçenin; suçun işleniş biçimi, kanuna aykırılık derecesi, tehlikenin ağırlığı, suç nedenleri gibi ölçüler içinde dosyaya uygun olması, takdirde yanılığa düşülmemesi gerekir. Dosya kapsamından, 17.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde, Sakarya il merkezinde Emek Sitesi B-C Blok apartmanlarının çöküş şekli, bilirkişi raporlarının içeriği, çok sayıda insanın ölmüş olması dikkate alındığında, temel cezanın adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun olmayan biçimde alt sınırdan tayini (...) yasaya aykırıdır<sup>302</sup>” demektedir. Bu karar içerisinde geçen “kanuna aykırılık derecesiyle” kastedilen, hukuka aykırılığın nicelik karşılığı olmasa gerektir. Çünkü hukuka aykırılık derecelendirmeye tabi

<sup>299</sup> YCGK, 05.06.1995, 6/139/183; (Yaşar, 2001:66)

“Buna göre sanık hakkında hükmolunacak temel ceza 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak ve somut gerekçeler belirtilmek suretiyle belirlenmesi gerekirken hukuki dayanaktan yoksun ve somut olaya uygun olmayan kanundaki bazı deyimler tekrar edilerek “ takdirenden ve teşdidinden” denilmek suretiyle temel cezasının belirlenmesi ..yasaya aykırıdır.” 11. CD 25.9.2006 t. 2006/3708 E ve 2006/7517 K sayılı Kararı (Meran, 2007: 315)

“Sanıkların cezaları alt sınırdan tayin edilirken 61/1. maddede yazılı hususlardan hangilerinin göz önünde bulundurulduğunun karar yerinde açıklanmaması suretiyle CMK’nın 230/1-c maddesine aykırı davranılması...” 5. CD, 24.03.2008, 2007/14306, 2008/2533 (Meran, 2007: 315)

<sup>300</sup> “5237 sayılı TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. Fıkrasında yedi bent halinde sayılan hususlarla aynı Kanununun 3. maddesinin 1. Fıkrasındaki suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunur şeklindeki yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki alt ve üst sınırları arasında takdir hakkının kullanılması zorunluluğuna uyulmayarak, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer ve zaman, kastının yoğunluğu, amaç ve saiki, suç konusunun önemi, olayın özelliği, failin kişiliği, meydana gelen zararın ağırlığı ile ceza adaletinin temin ve tesisi şeklinde hukuki dayanaktan yoksun ve yasadaki soyut ifadelerin tekrarlanması suretiyle temel cezanın asgari haddenden uzaklaştırılarak belirlenmesi...” 5. CD, 29.1.2009, 2008/13036, 2009/582 (Bakıcı, 2010. 242)

<sup>301</sup> “Mahkemece 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel hapis cezasının alt sınırdan tayinine gerekçe olarak gösterilen, sanıkların gözlenen kişilikleri ve sosyal durumları kriterlerinin anılan maddenin 1. Fıkrasında sınırlı sayıda gösterilen kriterlerden sayılmadığı gibi, suçta konu uyuşturucu maddenin meydana getireceği tehlikenin ağırlığı gözlemlenmeden ve dosya içeriğine uygun düşmeyen “suçun işleniş şekli” gerekçesi ile de yetinilerek temel hapis cezasının alt sınırdan tayini (..) yasaya aykırıdır. Yar. 10 CD 29.11.2006 t 4595/13921 (Meran, 2007: 316) Ayrıca bu konuda bkz. Yar.1.CD. T.21.06.1999, E.1999/1798, 1999/3183, YKD. 2001-12-1883; Yar. 4.CD. T.23.11.1998,E.1998/9602, K.1998/10493, YKD. 1999-8-1143; Yar. 2.CD. T.18.06.1997, E.1997/8700, K.1997/9063, YKD. 1997-1-113; Yar. 2.CD. T.17.01.1995, E.1994/12461, K.1995/206, YKD. 1995-6-1133. (Meran, 2007: 316)

<sup>302</sup> 9. CD 2.5.2006 t. ve 507/2509 ; Kararın tam metni için bkz. Meran, 2007: 316

tutulamaz. Burada kastedilen taksire dayalı kusurun ağırlığı olabilir. Yargıtay'ın temel cezanın belirlenmesi sırasında yasada gösterilen terimlerin kullanılmasının yeterli sayılmasına ilişkin isabetli olmayan kararları da bulunmaktadır<sup>303</sup>.

Kanuni düzenlemenin hâkimin kararına yansıtılması aşamasında, belirliliğin olması gerekir. Hâkimin kararı kanuni dayanak bulması noktasında önemlidir. Bu şekliyle esas konu kanunilik değil, gerekçelendirmeyle ilgilidir. Kanun koyucunun, kanunları anlaşılır, açık ve belirli yapması gereği gibi; hâkimin de kararını denetime olanak tanıyacak açıklıkta yazması ve madde uygulamalarını da bu şekilde yapması gerekir<sup>304</sup>.

Hâkimin gösterdiği gerekçenin, olaya uygun olması yanında, kendi içinde çelişik olmaması da gerekir. Yargıtay bu konuyu da denetlemektedir. Nitekim bir kararında Yargıtay, “Sanığın üzerinde ele geçirilen toplam net uyuşturucu madde miktarı ve 188/3. madde gereğince hapis cezasının alt sınırdan tayin edildiği gözetilmeden, nedenleri de gösterilmeden sadece 61. maddeye yollama yapılarak ve takdire dayanılarak “gün para cezasının” alt sınırının çok üstünde tayini yasaya aykırıdır”, şeklinde hüküm kurmuştur<sup>305</sup>. Yargıtay bir başka kararında, sövme suçundan temel ceza alt sınırdan belirlenmesine karşın, aynı sanık hakkında kasten yaralama suçundan aynı gerekçeyle alt sınırdan uzaklaşarak kurulan yerel mahkeme hükmünü, gerekçede çelişkiye düşülmesi nedeniyle bozmuştur<sup>306</sup>.

Hâkimin gerek seçenekli yaptırımlarda cezanın çeşidini belirlemede, gerekse alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı tayin etmede önemli bir takdir hakkı bulunmaktadır. Hâkimin somut cezayı tayin ederken ortaya çıkan takdir yetkisi bağlı takdir yetkisidir başka bir deyişle hâkimin takdir yetkisi sınırsız değildir. Hâkim takdir yetkisini kanunda belirtilen kriterler

<sup>303</sup> YCGK, 16.4.1996 t. 1996/7585 K.; (Gerçekler, 2011: 821)

<sup>304</sup> “Uygulanan yasa maddelerinin ardı ardına yazılarak, temel ceza miktarı ile artırım ve indirim miktarlarının denetime olanak verecek şekilde ve açıklıkta gösterilmeden doğrudan 5237 sayılı TCK'nın 179/1-a, 52/1, 62/2 maddeleri gereğince 2 yıl 6 ay hapis ve 83 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi durumunda temel ceza miktarının ne olduğu hangi oranda artırım ve indirim yapıldığı uygulama sırasında hata yapılıp yapılmadığının tespiti olanaklı olmayacaktır. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde yazılı yönetime göre oluşturulması gereken hüküm fıkrasının aynı Kanunun 232/6. maddesi uyarınca duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması gerektiğinden doğrudan sonuç cezanın gösterilmesinde isabet bulunmamaktadır. CGK, 25.3.2008, 2008/8-3-60 (Gerçekler, 2011: 821)

<sup>305</sup> Gürel/Odyakmaz, 1971: 45, 46

<sup>306</sup> Yar. 1.CD. T.10.02.2004 (Erol, 2005:299)

“Kanun koyucunun hapis cezası yanında adli para cezası öngördüğü suçlarda, hapis cezasının alt sınırdan tayini durumunda, mutlak surette adli para cezasının da alt sınırdan tayini gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ise de bunun gerekçelerinin gösterilmesi, dayanan gerekçelerin de yasal ve dosya içeriğiyle örtüşmesi gerekmektedir”. YCGK, 19.06.2007, 152 (Hakeri, 2012a: 605)



dâhilinde ve amacına uygun olarak kullanılmalı, bu takdir hakkını kullanırken gerekçe göstermelidir<sup>307</sup>. Hâkime verilen takdir yetkisi, hak ve nesafet kurallarına uygun olarak kullanılmalı, suçun işleniş biçimi, sanığın suç işleme konusundaki eğilimi gibi objektif ölçüler de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>308</sup>. Hâkimin takdir yetkisi temyiz denetimine tabi olup Yargıtay birçok kararında hâkimin takdir yetkisini hak ve nesafet kurallarına bağlı kalarak kullanması gerektiğini açıkça dile getirmiştir<sup>309</sup>. Gerekçenin denetime açık bir biçimde gösterilmesi, cezaya tesir eden hallerin gerekçede net olarak belirtilmesi gerektiği gibi<sup>310</sup>, haklı bir neden gösterilmeden, alt sınırın üstünde bir cezaya da hükmedilmemesi gerekir<sup>311</sup>.

Hâkimlerin, somut cezanın belirlenmesinde objektif davranmaları ve kanunda gösterilen esaslara uymaları, cezanın belirlenmesindeki her bir işlem için gerekçe gösterme yükümlülüğü ile sağlanmıştır. AİHS m. 6, Anayasa m. 141 ve CMK m. 34'e göre hâkim her türlü kararında gerekçe göstermek zorundadır. Cezanın belirlenmesiyle ilgili olarak bu yükümlülük, CMK m. 230/1-c'de "*Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ile bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanunu'nun 61 ve 62. maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi, yine Türk Ceza Kanunu'nun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi*" düzenlemesi şeklinde yer almıştır. Burada sayılanların hükümde açıkça gösterilmesi zorunludur<sup>312</sup>. Aksi durum, CMK'nın 289/1-g maddesine göre, temyiz incelemesi açısından aynı zamanda hukuka kesin aykırılık halleri, üst derece mahkemesi açısından bozma nedenleri, arasında sayılmıştır<sup>313</sup>. Gerekçe zorunluluğu adil yargılanma hakkı kapsamında (AİHS m. 6), AİHM'nin uygulamalarıyla da yerleşmiştir<sup>314</sup>.

<sup>307</sup> Gedik, 2006: 84; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 878

<sup>308</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567

<sup>309</sup> YCGK, 10.06.1997-6/115-150, (Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, 2001: 39-40)

<sup>310</sup> Yar. 7.CD 22.10.1997, 8054-8208, YKD XXIV, 1 (Ocak 1998), 134

<sup>311</sup> Gedik, 2006: 85

<sup>312</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 878

<sup>313</sup> 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da benzer düzenlemeler bulunmaktaydı. Sözü geçen Kanunun 30. maddesi gerekçe zorunluluğunu, 260. maddesi hüküm gerekçesinin içeriğini, 308/7 maddesi ise, gerekçenin yetersizliğinin mutlak bozma nedeni sayılacağını düzenlemişti.

<sup>314</sup> Bu konuda açıklama ve örnekler için bkz. İnceoğlu Sibel, (2002), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.309 vd.

Uluslararası belgeler, Anayasa ve kanunlarda ifade edildiği gibi, Yargıtay da, gerekçenin nitelik ve içeriğini kararlarında doyurucu bir şekilde açıklamıştır. Örneğin; “Mahkeme kararları; sanıkları, mağdurları, C.Savcısını ve de herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olmalıdır. Yargıtay’ın gerekçelerle tutarlılık denetimini yapması ve bu açıdan gerekçelerde disiplin işlemini yerine getirmesi için, kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddianın, savunma ve varsa tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması gerekir.<sup>315</sup>”

Cezanın belirlenmesinde gerekçe zorunluluğunun içerdiği konuları şu şekilde sıralayabiliriz: Öncelikle hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak gösterildiği durumlarda hangi ceza türünün seçileceği konusunda gerekçe gösterilmelidir<sup>316</sup>. İkinci olarak alt ve üst sınırlı cezalarda temel cezanın belirlenmesinde gerekçe gösterilmelidir. Alt sınırdan ceza belirlenmesi durumunda bile gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmaktadır<sup>317</sup>. 765 sayılı

<sup>315</sup> Yar. 4.CD. T.22.05.1996, E.1996/3748, K.1996/4759, YKD. 1996-10-1658. (Önder, 1992: 621)

İsviçre Federal Mahkemesi, federal hukukta cezanın belirlenmesinin tekniklerini özet olarak ortaya koyan bir kararında, gerekçe konusunda açıklamalarda bulunmuştur. Bu karara göre, ilk derece mahkemesi, “ek cezanın tespitinde, yargılama konusu olan suçlardan hangisinin en ağır olarak dikkate alındığını”, açıklamamıştır. Mahkeme ayrıca nitelikli halleri dikkate alarak ceza belirlemesi yoluna gitmemiştir. Kararda ortaya konduğu üzere, mahkemenin, tüm eylemler için hangi miktarda toplam cezaya hükmedebileceği, sonraki eylemler için cezanın artırılma oranlarının ne olduğu da, anlaşılabilir açıklıkta değildir. Mahkemenin, sadece Federal Ceza Kanunu (SStGB) m. 68 f. 1 ve 2’ye atıfta bulunması yeterli değildir. Çünkü cezanın belirlenmesi aşamalarının uygun gerekçeleri, makul bir şekilde izah edilememiştir. İlk derece mahkemesi, cezanın belirlenmesine yönelik gerekçelendirme yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu durum, uygulamada sadece düşünsel anlamda kurulan hükmün başka bir ifadeyle belirlenen temel cezanın, sıralı olarak tetkik edilmesi gereğini değiştirmemektedir. Eğer temel ceza ayrıntılı bir şekilde belirlenmişse ve yalnızca düşünsel anlamda kurulmamışsa cezanın belirlenmesinin gerekçesi anlaşılabilir şekilde oluşturulmuş demektir<sup>315</sup>. Cezanın belirlenmesi, sonuç olarak en basit haliyle hakkında hüküm verilen, bu cezanın muhtemel infazı altında bulunacak olan kişi tarafından da, tıpkı federal hâkimin anladığı gibi anlaşılabilir olmalıdır. Burada, Federal Mahkeme, bir süreliğine, en geniş anlamda ilk derece mahkemesi görevi görmektedir. Ayrıntıyı içermeyen bir temel ceza belirlemesi, gerekçe açısından anlaşılabilir değildir. Ceza gerektiren eylemlerden dolayı artırım yapıp yapılmadığı veya ne oranda artırım yapıldığı, yerel mahkemenin cezanın belirlenmesi ilkelerini doğru kullanıp kullanmadığını açıklayacaktır. Bununla birlikte, gerekçe, hukuki yeterlilikte anlaşılabilir olmadığı için (Örn.;hangi cezaların hangi oranda tespit edildiği gibi), sonuçta ortaya konulan toplam ceza da denetlenebilir değildir. BGH 6. Senat, 579/2008, 27.12.2008 Einmal Eins der Strafzumessung, <http://www.strafprozess.ch/einmaleins-der-strafzumessung/>; Stratenwerth,1989: 38

BGer 6 B, 384/2009, 5.11.2009; Federal Mahkeme başka bir kararında, “Ceza, eylemlerin ekseriyetinden dolayı (çoğunluğu nedeniyle) m. 68 f. 1’e uygun olarak belirlenmiş midir, hâkim ilk adım olarak, eylemle ilgili cezayı artıran ve indiren nedenleri dikkate almak suretiyle, düşünsel anlamda en ağır eylem için temel cezayı belirleyecektir. İkinci adımda, diğer eylemin yaptırımını belirlemek için cezayı artırmak zorundadır. Burada hâkim her bir şartı hesaba katmak zorundadır.” (BGE 127 IV 101 E. 2b S. 104; Karar, 6. S. 378/2002 11.2.2003; <http://www.strafprozess.ch/einmaleins-der-strafzumessung/>)

<sup>316</sup> YCGK. 02.04.1973, 2/52 (Önder, 1992: 621)

<sup>317</sup> “5237 sayılı TCK’nın 61/1. maddesi uyarınca, sanık hakkında alt sınırdan ceza tayini halinde bile yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi gerektiği dikkate alınmadan alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirir hal bulunmadığından bahisle yetersiz gerekçeyle asgari haddenden ceza tayini bozmayı gerektirir.” Yar. 5. CD, 22.1.2007, 10702-34; (Artuç/Akkaya/Gedikli, 2008: 369)

TCK'nın 29. maddesinde yer alan bu hüküm 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır<sup>318</sup>. Üçüncü olarak, belirlenen temel ceza üzerinden artırım ya da indirim gerektiren bir durum varsa ve kesin oranlı rakam gösterilmemiş, oranın belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmış ise, bu oranın belirlenmesi işleminde de gerekçe gösterilmelidir<sup>319</sup>. Özetle hâkim, ceza belirlemesi sırasında mahkemenin takdirine bırakılmış her durumda yaptığı uygulamanın gerekçesini göstermek zorundadır<sup>320</sup>.

Kanun koyucu, gerek ceza türünün seçiminde gerekse oransal artırım ve indirimlerde hangi kriterlerin esas alınacağına ilişkin özel bir düzenleme yapmamıştır. Bu son iki durumun takdiri, hâkime bırakılmıştır. Her iki durum için bu şekilde kriterler belirlenmemesi, hâkimin bunlara dair yasal ve yeterli gerekçe göstermesine engel değildir. Bu bakımdan, örneğin; soyut nitelikte “*takdire*”, “*sanığın kişiliği*”, “*suç işleme şekli*”, “*sanığın amacı*” gibi sözlerle yetinilmemelidir. Yalnızca kanundaki sözlerin yinelenmesi yoluyla oluşturulan gerekçe, yasal ve yeterli gerekçe olarak görülemez<sup>321</sup>. Böyle bir durum kanun koyucunun amacına da aykırıdır. Kanuni gerekçenin doğal uzantısı olarak, gerekçenin, sanığın kişiliğini incitici ve olumsuz biçimde sergileyici, aşağılayıcı ifadeler içermemesi gerekir<sup>322</sup>.

Mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna bir takım istisnalar getirilmesi gerektiği savunulabilir. Bu görüşün dayanağı ise, gerekçe göstermenin zor olduğu durumlarda, hâkimlerin gerekçe göstermenin mecburi olduğu işlemleri yapmaktan mümkün olduğunca kaçınmaları ve gerekçe göstermenin zaman alarak muhakemenin uzamasına yol açması gösterilebilir. İki sınır arasında ceza tayin edilirken, eskiden takdire denilmesi kabul edilmemekteydi ve tam gerekçe aranmaktaydı. Bunun her zaman kolay olmaması nedeniyle ya gerekçe gösterilmiyor, gösterilenler de tartışılıp bozma nedeni sayılıyordu. Bu yüzden

<sup>318</sup> 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinin son fıkrasının son cümlesinde yer alan “cezanın asgari haddten tayini halinde bile takdirin nedenleri kararda mutlaka gösterilir” hükmü, doğru ve yerinde bir şekilde 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır. Çünkü mahkemelerin bütün kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin anayasal ve yasal zorunluluğun, cezanın alt sınırdan belirlenmesini de içerdiği tartışmasızdır.

<sup>319</sup> Yaşar, 2001: 288

<sup>320</sup> İBK. 07.06.1976, 1976/3-4, YKD. 1976-12-1197; Yar. 4.CD. T.08.02.1999, .1998/12450, 1999/747, YKD. 1999-6-855 (Yaşar, 2001: 288)

<sup>321</sup> Yar. 10. CD. 06.05.2004, 2003/8855, 2004/5426, YKD. 2004-8-1316; Yar. 4.CD. T.04.12.1990, 1990/5799, 1990/6469, YKD. 1991-2-289; Yar. CGK. T.05.07.1976, E.1976/2-324, K.1976/314, YKD.1976-1-104.

<sup>322</sup> Yar. 4.CD. T.26.05.1993, E.1993/3091, K.1993/4350, YKD. 1994-3-474. Karara konu somut olayda, yerel mahkemenin alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak aldığı sanığın “şerir” (kötü, kötülükçü, fesat, kimse) olduğuna ilişkin gerekçe, hâkime verilen değerlendirme yetkisinin aşılması olarak görülmüş ve karar Yargıtay’ca bozulmuştur. (Yurtcan, 2005: 121)

mahkemeler cezayı belirlerken aşağı sınırdan uzaklaşmaz oldular. Bu da cezaların az görülmesine ve artırılmasına neden oldu. Ancak şu da var ki hâkim sadece üst sınırdan vermiş olduğu kararın değil alt sınırdan vermiş olduğu kararı da gerekçelendirmek zorundadır<sup>323</sup>. İfade edilen bu fikre katılmak mümkün değildir, zira gerekçenin hazırlanmasının zaman alması bahanesi, hükmün varoluş aşamalarına terstir. Çünkü bir hüküm önce hâkimin kafasında gerekçelendirilir ve sonra kurulur. Başka bir deyişle hüküm gerekçesini zaten kendi içinde barındırır. Çünkü gerekçe, hükmün mantık zincirinin sonuç kısmıdır. Gerekçenin, hâkimleri karar verme aşamasında işlem yapmaktan alıkoymasına da savunulamaz. Zaten hâkim işlemin gerekçesini oluşturmuyorsa o işlemi yapmamalıdır. Hâkim yargılama sırasında gerekçe yaratmaz, her hukuki işlemin gerekçesi kanunda gösterilmektedir. Hâkimin yapması gereken, kanunda sayılan gerekçelerin somut olayda oluşup oluşmadığını sorgulamaktır. Temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak, gerekçe olarak gösterilecek kriterler, TCK'nın 61. maddesinde sayılmıştır. Hâkim, olayda suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını, oluşmuş ise 61. madde'deki kriterlerden hangilerinin olayda bulunduğunu mevcut delillere göre sorgulayacak, diğer bir deyişle kanundaki kriterlerle somut olaydaki konular arasında bağ kurarak açıklayacaktır<sup>324</sup>.

Gösterilen gerekçenin dosya kapsamına (oluş) uygun olması gerekir. Örneğin; gündüz vakti açık bulunan kapıdan eve girilerek, evde bulunan eşyalara dokunmadan ortada bulunan paraların alınması olayında, sadece suçun işlenmesindeki özellikten bahsedilerek, ceza tayin edilmesinde alt sınırdan uzaklaşılması, yasal ve yeterli bir gerekçe değildir. Buna karşılık, üç kişinin birlikte kapıyı kırarak eve girdiği ve tüm eşyaları karıştırarak değerli eşyaları aldığı olayda değerlendirme farklı olacaktır. Şeker hastası olduğunu ve tuvalet ihtiyacını gidereceğini söyleyerek eve girip hırsızlık yapılmasında; fal bakacaklarını söyleyip ev sahibini oyalarken faillerden birinin içeri girip bulduğu eşyayı alması olayında, suçun işlenmesindeki özelliklerden bahisle alt sınırdan ceza tayini, uygun bir gerekçe olmayacaktır<sup>325</sup>.

## **E. ÇIFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI**

Kanunda, suçun tipikliği olarak bilinen unsurlar ile bu unsurlar dışında kalan suçun nitelikli hallerine ilişkin nedenler gösterilir. Suçun unsurlarını ve nitelikli hallerini oluşturan

<sup>323</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoglu, 2006: 47

<sup>324</sup> Doğan, 2008: 176

<sup>325</sup> Bakıcı, 2010: 240

durumlar, cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınacak kriterlerle aynı olabilir. Bu durumlarda aynı olan kriterin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan suçun nitelikli hallerinin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılmamasını ifade etmektedir<sup>326</sup>.

Çifte değerlendirme yasağı, ceza hukukundaki her fiil ancak bir kez cezalandırılır ilkesine benzer bir kurumdur. Nasıl “non bis in idem” kuralına göre failin bir eylemi için iki kez cezalandırılması mümkün değilse; çifte değerlendirme yasağında da cezanın belirlenmesinde etkili olan ve hâkimin mutlak göz önünde tutması gereken konular aynı zamanda suçun unsuru veya nitelikli hali ise bunlar ancak bir kez kullanabilecektir. Hâkim, aynı konuyu hem unsur (veya nitelikli hal) hem de cezanın belirlenmesine etkili neden olarak kullanamaz.

Göz önünde tutulması gereken önemli bir konu da, temel cezanın belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken kriterlerin her birinin, 5237 sayılı TCK’nın bir maddesinde suçun nitelikli şekline temel teşkil etmesidir. Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, TCK’nın daha kazuistik bir yöntem benimsediği görülmektedir. Öyle ki 5237 sayılı TCK’da hemen hemen her suçun peşinden nitelikli haller sayılmıştır. Hatta bazı suç tipleri için nitelikli haller o kadar ayrıntılı düzenlenmiştir ki cezanın belirlenmesi anlamında düşünüldüğünde, hâkimin 5237 sayılı TCK’nın 61/1. maddesini kullanma imkânı bile kalmamaktadır. Örneğin; TCK’nın 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunun nitelikli halleri TCK’nın 152/1. maddesinde yedi ve 152/2. maddesinde üç bend olmak üzere on bend şeklinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin içerisinde “suçun işleniş şekli (1. fıkranın her üç bendi), suç işlenmesinde kullanılan araçlar (2. fıkranın a ve c bendleri), suçun işlendiği yer ve zaman (1. fıkranın e bendi), meydana gelen zararın ağırlığı (1. fıkranın b ve c bendleri), suç konusunun önem ve değeri (1. fıkranın a ve f bendleri), failin amaç ve saiki (1. fıkranın g bendi) olmak üzere tüm kriterler yer almıştır. Hâkimin temel cezayı belirlerken 5237 sayılı TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterleri hemen hemen hiç kullanamayacağı anlamı çıkmaktadır. Her bir bendde yer alıp nitelikli hali oluşturan neden TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterlerden birinin karşılığı olarak temel cezanın belirlenmesine gerekçe olamayacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Bu şekilde nitelikli

<sup>326</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567

hallerin çok sayıda olduğu suçlar açısından hâkimin önünde, cezayı belirlerken labirentli bir yol bulunmaktadır.

Bir başka örnek ile açıklamak gerekirse; kasten yaralama suçlarında suçun temel ve nitelikli şekillerine göre ceza makasları 6 ay ile 2, 3, 4, 5 yıl olarak bulunmaktadır. Makasın bu kadar geniş olmasına karşın ceza hâkimleri arasında temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi gerektiği konusunda olumsuz bir genel kanaat mevcuttur. Oysa mağdurda meydana gelen acı, ızdırap, hayattan kopma, iş ve gücünden uzak kalma, hastanede geçirilen zaman, bir aygıtla bağlı olarak yaşama gibi sayılamayacak kadar çok neden ve suçun çeşitliliği söz konusu iken bu tarz bir alt sınırdan ceza verme yaklaşımı doğru değildir. Yargıtay da böyle bir uygulamanın taraftarı değildir. Yargıtay'ın<sup>327</sup> mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını titizlikle denetlemesinin, yerel mahkemeler tarafından farklı algılanması böyle bir sonuç doğurmaktadır<sup>328</sup>.

Kanaatimizce, bu kadar fazla nitelikli halin düzenlenmiş olduğu durumda, bir labirenti geçmek istemeyen hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeden, asgari haddeden ceza verme yoluna gitmektedir. Aslında bu iki taraflı bir kısır döngüyü de beraberinde getirmektedir. Uygulamanın bu şekilde olması, kanun koyucu açısından her suçu ayrıntılarıyla düzenleme eğilimini<sup>329</sup> ortaya çıkarmaktadır. Bunun karşısında, asgari haddeden ceza tayin etse bile gerekçe göstermek zorunda olan olay hâkimi de, alt sınırdan ceza tayin ederek, bireyselleştirme konusunda isteksizlik göstermekte, gerekçe olarak da çoğu kez kanundaki terimleri tekrarlama yoluna gitmektedir. Hâkimin bu yaklaşımı yine kanun koyucuyu kazuistik yönleme sevk etmekte ve bu kısır döngü kanun değişikliklerinin daha sık yapılmasına da neden olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın

<sup>327</sup> “Müşteki K'dan kira alacağı olduğunu iddia eden sanığın, olay günü cezaevinden müştekinin tahliye olacağını öğrenip geçiş güzergâhı üzerinde bekleyerek, içinde bulunduğu aracı ruhsatsız tabancası ile hareket halinde iken durdurup, otonun camını kırdıktan sonra vücudunun alt bölgelerini hedef alarak 6 el ateş edip olay yerinden ayrılmasına, müştekinin bu nedenle hayati tehlike geçirmemesine rağmen 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığının anlaşılmasına, sanık ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın mahiyetine, korunan hukuki konunun önemine, suçtan doğan zararın niteliğine, işleniş biçimine, kullanılan araç ve sanığın geçmişte nitelikli yaralama suçundan tekerrüre esas bulunmayan sabıkasına nazaran dosyaya yansıyan kişiliğine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekirken dosyaya uygun olmayan gerekçe ile alt sınırdan ceza tayini ve 765 sayılı TCK'nın 456/2 maddesinden tayin olunan uzun süreli 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 sayılı Kanununun 4. maddesine göre paraya çevrilmesi mümkün bulunmasına rağmen paraya çevrilmesi kanuna aykırıdır...” Yar. 3. CD, 30.5.2007, 15057/4197

“Mağdurun ateşli silah ile hem hayati tehlike geçirecek hem de uzuv kaybı oluşacak şekilde yaralanmış olmasına göre birden fazla ağırlaşmış halin aynı olayda birleşmesi halinde temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden ...” Yar. 3. CD, 23.1.2008, 11010/157 (Albayrak, 2009: 268)

<sup>328</sup> Albayrak, 2009: 314

<sup>329</sup> Örneğin; nitelikli hallerin fazlalığı ve bilinçli taksir ve olası kast nedeniyle cezanın artırılması ve indirilmesi nedenleri olarak kanunda düzenlenmesi gibi.

kabulünden bu yana uygulamada değişik yorumlara neden olan her maddenin Yargıtay içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulması yerine, kanun değişikliği yoluna gidilerek sorunun çözülmeye çalışılması bunun sonucudur.

TCK'nın özel kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı hallerde de bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Zira bu durum, zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır. Örneğin; TCK 110. maddesindeki *“mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa”* hükmü bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Bu halin gerçekleştiği olayda, *“failin mağdura zarar vermeden onu güvenli yere bırakmış olması”* bu kez TCK 61. madde dolayısıyla cezanın belirlenmesinde kriter olarak göz önünde bulundurulamaz<sup>330</sup>.

TCK'nın 149/1/h. maddesinde yağma suçunun gece vakti işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yağma suçunun gece vaktinde işlenmesi durumunda 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği zaman”* kriteri ayrıca temel cezanın tespitinde dikkate alınmayacaktır. Yine yağma suçunun konutta veya işyerinde işlenmiş olması 149. maddenin 1/d bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu halde de 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği yer”* kriteri temel cezanın tespitinde göz önünde bulundurulmayacaktır<sup>331</sup>. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından suçun işlendiği yer suçun unsuru olduğundan bu konunun da cezanın belirlenmesinde yalın bir kriter olarak dikkate alınmaması gerekir. Ancak konut içerisinde en mahrem yerlere kadar giren bir kişi ile konutun girişini geçerek salonda bu eylemi devam ettiren kişi arasında, cezanın belirlenmesi açısından bir farkın olması gerekir. Mahkeme bu halde suçun işleniş şeklini cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanabilecek ve farkı bu şekilde ortaya koyabilecektir.

5237 sayılı TCK'da olası kast ve bilinçli taksir halleriyle ilgili olarak cezanın ne suretle belirleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Suçun olası kastla işlenmesi durumunda, TCK'nın 61/1. maddesine göre belirlenen temel cezada 1/3 ten yarısına kadar indirim yapılması gerekmektedir (TCK m. 21/2). Suçun bilinçli taksirle işlenmesi durumunda ise, ilgili kanuni tanımındaki suçun normal taksir haline özgü olarak belirlenen temel cezada belli 1/3 ten yarısına kadar artırımı yapılması gerekmektedir (TCK m. 22/3). Hâkim bu artırımı ve

<sup>330</sup> Hakeri, 2012: 605

<sup>331</sup> “Mağdurun sıfatı kanunda ceza artırımında unsur olarak belirtildiğine göre, aynı neden iki had arasında cezayı artırıcı neden olarak kabul edilemez.” YCGK 8.5.1978 t. 1978/61 E. ve 1978/150 K

indirimi yaparken olası kast ve bilinçli taksiri ilk defa TCK'nın 61/2. maddesi bağlamında dikkate alınmalıdır. Bu şekilde TCK'nın 61/2. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan bu nedenlerin, çifte değerlendirme yasağının gereği olarak, TCK'nın 61/1-f Maddesindeki “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” bağlamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekmektedir. Suç olası kast ile işlenmişse hâkim burada temel cezayı belirlerken doğrudan kast ile işlenmiş gibi belirleyecek, bunu yaparken kasta dayalı kusurun ağırlığını hesaba katmayacaktır. Daha sonra olası kast nedeniyle cezada indirm yaparken bu kez kasta dayanan kusurun ağırlığına göre olası kast indirimi gerçekleştirilecektir. Bilinçli taksirle işlenen suç açısından da aynı şekilde suç sanki taksirle işlenmiş gibi temel cezayı belirleyecek ve taksire dayanan kusurun ağırlığını hesaba katmayacak, daha sonra bilinçli taksir nedeniyle artırım yaparken bu konuyu dikkate alacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>332</sup>.

Cezanın belirlenmesinde esas alınan kriterler (TCK m. 61/1), aynı zamanda kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (TCK m. 50) ve takdiri indirim hükmünün (TCK m. 62) uygulanmasında gerekçe olarak kullanılabilip kullanılmayacağına dair kanunda açık hüküm mevcut değildir. Örneğin; tedbire çevirmek için suçlunun kişiliği, suçun işlenmesindeki özellikler (TCK m. 50/1); temel cezanın belirlenmesindeki kriterlerden sırasıyla failin güttüğü amaç ve saik (TCK m. 61/1-g) ve suçun işleniş biçimi (TCK m. 61/1-a); takdiri indirim nedeniyle failin geçmişi (TCK m. 62/2), temel cezanın belirlenmesindeki kriterlerden failin güttüğü amaç ve saik ile örtüşebilir. Çifte değerlendirme yasağı şüphesiz bu durumu kapsamamaktadır. Ancak bu iki halde aynı gerekçeler farklı kararlar vermek için kullanılmamalıdır. Lehe uygulama yapılırken gösterilen gerekçenin, aleyhe bir başka uygulama sırasında gerekçe yapılarak çelişkiye düşülmesi, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin iyi değerlendirilmediğini gösterir. Yargıtay da bu konuya dikkat çekerek aynı kriterin çelişki oluşturacak şekilde iki farklı uygulamaya neden olmaması gerektiğini vurguladığı kararlarında aynı zamanda böyle bir yasağın olmadığını da kabul etmiştir<sup>333</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 46/3. maddesinde çifte değerlendirme yasağı (DVV), 1970 yılında ilk kez düzenlenmiştir. Buna göre: “Suçun kanuni unsuru mahiyetinde olan

<sup>332</sup> Özgenç, 2010: 732

<sup>333</sup> “647 sayılı Kanunun 4. maddesinin uygulanmasında gösterilen gerekçenin, TCK'nın 29/son ve 647 sayılı Kanunun 6. maddelerinin uygulanmasında gösterilen gerekçelere aykırı olarak çelişki yaratılması...” Yar. 4. CD 14.06.2000 t. 2000/3652 E. ve 2000/5194 K.; YCGK. T.13.05.2003, E.2003/2-129, K.2003/154, YKD. 2003-9-1432.



konular cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz.” Aynen Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi Alman Ceza Kanunu’nda da suçun nitelikli hallerine etki eden konuların cezanın belirlenmesinde yeniden dikkate alınmayacakları kuralı yer almamıştır<sup>334</sup>. Bu durum, kanunda düzenlenmiş olan suçun nitelikli haline ilişkin nedenlerin cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Alman öğretii (Rechtslehre) ve mahkeme kararları (Rechtssprechung) burada da çifte değerlendirme yasağının geçerli olduğunu kabul etmektedir<sup>335</sup>.

Alman Ceza Kanunu m. 46/3’e göre suçun unsurunu oluşturan şartlar, cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilemez. Çünkü kanun koyucu her bir olay için ayrı ayrı ceza tespiti yaparken, suçun unsuru niteliğindeki bu şartları dikkate almıştır<sup>336</sup>. Bu yüzden çifte değerlendirme yasağı kanundaki şartlar ifadesinden daha geniş olarak, suçun nitelikli hallerini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Burada unutulmaması gereken bir konu, çifte değerlendirme yasağının fiilin kendi içerisinde mevcut olan sonuç ve davranış haksızlığının derecelendirilmesini<sup>337</sup> engellemediğidir<sup>338</sup>.

**Hoegel**, hâkimin kanun koyucunun hükmün konulması sırasında belirlediği bakış açısına uygun olarak, kanundaki ceza sınırları içerisinde kalmaya dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Gelişen kanun koyma tekniği sürekli cezanın belirlenmesi nedenlerini unsurlara doğru taşımaktadır. Bu da unsurların cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilme tehlikesini beraberinde getirmektedir<sup>339</sup>.

**Beling**, çifte değerlendirme yasağını her bir suç unsurunun ceza büyüklüğünü zaten içerdiği fikrine dayandırmıştır. Buna karşın unsurların kendi içerisinde derecesinin olabileceğini (iki farklı unsurun değil aynı unsurun derecesinin) savunmuştur<sup>340</sup>.

**Sauer’e** göre cezanın belirlenmesi nedenleri, mutlaka cezanın verilmesine gerekçe olan konuları aşmalıdır. Sauer bunları cezanın belirlenmesinin tipik şartları olarak görmektedir.

---

<sup>334</sup> CH Beck, 1994: 26

<sup>335</sup> Bruns, 1985: 134

<sup>336</sup> Hettinger kanundaki şartlar terimini eleştirmiş ve gerçeklikler (Tatsachen) teriminin kullanılmasını önermiştir. Hettinger, GA 1993, 1(8)

<sup>337</sup> Hettinger GA 1993, 1; Schall/Schirmacher Jura 1992, 514; Bruns JR 1980, 226; Neumann StV 1991, 256

<sup>338</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

<sup>339</sup> Hoegel, 1909: 241

<sup>340</sup> Beiling, 1924: 1721

Cezanın belirlenmesinde etkili şartlar; haksızlık ve kusur olarak somutlaştırılabilir. Somut olayda hâkimin değerlendirmesinin kanunun belirleme ilkeleri çerçevesinde yeni şeyler ortaya koyabileceğini belirtmektedir<sup>341</sup>.

**Dreher**, çifte değerlendirme yasağının temelinin, hukuki bir izaha ihtiyaç duymayan herkesin bildiği bir gerçeklik olduğunu savunmaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında bu ilkenin temeli ile fazla meşgul olunmamakta, aksine buna eşlik eden durumların izahı yapılmaya çalışılmaktadır. İlkenin çerçevesi çizilmeye uğraşmıştır. Burada, kanun koyucu tarafından suçun unsurlarına izafe edilmiş olan ve bu anlamda kanun tarafından yapılan değerlendirmenin yeterli olacağı fikri ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>342</sup>.

**Zipf**, Alman Ceza Kanunu m. 46/3'nin uygulanması şartı olarak, çifte değerlendirme yasağını fiilin özel olarak değerlendirilmesine engel olan bir durum olarak görmektedir. Eğer suçun unsuru ceza çerçevesinin genel kabulünü aşacak bir özellik göstermiyorsa, cezanın belirlenmesi kriteri olarak kullanılamaz. Öğreti, kanunun peşinen değerlendirilmesi fikrinden ayrı olarak, suçun unsurlarının somut dizaynı, olayda gerçekleşme şekli ve failin davranışı nedeniyle suçun oluşturduğu tehlikenin derecesinin değişmesinin, cezanın belirlenmesinde kullanması gerektiği görüşündedir<sup>343</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunda en temel kaynak olarak görülen Bruns'a göre; bu zamana kadar ortaya konmaya çalışılan unsurların gerçekleşmesi modellerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu fikir öğretisi ve içtihatlar tarafından savunulmaktadır. Burada söz konusu olan, fiilin ağırlığının derecelendirilmesidir. Çifte değerlendirme yasağının sınırı, fiilin normal bir vaka olma özelliğini aştığı, a tipik bir görüntüye kavuştuğu anda belirecektir. Cezanın belirlenmesinde somut vakayı tanımlayan cümlelerde özellikler bulunduğu hallerde, çifte değerlendirme yasağı söz konusu olmayacaktır. Bu açıklananlardan, cezanın belirlenmesi sürecinde kanun koyucu ve hâkimin ortak ürünü olan bir sonucun ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından genel

---

<sup>341</sup> Sauer, 1955: 20

<sup>342</sup> Dreher, 1957: 155

<sup>343</sup> Örneğin; bir dolandırıcılık olayında meydana gelen zararın miktarı ya da çok değişik bir hilenin kullanılmış olması gibi. Zipf, 1969: 97

ilkelerle ortaya konulmuş olan, suçun unsurları ve nitelikli halleri, kısmına hâkimin artık dokunamaması gerekecektir<sup>344</sup>.

**Exner'e** göre çifte değerlendirme yasağının görevi, değerlendirme çelişkisini önlemektir. Hâkim, suçun unsurlarını bir kez daha değerlendirmeyecek, aksine davranışın tipik (ortalama) olup olmadığını değerlendirecektir. Kanuni bir düzenlemeye gerek olmaksızın ceza çerçevesini belirleyen şartların ikinci kez değerlendirilemeyeceği konusu dikkate alınmalıdır. Exner, cezanın belirlenmesinde, kanunun amacı ve kanunun mantığının hesaba katılmasına gerek olmadığı fikrindedir<sup>345</sup>.

**Jagusch** ise, suçun unsurlarının çifte değerlendirme yasağı ile suça özelliğini veren konuların birbirinden keskin olarak ayrılmalarının her zaman mümkün olmamasının bu öğretinin en önemli noktası olduğunu savunmaktadır. Eğer somut olayda diğer ortalama olaylara göre kendini belli eden bir özellik mevcut ise, artık çifte değerlendirme yasağından bahsedilemeyeceğini ve bu özelliğin cezanın belirlenmesinde değerlendirilebileceği fikrini geliştirmiştir<sup>346</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda çifte değerlendirme yasağı, cezanın belirlenmesi çerçevesinde en sık ve en ağır hataların yapıldığı alandır. Böyle bir çifte değerlendirme yasağı, eğer o şart, o suçun unsuru ise cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Bir başka deyişle, suçun unsuru olan şey, cezanın artırılması veya azaltılması için kullanılamayacaktır. Çifte değerlendirme yasağına örnek olarak, hırsızlık ile suçlanan kişinin (malvarlığını hukuk dışı olarak alan kişi) durumu gösterilebilir. Bu kişi çalıntı eşyaya amaçsızca zarar vermiş olsa da; Alman Ceza Kanunu m. 242' ye göre yargılanacak ve cezalandırılacaktır. Çünkü çalınan eşyaya amaçsızca zarar verilmiş olması, normal şartlarda ek bir ithamı ve cezalandırmayı gerektirmez<sup>347</sup>.

Silahlarla ilgili (silah kanunu ve savaş silahlarını kontrol kanununa muhalefet) özellikle “silahların tehlikeliliği” cezalandırmanın gerekçesidir ve bu yüzden ayrıca cezanın artırılması nedeni olarak kullanılamaz<sup>348</sup>. Öldürme suçlarında maktulün yaşı faile (itham aracı olamaz)

<sup>344</sup> Bruns,1985; 369; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 45; Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 37; Hirsch, 1972: 99; Horn Karl, 1932: 84; Jescheck/Weigend, 1996: 706; Baumann, 1977: 668; Warda, 1962: 152

<sup>345</sup> Exner, 1931: 100

<sup>346</sup> BGHR StGB 46/3, Diebstahl 2.; Jagusch Heinrich, Entscheidungsanmerkung zu BGHSt 17, 103

<sup>348</sup> BGH StV 1995, 301

yüklenemez. Çünkü yaşamın hangi aşamasında bulunduğu konusu, ceza hukuku açısından etkili ve önemli değildir<sup>349</sup>. Aynı şekilde doğrudan öldürme kastı da; öldürme suçunun asli unsuru olması nedeniyle cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz<sup>350</sup>. Nitelikli yağma suçunda (StGB 249, 250) ise, mağdurun ilerlemiş yaşı ve bundan kaynaklanan vücut güçsüzlüğü, faile yüklenebilecek ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Çünkü burada sadece fiilin ağırlığı<sup>351</sup> (kriminal gücü) tariflenebilmektedir<sup>352</sup>.

Fiilin gerçekleştirilmesi açısından tipik olan, suçun unsurları dışında sayılamayacak ve tanımlanamayacak özel şartların, ayrıca değerlendirilerek cezanın tespit edilmesi hatalıdır<sup>353</sup>. Eylemin gerçekleştirilmesi aşamasında ateşli silahın kullanılması, genel olarak cezanın belirlenmesinde, artırım nedeni olarak değerlendirilemez. Özellikle olayda oyuncak-kurusıki bir silahın kullanılmış olması ve bunu mağdurun gerçek sanarak korkudan ölmesi durumunda bile, cezanın artırılmasını gerektirecek bir neden olarak dikkate alınamaz<sup>354</sup>. Dolandırıcılık suçunda, kazanç sağlama maksadı cezanın belirlenmesi açısından olumsuzluk olarak faile yüklenip, ceza buna göre belirlenemez<sup>355</sup>.

Koşullar tipiklikten epeyce uzaklaşıyorsa (fiilin unsurları dışına çıkıyorsa), cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Ancak tipik şartların eksikliği ise cezanın azaltılması nedeni olamaz. Örneğin; aynı suç unsurları içerisinde birçok alternatifin olması durumunda bunun cezanın artırılmasında değerlendirilmesi, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde zararın giderilmesine yanaşmamak, cezanın belirlenmesinde, aleyhe değerlendirilecek bir konu<sup>356</sup> olacak ve çifte değerlendirme yasağının ihlali söz konusu olmayacaktır<sup>357</sup>.

---

<sup>349</sup> BGH StV 1995, 634

<sup>350</sup> BGH StV 1993, 72

<sup>351</sup> BGHR StGB m. 253/1, Konkurrenzen 2

<sup>352</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsgerichtes.

<sup>353</sup> Schönke/Schröder-Stree , 2011, 46

<sup>354</sup> BGHR StGB 46/3, Raub 3 ve 5; BGHR StGB 253/1, Konkurrenz 2

<sup>355</sup> Schönke/Schröder-Stree , 2011, 48

<sup>356</sup> BGH GA 75, 84

<sup>357</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) “Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsgerichtes”.

Çifte değerlendirme yasağı sadece suçun unsurları olan konular için değil, aynı zamanda diğer haksızlık ve kusurla ilgili durumlarda da geçerlidir<sup>358</sup>. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç için, failin cezalandırma aşamasını aştıktan sonra geri çekilmesi (suçu işlemeyi bırakması-gönüllü vazgeçme), somut cezanın belirlenmesi açısından önemsizdir<sup>359</sup>. Bir suçun daha ağır nitelikli halini oluşturan bir şart (besonders schwer Fall), ikinci kez cezanın artırılması için kullanılamaz. Bu sadece ana kural için geçerli değil, aynı zamanda ağırlık derecesi ana kural ile aynı olan şartlar<sup>360</sup> için de geçerlidir<sup>361</sup>.

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma veya kasten öldürme suçlarında mağdurun ölmüş olması, failin cezasının belirlenmesinde artırıcı bir neden olarak dikkate alınmaz. Yine aynı şekilde cinsel saldırı suçunda orta düzeyde şiddet kullanılmış olması, uyuşturucu ticaretinin kazanç sağlama amacıyla yapılması, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Alman Ceza Kanunu m. 174'te kardeşe karşı cinsel saldırı, nitelikli hal (artırım nedeni) olarak düzenlendiği halde, failin, cinsel saldırı suçunu kız kardeşine karşı gerçekleştirmiş olması, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak verilmesine gerekçe yapılamaz. Aksi halde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>362</sup>.

Failin, fiili teşebbüs aşamasından önce bırakabileceği halde, devamını getirmesi veya suça teşebbüs edip, sonrasında mağdur için yardım çağırılmayarak suçun tamamlanmasına neden olması hallerinde, birinci halde teşebbüs ve ikinci durumda tamamlanmış suç için kanunda öngörülen cezalara çarptırılacak, ayrıca cezanın artırılarak tespiti söz konusu olmayacaktır<sup>363</sup>.

Suçun doğrudan unsuru olmasa da; suçun unsurlarına ilişkin davranışlar ve unsurlarına ilişkin sonuçların değerlendirilmesi de, çifte değerlendirme yasağına tabi olacaktır. Bu yüzden failin, mağduru öldürme sonucunu elde etmek amacıyla onu boğazlaması, onun yaşama hakkını alması ve yaşama şansı bırakmamasına yönelik olup, suçun unsuruyla ilişkilidir.

---

<sup>358</sup> BGH StV 1997, 519

<sup>359</sup> BGH Beschl. v. 17.1.2006 – 4. StR 422/05

<sup>360</sup> BGH NStZ-RR 2004, 262

<sup>361</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf), “Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsgerichtes”.

<sup>362</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

<sup>363</sup> BGH NStZ-RR 2007, 194, BGH NStZ-RR 2003, 41; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

İşleniş şeklinde başka gaddarca (Örneğin; bıçağın özellikle kör seçilmesi gibi) bir niyet yok ise, boğazlayarak öldürme, ayrıca artırım nedeni olamayacaktır<sup>364</sup>.

Buraya kadar izah edilen konular, suçun işleniş şekli anlamında nitelik ve nicelik açısından derecelendirme yapılmasına engel değildir. Bu yüzden, Alman Ceza Kanunu m. 211'deki birden fazla kişinin bir eylem ile yaralanması veya öldürülmesi, Alman Ceza Kanunu m. 223'e göre yaralanmanın ağırlığı, Alman Ceza Kanunu m. 224/1'e göre kullanılan silahın veya aracın tehlikeliliği, cinsel saldırıda kullanılan şiddetin türü, ağırlığı ve şekli<sup>365</sup>, hilenin şekli, vergi kaçakçılığında kaçırılan vergi miktarı, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu şekilde dikkate alma durumu çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir. Suçu oluşturan unsurlardan birden fazlasının aynı şartta gerçekleşmesi durumunda, cezanın artırılması sebebi olabilecektir. Bu şartların yüklenebilirlik anlamında kusurun derecesine etkisinin olması gerekir. Örneğin; failin açgözlülüğü (hırsı) yüzünden bir kişiyi gasp etmek amacıyla öldürmesi durumunda, hırs için ve başka suçu işlemek için olmak üzere iki neden birleşmektedir. Bu halde cezanın artırılarak tespiti gerekecektir. Alman Ceza Kanunu m. 176a'ya göre (cinsel saldırı), daha önceden bu suçtan mahkûm olmak, kanunda açıkça nitelikli hal olarak belirtildiğinden, bu durum, cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Ancak, failin, daha önceden birden çok aynı tür (cinsel saldırı) mahkûmiyetinin bulunması durumunda, cezanın belirlenmesinde bunun dikkate alınması, çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir<sup>366</sup>.

Eğer failin fiili, kanunun iki ayrı şeklini ihlal edebiliyorsa sonuç önemli olabilir. Çünkü fiilin belirlenmesinde failin bu iki hükümden nitelikli ağır hali mi, yoksa hafif hali mi düzenleyen maddeye göre ceza alacağına incelenmesi gerekir. Failin eylemi sonucunda başka bir zarar daha meydana gelmişse (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç), ağır netice faile cezanın belirlenmesi bakımından yüklenebilecektir. Örneğin; dolandırıcılık suçunu işlerken failin sahte belge kullanması durumunda, dolandırıcılık suçunun cezası artırılarak belirlenecektir. Buradaki ifadeden, sahte belge suçundan ayrıca ceza alıp almayacağı konusu açıklanamamaktadır. Ancak TCK açısından m. 212 nedeniyle her iki suçtan ayrı ayrı ceza alacaktır. Ayrıca Türk Ceza Hukuku'nda 43. madde sorunu çözmektedir. Buradan anlaşılan,

<sup>364</sup> BGH StV 182, 167; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

<sup>365</sup> BGH NStZ-RR 2002, 136

<sup>366</sup> BGH NStV-RR 2004, 71; BGH 14.8.2007, 1 StR 201/07; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

sahte belge için ayrıca cezalandırılmasına karşılık, dolandırıcılık için cezanın artırılarak verilmesidir<sup>367</sup>.

Çifte değerlendirme yasağı, sadece suçun kanuni unsurları açısından değil, kusur ve haksızlığı etkileyen diğer nedenler açısından da geçerlidir. Kanunda, suçun derecelendirilmesi veya ayrıcalıklı bir hale gelmesine neden olmamakla birlikte; o suç için kanunda belirlenmiş olan ceza sınırlarını değiştirmesine nedenler de, çifte değerlendirme yasağı kapsamında dikkate alınacaktır. Bunların bir kez daha cezanın belirlenmesinde kullanılması, yasağın ihlali anlamına gelecektir. Bunlara, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren haller ya da tipik suç dışında kalan durumlar denilmektedir. Kanun tarafından değerlendirme, öncelikle yapılmış ve cezalar ona göre belirlenmiştir. Suçun nitelikli halleri, cezanın belirlenmesinde ikinci kez dikkate alınamayacaktır<sup>368</sup>. Nitelikli hallere genel örnekler; dolandırıcılık (StGB m. 263/3) ve uyuşturucu ticareti (BtMG m. 29/1) suçlarında, failin kazanç sağlama amacıyla (ticari faaliyet çerçevesinde) hareket etmesi; hırsızlığın kilit kırarak gerçekleştirilmesi (StGB m. 243/1), cezanın belirlenmesinde artırım sebebi yapılamayacaktır<sup>369</sup>.

Tanımlanmamış olan nitelikli ağır ve hafif hallerde, kanundaki suçun normal ceza sınırı mı yoksa nitelikli hallerine ilişkin sınırların mı uygulanacağını irdelenmesini gerektirir. Örneğin; çok değişik bir hile şeklinin kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi durumunda, bunun hangi ağırlıkta değerlendirilerek, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal sayılacağını belirlemek gerekir. Çifte değerlendirme yasağı, Alman Ceza Kanunu m. 49/2’de ifadesini bulan, emredici veya takdiri olarak başka bir ceza çerçevesi belirlenmesine neden olan (tipik olmayan indirim nedenleri) konuları da kapsar. Alman Ceza Kanunu m. 27/2, 28/1, 30/1-2 maddelerinde zorlayıcı nedenler (daha az cezayı gerektiren zorunlu haller); Alman Ceza Kanunu m. 13/2, 17/2, 21, 23/ maddelerinde ise takdire bağlı olarak indirimin yapılabileceği durumlar belirtilmiştir.

Bu nedenler, cezanın alt ve üst sınırlarını değiştirerek yeni alt ve üst sınırlar (StGB m. 49/2 ye göre) belirlemektedir. Bu nedenler, suçun unsurları ve kanunda belirlenmiş olan ağırlaştırılmış hallerin uygulanmasına engel olmayacaktır. Örneğin; kasten öldürmeye teşebbüs durumunda, genellikle Alman Ceza Kanunu m. 212/2 gereğince, StGB m. 49/2’nin atfı nedeniyle ceza azaltılacaktır. Failin, fiili önceden dikkatli bir şekilde planlamış olmasına

<sup>367</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

<sup>368</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

<sup>369</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

karşın, tamamen istisnai bir durumun gerçekleşmesinden dolayı sonucu elde edememiş olması durumunda, fiilin, daha ağır değerlendirilmesine engel olmayacaktır. Tam tersine bir olayda ise, daha az ceza çerçevesi (eğer şartları varsa) söz konusu ise, indirim nedeni olarak dikkate alınarak (alt sınırdan ceza verilmesi) uygulama yapılabilecektir<sup>370</sup>.

Kriminal politik temel fikrinden dolayı, bir unsurun gerçekleşmesine hizmet eden düzenleyici ilkeler (her suç açısından geçerli olan hukuki konuların ihlali) de çifte değerlendirme yasağına tabidir. Örneğin; kasten yaralamada vücut dokunulmazlığı, cinsel saldırıda cinsel kişiliğini belirleme ve tercih hakkı<sup>371</sup>, vergi kaçakçılığında sosyal zarar, reçeteye bağlı olarak verilmesi gereken ilaçların satılması durumunda muhatabın sağlığı<sup>372</sup>, çocukların cinsel istismarında çocuğun cinsel gelişim hakkı<sup>373</sup>, uyuşturucu suçlarında bağımlıların zor durumu, özellikle gençlerin bu anlamda korunması (BtMG m. 29/1)<sup>374</sup>, trafik suçlarında (StGB m. 315b, 316) trafik güvenliği, kaza yerini terk suçunda kazaya maruz bırakılan diğer araç sahibinin ekonomik çıkarı<sup>375</sup>, kara para aklama suçunda paranın dolaşımının fonksiyonu<sup>376</sup> gibi konular, cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır<sup>377</sup>.

Tipik davranışların ve fiilin düzenli sonuçlarının ne zaman ve hangi derecede çifte değerlendirme yasağına tabi olduğu konusu tartışmalıdır. Federal Mahkeme uzun süredir bu tip durumlarda Alman Ceza Kanunu m. 46/3'ü kullanmakta ve çifte değerlendirme yasağını uygulamaktadır. Buna gerekçe olarak düzenli sonuçlar için suçun unsurlarının oluşmasını göstermektedir. Bu yüzden, örneğin; meni boşaltma da bir doğal (düzenli) sonuç olarak cinsel saldırı suçuna dâhildir<sup>378</sup>. Tabi bununla bağlantılı olarak, hamilelik riski, hastalık bulaşma tehlikesi de bu haksızlığın içerisinde kanun koyucu tarafından önceden hesaplanan risklere dâhil olduğundan, bunlar açısından çifte değerlendirme yasağı geçerli olacak ve bunlar cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Aynı şekilde nitelikli yağma suçunda fail, mağduru, gerçek (StGB m. 250/1) veya kuru sıkı (StGB m. 250/2) tabanca

<sup>370</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

<sup>371</sup> BGH NStZ-RR 2004, 41

<sup>372</sup> BGH NStZ 1982, 113

<sup>373</sup> BGH StV 1987, 146

<sup>374</sup> BGH 14.11.2001, 3 StR 352/01

<sup>375</sup> BayOLG DAR 1984, 238

<sup>376</sup> BGH NStZ 1987, 494

<sup>377</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

<sup>378</sup> BGH NStZ 1985, 215



çekmek suretiyle ölüm korkusuna salmış ise, cezanın belirlenmesinde yine dikkate alınamayacaktır<sup>379</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, suçun unsurlarının cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılmasını yasaklayan kararlar vermiştir<sup>380</sup>. Çünkü cezanın belirlenmesinde etkili olan suçun unsuruna yönelik kriterler cezanın artırılması veya indirilmesi nedeni sayılamazlar<sup>381</sup>. Suçun unsurlarının gerçekleştirilmesi (tamamlanması) cezanın belirlenmesinde etkili olamaz ancak suçun unsurlarının gerçekleştiriliş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olabilir. Bu şekilde çok farklı suç modelleri, aynı suçun değişik şekillerde işlenmesi halleri, cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir. Yine başka bir şekilde unsurların gerçekleştirilmesindeki dereceler (ağırlıklar) de cezayı belirlemede göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin; birden fazla kişinin öldürülmesi gibi. Buna karşılık, Federal Mahkeme hukuka aykırılık unsurunun, cezayı artıran bir neden olarak kullanılamayacağına da hükmetmiştir<sup>382</sup>.

Federal Mahkeme, daha geniş anlamda, sadece mecburi unsurların değil, kural olarak suç yapısına temas eden şartların da, cezanın artırılması için bir kez daha kullanılmayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak, “bu unsurlara bir kez daha artan şekilde haksızlık içeriği yüklenemeyeceğini” göstermiştir<sup>383</sup>. Örneğin; öldürücü bir alet ile öldürme şeklindeki fiil, aynı zamanda cezanın artırılması nedeni olarak faile yüklenemeyecektir<sup>384</sup>. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşıldığı üzere, Federal Mahkeme, çifte değerlendirme yasağını (DVV) sadece suçun unsurları açısından değerlendirilen şekliyle (dar anlamda) değil, genişliği olan bir ilke olarak yorumlamıştır. Bazı kararlarda mahkemenin bu yaklaşım tarzı açıkça ortaya çıkmaktadır<sup>385</sup>.

<sup>379</sup> BGH NJW 1990, 2570; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

<sup>380</sup> BGH VRS 4, 359 (VRS: Verkehrssrechtsammlung)

<sup>381</sup> BGHSt 19, 113, 116

<sup>382</sup> BGH MDR 1972, 750; Hettinger, 1982: 43

<sup>383</sup> BGH MDR 1971, 362

<sup>384</sup> BGH MDR 1972, 922

<sup>385</sup> “Cürüm konusu eşyayı satın alma suçunun mesleki faaliyet çerçevesinde yapılması kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olduğundan bunun ayrıca cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak (alt sınırdan uzaklaşma) değerlendirilmesi mümkün değildir, aksi halde suçun unsurunun bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olacaktır ki bu da her suç açısından yanlış bir noktaya götürecektir”. (BGH NJW 1967, 2416); Hettinger, 1982: 44

“Kamunun güvenliğinin korunmasına yönelik yarar StGB m. 249 ile kanun koyucu tarafından daha ağır ceza öngörülmek suretiyle düzenlenmişken, bunun genel ilkeler olarak kararda gösterilerek cezanın arttırılmasına karar verilmesi (alt sınırdan uzaklaşma) mümkün değildir. Ancak somut olayda olmayan örneğin, geceleyin

*Alman Federal Mahkemesi'nin BGHSt 37, 153 sayılı kararına göre, norm tarafından düzenlenmiş ve açıklanmış ortalama bir normal olay mevcut değildir. Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu bunu açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, cinsel saldırı suçuyla ilgili (StGB m. 177) verdiği kararında, suçun tamamlanması için gerekli olan konuların, çifte değerlendirme yasağına konu olabileceğine hükmetmiştir<sup>386</sup>. Bu kararın verilme zamanında geçerli olan kanuna göre, cinsel saldırı suçunun oluşması için organ sokma gereklidir. Bununla bağlantılı olan diğer konuların, örneğin; vajinaya tamamen girmenin, vajinada bulunma süresinin, vajinaya girerken mağduru hastalıktan koruyacak önlem alıp almamanın, failin, mağdurun içinde iken boşalıp boşalmamasının, bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına karar vermiştir. Bugün ise bu şekilde bir değerlendirmeye şüpheli yaklaşmak, özellikle hamilelikten korunma ve HIV (AİDS) açısından farklı değerlendirme yapmak gerekir. Zira organ sokma da, artık kanunda daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (StGB m. 177/2/1).*

Fiilin normal neticelerini aşan durumların ortaya çıkması durumunda, bu sonuçların, kanunun korumasıyla ilgili olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Hastalıklara açık ve hamileliğe neden olacak ilişki, gerçekten bunların olasılığını ortaya koymuşsa, gerçekleşme tehlikesini yaratmışsa, bunlar değerlendirme dışı bırakılamaz. Bunun için, failin muayeneden geçirilmesini, bu konuda rapor alınmasını, gerektirmez. Çünkü sadece mağdurun bunların olabileceği korkusunu yaşamış olması yeterlidir, fiilen bu sonuçların doğmuş olması gerekmez<sup>387</sup>.

Federal Mahkeme'nin 37, 153 sayılı kararından bu yana, 1. Ceza Dairesi kendi uygulamalarını devam ettirmiştir. Yağmaya teşebbüs olayında mağdurun öldürülme korkusu yaşamış olmasını, cezanın arttırılması nedeni olarak gören mahkeme kararını onamıştır. Gerekçe olarak, Alman Ceza Kanunu m. 255, 249 ve 250'de beden bütünlüğüne yönelik bir şiddetten bahsedilmiş olmasını ve bu tanımın Alman Ceza Kanunu m. 46/3'te düzenlenmiş olan "tehdidin şekli ve şiddetini içermediği" olarak açıklamıştır<sup>388</sup>.

---

şehir merkezinde bir yağma olayında artık nitelikli hal in varlığı kabul edilebilecektir." (BGH MDR 1966, 26)

<sup>386</sup> BGHSt 37, 153

<sup>387</sup> BGH NSTZ 1999, 505; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

<sup>388</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

Federal Mahkeme'nin 2.Ceza Dairesi, yerel mahkemenin cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak, cinsel ilişki sonucu mağdurun hamile kalma olasılığı nedeniyle artırım sebebi olarak gördüğü bu hali, mağdurun kendi önlemini alabileceği gerekçesiyle reddetmiştir<sup>389</sup>. Bir başka kararında ise, aynı tip olayda, bu kez failin kusurunun çok yüksek olması gerekçesiyle artırım nedeni kabul etmiştir<sup>390</sup>. 2. Ceza Dairesi bir kararında, anal yoldan cinsel saldırıda prezervatif kullanılmadığı bir olayda, bu şekilde, hastalık bulaştırma riskinin daha da arttığı gerekçesiyle, cezanın arttırılmasına hükmeden mahkeme kararını onamıştır<sup>391</sup>. Başka bir kararında, yerel mahkemenin uyuşturucu ticareti suçunda “failin kendi eylemine başkalarını da bulaştırmış olması” nedeniyle cezayı artıran kararını, uyuşturucu ticaretinin içinde doğal olarak üçüncü kişinin bulunduğu ve Alman Ceza Kanunu m. 46/3'teki çifte değerlendirme yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle reddetmiştir<sup>392</sup>.

3. Ceza Dairesi de aynen 1. Daire gibi kararlar vererek, Federal Mahkeme'nin yukarıda belirtilen 37, 153 sayılı kararı takip ederek, cinsel saldırı suçunda mağdurun onurunun kırılmasını<sup>393</sup>, yağma suçunda kurusıkı bir tabanca kullanılması nedeniyle mağdurun ölüm korkusu yaşamış olmasını<sup>394</sup>, cezanın belirlenmesinde etkili olacak nedenler arasında görmüş, çifte değerlendirme yasağının ihlali olmayacağına hükmetmiştir<sup>395</sup>.

4. Ceza Dairesi, 1. Dairenin kararlarından farklı olarak; cinsel saldırı suçunda “failin davranışı nedeniyle ailenin zarar görmüş olması, kızlarına olan güven konusunda ağır darbe vurmuş olması” gerekçesini, bunların, bu suçun olağan sonuçları olması nedeniyle, cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılmayacağına hükmetmiştir. Ancak 4. Ceza Dairesi de son dönemde verdiği kararlarında bu fikirden geri adım atmaktadır. Örneğin; cinsel saldırı suçu nedeniyle “ailenin zarar görmüş olmasını<sup>396</sup>” ve yağma suçunda “maske kullanılmış olmasını<sup>397</sup>”, failin kriminal enerjisini göstermesi bakımından cezanın belirlenmesinde dikkate

---

<sup>389</sup> BGHR StGB 177 Abs. 2 Strafzumesung 10

<sup>390</sup> BGHR StGB 46 Abs. 2 Vorleben 19

<sup>391</sup> BGHR StGB 177 Abs. 1 Strafzumesung 14

<sup>392</sup> BGHR StGB 46 Abs. 3 Handeltreiben 5

<sup>393</sup> BGH 14.4.1993, 3. StR 19/93- bei Detter NSTZ 1993, 475

<sup>394</sup> BGHR StGB 46. Abs. 3 Raub 5

<sup>395</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

<sup>396</sup> BGH NSTZ 1997, 337

<sup>397</sup> BGH 11.1.2000 4. StR 611/99

alınması gerektiği, bunun çifte değerlendirme yasağının ihlali olarak saymadığı kararları mevcuttur<sup>398</sup>.

Teknolojik gelişmeler, suç tipleri yanında, suçun işlenme şekillerini de çeşitlendirmektedir. Esasen suçun unsuru olarak sayılabilecek konuların, suçun oluşması için gerekli olanın dışında özellikler göstermesi, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalarını mecbur kılmaktadır. Aynı konu, suçun nitelikli halleri açısından da söylenebilir. Olayda silah kullanılmasının nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, silahın niteliğinin cezanın belirlenmesinde hiç dikkate alınmaması, orantılı ceza açısından adaletli sonuca götürmeyecektir. Ceza kanunlarının suçun nitelikli hallerini ayrıntılı olarak saymak yerine, ceza makaslarını geniş tutması, cezanın belirlenmesinde olay hâkimine takdir yetkisi bırakması, vaka hâkiminin de, olayın tüm özelliklerini dikkate alarak, failin kusuruyla orantılı, cezanın genel ve özel önleme amaçlarına uygun yeterli gerekçeyle ceza belirlemesi gerekir. Bu halde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmemiş olacaktır.

## F. EŞİTLİK

İnsanın, var olduğu günden bu yana, ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarından olmuştur. Ceza hukuku, ayrımcılığın yapılabileceği ve bunun sonuçlarının en derin izler bırakacağı bir alandır. Böyle bir durum insana yapılabilecek en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle, totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler, insanlık tarihinde unutulmayacak acı izler bırakmıştır. Bu nedenle, ceza ve ceza usul hukuku alanındaki düzenlemeler, devletlerin sistemlerini ortaya koyacak kadar belirleyici düzenlemelerdir. Bu nedenlerle, insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliğe sahip olması gerektiğine işaret edilmektedir. Ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir nedenle ayırım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının, ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir<sup>399</sup>.

Cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda, aynı suçu işleyen iki kişiye farklı cezalar verilmiş olabilir. Örneğin; birlikte hırsızlık suçunu işleyen faillerden birinin cezası, yaşı küçük

<sup>398</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

<sup>399</sup> 5237 sayılı TCK 3. maddesi 2. Fıkrasının gerekçesinden

olduğu için indirilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda eşitlik ilkesine aykırı davranılmış olmaz. Çünkü eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara aynı işlemlerin uygulanmasını gerektirir. Örneğin; faillerin ikisinin de yaşı küçük olduğu halde, birinin cezasının indirilmesi, diğeri için indirme işleminin uygulanmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Buna karşılık, faillerden sadece yaşı küçük olanın cezasında yaş indirimi yapılması gerektiği için, yaşı büyük olanın cezasının indirilmemesi, eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararında bunu belirtmiştir<sup>400</sup>.

Müeyyidenin, suçlunun kişiliğine uyarlanması, Anayasa'nın kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırı değildir. İkinci grup müeyyide olan güvenlik tedbirlerinin bireyselleştirilmesi, uygulamanın sonuçları göz önünde tutularak nitelik ve nicelik bakımından kişiye göre değiştirilebilmeleri tabiatları gereği ve dayandıkları "tehlike hal" kavramının bir sonucudur. Her insanın tehlikelilik hali, onun kişiliği ile ilgili öznel bir nitelik taşıdığından, bunu önlemeye yönelik tedbirlerin de her olayda kişiye göre değişebilen özellikler taşıması, zorunlu bir sonuç sayılmalıdır<sup>401</sup>.

Cezanın belirlenmesi sırasında geçerli olan ilke ve kuralların aynı durumda olan hükümlüler için aynı şekilde yorumlanması ve her bir hükümlüye aynı şekilde uygulanması eşitliğe uygun olacaktır. Başka bir deyişle; cezanın belirlenmesine kriter olan durumlardan bir veya bir kaçının farklı olduğu hükümlülere, aynı cezanın verilmesi eşitliğe aykırı olacaktır. Bir diğer örnek; ceza hukuku anlamında isnat yeteneği açısından aynı durumda olan 15 yaşını doldurmuş A ile 17 yaşını doldurmuş B'nin kardeş olup, her ikisi de bıçak kullanmak suretiyle bir yağma suçunu birlikte işlediğini düşünelim. Böyle bir olayda, hâkimin, 17 yaşındaki B'ye, 15 yaşındaki A'dan 2 yıl fazla ceza tayin etmesi yeterli gerekçe gösterilmesi

<sup>400</sup> "Kanunda alt ve üst sınırların belirlendiği durumlarda hâkimin bu iki sınır arasında kimi hususları göz önünde bulundurarak temel cezayı saptamasının aynı suçu işleyenler arasında farklı cezalar uygulanması sonucunu doğurup doğurmayacağı ve bu farklılığın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi karşısındaki durumu sorunun temelini oluşturmaktadır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. Gerçekten de durum ve konumlardaki farklılık, hukuki statülerdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar ve değişik uygulamaları gerekli kılar. Aynı durumda olanlar için farklı uygulama Anayasaya aykırılık oluşturur. Aynı tür ve miktardaki ceza, kişiler üzerinde çok farklı etkiler meydana getirir. Gerçekten aynı cezanın suçlular üzerinde meydana getirdiği acı, ızdırap ve ağırlık, kişilerin sosyal ve ekonomik durumuna, karakterine göre değişir. Bu nedenle suçlunun kişiliği sorunu, cezanın kişiselleştirilmesi olarak çağdaş ceza hukukuna girmiştir. Cezaların kişiselleştirilmesi, kanunda öngörülen cezanın her özel olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. Buna göre cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına karşın kişiler için uygulanmalarında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan bahsedilemez. İtiraz konusu kural Anayasa m. 10'a aykırı değildir." An. Mah.. T.20.06.1995, E.1994/92, K.1995/14, RG. T.05.08.1997, S.23071.; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 565

<sup>401</sup> Özgenç, 2011: 688

durumunda yine eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Buradaki gerekçeyi, hâkim, Türk toplumun yapısı gereği, örf ve âdete göre, küçük kardeşin büyüğe saygısı ve büyüğün küçüğü yönlendirmesi nedeniyle (somut olayda da böyle olması şartıyla), B'nin kasta dayanan kusurunun, A'ya göre daha ağır olması nedenine dayandırabilir. Bu şekildeki bir uygulamanın eşitliğe aykırı olduğu savunulamayacaktır.

Eşitliğin sağlanmasının zor olduğu bir yaptırım türü para cezasıdır. Çünkü aynı miktar para cezası, mahkûmların servetine göre, kişilerde, değişik etkiler yaratacaktır. 5237 sayılı TCK, gün para cezasını kabul etmek suretiyle bu eşitsizliği gidermeye çalışmıştır. Gün karşılığı belirlenecek meblağın, aynı suçu işleseler bile ekonomik durumları farklı olan sanıklar için farklı takdir edilmesi, eşitliği sağlamaya hizmet edecektir. Böyle olsa da insanların ekonomik durumlarını belirlemenin zor olduğu, kayıt dışılığın yüksek bulunduğu Türkiye'de bu eşitliği sağlamak her zaman mümkün olmayacaktır. Bu nedenle geliri belirli olan, bordrolu çalışanlar aleyhine bir durumun ortaya çıkması kaçınılmazdır.

## G. ORANTILILIK

Suç işleyenin, suçun ağırlığı ve kusuruyla orantılı, etkili bir cezaya çarptırılması gerekir. Bunun belirlenmesinde adalet duygusu önemli bir ölçüdür<sup>402</sup>. Adaleti gerçekleştirmeye yönelik bir cezalandırma, diğer bir deyişle ceza yaptırımının belirlenmesi ve uygulanmasında adaletin sağlanması, suç işleyen failin tekrar suç işlemesini önleyecek etkiye sahip olması, toplumun diğer fertlerinin de suç işlemekten caydırılması ve suçluların iyileştirilmesi amacına da hizmet edecektir. Ceza ile suç arasında bir oran olması kefaret anlayışının bir sonucudur<sup>403</sup>.

Cezanın önleme amacına ulaşılmasında orantılılık önemlidir. Önlemenin gerçekleşebilmesi için, cezalandırmanın yeterli olması, suçu avantaj saydığı için işlemeyi

<sup>402</sup> “Olayın hemen ardından yardım çağırıp trafik kazasında yaralanmasına neden olduğu Ali'nin hastaneye kaldırılması ve tıbbi yardım alması için çaba sarf eden, tedavi sürecinde ölmesi üzerine ailesine ciddi anlamda maddi ve manevi destekte bulunduğu yargılama sürecinde ortaya konulan belge ve beyanlarla sabit olan, dosya kapsamına kıyasla geçmiş bir olumsuzluğu da saptanmayan 74 yaşındaki sanık hakkında lehe sonuç doğurduğu kabul edilen 765 sayılı TCK ile uygulama yapılırken bu yasanın, temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak kriterleri belirleyen 29. maddesinde sayılan, failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi kıstaslar dikkate alınarak, adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden asgari haddin çok üzerine ceza tayin edilerek teşdidin derecesinde yanılığa düşülüp fazla ceza tayini...” (9. CD, 20.10.2008, 6890, 113660) (Bakıcı, 2010: 239)

“Ele geçirilen uyuşturucu maddenin niteliği ile miktarına ve buna bağlı olarak suç konusunun önem ve değerine göre, sanıklar hakkında temel cezanın alt sınır aşılarak tayin edilmesi yerinde ise de; diğer kriterler açısından işlenen fiilde büyük ağırlık baulunmadığı gözetilmeden, yukarıda belirtilen ilkelere ve 5237 sayılı TCK'nın 3/1 maddesindeki orantılılık ilkesine aykırı olarak, temel hapis cezasının üst sınırdan belirlenmesi...” 10. CD, 22.1.2009, 2008/12118, 2009/427 (Bakıcı, 2010: 247)

<sup>403</sup> Özbek vd, 2010: 331; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 15

düşünenlerin, suça bağlanan biraz daha büyük bir dezavantaj nedeniyle, suç işlemekten vazgeçmesi gerekir. Cezanın beklenen sonucu doğurması için yol açtığı zararın, suçlunun suçtan elde ettiği ya da edeceği yararı aşması gerekli ve yeterlidir<sup>404</sup>. Suç ile ceza arasında oran bulunması, iki açıdan ele alınmalıdır: İlk olarak kanunda unsurları belirtilmiş suç ile bunun karşılığı olan ceza orantılı olmalıdır. İkinci olarak benzer hukuki değerleri koruyan suçlar için benzer cezalar arasında bir oran bulunmalıdır<sup>405</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 3/1. maddesinde<sup>406</sup> suçu işleyen kişi hakkında, “*filin ağırlığıyla orantılı*” cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Hiç şüphesiz burada sözü geçen filin ağırlığı, suçun yöneldiği mağdura ve topluma verdiği zararın ağırlığıdır. Bu durum, kanun koyucunun, ceza ile öç duygularının karşılanmasını amaç edindiği düşüncesinden hareket ettiği izlenimi uyandırmaktadır. Bununla birlikte, cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK'nın 61. maddesinde, meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı ile, kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı, somut cezanın belirlenmesinde birer kriter olarak gösterilmiştir<sup>407</sup>. Bu düzenlemeler, kusura dayalı bir ceza belirleme politikası güdüldüğünün yanı sıra, aynı amaca hizmet eden, orantılı ceza tayin edilmesi gereğinin de temelini oluşturmaktadır<sup>408</sup>.”

Anayasa Mahkemesi, bir kararında<sup>409</sup>; “Ceza tehdidinin, aykırı eylemleri yasaklamanın en önde gelen aracı olduğunu, bu tehdidin, toplumun suç işlemesini önleyemediği, kişiyi en azından yeniden suç işlemekten alıkoyacak ölçüde olması; her suçun cezasının önceden belli olması ve bunun işlenen suçun ağırlığı ile orantılı bulunması” esasına uygun olması gerektiğini açıklayarak, cezanın bir tehdit ve tenkil (uzaklaştırma) aracı olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “suçlu, topluma uyum güclüğü gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun topluma uyum

<sup>404</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 717

<sup>405</sup> Beccaria, 2004: 47-48

<sup>406</sup> “Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için, suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının, haklı ve ölçülü olması gerekir. Ancak, haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan, orantılılık ilkesine uymak gerekir. madde ile bu konuya TCK'da açıkça yer verilerek, ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da, vurgulanmak istenmiştir.” 5237 sayılı TCK m. 3/1 Gerekçesi.

<sup>407</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 566; Doğan, 2007: 279

<sup>408</sup> Halen cinsel saldırı suçunun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılınarak, birden fazla kişi ile birlikte, cebir ve şiddet kullanılarak, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi ve mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda verilecek ceza, o mağdurun öldürülmesi durumunda verilecek cezadan daha ağır olması nedeniyle eleştirilmektedir.

<sup>409</sup> An. Mah., 06.04.1971 gün ve 1971/2 E. 1971/36 K. AMKD S.9, Yıl 1972, s.403 vd.

sağlayabilmesi, başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur<sup>410</sup>.”

Anayasa Mahkemesi, cezanın orantılı olması gerektiği konusunu açıkladığı bir başka kararının gerekçe bölümünde, şu şekilde ifadeler yer vermiştir; “İnsan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler ve gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza yaptırımını konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından mutlak bir sınır teşkil edeceği düşünülemez. Çünkü toplum yaşamının belli bir evresinde, toplumun huzurunu bozan ve bu nedenle suç sayılan eylemlerin önlenmesi ve suçluların tenkil edilmesi bakımlarından, ceza yaptırımlarının, makul ve insani sayılacak sınırları aşmamak kaydıyla, çeşitleriyle ölçülerinin değiştirilmesi, çoğaltılması veya azaltılması zorunluluğu doğabilir<sup>411</sup>.”

Alt ve üst sınırları birbirinden çok uzak cezaların söz konusu olması durumunda, cezanın belirlenmesindeki orantının sağlanması konusunda değişik uygulamalar ve adaletsiz durumların ortaya çıkabileceği düşünülmüşse de, hâkimi cezanın belirlenmesi konusunda bağlayan kurumlar, buna engeldir. Örneğin; işkence suçunun cezası üç yıldan on iki yıla kadar hapis (TCK m. 94/1), nitelikli taksirle öldürme suçunun cezası iki yıldan on beş yıla kadar haptir. Bunun, kanunilik ve bunun alt ilkesi durumunda bulunan belirlilik ilkesine aykırı olduğu savunulmuştur<sup>412</sup>. Kanaatimizce, gerekçe gösterme zorunluluğu (5271 sayılı CMK m. 34/1), temel cezanın belirlenmesinde kriterlerin sınırlı sayıda gösterilmesi (TCK m. 61/1), orantılılık ilkesi (TCK m. 3/1) ve bunların Yargıtay tarafından denetimi gözetildiğinde<sup>413</sup>, bu görüşe katılmak olanaksızdır. Aksine, basamaklı cezalarda makasın açık olması, bu şekilde orantısızlıkların giderilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi konularına hizmet etmektedir.

<sup>410</sup> An. Mah.. T.08.10.1991, E.1991/36, K.1991/35 (bkz. ŞEN, Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararları-Ceza, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s.640).

<sup>411</sup> An. Mah.. T.06.04.1971, E.1971/2, K.1971/36, AMKD, S.9,Yıl 1972, s.403 vd.

<sup>412</sup> Özbek, 2005:572

<sup>413</sup> “Failin tamamen kusurlu olduğunun teknik verilere dayalı olarak mahkemece kabul edildiği somut olayda, iki kişinin ölmüş, bir kişinin de hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmış olması da dikkate alındığında, 2 yıl ile 15 yıl arasında bir ceza tayin ve takdir etmek durumunda olan yerel mahkemece hapis cezasının 9 yıl olarak belirlenmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” YCGK, 07.07.2009, 2009/9-62-191 (Gerçekler, 2011: 839) Kanaatimizce, bu kararda Yargıtay 9 yılı isabetli olarak telakki etmişse de trafik kazalarında tek kazada bir kişinin kusuruna dayanarak bazen onlarla ifade edilen sayıda kişinin öldüğü Türkiye’de ölü sayısının bu şekilde çok yüksek olduğu durumlarda kusurlu sanığa 15 yıldan fazla cezanın verilemeyeceği dikkate alındığında somut olaydaki ceza tespitinin orantılı olduğu kuşku uyandıracaktır.



“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunur” hükmünü içeren TCK’nın 3. maddesi, cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. madde ile çeliştiği iddia edilebilir. Düzenleme, madde başlığında yer alan “adalet” ilkesi altında, cezanın yalnızca fiile bağlı olarak hükmedileceğini öngörmektedir. Oysa somut sonuç cezanın belirlenmesinde fiil yanında faile ilişkin nedenler de esas alınmaktadır (TCK m. 50, 61/5, 62). TCK’nın 3. maddesinde orantılı ceza ilkesine yer verilmesi yerinde olmuş ise de, düzenlemenin, belirtilen şekilde sadece fiile yönelik yapılmış olması doğru olmamıştır. Gerçekte, hem fiile hem de faile ilişkin unsurlara dayalı ceza belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümleri içeren TCK’nın 50, 61 ve 62. maddeleri karşısında; sadece fiilin ağırlığı ile orantılı ceza verilmesine olanak sağlar gibi görünen TCK’nın 3. maddesi hükmüne gereksinim olmadığı fikri savunulabilir. Kanaatimizce, bu fikir içerisinde sadece fiile ilişkin konuların belirtilmiş olması eleştirisi haklıdır. Alman Ceza Hukuku’nda da cezanın ödetme amacı, kusurla orantılı ceza verilmesi ile özel önleme amacı, kişinin ıslahı ile tekrar suç işlemesinin önlenmesi, arasındaki çelişkiye dikkat çekilmektedir. Buna çözüm olarak, hâkimin, olayın tüm şartlarını dikkate alarak, geniş bakış açısından değerlendirme yapması gerektiği belirtilmektedir. TCK açısından da, bu şekilde genel hükmün, TCK’nın en temel esaslarının belirlendiği ilk 5 maddesi içerisinde yer alması, bunların ilkeler olarak belirlenmesi açısından önemini ortaya koyması, daha özel düzenlemeler denebilecek 50, 61 ve 62. maddeleri ile doğrudan çelişki oluşturmamaktadır.

Yargıtay da, değişik kararlarında cezanın fiil ile orantılı olması gereğine dikkat çekmiştir<sup>414</sup>. Bir kararında; “Cezanın, fiilin ağırlığı ve sorumluluk derecesi ile orantılı

<sup>414</sup> “Yerel mahkemece, temel ceza belirlenirken, sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlerinin bulunması hususuna da dayanılması isabetsiz ise de, suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer şeklinde kullanılan gerekçenin TCK’nın 61. maddesi anlamında yasal, yeterli ve dosya içeriğine uygun ve buna bağlı olarak alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesinin doğru bir uygulama olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak toplam değeri 2.280 liradan ibaret 25 adet sahte para nedeniyle alt sınırı 2 yıl olan bir suç için temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmiş olması, 5237 sayılı TCK’nın 3/1 maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, somut olayda sanığa parada sahtecilik suçundan temel cezanın, işlediği fiil ile orantılı olacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerekir.” YCGK, 6.10.2009, 2009/8-124-224 (Gerçekler, 2011: 827)

Bu karar için CGK Başkanı ve bir kısım üyeler: “Yargılama boyunca sanığı gören ve delilleri duruşma sürecinde değerlendiren yerel mahkemenin alt sınırdan uzaklaşırken kullandığı gerekçenin yasal ve yeterli olduğu, alt sınırdan hangi oranda uzaklaşacağı hususunun hâkimin takdirine ait olup bu takdirin kullanılmasında dosya içeriğine göre açık bir orantısızlık bulunmadığı sürece temyiz incelemesi sırasında bu takdire müdahale edilmemesi gerektiği somut olayda da böyle bir orantısız ceza tayininin söz konusu olmadığı, kaldı ki alt sınırdan uzaklaşmanın hangi oranda olacağına ilişkin bir kriterin de bulunmadığı, 5237 sayılı TCK m. 197/1’de öngörülen hapis cezasının 2-12 yıl arası olduğu ve daha önce 9 kez parada sahtecilik suçunu işleyen ve en son bu suçtan aldığı 2 yıl 4 aylık hapis cezası 3.8.2005 tarihinde infaz edilen sanığa hükmolunan temel hapis cezasının 6 yıl olarak belirlenmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı, bu nedenle de direnme hükmünün isabetli olduğu” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır. (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1026)

olması<sup>415</sup>, örnek oluşturarak başkalarının da suç işlemelerini engellemesi, faili uslandırıp yeniden suç işlemekten alıkoyması gerektiği amaçları dikkate alınarak, aşağı ve yukarı sınırları belirlenen cezalarda hâkime, temel cezayı belirleme yetkisi tanınmıştır<sup>416</sup>, şeklinde hüküm kurmuştur.

Ceza belirlenirken, hem adalet ve hakkaniyet ölçüleri içinde hareket edilmeli, hem de cezanın önleyici ve caydırıcı özellikleri göz önünde bulundurularak, suç nedeni ile bozulan kamu düzeninin yeniden kurulması ve zarara uğrayan mağdurun manevi olarak tatmin edilmesi dikkate alınmalıdır. Fiilin ağırlığına, failin suçu işlerken içinde bulunduğu duruma, olayın oluşuna uygun olarak belirlenen bir ceza, bu suçtan zarar görenleri tatmin edecektir<sup>417</sup>. Bu sayede, hem kişilerin adalete olan güveni artacak, suçtan zarar gören tarafın failden intikam alma düşüncesi ortadan kalkacak, hem de failin ıslahı sağlanmış olacaktır<sup>418</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesinin bir orantı içerisinde olacağı konusunda herkes hem fikirdir. Ancak bu orantının, cezanın, eylemin haksızlık içeriğine göre mi olacağı (eylem kusuru), yoksa fiilin neticesinin ağırlığına göre mi olacağı konusu tartışmalıdır. Ceza miktarının, içerisinde eylemin ağırlığının derecelendirildiği talimatlara göre belirlenmesi gerektiğini savunan öğretisi (Tatproportionalitat) ile ceza miktarını failin kusuruna göre belirlemeyi esas alan öğretisi (Schuldproportionalitat des Taters) ağırlıklı

---

“Orantılılık ilkesi gereği, onanarak kesinleşmiş ilk hükümde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'nın uygulanması sırasında temel cezanın asgari haddten tayini gerektiğinin gözetilmemesi...” YCGK, 19.6.2007, 2007/5-92-151 (Metiner/Koç, 2008: 1935)

<sup>415</sup> “5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. Fıkrasında 7 bent halinde sayılan hususlar göz önünde bulundurularak ve somut gerekçeler tek tek belirtilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki cezanın alt ve üst sınırları arasında takdir hakkının kullanılması, ayrıca bu temel ceza belirlenirken aynı kanunun 3. maddesinin 1. Fıkrasındaki “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” şeklindeki hükmün gözetilmesi, buna göre; sanık hakkında hükmolunacak temel ceza 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak ve somut gerekçeler belirtilmek suretiyle tespit edilmesi gerekirken, hukuki dayanaktan yoksun ve somut olaya uygun olmayan kanundaki bazı deyimler tekrar edilmek suretiyle takdirene ve teşdiden denilerek temel ceza asgari haddten uzaklaştırılarak belirlenmesi...” 5. CD, 06.10.2008, 2008/5650-8129 (Bakıcı, 2010: 238)

<sup>416</sup> YCGK, 11.3.2003, 2002/11, 2003/29

<sup>417</sup> 21.11.1990 tarihine kadar hâkimin kanunda belirtilen sınırlar arasında kalan cezayı belirlerken göz önünde bulunduracağı hususlar kanun metninde düzenlenmemiştir. Ancak belirtilen tarihten itibaren 3679 sayılı Kanunun 2.maddesi ile 765 sayılı TCK'nın 29. maddesine yapılan ekleme ile hâkimin cezayı belirlerken kararının gerekçesinde “suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman, yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, failin amacı, geçmişi, fiilden sonraki davranışları” gibi hususları göz önünde bulundurması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece, takdirde keyfilik ve eşitsizliğin önlenmesi sağlanmaya çalışılmıştır (Koyuncu, 2006: 331).

<sup>418</sup> Erem, 1973: 33; Dönmezer/Yenisey, 2000: 10

görüşlerdir<sup>419</sup>. Bu zamana kadarki araştırmalar, orantılık ve amaca uygunluk; başka bir deyişle, kusur ve önleme arasında tam bir bulmaca mahiyetinde (Antinomie) çelişki olduğunu, ortaya koymaktadır. Buna her zaman yeterince dikkat edilmemektedir. Çünkü insanın içerisinde sürekli “cezanın her zaman kusurun derecesine uygun olması” gerektiği düşüncesi vardır<sup>420</sup>.

Cezanın belirlenmesi konusu, bedelin ödettirilmesi şeklinde algılanarak, tamamen eylemin karşılığı fikrine endekslenirse, bireyselleştirilme adına ceza hukukunun amacı noktasında hiçbir hukuki izah kalmayacaktır. Hareket şekli, devletin cezalandırmayı hem hakların dengelenmesi (ödetme), hem de amaca uygunluk (önleme) şeklinde düzenlemesiyle, her ikisi bir çelişki olarak görülse de, kusur çerçevesi teorisine paralel olmalıdır. Eğer önleme amacı ön planda yer alıp, ödetme göz ardı edilirse, cezalandırma sadece bir şekilden ibaret olacaktır<sup>421</sup>.

Belirtilen faktörler cezanın miktarının belirlenmesindeki şartlar içerisinde yer almaktadır. Sonuç itibariyle, bu şartlar, Alman Ceza Kanunu m. 46 II 2’de sayılmışlardır. Bunların bir kısmı, cezanın bireyselleştirilmesine yönelik faktörler olarak değerlendirilmiştir. Diğer taraftan Alman Ceza Kanunu m. 46 I 2 de “özel önleme” başlığıyla kitaplarda yerini bulan konu mevcuttur. Gerçekte, cezaya karşı duyarlılık da özel önlemenin bir şekli olarak algılanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken bir konu ise özel önlemenin, cezaya karşı duyarlılığın aksine, cezayı artıran bir neden olarak da kullanılmasıdır<sup>422</sup>.

Cezanın belirlenmesi, sadece cezanın özel önlemeye yönelik bireyselleştirilmesi ile sonlandırılmaz. Hâkim, cezanın belirlenmesine yönelik bütün faktörleri, birlikte bir kez gözden geçirmelidir (Tatproportionaliaet). Burada hâkimin, her bir faktörü kendi içerisinde değerlendirirken, birini diğerine tercih etmesinin önüne geçilmelidir. Bunu yaparken, hâkimin, sık sık kendisine, fail için bireyselleştirmeye çalıştığı ceza, aynı zamanda fiil açısından orantılı (uygun) bir ceza mıdır, sorusunu sormalıdır. Burada, şu noktadan hareket etmelidir; fiil ne kadar ağır ise, cezanın bireyselleştirilmesi de o kadar gereklidir. Bu yüzden,

---

<sup>419</sup> Kohlschütter, 2001: 11, 57

<sup>420</sup> Schreiber, 1982: 279

<sup>421</sup> Sang, 2000: 32

<sup>422</sup> Sang, 2000: 150

somut olayda failin kişiliğine ne kadar çok ulaşılabılırsa, onu tanıyabilirse ve bu şekilde onu daha iyi çözebilirse, bireyselleştirme o kadar mümkün olacaktır<sup>423</sup>.

Bruns'un bütüncül değerlendirme teorisi (Ganzheitsbetrachtung) ile burada bahsedilen toplu değerlendirmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Bruns, bu teoride uygun cezayı belirleyebilmek için, kusurun büyüklüğünü; derecesini kendisi ölçmektedir. Burada, failin kendi eyleminden izafe edilen haksızlık içeriğinden daha yüksek bir ceza ile karşılaşılabilir<sup>424</sup>. Toplu değerlendirmede ise, hâkim, ancak uygun ve mümkün olan bireyselleştirme faktörlerini dikkate alacak, diğerlerini ayrı tutacaktır. Bu şekilde bir sınırlama, failin lehine olabileceği gibi, aleyhine de işleyebilir. Kısacası; bireyselleştirme, her zaman, orantılı cezanın belirlendiği bir çerçevede, sorun olarak yer almaktadır<sup>425</sup>.

Alman Ceza Hukukunda ilk kez Bruns tarafından savunulan, öğretisi ve uygulama tarafından benimsenen, cezanın failin lehine ve aleyhine olan tüm şartların değerlendirilerek belirlenmesi teorisine (Spielraumtheorie) göre; cezanın amaçları içerisinde kusur-kefarete prensiplerinin birlikte olması, genellikle çelişik bir duruma neden olmaktadır. Cezanın alt ve üst sınırlarını aşma yasağı, önleme amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır. Tam tersine olarak; kusur-kefarete prensibi bir makas içerisinde (alt-üst sınır), hareket alanı çerçevesinde kalmasını gerektirecektir. Buna, "Hareket Alanı Teorisi, (Spielraumtheorie)" denilmektedir. Hareket alanı teorisinin temeli, kusur ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Cezanın sınırlarını belirleme, kusur prensibine göre olacaktır<sup>426</sup>. Cezanın amaçları arasındaki çelişkiyi, harmonik bir şekilde birleştirme amaç edinilmiştir. Literatürde Spindel, Hippel ve Berner bu teoriyi izaha çalışmış, mahkeme kararlarında ise OLG Jena bu tip bir yapıyı ortaya koyacak karar vermiştir<sup>427</sup>. Bu kararda kusurun cezanın belirlenmesinde tek etken olmadığı üzerinde durulmuştur. Bu teori beraberinde birçok soruyu da getirmektedir. Bu sorulardan birincisi, gerçekten de cezanın belirlenmesi çerçevesi içerisinde hareket alanı olarak objektif bir yol var mıdır, yoksa sadece sübjektif bir belirsizlik mi söz konusudur. Bir diğer soru, bu hareket alanının genişliği ile ilgilidir. Hatta bu çerçevede bazen cezanın üst sınırı failin ömrüne bağlı

---

<sup>423</sup> Sang, 2000: 150

<sup>424</sup> Horn, 1975: 241; Erhard, 1992: 46

<sup>425</sup> Sang, 2000: 151

<sup>426</sup> Bruns, 1985: 105

<sup>427</sup> HRR 1930 Nr 1079

olmaktadır<sup>428</sup>. Bu bakımdan, hareket alanı çerçevesinin 20-30 yıl veya 10-15 yıl gibi, belirlenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>429</sup>.

Sonuç olarak, bu teori, diğer teorilerle<sup>430</sup> karşılaştırıldığında, ortaya cezanın belirlenmesinin dogmatik olarak iyileştirilmesini koymaktadır. Öğretide, bu teorinin niçin benimsenmesi gerektiği fikri, genellikle cezanın belirlenmesinin kusur gibi kesin ve tek bir noktaya endekslenemeyeceği, birçok unsurun burada etken olduğu ve bunların da her seferinde değerlendirmeye katılması gerektiği fikrine dayanmaktadır<sup>431</sup>.

Alman Temyiz Mahkemesi (BGH), genellikle, sadece cezanın orantılı olup olmadığı noktasında inceleme yapmaktadır. Somut olaydaki sınırlara dikkat edilip edilmediği, bunların gözetilmemesinin hata olarak değerlendirildiği ve önleme amacının fiilin sonuçları anlamında değerlendirildiği bir inceleme yapmaktadır. Bruns'a göre, "Cezanın miktarının belirlenmesi, tamamen olay hâkiminin işidir". Temyiz mahkemesi, bunu, cezanın amaçları bakımından tekrar değerlendirme konusu yapmamalıdır. Bu çerçevede, hareket alanı teorisi, cezanın belirlenmesine yeni bir bakış açısı kazandırmıştır<sup>432</sup>.

Mağduriyetin dengelenmesi<sup>433</sup> düşüncesi, kusura göre cezalandırmanın, failin cezaya karşı duyarlılığına göre farklı olabileceğini ortaya koymaktadır. Aynı kusur durumunda aynı cezanın değil, aynı ağırlığı hissettirecek cezanın, verilmesi gerekir. Başka bir deyişle, kusura göre ceza belirlenmesinin temelinde, objektif olarak aynı cezanın verilmesi değil, subjektif olarak aynı etkiyi (yükü) gösterecek cezanın belirlenmesi yatar. Bu sonuç, öğreti ve uygulamada genel olarak kabul edilmektedir<sup>434</sup>. Henkel, cezaya duyarlılık (hassasiyet) ile cezaya yatkınlık arasında, önemli fark bulunduğunu, cezaya yatkınlığın, özel önleme anlamında dikkat edilmesi gereken bir konu olduğunu belirtmiştir<sup>435</sup>. Bu düşünce, kanunun para cezasının belirlenmesi konusundaki düzenlemelerine yansımamıştır. Bu yüzden de, aynı

<sup>428</sup> Örneğin; 15 yıldan müebbet hapse kadar uzanmak gibi.

<sup>429</sup> Bruns, 1985: 106

<sup>430</sup> Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunda, birleştirme, dağıtma ve değerlendirme gibi teoriler mevcuttur. Bunlar cezanın belirlenmesi konusundaki ilke ve kriterlerin veya çifte değerlendirme yasağının birlikte veya ayrı ayrı değerlendirilmelerini savunan görüşlerdir.

<sup>431</sup> Bruns, 1985: 106-108; Lackner/Schaffstein, 100; Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 271; Jescheck/Weigend, 1996: 704

<sup>432</sup> Bruns, 1985: 109

<sup>433</sup> Alman hukukunda "Gerechte Schuldausgleich" şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>434</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 118; Schönke/Schröder/Stree, 54

<sup>435</sup> Henkel, Festschrift für H. Lange, 179

kusur durumunda, farklı ekonomik durumları söz konusu olan kişiler için, cezanın yükünü eşitlemek anlamında, failin bu cezaya duyarlılığına göre hüküm verebilmek adına, kanun koyucu, gün para cezası sistemini getirmiştir<sup>436</sup>.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın belirlenmesinde şuna dikkat edilmelidir; eğer kusura göre belirlenecek ceza aynı zamanda cezaya karşı duyarlılığın derecesine göre belirlenecekse ve farklı olarsa, bu demektir ki; artık kusur cezanın belirlenmesinde tek kriter olarak kullanılamaz. Cezanın belirlenmesinde, kusurun yanında başka faktörler de etkili olacaktır. Örneğin; gün para cezasında her gün karşılığı para miktarı, hakkaniyete uygun cezanın belirlenmesini mümkün kılacaktır<sup>437</sup>. Alman Temyiz Mahkemesi, bir kararında açıkça cezaya karşı duyarlılığı zikretmiştir<sup>438</sup>. Mahkeme, yeni tarihli kararlarında, hakkaniyete uygun kusurun karşılaştırılmasından, kusurların dengelenmesinden, bahsetmektedir. Bu izahat, cezaya karşı duyarlılığın yüksek olduğu failer açısından, cezanın daha hafif tutulması gerektiği anlamına gelmektedir<sup>439</sup>.

Eğer kanunda öngörülen ceza bir yıldan fazla hapsi gerektiriyor veya fiilin sonuçları fail açısından ceza verilmesini gerekli kılmayacak düzeyde hafif ise, bu maddenin (StGB m. 60), cezanın belirlenmesinde kullanılması gerekir<sup>440</sup>. Eğer fiilin dolaylı ve ekonomik etkileri, Alman Ceza Kanunu m. 60 anlamında bir rol oynayacak ise, özel bir alanı açmakta; bu da, cezanın belirlenmesinde bu bakış açısının kullanılmasıdır. Böyle bir uygulama, failin daha önce bu sonuçların gerçekleşeceğini öngörmüş olması gerekçesine dayandırılarak, reddedilemez<sup>441</sup>.

Faile dolaylı olarak etki eden sonuçları örneklendirmek gerekirse, küçük işletmesi kullandığı aracına bağlı olan kişinin ehliyetinin alınması (StGB m. 69) durumunda, günden güne müşterilerini kaybetmesi; hapis cezasına mahkûmiyet durumunda kişinin, işini kaybetmesi; bir tüccarın malvarlığını kaybetmesi sayılabilir. Sonuç olarak; bir mahkûmiyet nedeniyle kamu görevinin kaybedilmesi, bir kısım ehliyet, izin, ruhsat gibi çalışma ile ilgili

<sup>436</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 139

<sup>437</sup> Bruns, 1985, 197; Maurach/Gössel/Zipf, 118; Schönke/schröder/Stree, 54; Dreher/Tröndle/Fischer, 309

<sup>438</sup> BGHSt 7, 28

<sup>439</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 139

<sup>440</sup> Schönke/Schröder/Stree, 12; LK-G. Hirsch, 44; BGH NStZ 2002, 312

<sup>441</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 144

konuların kaybedilmesi, sayılabilir<sup>442</sup>. Aynı sonuç, GmbHG m. 6/2'de şirket ortaklığı açısından mahkûmiyete bağlanan kanuni neticeler açısından da geçerlidir. Bu konuların da cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekecektir<sup>443</sup>. Federal Mahkeme, kararlarında, bu sonuçların cezayı azaltan bir hafif hal (minder schwerer Fall) olarak kabul edilebilir edilemeyeceğinin, çalışma hayatına etki eden hapis cezası sınırının aşıp aşılmadığının, hapis cezası yanında para cezasına hükmedilip edilmediğinin araştırılması gerektiğini belirtmekte, bunların mahkeme tarafından irdelenmesini istemektedir<sup>444</sup>.

Ceza çerçevesinin çizilmesinde çıkış noktası, genellikle Ceza Kanunu'nun özel hükümleri ile özel ceza kanunları olmaktadır. Bu da, genellikle suçun nitelikli hallerini oluşturmakta, diğer bir kısmı da ceza hukuku genel hükümlerde yer alan Alman Ceza Kanunu m. 49/1-2'ye (minder schwerer Fall) dayanmaktadır. Bu nitelikli hallere örnek olarak, kaçınılmaz yasak hatası, yasağı bilmemenin mazerete dayanması, teşebbüs, kusurluluğu azaltan nedenler ve iştirak verilebilir<sup>445</sup>.

Ortalama vaka (genel nitelikli olay) tanımlaması, içerik olarak çok tartışmalı ve pratikteki anlamına şüpheli bakılan bir durumdur<sup>446</sup>. İçtihatlarda da belirtildiği gibi, ortalama vaka, o suçun en sık meydana gelen şekli olarak kabul edilmektedir. Burada, somut bir fiil olarak ortalama vaka ortaya konamamakta, aksine sadece belirlenen ceza açısından bir ortalama bulunmaktadır. Ortalama vakanın, ortalama fiil ağırlığıyla ilgili olduğu konusunda zaten bir tartışma da yoktur. Böyle bir ortalama vaka ve ortalama cezaya yapılan eleştiri, bunun, sadece istatistikî bir veriye dayandığı, kontrolünün ve ispatının ise mümkün olmadığı yönündedir<sup>447</sup>.

<sup>442</sup> Kasıtlı bir suçtan dolayı bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûmiyet durumunda veya kamu göreviyle ilgili olan bir suçtan dolayı altı aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş olması durumunda, BRRG m. 24/1'e veya BeamtenVG m. 59'a göre

<sup>443</sup> BGHSt 35, 148; Dreher/Tröndle/Fischer, 8

<sup>444</sup> BGHSt 35, 148; Bruns, NStZ 1988, 494; Streng, 485; Schafer, 395; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 146

<sup>445</sup> Götting, 1997: 227

<sup>446</sup> Albrecht, 1994: 98

<sup>447</sup> Götting, 1997: 233

## H. TAKDİR YETKİSİ

Ceza kanunları, kural olarak, her suç için sabit bir ceza öngörmemekte; cezayı, alt ve üst sınırlar arasında<sup>448</sup>, örneğin; “bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası şeklinde”, belirlemektedir<sup>449</sup>. Sabit bir cezanın öngörülmediği, başka bir deyişle alt ve üst sınırlı ceza öngörülen bu hallerde, iki sınır arasında olmak koşuluyla, ceza, hâkimin takdiriyle belirlenir. Temel cezayı belirlemede öngörülen kriterler (TCK m.61/1) de, hâkimin takdirini sınırlandıran unsurlardır<sup>450</sup>. İki farklı ceza türünün seçimlik şekilde öngörülmüş olması da, “örneğin; bir yıldan beş yıla kadar hapis veya 300 güne kadar adli para cezası” mümkündür. Bu hallerde ise, ceza türünün seçimi ve somut olarak belirlenmesi, hâkimin takdir yetkisine, başka bir deyişle hukuki değerlendirmesine bırakılmıştır<sup>451</sup>.

Faile verilecek cezanın türünün seçimi, iki sınır arasındaki temel cezanın belirlenmesi, artırım ve indirim oranları ile miktarın belirlenmesi, takdiri indirim nedeninin uygulanması, erteleme ve paraya çevirme gibi birçok alanda hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Somut sonuç cezanın belirlenmesinde, hâkime tanınan bu hak ve yetki, ceza adaleti bakımından önemli sorumluluğu da beraberinde getirmektedir. Hâkime tanınan takdirin, cezanın amacına ve bu yetkinin niteliğine uygun ve belirli ilkeler dâhilinde kullanılması gerekir<sup>452</sup>.

Seçenekli cezalar içeren birden fazla suç işlenmesi durumunda, her iki suçun yaptırımı olarak aynı ceza türünün seçilmesi zorunluluğu bulunmamakta, suçlardan biri için hapis, diğeri için adli para cezası seçilip, uygulanabilmektedir. Hangi ceza türünün seçileceği konusunda TCK’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hâkim bu seçimi yaparken cezanın amacı ile cezada bireyselleştirme ilkesini gözeterek, takdir yetkisini kullanabilir<sup>453</sup>. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken olayın oluşu, dosya içeriğiyle çelişmemesi, aynı gerekçe ile iki suçun ceza çeşidini seçmede birinde lehe diğeri aleyhe olarak aynı gerekçeyi kullanmaması, başka bir deyişle; hâkimin gerekçelerinin kendi içerisinde çelişik olmaması gerekir.

<sup>448</sup> Nitekim 5237 sayılı TCK’da yaklaşık 340 ayrı madde ve fıkırdaki alt ve üst sınırın belirlendiği hapis cezası öngörülmüştür.

<sup>449</sup> Toroslu, 2010: 154

<sup>450</sup> Centel, 2001: 357

<sup>451</sup> Toroslu, 2010: 154

<sup>452</sup> İçel vd, 2002: 137; Toroslu, 2010: 155

<sup>453</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 91; İçel vd. 2002: 140



Takdir kavramı öğretide “serbest takdir” ve “bağlı takdir” olarak iki şekilde görülmektedir. Serbest takdir, hâkimin kanun koyucunun etkisinde kalmadan, kanunun içeriğine ilişkin düşüncesi ya da istediği olasılığı seçip uygulayabilmesidir. Bağlı takdir ise, hâkim, kendi kişisel görüşünü göz önünde bulundurmadan kanun koyucunun iradesini ve amacını gerçekleştirmesidir<sup>454</sup>. Bu kavramsal açıklamadan sonra denilebilir ki; somut cezanın belirlenmesinde hâkime tanınan yetki, niteliği itibariyle “bağlı takdir” yetkisidir. Çünkü kanun koyucunun iradesiyle sınırlandırılmıştır. Bağlı takdir yetkisi kavramı, kanunilik ilkesinin garanti ediciliği ile cezanın bireyselleştirilmesi ihtiyacı arasında bir denge oluşturmaktadır<sup>455</sup>.

Cezanın saptanması bakımından, hâkimin genel takdir yetkisinin (mutlak salahiyeti) olduğunu ifade eden yazarlar da olmuştur<sup>456</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, hâkimin olayın genelinden ve failin şahsına ve eylemin işleniş şekline ilişkin genel bir kanaat edinmiş olabileceğine istinaden, alt sınırın üzerinde bir ceza tayin eden hâkimin, gerekçe göstermek zorunda olmadığını ve hatta şahsi kanının gerekçede ifadesinin de, her zaman olanaklı olmadığını, ifade etmişlerdir. Ancak belirtmekte fayda gördüğümüz bir konu da; bu görüşün artık hem Türkiye hem de başka ülkeler öğretisi ve uygulamasında terk edilmiş olduğudur. Uygulamada zaman zaman münferit ayırık kararlar verilse de, genel kabul gören ve uygulanan görüş, takdir yetkisinin varlığı, gerekçe göstermenin zorunlu olduğu ve bunun denetlenebileceği görüşüdür. Yeni tarihli ceza kanunu tasarılarına da, bu konuda gerekçe göstermek zorunluluğuna ilişkin hükümler konulmaktadır<sup>457</sup>.

Kanun koyucu, hâkimin takdir yetkisini sınırlayan düzenlemeler yapmıştır. Bu anlamda; ceza kanununun amacı (TCK m. 1), kıyas ve geniş yorum yasağı (TCK m. 2/3), suçta ve cezada kanunilik ilkesi (TCK m. 2/1), orantılı ceza ilkesi (TCK m. 3/1) sayılabilir. Ayrıca; ceza türleri ile sınırlarının genel hükümlerde gösterilmesi (TCK m. 45-49), ilgili maddede indirim ve artırım oranlarının belirtilmesi, temel cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61/1), ertelemelerde (TCK m. 51/1), paraya çevirmede (TCK m. 50/1), takdiri indirimde (TCK m. 62/2) kullanılacak kriterlerin gösterilmesi yollarıyla hâkimin takdir yetkisinin sınırları

<sup>454</sup> Önder, 1992: 625

<sup>455</sup> Yurtcan, 1998: 258; Öztürk/Erdem, 2006: 319

<sup>456</sup> Bu görüş ve gerekçeleri hakkında bilgi için bkz. Ayık, İsmail Hakkı, “Cezanın Tatbik ve Tertibi”, AD, 1950 s. 80

<sup>457</sup> İçel vd, 2002: 139; Ünver/Nuhoğlu, 1997: 12, 80; Erem, 1946: 1164-1165

çizilmiştir. Bu bakımdan Türk Ceza Hukuku açısından serbest takdir yetkisinden söz edilemez<sup>458</sup>.

Hâkim, somut cezayı belirleme sürecinde takdir yetkisini kullanırken kanun koyucunun belirlediği sınırlar yanında, hukukun genel ilkeleri<sup>459</sup> ile hak ve nısfet<sup>460</sup> kuralları içerisinde hareket edecektir. Hak ve nısfet kavramları bir bütün olarak hakkaniyet kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Hakkaniyet ise, adaletin özel ve bireyselleştirilmiş, başka bir deyişle somutlaştırılmış şeklini ifade eder<sup>461</sup>. Ceza adaleti, ancak böyle bir anlayış içerisinde gerçekleştirilebilir<sup>462</sup>.

Yargıtay, çeşitli kararlarında, hâkime verilen takdir ve değerlendirme yetkisinin, “adalet ve nısfet kurallarına bağlı kalınarak, suçun işleniş tarzı, sanığın suç işleme konusundaki eğilimi, yasalara aykırılığın derecesi gibi objektif ölçüler göz önünde tutularak, dosya içeriğine uygun gösterilecek nedenlerin kabul edilebilir olması, hukuk kurallarını zedelemeyecek, kanunların esas amaçlarına aykırı düşmeyecek bir içerikte kullanıldığının açıkça anlaşılması, sonuç cezanın bu adil ölçüler içinde belirlenmesi gerektiğine”, hükmetmiştir<sup>463</sup>. Cezanın belirlenmesi aşamalarında hâkimin kullandığı takdir yetkisi denetime bağlı olup, Yargıtay, bu denetimi, “yetkinin doğru kullanılmasının güvencesi” olarak görmektedir<sup>464</sup>. Temel ceza belirlenmeden, artırma oranları açıklanmadan, sonuç

<sup>458</sup> Bu duruma istisna olarak, bir suç için kanunda öngörülen seçimlik cezadan birini seçmek yönünden hâkimi bağlayan herhangi bir kural, ilke söz konusu olmadığı fikri ileri sürülebilir. Ancak bu durumda bile TCK 61/1’deki kriterlerin geçerli olacağı fikri için “Ceza Türünün Seçimi” başlığına bkz.

<sup>459</sup> “Hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu, gerek uygulamada gerekse öğretilerde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Hukukun genel ilkeleri, kanunlardan, hatta Anayasanın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir”, YCGK. T.29.11.2005, E.2005/7-144, K.2005/150, YKD. 2006-3-470

<sup>460</sup> Hak ve nısfet kavramı hakkında geniş bilgi için, bkz. DİNÇKOL, Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Hak ve Nısfet”, Yargıtay Dergisi, Cilt 19, Sayı 3, Temmuz 1993, s.216 vd.

<sup>461</sup> Dinçkol, 1993: 216-230; Turan, 2001:108

<sup>462</sup> “Hakkaniyet, adaletin katı eşitlikçi yönünü yumuşatan ve tamamlayan bir işlev görmektedir. Bu anlamıyla adaleti arayan hâkim, kanun tarafından tanınan takdir etkisi gereğince, somut bir halde, hal ve durumun gereklerini ve bu arada tarafların sosyal durumlarını, refah ve yoksulluk hallerini göz önüne alabilir ve kararını hakkaniyete uygun olarak verir ve vermelidir” ( Dinçkol, 1993: 229-230).

<sup>463</sup> YCGK. T.10.06.1997, E.1997/6-115, K.1997/150, YKD. 1997-11-1788; Yar. 11.CD. T.29.1.2004, E.2002/10345, K.2004/302, YKD. 2004-12-1886; Yar. 1.CD. T.20.3.1990, E.1990/596, K.1990/660, YKD. 1990-6-912

<sup>464</sup> “Yasal artırıcı veya indirici nedenler ya da kusur veya isnat yeteneğini azaltan nedenler uygulanırken hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Ancak, hâkim takdir hakkını kullanırken, yasal gerekçesini göstermek suretiyle tarafları tatmin etmek, denetime olanak sağlamak, hak, nesafet ve adalet kurallarını gözetmek zorundadır. Bu nedenle gerekçe göstermesi gerekmektedir. Böylece keyfiliğin önlenmesi amaçlanmıştır. Takdir hakkının

cezanın belirlenmesi suretiyle kurulan hükümler, Yargıtay tarafından, haklı olarak, hatalı kabul edilip bozulmaktadır<sup>465</sup>. Aksine uygulama takdir yetkisini keyfiliğe dönüştüreceği gibi, hak ve adalet duygularını da incitecektir. Bu takdir yetkisi kanunun içerik ve anlamına uygun olarak kullanılmak zorundadır. Yeni tarihli kararlarında da Yargıtay eski tarihli uygulamalarının aksine, takdir yetkisini denetlemektedir<sup>466</sup>. Ceza saptanırken gösterilen gerekçenin, amaca uygunluğu ve yerindeligi, Türk Ceza Hukuku'nda olduğu gibi, diğer ülkelerde de üst mahkemeler tarafından denetlenmektedir<sup>467</sup>.

Anayasa Mahkemesi de, alt ve üst sınırların belirlenmiş olmasının cezanın belirlenmesi açısından eşitsizliklere neden olacağı ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olacağı konusundaki itirazı değerlendirirken, bu konuda, hâkime takdir hakkı verilmesinin gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>468</sup>.

---

kullanılmasında, yanılıya düşülüp düşülmediği, cezanın kişiselleştirilmesinde hatalı davranılıp davranılmadığı, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluştaya uygun bulunup bulunmadığı hususlarının denetimi de açıklanan nedenlerle Yargıtay'a aittir. Böylece ülkede hukuk uygulamasında birlik ve istikrarın sağlanması, takdirde yanılıya düşülüp düşülmediği, kararlarda hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir", YCGK. T.19.06.1995, S.1/191-219 (MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler-1, Adil Yayınevi, Ankara 1996, s.148). Aynı yöndeki başka karar için bkz. YCGK. T.17.3.1986, S. 446/127 (Savaş/Mollamahmutoğlu I, 1999: 349)

<sup>465</sup> CGK 26.3.1990, 4/66-86; Günay, 1996: 13

<sup>466</sup> "Sabıkalı olan sanığın, suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla öldürmeye teşebbüsten, cinsel saldırı, hırsızlık ve hürriyeti tahditten yapılan yargılamasında; insani değerlerden tamamen uzak bir kişilik yapısı sergileyen sanığın, olaydan sonra gerçek anlamda pişmanlık duymadığı, maktuleden aldığı cep telefonunun sim kartını çıkarıp yerine kendi sim kartını takarak cep telefonunu kullanması üzerine yakalandığı, maktulenin giysileri üzerinde başka bir erkeğe ait sperm artıkları bulunmasına rağmen bu konuya açıklık getirmediği, olayın yapılan teknik inceleme ve fenni bulgular sonucu ortaya çıkarıldığı, sanığın ise duruşmalarda olaya açıklık getireceği yerde eski ifadelerini tekrar etmekle yetindiği olayda; cezanın bireyselleştirilmesi sırasında uygulanma yeri bulunmayan takdiri indirim nedeni uygulanıp, tevilli ikrar nedeniyle indirim yapılmış olması isabetli değildir." Yarg. 1. CD 19.12.2011 t., 2009/10241 E. 2011/8043 K.

<sup>467</sup> Jescheck, 1998: 58

<sup>468</sup> "Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve sosyalleştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukuku esaslarındandır. Cezanın, kanunda gösterilen iki had arasında tayini yetkisinin hâkime bırakılması da cezanın ferdileştirilmesi prensibinin bir sonucudur", Yar. 4. CD, 25.05.1967, E.1966/32, K.1967/13

"Cezaların miktarının saptanmasının, hiçbir kriter getirilmeden tamamen hâkimin takdirine bırakılması takdirin genişliğine paralel olarak, hataları çoğaltacağı gibi kişisel takdirler sonucu aynı suç için çelişkili sonuçlar doğabilecektir. Buna karşılık, aynı suçu işleyenler için değişmez cezaların öngörülmesi ise, suçun işleniş şekli ve şartlarını suçlunun kişiliğini, onu suça iten etkenleri göz önüne alma olanağı vermeyeceğinden ve hâkimi sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak cezanın kişiselleştirilmesi olanağını önleyecektir. Bu nedenle hâkime aşağı yukarı sınırları arasında ceza belirleme yetkisi verilmek suretiyle cezadan beklenen amaç sağlanmış ve suçlu için de en uygun cezanın tayin ve hükmedilme olanağı tanınmış bulunmaktadır. Yar. 6. CD, 20.6.1995, E.1994/92, K.1995/14 (Şen, 2006: 82-96; Çolak/Altun, 2007: 406, 407).

Özet olarak cezanın belirlenmesinde hâkime tanınan takdir yetkisi, kanun tarafından tanınmış bir alanı, bu alanın sınırlarının dışına çıkılmamayı, hak ve nısfet kurallarına uygun davranma gerekliliğini ifade etmektedir. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin, hâkim tarafından, önyargılara, sempati ve antipati duygularına kapılmadan, duygusallık yerine objektif ölçülerine sadık kalınarak ve adil biçimde kullanılması gerekir<sup>469</sup>. Hâkim, soyut cezayı somut bir cezaya çevirirken, başka bir deyişle kanun maddesinde yazılı bir genel cezayı, somut olaydaki fail bakımından bireyselleştirirken, yasal gerekçelere dayalı takdir yetkisini kullanır.

Alman Ceza Hukuku'nda, cezanın belirlenmesinin temyiz mahkemesi tarafından denetlenmesi olasılığı, cezanın belirlenmesinin, yerel yargıcın temel görevi olarak görüldüğünü bir kez daha akla getirmiştir. Burada hangi ağırlıklı koşullar olduğunun belirlenmesi, genel olarak hâkimin kararına bırakılmalıdır. Bu temel nedenden dolayı, somut olayda, temyiz mahkemesinin yerindelik denetimi (Richtigkeitskontrolle) yapmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Çoğu zaman bu denetleme, hâkimin kararında bir hukuki hata yapıp yapmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Özellikle, cezanın belirlenmesi değerlendirmeleri bir hata içeriyorsa, herkes tarafından bilinen cezanın amacına aykırılık varsa veya belirlenen cezanın kusur durumuna göre fazla veya eksikse dahi bu sonuç yerel yargıca tanınmış olan alanı ortadan kaldırmamalıdır. Buna karşılık temyiz mahkemesinin somut olayda yerindelik denetimi yapması mümkün değildir<sup>470</sup>.

Açıklandığı üzere yerel yargıç, ilgili ve mantıklı olan ve dikkate alınması gereken karara etkili faktörleri ortaya koymak zorundadır. Bu düşünce, tam açık olmamakla birlikte, farklı kararların ortaya çıkmasına cevaz verecektir. Bu durum, temyiz mahkemesine itiraz üzerine önüne gelmiş olan kararı yeterli ya da yetersiz olarak değerlendirme için hareket alanı bırakmaktadır. Somut hukuki nedenler geniş anlamda kararın gerekçelendirilmesi için lüzumlu bir hal alabilecektir. Özellikle, tespitler ve alternatif değerlendirmelerin yapılmadığı ya da dikkate alınmadığı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bunların tartışılmamış olması, kanuna aykırılık konusunda şüphe (kanuna aykırılığın karinesi) oluşturacak ve kararın bozulması sonucunu doğurabilecektir. Böylece, temyiz mahkemesi, cezanın belirlenmesini hatalı olarak görmesi için birçok imkâna sahip olmaktadır<sup>471</sup>.

<sup>469</sup> Savaş/Mollamahmutoğlu, 1999: 479

<sup>470</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) “Temyiz Mahkemesinin Bakış Açısından Cezanın Belirlenmesi Aşamasında En Çok Yapılan Hatalar”

<sup>471</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) “Temyiz Mahkemesinin Bakış Açısından Cezanın Belirlenmesi Aşamasında En Çok Yapılan Hatalar”

Cezanın belirlenmesinin önemli bir noktada olduğu ceza yargılamasında, temyiz mahkemesine cezanın miktarını tespit ve sınırlama yetkisi verilmiştir. Burada, yasa yolunu sınırlayan bir sorunun, yerel yargıç tarafından aleyhe hüküm verme yasağına aykırı olacak bir kuralın uygulanıp uygulanmadığı sorunu, temyiz mahkemesinin denetim yetkisi dışına çıkmaktadır. Örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 63 (akıl hastalığı), 64'ün (alkol ve uyuşturucu etkisi) uygulanamamış olması, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 331/2 ve 358/2/2'in açık düzenlemelerine göre aleyhe bozma yasağı çerçevesine girdiğinden, Federal Mahkeme içtihatlarına göre Alman Ceza Kanunu m. 64'ün uygulanmamış olması temyiz denetiminin dışında tutulması gereken bir konudur<sup>472</sup>.

## İ. CEZANIN AMACINA UYGUNLUK

### 1. Genel Olarak

Cezanın belirlenmesinde gözetilecek temel ilke, cezalandırmanın amacının gerçekleştirilmesidir. Kanunun öngördüğü kriterlerle cezanın somutlaştırılmasıyla, cezalandırmadan beklenen amaçlar gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır<sup>473</sup>. Hâkimler, soyut cezanın somutlaştırılmasında ve somutlaştırmaya yarayan olayların takdirinde serbest bırakılmamış, cezanın tayini işinin belirli ilkelerden ve olaylardan hareketle yapılması istenmiştir. Böylece hâkimlerin, cezayı belirlemek bakımından kendilerine verilen takdir yetkilerini kanunda öngörülen nesnel ve öznel kriterlere göre kullanmaları sağlanmıştır<sup>474</sup>.

Cezalandırma iktidarını meşru kılan en önemli kriter onun amacıdır. Ceza yaptırımı, ancak insanların ceza hukuku kurallarına uymasını ve daha güvenli bir toplumsal düzende yaşamasını sağlamak amacıyla uygulanıyorsa, haklı ve meşrudur. Gerçekten de devletin cezalandırma yetkisi suçun işlenmesini azaltmak, ceza kanunlarına uyulmasını ve insanların daha demokratik bir toplumsal düzende yaşamasını sağlamak amacıyla yöneliktir<sup>475</sup>.

Ceza hukukunun görevi, hukuksal değerlerin korunmasını sağlamaktır. Ceza hukuku kuralları, toplumsal yaşam koşullarının varlığını ve devamını sağlayarak, bireyin maddi ve manevi varlığını sürdürmesine yarar. Ceza bir yandan hukuksal değerlerin ihlal edilmesinin cezalandırılmasını, öte yandan geleceğe yönelik olarak hukuksal değer ihlallerinin

<sup>472</sup> [http://www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) "Temyiz Mahkemesinin Bakış Açısından Cezanın Belirlenmesi Aşamasında En Çok Yapılan Hatalar"; Hanack, JR 1993, 430

<sup>473</sup> Kindhauser, 2010: 326

<sup>474</sup> İçel vd, 2002: 137; Gökçen, 2002: 48; Koca/Üzülmez, 2012: 560

<sup>475</sup> Jescheck, 1998: 48; Karakaş Doğan, 2010; 41; Ünver, 2003: 445; Selçuk, 1990: 263

önlenmesini sağlar. Devletin cezalandırma gücü mutlak olmayıp, haklı bir ölçü ile makul biçimde sınırlandırılmalıdır. Devletlerin ceza hukukuna ilişkin faaliyetleri, başta anayasa olmak üzere, genel hukuk ilkeleri ile iki veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler ile sınırlıdır<sup>476</sup>.

## 2. Öğretide Cezanın amacı

Kant tarafından savunulan **Adalet teorisine göre**, cezanın belirli bir amacı yoktur, özel bir yararı olmasa da, adaletin yerine gelmesi için uygulanmalıdır. Adalet teorisini savunanların temel dayanak noktası kusurdur. Fail kusurlu olduğu için ve kusuru oranında cezalandırılmalıdır. Cezada ileriye yönelik bir amaç aranmaz. Suçluya ızdırap vermesi gerekli ve yeterlidir<sup>477</sup>.

**Kefaret teorisine göre**, cezanın amacı ödetmedir; ceza geçmişe yöneliktir, kötülük yapana bunun karşılığının ödetilmesidir. Failin kusurlu davranışı ancak ceza uygulanarak giderilebilir. Suçlu hak ettiği acıyı çekmelidir. Kefaret anlayışı ceza hukukunun esasıdır<sup>478</sup>. Cezanın uygulanması ile birlikte, suçlu toplum bakımından zararsız hale getirilmiş, suç nedeni ile meydana getirilen zararın bedeli ödenmiş olur. Mutlak ceza teorisinde, suçluların veya diğer kişilerin, gelecekte toplum kurallarına uyup uymamasının bir önemi yoktur, çünkü ceza geçmişe yöneliktir<sup>479</sup>.

Yukarıda açıklanan mutlak teorilerin karşıtı olan ve **önleme teorileri** olarak da adlandırılan **nispi teorilere** göre ceza; başka amaçlara ulaşma yollarından birisidir. Burada ceza suça değil amaca odaklanmıştır. Ceza gelecek için verilir. Cezalandırma ile ileride işlenecek suçlarla mücadele edilir, suçlunun kendisi ve toplum suçtan korunur<sup>480</sup>. Doğal bir duygu olan korku, önleme etkisi ile suç işlemekten caydırır. Eski Yunan'da Protagoras tarafından savunulan teori, aydınlanma çağında, Grotius, Montesquieu, Beccaria ve Feuerbach tarafından geliştirilmiştir. Genel ve özel olmak üzere iki türlü önleme vardır<sup>481</sup>. Kaynağı Aristoteles ve Hobbes'un görüşlerine kadar uzanan, bilimsel olarak Feuerbach tarafından savunulan **genel önleme teorisine** göre; cezanın kanunda var olması, suç işlendiği takdirde

<sup>476</sup> Karakaş Doğan, 2010: 40; Ünver, 2003: 445

<sup>477</sup> Sokulu ve Akıncı, 1996: 672

<sup>478</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 684; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 30, 824

<sup>479</sup> Önder, 1992: 514; Centel vd. 2010: 544; Erem vd. 684; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 30

<sup>480</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 708; Yüce, 1985: 106

<sup>481</sup> Yüce, 1985: 107

infaz edileceğinin bilinmesi, potansiyel suçluları korkutarak suç işlemekten caydıracaktır<sup>482</sup>. Bunun için, kanunda yer alan cezaların, suç işleyenlere uygulanması gerekir. Varlığı ile tehdit eden kanuna karşın suç işlenmişse, failin cezalandırılması, diğer kişiler üzerindeki ceza tehdidinin şiddetini artırır. Cezanın infaz edilmesi diğer insanlara örnek olur, adeta onlara ders verir ve toplumsal ahlaki tazeler; böylece onları suç işlemekten caydırır. Etkili caydırma için, cezanın infazının şiddetli ve azap verici olması önemlidir<sup>483</sup>.

**Özel önleme teorisine** göre ceza, ileriye yönelik olup, yeniden suç işlenmesini engelleyen bir araçtır. Cezanın özel önleme etkisi sayesinde üç fonksiyon yerine getirilir. İlk olarak cezanın özel önleme etkisi ile suç işleyen kişi korkutulmuş olur. Bir daha suç işlememesi için caydırılır. Kişi, cezasını çekmiş olduğu için, yeni suçlar işlemek istemeyecektir. İkinci olarak suç işleyen kişi yeniden toplumsal hayata döndürülür ki; bu da, cezanın yeniden sosyalleştirici etkisidir. Üçüncü olarak, suç işleyen kişi, cezalandırıldığı süre boyunca toplum dışına çıkarılmış olur. Böylece toplum yeniden işlenecek suçlara karşı geçici bir süre de olsa korunur<sup>484</sup>. Bireysel caydırıcılık olarak da adlandırılan bu teoride, kusurun yerine, zararlı ve tehlikeli olma kavramları konulmaktadır. Fail kusuru oranında değil, yeniden sosyalleşmesini sağlayacak oranda cezalandırılmaktadır<sup>485</sup>.

**Karma teori** de denilen **uzlaştırıcı yaklaşıma** göre suç, geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir kötülük olarak görülmekte ve suç işleyen kişinin kusuru ile orantılı olarak cezalandırılması kabul edilmektedir. Ancak cezanın amacı kötülükleri ödetmekten ibaret değildir. Cezalandırmada genel ve özel önleme amacı da gözetilmelidir<sup>486</sup>. Kefaret kavramı, sadece faili küçültmek olarak anlaşılmamalı, cezanın amaçları arasında yerini korumalıdır<sup>487</sup>. Ceza geçmişe ve geleceğe yönelik olmalı, toplumu suçtan korumaya, aynı zamanda suç işleyen bireyin ıslahına, yeniden sosyalleşmesine yönelmelidir. Bu özel önleme amacına kusurla orantılı yaptırım düşüncesiyle varılmalıdır. Yoksa genel ya da özel caydırıcılık mülhazalarıyla faile kusurundan daha fazla ceza verilmemelidir<sup>488</sup>.

<sup>482</sup> Önder, 1992: 480; Öztürk ve Erdem, 2006: 281

<sup>483</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 687; Yüce, 1985: 107; İçel/Donay, 1999: 6

<sup>484</sup> Karakaş Doğan, 2010; 46

<sup>485</sup> Centel, 2001: 340-341; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011:709

<sup>486</sup> Yüce, 1985: 108

<sup>487</sup> Gökçen, 2002: 51

<sup>488</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 712; Karakaş Doğan, 2010: 51; Aydın, 2011: 246

1990'lı yıllardan beri savunulan bir başka cezalandırma teorisi ise **“onarıcı adalettir”**. Failin suç ile meydana getirdiği zararın bir edim ile bütünüyle veya önemli ölçüde telafisini öngören onarıcı adalet düşüncesi, cezalandırmaya atfedilen ödetme, öç alma, acı çektirme amaçlarını en azından söylemde “anakronikleştirmiş” ve genel ile özel önleme amaçları açısından da köklü değişikliklere yol açmıştır. Failin kusurlu fiili ve tehlikelilik halinin yerine, suç mağduruna ve meydana gelen zararın tazmini ve telafisine öznellik veren bu yeni yaklaşımla ilgili, son yıllarda Anglo-sakson ülkelerinden başlayıp sırayla İskandinav ülkeleri ve Avrupa ile Türkiye'ye de sirayet eden bir akımın olduğunu söylemek mümkündür. Alman hukukunda yaptırım sisteminin onarıcı adalet doğrultusunda yeniden yapılandırılmasına ilişkin tasarı ve taslaklar, ceza sisteminin temeli kabul edilen iki izlilik sistemine (cezalar ve güvenlik tedbirleri) üçüncü bir “iz”in dahil olduğu yönünde tartışmalara neden olmuştur<sup>489</sup>.

Barnes ve Teeters gibi bazı kriminologlar; hapishanelerin, cezalandırılmanın, jüri sisteminin, özgür irade kavramının kaldırılması gibi reformlar yapılması gerektiğini savunmuşlardır. Bu yazarlar, bireysel tedavi bilimciler ve akıl hastanelerinin; hâkimlerin, jürinin ve hapishanelerin yerini alabileceklerini savunmuşlardır. Seagle'ye göre “suçlu cezalandırılmaya değil, sadece tedaviye ihtiyacı olan bir hastadır. Kalıtım ve çevrenin kurbanı, günah işlemekten ziyade günaha uğramıştır. Klasik penolojinin dayandığı ahlaki suç kavramı, ironik bir şekilde alakasızdır. Suç kavramı yerine sosyal tehlikelilik kavramı konmalıdır. Tedavi edilemez nitelikteki suçlular, acı vermeden yok edilmelidirler. Tedavi edilebilecek nitelikte olanlar ise tedavi edilmeli, hapishaneler kriminolojik birer hastane olmalıdır”<sup>490</sup>. Devletin, kötüye eğilim göstermiş kişilere ceza tertip etmek suretiyle, onlara acı vermek yetkisi yoktur. Ceza sorumluluğunun yerine, bireyin sosyal davranamamış olması geçirilmeli ve ceza yerine tedbir uygulanmalıdır. Ceza, bireyi küçük düşürür, gerçek anlamda bireysel değildir, hükümlünün suçsuz olan ailesini olumsuz etkiler<sup>491</sup>.

Bir suçun hastalık olarak kabul edilebilmesi için, tamamen belirsiz bir hüküm gereklidir. Bunun uygulanabilmesinden evvel, tedavi organlarının tarafsızlığı şüphe bırakmayacak şekilde güvence altına alınmalıdır. Tüm penolojik yanılığardan en büyüğü ve kötüsü, tedaviyi, ceza muhakemesinin suç bulma aşamasından ayırma önerileridir. Cezalandırma, mantıklı olarak suç kavramıyla ve onu oluşturan unsurlarla bağlantılıdır. Suç

---

<sup>489</sup> Sevdiren, 2011: 107

<sup>490</sup> Aydın, 2011: 246

<sup>491</sup> Selçuk, 1990: 263



ve cezalandırma arasındaki ilişkiler müşterek ve bağımsızdır. İnsanların, birçok nedenden dolayı, genelde kişisel ya da sosyal doğasının baskısından nihayetinde kendilerinin verdiği özgür iradelerinin sonucu olan tercihlerinden dolayı suç işledikleri, ya da kanuna uygun davrandıkları ortaya konulmuştur. Hukukçular ve hukukçu olmayanlar, ceza adaletinin kalitesini artırmak için, davranış bilimlerinden de yararlanması gerektiğini kabul etmelidirler. Aynı zamanda, bu tür çabanın da ancak belli sınırlar içerisinde kabul edilebilir olduğunu, buna teslimiyetin söz konusu olamayacağını benimsemelidirler<sup>492</sup>.

Türk ceza hukuku öğretisinde, cezanın amacına ilişkin değişik görüşler olmakla birlikte büyük çoğunluk uzlaştırıcı (karma) teorilerden yana olmuştur. **Centel, Zafer ve Çakmut'a** göre cezanın amacı, “ne sadece yapılan kötü davranışın kefareti ödeterak adaleti gerçekleştirmek, ne faili yeni suçlardan alıkoymak için ıslah etmek ve ne de potansiyel suçluları ürküterak suçtan caydırmaktır. Cezanın amacı, bunların tümüdür. Toplumsal yaşam huzur ve güveni gerektirir. Ceza, bunu sağlayan araçlardandır. Toplumun savunma aracıdır. Bu nedenle cezanın amacı genel olarak toplumsal yaşamı olanaklı kılmaktır<sup>493</sup>.”

**Dönmezer/Erman'a** göre; “sosyal dengeyi sağlamak yanında, suçlunun manevi kusurunu karşılamak, bozulmuş kamuoyunu tatmin etmek, eğitici önleyici fonksiyon yapmak, suçlunun yeniden suç işlemesini engellemek, diğer kişiler için caydırıcı etki yapmak, selamete götürücü misal teşkil etmek, suçluyu toplum ile yeniden bütünleştirmek, bir tretman (iyileştirme) aracı olmak ve bütün bu çabaların sonuç vermeyeceği hallerde tasfiye yoluna gitmek”, cezanın amacının, üçlü görüşünü ortaya koymaktadır<sup>494</sup>.

**Önder'e** göre “cezanın amacı karma teoride görülür. Her şeyden önce cezanın ödetme amacı terk edilemez. Ancak, ödetme kusurla uyumlu ve kusur ölçüsünde bir cezayı gerektirir. Özel önleme işlevi ile ceza, suçluyu toplum kurallarıyla uyumlu bir kişiliğe sahip hale getirmelidir. Islahı olanaklı olmayan suçluların ise toplumun korunması adına toplumdan uzaklaştırılması gerekir”<sup>495</sup>.

**Artuk/Gökcen/Yenidünya**, cezanın amacını uzlaştırıcı teorilerle açıklamayı uygun görmüşlerdir. “Suçluların ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılmaları günümüzde

<sup>492</sup> Aydın, 2011: 246

<sup>493</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 543,544

<sup>494</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 564

<sup>495</sup> Önder, 1992: 522,523

*idealdir. Bununla birlikte cezanın failin kusuruyla orantılı belirlenmesine ilişkin ödetici niteliğinden de vazgeçilemez. Bunun yanında ceza adaleti sisteminin etkinliğinden yararlanarak, toplumsal düzenin korunması bakımından genel önleme de amaçlanmalıdır*<sup>496</sup>.

**Erem'e** göre, “*cezanın tek açıklaması ıslahta toplanır. Suçluyu ıslah etme hak ve görevi, sosyal yardım niteliğinde olmak üzere devlete aittir. Yazar, genel önlemeyi reddetmemekle birlikte, onu ikinci derecede görür ve esasını korku değil, insanın iradesiyle suç işlemek imkânına sahip olduğunun kabulüne dayandırır*”<sup>497</sup>.

Alman Ceza Hukukçusu **Jescheck'e** göre cezanın amacı, “*failin kusurunun karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin bozulmaksızın sürmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk şuurunu kuvvetlendirmek ve başka kişilerin suç teşkil eden fiilleri işlemelerine engel olmaktır*”<sup>498</sup>.

Alman İnfaz Kanunu'nun (Strafvollzugsgesetz) “İnfazın Amacı (Görevi)” başlıklı 2. maddesinde; “Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında, hükümlüye gelecekte suç işlemekten sosyal sorumluluğu idrak etmiş bir yaşam sürebilme yeteneği kazandırılması gerektiği; hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının aynı zamanda toplumun işlenmesi muhtemel suçlardan korunmasına da hizmet edeceği belirtilmiştir<sup>499</sup>.

**Bruns'un**, Frisch'i eleştirirken belirttiği üzere; kusurun temelinde yatan imkansızlığa karşın, kusuru ölçmeyi denemiştir. Bruns, Frisch'in reddettiği, ancak bazı yazarlar tarafından savunulan önleme teorisine atıfta bulunmaktadır. Kusurun temelinde yatan düşünceyi “başka türlü davranabilme” olarak görmektedir. Bununla sınırlayarak, kusurun başka bir formu olmadığını savunmaktadır. Her türlü kusuru, failin kişiliğine bağlamak zordur ve meşru da değildir. Kusurun ve haksızlığın artıp azalması (ölçülmesi) konusu, uzun yıllardır hukuk çevrelerinde mümkün görülmektedir. Burada, kişilikle ilgili kısım ve fiille ilgili olarak failin kişiliğiyle ilgili kısım arasında ayırım yapılmalıdır<sup>500</sup>.

Cezanın belirlenmesi açısından sorunlu olan bu konu, Alman Ceza Kanunu m. 46/2'deki katalog arasında sayılmıştır. Burada öncelikle, Bruns'un savunduğu gibi suçun

<sup>496</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 712,713

<sup>497</sup> Erem, II, 1985: 167

<sup>498</sup> Jescheck, 2007: 62

<sup>499</sup> C. H. Beck, Strafvollzugsgesetz Artikel 2, Beck-Texte in dtv,12. Baskı, München 1992, s.1

<sup>500</sup> Bruns, 1988: 48

unsurları içerisinde ve dışarısında olan konular ayrımının yapılması gerekir. Örneğin; zorunluluk durumunda öldürme gibi. Olağan süreç içerisinde olmayan konuların ayrılması gerekir. Frisch'e göre fail tarafından neden olunan fakat hesap dâhilinde olmayan konular, haksızlık olarak değil, ancak şanssızlık olarak değerlendirilmek zorundadır. Bunun pratikteki sonucu, normun koruma alanında olmaması ve cezanın belirlenmesine etkili olmaması şeklinde açıklanabilecektir. Frisch, cezanın belirlenmesi kriteri olarak bu gerçekliği, bu zamana kadar düzenli bir şekilde gerçekleşmemiş olan kusur şeklinin de kontrol edilebilmesi şartına bağlamıştır<sup>501</sup>.

Cezanın amacı, birçok kez cezanın belirlenmesi açısından vurgulanmıştır. Bu belirleme çabalarının nedeni; en haklı (orantılı) cezanın belirlenmesi için düzenleme yapılmasıdır. Cezanın orantılılığı (haklılığı), ona hangi açıdan bakıldığıyla ilgili olarak çok değişken olacaktır. Orantılı ceza ile ulaşılmak istenen amacın bilinmesi durumunda, devam eden sorular açısından uygun cevapların bulunması daha mümkün olacaktır. Özellikle, gerçekleşen olaydaki cezanın belirlenmesinde nelerin etkili olacağı ve bunların nasıl değerlendirilmesi gerektiği konuları daha iyi tartışılacaktır. Burada öncelikle şuna dikkat edilmelidir, söz konusu olan, hukuk sosyolojisi ve dogmatik açıdan cezanın amacı değil, aksine dar anlamda cezanın amaçlarının cezanın belirlenmesine etkileridir. Burada ilgi konusu olan şey, ceza tehdidinin amacı, cezanın belirlenmesi ile cezanın infazının arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıdır. Cezanın değişik amaçları arasında, özellikle somut olaydaki özelliklerin göz önüne alınması durumunda, çelişkili bir hal ortaya çıkabilecektir. Başka bir deyişle cezanın bir amacı, cezanın belirlenmesini (ceza verilmesini) gerektirirken başka bir amacı bunu yasaklayabilmektedir<sup>502</sup>.

Bir taraftan genel önleme nedeniyle cezanın amacı caydırıcı olması gerekirken, diğer taraftan infaz ise, özel önleme anlamında sosyalleştirici etkide olmalıdır. Bu ikisi birbiriyle çelişki oluşturmaktadır. Cezanın üç amacının (genel önleme-özel önleme-sosyalleştirme) gerçekleştirilmesini, üç adalet organına (kanun koyucu-hâkim-infaz makamı) veren teori reddedilmektedir. Cezanın belirlenmesi anlamında bu çelişkili durumun, cezanın amaçlarından, somut olayda ortaya konulması mümkün olan ve kontrol edilebilir olana öncelik tanımak suretiyle çözülmesi gerekecektir<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> Bruns, 1988: 49

<sup>502</sup> Müller/Dietz, 1974: 1; Bruns GA 1975, 58; Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 50

<sup>503</sup> Bruns, 1985: 81

Alman Anayasa Mahkemesi, bununla ilgili verdiği kararında<sup>504</sup> kabul ettiği gibi, bir dağılım şemasından hareket etmek gerekir. Failin sosyalleştirilmesi yanında, önleme, orantılılık (hakkaniyete uygunluk), kefarete, misilleme (karşılık verme) yer alacaktır. Hâkim buna göre, belli bir cezayı seçmekle (belirlemekle) bu amaçlardan bir kısmını ön planda tutmaktadır. Engelleme, kefarete veya kusurla dengeli ceza, haksızlığın misillemesi, ödetilmesidir. Özel önleme; failin pozitif sosyalleştirilmesi, iyileştirme, eğitim, tedavi yöntemleriyle, failin negatif sınırlandırılması, caydırıcılık, toplumun, suçun bir kez daha işlenmesinden (tekerrürden) korunmasıdır. Genel önleme; halkın hukuk bilincinin, hukuka olan inancının pozitif olarak güçlendirilmesi, potansiyel diğer failer açısından caydırıcılık sağlanmasıdır<sup>505</sup>.

Kusur prensibi, çift etkili olarak görünmektedir. Bir taraftan kefarete, diğer taraftan kusurun büyüklüğü olarak izah edilebilir. Bu çelişki (Die Antinomie) cezanın üç amacının içerikleri birbirinden farklı olsa da, en önemli sonuçları göstermektedir. Bunlardan her biri, sadece izin vermekle kalmayıp, aynı zamanda belli şekilde cezanın belirlenmesini istemekte veya bunu yasaklamaktadır. Bu çelişik durum, tüm ceza amaçlarının orantılı kullanılmasıyla çözülemez. Bu amaçları birleştiren bir teorisin kullanılması (birleştirme teorisi) da mümkün değildir. Bugün artık, dağıtma teorisi yerine, derece veya konumun değerlendirilmesi (ölçülmesi) teorisi geliştirilmiştir. Buna göre; cezanın amacı üç adalet organına dağıtılmamıştır. Cezanın belirlenmesinde kendini gösteren kusur prensibine göre cezanın belirlenmesi, ek cezalar ve tedbirler açısından ise (StGB m. 47 vd.) önleme teorisinin dikkate alınmasını gerektirmektedir<sup>506</sup>.

Cezanın amacındaki çelişki, sadece cezanın belirlenmesinde değil, birden fazla cezaya hükmedilmesi durumunda daha fazla önem kazanmaktadır. Bu yaptırımların, farklı cezalandırma amaçlarına göre belirlenmeleri ne kadar mümkün ve zorunludur sorusunun cevabı bulunmalıdır. Alman Ceza Kanunu m. 41'e göre; hapis cezasının yanında hükmedilen para cezası açısından herhangi bir zorluk ve sorun söz konusu değildir. Hapis ve para cezası yanında, ehliyetin alınması, kusurla orantılı ceza ve uyarı fonksiyonu göz önüne alınarak

<sup>504</sup> BVGE Band 45, 187: NJW 1977, 1531

<sup>505</sup> Bruns, 1985: 83

<sup>506</sup> Bruns, 1985: 84-86

belirlenmelidir. Aynı açıklamalar asıl ceza yanında Alman Ceza Kanunu m. 74'e göre eğitim tedbirine hükmedilmesi söz konusu ise de geçerlidir<sup>507</sup>.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ceza hukuku, ceza hukukunun temel soruları açısından kendini yeniledi ve cezanın belirlenmesinde etkili ceza amaçlarını açıklamaya çalıştı. Bu, ilk temel görüntüsünü, BGH'nin "haklı bir cezanın ölçüsü ve sınırı kusura göre belirlenir", şeklindeki kusur prensibinde bulmuştur. Önleme ve sosyalleştirme anlamındaki amacı ise, ceza vermektен vazgeçme veya iyileştirme tedbirleri anlamında kendini göstermektedir. Başka bir deyişle kusur ilkesi, önleme ve kanun koyucunun etkisinden bağımsız olarak, hareket alanı teorisi çerçevesinde (Spielraumteori) dikkate alınacaktır. Federal Mahkeme'nin (BGH) 3, 179 kararı cezanın belirlenmesinin temel prensiplerini belirlemektedir. Fiilin, ihlal ettiği hukuk düzeni açısından anlamını ve failin kişisel kusurunun derecesini ortaya koymaktadır. Bu karara göre, cezanın belirlenmesine dair konular cezanın amacına da uygun olmalıdır. Sonuç olarak; birinci sırada kefaret, karşılık verme (misilleme) amacı, caydırıcılık ve eğitim ve iyileştirme amaçları gündeme gelmektedir<sup>508</sup>. Ceza hukukunda ceza bir çok amaca hizmet etmektedir, bunların hepsini hâkimin göz önünde bulundurması gerekir<sup>509</sup>.

Özel önleme yanında, diğer potansiyel suç işleyecek kişiler açısından genel önleme (onlara ibret, örnek olma) amacını da taşımaktadır<sup>510</sup>. Cezanın belirlenmesinde, kusurun birinci derecede önemli olduğu düzenlemesine karşın, Federal Mahkeme içtihatlarını değiştirmemiştir. Mahkeme önceden de bu ilkeye dayanmaktaydı. Mahkeme bir kararında<sup>511</sup>, hareket alanı teorisini (Spielraumtheorie) kabul etmiş ve önleme amacının uygun cezanın belirlenmesine yeterli olamayacağını vurgulamıştır. Buna göre, cezanın, failin gelecekteki yaşantısı üzerindeki etkisi değerlendirilecektir. Burada kanun, buna uygun ceza amaçlarını tarif etmek istemektedir. Bunlar; iyileştirme, tedavi etme, engelleme ve güvenlik şeklinde sıralanabilir. Özellikle cezaya bağlanan diğer tedbirler ve ek cezalar m. 47 vd. gibi gündeme gelmektedir. Özel önlemenin ve doğal olarak cezanın bu anlamdaki amacının pozitif ve negatif etkileri ayrımı yapılmalıdır<sup>512</sup>. Alman Ceza Kanunu m. 46/1'deki cezanın belirlenmesi kriterinin kabulü ve m. 47 vd. daki sosyal entegrasyon (yeniden sosyalleştirme)

---

<sup>507</sup> Bruns, 1985: 87

<sup>508</sup> BGH GA 1955, 211

<sup>509</sup> Bruns, 1985: 89

<sup>510</sup> BGH 6, 127

<sup>511</sup> BGH 20, 267

<sup>512</sup> BGH 24, 40

prensibi, kanun koyucunun kusur prensibi yanına koyduğu önemli bir önleme amacı olmaktadır<sup>513</sup>.

Alman Ceza Kanunu 46/1'deki özel önleme gerekçesi, "Sosyalizasyon" (sosyalleştirme) kelimesiyle tanımlanmaktadır. Sosyalizasyon bakış açısı, genellikle failin tarafında olacak ve daha az ceza verilmesi yönünde etki gösterecektir. Özel önlemenin, kusur prensibini öngördüğü şeyin arkasında kalıp kalmayacağı ya da ona engel olup olmayacağı tartışmalıdır<sup>514</sup>.

Cezanın belirlenmesindeki özel önleme amacı doğrudan sosyalizasyonu hedeflemez, aksine iyileştirme, tedavi etme, engelleme ve güvenlik gibi konular da dikkate alınmalıdır. Her somut olayda bunun hangisinin daha önemli olup ön plana çıktığı araştırılacaktır. Bir ceza ile bu amaçlara ulaşıp ulaşılamayacağı ya da hangi düzeyde ulaşılacağı, özel önleme amacı olarak cezanın miktarına etki edecektir. Bu şekilde, cezanın sürekli daha az miktarda olmasını öngördüğünden, her zaman doğru sonuca götürmeyecektir<sup>515</sup>.

Cezanın, diğer potansiyel failer açısından uyarı amacı Alman Ceza Kanunu m. 46/1'in açık ifadesine dayandırılmaktadır. Birincisi hukuk düzeninin korunması ve ikincisi diğer kişilerin suç işlemesinin önlenmesi (engelleme) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu amaç, hukuk düzenini bir bütün olarak görüp, toplumu suçtan koruma maksadını ön planda gören yazarlar tarafından savunulmuştur<sup>516</sup>.

Genel önleme amacı (Generalpraevention), gelecekte suç işleme potansiyeli olan kişileri engelleyecek düzeyde bir cezanın (ceza miktarının) belirlenmesini hedefler. Bu, her zaman cezanın diğer insanlara kötü etkide bulunması anlamına gelmez. Bir cezanın, sadece belli potansiyel fiillere yönelmesi yeterli olup, mutlaka toplumun tamamına hitap etmesi gerekmez. Burada, genelin önlenmesinden değil diğerlerinin önlenmesinden bahsedilir<sup>517</sup>. Genellikle pozitif ve negatif ayrımlarından çok, toplumun diğer kesiminin suç işlemesinin önlenmesi şeklinde, hukuk düzeninin korunmasından bahsedilmektedir<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> Bruns, 1985: 94

<sup>514</sup> Bruns, 1985: 94

<sup>515</sup> Bruns, 1985: 96

<sup>516</sup> Schmidthaeuser, 1975: 53, 59

<sup>517</sup> BGH 17, 324

<sup>518</sup> Bruns, 1985: 98

Genel önleme amacının, kusur prensibi içerisinde değerlendirilmesi durumunda, bu amaç çoğu zaman geçersiz olmakta, kusur prensibi içerisinde erimektedir. Genel önleme amacına yönelik cezanın belirlenmesi, çoğu zaman dikkate alınmamakla birlikte bazı şartları gerektirmektedir. Özellikle somut olaydaki özel şartlar her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Cezanın, genel önleme maksadına yönelik olarak belirlenmesi noktasında ortaya çıkacak başka bir durum da, o suçun yayılması tehlikesidir. O suçun, o bölgede işlenme sıklığı bu anlamda ilk akla gelmektedir. Federal Mahkeme'nin 1980'li yıllarda verdiği kararları, bu genel önleme ile de meşgul olmaya başlamıştır. Genel önlemeye, somut olayın özellikleri içerisinde failin kişiliğinin değerlendirilmesi de dâhil olmaktadır. Çünkü diğerlerinin önlenmesi açısından halen yargılanan ve cezalandırılan kişinin özellikleri de önemlidir<sup>519</sup>. Genel önleme prensibi açısından, üçüncü kişilerin suça karşı duyarlılıkları ve hukuk düzeninin korunması konusunda, toplumun inancının sarsılmasında, failin ortak kusuru vardır. Bu sonuç, Alman Ceza Kanunu m. 46/2 çerçevesinde neden olunan sonuçlar içerisinde cezanın belirlenmesine etki edecektir<sup>520</sup>.

Cezanın amacı üzerine, Schmidthausen'in şu değerlendirmesi konuyu özetlemesi açısından son derece yerinde olmuştur: *“Adalet uğruna ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefaret uğruna da ceza veriyor değiliz, ama ceza veriyorsak, kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri iyileştirmek için ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, hükümlü kendine ve başkalarına güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız”*<sup>521</sup>. Onarıcı adalet ilkesi çerçevesinde bu ifadelerle “faile, mağduru tatmin etmek için ceza vermiyoruz, ancak faile ceza veriyorsak bir taraftan da mağdurun durumunu iyileştirerek bunu yapabiliriz” tümcesi eklenebilir.

Hiç şüphesiz hâkim, somut sonuç cezayı belirlerken cezanın genel amacını da gözeterek işlem yapmalıdır. Bu bakımdan cezanın amacı, ceza belirlemede takdir hak ve yetkisini kullanan hâkim bakımından yol gösterici niteliktedir. Her şeyden önce ceza, suçu işleyen bakımından bir cezalandırmadır. Belirlenen ceza ile suçlu bunu hissedebilmelidir. Öte yandan belirlenecek ceza ile suçlunun yeniden suç işlememesi, yerine getirme aşamasında iyileşebilmesi ve böylece topluma yeniden kazandırılabilmesi, diğer insanlar bakımından da

---

<sup>519</sup> BGH NJW 1955, 30

<sup>520</sup> Bruns, 1985: 101-104

<sup>521</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 544

caydırıcı olabilmesi sağlanabilmelidir. Aslında bu belirleme, toplumun hâkime yönelik olan adalet beklentisine yanıt niteliğindedir<sup>522</sup>.

### 3. Mevzuatta Cezanın Amacı

5237 sayılı TCK'nın 1. maddesinde Ceza Kanunu'nun amacı gösterilmiştir. Buna göre; *“Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir”*<sup>523</sup>. 765 sayılı TCK'da yer almayan bu hüküm, kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK'ya konulmuştur. Hüküm, suçları ve cezaları düzenleyen TCK'nın amaçlarını göstermektedir. Bu amaçlar hiç şüphesiz cezanın ve cezalandırmanın da amaçlarıdır. Ancak, genel olarak cezanın amacı bu maddede gösterilenle sınırlı değildir, öyle de olmamalıdır. Bu nedenle hâkim, çok daha geniş bir yaklaşımla, cezanın amacına uygun bir ceza belirlemesi yoluna gitmelidir.

TCK'nın 3/1. maddesinde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin, işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olması gerektiği belirtilerek cezanın kefaret amacı öne çıkarılmıştır. TCK'nın 61/1. maddesinde, somut cezanın belirlenmesinde gözetilecek kriterler belirtilmiş, failin kusurluluğuna, kefaret amacına uygun olarak değer verilmiştir. Öte yandan cezanın genel ve özel önleme amacınının gözetilmesi, karma teorinin benimsendiğini göstermektedir. Türk Ceza Kanunu'na paralel olarak, 5275 sayılı CGTİHK m. 3 metninden, cezanın infazında, karma teorinin benimsendiğini anlamaktayız<sup>524</sup>. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *“İnfazda Temel Amaç”* başlıklı 3. maddesinde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenen temel amacın *“öncelikle özel ve genel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri*

<sup>522</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 565

<sup>523</sup> “Ceza kanunları bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermektedir. Bu nedenledir ki bir ülkedeki ceza kanununa hâkim felsefe, değer ve ilkeler, o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterir. Nitekim tarihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler. Yine insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve tedbirlere maruz kılınmaması amacıyla başta İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve belgede bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulanmalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer verilmiştir. Bu sözleşmelere taraf olan Türkiye Anayasası'nda da aynı esaslar öngörülmüş olduğundan, ceza kanununun amacını tanımlayan maddeyle, bireyin sahip bulunduğu hukukî değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmakta, bunun yanında bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanununun temel amaçları arasında sayılmaktadır.” 5237 sayılı TCK 1. madde Gereğesi

<sup>524</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 713



*güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak*” olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 6. maddesinde de, hapis cezalarının infazında hükümlünün iyileştirilmesi konusunda mümkün olan araç ve olanakların kullanılacağı; cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerinin esas alınacağı belirtilmiştir<sup>525</sup>. Sonuç olarak kanun koyucunun, suçu, cezanın genel ve özel önleme işleviyle engellemek istediğini ve cezanın amacının sadece kefarete olarak belirlemediğini söylemek mümkündür<sup>526</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde, cezanın amacına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezanın amacına ilişkin açık bir değerlendirme içeren karar da vermemiştir. Ancak Sözleşme’nin “*İşkence yasağı*” başlıklı 3. maddesinde, “*hiç kimsenin insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı*” öngörülmüştür. Her ceza, devletin bireye işlediği suç karşılığı uyguladığı bir çeşit muameledir. AIHM, daha çok özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazı sırasında, cezaevi koşullarına, özellikle tecride yönelik şikâyetler üzerine verdiği kararlarda<sup>527</sup>, hükümlünün ıslahının, başka bir deyişle cezada özel önlemenin önemine dikkat çekmiştir. Bu hükümden ve Mahkeme’nin kararlarından hiç şüphesiz önleme amacıyla da olsa ağır ve şiddetli cezalar verilemeyeceği sonucu çıkartılabilir. Aynı zamanda bu hükümde örtülü olarak suçtan ziyade suçluyu esas alan, cezalandırmada güvenlik önlemlerine ağırlık veren, bu nedenlerle özel önlemeyi amaçlayan felsefi bir yön bulunduğu da söylenebilir<sup>528</sup>.

#### 4. Mahkeme Kararlarında Cezanın Amacı

Anayasa Mahkemesi’nin cezalandırmanın esasına ilişkin değerlendirmesine bakıldığında; Yüksek Mahkeme, ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış

<sup>525</sup> 5275 sayılı CGTİHK’nın “İyileştirmede Başarı Ölçütü” başlıklı 7. maddesine göre; Hapis cezalarının infazında hükümlülerin iyileştirilmeleri amacını güden programların başarısı, elde ettikleri yeni tutum ve becerilerle orantılı olarak ölçülür. Bunun için iyileştirme çabalarına yönelik olarak hükümlünün istekli bulunması teşvik edilir. Hapis cezasının, kendisinde var olan zararlı etki yapıcı niteliğini mümkün olduğu ölçüde azaltacak biçimde düzenlenecek programlar, usüller, araçlar ve zihniyet doğrultusunda yerine getirilmesi esasına uyulur. İyileştirme araçları hükümlünün sağlığını ve kişiliğine olan saygısını korumasını sağlayacak usul ve esaslara göre uygulanır.

<sup>526</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 539

<sup>527</sup> 12.07.1978 tarihli Bonzi kararı

<sup>528</sup> Soyaslan, 2003: 34; Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2004: 146

toplumsal yarar düşüncesinde görmektedir<sup>529</sup>. “Toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlamakla yükümlü devlet, ceza yoluyla bu yükümlülüğü yerine getirirken, kişi yararı yanında kamu yararını da gözetmek zorundadır. Bu nedenle kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı gözeterek değişik türde ve ağırlıkta cezalar öngörebilir<sup>530</sup>”.

Anayasa Mahkemesi, 647 sayılı mülga CİHK'nın 4. maddesinin iptali istemine ilişkin davada verdiği kararında; “*Çağdaş ceza hukukunda, ceza yaptırımlarının konulmasındaki esas amaca uygun olarak bu yaptırımların yerine getirilmesinde de temel ilke, ceza hükümlülerinin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltme, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek olmalıdır*”<sup>531</sup> diyerek, cezada özel önlemeye (ıslah) ağırlık verdiğini göstermiştir. Aynı kararda Mahkeme, “*Ceza yaptırımlarının kendilerinde korkutuculuk niteliği de vardır. Böylece yaptırımlar, toplumun suç ve suçluya karşı olan onaylamamasını duyurmuş olur*” demek suretiyle cezada genel önleme düşüncesini açıklamıştır<sup>532</sup>.

Yargıtay çeşitli kararlarında cezanın amacını, suç işlemiş bulunan bir kimsenin bir daha suç işlemesini önlemek üzere uslandırılması olarak belirtmiştir<sup>533</sup>. Yargıtay cezanın belirlenmesinin cezalandırmanın amacına hizmet etmesi gereği üzerinde durmaktadır. “Modern ceza hukukunda yaptırım düşünce ve kavramı derin değişikliklere uğramıştır. Günümüzde artık sadece suçluya azap ve ızdırap vermek amacını güden yaptırımlar sisteminin toplumsal yarar ile bağdaşmayacağı anlaşılmış, bu yaptırımlar sistemi yerine suçlunun ıslahı ile birlikte toplumun tepkisini gösterebilecek karma nitelikte yaptırımların kullanılması, toplumun korunması ile birlikte suçlunun da ıslahına yönelik yaptırımların öngörülmesi yoluna gidilmiştir. Bu bakımdan pozitivist bir etki ve özellikle modern ceza hukukunda ananevi ceza kavramı yanında ve hatta bazen de yerine suçlunun kişiliğine uygun

<sup>529</sup> “Temel cezanın hâkim tarafından saptanmasında göz önünde bulundurulması gereken hususlar, cezadan beklenen amaca ulaşmak bakımından önem taşır.” An. Mah.. T.20.06.1995, E.1994/92, K.1995/14, RG. T.05.08.1997, S.23071.

<sup>530</sup> 29.04.1980 T. 1979/37 E. 1980/26 K. AMKD S.18, Yıl 1981, s.166 vd.; 31.03.1993 T. 1991/18 E. 1992/20 K. AMKD S.28, Yıl 1993, s.232 vd.

<sup>531</sup> An. Mah. 09.03.1971 gün ve 42/30; AMKD S.9, Yıl 1972, s.358 vd.

<sup>532</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 541

<sup>533</sup> Yar. 2.CD. T.18.4.1996, E.1996/3853, K.1996/4480, YKD. 1996-12-1936; Yar. 1.CD. T.13.01.1970, S. 3539-109; Yar. 1.CD. T.01.02.1972, S.5012-290; Gözübüyük, 1980: 371

önlemlerin uygulanması kavramının yer almasıdır. Suçlunun kişiliği, yaptırımların bireyselleştirilmesi bugün artık hukuki birer kavram haline gelmiştir<sup>534</sup>.”

Yargıtay bu kararında; “Gelişen hukukla beraber cezaların ferdileştirilmesi esası modern ceza hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Cezaların ferdileştirilmesi demek, suç dolayısıyla suçluya tatbik edilecek müeyyidenin, ceza hukuku gayelerine, müeyyideden beklenen maksada göre suçlu şahsa uydurulabilmesidir. Diğer bir deyişle, suçun maddi görünümü esas alınıp geçmişle meşgul olmak yerine, geleceğe önem vererek suçlunun kişiliğini, suçu oluşturan ve kişiliğinde saklı bulunan iç etkenleri dikkate alarak, ona ceza tayinidir<sup>535</sup>”, diyerek cezanın belirlenmesinin, cezalandırmanın asıl amacı olan suçluyu ıslaha hizmet etmesi gerektiğini açıklamaktadır.

Bu konuda özet olarak, hâkim, tüm ilkeler ve kriterlerin yardımıyla temel cezayı belirlerken, bu cezanın somut olaydaki fail, mağdur, toplum açısından gerekli olan amaçlara hizmet edip etmeyeceğini ölçerek hareket etmelidir. Cezanın somut amacı denilebilecek, o davadaki sanıkla ilgili, hâkimin tüm dosya içeriği ve sanığın kişiliği ile ilgili değerlendirmeleri yaparak, belirlediği ve sanığın şahına uygun hale getirdiği (bireyselleştirdiği) cezanın, o vaka için geçerli olan amacı, buraya kadar anlatılan cezanın genel amacıyla örtüşmelidir. Bu konu, hâkimin elindeki cezayı belirleme ile ilgili enstrümanları iyi kullanmasıyla ortaya çıkabilecektir<sup>536</sup>.

#### **IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZANIN SOMUT BELİRLENMESİ**

##### **A. GENEL OLARAK**

Cezanın belirlenmesinin değişik hukuk sistemlerinde nasıl düzenlendiğinin ortaya konulması, hukuk sistemimize benzeyen ve tamamen ayrışan ülkeler ile karşılaştırılması değişik bakış açısı sunması nedeniyle önemlidir. Bu maksatla deniz ötesi hukuk sistemi olarak ABD, 765 sayılı TCK’ya kaynaklık etmiş olması nedeniyle İtalya, 5237 sayılı TCK’nın hazırlanmasında en çok etkilenilen ülke olarak Almanya, komşu ülke hukuku olarak

<sup>534</sup> YCGK T: 02.02.1999, 1998/2-340, 1999/2 sayılı Kararı

<sup>535</sup> YCGK T: 02.02.1999, 1998/2-340, 1999/2 sayılı Kararı

<sup>536</sup> Uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; kişi hakkında 5 ay hapis cezasına hükmedilip, bu cezası TCK’nın 50. maddesi gereğince seçenek yaptırım olarak “kahvehanelere gitmekten yasaklanmasına” çevrilmiştir. Ancak bu kişi başka suçtan dolayı 12 yıl hapis cezasına çarptırılmış ve halen ceza infaz kurumunda bulunmaktadır. Cumhuriyet başsavcılığı, mahkemeden, tedbirin TCK’nın 50/7. maddesine göre değiştirilmesini istemiştir. Bu talebi reddeden hâkimin, yaptırımın amacı konusunu değerlendirmesine katmadığı ortaya çıkmaktadır.

Yunanistan inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmanın değişik yerlerinde İsviçre ve Fransa hukukuyla ilgili örnekler de mevcuttur.

## **B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ**

Kanun yapma geleneği Türkiye'ye kıyasla oldukça zayıf olan ABD'de de cezaların belirlenmesi konusunda iki farklı alan mevcuttur. Bunlardan bir kısmı her federe devletin kendi koyduğu kurallar ile diğer kısmı ise federal düzeyde (bütün federe devletler için) geçerli olan kurallardır. Amerikan hukukunda bu durum cezalandırmanın eyaletten eyalete çok farklılık göstermesine neden olmuştur. ABD'de cezalandırmada ortaya çıkan farklılıkları belirlemek için yapılan çalışmalarda, güney eyaletlerindeki hâkimlerin aynı olaya karşı ortalama altı ay fazla ceza tayin ettikleri ortaya çıkmıştır. Kadınlara verilen soygunculukla ilgili cezaların yaklaşık on iki ay daha fazla olduğu, siyahî suçluların güneyde beyaz suçlulara kıyasla ortalama on üç ay daha fazla ceza aldıkları sonuçlarına ulaşılmıştır. Hatta 1974 yılında yapılan bir araştırmada, aynı olayı değerlendiren elli hâkimin, yirmi değişik sanığa ceza vermeleri istenmiş ve ortaya çok değişik sonuçların çıktığı tespit edilmiştir. Bir hâkimin 3 yıl hapis cezası verdiği aynı suçu işlemiş sanığa, diğer hâkimin 20 yıl hapis cezası verdiği görülmüştür<sup>537</sup>.

Amerikan Ceza Hukuku'nda somut cezanın belirlenmesinde, eyaletler ve hâkimler arasında bariz uygulama farklılıklarını en aza indirmek amacıyla, 1983 yılında Amerikan Cezalandırma Komisyonu oluşturulmuştur. Bu komisyon dokuz üyeden oluşmakta, üyelerden ikisinin oy hakkı bulunmamaktadır. 1984 yılında yürürlüğe giren Cezalandırma Reformu Kanunu ile bu komisyona cezalandırma talimatları hazırlama yetkisi verilmiştir. Komisyon, bu yetkisine dayanarak 1984 yılında Federal Cezalandırma Talimatını hazırlamıştır. Bu talimatın, eyaletler arasında cezalandırma konusundaki farklılıkları giderme anlamında önemli rol oynayacağı düşünülmüştür. Komisyonda görev alan hâkim Breyer'e göre, bu talimatın amacı, cezalandırmada adalet ve dürüstlüğün sağlanmasıdır<sup>538</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1989 yılında verdiği *Mistretta* Kararında; bu talimatı uzun uzun değerlendirmiş, yüzlerce suç tipi için öngörülen farklı cezaların aynı şekilde ve hukuki güvenliğe zarar vermeyecek şekilde uygulanması için, uzmanlar tarafından bir

---

<sup>537</sup> Bacaksız, 2011: 83

<sup>538</sup> Bacaksız, 2011: 83-84

değerlendirme yapılması ve sonucuna göre bir talimat hazırlanmasının şart olduğuna dikkat çekmiştir. Yüksek Mahkeme, Booker Kararı ile bu talimatın cezalandırma sistemi ve cezanın belirlenmesi ile bireyselleştirilmesine ilişkin temel esasları içermesine karşın, hâkimin somut olayı ne şekilde değerlendireceğine dair düzenleme içermediğini ortaya koymuştur. Bu kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi, söz konusu talimatın aşırılık yasağına uyulmasına ve hukuki güvenliğe katkıda bulunacağına vurgu yapmış, ancak bu talimatın kesin bağlayıcı hükümler içermeyeceğini ve hâkimler için sadece tavsiye niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Buna göre hâkim, cezayı belirlerken somut olaya ilişkin özellikleri kendisi değerlendirecek, jürinin derlendirmesi yahut sanığın ikrarı ile bağlı olmayacaktır. Hâkim bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra talimatta yer alan tavsiyeleri dikkate alarak bir sonuca varacaktır<sup>539</sup>.

Federal Cezalandırma Talimatı sekiz bölümden oluşmaktadır. Talimat'ta sırasıyla; talimatın hazırlanış amacı, suç tipleri ve cezalandırma dereceleri, suçların nitelikli hallerine ilişkin cezalandırma kuralları, failin geçmişinin cezalandırmadaki etkisi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin usuller, mağdur hakları ve iddia pazarlığının etkisi, denetimli serbestlik ve şartlı tahliyenin ihlalinin sonuçları, tüzel kişilere ilişkin yaptırımlar, yer almıştır. Görüldüğü üzere; tamamı cezalandırmayı düzenlemesine karşın, 5. Bölümde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi açıklanmıştır. Talimatın hukuki niteliğinin tavsiye mahiyetinde olduğu, Yüksek Mahkeme'nin Booker Kararında ortaya konulmuş ise de, bu talimata uymamak temyiz sebebidir. Bu nedenle bu talimata göre verilen karar sayısı 1995-2000 yılları arasında %56 artmıştır<sup>540</sup>.

Federal Cezalandırma Talimatı, hapis cezasının belirlenmesinde bir tablo ortaya koyarak suçların derecelendirilmesi ile failin geçmişini tabloda gösterip, bu ikisinin yatay ve dikey sütunda çakıştığı noktadaki cezayı, deyim yerinde ise "tavsiye edilen ceza" olarak ortaya koymuştur<sup>541</sup>. Bu şekildeki bir belirleme soyut özel belirleme niteliği taşımaktadır. Zira dikey sütunda suçun derecelerini, yatay sütunda ise failin geçmişini (kaç kez suç işlediğini) belirtmektedir. Bu iki sütunun çatıştığı noktada da örneğin; yedi ayrı derecesi belirlenmiş olan hırsızlık suçunu daha önce iki kez işlemiş olan fail için gerekli ceza 0-6 ay arası hapis olarak belirlenmiştir. Bunun Türk hukukundaki karşılığı soyut genel belirlemedir. Bu talimata göre; hâkim, bu şekilde tabloda (suçun ağırlık derecesi ve failin geçmişine göre) ortaya çıkan alt üst

---

<sup>539</sup> Bacaksız, 2011: 84

<sup>540</sup> Bacaksız, 2011: 86

<sup>541</sup> Bacaksız, 2011: 86

sınır arasındaki cezayı fiilin işlenişi ve failin diğer kişisel özelliklerini de dikkate alarak belirleyecektir. Burada görüldüğü üzere hâkimin somut cezayı belirlemesi ve bu belirleme sırasında sadece iki kriter kullanması söz konusudur. Bunlar da “fiilin işlenişi” ve “failin diğer özellikleri” şeklindedir.

Federal Cezalandırma Talimatı’na göre; hâkim, adli para cezasını belirlerken aynı şekilde suçun ağırlık derecesi ve failin geçmişi ile ilgili sütunlar içeren bir tablo kullanacaktır. Bu şekilde soyut özel cezanın belirlenmesinin ardından hâkim şu kriterleri dikkate alarak somut cezayı belirleyecektir. Bunlar; fiilin ağırlığı, mağdurun zararı, failin elde ettiği menfaat, cezanın caydırıcılığı, failin ekonomik durumu, failin daha önce suç işleyip işlemediği olarak sayılmıştır<sup>542</sup>. Kanaatimizce, fiilin ağırlığı, mağdurun zararı, failin elde ettiği menfaat, TCK’nın 61. maddesinde sayılan kriterlerle hemen hemen aynıdır. Para cezasının belirlenmesinde ekonomik durumun dikkate alınması da TCK’nın 52. maddesi ile örtüşmektedir. Cezanın caydırıcılığı da, cezalandırmanın genel amaçları arasında olup, cezanın belirlenmesinin genel ilkelerindedir. Failin daha önce suç işleyip işlemediği, TCK açısından cezanın belirlenmesi değil, m. 62 anlamında takdiri indirim yetkisinin kullanılması nedenleri arasında sayılmıştır.

Amerikan Hukukunda hâkimin bu talimat ile bağlı olup olmadığı konusu, oldukça tartışmalıdır. Zira cezanın belirlenmesi konusunda hâkime takdir yetkisi veren başka hükümler de mevcuttur. Amerikan Ceza Kanunu (USC) m. 3553a’da yer alan düzenlemeye göre, hâkim temel cezayı belirlerken belli kriterleri dikkate almalıdır. Bu kriterler; somut olayın özellikleri, cezaya duyulan ihtiyaç, cezanın suçun ciddiyetini yansıtması, cezanın yeterli caydırıcılığı sağlaması, toplumu ileride işlenecek suçlardan koruması ve gerekli “resosyalizasyonu” (eğitim ve rehabilitasyon) sağlamasıdır. Bu talimatta hâkimin, kural olarak cezalandırma tablosundaki her suç için ağırlığına göre belirlenmiş alt ve üst sınıra, özellikle de alt sınıra uyması zorunlu sayılmıştır. Ancak zorunlu alt sınır uygulamasının (başka bir deyişle alt sınırın altında ceza verememe) adaletsiz sonuçlara götürdüğü ileri sürülerek eleştirilmiştir. Örneğin; tablonun uygulanması durumunda bazen 25\$ değerinde ayakkabı için 25 yıl ceza verilmesi sonucuna götürecek kadar adaletsiz olduğu savunulmuştur. Hâkimler, önlerine gelen somut olayın özelliklerine göre alt sınırın da altında cezalar vermeye başlamışlardır. Bunun etkisiyle Cezalandırma Talimatı’na, hâkimin, fiilin işlenişi ve failin

<sup>542</sup> Bacaksız, 2011: 89-90

özelliklerini<sup>543</sup> dikkate alarak alt sınırın en fazla %25 altında ceza verebileceklerine dair hüküm konulmuştur. Somut olayın özellikleri zorunlu kılmakta ise hâkim gerekçelendirmek suretiyle bu kuraldan da ayrılabilir ve alt sınırdan % 25'den daha altına inerek (daha az) ceza verebilecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi Koon Kararında bu konuya açıkça işaret etmiştir<sup>544</sup>.

Amerikan Hukukunda 2003 yılında yapılan değişiklik ile (Feeney değişikliği olarak da adlandırılmaktadır) hâkimlerin, Federal Cezalandırma Talimatı'ndaki esaslardan uzaklaşmaları zorlaştırılmış ve özellikle talimattaki cezaların alt sınırdan daha az ceza vermeleri temyiz sebebi olarak belirlenmiştir. Bu değişiklik ile daha önce alt sınırdan uzaklaşarak daha az ceza vermek için gerekçe olarak kabul edilen; sorumluluğun kabullenilmesi, failin fiilin işlenmesindeki rolü, iddia pazarlığı, zararın giderilmesi, kumar bağımlılığı ve failin ailevi durumunun artık gerekçe olamayacağı kabul edilmiştir. Hâkimin alt sınırın altında ceza tayin edebilmesinin gerekçesi olarak; genel nedenler (hâkimin zorunlu olarak alt sınırdan uzaklaşmasını gerektiren nedenler, talimatta dikkate alınmamış istisnai durumlar), birden fazla indirim nedeninin ortaya çıkması, failin ailevi durumu (aile üyelerinin fiile katılıp katılmadığı, aile bireylerinin bu fiil sonucu tehlikeye düşüp düşmediği) sayılmıştır. Failin akli durumu, failin anormal bir davranış sergilemesi (mükerrerliğinin özelliği, uyuşturucu suçu işlemiş olması vs.), failin geçmişi, mağdurun rolü (haksız tahrik), cebir tehdit altında suç işlemiş olması da belirtilmiştir. Hâkimlerin cezanın belirlenmesinde alt sınırın altında ceza vermelerinin bu kadar tartışılıp kriterler konulduğu bir sistemde, tam tersine üst sınırın üstünde ceza vermelerine yönelik herhangi bir sınırlama yoluna gitme gereği duyulmamıştır. Hâkimler, özellikle çocukların cinsel istismarı suçlarında cezalandırma talimatındaki esaslardan ayrılarak üst sınırın da üstünde ceza vermek yoluna gitmişlerdir<sup>545</sup>.

<sup>543</sup> Cezaya layık olma ve yeniden suç işleme olasılığı, failin geçmişinin dikkate alınmasının nedeni verilecek cezanın caydırıcı olması ve toplumun failin ileride işleyeceği suçtan korunmasıdır. Amerikan hukukunda tekerrür yukarıda izah edildiği gibi cezanın artırılması nedeni olmaktadır. Suç işledikten sonra 2 yıl içinde tutuklanma, denetimli serbestlik kararına maruz kalma da tekerrür sayılmaktadır. Amerikan Cezalandırma Talimatında failin özelliklerinin cezanın belirlenmesinde ne şekilde dikkate alınacağı Talimatın H Kısmında yer almış olup şunlardır; Failin yaşı, eğitim ve mesleki durumu, zihinsel ve duygusal durum, fiziksel durum, uyuşturucu, alkol bağımlılığı, iş durumu, ailevi durumu, fiilin işlenmesindeki rolü, daha önce suç işlemiş olup olmadığı, geçimini suçtan sağlaması, genç failerin yetişme koşulları. Talimatta bunların belirtilmesiyle yetinilmemiş ayrıca kriter olarak kullanılmayacak hususlar da sayılmıştır. Bunlar da; ırk, etnik köken, cinsiyet ve sosyo-ekonomik durumdur (Bacaksız, 2011: 96). Ayrımcılığa konu olacak başka yasak kriterler de eklenmesi gerekirse de (dın, dil, siyasi düşünce vb.), sosyo-ekonomik durumun para cezasının miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

<sup>544</sup> Bacaksız, 2011: 91-92

<sup>545</sup> Bacaksız, 2011: 92-93

Amerikan Cezalandırma Talimatı'na aykırı olarak verilecek kararların usulen makul sayılabilmeleri için, hâkimin, talimatta belirtilen esaslara uygun hesaplama yapması başka bir deyişle suçun kaçınıcı derece ağırlıkta ve failin geçmişinde kaç kez suç işlediğine dair sütunlara uygun cezayı seçmesi gerekir. Bu seçimden sonra talimattan ayrılmayı gerektiren bir neden varsa buna göre hareket etmeli ve yukarıda belirtilen kriterleri göz önünde bulundurmalıdır. Talimattan ayrılma gerekçesini yeterince açıklamalı, somut olay açısından verilecek cezanın fiile uygun ve orantılı olması şeklinde tezahür eden somut olayın akla uygunluğunu sağlamalıdır. Görüldüğü üzere hâkimin takdir yetkisi talimattaki esaslardan sonra ortaya çıkabilmektedir<sup>546</sup>.

Amerikan Ceza Hukuku'ndaki cezanın belirlenmesi araçları oldukça farklıdır. Federal ve eyaletler düzeyinde kuralların bulunması uygulama açısından zorluk ve hukuki güvenlik açısından zaaf olarak kabul edilebilir. Failin geçmişine odaklanmış bir ceza belirleme sistemi söz konusudur ve bu o kadar ileri boyut kazanmıştır ki, cezanın soyut belirlenmesine bile yansımıştır. Adeta suçun ağırlığı ile failin geçmişine kilitlenmiş bir ceza belirleme sisteminin çok kısır düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Alt sınırın altında ceza tayin ederken hâkimin ayrıntılı gerekçelendirme zorunluluğu ile kriterlere bağlı kalma durumu, failin aleyhine olan cezanın üst sınırın üstünde belirlenmesi açısından uygulanmaması, eleştirilebilecek bir yaklaşım tarzıdır<sup>547</sup>.

Amerikan sisteminde sıklıkla görülen, geçici bir iddianame düzenlenmesi, ispat ve iddianamenin değişiminin ise muhakemenin çeşitli aşamalarında karara bağlanmasıdır. İddia pazarlığı (Plea Bargaining) adı verilen ve failin sorumluluğunun açık olduğu durumlarda yargılama yapma yerine savcı ve sanığın iddianame üzerinde gerçek anlamda karşılıklı pazarlık yapmalarını ifade eden sistem söz konusudur. Bu sistemde isnat pazarlığı ve yaptırım pazarlığı aşamaları söz konusudur. Isnat pazarlığı, savcının, işlendiği iddia olunan eylemden daha az cezayı gerektiren bir fiilden isnatta bulunması, sanığında buna razı olarak bu fiili işlediğini ikrar etmesi temeline dayanır. Karşılıklı iki tarafın teklifleriyle süreç devam ettiğinden “pazarlık” ve bu pazarlık iddianame üzerinden yürüdüğünden de “iddianame pazarlığı” denilmektedir<sup>548</sup>. Yaptırım pazarlığı, sanığın “suçluyum” kabulünde bulunmasına

---

<sup>546</sup> Bacaksız, 2011: 93-94

<sup>547</sup> Bacaksız, 2011: 97

<sup>548</sup> Bacaksız, 2008:155



karşılık olarak savcının, hâkimden ilgili suçun gerektirdiğinden daha az ceza uygulanmasını istemesi şeklinde gerçekleşmektedir<sup>549</sup>.

Yaptırım pazarlığı kısmında sadece isnad edilecek fiil değil, aynı zamanda iddianameye konu edilecek ceza da pazarlık konusudur. Bu iki şekilde olabilir; ya hâkim cezayı kendisi belirler ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü öneriyi kabul eder. ABD’de her iki hal de uygulanmaktadır. Hatta bazı eyaletlerde iddianame pazarlığı görüşmeleri, yarı resmi ve halka kapalı olarak yapılan, hâkim, savcı ve müdafinin katıldığı iddianame pazarlığı oturumlarında gerçekleşir. Burada sadece isnat değil, cezanın miktarı da tartışılır. Mahkemenin iddianameye ilişkin olarak yapacağı ilk duruşma ise bundan sonra gerçekleşir. Bazı eyaletlerde ise hâkim, iddianame pazarlığına müdahale etmemekle birlikte cezaya hükmederken savcının önerisi doğrultusunda hareket etmektedir<sup>550</sup>.

**Yaptırım pazarlığında geçerli olan esaslar:** Mahkeme önünde savunma ya da iddia makamı dilediği talebi öne süremez. Savcı, tek başına mahkemeye yaptırıma ilişkin bir öneride bulunamaz. Ancak savcının sessiz kalması sanığın, mahkemeye yaptırıma ilişkin bir öneride bulunmasını engellemez. Savcı, üzerinde anlaşılacak yaptırımı mahkemeye sunabilir. Savcı, talep edilen cezaya itiraz edemez. Başka bir deyişle savcının burada belirleyemeyeceği tek nokta, hâkimin nihai cezayı belirlemedeki takdir hakkıdır. Bu ancak ve sadece hâkime aittir. Hâkimin, cezayı belirlerken, savcının önerisini yerine getirmekte takdir hakkı vardır. Yaptırım pazarlığının sonucu, hâkim için de bağlayıcıdır. Öğreti ve mevzuata göre, mahkemenin yaptırım pazarlığını kabul etmesi için, üzerinde anlaşılacak yaptırımın failin fiili için öngörülene uygun olması gerekmektedir. Amerika’da isnat ve cezanın tartışıldığı tek aşama iddianame pazarlığı değildir. Duruşmada da sanığa bazı kolaylıklar sunulabileceği gibi sanık da bazı edimler taahhüt edebilir<sup>551</sup>.

### C. ALMANYA

Almanya’da 20. Yüzyılın başlarından itibaren cezanın belirlenmesinde eşitsizlik (adaletsizlik) sorunu artan bir şekilde tartışılmaktadır. Öyle bir eşitsizlik ki; eskiden bölgeler arası olduğu tespit edilen ve fakat daha sonraları yargıçtan yargıca değişen, hatta zaman içinde aynı karar organının değişik kararlarında bile kendini gösteren bir eşitsizliktir. Bu

<sup>549</sup> Yapar, 2012: 94

<sup>550</sup> Bacaksız, 2008:156

<sup>551</sup> Bacaksız, 2008:157

durum, diğer şartlar yanında Almanya’da suçların ağırlığı ile orantılı yaptırımların belirlenmesi konusunda bir yönelimin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ağırlık kazanan fikre ve yargı kararlarına göre, cezanın belirlenmesinde özel ve genel olarak düşünüldüğünde ilk etkili olacak konu, fiilin ağırlığına uygun bir cezanın tespit edilmesidir. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, suça uygun bir cezanın dışında yaptırımın belirlenmesi, çok istisnai durumlar için mümkündür. Cezanın belirlenmesi sorunu, öncelikle suçun unsurlarına ve ikinci sırada failin davranışlarına bağlı olduğundan, yaptırımın belirlenmesinde saptanabilen veya beklenen farklılıklar sorun oluşturmaktadır. Kararların, özellikle küçük ve orta derecedeki suçlar açısından birkaç yıldan beri ceza verme emri şekline dönüşebilecek şekilde birbirine benzemesi, sorun olarak görülmeye başlanmıştır<sup>552</sup>.

Somut cezanın belirlenmesi bakımından mahkemelerin özgürlükleri en azından teorik olarak kısıtlıdır. Bu zamana kadar Almanya’da, adli para cezası ve hürriyeti bağlayıcı (hapis) ceza olmak üzere iki temel ceza söz konusudur. Bu iki ceza arasında seçim yapma yetkisi Alman Ceza Kanunu m. 47’de düzenlenmiştir. Öncelikle kısa süreli hapis cezaları için (Örn. 6 aydan az hapis cezaları), somut olaydaki özellikler istisnai olarak bunu engellemediği sürece, adli para cezasının verilmesi emredilmiştir. Buna karşılık, ehliyetin geri alınması ve faaliyet yasağı, ıslah ve güvenlik tedbiri olup, bunların cezaya eklenmesi Almanya’da geçerli olan çift izli yaptırım sisteminin sonucudur. Feri cezalar ve cezanın diğer sonuçları Alman Hukuku’nda çok seyrek başvurulmuş istisnai durumlardır. Özellikle hafif ve orta derecedeki suçlar açısından araç kullanma yasağı (Fahrverbot) Alman Ceza Kanunu m. 44’e göre önemli bir yere sahiptir. Bu tedbir ancak kısa süreliğine (Örn. 3 ay gibi) ve bir motorlu araç kullanımı ile ilgili olan eylemlerde söz konusu olabilecektir. Alman Hukuku bunlardan başka ceza çeşidini tanımamaktadır. Özellikle kamuya yararlı bir işte çalıştırma, yetişkinler açısından sadece denetimli serbestlik tedbiri olarak hükmedilebilecek konudur. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, adli para cezasına çarptırılan kişi bunu ödemez ve hapsin paraya çevrilmesini de engellemek isterse, infaza yetkili birim tarafından izin verilebilecek bir tedbirdir<sup>553</sup>.

Mahkeme, sadece cezanın üst sınırıyla değil ayrıca alt sınırıyla da bağlıdır. Bu sınırların kanunda açıkça ve ayrıca aşılabileceğinin belirtildiği istisnai durumlar söz konusu olabilir. Bu istisnai hükümlerin yerel mahkeme tarafından yorumlanması, yüksek mahkeme tarafından

<sup>552</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>553</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

denetlenmektedir. Ayrıca ceza muhakemesi hukuku kuralları, cezanın belirlenmesinin gerekçelendirilmesi gereğini vurgulamıştır. Bunları kanun, son yıllardaki yargı kararları ve öğretiyi tarafından ortaya konan ve somutlaştırılan hukuki kriterler takip etmektedir. Bu kurallar temyiz nedenleri arasında yer almaktadır ve kontrole elverişlidirler. Temyizin büyük bir kısmı, cezanın belirlenmesi sorusuyla ilgilenmektedir, çünkü Federal Mahkeme sıkı kontrolünü günden güne artırmaktadır<sup>554</sup>.

Alman Ceza Kanunu cezanın belirlenmesi konusunda ne bir sistematik sunmakta ne de doyurucu bir şekilde bu konuyu açıklamaktadır. Suç oluşturan bir eyleme karşı gösterilen reaksiyonun çeşidi ve miktarı çok değişik faktörler tarafından belirlenmektedir. Alman Ceza Kanunu m. 46/1/1 cezanın belirlenmesinde failin kusurunun ilk planda etkili olacağı ana kuralını koymuştur. Bununla kusurun cezanın belirlenmesindeki geniş etkisini açıklamaktadır. Cezanın etkisi, bu ana kurala uygun olmak zorundadır. Burada önleyici amaçlar da önemli bir yere sahiptir. Bu faktörlerin her birinin cezanın belirlenmesinde hangi derecede etkili olacağına dair kanuni bir düzenleme yoktur<sup>555</sup>.

Failin kusuru, Alman Ceza Kanunu m. 46/1/1'e göre, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturmaktadır. Bu kusur, cezalandırılabilirliği oluşturan isnat yeteneği ile aynı anlamda değildir<sup>556</sup>. Cezalandırılabilirliği meydana getiren kusurun varlığı, haksız eylemi gerçekleştirmesinin faile yüklenebilirliğinde yatmaktadır. Çünkü fail, başka türlü davranma imkânı olmasına ve bu şekilde davrandığı takdirde haksızlık içeren eylemi gerçekleştirmeyeceği halde, öyle davranmayarak suçu işlemiştir<sup>557</sup>.

Cezanın belirlenmesindeki etkili kusur, işte bu kusur tanımı üzerine inşa edilmektedir. Fakat bu aynı zamanda haksızlığın gerçekleştirilmesindeki isnadın ölçüsünü de içermektedir<sup>558</sup>. Her iki kusur terimi de şu şekilde tarif edilebilir: Failin, hukuka aykırı ve kusurlu eylemi gerçekleştirmesi onu cezalandırılabilir bir duruma sokmaktadır. Failin somut olarak nasıl cezalandırılması gerektiği ve eylemine karşı gösterilecek tepkinin şiddeti, ilk ve

<sup>554</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>555</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 101

<sup>556</sup> Dreher/Tröndle/Fischer, 5; Schönke/Schröder/Stree, 9a; Bruns 1985, 145; Maurach/Zipf, 2; SK-Horn, 42; Roxin, Festschrift für Bockelman, 1966; 279

<sup>557</sup> Maurach/Zipf, 31; Jakobs, 23) (Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 101

<sup>558</sup> Maurach/zipf, 30; Schönke/Schröder/Stree, 8, Lackner/Kühl,2001: 23

temel anlamda bu eylemin hukuk düzenini hangi derecede ihlal ettiğine<sup>559</sup> (eylemin haksızlık içeriği-kusur) bağlıdır<sup>560</sup>.

Alman Ceza Kanunu 46. maddesinin 2. fıkrasında mahkemenin, cezanın belirlenmesinde sanığın leh ve aleyhinde olan tüm şartları göz önünde bulundurarak değerlendirme yapması, ayrıca aynı fıkrada sınırlı olarak sayılmış olan kriterleri dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır<sup>561</sup>. Alman Ceza Hukuku öğretisinde cezanın belirlenmesinde esas alınacak kriterler olarak; “tipik neticenin ağırlığı”, “haksız hareketin ağırlığı ve işleniş tarzı”, “failin kusurluluğu”, “ihlal edilen hukuksal yükümlülüklerin özellikleri”, “eylemin ve eylemin icra şeklinin genel rolü ve önemi”, “kusur yeteneğinin derecesi”, “tipik fiile karar verme özgürlüğünü etkileyen saik ve özel nedenler”, “failin icrasındaki ısrar ve özellikle fiil öncesi ve sonrası davranışlar”, “failin kişisel ilişkileri”, “failin malvarlığı ve ekonomik ilişkileri”, ile “failin neticelerinin faili de etkilemesi” kriterleri ifade edilmektedir<sup>562</sup>.

Hukuk düzeninin ihlali, failin haksızlığı ile örtüşmektedir. Bu, sonucun ve davranışın haksızlığı ile karakterize edilmektedir. Bu sadece teknik anlamda suçta değil, aksine saf eylemde de önemlidir. Örneğin; taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk için bir araç sürücüsünün kusurlu bir şekilde, yasaklara aykırı olarak aşırı hızlı gitmesi ve bununla bir yaralanmaya neden olması yeterlidir. Buna uygun olarak belirlenecek ceza, yasağa aykırılığın derecesine (Örneğin; hız sınırını aşmanın derecesine, aracın hızına) ve neden olunan yaralanmanın niteliğine (Örneğin; yaralanmanın ağırlığına) bağlıdır<sup>563</sup>.

Cezanın belirlenmesi, öncelikle bir suçun işlendiğinin tespitini şart kılar. Suçun varlığı ancak aynı zamanda kusuru ortadan kaldıran nedenlerin varlığı durumunda ise ceza tertibi değil, koruma ve ıslah tedbirlerine (güvenlik tedbirleri) hükmedilir. Almanya, Avusturya ve İsviçre’de cezanın yanında bir kısım tedbirlere de karar verilir. Başka bir deyişle bu hukuk sistemlerinde çift izli yaptırım sistemi geçerlidir. Ceza verme yoluna gitmeden önce, mümkün olduğunca bu tedbirlere hükmetme yoluna gidilmelidir. Ceza, kural olarak suçun, başka bir deyişle; kusurun, eylemin haksızlık içeriğinin ağırlığına göre belirlenir. Alman Ceza

<sup>559</sup> Frisch ZStW 99 1987, 349

<sup>560</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 101

<sup>561</sup> C.H Beck, 1994: 25

<sup>562</sup> Köhler, 1997: 598-599

<sup>563</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 102

Hukuku'nda cezanın belirlenmesi Alman Ceza Kanunu m. 46'da düzenlenmiştir. Bu anlamda özellikle çocuk ceza hukukunda farklı düzenlemeler de mevcuttur<sup>564</sup>.

### **Cezanın belirlenmesinin ana prensipleri;**

1. Ceza, kanunda her suç için belirlenmiş olan sınırlar arasında tespit edilmelidir.
2. Suç, ceza çerçevesi (alt-üst sınır) içerisindeki ölçüdür.
3. Burada ölçü kullanılırken, cezanın failin gelecekteki yaşamına olası etkisi dikkate alınmalıdır.
4. Ceza, failin lehine ve aleyhine olan şartlar değerlendirilerek verilmelidir. Kriterler:
  - a) Faili motive eden şey (failin amaç ve saiki)
  - b) Failin suçun gerçekleşmesine olan istek ve tutumu (kastının ağırlığı)
  - c) Yükümlülük ihlalinin derecesi özellikle taksirli suçlarda (taksirin ağırlığı)
  - d) Suçun işlenme çeşidi ve şekli (suçun işleniş biçimi)
  - e) Fiilin sonuçları (meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı)
  - f) Failin fiilden önceki yaşamı (sabıkası, suça eğilimi)
  - g) Failin fiilden sonraki davranışları, zararı gidermesi ya da zararı gidermek için yaptığı çabalar, (Mağdur ile telafi yönünde görüşmesi) (Taeter-Opfer-Ausgleich)
  - h) Failin ceza konusundaki hassasiyetleri (orantılılık prensibi; failin yaşı, şahsi ve ekonomik ilişkileri, mesleği, çalışıp çalışmadığı vs.

Alman ceza hukukunda adli para cezası, genel hükümlere göre, bir suç için 5 günden 360 güne kadar iken, toplamda 720 günü geçemez (StGB m. 54). Adli para cezasının bir gün karşılığı, failin ekonomik ve sosyal durumuna göre 1 € ile 5000 € arasında değişir. Alman Ceza Hukuku'nda 1969'dan beri tek tip hapis cezası vardır ve hürriyeti bağlayıcı ceza olarak adlandırılmaktadır. Bu tarihten önce hürriyetten yoksun bırakan beş ayrı ceza türü söz konusuydu (Festhaftung, Zuchthaus, Gefaengnis, Einschliessung, Haft). Bir suç için öngörülen hapis cezası hiçbir zaman 1 aydan az olamaz. Altı aydan az hapis cezası yerine denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gerekir. Şartları mevcutsa, bir yıla kadar olan hapis cezaları (istisnai durumlarda 2 yıla kadar), için de denetimli serbestliğe hükmedilebilir. Denetim süresi en az 2 yıl en fazla 5 yıldır. Bu sürenin sonunda denetime uyulması şartıyla,

<sup>564</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 103

ceza, infaz edilmiş sayılacaktır. İnfaz aşamasında da, cezanın 2/3 ünün çekilmesi durumunda, denetimli serbestliğe hükmetmek mümkündür<sup>565</sup>.

Cezaya hükmedilen fiil sadece bir tane ise ceza, Alman Ceza Kanunu m. 52'ye göre belirlenecektir. Bir suçun en ağır işleniş şekli, o maddedeki cezanın üst sınıra denk gelecek şekilde değerlendirme yapılacaktır. Buna “Emme Prensibi” (Absorptionprezip) veya “Takım Prensibi” (kombinatıoan) denir. Cezaya hükmedilecek eylem sayısı birden fazla ise, ceza, Alman Ceza Kanunu m. 53'e göre belirlenecektir. Burada, tek eyleme göre failin daha aleyhine olan bir durum söz konusudur. Bu durumda toplam ceza her bir eylem için verilecek cezaların toplamını geçemeyecektir. Cezalardan biri müebbet ve diğeri iki yıldan fazla hapis cezası ise, ayrıca malvarlığı cezasına da hükmedilir. Hapis cezası ise müebbet hapis cezası olarak kalacaktır. Her bir ceza açısından malvarlığı cezası da söz konusu ise, sadece bir tek malvarlığı cezasına hükmedilecektir<sup>566</sup>.

#### **D. FRANSA**

Fransız Ceza Hukuku'nda 19. yüzyıldan beri “individualisation de la pena” (cezaların bireyselleştirilmesi) terimi altında, yerel mahkemenin somut olaya akılcı (optimal) bir tepki göstermesi için, kanunun mümkün olduğunca nasıl esnek kullanılabileceği sorusu tartışılmaktadır. 1891'de adli para ve hapis cezalarının denetimli serbestliğe çevrilebilme imkânı getirildi. 20. Yüzyıl boyunca yaptırımların çeşitlendirilmesi düzenli olarak sağlandı. Bu arada ceza yaptırımları çerçevesinde hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezaları yanında veya bunların yerine bazı tedbirler de öngörüldü. Halen, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, sürücü belgesinin süreli veya süresiz geri alınması, bazı (belli) hakları kullanmasının yasaklanması (Örneğin; sürücü belgesi ya da silah ruhsatının alınması) gibi fiilin niteliği ile bağlantılı olmayan tedbirlere de hükmedilebilmektedir. Fransız Ceza Hukuku'nda neredeyse ceza türlerinin hepsi kısmen denetimli serbestliğe çevrilebilmektedir<sup>567</sup>.

Ceza miktarının belirlenmesi açısından mahkemenin özgürlüğü, bireyselleştirme ve sonuç olarak cezanın alt sınırının kaldırılmasına kadar genişleyebilmektedir. Bu kadar geniş takdir yetkisi, mesnet noktasını ceza yargılama hukuku kurallarında bulmaktadır. Fransız Ceza Kanunu (CP) m. 132-24 cezanın belirlenmesinin genel kurallarını içermektedir. Bu kurallar, mahkemenin cezayı belirlerken somut fiilin şartlarına ve failin kişiliğine göre

<sup>565</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung\\_\(Deutschland\)#Grunds.C3.A4tze\\_der\\_Strafzumessung](http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung_(Deutschland)#Grunds.C3.A4tze_der_Strafzumessung)

<sup>566</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung\\_\(Deutschland\)#Grunds.C3.A4tze\\_der\\_Strafzumessung](http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung_(Deutschland)#Grunds.C3.A4tze_der_Strafzumessung)

<sup>567</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

kanunda belirtilmiş sınırlar içerisinde belirlenecek ve tespiti bu kriterlere göre yapılacaktır. Yeni Fransız Ceza Kanunu (CP)'nin 132-19 maddesi, bir cünha eylemi için, ilk kez hapis cezasına hükmedilmesi ve denetimli serbestliğe hükmedilmemesi durumunda bunun gerekçelendirilmesi konusunda cezanın belirlenmesi hükmünü içermektedir. Fransız Ceza Hukuku'nda, cürümler için hapisane cezası yerine ev hapsi (Zuchthaus) öngörülmektedir<sup>568</sup>.

Fransız Yargıtayı'nın (CC) yerleşik içtihatlarına göre, cezanın belirlenmesi, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde hâkimin yetkisi dâhilindedir. Bu konuda hâkim hesap verecek durumda değildir. Buna göre, cezanın belirlenmesinin gerekçeleri temyiz mahkemesi tarafından sadece FCK (CP: Code Penal) m. 132-19 anlamında denetlenebilecektir. Mahkemelerin, cezanın belirlenmesinde nerdeyse sınırsız olan takdir yetkisi, 1832 tarihli kanun ile getirilmiştir. Kanun koyucu, o zaman için mahkemelere, bilinçli olarak ve açıkça Napolyon Ceza Kanunu'nun genellikle ağır bulunan cezalarından sonra, tariflenmemiş ve daha hafif ceza tercihlerine yönelme görevini vermiştir. Bu sayede ceza kanunu zamanın ihtiyaçlarına uyumlu hale gelebilecektir. 1.3.1994 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunu, kabahatler için cezanın belirlenmesinde alt sınır içermemektedir. 26.3.1891 tarihli kanun, ilk kez ceza vermekten vazgeçmeyi mümkün hale getirerek, kanun koyucunun bu amacını devam ettirmiştir. Bu kanun, mahkemeye, cezanın belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisi sunabilmek için, herhangi bir kriter öngörmemiştir. Bugün yürürlükte olan Fransız Ceza Kanunu da cezanın belirlenmesi için basit formülize kriterler öngörmüştür. Öyle ki; FCK m. 132-19'da yer alan gerekçelendirme yükümlülüğü, yargı kararlarına göre, sadece FCK m. 132-24'teki cezanın belirlenmesi için gerekli olan kriterler açısından geçerlidir<sup>569</sup>.

Kanun koyucu ceza hukuku açısından önemli bir eylemi sosyo-etik olarak reddetme derecesini, ceza tehdidini araç olarak kullanarak ortaya koymaktadır. Eylem; cürüm, suç ve kabahat olarak düzenlenirken, eylemin unsurlarının nitelikleri ve özellikle ağırlıkları dikkate alınmaktadır. Cezanın belirlenmesinin düzenlenmesi, özel önleyici bakış açısından da kanun koyucunun amacı arasındadır<sup>570</sup>.

Fransa Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunun incelenmesi bakımından, 2000 ve 2001 yıllarında yapılan bir anket çalışması önemlidir. Bu çalışmada, Alman ve Fransız ceza hâkimlerinin aynı tip olaylarda cezanın belirlenmesi yaklaşımları

<sup>568</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>569</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>570</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

karşılaştırılmıştır. Fransız mahkemeleri, bir alt sınırla bağlı olmadıkları ve cezayı belirlerken gerekçelendirmek zorunluluğunun bulunmadığı kararlarına, kanun koyucunun, fiilin ağırlığına göre yaptığı değerlendirmeyi yansıtabilecekler midir? Fransız sistemi gibi bir sistemde kriminal çerçevede cezanın belirlenmesi kararları, Almanya’da verilen kararlardan daha fazla çeşitlilik arz etmeyecek midir<sup>571</sup>? Bu sorulara cevapları bulmak için; Fransa Colmar’daki d’Appel Mahkemesi ve sınır komşusu olan Almanya’daki Karlsruhe OLG (Yüksek Eyalet Mahkemesi; Karlsruhe, Baden Baden, Offenburg ve Freiburg şehirleri için yetkili) hâkimlerine iki dilde anket uygulandı ve aynı sorular yöneltildi. Bu anketin birinci bölümünde hâkimlere, cezaları tayin etmeleri gereken normal ve ölçülü ancak hayali kriminal olaylar verildi. Bu olaylarda genellikle Almanya ve Fransa’da cezanın belirlenmesi konusundaki düzenlemeleri içeren olasılıklar mevcuttu. Devam eden kısımda hâkimlere, cezanın belirlenmesinin genel kuralları ve mesleki uygulamaları konusunda sorular yöneltildi<sup>572</sup>.

Fransız ve Alman (Baden-Württemberg) Adalet Bakanlıkları’nın onayı ile bu anketler Ekim 2000’de adı geçen mahkemelere dağıtıldı. Mart 2001’de (Rhein nehrinin her iki yanında) ankete katılma oranı %40 olarak gerçekleşmiş, ulaşılan bilgiler bilgisayar ortamına işlenmiş ve değerlendirme 2001 yaz aylarında yapılmıştır. Bu aşamada kontrol edilmesi gereken ilk sonuçlar ortaya çıkmıştır. Fransız yargıçların, verdikleri kararların nasıl infaz edildiği konusunda, Alman meslektaşlarına göre daha fazla ilgi duydukları tespit edilmiştir. Bu durum, Fransız Ceza Hukuku’nun cezanın bireyselleştirilmesi prensibine infaz sırasında da büyük önem verdiğini göstermektedir. Kararın infazı sırasında önemli değişikliklere uğraması sadece olası bir şey değil, aynı zamanda yargıç tarafından arzu edilen bir konudur. Alman Hukuku’nda ceza mahkemesi kararları da, infaz sırasında sıklıkla ve etkili biçimde değişebilmektedir. Örneğin; cezanın infazının son kısmını kamuya yararlı bir işte çalıştırılabileceği veya mahkeme kendisini para cezasına çarptırdığı halde hapis cezasına seçenek yaptırma tabi tutulabileceği veya hapis cezası yerine denetimli serbestlik tedbiri uygulanabileceği göz ardı edilmemelidir. Fransa’da bu iş için özel mahkeme yetkili iken (infaz mahkemeleri), bu kararları alma yetkisi Almanya’da infaz makamlarına aittir. Bu açıklamaya göre, Alman hâkimlerinin de ceza kararlarının infazı aşamasına ve infazda çeşitlendirmeye ilgi duymadıkları söylenemez<sup>573</sup>.

<sup>571</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>572</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>573</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)



Fransız hâkimlerinin, trafik suçları hariç kural olarak ceza tabelası (listesi) kullanmadıkları belirlenmiştir. Alman hâkimlere sorulan, trafik suçları dışındaki alanlarda da kriminalite (suçun kriminal değerini ölçüm) için ceza miktarı (liste, tabela) kullanıyor musunuz? Sorusuna genellikle evet cevabı verilmiştir. Sonuçların ilk değerlendirilmesinde, Fransız yargıçlar tarafından belirlenen cezaların düzenli olarak birbirine benzedikleri ortaya çıkmıştır. Alkollü olarak araç kullanma örneğinde, cezanın standartlaşması, öncelikle ceza çeşidi ve miktarının belirlenmesi söz konusudur. Nerdeyse tüm Fransız yargıçlar, burada hapis cezası ve yanında basit denetim kombinasyonuna, Alman yargıçlar ise, para cezasına ve denetimli serbestliğe hükmetmişlerdir. Ancak hükmedilen cezaların miktarları arasında farklılıklar bulunmaktadır<sup>574</sup>.

Bu anketin nihai sonuçları; Fransız yargıçlar sıklıkla kısa süreli hapis cezasına başvururken, Alman yaptırım uygulaması genellikle para cezasına yönelmektedir. Bu sonuç; hem ankette hem de resmi istatistiklerde, hapis cezasının Fransa'da daha sıklıkla uygulandığını ortaya koymuştur. Her iki hukuk sisteminde de bazen zararın giderilmesi tedbirine başvurulmaktadır. Buna karşın Almanya'da genellikle hafif ve orta derecedeki suçlar için para cezası uygulanmakta, para cezasının ödenmemesi durumunda tazyik hapsi mahiyetinde hürriyetten yoksun bırakma söz konusu olmaktadır. Fransa'da yetkili mahkemeler (Örn. infaz mahkemeleri), 6 aya kadar olan hapis cezalarının infazı sırasında, ilk mahkeme kararında denetime hükmedilmemiş olsa bile kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine hükmedebilmektedir<sup>575</sup>.

## E. İTALYA

İtalyan Ceza Kanunu, hâkimin genel takdir yetkisini kullanarak kanunda belirtilen özel sınırlar arasında temel cezayı belirlerken göz önünde bulundurmak zorunda olduğu kriterleri iki başlık altında toplamıştır. Birincisi suçun ağırlığı, diğeri de faildeki suç işleme eğilimidir (İCK m. 133). Suçun ağırlığı belirlenirken; vasıtaların türü ve mahiyeti ile hareketin konusu, zamanı, yeri veya diğer işleniş biçimleri, mağdur yönünden neden olunan zarar veya tehlikenin ağırlığı, kasta dayalı kusurun ağırlığı veya taksirin derecesinden hareket edilmektedir. Suç işleme eğilimi ise; faili suç işlemeye iten saikler ve suçun karakteri, suçlunun geçmişi ve suçun işlenmesinden önceki davranışları ve yaşamı, suçun işlenmesi

<sup>574</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

<sup>575</sup> [www.mpicc.de/.../lea\\_strafzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_strafzumessung.htm)

sırasındaki veya suçtan sonraki davranışı, bireysel, ailevi ve sosyal yaşam şartları dikkate alınarak tespit edilmektedir<sup>576</sup>.

## F. YUNANİSTAN

Yunan Ceza Kanunu'nun (YunCK) 79. maddesine göre, hâkim cezayı tayin ederken hükümde hangi halleri ceza tayininde esas aldığı göstermek zorundadır. Bu kanun, temel ceza tayin edilirken hâkimin fail ve fiil olmak üzere iki esası göz önünde bulunduracağını belirtmektedir. Fail ile ilgili olarak; faili suça sevk eden sebep ve faildeki amaç, failin karakteri ve bunun gelişmesi; failin kişisel ve sosyal durumu ve geçmişi, failin suçu gerçekleştirdikten sonraki davranışı ve özellikle faildeki nedamet duygusu ve meydana gelen zararı karşılama konusundaki isteği, konularına yer verilmektedir. Fiil ile ilgili olarak; fiilin zarar veya tehlike meydana getirmiş olması, işlenmiş olan suçun cinsi, suçun işlenmeden önce hazırlanması, suçun icra ediliş biçimi, suçun işlenme zamanı, suçun işlendiği yer, suçta kullanılan araç, suçun işleniş şekline etkili olan haller göz önünde bulundurulmaktadır<sup>577</sup>.

## G. DİĞER BAZI ÜLKELER

**Avusturya Ceza Kanunu'nun (AvsCK) 32. maddesinde;** suç failinin toplumdaki değerlere olan saygısı veya umursamazlığı, failin saiki, meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığı, suçun işlenmesinden önce failin gerçekleştirdiği hazırlıklar, hâkime cezanın belirlenmesinde yol gösterecek konular olarak düzenlenmiştir<sup>578</sup>.

**Küba Ceza Kanunu'nun (KübCK) 47. maddesinde** temel cezanın tayininde fiilin yarattığı sosyal tehlikenin derecesi, failin saiki, failin geçmişi, failin kişisel nitelikleri, failin suçta sonraki davranışlarının göz önünde bulundurulacağını belirtmektedir<sup>579</sup>.

**Brezilya Ceza Kanunu'nu (BrzCK) 42. maddesinde** failin geçmişini ve kişiliğini, kasta veya taksire dayanan kusurun ağırlığını, faili suça sevk eden sebebi, suçun işlenmesinde etken olan sebepleri ve suçun sonuçlarını temel ceza tayininde kriter olarak saymaktadır<sup>580</sup>.

**Danimarka Ceza Kanunu (DanCK) m. 80** cezanın tayininde; suçun ağırlığı ve tehlikeliliği, failin geçmişi, yaşı ve suçtan önceki ve sonraki davranışı, suçu işlemekteki isteğindeki şiddet ve onu suça sevk eden özelliklerin göz önünde bulundurulması gerektiğini düzenlemiştir<sup>581</sup>.

<sup>576</sup> Toroslu, 2010: 165

<sup>577</sup> Çolak/Altun, 2007: 414

<sup>578</sup> Çolak/Altun, 2007: 414

<sup>579</sup> Çolak/Altun, 2007: 414

<sup>580</sup> Çolak/Altun, 2007: 414

<sup>581</sup> Çolak/Altun, 2007: 414

## V. CEZANIN BELİRLENMESİ TÜRLERİ

### A. GENEL OLARAK

Cezanın belirlenmesi önce kanunlardan başlar. Ceza kanunlarında veya ceza içeren özel kanunlarda genel hüküm olarak ya da suç tanımlarının karşılığında cezalar gösterilir. Sonra mahkeme hükmü ile ceza belirlenmesi söz konusudur. Bu nedenle, genel olarak cezanın belirlenmesinde iki aşama vardır<sup>582</sup>. Öğretide kabul edilen ayrıma göre bunlar; cezanın soyut belirlenmesi ve cezanın somut belirlenmesidir. Kanun koyucunun, suçun karşılığı olarak kanunda öngördüğü cezaya “soyut ceza”, bu soyut cezanın hâkim tarafından somut olaya uygulanmasıyla bulunan cezaya “somut ceza” denilmektedir. Soyut cezayı kanun koyucu, somut cezayı hâkim belirler<sup>583</sup>.

İlk bakışta ceza, sanki sadece yargılama sürecinde bireyselleşmeye başlıyor gibi gözükmektedir. Esasında cezaların bireyselleştirilmesi kanunlaştırma aşamasında kendisini göstermektedir. Cezaların bireyselleştirilmesine duyulan ihtiyaç, kanun koyucuları, cezanın belirlenmesi sürecinin bütün aşamalarında, bunu göz önünde bulundurmaya itmektedir. Kanun koyucu, yasama aşamasında, değişik suçlara ne tür müeyyidelerin uygulanabileceği sorunu ile uğraşmaktadır. Bireyselleştirme faaliyeti, yasama aşamasından itibaren başlamakta ve yasama bireyselleştirmesi olarak isimlendirilmektedir<sup>584</sup>.

Yasama aşamasında herkes için öngörülen, tipik bir kural ile ortaya konulmuş, soyut bir tehdit durumunda olan ceza ikinci aşamada; yargılama sürecinde bu soyutluğunu terk eder, hâkimin kararında somut bir nitelik kazanır. Söz konusu aşamada ceza, suça geçmişte neden olunan bir fiil, suçluya da ferden belirli bir süje olarak yaklaşır<sup>585</sup>. Hâkim, somut cezayı sanık için tespit etmekle, devletin ceza verme hakkını gerçekleştirmiş olmaktadır<sup>586</sup>. Hâkim, keyfi davranamaz ancak yargılama aşamasında cezayı belirlerken takdir yetkisi kullanacaktır.

<sup>582</sup>Cezanın, hâkim tarafından belirlenmesinden sonra, infaz aşamasında hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılması, cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine dönüştürülmesi, konuta infaz, geceleri veya hafta sonu infaz gibi özel infaz şekillerinde yapılması, koşullu salıverme imkânından yararlandırılması gibi kurumlar cezanın belirlenmesinden çok cezanın bireyselleştirilmesi müesseseleridir.

<sup>583</sup>Önder, 1992: 552; Özbek, 2005: 570; Demirbaş, 2009: 609; Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, 2011: 871; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 560; Öztürk/Erdem, 2006: 318; Hakeri, 2012a: 602; Dönmezer/Erman, 1999: 89, Koca Üzülmüş, 2012: 559; Özbek vd, 2010: 600; Aldemir, 2006: 31

<sup>584</sup>Bellavista, 1975: 166

<sup>585</sup>Erem/Danışman/Artuk, 1997: 759

<sup>586</sup>Önder, 1992: 474

Hâkimin bu aşamada kullandığı takdir yetkisi, cezaların bireyselleştirilmesiyle doğrudan ilişki içindedir. Bu nedenle bireyselleştirme faaliyetini gerçekleştirecek olan hâkimdir<sup>587</sup>. Sabit ceza öngörmeyen kanunun, sadece somut olayı inceleyen yargı makamının, ceza normu kapsamına giren fiile ve faile uygun cezayı tayin etmek için yetkilendirilmesi sistemine “mahkeme yoluyla cezanın bireyselleştirilmesi” (yargı yoluyla bireyselleştirme) de denir<sup>588</sup>.

Cezanın bireyselleştirilmesinin<sup>589</sup> bir diğer aşaması ise, cezanın infazı sırasında, bu cezanın suçlunun kişiliğine uydurulması amacıyla yapılan faaliyetler ve uygulanan programlardır. Ceza infaz kurumlarında mahkûmların sınıflandırılması, kişiliklerine göre farklı iyileştirme rejimi uygulanması, iyileşme göstermedikçe kapalı cezaevinden, açık ceza infaz kurumlarına ayrılamamaları ve koşullu salıvermeden yararlanamamaları, cezanın infaz sırasında bireyselleştirilmesi kapsamındaki işlemleri oluşturmaktadır. İdari bir birim tarafından yapıldığı için, buna, öğretici tarafından “idari bireyselleştirme” de denilmektedir<sup>590</sup>.

Her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesi üç aşamada kendini göstermekte ise de; devletin somut cezalandırma yetkisinin belirgin nitelik kazandığı, kanundaki soyut sınırlardan ayrılarak vücut bulduğu, infaz aşamasındaki bireyselleştirmeye de temel oluşturacak iskeletin ortaya konulduğu aşama; suçun işlenmesiyle ortaya çıkan yargılama ve hüküm verme aşamasıdır. Yargılama aşaması başlarken, cezanın türü ve miktarı belirsizdir. Suçun cezası belirlenirken, işlenen fiil ile orantılı olarak ve cezanın amacına uygun bir ceza tayini önemlidir. Eğer fail işlediği fiilden ötürü ödediği bedel yüzünden, tekrar suç işlemekten kaçınırsa, hem cezadan beklenen fayda sağlanmış hem de fail artık ıslah olmuş ve topluma yeniden kazandırılmış demektir<sup>591</sup>. Durum böyle iken cezada adaleti sağlayan, suçla orantılı, suç-ceza dengesini<sup>592</sup> kuran, olaya vakıf olan tüm vicdanları tatmin eden, suçun niteliğine, ağırlığına uygun bir cezanın belirlenmesi gerekir.

<sup>587</sup>Toroslu, 2010: 148; Hafızoğulları, 1989: 481

<sup>588</sup>Şen, 2006: 195

<sup>589</sup>“Gelişen hukukla beraber cezaların ferdileştirilmesi esas modern ceza hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Cezaların ferdileştirilmesi demek, suç dolayısıyla, suçluya tatbik edilecek müeyyidenin, ceza hukuku gayelerine müeyyideden beklenen maksada göre suçlu şahsa uydurulabilmesidir. Diğer bir deyişle suçun maddi görünümü esas alınıp geçmişle meşgul olmak yerine geleceğe önem vererek suçlunun kişiliğini, suçu oluşturan ve kişiliğinde saklı bulunan iç etkenleri dikkate alarak ona ceza tayinidir.” YCGK 18.06.1984 t. 1984/3-104 E, 1984/230 K

<sup>590</sup>Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563; Dönmezer/Erman, 1999: 577; Yurtcan, 1998: 262

<sup>591</sup>Arıcan, 2009: 87

<sup>592</sup>Cumhurbaşkanı Gül, şike cezasının indirilmesini öngören yasayı “suç ve ceza dengesini yetersiz bulunduğu için” veto ettiğini söyledi. <http://siyaset.milliyet.com.tr/gul-yasada-suc-ve-ceza-dengesi-yetersizdi/siyaset/siyasetdetay/05.12.2011/1471358/default.htm> (E.T. 6.2.2012)

## B. CEZANIN SOYUT BELİRLENMESİ

### 1. Genel Olarak

Cezanın soyut belirlenmesi, öncelikle bütün suçlar için cezaların genel türlerinin, sınırlarının ve belirleme esnasında geçerli genel kuralların kanun koyucu tarafından öngörülmüş olmasıdır. Cezanın, her bir suç için kanunun ilgili maddesinde belirlenmiş olmasını da ifade eder. Cezaların soyut olarak belirlenmesinde, “*suçun ağırlığının göz önünde tutulması, her suçun, cezasıyla orantılı bulunması*” gerekir. Öncelik suçun ağırlığına verilmekle birlikte, “*korunan hukuksal değer, suçun işlenmesindeki yaygınlık, cezanın önleme işlevi ve diğer özellikler de*” gözetilmelidir<sup>593</sup>.

### 2. Cezanın Soyut Genel Belirlenmesi

Cezanın soyut olarak belirlenmesi, kendi içinde iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşamada kanun koyucu, cezalar ve güvenlik tedbirlerini, türlerine ve ağırlıklarına göre kanunda belirler. Buna soyut genel belirleme denir. İkinci aşamada, kanunda tanımlanan her suç için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebileceği belirlenir. Buna da soyut özel belirleme denir. Bu anlamda, aynen ceza hukukunun genel ve özel kısımları ayırımında olduğu gibi, cezanın soyut genel belirlenmesi ceza hukukunun genel hükümler kısmında, cezanın soyut özel belirlenmesi de ceza hukukunun özel hükümler kısmında, her suçu düzenleyen müstakil maddelerde yer alır. Soyut genel belirleme, tıpkı diğer genel hükümler gibi, özel hükümlerde aksi düzenlenmiş olmadıkça tüm suçlar açısından geçerlidir. Her suç için belirlenen ceza veya güvenlik tedbiri, kanunda gösterilen türden ve kanunda belli edilen sınırlar içinde olmalıdır. Cezaların soyut genel ve soyut özel olarak belli edilip saptanmasında bilimsel ve yararçı ölçüler esas tutulur. Ancak, cezada öncelikle suçun ağırlığı, güvenlik tedbirinde ise suçlunun toplum için gösterdiği tehlike göz önünde bulundurulur<sup>594</sup>.

Cezaların soyut olarak ve genel bir şekilde belirlenmesi ilk olarak kanun koyucuyu bağlar. Çünkü kanun koyucu genel kısımda öngörülmeyen bir ceza türünü özel kısımda düzenlememeli ve genel yukarı sınırın ötesine varacak bir ceza miktarını da, yine özel kısma koymamalıdır. Her suç karşılığında tespit olunan cezanın, kanunda gösterilen türden olması

<sup>593</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 560; Doğan, 2007: 277

<sup>594</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 561

gerektiği gibi, yine kanunda gösterilen genel sınırlar içinde kalması zorunludur. Sonuç olarak, belirli bir suçun karşılığında gösterilen cezanın sadece türü belirlenmiş olup süresi veya miktarı gösterilmemiş ise cezanın tayininde genel alt ve üst sınırlar uygulanır. Bu genel sınırların aşılması suçun nitelikli halleri dolayısıyla, kanunun buna açıkça müsaade ettiği durumlarda mümkün olabilir<sup>595</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında cezanın soyut belirlenmesi sırasında kanun koyucunun hangi noktalara dikkat etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu karara göre; “Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içerisinde kanunda belirlenmesi ceza hukuku esaslarındandır. Cezanın miktar ve çeşidinin belli edilmesi kanuna bırakılmış; kanun koyucu bu yetkiyi kullanırken, toplumun gereklerini, Anayasa ve ceza hukukunun evrensel ve genel ilkelerini, hak ve nesafet kurallarını, insan hakları değerlerini, orantılılık konusunu göz önünde bulundurmalıdır.<sup>596</sup>” Mahkeme bu şekilde cezanın soyut genel belirleme kriterlerine vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında; “Cezanın hesaplanması, biri kanun koyucuya, öteki onu uygulayacak mahkemelere ilişkin olmak üzere iki ayrı evreyi kapsar. Soyut olan birinci evrede, kanun koyucu önce, suçlara uygulanacak olan ceza ve emniyet önlemlerinin oran ve türlerini genel ve soyut olarak kanunda belli eder. Cezaların genel ve soyut ya da özel ve soyut olarak belli edilip saptanmasında, suçun ağırlığının göz önünde tutulması, her suçun cezasıyla orantılı bulunması gerekir. Ancak, cezanın mahkemelerce uygulanması evresinde hâkim, yalnız suçun ağırlığını ya da hafifliğini değil, suçu işleyenin kişiliğini de göz önünde tutarak, kanunun o eylem için alt ve üst sınırlarını belirleyip saptadığı cezayı, buna göre takdir etmek durumundadır. Her suç için bir tehdit ve dolayısıyla önleme aracı olarak cezanın tür ve ölçülerini, önceden genel ve soyut ya da özel ve soyut biçimde belirleyip saptamak, Anayasa’nın 87. maddesiyle, kanun koyucuya tanınmış yetkiler arasında bulunmaktadır<sup>597</sup>”, diyerek cezanın soyut genel belirlenmesi konusunu açıklamıştır.

5237 sayılı TCK’da suç ve cezalar arasında suçun ağırlığı veya hafifliğine göre bir denge ve bir sistematik olduğu görülmektedir. Benzer suçlar arasında bir tasnife gidilmiş ve bu suçların cezaları arasında da bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Buna karşın Türkiye’de, ceza adaletinin kamuoyu nezdinde güvenilirliğini kaybetmiş olmasının en önemli nedeni

<sup>595</sup> Dönmezer/Erman, 1971: 81

<sup>596</sup> An. Mah.. 25.5.1967 t. ve 966/32, 967/13 (RG. 8.11.1967, S.12745)

<sup>597</sup> An. Mah.. 20.09.1990, E.1990/17, K.1990/23, AMKD, Sayı 26, Yıl 1992, s.373.

olarak, suç işleyenlerin hak ettikleri cezaları almadıkları düşüncesinin yaygınlığı, görülmektedir. Bu sonuç, bizzat Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 2009 Yargı Reformu Stratejisinde değişik şekillerde ifade edilmiştir<sup>598</sup>. Esasen birçok suç bakımından özellikle 2004 yılı reformundan sonra cezaların artırılması yoluna gidilmiştir.<sup>599</sup> Bu bakımdan Türkiye’de evrensel hukuk kıstası olan “orantılılık” açısından bakıldığında, suçlar için kanunda öngörülen cezaların yetersiz olduğunu söylemek mümkün değildir.

Cezaların genel ve soyut olarak tayin ve tespitinde göz önünde tutulan kriter, “*ilmi olmaktan çok, pratik*” bir nitelik taşır. Bununla beraber, suçun ağırlığı bu pratik ölçüye ilmi bir nitelik verebilir. Bu safhada sadece suçun ağırlığı göz önünde tutulup, suçlunun şahsiyetine bakılmadığı gerekçesiyle tam ilmi bir ölçünün kullanılmadığı iddia edilebilir. Cezanın kesin ve eşit olması prensibi ile orantılılık kriteri karşısında, her suçun cezasının önceden belli olması, bu belli cezanın işlenen suçun ağırlığına göre belirlenmiş bulunması ilmi olma konusunu destekler<sup>600</sup>.

Türk Ceza Kanunu açısından cezaların soyut genel belirlenmesi, ceza hukukunun genel hükümler kısmında yer alıp, kanunda suçlar için öngörülmüş olan ceza türlerini düzenleyen maddelerden oluşur<sup>601</sup>. Bu anlamda TCK’nın 45, 46, 47, 48, 49 ve 52. maddelerinde soyut genel belirleme yer almıştır. Türk ceza hukukunda cezalar; hürriyeti bağlayıcı cezalar ve adli para cezası olarak belirlenmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis, uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı<sup>602</sup> cezalar olarak belirtilmiştir. Süreli hapis cezasının alt ve üst sınırları kanunda belirtilmiştir. Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmedikçe bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenecek sonuç ceza (tüm nitelikli haller uygulandıktan sonra bulunacak ceza) otuz yıldan fazla olamaz<sup>603</sup>. Adli para cezasının alt ve

<sup>598</sup> Arıcan, 2009: 157; Aşcıoğlu, 2003: 30

<sup>599</sup> 5275 sayılı CGTİHK’nun yürürlüğe girmesiyle koşullu salıverme için ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre 2/3 e yükseltilmiştir.

<sup>600</sup> Dönmezer/Erman, 1971: 81

<sup>601</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm: Cezalar

<sup>602</sup> Bir yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olarak tanımlanmıştır.

<sup>603</sup> Bu durum, maddenin Hükümet Gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “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, bu durumda belirlenen sonuç cezaya yine de bir sınırlama gereği bulunmaktadır... Bu ihtiyaç nedeniyle 61.maddeye eklenen 7. Fıkra ile hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağı kabul edilmiştir” (Özgenç, 2005: 724).

üst sınırı ise beş gün ile yediyüzotuz gün arasında belirlenmiştir<sup>604</sup>. Bu sınır kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça geçerli olan sınırdır. Nitekim TCK'da birçok suç için bu sınırın üzerinde adli para cezası öngörülmüştür<sup>605</sup>.

### 3. Cezanın Soyut Özel Belirlenmesi

#### a. Genel Olarak

Soyut özel belirleme, kanun koyucu tarafından kanunda yer alan her bir suç tanımında öngörülen cezayı anlatır. Her suç tanımında hangi tür cezanın, hangi ağırlıkta yer alacağı sorunu, soyut özel belirleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçlar için öngörülen cezalar, soyut genel ceza türlerinden farklı olarak belirlenemeyecekleri gibi, kanunda açıkça yer alan ayırık durumlar dışında, soyut genel ceza da o tür için belirlenen üst sınırdan daha fazla olarak öngörülemez.

Suçlar için öngörülen soyut özel cezalar; sabit ceza (mutlak ceza), alternatifli ceza, birlikte ceza, alt sınırlı ve üst sınırlı ceza olarak düzenlenebilir. 5237 sayılı TCK'da bu belirleme şekillerinin hepsi de yer almaktadır. 5237 sayılı TCK'da, yukarıda belirtilen belirleme şekillerinden başka sadece cezanın türünün belirlendiği, sınırının belirlenmediği, sadece alt sınırın belirlenip üst sınırın belirlenmediği ya da sadece üst sınırın belirlenip alt sınırın belirlenmediği cezalar da mevcuttur.

#### b. Sabit Cezalar

Kesin ceza, suçun karşılığı olarak kanunda gösterilen ve takdire yer bırakmayan, seçeneği, alt ve üst sınırı olmayan, suç işlendiğinde karşılığı bir kesinliği ifade eden cezadır. 5237 sayılı TCK'da bu tür cezalar, ağırlığı olan bazı suçlara ilişkin olmak üzere çok az sayıda

<sup>604</sup> Bu sınır Alman hukukunda beş ile üçyüzaltmış; Polonya'da on ile üçyüzaltmış, Danimarka'da bir ile altmış gün arasındadır.

<sup>605</sup> 5237 sayılı TCK'da, adli para cezasının yediyüzotuz gün olan üst sınırını aşan cezaları içeren suç maddeleri şunlardır: 79/1, 80/1, 91/4, 107/1, 109/4, 133/3, 142/3, 154/1, 155/2, 157/1, 158/1, 164/1, 165/1, 174/1, 186/1, 188/1, 188/3, 188/7, 226/2, 226/3.cümle 1, 226/3.cümle 2, 226/4, 226/5, 227/1, 227/2, 238/1, 239/1, 244/4, 245/1, 245/2, 245/3, 282/1, 289/1, 305/1, 308/3, 322/1, 322/4, 323/4, 333/1.



düzenlenmiştir<sup>606</sup>. Kanunda, kesin rakamla ifade edilen süreli hapis ve adli para cezası öngörülmemiştir. Bu tür cezalar alt ve üst sınırlı (makas aralıklı) olarak belirlenmiştir<sup>607</sup>.

### c. Seçenekli Cezalar

Seçenek (alternatifli) cezaların düzenlendiği durumda, suçun karşılığı olarak birden fazla ceza türü seçenekli bir şekilde kanunda yer almaktadır. Hâkime, bu türlerden birini seçip uygulama yetkisi verilmektedir. Hâkim, bu ceza türleri arasından seçim yaparken gerekçesini de göstermelidir<sup>608</sup>. 5237 sayılı TCK'da bu tür seçenekli ceza birçok suç için öngörülmüştür<sup>609</sup>. Kanunda, soyut genel belirlemede hapis ve adli para cezası olarak iki tür ceza öngörüldüğünden, soyut özel belirlemede de bu iki tür ceza arasında seçenek oluşturulmuştur. Seçenekli cezalar, daha çok ağırlığı olmayan, hafif nitelikli suçlar bakımından öngörülmüştür<sup>610</sup>.

### d. Birlikte Cezalar

Birlikte ceza, kanunda tanımlanan suçun karşılığı olarak, birden fazla ceza türünün birlikte öngörüldüğü durumlardır<sup>611</sup>. Burada, hâkimin, ceza türleri arasında seçim hakkı yoktur. Hakim, suç için öngörülen birden fazla ceza türünü de (hem hapis hem de adli para cezası) uygulayarak cezayı belirler. 5237 sayılı TCK'da hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü suçlar mevcut olup, bunlar daha çok ekonomik kazanç sağlama amacı ile işlenen

<sup>606</sup> 5237 sayılı TCK'da kesin cezalar, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası olarak yer almıştır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin kanun maddeleri şunlardır: 76/2, 77/1a, 82/1, 103/7, 303/2, 307/2, 307/5, 309/1, 310/1, 311/1, 312/1, 313/2 c.1, 313/3, 328/2, 330/2, 335/2, 337/2, 340/1 c. 2; Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin kanun maddeleri şunlardır: 81/1, 95/4, 302/1, 303/1, 306/1, 317/1, 326/2, 327/2, 330/1, 333/2. Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>607</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>608</sup> “Yapılan incelemede, 765 sayılı TCK'nın 456/4. maddesinde yer alan hapis ve para cezasından birisinin takdir ve tayini mahkemeye aittir. Hapsin paraya tercih edilmesinin sebebi hüküm yerinde ayrıca belirtilmemiş ise de, gerekçe bölümünde olayın izahı yapılmış ve sanığın dayanaksız bir kuruntuya kapılarak babasının dövüleceği zannıyla hemen harekete geçip mağduru haksız yere dövdüğü açıklanmıştır. Bu izahıtan, hapsin tercihine dayanak olan kanuni gerekçeyi çıkarmak mümkündür. Şu hale göre, takdirin izahsız bırakıldığı söylenemez”. YCGK. 2.4.1973, 2/52 (Önder, 1992: 621).

<sup>609</sup> 5237 sayılı TCK'da yer alan seçenekli cezalar (hapis veya adli para cezası) öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri şunlardır: 86/2, 89/1, 98/1, 99/2 c. 2, 100/1, 105/1, 106/1 c. 2, 116/2, 117/2, 124/1, 125/1, 132/1 c. 1, 132/3, 133/2, 134/1, 151/1, 153/2, 159/1, 160/1, 163/1, 164/1, 166/1, 170/2, 175/1, 176/1, 177/1, 178/1, 181/4, 183/1, 203/1, 206/1, 217/1, 243/1, 259/1, 263/1. Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>610</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>611</sup> TCK'nın 157. maddesinde, dolandırıcılık eyleminin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Bu nedenle suçun basit şeklinin gerçekleştiği hallerde fail hem hapis hem de adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Adli para cezasının altı sınırı TCK'nın 52/1. maddesi gereğince beş gündür. (Bilen, 2012: 285)

suçlardır<sup>612</sup>. Bu tür suçlarda öngörülen adli para cezalarının üst sınırı, genel soyut belirlemedeki adli para cezasının yedi yüz otuz gün olan üst sınırın çok üzerine çıkılarak belirlenmiştir<sup>613</sup>.

### e. Alt ve Üst Sınırlı Cezalar

5237 sayılı TCK'da suçların karşılığı olarak öngörülen hapis ve (veya) adli para cezalarında büyük çoğunlukla cezanın alt ve üst sınırı gösterilerek soyut özel belirleme yoluna gidilmiştir<sup>614</sup>. Hapis ve (veya) adli para cezasını gerektiren bazı suçlarda yalnızca üst sınır gösterilmiş iken<sup>615</sup>, diğer bazı suçlarda ise yalnızca alt sınır gösterilmiştir<sup>616</sup>. Birinci durumda cezanın alt sınırı, suçun soyut genel belirlemedeki alt sınırına göre (hapiste bir ay, adli para cezasında beş gün); ikinci durumda ise, cezanın üst sınırı, soyut genel belirlemedeki cezanın üst sınırına göre (hapiste yirmi yıl, adli para cezasında yedi yüz otuz gün) belirlenir.

TCK'da ayrıca bazı suçlara ilişkin cezaların alt ve üst sınırlarının her ikisi de gösterilmemiştir<sup>617</sup>. Bunlar sadece adli para cezası türüne özgüdür. Bu tür belirleme genellikle hapis veya adli para cezasına hükmedilecek, başka bir deyişle bu cezaların seçenek olarak düzenlenmiş olduğu hallerde söz konusudur. Adli para cezası, soyut genel belirleme ilkelerine

<sup>612</sup> 5237 sayılı TCK'da hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü suçlara ilişkin kanun maddeleri şunlardır: 79/1, 80/1, 91/4, 107/1, 109/4, 133/3, 142/3, 154/1, 155/1, 155/2, 156/1, 157/1, 158/1, 165/1, 174/1, 186/1, 187/1, 188/1, 188/3, 188/7, 197/1, 197/2, 199/1, 199/2, 200/1, 219/1, 219/2, 226/1, 226/2, 226/3 cümle 1, 226/3 c. 2, 226/4, 226/5, 227/1, 227/2, 228/1, 237/1, 239/1, 240/1, 244/4, 245/1, 245/2, 245/3, 255/1, 282/1, 289/1, 305/1, 308/3, 322/1, 322/4, 323/4, 333/1. 246 Örneğin: Göçmen kaçakçılığı suçu (TCK m. 79/1) için 10.000 güne kadar, İnsan ticareti suçu (TCK m. 80/1) için 10.000 güne kadar, Organ ve doku ticareti suçu (TCK m. 91/4) için 10.000 güne kadar adli para cezası. (Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562)

<sup>613</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>614</sup> 5237 sayılı TCK'da alt ve üst sınırları belirtilmiş adli para cezası öngörülen suç bulunmamaktadır.

Ancak alt ve üst sınırı belirlenmiş hapis cezaları TCK'nın genel ceza karakterini oluşturmakta olup yaklaşık 340 değişik madde ve fıkrada bu ceza türü tercih edilmiştir.

<sup>615</sup> 5237 sayılı TCK'da yalnızca üst sınırı gösterilerek (alt sınırı gösterilmeyen) hapis cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri: 90/4, 91/2, 91/6, 98/1, 99/2 c.2, 100/1, 121/1, 133/2, 142/3, 160/1, 166/1, 174/3, 175/1, 177/1, 179/2, 196/1, 215/1, 228/1, 231/2, 232/2, 243/2, 259/1, 271/1, 278/1, 280/1, 284/1, 289/4.

5237 sayılı TCK'da yalnızca üst sınırı gösterilerek (alt sınırı gösterilmeyen) adli para cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri: 79/1, 80/1, 91/4, 107/1, 109/4, 117/2, 133/3, 142/3, 154/1; (Aldemir, 2006: 33)

<sup>616</sup> 5237 sayılı TCK'da yalnızca alt sınırı gösterilerek (üst sınırı gösterilmeyen) hapis cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri: 77/1(b-h), 102/5, 103/6, 181/4, 188/1.

5237 sayılı TCK'da yalnızca alt sınırı gösterilerek (üst sınırı gösterilmeyen) adli para cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddesi: 117/2.

<sup>617</sup> 5237 sayılı TCK'da alt ve üst sınırların her ikisi de gösterilmeden adli para cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri: 86/2, 89/1, 98/1, 99/2 c.2, 100/1, 105/1, 106/1 c.2, 116/2, 117/1, 124/1, 125/1, 132/1 c.1, 132/3, 133/2, 134/1, 151/1, 153/2, 155/1, 156/1, 159/1, 160/1, 163/1, 163/2, 166/1, 170/2, 175/1, 176/1, 177/1, 178/1, 181/4, 182/1 c.1, 187/1, 197/2, 199/1, 200/1, 203/1, 206/1, 217/1, 219/1, 219/2, 226/1, 228/1, 237/1, 240/1, 243/1, 255/1, 259/1, 263/1. (Aldemir, 2006: 33)

göre değil, o maddedeki hapis cezasının alt ve üst sınırına göre belirlenecektir<sup>618</sup>. Hapis cezası türünde, alt ve üst sınırlarından her ikisinin de gösterilmediği ceza içeren bir madde TCK'da bulunmamaktadır<sup>619</sup>.

Gerek seçenekli, gerekse alt ve üst sınırlı cezada, cezanın türünün seçimi ve iki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu tarafından, adli para cezalarındaki gün aralığı ile hapis cezalarındaki alt ve üst sınır aralığının birçok suçta oldukça geniş tutulduğu tartışmasızdır. Bununla, hâkime, temel cezanın belirlenmesinde geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu durum, insanlardaki adalet duygusunu rahatsız edecek nitelikte farklı uygulamalara yol açabilir. Ancak, hâkime bırakılan bu geniş takdir yetkisi, cezanın bireyselleştirilmesi yönünden bakıldığında yerinde görülebilir. Üstelik bu yetki sınırsız da değildir. Her şeyden önce alt ve üst sınırlar soyut genel ve soyut özel olarak belirlenmiştir. Öncelikle bu sınırlar aşılamaz. Öte yandan hâkim, iki sınır arasında temel cezayı belirlerken, TCK'da gösterilen (TCK m.61/1) kriterleri kullanmak ve gerekçe göstermekle yükümlüdür. Bu kurallar, öngörülen sakıncaları giderecek niteliktedir.

Suçlar bakımından cezaların alt ve üst sınırları yaptırımın bireyselleştirilmesine (TCK m. 61) olanak vermek üzere düzenlenmiştir. İşlenen suçların artış göstermesi karşısında temel cezanın artırılmasına olanak veren bu düzenlemede alt-üst sınır arasındaki aralığın niceliği bakımından bir ile onüç yıl arasında değişen farkların olduğu görülmektedir. Suçların, toplumsal risk ve ciddiyet derecelendirilmesine tabi tutulması ve yaptırımsal farklılıkları içermeleri doğaldır. Her suça özgü yaptırımın alt-üst sınırları arasındaki makasta beliren ve görünüşte suçların ciddiyetine oranı gibi mantıki bir açıklaması olmayan bu yaklaşım bir eleştiri odağı oluşturmaktadır. Cezanın belirlenmesi (TCK m. 61) sürecinde, aynı suça özgü hükmedilen cezalar arasında farklılıkların, “*eşitlik ilkesini*” ihlal eden sonuçlar doğuracağı iddia edilmiştir<sup>620</sup>. Fiil, fail ve fiilin işlenme biçimlerindeki çeşitlilik, uygun cezanın belirlenmesi bakımından cezaların alt ve üst sınırlarının varlığını, cezanın belirlenmesindeki kriterler ve ilkeler çerçevesinde kalınarak alt-üst sınırlar içerisinde cezanın tespitini zorunlu kılmaktadır.

<sup>618</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563

<sup>619</sup> Alman Ceza Kanununda bu şekilde alt ve üst sınırları belirlenmemiş hapis cezalarına da yer verilmiştir. Hâkime verilen takdir yetkisinin genişliği kadar o suç için cezanın çok geniş bir çerçevede belirlenebilmesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda hapis cezasının alt sınırının 1 ay üst sınırının 15 yıl olduğu düşünüldüğünde makasın ne kadar geniş olduğu görülecektir. StGB Art. 38. (CH BECK, 1994:28)

<sup>620</sup> Yücel, 2010: 310

Yaptırımların dağılımına bakıldığında, hapis cezasına fazlaca başvurulduğu ve bu yaklaşımın ceza uygulamasına egemen olduğu görülmektedir. Sorun, mevcut seçeneklerin yeterince kullanılıp kullanılmadığıdır. Kuşkusuz, hapis cezasına başvurmayı ve süresini azaltmağa odaklanmış bir siyaset (seçeneklerin varlığı) hâkimlerin kalpleri ve akıllarında yankılanmalı, onlarca kabul görmelidir<sup>621</sup>. 5237 sayılı TCK'da ağırlıklı olarak bir maddede tek ceza tipi seçilmiştir. Suçun karşılığı olarak sadece hapis cezası ya da sadece para cezası öngörülmüştür<sup>622</sup>. Soyut ceza belirlemede ana tercihin süreli hapis cezası yönünde olduğu, tartışmasız bir şekilde görülmektedir<sup>623</sup>. Burada kanun, cezanın alt ve üst sınırını belirlemiş olabileceği gibi, sadece alt ya da sadece üst sınırı belirtmiş de olabilir. Bu sonuç, o maddedeki cezanın alt-üst sınırı belirlenmiş ceza olmadığını göstermez. Artık, özel maddede belirlenmemiş alt ya da üst sınırlar yerine, genel soyut belirleme maddesindeki sınırlar geçerli olacaktır. Kanaatimizce, cezaların alt ve üst sınırlar arasındaki miktarların açık olması, eşitlik ilkesine aykırı olmak bir tarafa, vaka çeşitliliğinin bu kadar fazla olduğu (suç işleme türlerinin değişkenlik göstermesi), geniş coğrafya ve kültüre sahip Türkiye'de hâkimin gerçek eşitliği sağlamasına yardımcı olacak ve somut olayda orantılılığı sağlama açısından, elini güçlendirecektir.

<sup>621</sup> Yücel, 2010: 311

<sup>622</sup> 5237 sayılı TCK'nda yalnızca adli para cezası öngörülen iki suç; çevrenin taksirle kirletilmesi (TCK m. 182/1-1) ve muhafaza görevini kötüye kullanma (TCK m. 289/3).

5237 sayılı TCK'nda yalnızca hapis cezası öngörülen suçlara ilişkin kanun maddeleri şunlardır: 77/1(bh), 78/1 c.1, 78/1 c. 2, 83/3, 84/1, 84/2, 84/3, 85/1, 86/1, 87/3, 87/4, 89/, 90/1, 90/4, 91/1 c. 1, 91/1 c. 2, 91/2, 91/5, 91/6, 94/1, 94/2, 94/3, 95/3, 96/1, 96/2, 97/1, 98/2, 99/1, 99/2 c.1, 99/3 c.1, 99/3 c.2, 99/4 c.1, 99/4 c.2, 99/5, 101/2, 102/1, 102/2, 102/5, 103/1, 103/2,103/6, 104/1, 106/1 c.1, 106/2, 109/1, 109/2, 112/1, 113/1, 114/1, 114/2, 115/1, 116/1, 116/4, 117/1, 117/4, 118/1, 118/2, 120/1, 121/1, 122/1, 123/1, 124/2, 132/1 c.2, 132/2, 133/1, 134/2, 135/1, 136/1, 138/1, 141/1, 142/1, 142/2, 148/1, 149/1, 152/1, 153/1, 161/1, 162/1, 170/1, 171/1, 172/1, 172/3, 172/4, 173/1, 173/2, 174/3, 179/1, 179/2, 180/1, 181/1, 181/2, 182/1 c.2, 182/2, 184/1, 184/2, 185/1, 185/2, 190/1, 190/2, 191/1, 193/3, 194/1, 195/1, 196/1, 197/3, 199/3, 202/1, 202/2, 204/1, 204/2, 205/1, 207/1, 208/1, 209/1, 213/1, 214/1, 214/2, 215/1, 216/1, 216/2, 216/3, 220/1, 220/2, 220/8, 222/1, 223/1, 223/2, 223/3, 224/1, 225/1, 229/1, 230/1, 230/3, 230/5, 230/6, 231/1, 231/2, 231/2, 232/1, 232/2, 236/1, 239/4, 241/1, 243/3, 244/1, 244/2, 247/1, 250/1, 250/2, 250/3, 251/2, 252/1, 257/1, 257/2, 258/1, 260/1, 261/1, 262/1, 264/1, 265/1, 265/2, 267/1, 267/7, 271/1, 272/1, 272/2, 272/3, 275/1, 276/1, 278/1, 279/1, 280/1, 281/1, 283/1, 284/1, 285/1, 285/4, 287/1, 288/1, 289/4, 290/1, 291/1, 292/1, 292/2, 294/1, 294/2, 294/8, 295/2, 296/1, 297/1, 297/2, 298/1, 299/1, 300/1, 300/2, 301/1, 301/2, 304/1, 306/1, 306/3, 306/4, 307/1, 307/3, 307/4, 308/1, 313/1 c.1, 313/1 c.2, 313/2 c.2, 314/1, 314/2, 315/1, 316/1, 318/1, 319/1, 319/2, 320/1, 320/3, 321/1, 323/1, 323/2, 324/1, 325/1, 326/1, 327/1, 328/1, 329/1, 329/2, 329/3 c.1, 329/3 c.2, 331/1, 332/1, 332/2, 333/3, 333/4, 334/1, 334/2, 335/1, 336/1, 336/2, 336/3 c.1, 336/3 c.2, 338/1, 338/2, 339/1, 339/2, 341/1. (Aldemir, 2006: 33)

<sup>623</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 563

## C. CEZANIN SOMUT BELİRLENMESİ

### 1. Genel Olarak

Failin bir suç tipini ihlali anından itibaren muhakeme hukuku kurallarına göre yürüyen ve organik bir bütün teşkil ederek ceza hukukunu dinamik hale getiren yargılamadan sonra, yaptırım (müeyyide) safhasına geçilecektir. Bu safhada; ceza çeşidinin seçilmesi, temel cezanın tayini, olası kast veya bilinçli taksir etkisinin yansıtılması, suçun nitelikli hallerinin uygulanması, cezaya etki eden nedenlerin uygulanması, cezanın hesaplanması, mahsup gibi aşamalar mevcuttur<sup>624</sup>.

Sanığı somut eyleminden dolayı yargılayan hâkim, yargılamayı bitirdikten sonra, sanığı suçlu bulursa hakkında bir ceza yaptırımını uygulaması yoluna gidecektir. Hâkimin yargılama yaptığı suçla ilgili sanık için ceza belirlemesine; cezanın saptanması denilir. Somut cezanın saptanması niteliğindeki bu işleme “cezanın hesaplanması” veya “cezanın mahkemece tayini” ya da “cezanın somut belirlenmesi” de denilmektedir<sup>625</sup>. Burada sadece ceza saptanmakla kalmayıp, asıl ceza tayini yanında sanığa cezaya ek olarak belirli yükümlülükler de yüklenebilir. Bu aşamada cezanın ertelenmesi veya başka bir ceza veya güvenlik tedbirine çevrilmesi de mümkündür. Ceza vermek hakkının saklı tutularak ikazda bulunulması<sup>626</sup>, ceza vermektan kaçınılması (seçenek yaptırımlara hükmetmek ya da hükmün açıklanmasını geri bırakmak), doğrudan güvenlik tedbirlerine hükmetmek de söz konusu olabilecektir. Bu nedenlerle, Alman öğretisinde de kullanılan “cezanın tayini” (StZ: Strafzumessung-Strafbemessung) terimi yetersiz bulunmaktadır<sup>627</sup>. Kanaatimizce, son dönemdeki gelişmeler ve yeni yaptırım biçimleri, alternatif çözüm yöntemleri ve değişik infaz usulleri ortaya çıkmış olması dikkate alındığında, daha geniş bir çerçeveyi içine alacak bir ifade daha uygun olacaktır. Bu ifade, çift izli yaptırım sisteminin geçerli olduğu (cezalar ve güvenlik tedbirleri) hukuk düzenlerinde kullanılması gereken, “yaptırımın tespiti” ifadesidir Ancak konumuz, TCK’nın 61, 62 ve 63. maddeleri anlamında sadece “cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi” olduğundan, bundan sonraki anlatımlarda “cezanın belirlenmesi” ifadesini kullanmak daha uygun olacaktır<sup>628</sup>.

<sup>624</sup> Önder, 1992: 551

<sup>625</sup> İçel vd, 2002: 136; Dönmezer/Erman, 1999: 89

<sup>626</sup> 765 sayılı TCK’daki Adli tevbih gibi.

<sup>627</sup> Jescheck, 2007: 72; İçel vd, 2002: 136

<sup>628</sup> Konuyu bu şekilde sınırlamak gerektiğinden mahsup, hapis cezalarının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevrilmesi konularına kısaca değinilmiştir.

Bazı ülke kanunları, hâkimin somut cezayı tespit ederken ne gibi konuları göz önünde bulundurması gerektiğine yönelik kriterleri belirlemezler. Buna karşılık yapılan yeni düzenlemeler, somut cezanın hâkim tarafından tayininde, fail ve fiil ile ilgili olarak bazı özellikler tespit etmeye çalışmaktadır. Bu tespitlerin birçoğunun, yeni kanunların büyük kısmında aynı ya da benzer olduğu görülmektedir. Son gelişmeler, bu şekilde kriter belirleme yönünde ise de, konu ceza hukukunda tartışılmış, yol gösterici nitelikte özelliklerin kanunda yer almasının gerekliliği ve amaca uygun olduğu değerlendirilmiştir.

Gerçekten, ceza tayininde hâkime ışık tutacak esasların gerekli olmadığı, hâkimin, bu konuları uygulamadan, bilimsel eserlerden esasen bildiği, bu esasların genel nitelik göstermeyip her olayı kapsamına alamadığı, bütün özelliklerin kanun koyucu tarafından belirlenebilmesinin imkânsızlığı vurgulanmıştır. Böyle bir uygulamanın, amaca da uygun bulunmadığı, belirtilecek bu konuların nispi bir nitelik taşıyacağı, gerçeğin ise olayın incelenmesiyle ortaya çıkabileceği, bir yandan hâkime ışık tutalım derken diğer yandan hâkimin takdir yetkisinin etkileneceği ileri sürülmüştür. Keskin sınırlar göstermek isterken, cezayı bireyselleştirme açısından eksik kalmaya mahkûm bir sistemin ortaya çıktığı belirtilmiştir. Kanun maddesinde belirtilen bir konuyu, tek olarak ele almanın anlam taşımadığı, olayın bütün özelliklerinin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenlerle kriterler belirlenmek suretiyle hâkimin bunlar çerçevesinde cezayı belirlemesi gereğini içeren böyle bir sistemin amaca uygun bulunmadığı açıklanmıştır<sup>629</sup>. Suç çeşitliliği yanında yaptırım çeşitliliğinin de arttığı yeni dönemde bu fikirleri savunmak mümkün değildir.

Cezanın somut belirlenmesi aşamasında, cezayı tespit edecek olan hâkim, sadece suçun ağırlığını veya hafifliğini değil, fakat sanığın kişiliğini de göz önünde tutarak, cezayı buna uydurmak durumundadır. Kanunun, hâkime her suç hakkında istediği cezayı tayin konusunda yetki vermesi ve böylece keyfî cezalar sistemini benimsemesi kabul edilemezse de; aynı şekilde, kanunun sabit cezalar sistemini benimseyerek, hâkimi, cezayı suçlunun kişiliğine ve fiilin daima değişiklik gösterebilen durumuna uydurabilmek imkânından yoksun bırakması da mümkün değildir<sup>630</sup>.

---

<sup>629</sup> Önder, 1992: 554

<sup>630</sup> Dönmezer/Erman, 1971: 81

Cezaların gerçek anlamda bireyselleştirilmesini sağlamak amacıyla, sanık hakkında bilgi toplamaya yönelik yasal yöntem ve olanaklar geliştirilmelidir<sup>631</sup>. Cezanın belirlenmesi açısından kesin cezalar sistemi benimseyerek hâkimi mekanikleştirmesi ve yargılamayı (suçun sübuta ermesi sorunu dışında) adeta sonucu belli bir sürece dönüştürmesi, hâkimi dört işlem yapan bir matematikçiye benzetmesi, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine taban tabana zıt bir yaklaşımdır<sup>632</sup>. Cezaların miktarının saptanmasının, hiçbir kriter getirilmeden tamamen hâkimin takdirine bırakılması, takdirin genişliğine paralel olarak hataları çoğaltacağı gibi; kişisel takdirler sonucu aynı suça çok farklı cezalar verilmesine neden olabilir. Buna karşılık aynı suçu işleyenler için değişmez cezaların (sabit cezalar sistemi) öngörülmesi ise, suçun işleniş biçimi ile koşullarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten etkenleri göz önüne alma olanağı vermeyeceğinden, hâkimi sadece hükümde yazılı cezayı bildiren bir konuma koyarak cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız kılar.<sup>633</sup>

Bu açıdan 5237 sayılı TCK'nın cezanın belirlenmesinde belli kriterler belirleyen, takdire yer verip, bunu çerçeveleyecek ilke ve halleri gösteren sistemi<sup>634</sup> amaca uygun görünmektedir. Hâkim, somut (sonuç) cezayı tayin ederken, ceza hukukunun temel esaslarını ve özellikle takdir yetkisinin nitelik ve sınırını, yasal ve takdire bağlı artırma veya indirme nedenleri ile bu konuda izlenecek sırayı göz önünde tutmak zorundadır<sup>635</sup>.

<sup>631</sup> Arıcan, 2009:158

<sup>632</sup> Kanun koyucunu bu soyut belirlemelerinin yanında uygulamadaki ceza tercihleri ise şu şekilde gerçekleşmektedir:

Yaptırımlar Dağılımı(2008)

Türü	Sayısı	%
Hapis	325.940	38.5
Hapis ve adli para	50.166	5.9
Adli para	284.236	33.6
Hapis paraya çev.	60.305	7.1
Hapis tedbire çev.	35.434	4.2
Hapis-erteleme	89.635	10.6(*)

(\*) erteleme 2004 yılında (%25), 2005 yılında (%26) iken azalma kaydetmiştir. (Arıcan, 2009:158)

<sup>633</sup> Dönmezer/Erman, 1971: 81; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563-566

<sup>634</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nın 1990 yılındaki değişiklikten sonraki hali de bu şekildedir.

<sup>635</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 563-566

5237 sayılı TCK'nın, cezanın belirlenmesini sağlayan kriterler bakımından, 765 sayılı TCK'dan (m. 29)<sup>636</sup> ayrıldığı önemli bir konu, cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerin, kıyas yoluyla genişletilememesidir. 5237 sayılı TCK'da "gibi hususlar" ibaresine yer verilmeyerek, temel cezanın tayinine ilişkin kriterler tahdidi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, TCK'nın 61/1. maddesinde gösterilen cezanın tayininde gözetilecek konular kapsamına girmeyen bir konuya dayanılarak, temel cezanın tespiti isabetli değildir. Konuyla ilgili olarak Yargıtay<sup>637</sup>; "5237 sayılı TCK'nın cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında 765 sayılı TCK'nın 29/son maddesindeki düzenlemenin aksine, alt ve üst sınırın belirlenmesinde esas alınacak kriterleri 61. maddesinde yedi bent halinde sınırlamış olması karşısında, hukuki değer taşımayan diğer nedenlerle birlikte yer verilen, suçun işleniş biçiminde, ne gibi vahamet bulunduğu açıklanmadan, cezanın en üst sınırdan belirlenmesi kanuna aykırıdır", diyerek kriterlere uygun karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>638</sup>.

Alman Ceza Hukukunda da cezanın belirlenmesi kriterleri bulunmakla birlikte cezanın tespiti konusu "kusur prensibi" üzerine oturtulmaktadır. Failin kusuru Alman Ceza Kanunu m. 46/1/1'e göre cezanın belirlenmesinin temelini (esasını) teşkil etmektedir. Bu kusur, cezalandırılabilirliği oluşturan isnat yeteneği ile aynı anlamda değildir<sup>639</sup>. Cezalandırılabilirliği kuran kusurun varlığı, haksız eylemi gerçekleştirmesinin faile yüklenebilirliğinde yatmaktadır. Çünkü fail, başka türlü davranma imkânı olmasına ve bu şekilde davrandığı takdirde haksızlık içeren eylemi gerçekleştirmeyeceği halde, öyle davranmayarak suçu işlemiştir<sup>640</sup>.

Cezanın belirlenmesindeki etkili kusur, işte bu kusur tanımı üzerine inşa edilmektedir. Fakat bu, aynı zamanda haksızlığın gerçekleştirilmesindeki isnadın ölçüsünü de içermektedir<sup>641</sup>. Her iki kusur terimi de şu şekilde tariflenebilecektir: Failin, hukuka aykırı ve kusurlu eylemi gerçekleştirmesi, onu, cezalandırılabilir bir duruma sokmaktadır. Failin, somut olarak nasıl cezalandırılması gerektiği ve eylemine karşı gösterilecek tepkinin şiddeti, ilk ve

<sup>636</sup> TCK'nın 29/son maddesinde, hâkimin iki sınır arasında ceza tayin ederken (alt sınırdan belirlese bile) mutlaka gerekçe göstermesi gerektiği düzenlenmiş ve sınırlı olmayacak bir biçimde hangi hususların gerekçe olarak gösterilebileceği örneksime metodu ile belirtilmiştir. YCGK. 16.10.1996, 4-75/85 (Yaşar, 2001: 301)

<sup>637</sup> Yar. 4. CD. 25.09.2006 tarih ve 2164/14333 sayılı kararı

<sup>638</sup> Meran, 2007: 315

<sup>639</sup> Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 5; Schönke/Schröder/Stree, 9a; Bruns 1985, 145; Maurach/Zipf, 2; SK-Horn, 42; Roxin, Festschrift für Bockelman, 1966; 279

<sup>640</sup> Maurach/Zipf, 31; Jakobs, 23

<sup>641</sup> Maurach/Zipf, 30; Schönke/Schröder/Stree, 8, Lackner/Kühl, 23



temel anlamda, bu eylemin hukuk düzenini hangi derecede ihlal ettiğine (eylemin haksızlık içeriği) bağlıdır<sup>642</sup>.

Hukuk düzeninin ihlali, fiilin haksızlığı ile örtüşmekte, sonucun ve davranışın haksızlığı ile karakterize edilmekte, sadece teknik anlamda suçta değil, aksine saf eylemde de önemli olmaktadır. Örneğin; taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk için, bir araç sürücüsünün kusurlu bir şekilde yasaklara aykırı olarak aşırı hızlı gitmesi ve bununla bir yaralanmaya neden olması yeterlidir. Buna uygun olarak belirlenecek ceza, yasağa aykırılığın derecesine (hız sınırını aşmanın derecesi, aracın hızı) ve neden olunan yaralanmanın niteliğine (yaraların ağırlığı) bağlıdır<sup>643</sup>.

Cezanın belirlenmesindeki kusurun bileşenleri, Federal Mahkemenin içtihatlarında da, “*failin ağırlığı, hukuk düzenine aykırılığın boyutu, failin kişisel kusurunun derecesi*” olarak belirtilmiştir. Bunlar, cezanın belirlenmesinin temelini (ilkelerini) oluşturmaktadır<sup>644</sup>. Sonuç bileşeni, gerçekleşen haksızlığın derecesini (sonucun haksızlığı)<sup>645</sup>, davranış bileşeni ise failin hareketinin yüklenebilirlik derecesini (davranışın haksızlığı) göstermektedir. Her iki bileşen birbirinden bağımsız değerlendirilemez. Özellikle her biri diğerinin karşısı gibi görülemez. Cezanın belirlenmesi kusurunun iki bileşeni fikrinin doğruluğu, sonucun haksızlık derecesi ve davranışın haksızlık derecesi, Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümlerindeki ceza sınırlarıyla da örtüşmektedir. Bu fikre göre, bir taraftan davranışın haksızlığı aynı olmak üzere, sonucun haksızlığı daha fazla ise ceza da daha yüksek olacaktır. Bu yüzden kanun, örneğin; her ikisinde de davranışın haksızlığının derecesi (yükümlülükler aykırılık) aynı olduğu halde, taksirle öldürme suçuna (Alman Ceza Kanunu m. 222), taksirle yaralama suçuna (Alman Ceza Kanunu m. 229) göre daha fazla ceza öngörmüştür. Aynı şekilde sonucun haksızlığının aynı olmasına karşın, davranışın haksızlığının derecesinin farklı olması nedeniyle, taksirle öldürme suçu için, kasten öldürme suçunun cezasından çok daha az ceza öngörülmektedir<sup>646</sup>.

Kanun koyucu tarafından, cezanın özel belirlenmesi sırasında dikkate alınmış olan kusurun iki tarafı da her somut olayda cezanın belirlenmesi sürecinde önemli bir bakış açısını oluşturmaktadır. Örneğin; davranış haksızlığının aynı olduğu iki ayrı taksirle yaralama

<sup>642</sup> Frisch, 1987:349

<sup>643</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 101

<sup>644</sup> BGHSt 20, 264-266; BGH NJW 1965, 2016; NStZ 1987, 405; StV 1983, 102; 1986, 15

<sup>645</sup> Federal Mahkemenin yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Örn. NStZ 1986, 162.

<sup>646</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 102

suçunda (sürücülerin aynı kural ihlalini yaptığı durumda), birinde sonucun haksızlığının daha hafif olması (sadece bir kişinin hafif yaralanması) hali, sonucun daha ağır haksızlık içerdiği (birden fazla kişinin ağır yaralanması) duruma göre daha hafif kalacaktır<sup>647</sup>.

Eğer gerçekleşen somut olayda hem sonucun haksızlığı hem de davranışın haksızlığı ağır düzeyde ise, somut ceza, kanun koyucunun belirlemiş olduğu sınırlar içerisindeki üst sınıra yakın olacaktır. Davranış ve sonuç haksızlıklarının hafif olması durumunda ise cezanın alt sınırdan belirlenmesi gerekecektir. Her zaman, bu iki bileşen göz önünde tutulmak zorundadır. Farklı olarak, davranışın haksızlığının yüksek olduğu, (Örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 243/1/2/1-6 arasındaki hırsızlığın nitelikli halleri), sonucun haksızlığı hafif ise (Örneğin; hırsızlık konusu malın değerinin az olması) nedeniyle, cezanın ağır olması beklenemez. Kanundaki alt sınırı aşan bir cezanın verilmesi uygun olmayacaktır. Bu tip vakalar somut olayın özelliklerine göre çözülmelidir. Bu konuda kesin hukuki kural koymak mümkün değildir. Öyle ki; tekerrür hallerinde de cezanın alt sınırdan verilmesi, daha sürecin başında imkân dışında bırakılmamalıdır<sup>648</sup>.

## 2. Somut Cezanın Tespit Süreci

### a. Genel Olarak

Suç için kanunda öngörülen cezanın tespiti iki aşamalıdır: Bu aşamaların ilkinde sanığın eyleminin hangi suçu oluşturduğunun tespiti ikincisi ise sanığın eyleminin kanundaki karşılığının tespitidir. Örneğin; sanık, mağdurdan bir malı almıştır, ancak bunun TCK'da karşılığı var mıdır? Var ise hangi suçu düzenleyen maddededir? Hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, yağma suçlarından hangisini oluşturmaktadır?<sup>649</sup> Bu aşama suçun tespiti aşaması olup, cezanın tespitinden önceki aşamaya denk gelmesi nedeniyle, cezanın tespitinin ön şartı olsa da konumuzla doğrudan ilgili değildir. Cezanın tespiti, suçun ve ilgili kanun maddesinin belirlenmesinden sonra gündeme gelen ikinci aşamadır.

Suç işlediği sübuta ermiş olan sanığa verilecek cezanın tespiti, bir süreci gerektirir<sup>650</sup>. Bu süreç, bazen uzun ve karmaşık hal alabilecektir. Somut ceza saptanırken, o suçun

<sup>647</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 104

<sup>648</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 104

<sup>649</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2045

<sup>650</sup> “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 denge kurulabilmesi ve cezanın kişiselleştirilmesi bakımından hâkime bazı hukuki olanaklar sağlanmıştır. Bunlar;

karşılığında kanunda belirtilen cezanın türü ve miktarı belirlenir. Alt ve üst sınırları gösterilen bir ceza ise temel ceza bulunur, suçun nitelikli halleri uygulanır. Somut olayın koşulları gerektiriyorsa, diğer artırım ve indirim nedenleri kullanılır, hâkim takdiri indirim nedenini uygulayabilir, cezaların hesabı yapılır. Nihayetinde, bu cezanın aynen infazına veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine, hapis cezasının ertelenmesine, adli para cezası ise mehil veya taksitlendirilmesine karar verilebilir<sup>651</sup>.

Suç tipini belirleyen kanun maddesinde iki nev'i ceza gösterilmiş ise hâkimin bu iki ceza nevinden birini seçmesi mümkündür. Seçenekli cezalar olarak yukarıda cezanın soyut özel belirlenmesi başlığında incelendiği gibi, bu cezalar hürriyeti bağlayıcı (hapis) ve adli para cezalarıdır. Hapis veya adli para cezası için alt ve üst sınırın gösterilmiş olması durumunda hâkim tarafından bu iki sınır arasında bir cezanın tespit edilmesi söz konusu olacaktır. Bir cezanın diğer bir nevi cezaya (seçenek yaptırımlara) çevrilmesi de söz konusu olabilir<sup>652</sup>. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesiyle doğrudan ilgili ise de inceleme konusu dışında kalmaktadır<sup>653</sup>.

Cezanın tayini sürecinde, hâkim, sadece suçun haksızlık içeriğinin azlığı veya çokluğunu değil, fakat failin kişiliğini de göz önünde tutarak, cezayı buna uydurmak durumundadır. Kanunun her suç hakkında istediği cezayı tayin konusunda, hâkimi serbest bırakması ve böylece keyfi cezalar sistemini kabul etmesi doğru değildir. Aynı şekilde, kanunun, sabit cezalar sistemini benimseyerek, hâkimi, cezayı suçlunun kişiliğine ve fiilin daima değişkenlik gösterebilen durumuna uydurabilmek imkânından yoksun hale getirmesi de uygun görülmez<sup>654</sup>.

TCK'nın 61. maddesinde, somut cezayı belirlemede göz önüne alınması gereken önemli bir sıralama söz konusudur. Mahkeme, bu sıralamaya uymak durumundadır. Bir aşama tamamlanmadan diğerine geçilmesi de mümkün değildir. Failin alacağı somut cezayı belirlemedeki aşamalar:

---

değişik yaptırımlardan birini seçebilme, kanun koyucunun alt üst sınırını gösterdiği hallerde temel cezayı belirleme, hürriyeti bağlayıcı cezayı güvenlik tedbiri veya para cezasına dönüştürebilme gibi olanaklardır." YCGK 29.11.2005, 8-141/149 (Artuç/Akkaya/Gedikli, 2008: 378)

<sup>651</sup> İçel vd. 2002: 151

<sup>652</sup> Önder, 1992: 552

<sup>653</sup> Kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı Mustafa, Hürriyeti bağlayıcı Cezalara Seçenekler, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi İstanbul 1994

<sup>654</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 88

Faile uygulanacak ceza çeşidinin seçilmesi (TCK m. 61/1)

Temel cezanın tayini (TCK m. 61/1)

Suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmiş olması durumunda, temel cezanın, buna göre artırılmasına ve indirme tabii tutulması (TCK m. 61/2)

Suçun daha az veya daha fazla ceza gerektiren nitelikli hallerinin uygulanması (TCK m. 61/4)

Teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenlere ilişkin hükümlerin uygulanması (TCK m. 61/5)

Takdiri indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenlere ilişkin hükümlerin uygulanması (TCK m. 62)

Cezanın hesaplanması (TCK m. 61/6, 8)

Mahsup (TCK m. 63)

Somut sonuç cezanın belirlenmesi sırasında yapılan işlemlerin, Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde, açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Yüksek Mahkemenin birçok kararında; hükmedilecek cezanın belirlenmesinde önce o suça kanunun koyduğu sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi, bundan sonra hangi oranda artırım ve indirim yapıldığının gösterilmesi ve toplam cezanın ne yolla belirlendiğinin denetime olanak verecek şekilde açıklanması gerekmektedir<sup>655</sup>. Görülmektedir ki; Yargıtay, somut sonuç cezanın belirlenmesi sırasında gerek maddede gösterilen sıraya riayeti, gerekse sayısal değerlere dayalı olarak yapılan bütün işlemlerin, kararın gerekçesinde ve hüküm fıkrasında açık ve anlaşılır bir şekilde gösterilmesini, aramaktadır. Denetim ancak bu şekilde olanaklı olabilmektedir<sup>656</sup>.

<sup>655</sup> Yar. 7.CD. T.27.10.1994, E.1994/9529, K.1994/10875, YKD. 1995-4-673; Yar. 7.CD. 22.10.1997, 1997/8054, 1997/8208, YKD. 1998-1-134; Yar. 7.CD. 22.10.1997, 1997/8054, 1997/8208, YKD. 1998-1-134.

<sup>656</sup> Artuç/Akkaya/Gedikli, 2008: 378

## b. Ceza Çeşidinin Seçilmesi

### aa. Genel Olarak

Somut bir eylemle ilgili olarak yargılamayı yapan ve cezayı tespit edecek olan hâkim, temel cezanın türünü belirlemek ve kararında bunu titizlikle, açıkça ve doğru olarak göstermek zorundadır<sup>657</sup>. Ceza türü, müebbet hapis, süreli hapis, adli para cezası gibi açıkça gösterilmelidir. Mülga 765 sayılı TCK'da yer aldığı gibi, aynı ceza kanunu içerisinde ağır hapis, hapis ve hafif hapis gibi, aynı cezanın farklı nev'ilerinin olduğu bir düzenleme şekli söz konusu olabilir. Hâkimin, bu cezaları da kararında açıkça belirtmesi özel önem arz etmektedir. Çünkü bu ceza nev'ilerine kanunun bağladığı sonuçlar (erteleme, adli para cezasına çevirme, cezanın infaz şekli vs.) çoğu kez farklı olabilmektedir<sup>658</sup>.

Kanunun, suçun karşılığı olarak; belirli hapis (Örneğin; ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezası), süreli hapis (Örneğin; 1 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası), sabit bir adli para cezası (Örneğin; 500 gün adli para cezası) veya basamaklı bir adli para cezası (Örneğin; 50 günden 300 güne kadar adli para cezası) gibi, sadece bir ceza çeşidini gösterdiği hallerde, hâkimin cezanın nevini seçmek konusunda takdir yetkisi bulunmaz. Keza kanunun, hapis ve adli para cezasının her ikisinin de (Örneğin; 1 yıldan 6 yıla kadar hapis ve 50 günden 150 güne kadar adli para cezası), birlikte verilmesi gerektiğini gösterdiği hallerde de, cezanın çeşidini seçmek konusunda hâkime takdir hakkı tanınmış değildir<sup>659</sup>.

Gerek TCK ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda gerekse karşılaştırmalı hukukta, bir suç karşılığı olarak tek nev'iden ve sabit ceza öngörülmesi çok ender görülür. Daha çok, cezanın bireyselleştirilmesine olanak vererek, cezanın amaçlarına hizmet etmek ve somut olay adaletinin gerçekleştirilebilmesi için alt ve üst sınırları belirtilen cezalar ve seçimlik cezalara yer verilir. Böylece kanun koyucu, geniş bir çerçeve çizerek cezayı saptama bakımından hâkime amaca uygun bir hareket serbestisi alanı yaratmaktadır<sup>660</sup>.

Kanunda seçimlik cezaların gösterildiği, başka bir deyişle iki çeşit cezadan (hapis ve adli para cezası) birine karar vermek konusunda hâkimin serbest bırakıldığı hallerde, hâkim,

<sup>657</sup> İçel vd. 2002: 153; Günay, 1996: 1

<sup>658</sup> İçel vd. 2002: 139

<sup>659</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 88; İçel vd, 2002: 140

<sup>660</sup> İçel vd, 2002: 140; Jescheck, 1998: 59

bu cezalardan birini benimsemek konusunda takdir yetkisine sahiptir<sup>661</sup>. Örneğin; TCK'nın 86/2. maddesinde, kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde sonuçlanması hali için, kanun koyucu bu fıkra da "...dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası hükmolunur", demek suretiyle seçimlik ceza düzenlemiştir<sup>662</sup>. Burada, hâkim, takdir yetkisini kullanarak hapis cezasını ya da adli para cezasını seçebilecektir<sup>663</sup>.

Seçimlik cezalı suçlarda, hâkimin, bu cezalardan hangisini temel ceza olarak esas alacağını belirlerken, başvurabileceği kriterler konusunda 5237 sayılı TCK'da açık hüküm bulunmamaktadır.<sup>664</sup> Kanunda seçimlik cezanın öngörülmesi durumunda yargı organı, işlendiği sabit olan suçun karşılığı olarak kanunda öngörülen seçimlik cezalardan birisini, somut eyleme ve faile ilişkin koşulları dikkate alarak tercih edecektir. Çünkü, bu olasılıkta, hâkimin somut eylem ve failin koşullarına göre bir ceza türünü seçmek bakımından takdir yetkisi vardır. Hâkimin bu konuda serbest bir takdir yetkisinin olduğu, zira hâkimin bu konuda takdiri kullanırken hangi konuları göz önünde tutacağını kanunda gösterilmediği söylenmektedir. Yargıtay verdiği kararlarda<sup>665</sup>, "hâkimin seçenek cezalardan hangisini, neden

<sup>661</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 561; Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 14; Hakeri, 2012: 602

<sup>662</sup> "5237 sayılı TCK'nın 125. maddesindeki cezaların seçimlik olduğu ve aynı yasanın 61. maddesine 5560 sayılı yasa ile eklenen 9. Fıkra hükmünün suç tarihi itibarıyla sanık hakkında uygulanma olanağı bulunmaması nedeniyle para cezasının sanık lehine olması karşısında, temel ceza belirlenmesinde takdir hakkının hangi hukuksal gerekçeye dayanılarak kullanıldığı karar yerinde açıklanmadan seçenekli cezalardan hapis cezası esas alınıp lehe yasanın bu doğrultuda belirlenmesi suretiyle karar verilmesi..." 4. CD, 19.1.2009, 2008/18272, 2009/149 (Bakıcı, 2010: 261)

<sup>663</sup> Doğan, 2007: 278

<sup>664</sup> Bu konuda 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun madde gerekçesinde, "bu tercihin yapılmasında sadece failin kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlemede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra, ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur." (Özbek vd, 2010: 601)

<sup>665</sup> "5237 sayılı TCK'nın 125/3-a madde ve fıkrasına uyan eylemi nedeniyle seçenekli ceza öngörülmesi karşısında, temel cezanın hapis olarak belirlenmesinde takdir hakkının hangi hukuksal gerekçelere dayanılarak kullanıldığı açıklanmaması..." 4. CD, 13.11.2007, 2006/5566, 2007/9317 (Gerçekler, 2011: 820)

"Yapılan incelemede TCK'nın 456/4 maddesinde yer alan hapis ve para cezasından birisinin takdir ve tayini mahkemeye aittir. Hapsin paraya tercih edilmesinin sebebi hüküm yerinde ayrıca belirtilmemiş ise de, gerekçe bölümünde olayın izahı yapılmış ve sanığın dayanaksız bir kuruntuya kapılarak babasının dövüleceği zannıyla hemen harekete geçip mağduru haksız yere dövdüğü açıklanmıştır. Bu izahı, hapsin tercihinin dayanak olan kanuni gerekçeyi çıkarmak mümkündür. Şu hale göre takdirin izahsız bırakıldığı söylenemez" YCGK 02.04.1973, 2/52 (Önder, 1992: 552)

"Seçimlik ceza öngören 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesi uyarınca hüküm kurulurken, hapis cezasının tercihinde aynı Kanun'un 61. maddesi uyarınca gerekçe gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." (2. CD, 28.05.2008, 2008/3288-9655) Ayrıca bkz. 11. CD, 19.11.2007, 8107; Hakeri, 2012a: 602; İçel vd. 2002:140; Hakeri, 2012a: 602; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 564; Zafer, 2010: 363; Doğan, 2007: 278; Gerçekler, 2011:820

tercih ettiğini karar yerinde yasal ve yeterli gerekçeleriyle açıklaması ve bunu kararında mutlaka göstermesi gerektiğine hükmetmiştir”<sup>666</sup>.

Özgenç’e göre “hapis ve adli para cezasının seçenek olduğu durumlarda hâkim cezayı belirlemede üç aşamalı bir yöntem izleyecektir. Mahkeme, birinci aşamada kişi hakkında hapis cezasına mı yoksa adli para cezasına mı hükmedileceğini karara bağlamalıdır. Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır<sup>667</sup>. Başka bir anlatımla; işlenen suçla bağlantılı bir şekilde, kişi bakımından hangi yaptırımın cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğuna bakılarak, bu seçim yapılmalıdır. Bu tercih yapılırken, failin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Söz konusu belirlemede, TCK’nın 62/2. maddesindeki<sup>668</sup> “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi konuların yanında, ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur”<sup>669</sup>. Hâkim, seçenek cezalardan adli para cezasını tercih etmişse bu durumda ikinci ve üçüncü aşama söz konusu olmaktadır. İkinci aşama adli para cezasına esas olacak gün sayısının belirlenmesi iken üçüncü aşama gün karşılığı olarak para miktarının tespitidir<sup>670</sup>.

Ceza belirlenirken, ceza ile beklenen amaç dikkate alınmalı ve cezanın bireyselleştirilmesi sağlanmalıdır. İşlenen suçla bağlantılı bir şekilde, kişi bakımından hangi ceza türünün cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğuna, sanığın ekonomik

<sup>666</sup>“5237 sayılı TCK’nın 125/3-a madde ve fıkrasına uyan eylemi nedeniyle seçenekli ceza öngörülmesi karşısında, temel cezanın hapis olarak belirlenmesinde takdir hakkının hangi hukuksal gerekçelere dayanılarak kullanıldığının açıklanmaması...” 4. CD, 13.11.2007, 2006/5566, 2007/9317 (Gerçekler, 2011: 820)

“Yapılan incelemede TCK’nın 456/4 maddesinde yer alan hapis ve para cezasından birisinin takdir ve tayini mahkemeye aittir. Hapsin paraya tercih edilmesinin sebebi hüküm yerinde ayrıca belirtilmemiş ise de, gerekçe bölümünde olayın izahı yapılmış ve sanığın dayanaksız bir kuruntuya kapılarak babasının dövüleceği zannıyla hemen harekete geçip mağduru haksız yere dövdüğü açıklanmıştır. Bu izahattan, hapsin tercihinin dayanak olan kanuni gerekçeyi çıkarmak mümkündür. Şu hale göre takdirin izahsız bırakıldığı söylenemez” YCGK 02.04.1973, 2/52 (Önder, 1992: 552)

“Seçimlik ceza öngören 5237 sayılı TCK’nın 86/2 maddesi uyarınca hüküm kurulurken, hapis cezasının tercihinde aynı Kanun’un 61. maddesi uyarınca gerekçe gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” (2. CD, 28.05.2008, 2008/3288-9655) Ayrıca bkz. 11. CD, 19.11.2007, 8107; Hakeri, 2012a: 602; Önder, 1992: 552; İçel vd. 2002:140; Hakeri, 2012a: 602; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 564; Zafer, 2010: 363; Doğan, 2007: 278; Gerçekler, 2011:820

<sup>667</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 560

<sup>668</sup> 5560 sayılı Kanununun 1. madde gerekçesinden, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, s. 2; Bu görüşün eleştirisi için bkz. Işoğlu, 2008: 213

<sup>669</sup> Özgenç, 2012: 748; Özbek vd, 2010: 601

<sup>670</sup> Özgenç, 2012: 749

durumu, geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki tutumu, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri gibi, kişiliğini ilgilendiren konular da dikkate alınarak karar verilmelidir. Örneğin; haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla işlenen bir suç bakımından böyle seçimlik ceza öngörülmüş ise adli para cezasının seçilmesi daha etkili bir sonuç doğuracaktır<sup>671</sup>.

Kanaatimizce, cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK'nın 61/1. maddesinde kriterler sayıldıktan sonra “...göz önünde bulundurularak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler”, hükmü yer almış olması karşısında, bu kriterlerin temel cezanın belirlenmesinde etkili olacağı, ancak seçimlik cezada hâkimin tercihinin etkili olamayacağı ve hâkimin bu konuda bağlı olmayan bir takdir yetkisine sahip olduğu, ileri sürülebilir. Özellikle kanunun değişik maddelerinde, hâkimin, seçimlik cezadan birini tercih etmek konusundaki takdir yetkisi sınırlandırılmış<sup>672</sup> olduğuna göre; böyle bir sınırlamanın olmadığı durumlar için, hâkimin takdir yetkisini kullanarak, iki cezadan birini tercih edebilir<sup>673</sup>. Bu konudaki takdir yetkisi, hâkimin, cezanın belirlenmesinde kullanabileceği en geniş alan olarak göze çarpmaktadır. Bu halde hâkimin, ancak takdir yetkisini belirleyen genel prensipler içinde kalmak şartıyla, özgürce, ceza çeşidini belirleyebilmesi gerekir. Aksi yorum durumunda, TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterleri, sadece alt ve üst sınırları belirtilmiş olan cezalarda, bu basamak arasındaki temel cezanın belirlenmesine hasretmek sonucu çıkar. Sayılan kriterlerin uygulama alanını bu kadar daraltmak uygun olmayacaktır.

TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlerin, ceza çeşidinin seçilmesi, artırım ve indirim oranlarının uygulanması, alt ve üst sınırı belirli durumlarda tespitinin yapılmasında, hâkime yardımcı olması gerekir. Çünkü, bu kriterler cezanın belirlenmesinde geçerli olan ilkelerden sonra, hâkimin elindeki en kuvvetli ceza belirleme araçlarıdır. TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterler ile temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak konular gösterilmek suretiyle hâkime, seçimlik cezanın belirlenmesinde de yol gösterici bir amaç güdülmüştür. Hâkim cezanın çeşidini belirlerken, bu fıkra da belirtilen kriterlerden faydalanabilecektir. Hâkimin, ceza çeşidindeki tercihinin yeterli ve açık gerekçe gösterilmesi şartıyla, üst derece mahkemesinin tarafından denetleme konusu yapılmaması gerekir. Yargıtay, bu tercihin

<sup>671</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 561

<sup>672</sup> Mükerrer olan sanığa uygulanacak kanun maddesinde hapis veya adli para cezası verilebileceği hususu düzenlenmiş ise hâkim mutlak surette hapis cezasını tercih etmek durumundadır. (TCK m. 58/3)

<sup>673</sup> TCK 61/1 madde gerekçesi “Maddede cezanın belirlenmesinde izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Birinci fıkra da, temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağı bentler hâlinde gösterilmiştir.”



gerekçelendirilmesi gereğine vurgu yapmakta, ancak hâkimin takdirine dokunmamaktadır<sup>674</sup>. Özgenç'in savunduğu gibi; ceza çeşidinin seçilmesinde 62. maddedeki “suçlunun kişiliğinin dikkate alınarak tercihin yapılacağına ilişkin” fikir, 62. maddedeki kriterlerin sadece sanık lehine cezada indirim için kullanılabilir olması kuralı ve 62. maddenin düzenlenme amacı ile de çelişmektedir.

Suç karşılığında, farklı nevi'den birden fazla cezaya yer verilmiş olabilir. Bu halde, kanundaki temel cezaların belirlendiği cümledeki bağlaca bakılacaktır. Cezaları gösteren kelimeler arasında “ve” bağlacı var ise, hâkimin her iki cezaya birlikte hükmetmesi zorunludur. İki cezayı gösteren kelimeler arasında “veya” bağlacı var ise seçenekli yaptırım söz konusudur<sup>675</sup>. Örneğin; suç karşılığında hapis ve adli para cezası birlikte öngörülmüş olabilir. Bu cezaların her biri kendi içinde sabit olabileceği gibi, alt ve üst sınırları belirlenmiş (basamaklı) de olabilir. Hâkim, o suç için her iki cezayı da ayrı ayrı belirleyecektir. Hâkim, bu iki cezaya da birlikte hükmetmek ve her biri için TCK'nın 61. maddesi iki kez uygulamak zorundadır. Bu halde, hâkim, her iki cezada da takdir hakkını aynı şekilde kullanmalıdır. Örneğin; hapis cezasını alt sınırdan takdir etmişse, adli para cezasını da alt sınırdan takdir etmelidir<sup>676</sup>. Hâkim, hapis ve para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde, 61. maddedeki kriterleri gözetmek ve gerekçesini de göstermek suretiyle, hapis cezasını alt sınırdan, para cezasını ise alt sınırdan uzaklaştırarak; ya da tam tersi şekilde para cezasını alt sınırdan, hapis cezasını ise alt sınırın üstünde belirleyebileceği savunulmuştur<sup>677</sup>. Hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü suçlar genellikle ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlardır. Bu suçların işlenmesinde failin ne kadar menfaat elde ettiğinin belirlendiği durumlarda kazanç müsaderesine hükmedilecektir. Suçtan elde edilen menfaatin belirlenemediği durumlarda ise hâkim, adli para cezasını o suçtan elde edildiğini düşündüğü miktara yakın bir meblağ olarak belirleyebilecektir. Bu suçlar açısından genellikle adli para cezasının alt sınırının belirlenmemiş olması da bu gerekçeye dayanır<sup>678</sup>. Böyle bir durumda hâkimin her bir ceza açısından farklı uygulama yapabilmesinin mümkün olduğunu kabul zorunludur. Fakat bunun gerekçesi TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterler ve açıklanan şekilde suçtan elde edilen menfaatin tespit edilen veya edilemeyen miktarı olmalıdır.

<sup>674</sup> 4. CD, 13.11.2007, 2006/5566, 2007/9317

<sup>675</sup> Gerçeker, 2011: 819

<sup>676</sup> Yar. 11. CD 14.3.1996, 178/200, www.kazancı.com E.T: 2.5.2010

<sup>677</sup> Zafer, 2010: 363, 364; Bakıcı, 2010: 236

<sup>678</sup> Özgenç, 2012: 751

Seçimlik cezaları ihtiva eden birden fazla suçun işlenmiş olması durumunda, hâkim, birinci suç için seçtiği ceza nev'ini, ikinci suç için de uygulamak zorunda değildir. Birinci suç için hapis cezasına, ikinci suç için adli para cezasına hükmedebilecektir<sup>679</sup>. Hâkim yeterli gerekçe göstermeli ve somut olaylardaki durumları gerekçelendirmek konusunda çelişkiye düşmemeli, başka bir deyişle aynı gerekçeyi bir suç için hapis cezasını tercih nedeni olarak gösterirken, diğer suç için adli para cezasını seçme nedeni saymamalıdır. Yargıtay yeni tarihli kararında hapis cezasının alt sınırdan takdir edildiği zaman adli para cezasının da alt sınırdan takdir edilmesinin zorunlu olmadığına karar vermiştir<sup>680</sup>. Askeri Yargıtay; “suç karşılığında hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü durumlarda, hapis cezasının alt sınırdan takdir edildiği halde, adli para cezasının üst sınırdan takdir edilebileceğini” kabul etmiştir<sup>681</sup>.

### **bb. Tekerrür Durumunda Hapis Cezasını Seçme Zorunluluğu**

Sanığa uygulanacak kanun maddesinde hapis veya adli para cezası verilebileceğine dair seçimlik ceza öngörülmüş olmasına karşın, sanık hakkında mükerrir olması nedeniyle “hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına” karar verilecek ise, hâkim, seçimlik cezadan hapis cezasını tercih etmek zorundadır. Kanun koyucu; “Kişinin, daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına karşın, suç işlemede gösterdiği kararlılıkla, toplum açısından tehlikeliliğini ifade ettiğinden” bu şekilde bir tercihte bulunmuştur<sup>682</sup>.

Seçimlik cezalarda tekerrür, hâkimin takdirini sınırlandıran bir durum olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 58/3. maddesine göre; “*tekerrür durumunda, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüş ise, hapis cezasına hükmolunur.*” Böyle bir durumda, hâkimin, adli para cezasının seçemeyeceği tartışmasızdır. Ancak, kanun gereği zorunlu seçilen hapis cezası, TCK'nın 50/2. maddesi hükmü karşısında, adli para cezasına çevrilebilecek midir? İlk yorum olarak bunun olanak dışı kaldığı fikri ileri sürülebilir. Çünkü, kanun koyucu, tekerrür durumunda, suçun tanımındaki seçenekli cezalardan adli para cezasını seçenek yaptırım olmaktan

<sup>679</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 89

<sup>680</sup> “Kanun koyucunun hapis cezasının yanında adli para cezası öngördüğü suçlarda hapis cezasının alt sınırdan tayini durumunda mutlak surette adli para cezasının da alt sınırdan tayini gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ise de bunun gerekçelerinin gösterilmesi dayanılan gerekçelerin de yasal ve dosya içeriğiyle örtüşmesi gerekmektedir. “ YCGK,19.06.2007, 2007/10-108-152 (Özen, 2009:112)

<sup>681</sup> AYDGK, 24.4.2008, 2008/78-73; AY, 1. CD, 4.7.2007, 2007/1426-1423, AYKD, 2008, s. 592-594.

<sup>682</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 561

çıkarmakla, tercihini (amacını) göstermiş, daha ağır nitelikteki hapis cezasını tek seçenek olarak bırakmıştır. TCK'nın 50. maddesi kullanılarak, yeniden adli para cezasına dönüştürülme işlemi, kuralın mantığına uymadığı gibi, kanun koyucunun amacına da uygun düşmemektedir. Suç tanımında adli para cezası ile hapis cezasının seçenek olarak öngörüldüğü durumlarda, hapis cezasına hükmedilmesi durumunda, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin TCK'nın 50/2. maddesi hükmü de bunu gerektirmektedir. Hâkimin seçim hakkı, bu yöndeki takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Ancak, bu düzenleme sonucuna göre; failin, adli para cezasını içeren tekerrüre esas önceki mahkûmiyeti nedeniyle, işlediği ikinci suç için zorunlu olarak hapis cezasına hükmedilmesi, her zaman adil sonuç vermeyecektir. Bunun, kanuni düzenlemenin görmezden gelinmesine neden olmaması gerekir. Aksi yorum; mükerrer olmayan kişi için adli para veya hapis cezası seçeneğinden hapsi seçen hâkimin bunu artık adli para cezasına çeviremeyeceği<sup>683</sup>, ancak aynı durumda olup mükerrer olan sanık için hapis cezasını seçmek zorunda olan hâkimin bu sefer bunu adli para cezasına çevirebileceği şeklinde bir uygulamayı getirmektedir. Bu hal, cezaların orantılı olması kusur ve sanığın kişiliği ile ilişkilendirilmesi, cezalandırmanın amacına uygun ceza belirlenmesi ve eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Yargıtay aksi kanaatte olup, “tekerrüre esas alınan cezanın çok hafif bir ceza olması durumunda, ikinci suç için mutlaka hapsi seçmenin, her zaman adil sonuç vermeyeceğini” belirttiği kararında, hapis cezasının para cezasına çevrilebileceğine hükmetmiştir<sup>684</sup>.

### cc. Özel Kanunlardan Doğan Ceza Çeşidini Seçme Zorunluluğu

Bazı özel kanunlar, seçimlik cezalardan birine hükmedilmesi gereğini zorunlu kıldığı gibi, hapis cezasının para cezasına ya da diğer yaptırımlardan birine çevrilmesini yasaklamış da olabilir. Örneğin; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun<sup>685</sup> Ek 2. maddesine göre, “*kooperatifler kanununu ihlal eden yönetim kurulu üyeleri ile memurlarının hürriyeti bağlayıcı cezaları para cezasına çevrilemez*”. Yargıtay, kanunun açıkça para cezasına çevirmeyi yasaklaması karşısında, hapis cezasının diğer tedbirlerden birine çevrilebileceğine karar vermektedir<sup>686</sup>.

<sup>683</sup> 5237 sayılı TCK m. 50/2'de; “Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez,” şeklinde düzenleme mevcuttur.

<sup>684</sup> Yar. 1. CD, 22.11.2010 t. 2009/24548, 2010/31342

<sup>685</sup> 24.4.1969 tarih inde kabul edilip 10.5.1969 tarih ve 13195 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>686</sup> Yar. 7. CD, 24.3.1994, 2230/2882; YKD, C:20, S:6, s. 1011-1012

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu Ek Madde 8'e göre<sup>687</sup> “askeri ve adli mahkemelerce verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemez”. Bu hükme göre, hâkim, kısa süreli hapis cezasını (a), (b) ve (d) bentlerindeki yaptırımlardan birine çevirebilecektir.

Özel kanunların bu tür kısıtlayıcı hükümlerinin, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesini öngören 50. maddesiyle uyuşmadığı ortadadır. TCK'nın 5. maddesinin “bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmü karşısında, genel hükümler içerisinde yer alan 50. maddenin, özel kanunlardaki suçlar açısından da istisnasız uygulanması gerekir. Diğer bir deyişle; seçenek yaptırıma çevirme bakımından 50. maddenin dışında, herhangi bir kısıtlama ve zorlamanın mümkün olmaması gerekir. Kanun koyucu 5. maddenin işlerliğinin uygulamada doğurabileceği sakıncaları bertaraf etmek istemiştir. Bu maksatla, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun geçici 1. maddesinde “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır” hükmünün yürürlüğünü ertelemiştir<sup>688</sup>. Bundan çıkan sonuç, TCK'nın genel hükümlerinin, bu tarihten itibaren istisnasız bir şekilde özel ceza kanunları için de geçerli olduğudur<sup>689</sup>.

### c. Temel Ceza Miktarının Tayini

Cezayı artıran veya azaltan nitelikli haller göz önünde bulundurulmaksızın belirlenen cezaya “temel ceza” denilmektedir<sup>690</sup>. Cezayı artıran veya indiren tüm nedenler temel ceza üzerinden uygulanacaktır<sup>691</sup>. Cezanın belirlenmesinde izlenecek usul, suç teorisinde suçun yapısı irdelenirken izlenen usulle paralellik arz etmektedir. Ceza belirlenirken önce işlenen fiilin haksızlık içeriği; daha sonra, gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla kişinin kusuru,

<sup>687</sup> 31.3.2005 tarih ve 5329 sayılı Kanunla Askeri Ceza Kanunu'na eklenen Ek Madde 8

<sup>688</sup> 5349 ve 5560 sayılı Kanunlarla bu maddenin yürürlüğü iki kez ertelenmiştir. Bu hüküm 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>689</sup> Artuk, 2007: 69-70

<sup>690</sup> Gedik, 2006: 362

<sup>691</sup> Malkoç, 1999: 259

kusurluluk durumu göz önünde bulundurulur. İşlenen suçun ifade ettiği haksızlık içeriği bakımından cezanın belirlenmesi sürecinde önce temel ceza belirlenmektedir<sup>692</sup>.

Cezanın belirlenmesi sürecinde, giriş bölümünde belirtilen, terzinin makası kullanma ve müşterinin bedenine göre kumaşı kesmesi, burada söz konusu olmaktadır. Bu aşamada kesilen kumaş, ileri safhadaki dikişler ve diğer uygulamalar (artırım ve indirimler) açısından temel oluşturmaktadır. Hâkim, üzerinde tüm artırım, indirim, hesaplama, erteleme, seçenek yaptırıma çevirme, hükmün açıklanmasını geri bırakma, infaz şeklini tayin vb. konuları etkileyecek olan “ceza miktarını” bu noktada belirlemektedir.

Suçların basit hali için temel ceza, suçun tanımlandığı kanun maddesinde yazılan cezadır. Bazı suçların nitelikli hallerinde uygulanacak ceza, yalın haldeki temel ceza üzerinden, kanunda gösterilen oranda yapılacak artırım ya da indirim sonucu bulunacak cezadır. Bazı suçlar açısından, suçun nitelikli durumunda uygulanacak ceza, suçun yalın durumundaki temel cezaya uygulanacak artırım sonucu bulunacak miktar değil, o nitelikli halin düzenlendiği kanun maddesinde bizzat temel ceza olarak düzenlenmiş olan cezadır. Örneğin; kasten yaralama suçunun yalın hali TCK’nın 86/1. maddesinde düzenlenmiş ve cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis olarak gösterilmiştir. Bu suçun nitelikli hali olan; mağdurun yüzünün sürekli değişikliğine neden olması (TCK m. 87/2-d) durumunda, verilecek ceza iki kat artırılır. Aynı suçun diğer bir nitelikli hali olan vücutta kemik kırılmasına neden olması (TCK m. 87/3) durumunda, verilecek ceza bir yıldan altı yıla kadar hapistir.

Temel cezanın belirlenmesi, cezanın suça ve sanığa uydurulması<sup>693</sup>, diğer bir deyişle cezanın genel ve özel amaçları açısından bireyselleştirilmesi işleminde en önemli aşamadır<sup>694</sup>. Özellikle, cezanın alt ve üst sınırları arasındaki farkın büyük olduğu bazı suçlarda, bu konu daha da önemli olmaktadır. Örneğin; işkence suçunun cezası üç yıldan on iki yıla kadar hapis (TCK m. 94/1), nitelikli taksirle öldürme suçunun cezası iki yıldan on beş yıla kadar hapistir. Bu durumun, kanunilik ve bunun alt ilkesi durumunda bulunan belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>695</sup>. Kanaatimizce, kararlarda gerekçe gösterme zorunluluğu (5271

<sup>692</sup> Özgenç, 2011: 730

<sup>693</sup> “Ceza hukukunun temel ilkelerinde olan cezaların şahsileştirilmesi kuralının amacı suç, ceza ve sanık arasında uygun dengeyi sağlamaktır. İki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi yetkisi hâkime ait ise de, bu yetkinin kullanılmasında adalet ve nesafet kurallarına bağlı kalınması, suçun işleniş şekli, nedenleri, önemi, kanun ve nizamlara muhalefet derecesi, kastın yoğunluğu, sanığın geçmişi, ahlaki temayülleri, onun topluma yeniden kazandırılması gibi hususların göz önünde tutulması yanında, bu konudaki gerekçenin dosya içeriğine uygunluğu da zorunludur.”Yar. 5.CD. T.2.4.1992, s.646-1078 (Erdurak, 1993:46).

<sup>694</sup> Erdurak, 1993: 46

<sup>695</sup> Özbek, 2006: 572

sayılı CMK m. 34/1), temel cezanın belirlenmesinde kriterlerin sınırlı sayıda gösterilmesi (TCK m. 61/1), cezalandırmada orantılılık ilkesi (TCK m. 3/1) ve Yargıtay'ın denetimi gözetildiğinde bu görüşe katılmak olanaksızdır. Bilakis bu makasın genişliği cezanın bireyselleştirilmesine olanak sağlayacaktır.

Basamaklı ceza sisteminde<sup>696</sup> temel cezanın belirlenmesi herhangi bir kriterle bağlanmadan, tümüyle hâkimin serbest takdirine bırakılırsa, uygulamada birlik ve Yargıtay denetimine olanak sağlanamayacağı gibi, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi, böylece hak ve adalet duygularının zedelenmesi olanağı yaratılmış olur<sup>697</sup>. Bu nedenle kanun koyucu iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesini ölçüsüz bir şekilde hâkimin takdirine bırakmamış, bazı kriterler getirmiştir<sup>698</sup>.

Temel cezayı tespit edecek olan hâkimin elinde TCK 61/1. maddesinde yedi bent halinde tahdidi olarak sayılmış olan ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek kriterler mevcuttur. Hâkim her somut olayda bunları değerlendirerek, ilkelere bağlı kalarak, cezanın belirlenmesi yasak ve mecburiyetlerine uyarak temel cezayı tayin edecektir. maddede yer alan kriterlerden birden fazlasının bir suçta temel cezanın belirlenmesi için esas alınmasında, yasal bir engel bulunmamaktadır. Bir davada birden fazla suçu işlediği sabit görülen sanığa, her suçunda temel ceza aynı kriterle belirlenebileceği gibi, farklı kriterler de kullanılabilir. Bu bakımdan her suç, diğerine göre bağımsızlığını korur. Elbette ki hâkim, buradaki kriterleri kullanarak iki sınır arasında temel cezayı belirlerken, önyargıya, sempatiye ve antipatiye kapılmamalı, kısaca duygusal düşünmemeli, objektif değer ölçülerinden uzaklaşmamalıdır. Cezada iki sınır arasındaki fark gözetildiğinde, hâkimin takdir hakkını kullanması daha bir önem taşımaktadır<sup>699</sup>. Suçun tanımlandığı kanun maddesinde sabit bir ceza öngörüldüğü durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Bir anlamda; bu aşama kanun koyucu tarafından doldurulduğundan, hâkim bu süreci atlamaktadır. Hâkim sadece maddede gösterilen cezaya hükmedecektir. Bu konuda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hâkim, TCK'nın 61/1. maddesinde sayılan kriterlerden birini kullanmak zorunda değildir. Herhangi bir kriter kullanmadan, kanunda öngörülen cezayı

<sup>696</sup> TCK gibi alt ve üst sınırlara göre cezaların belirlendiği (örneğin; 1 yıldan 3 yıla kadar) sistem

<sup>697</sup> Öztürk/Erdem, 2006:319

<sup>698</sup> Basamaklı ceza sisteminde temel cezanın belirlenmesi için kriterler konulup konulmaması karşılaştırmalı hukukta da tartışma konusu olmuştur. Çoğunlukla, hâkime daha az ya da daha çok takdir yetkisi veren kriter kullanılarak ceza belirleme sistemi kabul edilmektedir. Örneğin, Küba, Yugoslavya, Brezilya, İsviçre, Danimarka, İtalya, Almanya ceza kanunları bu sistemi kabul etmiştir (Önder, 1992: 624).

<sup>699</sup> Malkoç/Güler, 1996: 124; Yaşar, 2001: 228

temel ceza olarak doğrudan uygulayabilir. maddede düzenlenen kriterler, ancak basamaklı ceza öngörülen durumlarda, temel cezanın belirlenmesi için kullanılır<sup>700</sup>. Bu açıdan kasten öldürmenin yalın hali ile nitelikli hallerinden dolayı müebbet hapis veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hükmü kurarken, hâkim, kararında 61/1. maddesindeki kriterlerin hangisine dayandığını göstermek durumunda değildir.

TCK'da suçlar için öngörülen soyut özel cezalar; “sabit ceza (mutlak ceza)”, “alternatifli (seçimlik) ceza”, “birlikte ceza”, biçimde düzenlenmiştir<sup>701</sup>. Bu konuda mahkemenin, ceza çeşidini seçmesi daha önce incelenmiştir. Örneğin; mahkeme sanığa TCK'nın 86/2. maddesinden ceza tayini yoluna gidecekse, dört aydan az olmamak üzere hapis veya dört ay karşılığında az olmamak üzere adli para cezasına hükmedebilecektir.

Kanunda tanımlanan suçun karşılığı olarak birden fazla ceza türünün yaptırım olarak birlikte öngörüldüğü durumda da, mahkemenin, ceza türleri arasında seçim hakkı yoktur. Suç için öngörülen birden fazla ceza türünü de (hem hapis hem de adli para cezası) uygulayarak, cezayı belirler<sup>702</sup>. Mahkeme, her iki ceza türü açısından temel cezayı belirleyecektir. Örneğin; mahkeme, sanığa TCK'nın 157. maddesinden ceza tayini yoluna gidecekse, bir ile beş yıl arası bir hapis ve buna ilave olarak 5 gün ile 5000 gün arasında bir adli para cezasını birlikte belirleyebilecektir. Bu halde hâkim, her iki cezada da takdir hakkını aynı şekilde kullanmalıdır. Örneğin; hapis cezasını alt sınırdan takdir etmişse, adli para cezasını da alt sınırdan takdir etmelidir<sup>703</sup>. Aksi yönde görüşler de mevcuttur. Her iki ceza nevi'ne de, 61. madde, birbirinden bağımsız olarak, uygulanabilmektedir. Başka bir deyişle; hâkim, hapis cezasında alt sınırı, adli para cezasında ise alt sınırın üstünde bir miktarı temel ceza olarak belirleyebilmektedir<sup>704</sup>. Bu hallerde yeterli ve somut olaya uygun gerekçe gösterilmesi konusu, her zaman Yargıtay tarafından denetlenmektedir. Gerekçe zorunluluğunu düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi, Anayasa'nın 141/3. maddesi, 5271 sayılı CMK'nın 34/1. ve 230. maddeleri karşısında, temel ceza alt sınırdan belirlense bile hâkim, TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterleri esas alarak hükmü gerekçelendirmek zorundadır<sup>705</sup>. maddede yer alan

<sup>700</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 568; Malkoç/Güler, 1996: 124

<sup>701</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>702</sup> Zafer/Centel/Çakmut, 2011: 562

<sup>703</sup> Yar. 11. CD 14.3.1996, 178/200, www.kazancı.com (E. T.: 2.5.2010)

<sup>704</sup> Zafer, 2010: 363, 364

<sup>705</sup> Yar. 5. CD. 21.06.1999, E.1999/1798, K.1999/3183, YKD. 2001-12-1883; Yar. 2.CD. 18.06.1997, E.1997/8700, K.1997/9063, YKD. 1998-1-113; Yar. 4.CD. 23.11.1998, E.1998/9602, K.1998/10493, YKD. 1999-8-1143; Yar. 2. CD. 17.01.1995, E.1994/12461, K.1995/206, YKD. 1995- 6-1133.

kriterler kullanılırken, kanundaki sözlerin soyut bir şekilde hükümde yinelenmesi şeklinde gerekçe oluşturularak temel ceza belirlenmesi yoluna gidilemez<sup>706</sup>. Kanunda soyut olarak gösterilen kriterlerin içerikleri, dosyadaki bilgi ve bulgulara uygun ve olaysal bir şekilde gösterilmelidir. Örneğin; bir “kasten yaralama” suçunda, “suçun işleniş biçimi”(TCK m. 61/1-a) denilmek suretiyle cezanın alt sınırından uzaklaşarak, temel ceza belirlenmesi yoluna gidilemez. Bunun yerine; “sanığın mağduru ısrarla kovalayıp yakalayarak, birkaç yerinden bıçakla vurarak yaralaması biçiminde oluşa yansıyan, suçun işleniş biçimi gözetilerek, cezanın alt sınırından uzaklaşmıştır” şeklinde gerekçelendirilerek temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilmelidir<sup>707</sup>.

Yargıtay da kararlarında bu yönü vurgulamıştır<sup>708</sup>. Yargıtay’a göre; “suçların belli bir mahalde fazla işlenmesi”, “ibret etkisi”, “yalnızca failin sabıkalı olması<sup>709</sup>”, “uygulamada eşitlik ve adalet sağlama” gibi nedenler, cezanın belirlenmesinde kriter olarak (gerekçe) kullanılamaz<sup>710</sup>. Cezanın bireyselleştirilmesi, çağdaş ceza hukukunun geldiği önemli noktalardan biridir. Çünkü kanunda öngörülen soyut ceza, her suçluya farklı etkide bulunacaktır. Bu nedenle her bir suçlu farklı özellikleriyle değerlendirilmelidir<sup>711</sup>.

#### **d. Temel Cezanın Tespitinde Kriterler**

##### **aa. Genel Olarak**

Suç karşılığında, cezanın alt ve üst sınırının öngörüldüğü hallerde, hâkimin takdiri kısıtlanmış, iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak fiile ve faile ilişkin konular gösterilmiştir. Temel cezanın belirlenmesinde, failin aleyhinde ve lehinde olan haller birbiriyle karşılaştırılarak tartılmalı, fiile ve faile ilişkin olmayan konular göz önünde bulundurulmamalıdır. Örneğin; suçların yörede fazla işlenmesi, ibret teşkil

<sup>706</sup> Yar. 10. CD. 06.05.2004, E.2003/8855, K.2004/5426, YKD. 2004-8-1316.

<sup>707</sup> Yar. 11. CD. 29.01.2004, E.2002/10345, K.2004/302, YKD. 2004-12-1886; Özen, 2009: 78

<sup>708</sup> “Temel cezanın belirlenmesinde, kanunda gösterilen faile ve fiile ilişkin nedenlerden hangilerinin esas alındığının, dosya ve özelliklerine, sanığın durumuna, hak ve nesafet kurallarına uygun şekilde takdir ve açıklanması gerekirken (suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, tehlikenin ağırlığı gibi) olayla bağdaşmayan ibarelere yer verilmesinden anlaşılacağı üzere, söz konusu kanun hükmünün soyut yinelenmesi yoluyla alt sınırın üstünde ceza belirlenmesi yasaya aykırıdır” Yar. 2. CD. 04.03.1992, E.1992/2206, K.1992/2632, YKD. 1992-4-617.

<sup>709</sup> “Sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, koşulların varlığı durumunda tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup TCK’nın 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi kriterleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacaktır.” YCGK, 6.10.2009, 2009/8-124-224 (Gerçekler, 2011:837)

<sup>710</sup> YCGK, 14.10.1957, 4-204/201; CGK, 8.5.1978, 61/150; CGK, 23.10.1967, 356/262 (Önder, 1992: 557)

<sup>711</sup> Özen, 2009: 78



etmesi, duruşmada saygısız davranma, yalan söyleme, suçunu inkâr etme gibi. Fiile ve faile ilişkin olan konular göz önüne alınıp tartışılmadan, fail hakkında alt sınırın üzerinde ceza belirlenmesi kanuna aykırı olmaktadır<sup>712</sup>. Öte yandan, söz konusu takdir nedenleri göz önüne alınıp tartışılmadan, alt sınırdan ceza tayin edilmesi<sup>713</sup> de doğru değildir<sup>714</sup>.

765 sayılı TCK'da 1990 yılından önce temel ceza belirlenirken dikkate alınması gereken herhangi bir kriter düzenlenmemiştir<sup>715</sup>. Bu dönemde öğretilerde ve uygulamada değişik görüşler sergilenmiştir. Bir görüşe göre hâkim iki sınır arasında temel cezayı takdir hakkını kullanarak istediği şekilde tespit edebilir. Buna göre; ceza, kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlendiğinden, hâkim alt ve üst sınır arasında ceza tayin ederken, gerekçe göstermek zorunda değildir. Bu sonuç, kanunilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmez. Hâkimin takdiri demek, karar verirken gerekçe göstermenin zaruri olmaması demektir. Gerekçe zorunlu olursa, hâkim her zaman asgari haddenden ceza vermeyi tercih eder ki; bu da adaletle uygun değildir. İki sınır arasında ceza belirlemesini isteyen kanun koyucu başka bir sınırlamaya gerek duymamıştır. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer fikre göre; hâkim alt sınırın üstünde ceza tespit ederken gerekçe göstermek zorundadır. Bu fikir sahiplerine göre; geniş azami ve asgari sınırlar arasında hâkim o kadar serbest olursa, her olayda değişik ve adaletsiz cezalar çıkabilecektir. Kanunun sistemi, hâkime çok geniş takdir yetkisi verildiğini göstermez, zira matematiksel bir sıra her zaman vardır<sup>716</sup>.

<sup>712</sup> Yar. 5. CD, 12.02.1997-232/348, YKD XXIV, 6 (Haziran 1998), 931; Yar. 5. CD, 17.10.1996-2923/3493, YKD XXIV, 2 (Şubat 1998), 283.

<sup>713</sup> Yar. 1. CD, 05.02.1997-4139/176, YKD XXIII, 4 (Nisan 1997), 602

<sup>714</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 568

<sup>715</sup> Söz konusu dönemde YCGK, asgari ve azami sınırlar içinde temel ceza tayininde hâkime yol gösterecek hükümlerin bulunmaması ile ilgili olarak, İtalyan Ceza Kanunundan da örnekler vermek suretiyle şu şekilde karar vermiştir: “Kanunumuz istisnai haller dışında sabit bir ceza belirtmeyip, aşağı ve yukarı basamaklı cezalar sistemini kabul ederek, aşağı ve yukarı sınırlar içinde cezayı belirlemek yetkisini hâkime tanımak suretiyle suç, ceza ve suçlu kişi arasında uygun dengeyi sağlamayı amaçlamıştır. İki sınır arasındaki somut olayda uygulayacağı ceza miktarını belirlerken, hâkimin hangi esasları göz önünde bulunduracağı 647 sayılı Kanun'un 5. madde 2. Fıkrasında gösterilen para cezalarının tayini hakkındaki hüküm müstesna, kanunda gösterilmiş değildir. Buna karşılık bazı kanunlarda ve özellikle İtalyan Ceza Kanunu, takdir hakkını kullanan hâkimin, cezayı belirlerken göz önünde tutacağı esasları tespit etmiştir. Bu Kanun'un 133. maddesine göre, hâkimin; fiilin niteliği, nevi, vasıtaları, konusu, işleniş, zamanı ve yeri ile diğer vasıflarından suçtan zarar görene verilen zararın veya yaratılan tehlikenin ağırlığından ve kastın yoğunluğu ile taksirin derecesinden anlaşılacak cürmi ehliyetini nazara alarak aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanır. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber aynı ölçülerin göz önünde tutulduğu suç ile suçlunun kişiliğinin takdir yetkisinin kullanılmasında rehberlik ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır.” YCGK 18.6.1984 t. 1984/3-104 E 1984/230 K

<sup>716</sup> Önder, 1992: 555-556

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle<sup>717</sup> temel cezanın belirlenmesi açısından, *“suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, kastın veya taksirin yoğunluğu, zararın veya tehlikenin ağırlığı, suçun neden ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu ile fiilden sonraki davranışları, fiilin diğer özellikleri gibi hususlar”* kriterleri getirilmiştir<sup>718</sup>. Erem'e göre; bu değişiklikten önceki dönemle ilgili olarak, kanunda yalnızca ceza türlerinin belirlenmiş olması miktarın tayininde aşırı keyfiliğe yol açmış, sabit cezalar ise cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız hale getirmiştir<sup>719</sup>. Bu kriterlerin kanuna girmesiyle hâkimin takdiri ile kanunilik ilkesi arasında bir denge kurulmuştur. Her ne kadar bu kriterler kanunda sayıldıktan sonra *“gibi hususlar”* ifadesine yer verilmiş ise de bu, hâkimin tamamen keyfi şekilde davranabileceği anlamına gelmez. Hâkim ancak sayılanlara benzer kriterleri dikkate alabilir<sup>720</sup>.

Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği kararında, *“Uyuşturucu trafiği yönünden özel bir konuma sahip Mersin ilinde uyuşturucu kullanımı ortaokul seviyesine inmiştir ve giderek yaygınlaşmaktadır. Bunu gören ve toplumdan aldığı tepkileri değerlendirip, kararına yansıtan duruşma hâkiminin bu yönde takdir hakkına ve eylemi önleme çabasına, uygulamada birlik adına müdahale edildiği takdirde hâkimin inisiyatif kullanma yetkisi ve cesareti ortadan kalkacaktır. Yozgat ilinde münferit bir eylem ile deniz aşırı ulaşım ve karmaşık bir yapıya sahip Mersin'deki uyuşturucu eylemini bir tutmak isabetli olmayacaktır”*, diyerek bu konudaki hâkimin takdir yetkisine<sup>721</sup> genişlik tanıdığını belirtmiştir<sup>722</sup>.

5237 sayılı TCK'da temel cezanın belirlenmesine ilişkin kriterler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu bakımdan, 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 29/son Maddesinde *“gibi hususlar”* ifadesi kullanılarak, temel cezanın belirlenmesinde başvurulacak kriterlerin sınırlı olmadığı kabul edilmişti. Keza 765 sayılı TCK'nın 29/son maddesi düzenlemesine göre, *“failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı”* da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktaydı.

<sup>717</sup> 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ayrıca 29. maddenin son fıkrasına “cezanın asgari haddten tayini durumunda dahi takdirin nedenlerinin mutlaka kararda gösterileceği” eklenmiştir.

<sup>718</sup> Toroslu, 2010: 166; Bu kriterlerin belirlenmesinin gerekliliğine ilişkin görüşler için bkz. Koni, Burhan, (1956), “Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, SBF, s.56

<sup>719</sup> Erem, 1946: 1159

<sup>720</sup> İçel vd, 2002: 146; Toroslu, 2010: 166-167

<sup>721</sup> YCGK, 22.06.2004, 7-108/149

<sup>722</sup> Özbek vd. 2010: 610

Dikkat edilmelidir ki bunlar, işlenen fiilin haksızlık içeriği bakımından dikkate alınabilecek konular değildir ve ancak cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62. maddesinde, "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, filden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*" ifadesine yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nın bu düzenlemesi çifte değerlendirme yasağının ihlali mahiyeti taşımaktaydı. Çünkü bu kriterlerin bazıları aynı zamanda takdiri indirim nedenleri olarak TCK'nın 59. maddesi çerçevesinde dikkate alınmaktaydı. Bu nedenlerin cezanın belirlenmesi kriterlerinden çıkartılarak, takdiri indirim nedenleri arasına alınmış olması, artık bu nedenlerin cezanın daha yüksek verilmesi gerekçesi olarak kullanılmayacağı, tam tersine sadece failin lehine indirim nedeni olarak kullanılabilmesi anlamına gelmektedir<sup>723</sup>. Önceki uygulamanın aksine, temel cezanın üst sınırdan takdir edilmesi konusunda, "*sabıkalı olma, çıkar karşılığında kolayca insan öldürebilecek olma ve olaydan önceki davranışlar*" dayanak gösterilemeyecektir<sup>724</sup>. Aynı şekilde, "*daha önce başka suçlar işlemiş olması dolayısıyla sanığın cezayı umursamaz bir kişilik sergilediği*" gerekçe yapılarak üst sınırdan ceza tayini mümkün olmayacaktır<sup>725</sup>.

5237 sayılı TCK'da cezanın belirlenmesi kriterlerine ilişkin olarak m. 61/1'de "*Hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*" hükmü yer almıştır.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yerinde olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da eski kanun zamanındaki görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay; "*Uyuşturucunun miktarı, suçun işleniş şekli ve işlendiği yer biçimindeki teşdit gerekçesi, ele geçen tüm uyuşturucu miktarının 1154 gramdan ibaret bulunması, suçun işlendiği yerin Sivas-Kayseri karayolundaki petrol istasyonu olması, kendilerinin de şehir merkezinde oturuyor olmaları*

<sup>723</sup> Özgenç, 2010: 733; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 569; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 878

<sup>724</sup> "Sanıklar Mikail ile Cabbar'ın dosyada mevcut mahkûmiyetlerine ilişkin kararların kişiliklerini göstermesi, sanık Mehmet'in menfaati karşılığında kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kasıtlarındaki yoğunluk dikkate alınarak sanıkların cezalarının asgari üstünde tayini gerekirken, mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın alt sınırdan tayinine karar vermesi yasaya aykırıdır." Yar. 1. CD, 05.07.1996-1689/2720, YKD XXII, 9 (Eylül 1996), 1481.

<sup>725</sup> YCGK, 18.06.1984, 104/230; Önder, 1992: 631

*gerçeği karşısında, dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. Diğer yönden bu tip suçlara taviz verilmemesi yönündeki gerekçe yasal olmadığı gibi uyuşturucu satıcılarının okul önlerini mesken tuttukları yönündeki gerekçe de, somut olayda böyle bir saptamanın bulunmaması karşısında cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine de aykırıdır<sup>726</sup>”, diyerek sınırlı sayılan kriterleri hâkimin genişletemeyeceğini belirtmiştir<sup>727</sup>.*

765 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılan “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” ibareleri, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinde takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bu kriterler, somut olayda cezanın karşılığı olan suçun ve suçun işlenmesi sırasındaki failin tutumunun etkisinin olmadığı konulardır. Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesindeki “*fiilden sonraki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri*” cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriterler arasında sayılması daha uygun olurdu. Özellikle suç sonrası failin nedametini ortaya koyabilecek tarzdeki davranışları, etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmediği suçlar açısından cezanın belirlenmesinde lehe kriter olarak kullanılabilir. Failin suç sonrası davranışlarının cezanın belirlenmesinde aleyhe değerlendirebilecek durumlar (Örneğin; failin kasten yaraladığı mağdurun yardım istemesini engellemesi) olabileceği de düşünüldüğünde bunların cezanın belirlenmesi kriteri olması daha uygun görülmektedir. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri, cezanın özel önleme amacı dikkate alınarak, sadece takdiri indirim nedeni değil, cezanın belirlenmesi kriteri olarak yer almalıydı.

Failin eylemden sonraki davranışı, mağdurun suç nedeniyle uğradığı zararın daha fazla artmasını engellemesi ya da zararı gidermesi, eylemin olası yan zararlarının önlenmesi, yargılamanın düzenli, kolay ve çabuk yürütülmesine hizmet etmesi, cezanın failin geleceğine etkisi ise özel önleme (Die Spezialpraevention) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Alman Ceza Hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta cezanın belirlenmesi kriterlerinden sayılmaktadır. Üzerinde dogmatik tartışmalar ve etkilerinin sınırları konusundaki farklı görüşlere karşın, öğretilerde bu iki kriterin ceza ve ceza yargılamasının amaçlarıyla uyumu yanında, cezanın bireyselleştirilmesine, eylemin objektif ve sübjektif açılardan sağlıklı değerlendirme ve ceza

<sup>726</sup> YCGK, 19.06.2007, 2007/10-108-152

<sup>727</sup> Özbek vd, 2010: 610

hukukunun ultima ratio (son çare –zaruri olmak) ilkesine hizmet ettikleri konusunda fikir birliği mevcuttur<sup>728</sup>.

Öğretide, TCK'nın 61/1. maddesinde sayılan kriterlere ek olarak, Fransız Ceza Kanunu'nda (CP) yer alan “kamu düzenini sarsma derecesinin” de kapkaç gibi belli suçlardaki artışla mücadele edebilmek amacıyla cezayı belirlemede bir kriter olarak düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir<sup>729</sup>. Ancak kanunda düzenlenmiş bütün kriterler birlikte değerlendirildiğinde, suçların topluma etkisi cezaya yansımış olacaktır, kaldı ki toplum için önemli bir tehdit oluşturabilecek (kapkaç fiilleri gibi) fiillerle mücadeleyi sağlamak kanun koyucunun görevidir. Yasal düzenlemelerle veya etkin kolluk önlemleriyle bunların önüne geçilebilir. Ayrıca kamu düzeninin sarsılması derecesi berrak olmayan bir kavrama dayanarak, ceza belirlemek kanunilik ilkesinin garanti edici işleviyle de çelişecektir<sup>730</sup>.

5237 sayılı TCK ile getirilen bir diğer konu 765 sayılı TCK'nın 29/son maddesinde düzenlenmiş olan “*Cezanın asgari haddten tayini durumunda dahi takdirin nedenleri kararda mutlaka gösterilir*”, hükmünün kanunda artık yer almamasıdır. Bu kuralın kanundan neden çıkarılmış olduğu kanunun gerekçesinde açıklanmamıştır. Anayasa m. 141 ve 5271 sayılı CMK m. 34'te hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu düzenlendiğinden böyle bir kurala gerek kalmamaktadır<sup>731</sup>. Yargıtay da aynı kanaattedir<sup>732</sup>.

Temel cezanın belirlenmesindeki kriterler, bazen paraya çevirme veya takdiri indirim nedenleri için düzenlenen kriterlerle örtüşebilir. Seçenek yaptırıma çevirmek için; suçlunun kişiliği, suçun işlenmesindeki özellikler (TCK m. 50/1) ile temel cezanın belirlenmesindeki kriterlerden, failin güttüğü amaç ve saik (TCK m. 61/1-g) ve suçun işleniş biçimi (TCK m. 61/1-a) benzeşmektedir. Takdiri indirim nedenlerinden; failin geçmişi (TCK m. 62/2), temel cezanın belirlenmesindeki kriterlerden failin güttüğü saik ile örtüşebilir. Aynı kriterün, farklı kurumlar için uygulanmasında, kanuni bir engel bulunmamakla birlikte, sanık lehine veya aleyhine olan hükümler uygulanırken, gösterilen gerekçelerde çelişkiye ve zafiyete

<sup>728</sup> İçel vd, 2002: 155

<sup>729</sup> Yücel, 2004:93

<sup>730</sup> Toroslu, 2010: 167

<sup>731</sup> Özbek vd, 2009: 610

<sup>732</sup> “5237 sayılı Kanun’un 61. maddesi uyarınca cezanın alt sınırdan tayininde dahi yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi gerektiği gözetilmeden...” 11. CD, 20.06.2006, 2006/1594-5787 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2051)

düşülmemesi gerekir. Lehe uygulama yapılırken gösterilen gerekçenin, aleyhe uygulama sırasında yeniden ve aynen gerekçe yapılarak çelişkiye düşülmesi, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin iyi değerlendirilmediğini gösterir<sup>733</sup>.

Kanaatimizce burada göz önünde tutulması gereken önemli bir konu da kanaatimizce, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerin her birinin, TCK'nın bir maddesinde suçun nitelikli şekline temel teşkil etmesi halinde temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılmayacağı konusudur. Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, Türk Ceza Kanunu'nun daha kazuistik bir yöntem benimsediği görülmektedir. Öyle ki TCK'da hemen hemen her suçun peşinden nitelikli haller sayılmıştır. Hatta bazı suç tipleri için nitelikli haller o kadar ayrıntılı düzenlenmiştir ki; cezanın belirlenmesi anlamında düşünüldüğünde, hâkimin, TCK 61/1. maddesini kullanma imkânı bile kalmamaktadır. Örneğin; mala zarar verme suçunun nitelikli halleri TCK'nın 152/1. maddesinde yedi ve 152/2. maddesinde üç bent olmak üzere on bent halinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin içerisinde; "suçun işleniş şekli (1. fıkranın üç bendi), suç işlenmesinde kullanılan araçlar (2. fıkranın a ve c bentleri), suçun işlendiği yer ve zaman (1. fıkranın e bendi), meydana gelen zararın ağırlığı (1. fıkranın b ve c bentleri), suç konusunun önem ve değeri (1. fıkranın a ve f bentleri), failin amaç ve saiki (1. fıkranın g bendi) olmak üzere tüm kriterler yer almıştır. Bu durum, hâkimin, temel cezayı belirlerken m. 61/1'deki kriterleri hiç kullanamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak her bir bentte yer alıp nitelikli hali oluşturan neden m. 61/1'deki kriterlerden birinin karşılığı olarak temel cezanın belirlenmesine gerekçe olamayacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Bu da hâkime cezayı belirlerken tabiri caizse labirentli yol sunmaktadır.

Bir örnek suçtan yola çıkarak açıklarsak, kasten yaralama suçlarında suçun temel ve nitelikli şekillerine göre ceza makasları 6 ay ile 2, 3, 4, 5 yıl olarak bulunmaktadır. Makasın bu kadar geniş olmasına karşın ceza hâkimleri arasında temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi gerektiği konusunda olumsuz bir genel kanaat mevcuttur. Oysa mağdurda meydana gelen acı, ızdırap, hayattan kopma, iş ve gücünden uzak kalma, hastanede geçirilen zaman, bir aygıtla bağlı olarak yaşama gibi sayılamayacak kadar çok neden ve suçun çeşitliliği söz konusu iken bu tarz bir alt sınırdan ceza verme yaklaşımı doğru değildir. Yargıtay da böyle bir uygulamanın taraftarı değildir. Sorun Yargıtay kararlarında<sup>734</sup> özellikle takip edilen

<sup>733</sup> YCGK. T.13.05.2003, E.2003/2-129, K.2003/154, YKD. 2003-9-1432.

<sup>734</sup> "Müşteki mağdur K'dan kira alacağı olduğunu iddia eden sanığın, olay günü cezaevinden müştekinin tahliye olacağını öğrenip geçiş güzergahı üzerinde bekleyerek, içinde bulunduğu aracı ruhsatsız tabancası ile hareket

mahkemelerin kararlarının gerekçeleri açısından denetimin yerel mahkemeler tarafından farklı algılanmasından kaynaklanmaktadır<sup>735</sup>.

Kanaatimizce, bu kadar fazla nitelikli halin düzenlenmiş olduğu durumda, bir labirenti geçmek istemeyen hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeden, asgari haddeden ceza verme yoluna gitmektedir. Aslında bu iki taraflı bir kısır döngüyü de beraberinde getirmektedir. Uygulamanın bu şekilde olması, kanun koyucu açısından her suçu ayrıntılarıyla düzenleme eğilimini ortaya çıkmaktadır<sup>736</sup>. Bunun karşısında, asgari haddeden ceza tayin etse bile gerekçe göstermek zorunda olan olay hâkimi de, alt sınırdan ceza tayin ederek, bireyselleştirme konusunda isteksizlik göstermekte, gerekçe olarak da çoğu kez kanundaki terimleri tekrarlama yoluna gitmektedir. Hâkimin bu yaklaşımı yine kanun koyucuyu kazuistik yönetime sevk etmekte ve bu kısır döngü kanun değişikliklerinin daha sık yapılmasına da neden olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın kabulünden bu yana uygulamada değişik yorumlara neden olan her maddenin Yargıtay içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulması yerine, kanun değişikliği yoluna sıkça gidilerek sorun çözülmeye çalışılması bu kısır döngünün sonucudur.

## **bb. Fiile İlişkin Kriterler**

### **aaa. Genel Olarak**

Failden çok, fiili ilk anda akla getiren, suçun işleniş şekli, yeri, zamanı ve olayda kullanılan araçlarla ilgili suça tesir eden nedenler; fiile ilişkin nedenler olarak nitelendirilmektedir<sup>737</sup>. Fiile ve faile ilişkin kriterler ayrımı yapmak aslında çok da sağlıklı görünmemektedir. Konuyu açıklayıcı olması amacıyla, bu şekilde ayrı başlıklar altında toplamak tercih edilmiştir. Esasen her bir kriter, diğerinden keskin sınırlarla ayrılabilir

---

halinde iken durdurup, otonun camını kırdıktan sonra vücudunun alt bölgelerini hedef alarak 6 el ateş edip olay yerinden ayrılmasına, müştekinin bu nedenle hayati tehlike geçirmemesine karşın 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığının anlaşılmasına, sanık ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın mahiyetine, korunan hukuki konunun önemine, suçtan doğan zararın niteliğine, işleniş biçimine, kullanılan araç ve sanığın geçmişte nitelikli yaralama suçundan tekerrüre esas bulunmayan sabıkasına kıyasla dosyaya yansıyan kişiliğine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekirken dosyaya uygun olmayan gerekçe ile alt sınırdan ceza tayini ve 765 sayılı TCK'nın 456/ maddesinden tayin olunan uzun süreli 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 sayılı Kanunun 4. maddesine göre paraya çevrilmesi mümkün bulunmasına karşın paraya çevrilmesi kanuna aykırıdır..." Yar. 3. CD, 30.5.2007, 15057/4197 "Mağdurun ateşli silah ile hem hayati tehlike geçirecek hem de uzuv kaybı oluşacak şekilde yaralanmış olmasına göre birden fazla ağırlaştırılmış halin aynı olayda birleşmesi durumunda temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden ..." Yar. 3. CD, 23.1.2008, 11010/157 (Albayrak, 2009: 268)

<sup>735</sup> Albayrak, 2009: 266

<sup>736</sup> Örneğin; nitelikli hallerin fazlalığı ve bilinçli taksir ve olası kast nedeniyle cezanın artırılması ve indirilmesi nedenleri olarak kanunda düzenlenmesi gibi.

<sup>737</sup> Demirbaş, 2009: 612; Gökçen/Yenidünya, 2008: 345

durumda değildir. Suçta kullanılan araçlar kriteri aynı zamanda suçun işleniş şeklini de oluşturabilecektir. Örneğin; bir kişiyi otomobil ile çarpmak suretiyle kasten yaralama durumunda, hem kullanılan araç hem suçun işleniş şekli otomobile bağlanmaktadır.

### **bbb. Suçun İşleniş Biçimi**

Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterlerden biri TCK'nın 61/1-a. maddesinde düzenlenmiş olan *suçun işleniş biçimidir*. Bu kriter, 765 sayılı TCK'nın 29/8. maddesinde aynı şekilde ifade edilmişti. Suçun işleniş biçimi, faile değil fiile ilişkin bir kriterdir. Her suçun işleniş biçimi diğerlerinden farklı olduğundan, olaya uygun ceza belirlenmesi ve böylece cezanın bireyselleştirilmesinde hâkime olanak veren en önemli kriterdir. Bu bakımdan, suçun temel cezasının belirlenmesinde bu kriterin düzenlenmesi yerinde olmuştur. Suçun işleniş biçimi, fiilde gösterilen iradenin realize edilmesiyle ilgili olması, eylemin toplum düzeni açısından tehlikeyi göstermesi bakımından önemli bir unsurdur<sup>738</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, suçun işleniş biçiminin, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılabilmesi için, bunun, suçun tanımında bir unsur ya da nitelikli hal olarak gösterilmemiş olması gerekir<sup>739</sup>. Örneğin; kasten öldürmenin “eziyet çektirerek” gerçekleştirilmesi, kasten öldürme suçunun cezayı artıran nitelikli bir hali olup (TCK m. 82/1-b), bu konu temel cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz (TCK m. 61/3).

Suçun işleniş biçiminden; suçun işlenişinde kanuni tipe uygun hareketleri aşacak şekilde fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren, sonucun daha vahim olmasına neden olan konular anlaşılır. Bir fiil ile birden fazla suç tipinin ihlal edilmiş olması, failin suçu gerçekleştirirken yaptığı hareketler, kişilerin özel durumundan yararlanılmış olması bunlar arasında sayılabilir. Dolandırıcılık suçunda hilenin niteliği, cebir suçunda zorun şiddeti ve süresi, bir öldürme fiilinin maktulün yakınının göz önünde işlenmesi, trafik suçunda ehliyetsizlik ve hız aşımının derecesi gibi konular temel cezanın tayininde dikkate alınmalıdır. Buna karşılık; ceza normu içeren özel bir kanunda düzenlenen suçun işlenmiş olması, temel cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesi için yeterli bir neden sayılamaz<sup>740</sup>. Kanaatimizce, böyle bir durumda fiil, bu özel kanun tarafından suç haline getirilmişse fail, bu özel kanun

<sup>738</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 563; Centel/Zafer/Çakmut, 2011:569; İnel vd, 2002: 149; Demirbaş, 2009: 615

<sup>739</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 563; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 879; Özbek, 2010: 627; Toroslu, 2010: 171; Çolak/Altun, 2007: 428; Koca/Üzülmez, 2012: 563

<sup>740</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 562-563



düzenlemesinden sorumlu olacak ve orada belirlenmiş cezaya hükmedilecektir. Fiil, hem genel hem de özel kanun açısından suç olarak düzenlenmişse, özel-genel kanuna ilişkin kurallar gereği, sadece bir suçtan dolayı ceza tayin edilecektir. Kanundaki diğer nedenler yok ise ceza, alt sınırın üzerinde tayin edilemeyecektir.

Suçun işleniş biçimi, her somut olayda sanığın lehine ya da aleyhine sonuç doğurabilecek kriterdir. Başka bir deyişle, suçun işlenişine göre ceza alt sınırdan belirlenebileceği gibi, alt sınırdan uzaklaşarak, hatta üst sınırdan da ceza belirlenmesinde kriter olabilir. Hâkim, her somut olayda bunu değerlendirecek, takdir edecektir. Hâkimin değerlendirmesi dosyadaki bilgi ve belgelere (delillere) dayanmalı, kabul edilen oluşa uygun düşmelidir. Yargıtay tarafından bu konu denetlenmektedir<sup>741</sup>. Suçun işleniş biçimi, hiç şüphesiz, temel cezanın belirlenmesinde esas alınan diğer kriterlerin dışında kalan unsurları içermektedir. Bu bakımdan, örneğin; evden hırsızlık fiilinde merdiven kullanılması suçun işleniş biçimi kriteri içerisinde değil, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar (TCK m.61/1-b) kapsamında kalır. Her suçun oluşunda yer alan bütün olay ve durumlar, kendi kriteri içerisinde değerlendirilmelidir.

Suçun işleniş biçimi ile ilgili bütün olasılıkları kapsamına alacak bir tarifin yapılabilmesi imkânsızdır. Türk Ceza Kanunu, bazı suçların işleniş biçimiyle ilgili örneğin; kasten öldürmenin işkence ve tazip ile gerçekleştirilmesi gibi halleri artırım nedeni olarak belirtmiş olmakla beraber, suçun işleniş şeklini genel nitelikte artırım nedeni şeklinde göstermiş değildir. Suçun işlenmesi sırasında failin davranışı, onun kişilik yapısını gösteren bir araz olabilir. Sanığın karakteri bu şekilde ortaya çıkmakta ve eylemin toplum düzeni açısından yarattığı tehlikenin boyutu bu şekilde belirlemektedir<sup>742</sup>.

Bir suç tipinde yer alan ve cezanın artırılmasını gerektiren nedenlerin birçoğunun aynı olayda bir arada bulunması veya suçun oluşması için aranan seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi, “suçun işleniş biçimi” kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak konular arasında gösterilebilir<sup>743</sup>. Yargıtay da aynı yönde kararlar vermiştir<sup>744</sup>.

<sup>741</sup> “Dava konusu olayda kullanılan vasıtanın “oto” niteliği, her iki mağdurda hasıl olan yaraların vasıf ve mahiyet bir tarafa itilerek temel cezanın olayın başlama ve gelişim tarzına uygun düşmeyecek biçimde asgari haddten tayini yasaya aykırıdır”, 1.CD. T.07.10.1992, E.1992/1914, K.1992/2101, YKD. 1993-1-115.

<sup>742</sup> Önder, 1992: 558

<sup>743</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 880

<sup>744</sup> Yağma suçunun 5237 sayılı TCK’nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (c), (f), (g) ve (h) bentlerine aykırı biçimde, birden fazla kişi tarafından birlikte, geceleyin, var olan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu

Kanunda fiilin nasıl işleneceği açıkça gösterilmemişse (bağlı hareketli suç söz konusu değilse), fiil her türlü davranışla (serbest hareketli suç) işlenebilir. Suçun işleniş biçiminin temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınabilmesi için, suçun unsuru, nitelikli hali olmaması gerekir. Çifte değerlendirme yasağı gereğince, örneğin; dolandırıcılık suçunda hile kullanılması gibi bağlı hareketli suçlarda, hilenin şekli ne olursa olsun, suçun unsuru olduğu için temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği fikri savunulmuştur<sup>745</sup>. Kanaatimizce, böyle bir sınırlama ne kanun koyucunun amacıyla örtüşür ne de cezanın belirlenmesi amacının özüne uygundur. Hilenin ne şekilde olursa olsun, suçun işleniş biçimi açısından etki etmeyeceği fikri, maktu, sabit cezalar belirlenmesi sistemiyle eş anlamlıdır. Zira kanun koyucu TCK'nın 157. maddesini düzenlerken “1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası” öngörerek bir makas belirlemiştir. Bu alt ve üst sınır, dolandırıcılık suçu açısından suçun işleniş biçiminin de diğer kriterlerle birlikte etki edeceği bir alanı oluşturur. Suçların işleniş biçimleri açısından bir karşılaştırma yapıldığında, dolandırıcılık suçunun işleniş biçimi açısından çok çeşitlilik gösteren suç olduğu görülecektir. Bu kadar çeşitli hareketlerle işlenebilen “hileyi”, zaten suçun unsuru olması ve hilenin şeklinin, suçun işleniş biçimi açısından değerlendirilmesinin çifte değerlendirme yasağına aykırı olacağı şeklindeki yorum, cezanın belirlenmesinde kriter kullanılması konusunu, doğmadan öldürecek bir yaklaşımdır.

Kesintisiz (mütemadi) suçlar açısından da neticenin devam etmesinin, suçun unsuru mu, yoksa suçun işleniş biçimi mi olduğunun, temel cezanın belirlenmesinde önem taşıyacağı, kesintisiz suçta devam eden şeyin netice olduğu, netice de suçun unsuru olduğundan, suçun işleniş biçiminde dikkate alınmaması gereği de savunulmuştur<sup>746</sup>. Kanaatimizce, yukarıda dolandırıcılık suçu açısından söylenenler, burada da geçerlidir. Buna ek olarak, mütemadi suçta devam eden şey netice değil harekettir<sup>747</sup>. Devam eden ister netice ister hareket olsun bunun devam süresinin çok farklı olabileceği (Örneğin; kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kesintisiz suç olup hürriyetten yoksun bırakma iki saat sürebileceği gibi, haftalar hatta aylarca sürebilir) ortadadır. Bu iki suç arasında, cezanın belirlenmesinin farklı olması gerekir. Bunun, suçun işleniş biçimi dışındaki bir kriterle izahı da mümkün değildir.

---

güçten yararlanarak, suç örgütüne yarar sağlamak amacıyla işlendiği, bu nedenle aynı Kanununun 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, bunların değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi... yasaya aykırıdır.” Yar. 6. CD 7.7.2006 t. 2006/623 E. 2006/7370 K.

<sup>745</sup> Özen, 2009: 83

<sup>746</sup> Özen, 2009: 83

<sup>747</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 270; Özgenç, 2012: 164; Koca/Üzülmez, 2012: 113

Zincirleme suç için de aynı şey söylenebilir. Zincirleme suç, aynı kast altında aynı suçun iki kez işlenmesiyle tamam olacağına göre, teselsül eden suç sayısının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Zincirleme suç söz konusu ise öncelikle hakim, TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre temel cezayı belirleyecektir. Bunu belirlerken tekrar eden suç sayısını dikkate almayacaktır. Bunu ancak TCK'nın 61/5 maddesindeki sıralamaya göre zincirleme suçu uygularken dikkate alabilecektir. Bu halde örneğin; aynı işyerine hırsızlık için iki kez girmek ile beş kez girmek arasında cezanın belirlenmesinde farklı davranmak gerekecektir. Hâkim, TCK'nın 43. maddesindeki  $\frac{1}{4}$  ile  $\frac{3}{4}$  arasında bir oranı seçebilecektir.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir olayı örnek verecek olursak; faillerin, Cuma günü öğleye doğru camii civarında oturmakta olan yaşlı mağdurun yanına gelerek zekât vermek istediklerini fakir birini tanıyıp tanımadığını sormaktadırlar. Mağdur, kendisinin fakir olduğunu belirtmektedir. Failler zaten cevabın bu olacağı bilinciyle hareket etmektedirler. Failler, ellerinde 500 dolar olup, bunun sadece 400-500 TL civarındaki kısmına denk gelen miktarı zekat vereceklerini, kalan 300 TL'lik kısmını kendilerine vermesi gerektiğini söylemektedirler. Failler, mağdura, dolar yerine peru parası vererek, mağdurdan 300 TL almaktadır. Bu eylem için, hâkim cezayı belirlerken suçun işleniş şeklini analiz ederek, temel cezayı belirleme yoluna gidebilecektir. Bu olayda eylem nitelikli dolandırıcılık olarak değerlendirilemeyeceği için hâkim suçun işleniş biçiminden hareketle temel cezayı teşdiden tespit edebilir. Ancak eylem nitelikli dolandırıcılık suçunu oluştursaydı bu sonuç doğru olmazdı. Zira bu durumda çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

Her ceza davası bir olaya, Yargıtay'ın sıkça ifade ettiği gibi “oluşa” dayanır. Olay, iddianamede suç isnadı olarak yer alır. Yapılan yargılama sonunda sanık suçlu bulunursa, iddianamedeki olay kanıtlandı demektir. Kanıtlanan olay, Kanun'da soyut bir şekilde tanımlanan suç kalıbına uyduğu (tipiklik) takdirde sanık suçu işlemiş kabul edilir. Suçu işlediği kanıtlanan sanığın, cezası belirlenir. Kanun'un suç olarak tanımladığı ve mahkemece tarafından işlendiği sabit görülen olaya, “oluş” veya “kabul” denilmektedir<sup>748</sup>. Temel cezanın belirlenmesinde kanunda gösterilen diğer kriterler de, bu oluş ya da kabul kavramı içerisinde kendilerine yer bulmaktadırlar. Suçun işleniş biçimi, olaysal bir akışı ifade ettiğinden, oluş ya da kabul kavramı içerisinde en geniş alanı, suçun işleniş biçimi oluşturmaktadır. Suçlar

<sup>748</sup> Yar. 1.CD. T.08.12.2005, E.2005/2096, K.2005/4144, YKD. 2006-3-487; Yar. 1.CD. T.07.10.1992, E.1992/1914, K.1992/1201, YKD. 1993-1-115; Yar. 1.CD. T.01.10.1987, E.1987/2129, K.1987/3319, YKD. 1987-12-1822.

kanunlarda soyut bir şekilde tanımlanmıştır. Gerçek dünyada suç oluşturan fiiller ise farklılık gösterir. Olaysal bir süreci ifade eden fiil, her suç için ayrıdır ve sonsuz sayıdadır. Fail de suçu işlerken çeşitli davranışlar sergiler. Esasen fiil de bu davranışlardan meydana gelir. Suçun işleniş biçimi kavramı, sadece sanığın davranışları ile sınırlanamaz. Fiilin mağdur ve üçüncü şahıslarla bağlantıları, onlara etkileri de suçun işleniş biçimi kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Örneğin; bir cinsel saldırı suçunda fiilin, mağdurun çocukları ya da eşi önünde gerçekleştirilmesi, kasten adam öldürme suçunda fiilin annenin gözü önünde çocuğuna yönelik gerçekleştirilmesi gibi. Mağdurun sarhoş edildikten sonra dövülmesi, bir yağma suçunda birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi olaylarında, suçun işleniş biçimi bir kriter olarak temel cezanın belirlenmesinde gözetilecektir. Böyle durumlarda temel ceza alt sınırdan uzaklaşarak belirlenebilecektir<sup>749</sup>.

Almanya'da mağdurun, faile, olaya veya duruma olan güveninin, cezanın belirlenmesine etkisi, ceza hukuku ve kriminoloji tarafından uzun süre tartışılmıştır. Buradaki sorun, cezanın belirlenmesinde mağdurun hangi rolünün etkili olduğudur. İctihatlar ve öğreti, mağdurun, cezanın belirlenmesinde etkili olduğu konusunda hemfikirdir. Bu konu kendisini mahkeme kararlarında da göstermektedir. Örneğin; bir ekonomik ilişki içerisinde olma, sosyal konumu, mesleği, korunmaya duyduğu ihtiyaç, faille ilişkisi, ona bağımlılığı, bakım, gözetim ve akrabalık ilişkisi, mağdurun fiilden önceki fiil sırasındaki veya fiilden sonraki davranışları, faili provake etmesi, ayartması veya baştan çıkarması gösterilebilir<sup>750</sup>. Özellikle, trafik ceza hukukunda sürekli artan bir şekilde, mağdurun ortak (eklenen) kusurundan bahsedilmektedir<sup>751</sup>.

Cezanın belirlenmesi süreci kusurun belirlenmesine bağlı olarak fail ve kamu açısından değerlendirilecektir. Ancak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 267/3-2'ye göre, kararın gerekçesinde, cezanın nasıl belirlendiği ayrı ayrı açıklanacaktır. Eğer keyfi bir uygulama söz konusu ise karar, fail tarafından anlaşılır olmayacaktır. Mağdur fail ilişkisi, Alman Ceza Kanunu m. 46'da sayılan kriter katalogu arasında bulunmamaktadır. Buna karşın, cezanın belirlenmesinde, mağdur fail ilişkisi konuyla ilgisi nedeniyle göz önüne alınacaktır<sup>752</sup>.

<sup>749</sup> Önder, 1992: 628; Özbek, 2005: 572

<sup>750</sup> Bruns, 1985: 430; Hellwig, Archiv für Kriminologie, 1930: 222; Lackner, 1995: 49

<sup>751</sup> Schmitz, 1997: 43

<sup>752</sup> Schmitz, 1997: 216

Alman Ceza Kanunu m. 46/2 kısaca “fiilin şekli” deyimini kullanmıştır. Bu anlamda fiil de failin davranışını değerlendirmeye yarayacak, bu şekilde orantılı cezayı tespit için etkili olacak, öne çıkan bir unsurdur. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Fiilin işleme şekline anlaşılmaması gereken, nerede, ne zaman, nasıl, hangi araçlarla suç işleme planını fiiliyata geçirdiği, yalnız mı yoksa birden fazla kişiyle mi işlediği, icrai davranışla mı ihmalle mi suçu işlediği konuları, cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Kanun, bütün bu nedenlerin eylemin şekli içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, ancak çifte değerlendirme yasağının da ihlal edilmemesini belirtmiştir<sup>753</sup>.

Failin, eylemi nasıl gerçekleştirmiş olduğu ilk etapta akla gelmektedir. Şiddet, tehdit, hile veya silah kullanma, tehlikeli araçlarla eylemi gerçekleştirme, faile ve fiile özellik vermektedir. Failin, gaddarca hareket edip etmediği, amacına ulaşmak için çabalaması, mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliğinden yararlanması, fırsatları değerlendirmesi cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Kasten yaralamada aşırı vurdumduymazlık<sup>754</sup>, öldürmede duygusuzluk<sup>755</sup>, basit hırsızlıkta şiddet, trafik kazasında süratin ne kadar olduğu<sup>756</sup>, öldürmede acı çektirme (gaddarlık) hallerinin mağdur tarafından hissedilmese bile cezanın artırılmasına etkili olup olmayacağı sorusuna, Federal Mahkeme, “evet” diye cevap vermiştir<sup>757</sup>. Birden fazla kişinin fiile katılmış olması da, fiilin işleniş biçimi çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu, fiil için harcanan gücün fazlalığını göstermektedir. Bu şekilde iştirak hali için, Alman Ceza Kanunu m. 29 her iştirak edenin kendi kusuruna göre cezalandırılacağını belirtmiştir<sup>758</sup>. Örneğin; iştiraki idare eden ortak, diğerlerinden fazla ceza alacaktır<sup>759</sup>.

Fiilin gerçekleştirilmesi için ne kadar çok engel varsa ve bunlar fail tarafından ne kadar zor aşılmış ise, faile verilecek ceza o kadar yüksek olacaktır. Doğal olarak, icrai bir eylem mi, yoksa ihmali bir davranışla mı suçun işlendiği, önem kazanmaktadır. Ancak Alman Ceza Kanunu m. 13/2’de belirtilen ihmali durum bunun izahını oluşturmaktadır. Bu maddedeki şartlar mevcutsa, ihmali davranış icrai davranışa eşit sayılmaktadır. Ancak ihmali davranış ile icrai davranış açısından yine de bir fark ortaya konularak, ihmali davranışın daha

---

<sup>753</sup> Bruns, 1985: 175

<sup>754</sup> RG, DR 1943, 737

<sup>755</sup> RG 67, 280

<sup>756</sup> BGH VRS 12, 46

<sup>757</sup> BGH MDR 1968, 895

<sup>758</sup> OGH, 2, 151

<sup>759</sup> Bruns, 1985: 175

az ceza ile karşılaşacağı belirtilmektedir. İhmali bir davranışın, her zaman daha az ceza ile karşılaşmayacağı da savunulabilir. Örneğin; bir annenin çocuğunu emzirmeyerek öldürmesi gibi. Çünkü bu durumda eylem planlı olarak gerçekleştirilmektedir<sup>760</sup>.

Failin alkollü olması da, fiilin işleniş biçimi anlamında önem taşımaktadır. Alman Ceza Kanunu m. 323a'ya göre, bu kriter içerisinde göz önünde bulundurulmalıdır. Ganteführer, alkollü olmak ile cezanın belirlenmesi arasındaki ilişkiyi cezanın amacı ve hareket alanı teorsisi (Spielraumtheorie) çerçevesinde değerlendirmektedir<sup>761</sup>. Uygulamada alkollü iken fiili işleme durumu dikkatli değerlendirilmelidir. Bruns'a göre, alkollü olmak cezanın artırılması sebebi sayılamaz<sup>762</sup>, ancak düşüncesizlik ve umursamazlık konusunda failin durumunu ortaya koyuyorsa cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir<sup>763</sup>.

Kamu güvenliğine karşı suçlarda (Örneğin; vergi kaçaklığı, dolandırıcılık, uyuşturucu suçları gibi), üçüncü kişinin katılımı, genellikle cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak görülür. Aynı durum organize ve planlı bir şekilde birlikte hareket eden failer açısından da geçerlidir. Ancak, bu şekilde hareket etmeleri tehlikeliliği artırmalı ve kanunda cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmemiş olmalıdır. Kendiliğinden gelişen (plansız) birlikte suç işleme durumunda da, tehlikeliliğin artması ve cezanın daha fazla verilmesi söz konusu olur. Bu halde, grup şeklinde hareket etmenin, kişinin istem ve karar verme yeteneğini etkileyip etkilemediği araştırılmalıdır<sup>764</sup>.

Öldürme ve yaralama olaylarında, hatta cinsel saldırı vakalarında, acımasız ve gaddarca güç kullanılmış olması, cezayı artıran neden olabilir. Tam tersi durumda, daha az bir güç kullanılmış olması, bu kez cezanın azaltılmasına neden olacaktır. Ani duygu boşalması vakalarında (Örneğin; bir kişiyi 50 bıçak darbesiyle öldürme gibi) yine cezanın artırılarak verilmesi yoluna gidilebilir<sup>765</sup>. Suçların işlenme biçimleri arasında sayısız farklı örnek olduğundan, cezanın belirlenmesi açısından önemli gerekçeler ortaya çıkabilecektir. Cinsel saldırıda, kullanılan şiddetin türü ve derecesi cezanın belirlenmesinde etkilidir. Mağdurun faille olan önceki ilişkisi, failin, mağdurdan böyle bir beklenti içerisine girmesine neden

<sup>760</sup> Bruns, 1985: 175; Roxin, 1973: 200

<sup>761</sup> Ganteführer, 1970: 459

<sup>762</sup> BGH MDR, 1973, 16

<sup>763</sup> Bruns, 1985: 175

<sup>764</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 116

<sup>765</sup> BGH NStZ 1987, 321

olacak düzeyde ise, indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir. Ancak, mağdurun faille olan ilişkisini bitirdiği açıkça ortada ise ya da olayın gelişiminden anlaşılıyorsa, indirim sebebi olmayacaktır. Uygulamada, fail ile mağdurun önceye dayalı ilişkisi, her zaman indirim nedeni olarak dikkate alınmaktadır<sup>766</sup>. Hırsızlık suçunda, failin eşyayı koruma alanından nasıl çıkardığı, eşyanın korunma derecesi, failin bunu yaparken ne kullandığı, eylemin daha önceden organize edilip edilmediği fiilin işleniş biçimi olarak değerlendirilecektir. Yağma ve şantaj olaylarında, kullanılan tehdit ve şiddetin türü ve derecesi; dolandırıcılıkta hilenin türü ve derecesi; güveni kötüye kullanmada, failin kendisine güveni nasıl sağladığı, kontrolü nasıl ortadan kaldırdığı veya azalttığı konuları fiilin işleniş biçimi olarak cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>767</sup>.

Fiilin işleniş biçimine etkili olduğu durumlarda, temel ceza belirlenirken mağdurun durumu da göz önünde bulundurulabilecektir. Failin suçu işlerken sergilediği davranışlar, mağdur sayısı<sup>768</sup>, mağdurun yaşı, fiziksel ve psikolojik yapısı, kendini savunabilme imkânının bulunup bulunmaması, mağdurun suçun işlenmesine neden olması, suçun mağdur ve üçüncü şahıslar üzerindeki etkileri, failin suçu mağdurla arasında bir güven ilişkisi yaratarak işlemiş olması<sup>769</sup>, mağdurun uykuda ya da alkollü olması, mağdurun hamile olması<sup>770</sup>, suçun

<sup>766</sup> Alman Ceza Hukukunda cinsel saldırı suçlarının sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Feldmann Harald, (1992), Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen, Stuttgart

<sup>767</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 118

<sup>768</sup> “Kaçak göçmen sayısı ve dosya içeriğine göre temel cezanın asgari haddin üzerinde tayini gerekmekte ise de; 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde sayılan cezanın bireyselleştirilmesindeki kriterler esas alınarak takdirin buna göre kullanılması gerekirken hak ve nesafet kuralları ile orantılılık ilkesine aykırı düşecek şekilde yazılı gerekçelerle temel cezanın alt sınırın çok üzerinde tayini...” 8. CD, 25.2.2008, 2007/13414, 2008/1094 (Bakıcı, 2010: 241)

<sup>769</sup> “Yerel mahkemece, “suçun işlenmesinde banka amirlerinin güvenle kendisine tevdi ettiği şifreyi, bankanın bilgi ve işlemlerinde haksız biçimde kullanması, suç konusunun pek fahiş olarak kabul edilen miktarın üç yüz katından fazla bir değerde bulunması, sanığın pişmanlığını gösteren belirti bulunmayıp, olayı saptırma gayretine girmesi, eylemin dokuz aylık bir zaman içerisinde ısrarla ve sürekli işlenmesi, sanığın tamamen haksız çıkar sağlama amacıyla, kendisine iş, ücret, sosyal hak ve güvenceler sağlayan kuruma karşı eylemini aşama aşama gerçekleştirmesi, verilecek cezanın tatmin edici ve fiille orantılı olması” şeklindeki gerekçelerle, cezanın alt sınırdan uzaklaşımak suretiyle en üst sınırdan tayin edildiği, gösterilen gerekçenin dosya içeriğine uygun bulunduğu, takdirde yanılığa çelişkiye ve zafiyete düşülmediği, TCK’nın 29. maddesinde öngörülen ve dosya kapsamına uygun bulunan, öznel ve nesnel ölçüler gözetilerek en üst sınırdan ceza tayin ve takdir eden Yerel Mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmayıp, gösterilen gerekçenin yasal ve yeterli olduğu, yine aynı şekilde cezanın teselsül nedeniyle en üst oranda artırılmasında gösterilen gerekçenin de yasal ve yeterli olduğu anlaşılmaktadır”. YCGK 11.3.2003, 2002/11-329 E, 2003/29 K (Çolak/Altun, 2007:428)

<sup>770</sup> “Sanığın hamile olduğunu bildiği mağdureyi muhtelif yerlerinden bıçaklayarak öldürmeye tam teşebbüste bulunduğu sırada, 8,5 aylık ceninin de bıçak darbesi sonucu ölümüne neden olması hususunda temel cezanın asgari haddin uzaklaştırılarak tayin edilmesinin daha adil olacağı düşünülmemesi suretiyle eksik ceza verilmesi kanuna aykırı görüldüğünden hükmün bozulmasına”, Yar. 1. CD 17.03.1998, 100/722 (Malkoç, 2003: 47).

işlenmesi için gerekli olanın ötesinde mağduru ızdıraba sokarak fiili işlemesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak, suçun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlendikleri durumlarda bunlar temel cezaya etki etmeyecektir.

Mağdurun suçun işlenmesini kolaylaştırması cezanın tayin ve takdirinde sanığın lehine etki eden neden olarak değerlendirilebilecektir<sup>771</sup>. Mağdurun ya da üçüncü kişinin davranışı, bazen suçun cezasının alt sınırdan verilmesini de gerektirebilir. Örneğin; mağdurun tahrik boyutuna ulaşmayan olay öncesi kışkırtmaları, üçüncü bir kişinin faili olay öncesi suç işleme konusunda kandırıp ikna etmesi gibi. Böyle durumlar, sanık lehine düşünülüp cezayı alt sınırından belirleme yoluna gidilebilir<sup>772</sup>.

Suçun işleniş biçimi derken hangi yönden işleniş biçiminin değerlendirildiği, işlenmesinde sanık lehine ve aleyhine ne gibi konuların bulunduğu kararda gösterilmelidir. Küçük bir çocuğun önünde ablasına, annesine veya bir başkasına cinsel saldırıda bulunulması; babanın evde çıkan tartışmada küçük çocuklarının gözü önünde karısını bıçaklayıp nitelikli biçimde yaralaması veya odunla vurarak kafasını, kaburga kemiklerini kırması suçun işleniş biçimi ile ilgilidir. Belediye otobüsüne binen mağdurenin تنها bir yere götürülüp, kendisine cinsel saldırıda bulunmak, kamu görevinden doğan güveni kötüye kullanmak, arkadaşının evinde, onun mutfakta olmasından yararlanarak dolapta bulunan parasını almak suçun işleniş biçimine başka örneklerdir. Yatılı olarak misafir olduğu evden ayrılırken değerli eşyaları alıp götürmek, hasta taşımak için alınan otomobili geri vermeyip bir başkasına satmak, arkadaşını bir yere içmeye götürerek sarhoş edip dönerken تنها yerde onu dövmek ve parasını almak, beş kişiyle birlikte hırsızlık suçunu işlemek hallerinde alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilebilecek, suçun işleniş şekilleri mevcuttur. İnsanlar arasındaki güvenden yararlanılarak

---

“Sanıklar M. İle C. A. Hakkında Tarsus ağır Ceza Mahkemesinin 08.12.1992 günlü 1992/165 sayılı kararı ile yine sanık C'nin dosyada mevcut mahkûmiyetine ilişkin kararlarının kişiliklerini göstermesi sanık M. A'nın menfaat karşılığı kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kastlarındaki yoğunluk dikkate alınarak TCK'nın 29. maddesine göre cezanın asgari haddin üstünde verilmesi gerekirken Mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezayı alt sınırdan tayin etmesi yasaya aykırıdır.” Yar. 1. CD, 05.071996, 1689/2720 (Yaşar, 2001: 326-327)

<sup>771</sup> “Mağdurun daha önceki kışkırtmaları bir yana bırakılarak, sadece olay günü yapılan davranışlar esas alınarak faille fazla ceza tayini yasaya aykırıdır.” Yar. 1. CD, 26.01.2000-1999-3759/98, YKD XXVI, 4 (Nisan 2000), 610-611

<sup>772</sup> Önder, 1992: 558; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 576; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 879; Özbek vd, 2010: 603-604; Demirbaş, 2009: 557; Toroslu, 2010: 172; Çolak/Altun, 2007: 428; İçel vd, 2002: 149; Aldemir, 2007: 281



suçun işlenmesi durumunda suçun işleniş biçimi, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır<sup>773</sup>.

Beş kişinin kuyumcu dükkânına müşteri gibi girerek, ikisi mağduru lafa tutup oylarken diğer ikisinin perdeleme yaparak kuyumcunun görüş alanını kapatmaları ve beşinci failin bilezikleri almalarını sağlamaları ile bir kişinin kuyumcuya gidip, bilezik alacağını söyledikten, sonra kuyumcunun dalgınlığından yararlanıp, altını alarak kaçması durumunda suçun işleniş biçimindeki özellikler aynı değildir. Birçok kez ateş edilerek, mağdurun her iki bacağından vurulması, cezanın tayininde suçun işleniş biçimi açısından dikkate alınmalıdır. Hırsızlık suçu açısından, “suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi” nitelikli hal olarak TCK’da düzenlenmediğinden, suçun işleniş şekli açısından değerlendirilebilecektir<sup>774</sup>.

Suçun işleniş biçimi açısından vahamet olarak değerlendirilebilecek konuların saptanmaması durumunda, cezanın teşdiden uygulanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde, hâkimin, takdirinde zaafiyete düşmesi söz konusu olacaktır. Bu sonuç, “aynı şartlarda işlenen suçlara aynı ceza verilir” şeklindeki ceza adaleti ve eşitliği sağlayan hukuk ilkesine ters düşer. Bu itibarla, suçun işleniş biçimi nedeniyle temel ceza belirlenirken, objektif ve subjektif ölçülerle eylemin benzerlerinden ayrıldığı noktaları açıklamak, gerekçeler ortaya koyarak cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gitmek gerekir<sup>775</sup>.

### ccc. Kullanılan Araçlar

Temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak kriterlerden biri de *suçun işlenmesinde kullanılan araçlardır* (TCK m. 61/1-b). Suçun işlenmesinde kullanılan ve tipe uygun fiilin ortaya çıkmasına neden olan her türlü araç bu kriter açısından dikkate alınabilecek niteliktedir<sup>776</sup>. Bu kriter de 765 sayılı TCK’da aynı şekilde yer almaktaydı (m. 29/8). Bu kriter de faile ilişkin olmayıp, fiile ilişkindir. Suçun işlenmesinde kullanılan araç, failin iradesiyle gerçekleştirmek istediği suç ile neticesi arasında kullandığı ve suçun işlenmesini kolaylaştıran gerek genel, gerek özel nitelikte herhangi bir alettir. Suçun icrasında silah

<sup>773</sup> Bakıcı, 2010: 235

<sup>774</sup> Bakıcı, 2010: 235-236

<sup>775</sup> Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1015

<sup>776</sup> İçel vd. 2002: 148

kullanılması, tehlikeli veya elverişsiz araç kullanılması ya da silahın savunma amaçlı kullanılmasısiceza tayininde değerlendirilecek halleri oluşturur<sup>777</sup>.

TCK'nın 61. maddesi incelendiğinde alet kavramı yerine araç kavramının kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, araç kavramı, alet kavramına göre daha geniştir ve bu nedenle bu terim kanun koyucu tarafından özellikle seçilmiştir. Suç ve araç birlikte düşünüldüğünde, akla hemen silah kavramı gelmekte ise de burada kastedilen araç, doğal olarak silah kavramından çok daha geniş bir alanı ilgilendirmektedir. Her silah mutlak surette bir araç olduğu halde, her araç silah değildir. Örneğin; otomobil, bir hırsızlık suçunda kullanıldığında bir araçtır. Yakmak suretiyle işlenmesi, mala zarar verme suçunun nitelikli halidir (TCK m. 152/2-a). Bu nitelikli hal, suçun işleniş şekline yöneliktir. Bir otomobile yakılarak zarar verilmesi durumunda, nitelikli hal uygulanırken, hâkim, somut olayda benzin, tiner, molotof gibi şiddetli yanıcı maddeler kullanılması ile daha az yanıcı madde kullanılması arasında farklı ceza belirlemelidir. Burada hâkim, kullanılan araç kriterini kararına gerekçe yapabilecektir.

Bu kritere ilişkin olarak, TCK açısından silah teriminden bahsetmek yerinde olacaktır. TCK'nın 6/1-f. maddesinde silah tanımlanmıştır. Buna göre; ateşli silahlar; patlayıcı maddeler; saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet; yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı, nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler silahtan sayılır.

Cezanın tayininde suçun işlenmesinde kullanılan araçlarla ilgili olarak; suçun uzun namlulu silahla işlenmesi, kamyonla ayağının üzerinden geçmek suretiyle kasten yaralama<sup>778</sup>, otomatik tüfekle bir kişinin evinin taranması, yasa dışı örgütün elindeki silahların nitelikleri,

<sup>777</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 563

“Sanığa müessir fiil suçundan ceza tayin edilirken temel cezanın; suçta ateşli silah kullanılması, tek atışla yetinilmeyip müteaddit el ateş edilmesi, mağdurun hayati organlarının hedef alınması gibi nedenlerle ceza adaletini temin gayesiyle asgari haddin üzerinde tayini gerekirken .....asgari haddin ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 1. CD, 10.11.1992, 2255/2421 (Yaşar, 2001: 328)

Bu kararında Yargıtay, silah kasten yaralama suçu açısından cezayı artıran nitelikli hal olduğu halde, silahın sıradan bir silah yerine (bıçak gibi) ateşli silah olmasını cezanın belirlenmesinde kriter olarak almıştır. Taş, sopa, cam, şişe, lama demir gibi araçların silah sayıldığı bir sistemde ateşli silahın temel cezanın belirlenmesinde asgari haddin uzaklaşma nedeni sayılması yerindedir.

<sup>778</sup> “Dava konusu olayda kullanılan vasıtanın “oto” niteliği, her iki mağdurda hasıl olan yaraların vasıf ve mahiyet bir tarafa itilerek temel cezanın olayın başlama ve gelişim tarzına uygun düşmeyecek biçimde asgari haddin tayini yasaya aykırıdır.” Yar. 1.CD. T.07.10.1992, E.1992/1914, K.1992/2101, YKD. 1993-1-115.

sayısı zikredilebilir. Sanığın, kendinden küçük, kilo ve güç itibariyle zayıf olan mağduru yaşamsal tehlike geçirecek şekilde demir çubukla dövmesi, inşaat makinesiyle duvarın yıkılıp eve girilmesi, balkona kanca atılarak halat vasıtasıyla üçüncü kattan hırsızlık yapılması, silahla işkence yapılması, hallerinde kullanılan vasıtaların, temel cezanın artırılmasını gerektirip gerektirmediği, tartışılmalıdır. Kanunda düzenlenen suçun nitelikli halleri arasında silahın cinsi, özelliği<sup>779</sup> dikkate alınmamışsa, bu konunun temel cezanın tayininde gözetilmesi gerekir. Örneğin; 7.65 çapındaki bir tabancayla yaralama veya tehdit ile uzun namlulu silahla yaralama ve tehdidin, mağdurda ve etrafta yarattığı korku aynı değildir. Bu halde, mağdurun kendini koruması da daha farklı hal alacaktır. Uzun namlulu silahtan korunmak ve kurtulmak mutlaka daha zor olacaktır. Bu nedenle kullanılan silahın niteliği de dikkate alınmalı ve verilecek ceza aynı olmamalı, fiille orantılı olmalıdır<sup>780</sup>.

Suç işlemek için kullanılan araç öyle bir fonksiyon üstlenmektedir ki; bazen failin bu araç olmadan suçu işlemesi olanaksız ya da zor olmakta, fail bu aracı kullandığında suçu işlemekte kolaylık sağlamaktadır. Bu gerekçeyle, suç işlemede kullanılan araç temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak gösterilmiştir. Burada esas alınacak olan araç ve bunun niteliğidir<sup>781</sup>. Araç olmadan suçun işlenemeyecek olması, her seferinde aranacak bir durum 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 tam tersine çok hafif olması ve somut olayda daha başka etkileri dikkate alınarak temel ceza belirlenmelidir. Örneğin; yayanın yola aniden çıkması üzerine, ona çarpan sürücünün sinirlenmesi ve ilk anda hafifçe çarptığı yayayı bu kez kasten otomobili üzerine sürerek çarpıp düşürmesi ve peşinden araçtan inerek yayayı tekme ve tokatlarla dövmesi olayında<sup>782</sup>, suçta kullanılan araç ve suçun işleniş biçimi temel cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır.

Suçun işlenmesinde kullanılan ve eylemin icrasını kolaylaştıran aracın bu kriter içinde değerlendirilip cezanın hesaplanmasında dikkate alınabilmesi için kanunun bu konuyu cezaya

<sup>779</sup> Kasten yaralama, cinsel saldırı, tehdit, hürriyetten yoksun bırakma, konut dokunulmazlığını ihlal, iş ve çalışma hürriyetini ihlal, yağma gibi birçok suçun silahla işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu hallerden hiçbirinde kullanılan silahın niteliğinden bahsedilmemiştir. TCK'nın 213/2. maddesinde düzenlenen "Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçu" açısından ise "Suçun silahla işlenmesi durumunda verilecek ceza kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir." Denilerek silahın cinsi ve vasfı da dikkate alınmıştır. (Bakıcı, 2010: 243)

<sup>780</sup> Bakıcı, 2010: 243-244

<sup>781</sup> Önder, 1992: 629

<sup>782</sup> www.ensonhaber.com E. T.04.03.2012

etki eden bir hal olarak düzenlememiş olması gerekir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı (TCK m. 61/3) ihlal edilmiş olacaktır. Yargıtay da bir kararında<sup>783</sup>, suçun silahla işlenmesinin hangi halde ve hangi eylem için nitelikli hal sayılacağı kanunda belirtilmiş bulunduğundan, bu nedenin cezanın asgari haddin üzerinde tayin edilmesi gerekçesi olamayacağını belirtmiştir<sup>784</sup>. Örneğin; TCK'nın 314. maddesinde düzenlenen devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla oluşturulmuş silahlı örgütün bünyesindeki silahların türü, niteliği ve sayısı temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir<sup>785</sup>. Silah; kasten yaralama<sup>786</sup> (TCK m. 86/3-e), tehdit (TCK m. 106/2-a), yağma (TCK m. 149/1/a) suçlarında cezayı artıran nitelikli hal olup, bu tür suçlarda temel cezanın belirlenmesinde bu kriter esas alınmaz<sup>787</sup>. Silahın bir araç olarak kullanıldığı bu tür suçlarda ceza, silah nedeniyle zaten kanun gereği artırılmaktadır. Ancak, eğer bıçak kullanılmışsa darbe sayısının çokluğu, tabanca kullanılmışsa sıkılan kurşun sayısının çokluğu, temel cezanın belirlenmesinde, alt sınırdan uzaklaşmada gerekçe olarak kullanılabilir. Bu durumda suçun işlenme biçimi kriteri gündeme gelecektir. Silahın, cezayı artıran yasal bir unsur olarak öngörülmediği suçlarda, örneğin; kasten adam öldürme suçunda, kullanılan silahın niteliği, temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak alınabilir<sup>788</sup>. Burada asıl soru, silahın cezayı artıran unsur olarak öngörüldüğü suçlarda, silahın niteliğinin, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak alınıp alınamayacağına ilişkindir. Kanaatimizce suçu gerçekleştirmede daha etkin silah kullanılması farklı ceza uygulaması gerektirebilir. Örneğin; demir çubuk, bıçak, ateşli silah ya da kezzap kullanılarak işlenen kasten yaralama suçlarında, suçta kullanılan araçların niteliklerindeki farklılıklar, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

<sup>783</sup> YCGK, 28.04.1998-1/82-945, (Kaban vd, 2001: 36)

<sup>784</sup> Aldemir, 2007: 282; Özbek, 2010: 573; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 880

<sup>785</sup> Özgenç, 2011: 642

<sup>786</sup> “Maddi olayda, sanığın ateşli silah ile altı el ateş ederek(...) mağduru yaraladığı anlaşılmıştır. Suçta kullanılan araç, tehlikenin ağırlığı ve sanığın geçmişi dikkate alındığında sanığa asgari haddin üzerinde ceza tayin edilmesinin cezaların kişiselleştirilmesi ilkesine, adalet ve nesafet kurallarına uygun düşeceği gözetilmeden alt sınırdan ceza tayin edilmesinde isabet görülmemiştir.” YCGK 4.6.1996 t. 1-123/126 sayılı kararı. Ayrıca Yargıtay, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak ortaya çıkan ölümün gerçekleşmesi durumunda diğer nedenler yanında, olayda bıçak kullanılmış olmasını cezanın alt sınırın üstünde tayin edilmesini gerektiren bir neden olarak değerlendirmiş, aynı şekilde olay yerine silahla gelinmesini ve yapılan atış sayısını da cezanın takdirinde dikkate alınması gereken haller olarak göz önünde tutmuştur. Yar. 1. CD 10.11.1992, 2255/2421 (Yaşar, 2001: 328)

<sup>787</sup> Aldemir, 2007: 282

<sup>788</sup> “Suçta ateşli silah kullanılması... gibi nedenlerle ceza adaletini sağlama amacıyla cezanın asgari haddin üzerinde belirlenmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile sanığa asgari haddin ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, Yar. 1.CD. T.10.11.1992, S.2255/2421, (Erdurak, 1993: 48)

Her suçun özelliğine göre, suç işlemede kullanılan araçlar da çok çeşitlidir. Örneğin; kasten yaralama suçunda, taş, demir çubuk, bıçak; hırsızlık suçunda tırmanmak için merdiven, çalıntı malı taşımak ve uzaklaşmak için araba, kilidi açmak için maymuncuk birer araçtır. Bir suçun işlenmesini kolaylaştıran her araç, o suç için elverişli araçtır. Bazı araçlar, bazı suçlar bakımından daha elverişli olabilir. Örneğin; kasten adam öldürme ya da kasten yaralama suçlarında tabancanın, bıçağa göre daha elverişli olduğu bir gerçektir. Tam otomatik uzun namlulu silahın 7,65 mm çaplı yarı otomatik bir tabancaya göre daha etkili olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle, suçta kullanılan aracın elverişliliği, etkililiği, sayısı, kısaca niteliği ve niceliği, temel cezanın belirlenmesinde gözetilebilecek bir unsurdur. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun ele geçirilmiş bir anahtarla işlenmesi, kanunda ayrıca daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmediği için, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecektir.

Atılan kurşunların fazla olması, zorla ırza geçme fiilinde tehdit vasıtası olarak silah kullanılması, silahın savunma amaçlı kullanılması, aracın tehlikeli kullanılması, temel cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesinde etkili olabilir. Aracın tehlikeli kullanılması ve silahın savunma amaçlı kullanılmasının, suçta kullanılan araçlar değil, araçların kullanılış şekli ve amacını ön plana çıkardığı, bunun temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağı savunulmuştur<sup>789</sup>. Kanaatimizce, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar kriterini bu şekilde bölmek mümkün değildir. Araçların kullanılma şekillerini, aracın kendisinden ayırmak da olası değildir. Ayrıca, araçların kullanılması sadece cezanın alt sınırdan uzaklaşması nedeni değil, tam tersine cezanın alt sınırdan tayini sebebi de olabilecektir. Örneğin; eziyet suçunda sanığın, demir çubuk ve tahta sopanın her ikisini de kullanma imkânı olduğu halde, tahta sopayı alarak eylemi gerçekleştirmesi durumunda, aracın kullanılış şekli ve amacının bir tarafa bırakılarak, hüküm verilmesi doğru olmayacaktır. Yine suçta kullandığı aracı, mağdura daha az zarar verecek şekilde kullanan (Örneğin; bıçağın tahta sapıyla yaralamayı gerçekleştiren) failin durumu, failin kastına dayalı kusurunun ağırlığı açısından düşünülerek, lehine değerlendirilebilir.

Kanaatimizce, burada değinilmeden geçilmemesi gereken bir konu da, suçta kullanılan araç kriterinin mahkeme kararlarına yeterince yansımaması nedeniyle, Yargıtay'ın her türlü aracı silahtan sayma yönündeki eğilimidir. Gerçekten de, Yargıtay, TCK'nın 6/1-f. maddesinde tanımlanmış olan silah terimini kararlarında oldukça genişletmiş, tahta sopa,

<sup>789</sup> Özen, 2009: 84

baston, taş, piknik tüpü, şişe, cam parçası gibi araçları da silah kategorisine sokmuştur. Kanaatimizce, bunun nedeni kullanılan araçların bu tanıma uygun silah olması değildir. Hâkimlerin suçta kullanılan araç kriterini cezanın belirlenmesi aşamasında yeterince uygulamamaları ve Yargıtay'ın bu durumun oluşturduğu sıkıntıyı giderme çabasıdır. Hâkimin, suçta kullanılan araç kriterini somut olayda etkili bir biçimde kullanarak, kanunun açık düzenlemesine göre silah sayılmaması gereken bazı araçları da cezanın belirlenmesinde suçun işlenmesinde kullanılan araçlar kriteri çerçevesinde dikkate alması gerekir. Bu şekilde, hâkimin, alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin etmesi, olaya uygun ve orantılı ceza belirlenmesine neden olacak, Temyiz Mahkemesi de, bu araçları zorlayıcı bir şekilde silah kategorisine alma eğiliminden vazgeçebilecektir.

Alman Ceza Hukuku'nda, cezanın belirlenmesi kriterlerinden suçun işlenme şeklinin, suçta kullanılan araçları da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>790</sup>. Suçun işlenmesiyle ilgili olan bir çok durum, nitelikli hal olarak kanun tarafından özellikle düzenlendiğinden bu konuda dikkatli olunması gerekir. Örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 243/1 veya 244 ve 250. maddelerde müşterek faillik (iştirak), silah kullanma veya 211. maddede maske kullanarak işlenmesi gibi. Bu durumlarda çifte değerlendirme yasağından dolayı, cezanın belirlenmesinde bu gerekçelere yer verilemeyecektir. Ancak, kullanılan aracın niteliği (Örneğin; maskenin çok özel olması hali gibi), cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Mahkeme, kendi değerlendirmesinde, kanun koyucunun öngörüsü ile çelişecek şekilde hareket etmemelidir. Örneğin; hatalı olarak, uyuşturucu ticareti suçunda silah bulundurulmasını, özel tehlikeli durum olarak kabul etmemelidir. Silah, sadece ateşli silahlar kanununa aykırılık suçunun basit halini oluşturacaktır. Failin bir davranışı ile hukuki anlamda birden fazla fiili, birden fazla nitelikli veya ortalama vakayı gerçekleştirmiş olduğu durumlarda fail, nitelikli halden sorumlu tutulacaktır<sup>791</sup>.

#### **ddd. Suçun İşlendiği Zaman**

Suçun işlendiği zamanın, temel cezanın belirlenmesinde değerlendirilebilmesi için; suçun işlenmesi sırasında fail açısından bir kolaylık sağlamış olması, fail hakkında takibin yapılmasını imkânsız veya çok zor bir duruma getirecek olması gerekir. Mağdurun korunma olanaklarının zayıflatılması veya ortadan kaldırılmış olması veya mağdurun normal şartlarda uğrayacağı zararın, failin bu zamanı seçmesi nedeniyle çok daha fazla olması da, cezanın

<sup>790</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 115

<sup>791</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 116

belirlenmesinde, suçun işlenme zamanı unsurunun kullanılmasına neden olabilir<sup>792</sup>. Örneğin; gece vakti mağdurenin ırzına geçilmesi, taksici cinayetlerinin genellikle gece işlenmesi olaylarında, “suçun işlendiği vaktin gece olması” suçun kolayca işlenmesine etkilidir ve temel cezanın belirlenmesinde birer kriter olarak değerlendirilebilecektir<sup>793</sup>.

Failin, suçu işlerken zaman unsurundan özellikle yararlandığı durumlar, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir<sup>794</sup>. Kanaatimizce, zaman unsuru, failin suçu işlemesini kolaylaştıran bir hal almış olabileceği gibi, zamanı iyi seçememiş bir fail açısından suçun işlenmesini zorlaştıran, hatta suçun ortaya çıkmasına neden olan bir durum da yaratabilir. Hâkim, temel cezayı belirlerken, suçun işlenme zamanının suçun işlenmesine nasıl bir katkı yaptığını (suçun işlenmesi açısından etkisini) dikkatlice değerlendirecek ve temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alacaktır. Her kriter için tekrarladığımız çifte değerlendirme yasağını, zaman unsuru bakımından da hatırlatmakta yarar vardır. Zaman, suçun unsuru olarak düşünülmesi de birçok suçta nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Örneğin; hırsızlığın geceleyin işlenmesi (TCK m. 143), yağma suçunun gece vakti işlenmesi (TCK m. 149/1-h), konut dokunulmazlığını ihlal suçunun gece vakti işlenmesi (TCK m. 116/4) halleri suçun işlenme zamanının nitelikli hal olarak düzenlendiği maddelere örneklerdir. Bu hallerde, suçun işlendiği zaman, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamayacaktır. Kasten yaralama suçunda suçun işlendiği zaman, suçun unsuru veya nitelikli hal i olmadığından hâkim temel cezayı belirlerken suçun işlendiği zamanı kriter olarak dikkate alabilecektir<sup>795</sup>.

Suçun işlenme şekli başlığında anlatılan, zekât verme vaadiyle dolandırıcılık örneğinde, Cuma namazı vaktinin hemen öncesinin seçilmiş olması, suçun işlenme zamanını temel cezanın belirlenmesinde etkili kılacak bir örnektir. Bu şekilde bir ibadet saatinin öncesinde, başka bir ibadetin yapılacağı izlenimini uyandırarak, hile unsurunu gerçekleştirmek, failer açısından suçun işlenmesini daha kolay hale getirmektedir. Hırsızlık suçunun kişilerdeki telaştan faydalanılarak, örneğin; düğün anında, bayram gününde, cenaze sırasında veya toplu halde bulunulan bir festival anında, bu anın sağladığı özel kolaylıktan

<sup>792</sup> Centel/zafer/Çakmut, 2011: 570

<sup>793</sup> Aldemir, 2007: 282

<sup>794</sup> Önder, 1992: 629

<sup>795</sup> “Gece sabaha karşı 03:00 sıralarında mağdurun evinde işlenen yaralama suçunda, olayın başlama saati ve olay mahalline göre cezanın asgari haddin üstünde takdir edilmesi gerekir.” Yar. 1. CD, 14.5.2001, 1038/2054 (Malkoç, 2003: 278)

faydalanılarak gerçekleştirilmesi hallerinde de, suçun işlenme zamanı, cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Hâkim, bu olayda suçun işlenme zamanını, alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin etmenin gerekçesi olarak kullanabilecektir. Uygulamada sıkça karşılaşılan, camide abdest almakta olan kişinin askıdaki ceketinin cebinden hırsızlık örneğinde de, abdest alma sırasında ceketin çıkarılarak asılması nedeniyle, hırsızlık suçunun işlenmesi temel cezanın belirlenmesinde zaman ve yer kriteri olarak dikkate alınabilecektir.

Suçun işlenme zamanı ile ilgili uygulamadan çok çarpıcı bir örnek<sup>796</sup>; İlçe Merkezinde bir bankanın ATM'sinin data kablolarını gece vakti saat 00.30 sıralarında kesen iki şüpheli, ATM kasasını açmak için olay yerinde etrafı kolladıkları sırada, olay yerinin yakınında park halindeki otomobillerinde bulunan tüm teçhizatlarıyla birlikte, polis tarafından yakalanmıştır. ATM kasasını açmak için seçilen gün ayın 14. Günü, başka bir deyişle ATM'nin ertesi günkü maaş ödemeleri için tamamen doldurulmuş olduğu günün gecesidir. Bu olayda, hırsızlık suçu açısından fiilin gece vakti işlenmiş olması, nitelikli hal olarak uygulanacağından, hâkim, gece vakti işlenmiş olması nedeniyle temel cezayı belirlerken bunu kriter olarak alamayacaktır. Ancak suçun, ayın 14. günü işlenmiş olması, temel cezanın belirlenmesi açısından suçun işlenme zamanı bakımından kriter olarak alınmalıdır. Bu olayda suçun işlenme zamanı, meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığıyla da yakından ilgilidir. Çünkü suçun işlenme zamanı, ertesi gün maaşların ödenmesi nedeniyle ATM'nin para ile dolu olduğu bir ana denk gelmektedir.

Alman Ceza Hukuku'nda fiilin gerçekleştirildiği yer ve zamanla ilgili düzenleme yoktur. Bu unsurlar fiilin gerçekleştirilme şekli içerisinde değerlendirilmektedir. Fiilin işlendiği yerin fiilin gerçekleşmesi üzerindeki etkisi, fiilin süresi, bu açıdan önem kazanabilmektedir. Baumann' a göre, fail, mütemadi suçlarda, hukuk dışında kalma konusunda daha istekli olmakta ve daha fazla kusur taşımaktadır<sup>797</sup>. Suçun işlenme biçimi, failin suça yönelik isteğinin gerçekleşmesidir. Bu yüzden davranışın haksızlığı çerçevesinde cezanın belirlenmesi açısından önemli bir yer sahiptir. Burada önemli kriterler; özel suç modelleri, yer, zaman, suçun devam süresi, araçlar, özel suç davranışı veya fail ve mağdur ilişkileridir<sup>798</sup>.

<sup>796</sup> 2007 yılında Bor Cumhuriyet Başsavcılığında görevli iken nöbetimde meydana gelen ATM'den hırsızlık olayıdır.

<sup>797</sup> Baumann, 1977: 667

<sup>798</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 115



### eee. Suçun İşlendiği Yer

Suçun işlendiği yerin, temel cezanın belirlenmesinde değerlendirilebilmesi için, suçun işlenmesi sırasında fail açısından bir kolaylık sağlamış olması, mağdurun korunma olanaklarının zayıflatılması veya ortadan kaldırılmış olması veya suçun işlenmesini özellikle o noktada seçilmesinden dolayı mağdurun başka bir yerde uğrayacağı zarardan çok daha fazla bir zarara bilerek uğratılmış olması gerekir<sup>799</sup>.

Failin, suçu işlerken yer<sup>800</sup> unsurundan özellikle yararlandığı durumların temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir<sup>801</sup>. Örneğin; ıssız (tenha) bir yerde mağdurenin ırzına geçilmesi, taksici gasp ve cinayetlerinin ıssız yerde yapılması, olaylarında, “suçun işlendiği yerin ıssız bir yer olması” suçun kolayca işlenmesine etkili olduğundan ve failin yakalanmasını imkânsız veya en azından çok zor bir hale getireceğinden, temel cezanın belirlenmesinde birer kriter olarak değerlendirilebilecektir<sup>802</sup>.

Bu durum failin suçu işlemesini kolaylaştıran bir hal almış olabileceği gibi, suçu işleyeceği yeri iyi seçememiş bir fail açısından, suçun işlenmesini zorlaştıran hatta suçun ortaya çıkmasına ve işlenmesinin engellenmesine neden olan bir durum da yaratabilir. Hâkim temel cezayı belirlerken, suçun işlenme yerinin, suçun işlenmesine nasıl bir katkı yaptığını dikkatlice değerlendirerek temel cezayı belirleyecektir. Yine suçun işlendiği yerin, kanunda suçun unsuru, Örneğin; konut veya işyeri dokunulmazlığını ihlal suçunda suçu, ya da nitelikli hali, Örneğin; yağmanın konutta yapılması, hırsızlığın binada muhafaza altına alınmış mal aleyhine işlenmesi, olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Aksi halde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Suçun işlendiği yerin, suçun unsuru olması durumunda, Örneğin; konut dokunulmazlığını ihlal suçu, bu yerin belli bölümlerinin önem sıralamasına konularak, cezanın belirlenmesinde dikkate alınıp alınamayacağı, Örneğin; yatak odasına kadar girip, en mahrem yerleri ihlal eden failin durumu ile daire kapısından içeri giren ve orda duran failin durumu, tartışılabilir. Kanaatimizce, burada yer unsurundan olmasa da, suçun işleniş şekli kriterinden dolayı, her iki fail arasında cezanın belirlenmesi açısından farklı

<sup>799</sup> Centel/zafer/Çakmut, 2011: 570

<sup>800</sup> 5271 sayılı CMK m. 232’de beraat kararları dışında, hükümde, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman diliminin gösterilmesini zorunlu kılmaktadır. Yargıtay da, suçun işlendiği yerin hükümde bulunmamasını, bozma nedeni olarak kabul etmektedir. Yar. 8. CD, 25.9.2006, 5808/6936; Yar. 10. CD, 23.11.2005, 9864/16949 (Parlar/Hatipoğlu, 2007: 548-554)

<sup>801</sup> Önder, 1992: 629

<sup>802</sup> Aldemir, 2007: 282

hareket edilmelidir. Eylemini en mahrem yerlere kadar devam ettiren fail açısından, alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesi gerekir.

Suçun işlendiği yer konusunun, etkin pişmanlıkla ilişkilendirildiği durumlarda da, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir. Örneğin; kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan failin, mağdura zarar vermeksizin onu güvenli bir yere bırakması durumunda, güvenli yere kişinin bırakılmış olması, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacak, etkin pişmanlık hükümlerine göre bu durum değerlendirilecektir.

Suçun işlendiği yerin cezanın belirlenmesinde kriter olarak alınabileceğiyle ilgili olarak uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; şehirdeki hastanelerin bir kısmını gezerek, hasta veya hasta yakınlarının sağlık sorunları nedeniyle fazla dikkat etmedikleri çanta ve diğer kıymetli eşyalarını odalarından almak eylemleri, gösterilebilir. 2009 yılında 2-3 günlük bir dönemde, aynı failer, Nevşehir’de 3 ayrı hastaneden 8-9 ayrı hırsızlık gerçekleştirmişlerdi. Burada, suçun işlendiği yer, tam da ifade edildiği gibi; suçun işlenmesini oldukça kolaylaştıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Mağdurların hastaları veya hastalıkları ile uğraşmak durumunda olmaları, bir telaş (heyecan) içerisinde bulunmaları nedeniyle, suçun kolayca işlenme olanağı ortaya çıktığından, suçun işlenme yeri ve suçun işlenme şekli kriterlerine göre cezanın belirlenmesi söz konusu olabilecektir.

Atasözüne konu olan Bor Pazarı’nda, her salı günü meydana gelen, el becerisi suretiyle hırsızlık eylemleri bakımından da, suçun işlendiği yer unsuru dikkate alınabilecektir. Bu örnekte pazarın kalabalık olması, hem failin suçu işlemesini kolaylaştırmakta hem de failin yakalanmasını zorlaştırmaktadır. Pazarın her salı günü kuruluyor olması düşünüldüğünde, suçun işlenme yeri yanında suçun işlenme zamanı kriterini de akla getirmektedir<sup>803</sup>.

Mağdurun veya maktulün kandırılarak تنها bir yere götürülerek kimsenin olmadığı bir yerde suçun işlenmesi, öğrencilerin teneffüste olduğu sırada sınıfa girilerek hırsızlık yapılması, bir toplantıda, mitingde suçun işlenmesi durumunda bu kriter kullanılabilir. Ağlayanla ağlayıp gülenle gülenek güveni sağladıktan sonra, üzüntü ve sevincin oluştuğu

<sup>803</sup> Bor Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptığım 2006-2009 yılları arasında değişik nöbetlerim esnasında meydana gelen olaylardır. Burada suçun işlendiği zaman, failin suçu işlemesini o kadar kolaylaştırmaktaki, bir kısım failer her Salı günü Kayseri’den hırsızlık için Bor Pazarı’na gelmektedir. Onlardan biri, bir hafta önce domates tezgâhı yanında sıkıştırdığı ve cebinden parasını aldığı mağdur tarafından, bir hafta sonra, aynı tezgâhta başka bir mağdurun cebinden parasını aldığı sırada görülerek, takip edilip aynı zamanda 155’e bilgi verilerek, Pazar çıkışında yakalatılması ile sonuçlanmıştır.

ortamdan yararlanarak, cenaze, nişan veya düğün evinde kalabalıktan faydalanıp amaçlanan suçun işlenmesi suçun işlenme yeri kriterini gündeme getirecektir. Sınıfa girilerek ders anlatmakta olan öğretmenin dövülmesi, hakaret edilmesi, fiillerinde temel ceza tayin edilirken, suçun işlenme yeri dikkate alınabilir ve alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini yoluna gidilebilir<sup>804</sup>.

### fff. Suçun Konusunun Önem ve Değeri

TCK'nın 61/1-d. maddesinde düzenlenmiş olan suç konusunun önemi ve değeri temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak kriterlerden bir başkasıdır (TCK m. 61/1-d). Bu da, fiile ilişkin bir kriter olup, 765 sayılı TCK'da da yer almaktaydı (m. 29/8).

Değer kelimesinin sözlük anlamı, “bir şeyin önemini belirlemeye yarayan soyut ölçü parayla ölçülebilen karşılığıdır”<sup>805</sup>. Önem ise sözlükte, “bir şeyin nitelik veya nicelik bakımından değerli olma durumu” olarak açıklanmıştır. Görüldüğü üzere her iki kelime birbiriyle açıklanmaktadır<sup>806</sup>. Temel cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerden bazıları aynı maddenin aynı bendinde sayılmış oldukları halde, farklı içeriklere sahip olduklarından farklı başlıklarda incelenmiştir. Örneğin; amaç ve saik, kast ve taksir, yer ve zaman gibi. Oysa suç konusunun önem ve değeri, kelimelerin birbirini ifade etmeleri nedeniyle, ayrılamaz durumdadır. Birinin izahının diğerini de ortaya koyacak olmasından dolayı, her ikisi bir başlık altında incelenmiştir.

Suç konusu kavramı ile anlatılan, suçun hukuki konusu, suçla korunan hukuki yarar ya da korunan hukuksal değer olarak adlandırılan kavram değil, suçun maddi konusu olarak bilinen ve failin üzerinde suçu gerçekleştirdiği şeydir. Bu, insan veya nesne olabilir. Suçun hukuksal konusu (korunan hukuksal değer) soyut, suçun nesnel konusu ise kural olarak somut niteliktedir. Suçun hukuksal konusu, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak alınamaz. Bu bakımdan, adam öldürme suçunda korunan hukuksal değer olan yaşam hakkının yok edilmiş olması, evrakta sahtekârlık suçunda korunan hukuksal değer olan kamu güveninin sarsılmış olması, temel cezanın belirlenmesinde gerekçe olamaz<sup>807</sup>. Bunlar, esasen suçun oluşması için mutlaka ihlal edilmesi gereken değerler olup, tipikliğin gerçekleşmesinin en doğal sonucu olarak tecavüze uğrarlar. Bu değerlerin ihlal edilmesinin, cezanın belirlenmesinde başlı başına

<sup>804</sup> Bakıcı, 2010: 244

<sup>805</sup> <http://www.turkcebilgi.com/sozluk/de%C4%9Fer>; E.T. 19.05.2012

<sup>806</sup> <http://www.turkcebilgi.com/sozluk/%C3%B6nem>; E.T. 19.2012 01.14

<sup>807</sup> Önder, 1992: 628; Centel/Zafer/Çakmut, 2011:571; Demirbaş, 2009: 616

dikkate alınması mümkün değildir. Aksi halde kanun koyucunun, soyut cezayı belirlemede kullandığı ilkeler ve kriterler, bir kez de somut ceza belirlemede kullanılmış, başka bir deyişle; çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur.

Her suçun bir konusu vardır. Bazı suç tanımlarında bu konu açıkça gösterilmiştir. Örneğin; hırsızlık suçunda (TCK m. 141/1) taşınır bir mal, mala zarar verme suçunda (TCK m. 151/1) taşınır veya taşınmaz mal<sup>808</sup>, zimmet suçunda (TCK m. 247/1) mal suçun (nesnel) konusunu anlatır. Bazı suçlarda mağdur ile suçun konusu örtüşür. Örneğin; kasten yaralama suçunda (TCK m. 86, 87) mağdur kişi, suçun konusu ise kişinin vücududur. Kişinin nesnel olmayan varlığının da, suçun konusunu oluşturabileceği durumlar vardır. Örneğin; hakaret suçunda (TCK m. 125) suçun konusu kişinin (mağdurun) şerefidir. Suçun maddi konusu bir değeri ve önemi ifade eder<sup>809</sup>. Değer bazen ölçülebilir (örneğin; hırsızlık suçunda çalınan malın bedeli gibi), bazen de ölçülemez (örneğin; hakaret suçunda onur, şeref, saygınlık gibi), nitelikte olabilir. Suç konusunun önemi ise, kişi, mağdur, toplum ve devlet için ifade ettiği anlamla ilgilidir. Her olayda suç konusunun önemi ve değeri farklılık gösterir. Örneğin; hırsızlık konusu bir mal yoksul bir insan için çok değerli ve önemliken, varlıklı bir insan için böyle olmayabilir. Ayrıca suç konusunun değerinin objektif nitelikte, suç konusunun öneminin ise subjektif bir durumu ifade etmektedir. Örneğin; 100 gr altın herkes için aynı değerde iken zengin için farklı, fakir veya borçlu biri için farklı önemdedir. Keza maddi kıymeti olmayan şeyler açısından da önem kriteri kullanılabilir. Örneğin; mağdurun babasına ait tek fotoğrafı bunu bilerek yırtan faile ceza verirken suçun önemi kriteri kullanılabilir. Hâkim, somut olaydan hareketle, suç konusunun değer ve önemini her yönüyle değerlendirerek, temel cezanın belirlenmesi yoluna gitmelidir<sup>810</sup>.

<sup>808</sup> “Tecavüze konu yerin 700 metrekare olması ve sanıkların aynı mahkemenin 2002/58 esas, 2003/330 karar sayılı dosyasından da beraat etmiş bulunmaları karşısında suçun işleniş biçimi suç konusunun önem ve değeri, zararın ağırlığı kastın yoğunluğu, suç saiki ve amaçları ile mahkemenin belirtilen dosyasından bahsedilerek dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçeyle alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini...” 8. CD, 27.3.2006, 1004-2536 (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1046)

<sup>809</sup> Bir olayda kasten yaralama suçunun, mağdurun hükümet mümessili ve kaymakam vekili olarak görev yaptığı sırada işlenmesi ve tabancasının alınması, kamu düzeninin önemli derecede ihlal edilmesi sayılarak, alt sınırdan fazla ceza belirlenmesi yerinde görülmüştür. Yar. 4. CD 3.6.1959-6625/8916, (Önder, 1992: 629) Kamu görevlisine karşı kasten yaralamanın TCK’da nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması, bu durumda mağdurun sıfatının iki kez dikkate alınması nedeniyle, çifte değerlendirme yasağını gündeme getirecektir. Esasen 5237 sayılı TCK döneminde memurların sıfatlarının farklı olması nedeniyle farklı ceza tayini yoluna gidilemeyecektir.

<sup>810</sup> Önder, 1992: 629; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 571; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 881; Koca/Üzülmez, 2012: 565

Yargıtay uyuşturucu madde kaçakçılığında, suç konusu uyuşturucu maddenin altı gramdan ibaret olması dikkate alınmadan cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayinini bozma nedeni yapmıştır. Yar. 10. CD, 4.12.2006,

Suç konusunun değer ve öneminin suç tanımında bir unsur olarak ya da cezayı artıran veya azaltan nitelikli hal olarak gösterildiği durumlarda, suç konusunun önem ve değeri temel cezanın belirlenmesinde, çifte değerlendirme yasağı gereği kriter olarak alınamaz. Örneğin; malın değerinin azlığı, hırsızlık suçunda cezasızlık ya da cezada indirim gerektiren nitelikli hal (TCK m. 145), yağma suçunda ise cezada indirim gerektiren nitelikli hal (TCK m. 150/2) olarak düzenlenmiştir. Bu tür suçlarda cezanın belirlenmesi sırasında, değer az olduğu kriterine dayanılmayacaktır<sup>811</sup>. Ancak, hırsızlık suçunda malın değerinin pek fahiş olması; 765 sayılı TCK'nın 522/1. maddesinin aksine, 5237 sayılı TCK'nda cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmediğinden, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesinde bir kriter olarak kullanılabilecektir. Aynı şekilde mala zarar verme (TCK m. 151), güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), dolandırıcılık (TCK m. 157) gibi suçlarda da suç konusunun değerinin az veya çok oluşu temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak alınabilecektir. Çünkü bu son durumlarda suç konusunun değeri, suçun unsuru ya da cezayı etkileyen nitelikli hal değildir. Bir kimsenin 200 TL değerindeki cep telefonunu alıp iade etmeyerek güveni kötüye kullanma suçunu işleyen faile alt sınırdan ceza verilebilecek iken, 30.000 TL değerindeki otomobilini alıp iade etmeyerek bu suçu işleyen faile, alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza belirlenmesi yoluna gidilebilecektir.

Suç konusunun önemi, oldukça göreceli bir kavramdır. Suçun maddi konusunun değerinden çok, onun mağdur ya da suçtan zarar gören açısından anlamını ifade etmektedir. Örneğin; çini satış mağazasındaki bir çini tabağa zarar verilmesi ile, bir kişinin ata yadigarı olarak koruyup sakladığı evindeki tek parça çiniye (bunun fail tarafından bilinmesine karşın) zarar verilmesi, arasında suç konusunun maddi değeri anlamında herhangi bir fark olmamasına karşın, suçtan zarar görenler açısından, suç konusunun öneminin farkı dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi gerekecek midir? Suçun maddi konusunun önemi veya değeri objektif bir biçimde belirlenmelidir. Hırsızlık suçuna konu eşyanın değeri, mağdur için değeri değil, objektif şartlara, hak ve nısfet kurallarına göre belirlenmiş değeridir<sup>812</sup>. Aksi

---

12081/13526 (Meran, 2007: 314) Yine Yargıtay başka kararında göçmen kaçakçılığı suçunda suçun konusu olarak kabul edilen göçmenlerin sayısının çokluğunun cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesini gerektirdiğini ifade etmiştir. Yar. 8. CD, 25.4.2006, 1242/3616 (Meran, 2007: 317)

“Suça konu edilen sahte paranın miktarı, gerek 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde gerekse aynı Kanununun 197. maddesinde özel bir alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak sayılmadığına göre TCK'nın 61/1-d maddesinde yer alan suçun konusunun önem ve değeri kapsamında değerlendirilmelidir.” YCGK, 6.10.2009, 2009/8-124-224 (Gerçekler, 2011: 837)

<sup>811</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 565

<sup>812</sup> “Türkiye genelinde zaman zaman tonlara varan uyuşturucu madde ele geçtiği ve söz konusu suçun cezasının üst haddinin 10 yıl olduğu, bu durumlarda dahi azami 10 yıl hapis cezasına hükmedilebileceği, sanıkta ise

düşünüldüğünde, başka bir deyişle suçun maddi konusunun değeri veya önemi mağdur açısından dikkate alındığında, böyle bir belirlemenin yapılması son derece güç olacaktır<sup>813</sup>. Bu güçlük, suçun konusu devlete veya topluluklara ait varlıklar olduğunda kendini daha fazla gösterecektir. Ayrıca, malvarlığına dâhil şeyler üzerinde işlenen suçlarda, konunun mağdur açısından taşıdığı değeri failin bilmesi de çoğu zaman olanaksızdır<sup>814</sup>.

Yargıtay da, bir kararında, dört kişinin ölümüyle sonuçlanan trafik kazasında, taksirle ölüme neden olmak suçundan tam kusurlu olan sanığa, asgari sınırdan ceza veren yerel mahkeme kararını, diğer gerekçeler yanında, kazada dört kişinin ölmüş olmasının alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesini gerektirdiği düşüncesiyle haklı olarak bozmuştur<sup>815</sup>.

Mağdur veya ülke açısından çok önemli ve gizli bilgilerin çalınması, köylünün tek geçim kaynağı olan hayvanların çalınması, mağdurun çocuğunun tedavisinde kullanılmak üzere toplanmış paranın dolandırılması, devlet veya bir kurumun kötülenmesi, gelir kaybına neden olunması veya bir grubun zarar görmesi durumlarında suç konusunun önem ve değeri dikkate alınabilecektir. Turistlerin, kendi dükkânına gelmesi için, diğer işyerinin bombalanması, okulların kapanması için karışıklık çıkarılması, karayolu ulaşımına ağırlık

---

6100 gram esrar maddesi ele geçirildiği, emsal dosyalar, hak ve nesafet kuralları gözetilerek ceza tayini gerekirken, Türkiye genelindeki uygulamaya aykırı biçimde ceza tayini yasaya aykırıdır.” Yar. 10. CD, 6.5.2004, 2003/8855 E, 2004/5434; YCGK, 15.11.2005, 2005/10-133 E, 2005/ 125; YCGK, 8.6.1981, 1981/161 E, 1981/229 K; aksi görüş için bkz. Demirbaş, 2009: 621; Özgenç, 2010: 732

<sup>813</sup> Gerçekte Ceza Kanununa teoriler açısından yeni bir felsefeyle yaklaşmak isteniyorsa, mağdur eksenine dayalı olarak yaklaşılmalı, mağdurun daha fazla mağduriyetini önlemek için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Niçin bir trilyonardan yapılan bir milyarlık hırsızlıkla fakir bir insandan yapılan bir milyarlık hırsızlıkta suçlular aynı cezaya çarptırılmaktadır? Türkiye için geçerli olan bu durum ABD’de farklılık sergilemekte; ABD Federal Yaptırım Rehber Kuralları uyarınca zayıf mağdura karşı işlenen suçta ceza ağırlaşmaktadır. (Yücel, 2010: 312)

<sup>814</sup> Toroslu, 2010: 175

<sup>815</sup> YCGK. T.18.10.1993, S.2/226-251 (Malkoç/Güler, 1996: 139).

“Türkiye genelinde zaman zaman tonlara varan uyuşturucu madde ele geçirilmesi ve yargılama konusu olması, TCK m. 188/3’te yazılı hapis cezasının üst sınırının 15 yıl olması, bu durumlarda dahi azami 15 yıl hapis cezasına hükmedilebileceği, sanıklarda ise 10 adet uyuşturucu niteliğinde hap ile net 439 gram esrar ele geçirilmesi, emsal dosyalar, hak nesafet kuralları gözetilerek sanığın cezasının tayini gerektiği gözetilmeden, suçun işleniş biçimi, sanığın tekerrür şartları bulunmayan sabıka kaydındaki bilgiler ve dosyaya yansıyan kişiliği gerekçe yapılarak Türkiye genelindeki uygulama aykırı biçimde temel cezanın asgari haddin üzerinde tayin edilmesi...” 10. CD, 8.2.2010, 8271-2516 (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1019) Alman Ceza Hukukunda bu kararın analizi, hâkimin hareket alanı teorisine (Spielraumtheorie) ile açıklanmaktadır. Başka bir deyişle hâkim bu zamana kadar o suç için verilmiş cezalar ile yine o suç için verilmesi muhtemel cezayı karşılaştırır. Hâkim bu iki sınır arasında kendisine tanınmış hareket alanı içerisinde kalarak uygun cezayı belirleyecektir. (www.jurakopf.de/antinomie-der-strafzwecke)

“Sanık Mehmet’in, mağdur Bekir’i raporunda belirtildiği şekilde kafada çökme kırığı, çehrede sabit eser oluşturacak hayati tehlikeye maruz kılıp 45 gün iş ve güçten kalacak derecede yaralanması da dikkate alınarak, bu sanık hakkında yaralamaktan hüküm kurulurken üst sınıra yakın ceza tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini yasaya aykırı...” 1. CD, 24.1.2008, 2007/5963, 2008/275 (Bakıcı, 2010: 245)

verilmesi için demiryollarının bombalanması veya uçağın düşürülmesi gibi durumlarda, failin amaç ve saiki yanında, suç konusunun önem ve değeri de dikkate alınarak, temel ceza alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmelidir<sup>816</sup>.

Her suçun bir konusunun bulunduğu ve bu konunun bir öneme sahip olduğu, suçun maddi ve hukuki konusu ayrımı yapmaksızın, suçun unsuru olarak kabul edilmektedir. Her suçta, mutlaka suç konusunun önem ve değeri mevcuttur. Aksi halde kanun koyucu bunları yaptırıma bağlamayacaktır. Bu nedenle, suç konusunun önem ve değerinin, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasının, çifte değerlendirme yasağını ihlal edeceği ileri sürülmüştür<sup>817</sup>. Kanaatimizce, her suçun bir konusu vardır ve bu konu her zaman bir önem ve değere sahiptir. Ancak bu önem ve değer her suçta farklı olduğundan kriter olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucunun suç ve ceza politikasını göz önünde tutarak, suçları ve karşılığındaki yaptırımları belirlerken, her suçun konusunu dikkate aldığı, farklı yaptırımlar öngördüğü gerçektir. Ancak bunu yaparken, suç konularını spesifik ve kazuistik bir yöntemle belirleme olanağının olmaması nedeniyle, TCK'nın m. 61/1. maddesindeki kriterleri ortaya koymuştur. Soyut özel cezaların alt ve üst sınır arasında belirlenmesine dikkat edilmiştir. Her suçun konusunun önem ve değerinin bulunduğu ve bu nedenle yaptırıma bağlandığı doğrudur. Ancak her suç için ayrı yaptırım belirlendiği gibi aynı suç için bile ceza makasları (alt-üst sınır) belirlenmiştir. Bu nedenle böyle bir yaklaşım, her suçun, farklı özellikleriyle değerlendirilmesi gereğine ve buna uygun olarak cezanın belirlenmesine ters düşecektir.

Suç konusunun önem ve değeri Alman hukukunda fiilin etkileri konusu altında incelenmekte olup, fiil hakkında zarar veya tehlike sonucu yaratılan etkiler (suç konusunun ve fiilin diğer sonuçları) cezanın saptanmasında bir kriter olarak ele alınmaktadır<sup>818</sup>. Alman Ceza Hukuku'nda, mağdurların sayısının birden fazla olması cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bir kazada birden fazla insanın ölmüş veya yaralanmış olması, cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak dikkate alınacaktır<sup>819</sup>. Federal Mahkeme, bir kararında, minibüs kullanan failin kazaya neden olması durumunda birden fazla kişinin ölmüş olmasının tamamen bir şans (tesadüf) olduğunu belirterek, cezanın artırılarak verilmesini reddetmiştir<sup>820</sup>. Fiil neticesinde yaralanma (zarar) veya tehlike oluşabilir, bu halde suçun zarar mı tehlike mi

<sup>816</sup> Bakıcı, 2010: 244; Metiner/Koç, 2008: 1920

<sup>817</sup> Özen, 2009: 86

<sup>818</sup> İçel vd. 2002: 150

<sup>819</sup> BGH VRS 21, 359; 23, 231

<sup>820</sup> BGH VRS 13, 24; 14, 285; 23, 231

suçu olduğu önemlidir. Cezanın miktarı, genellikle meydana gelen zararın derecesine göre belirlenecektir. Öncelikle, çok belirgin bir ağırlaşmış halin ortaya çıkması ve mahkeme içtihatlarında sürekliliği olan bir ağır halin belirlenmesi gerekir (Örneğin; dolandırıcılık nedeniyle mağdurun iflas etmiş olması<sup>821</sup> gibi). Hafif nitelikli hale örnek ise<sup>822</sup>, uzun sürmeyen bir zarar verme hali gösterilebilecektir<sup>823</sup>.

Yaralanan mağdurun özellikleri, örneğin; savaştan zarar gören kişinin durumu<sup>824</sup>, fiilin sonucu olarak cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Hatta mağdurun kişisel çevresi de buna dâhil edilebilir. Örneğin; mağdur olan anne ve babanın tek evlatlarının ölmüş olması cezanın artırılarak tespitini haklı kılabilir<sup>825</sup>. Fiil ve mağdur arasındaki ilişki cezanın belirlenmesi açısından ayrı bir öneme haizdir ve yeni gelişen bir deyimle Viktimoloji (Mağdur bilimi) olarak anılmaktadır<sup>826</sup>.

Fiilden dolayı, fail de zarar görmüş ise, bu durumda fiilin alışılmamış sonuçları ortaya çıkmış demektir. Bu zararın dolaylı veya doğrudan olması mümkündür. Örneğin; aynı kazada failin de gözlerini kaybetmiş olması<sup>827</sup> gibi. Burada, failin kendi kaderi tarafından cezalandırılmasından bahsedilir<sup>828</sup>. Bu gibi durumlar, önceden beri, mahkeme içtihatlarında cezanın indirilmesi nedeni olarak görülmüştür. Alman Ceza Kanunu m. 60'da açıkça, failin kendi fiilinden dolayı zarar görmüş olması nedeniyle, artık ceza vermenin yararsız kalacağı sonucu ortaya çıkıyorsa, faile ceza verilmeyebileceğini düzenlemiştir<sup>829</sup>. Türk Ceza Hukuku'nda, sadece taksirli işlenen suçlarda ve belirli şartlarda (TCK'nın 22/6. maddesindeki şartlar mevcutsa) kabul edilmektedir.

### **ggg. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı**

Temel cezanın belirlenmesinde bir başka kriter, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığıdır (TCK m. 61/1-e). Bu kriter de fiile ilişkindir. Bu kriter, 765 sayılı TCK'nın 29/8.

---

<sup>821</sup> RG HRR 140, 1214

<sup>822</sup> RG Köln, NJW 1958, 2079

<sup>823</sup> Bruns, 1985: 153

<sup>824</sup> BGH MDR 1966, 26

<sup>825</sup> BGH 2, 103

<sup>826</sup> Bruns, 1985: 153

<sup>827</sup> BGH 4 StR 546, 60

<sup>828</sup> Braunschweig, NJW 1964, 895

<sup>829</sup> Bruns, 1985: 155



maddesinde yer almaktaydı. Zarar, fiil ile dış dünyada yaratılan olumsuz değişikliktir. Tehlike ise, zarar olasılığı ya da beklentisidir. Zararın az ya da çok oluşu ile tehlikenin yakın ya da uzak oluşu, kriter olarak kullanılmasına engel değildir. Burada dikkat edilecek olan konu, zarar ya da tehlikenin ağırlığıdır. Ancak kanunda, meydana gelen zarar ya da tehlike, suçun unsuru<sup>830</sup> ya da nitelikli hali olarak gösterilmiş ise temel cezanın belirlenmesinde artık kriter olarak kullanılamaz<sup>831</sup>.

Fiilin gerçekleştirilmesiyle ya bir zarar meydana gelir, ya da bir tehlike oluşur. Zarar ya da tehlike, suçun (maddi) konusuna yöneliktir. Başka bir deyişle, suçun işlenmesiyle suçun konusuna bir zarar verilmekte, ya da suçun konusu tehlike altında bırakılmaktadır<sup>832</sup>. Bu bakımdan suçlar, zarar ve tehlike suçları olarak ayrılmaktadır. Suçun işlenmesiyle yaratılan zarar ya da tehlikenin mutlaka doğrudan doğruya olması gerekmemektedir. Bu zarar veya tehlikenin dolaylı olması da mümkündür. Her iki durumda da meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı cezanın belirlenmesinde kriter olabilir. Öte yandan, sadece suç failinin neden olduğu zarar değil, suç nedeniyle mağdur açısından nesnel olarak meydana gelen zarar<sup>833</sup> da gözetilmelidir<sup>834</sup>.

Alman Temyiz Mahkemesi (BGH), fail tarafından öngörülebilir olması durumunda, ırza geçme suçu mağdurunun intihara teşebbüs etmesinin, kendisine uyuşturucu madde satılan uyuşturucu madde bağımlısının aşırı doz uyuşturucu alarak ölmesinin, cezanın alt sınırının üstünde takdiri konusunda dikkate alınmasını yerinde bulmuştur<sup>835</sup>. Kanaatimizce, burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun mağdurun davranışıyla gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda, Alman Ceza Hukuku'nda olduğu gibi, failin ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen netice açısından failin en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Türk Ceza Kanunu, objektif sorumluluğu kabul etmemiştir (TCK m. 23).

<sup>830</sup> Örneğin; halkı kin ve düşmanlığa tahrik (TCK m. 216/1) suçunda “*yakın tehlike*” suçun unsuru olduğundan, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamaz.

<sup>831</sup> Önder, 1992: 559; Çolak/Altun, 2007: 432; Özbek, 2010: 574

<sup>832</sup> Örneğin; kasten yaralama (TCK m. 86) suçunda kişinin (mağdurun) vücuduna zarar verilmekte, suç ve suçluyu övme suçunda (TCK m. 215) suçun konusu olan kamu barışı, tehlike ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

<sup>833</sup> Örneğin; hırsızlık suçunda, çalınanın şeyin ata yadigârı bir dolma kalem olması durumunda alt sınırdan uzaklaşarak (fail tarafından bilinmesi şartıyla), sıradan bir dolma kalem çalınması durumunda alt sınırdan ceza belirlemesi yoluna gidilebilecektir

<sup>834</sup> Metiner/Koç, 2008: 1922

<sup>835</sup> Önder, 1992: 559; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 571; Demirbaş, 2009: 616

Zararın veya tehlikenin objektif olarak değerlendirilmesi ve doğrudan tipik zararın dikkate alınması daha yerinde olacaktır. Dolayısıyla mağdurun kişiliği ya da içinde bulunduğu durum dikkate alınmamalıdır<sup>836</sup>. Önemli olan hukuki konuyu oluşturan varlık veya menfaatin ne kadar zarar gördüğü veya ne kadar ciddi bir tehlikeye maruz kaldığıdır. Dolaylı zararların fail tarafından öngörülmesi imkânı oldukça azdır. Ceza hukukunda objektif sorumluluk da kabul edilemez. Örneğin; uyuşturucu satıcısının, uyuşturucu alan kişinin ne dozda bunu tüketeceğini ve bunun ölüme neden olup olmayacağını öngörmesi zordur. Cinsel saldırı suçunda, mağdurun intihar etmesi, aynı zamanda ruh sağlığının bozulması nedenine dayanıyorsa, TCK açısından “mağdurun ruh sağlığının bozulması” nitelikli hal olduğundan, mağdurun intihar etmiş olması temel cezanın belirlenmesinde kullanabilecek bir kriter olmayacaktır. Bu şekilde gerçekleşen bir olayda Alman Federal Mahkemesi cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>837</sup>.

Suçun işlenmesiyle oluşan zarar, maddi ya da manevi nitelikte olabileceği gibi, doğrudan kişiye yönelik suçlarda, bedensel ve ruhsal nitelikte de olabilir. Örneğin; hırsızlık suçunda (TCK m. 142) maddi, hakaret suçunda (TCK m. 125) manevi, kasten yaralama suçunda (TCK m. 86) bedensel, cinsel saldırı suçunda (TCK m. 102) ruhsal niteliktedir. İster maddi ister bedensel zarara yol açsın, her suç aynı zamanda kişi üzerinde manevi ya da ruhsal zarara yol açabilecek niteliktedir<sup>838</sup>.

Toplum içerisinde sosyal bir varlık olarak yaşayan insanın, mağdur sıfatıyla toplumsal konumundaki özellikleri de zararın belirlenmesinde gözetilebilmelidir. Burada, hâkimin özenle hareket etmesi gerekmektedir. İnsanın değeri, toplumsal sıfatından bağımsız düşünülmelidir. Bu bakımdan, kişinin toplumsal özellikleri, mağdur olarak uğradığı zararın ölçümünde tek başına değil, diğer unsurlarla beraber belirleyici olabilir ve o şekilde değerlendirilmelidir. Buna karşılık, insanın değeri buna bağlı olmadığı için, öldürülenin mesleği, sosyal konumu, sıfatı, yaşı, yaşam biçimi veya nüfuzu, cezanın takdirinde etkili olmamalıdır<sup>839</sup>. Örneğin; cinsel saldırı suçunun mağdurunun fahişe<sup>840</sup> ya da kasten yaralama

<sup>836</sup> “Kasten öldürme suçuna ilişkin ceza belirlenirken sanıkların değil, öldürülenin kişiliği göz önünde tutularak sanıklara asgari haddin üzerinde ceza tayin edilmesi yasaya aykırıdır.” YCGK 8.5.1978, 61/150. (Savaş/Mollamahmutoğulları, 1999: 503) Mülga 765 sayılı TCK’nın 438. maddesinde ırza geçme ve kaçırma suçlarında, mağdurun fuhuşla uğraşmayı meslek edinmiş olması cezayı azaltıcı neden olarak kabul edilmiş, ancak bu hüküm 12.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Centel, 2005: 363; Toroslu, 2010: 177)

<sup>837</sup> BGHSt 10, 259

<sup>838</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 571

<sup>839</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 571

suçunun mağdurunun saygın bir iş adamı olması gibi konular temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>841</sup>. Yargıtay, Jandarma komutanının öldürüldüğü bir olayda, öldürülenin sıfatının göz önüne alınarak sanıklar hakkında alt sınırın üzerinde cezaya hükmedilmesini, kanuna aykırı bulmuştur<sup>842</sup>.

Kanun koyucu birçok suçta; örneğin; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, zimmet suçlarında, zararın karşılanmasını cezada indirim nedeni olarak öngörmüştür (TCK m. 168, 248). Bu tür suçlar dışında kalan suçlarda zararın karşılanmış olması konusu, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılabilir<sup>843</sup>. Bu kriter, ancak takdiri indirim nedeni (TCK m. 62) olarak kullanılabilir. Eylemin yarattığı tehlike ve bu kapsamda meydana gelen zarar veya tehlikeye fail dışındakilerin katkısı da, Alman hukukunda temel cezanın saptanması bakımından esas alınan bir kriterdir<sup>844</sup>.

Mağdurun suçtan nasıl etkilendiği de cezanın takdirinde önem taşır. Örneğin; yaşlı ve kimsesiz bir emekli kişiden az miktarda paranın çalınmasının, ekonomik durumu daha iyi olan birinden çok miktarda para çalınmasından, mağdur açısından daha etkili olması; öldürmeye teşebbüs olayında mağdurun sekiz aylık hamile olması ve ceninin de ölmesi durumlarında temel cezanın tayininde, mağdurun etkilenme derecesi dikkate alınmalıdır<sup>845</sup>. Bu karar, bir kısım görüş sahipleri tarafından, mağdurun hamile olmasının kasten yaralama suçunun nitelikli hali olması ve bu şekilde temel cezanın belirlenmesinde de bunun dikkate alınmasının çifte değerlendirme yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>846</sup>. Kanaatimizce, burada alt sınırdan uzaklaşılarak ceza verilmesinin gerekçesi sadece mağdurun hamile olması değildir. Çünkü gebe kadının öldürülmesi TCK'nın 81/1-f. maddesinde nitelikli hal olarak sayılmıştır. Alt sınırdan uzaklaşılarak ceza verilmesinin gerekçesi, hamileliğinin sekizinci ayında olması ve o anda doğsa bile yaşama şansı olan bir bebeğin de öldürülmesidir. 5237 sayılı TCK açısından bu eyleme karşı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörüldüğünden,

<sup>840</sup> Mağdurun fahişe olması, cezanın takdirinde failin lehine etki etmemelidir. Nitekim cinsel saldırı ve kaçırma suçlarında, mağdurun fuhuşla uğraşmayı meslek edinmiş olması 765 sayılı TCK'nın 438. maddesinde cezayı hafifletici neden olarak gösterilmişti. Kişinin onurunu zedeleyen bu halin cezayı hafifletici bir neden olarak kullanılmayacağı, 438. madde 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun m. 28. ile yürürlükten kaldırılarak ortaya konulmuştu.

<sup>841</sup> Özen, 2009: 87

<sup>842</sup> YCGK 8.5.1978, 61/150; (Savaş/Mollamahmutoğlu, 1999: 504)

<sup>843</sup> Önder, 1992: 630

<sup>844</sup> İçel vd. 2002: 150

<sup>845</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 571; Demirbaş, 2009: 616

<sup>846</sup> Özen, 2009: 87

artık cezanın belirlenmesi kriterlerinin bir önemi kalmamaktadır. Yaşlı ve kimsesiz bir emekli kişiden az miktarda paranın çalınması, ekonomik durumu daha iyi olan birinden çok miktarda para çalınmasından, mağdur açısından daha etkilidir. Bu durum suç konusunun önem ve değeri kriteri ile açıklanmalıdır.

Hâkim failin sebebiyet verdiği tüm dolaylı zararları değil, objektif olarak meydana gelen zararı göz önünde bulunduracaktır. Türk Ceza Kanunu birçok durumda netice sebebiyle ağırlaşmış suçları kabul edip, kusur ilkesine istisnalar getirdiğine göre, Türk Ceza Hukuku açısından konunun meydana gelen zararı da dikkate alarak çözülmesi gerekir. Fail, meydana gelmiş olan zararı telafi etmiş olsa bile, bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz<sup>847</sup>. 765 sayılı TCK yürürlük dönemi için ileri sürülmüş olan bu düşüncenin, artık geçerliliği söz konusu değildir. Suç tipinin koruma alanı dışında kalan zararlar, işlediği fiilin sonucu olarak fail tarafından öngörülebilir olduğu hallerde, cezanın belirlenmesinde etkili bir neden olacaktır<sup>848</sup>. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda bile, en azından sonuç yönünden failin taksirle hareket etmiş olması aranacağından (kast-taksir kombinasyonu), kusur ilkesine istisna bir objektif sorumluluk söz konusu değildir. Meydana gelen zararı telafi etmiş olması (etkin pişmanlığın kabul edilmemiş olduğu suçlar açısından), temel cezanın belirlenmesinde “zararın ağırlığı” anlamında etkili olması gerekir. Bu durum, “failin suç sonrası davranışları” anlamında da etkili olacak; takdiri indirim nedeni ve cezanın ertelenmesi sebebi olarak kullanılabilir. Kanunda, meydana gelen zarar ve tehlike ifadesine yer verildiği için olası zarar veya tehlike bu kapsamda dikkate alınmayacaktır. Örneğin; yaralanan kişinin ileride iki gözünü de kaybetme ihtimali olsa bile, sadece bu ihtimal temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.

Malvarlığı aleyhine işlenen suçlar açısından, suç konusunun değeri ile meydana gelen zararın ağırlığı kriterleri arasında zorunlu bir bağlantı vardır. Suç konusunun değeri, aynı zamanda o suç nedeniyle meydana gelen zararın ağırlığını da ifade etmektedir. Örneğin; evden mağdura ait altınları çalan hırsızın eyleminin konusunun değeri, aynı zamanda mağdura verilmiş olan zararın miktarıdır. Suç konusunun değeri ile meydana gelen zarara mağdur penceresinden bakılması durumunda böyledir. Faile sağladığı menfaat bakımından değerlendirildiğinde sağlıklı sonuçlar ortaya çıkmayacaktır. Çünkü failin elde ettiği menfaat,

---

<sup>847</sup> Önder, 1992: 559

<sup>848</sup> Üzülmüş, 2006: 211

çoğu kez mağdura verilmiş olan zarardan çok düşük kalabilecektir<sup>849</sup>. Bu bakımdan, suç konusunun mağdur açısından değeri ve mağdurda meydana getirdiği zarar ile faile sağladığı fayda arasında bir değerlendirme yapılmalıdır. Ne faile sağladığı cüzi fayda, ne de mağdur açısından meydana getirdiği olağandışı zarar esas alınmalı, objektif olarak meydana gelen zarar (örneğin; piyasa değeri gibi) dikkate alınmalıdır.

765 sayılı TCK'nın 522. maddesinin uygulanması açısından, Yargıtay'ın malvarlığı aleyhine işlenen suçlara bakmakla görevli, 522. maddeyi uygulayacak olan, dairelerinin pek hafif, hafif, fahiş, pek fahiş kriterlerini her yıl parasal değer olarak belirlemeleri eleştirilecek bir konudur. Bu değerler, Yargıtay ceza daireleri arasında farklılık göstermekteydi. Bu değerler, her yıl herhangi bir kriter öngörülmezsizin, ilgili ceza daireleri tarafından artırılmaktaydı. Bu değerler belirlenirken, suçun mağduru ve failinin ekonomik durumları, başka bir deyişle, meydana gelen zararın ağırlığının öznel yükü hesaba katılmamaktaydı. 765 sayılı TCK döneminde suç konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zararın ağırlığı kriterlerinin, malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılması mümkün değildi.

Malvarlığı aleyhine işlenen tüm suçlar için geçerli bu nitelikteki genel bir hüküm, 5237 sayılı TCK'da yer almamıştır. TCK'nın 145. maddesinde hırsızlık ve 150/2. maddesinde yağma suçu açısından benzer hüküm vardır. Bu hükümler, içerikleri bakımından 522. maddeden tamamen farklıdır. Bu hükümlerin hukuki niteliğini belirten Yargıtay kararına göre<sup>850</sup>, “5237 sayılı Kanunun 150/2. maddesindeki malın değerinin azlığı kavramının, 765 sayılı TCK'nın 522. maddesindeki kriterlerle benzerliği bulunmamaktadır. Bu düzenleme, 5237 sayılı Kanuna özgü yeni bir kavram olup, daha çoğunu alma olanağı varken, yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunda; olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeler açıklanarak uygulanabilecek bir düzenlemedir”<sup>851</sup>.

Suç sonrası ortaya çıkacak tehlike açısından düşünüldüğünde ise, aynı hukuki varlık veya menfaate yönelik somut bir tehlikenin, soyut tehlikeden daha ağır olduğu söylenebilir. Somut tehlike söz konusu ise, zararın ortaya çıkma olasılığının derecelerine göre tehlikenin

<sup>849</sup> Örneğin; mağdurun 750 TL'ye satın aldığı bir cep telefonunu çalan fail açısından bunun değeri, telefonu elden çıkarmak için alacağı düşük bir bedeldir.

<sup>850</sup> Yar. 6. CD, 22.9.2005, 10846/8074. www.kazancihukuk.com.tr; Köprülü, 2007: 254

<sup>851</sup> Özbek vd, 2010: 605; Doğan, 2007: 282

ağırlığı belirlenecektir<sup>852</sup>. Tehlikeye maruz kalan suç konusunun değeri de, tehlikenin ağırlığını belirlemede rol oynayacaktır. Burada suç konusunun değeri kriteri, doğal olarak tehlikenin ağırlığı kriterinden daha uygun kriter olacak ve cezanın belirlenmesinde bu kriter kullanılacaktır.

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da failin alacağı cezanın belirlenmesinde meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığının dikkate alınacağı unutulmamalıdır<sup>853</sup>. Böylece, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, hem temel cezanın belirlenmesinde hem de daha sonra sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınır hale gelmektedir. Bu nedenle failin cezası aynı nedenden iki defa eksiltilebilir hale gelmiştir. Bu şekilde bir uygulamaya engel bir düzenleme, kanun metni veya gerekçesinde yer almamaktadır. Aynı şekilde yukarıda incelemiş olduğumuz çifte değerlendirme yasağının bu durumu kapsar bir düzenleme olmadığı söylenmelidir. Çünkü bu yasağın sadece suçun unsurları ve nitelikli halleri bakımından geçerlidir. Teşebbüs ise suçun unsuru veya nitelikli hali değil, suçun özel bir görünüş şeklidir<sup>854</sup>. Teşebbüsün bu yeni şekli gereği, çifte değerlendirme yasağını düzenleyen TCK'nın 61/3. maddesi hükmünün, teşebbüsü de içine alacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından temel cezanın değil, sadece sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak bir kriter haline getirilmelidir<sup>855</sup>. Yargıtay, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından meydana gelen zararın ağırlığı kriterini kullanmıştır<sup>856</sup>.

<sup>852</sup> Toroslu, 2010: 178

<sup>853</sup> “5237 sayılı Kanunun 35/2. maddesinde “suça teşebbüs durumunda fail meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır...” şeklinde düzenleme bulunduğu göre; sanık hakkındaki cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken mağdurun toplam 16 bıçak darbesiyle hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde bir indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde ortaya çıkan zararlar orantılı düşmeyecek şekilde azami oranda indirim yapılması kanuna aykırıdır.” Yar. 1. CD, 13.7.2006, 578/3189 YKD, C.32 Aralık 2006, S.12, s.1969-1971

<sup>854</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 525

<sup>855</sup> Özbek vd, 2010: 606; Doğan, 2007: 282

<sup>856</sup> “5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre 35. maddedeki teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında, meydana gelen zararın ağırlığına göre aşağı sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ...bozmayı gerektirir. (Yar. 1. CD, 26.4.2006 T. 2005/3477 E. 2006/1640 K); “Kalkışma aşamasında kalan eylemlerde uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, gasp suçundan verilen cezanın TCK'nın 150/2 maddesi ile indirilmesi bozma sebebidir.” (Yar. 6. CD, 2006/19683 E. 2007/4833 K.); “... Suça kalkışma durumunda sanık hakkında hükümlenen cezadan TCK'nın 35/2 maddesi uyarınca meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirim yapılacaktır. Ayrıca aynı kriter temel cezanın tayini ve belirlenmesini düzenleyen aynı kanunun 61/1-e maddesinde de kabul edilmiştir. Eğer suç teşebbüs aşamasında kalmış ise; 61. maddenin 3. Fıkrasındaki çifte değerlendirme yasağı göz önünde bulundurulacağından, bu hususlar temel

Özgenç'e göre, suçun işlenmesiyle "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" 61. maddenin 1. fıkrasının (e) bendi gereğince temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınan bir kriteri oluşturmaktadır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığı için, temel cezanın belirlenmesinde tamamlanmış suça özgü olarak kullanılan bu kriter dikkate alınmayacaktır. Suç, teşebbüs aşamasında kaldığı için, "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" göz önünde bulundurularak, Kanunun 61. maddesinin 5. fıkrasına ön gelen fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden, 35. maddenin 2. fıkrasında belirtilen miktar veya oranlarda indirim yapılacaktır. Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır<sup>857</sup>.

Teşebbüsteki sonuç ya da davranış eksikliği (hareketin tamamlanması sonucun meydana gelmemesi ya da hareketin tamamlanamaması), suçun unsuru, nitelikli hali ya da etkin pişmanlık hali değildir. Suçun nitelikli hallerinde, suçun unsurlarının tamamlanması ve üstüne bazı özel durumların eklenmesi gerekirken, teşebbüs durumunda bu unsurlarda eksiklik söz konusudur. Özgenç'e göre, m. 61/1'deki kriterlerin sadece tamamlanmış suçlar açısından geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu fikir, kanun metni ya da gerekçesinde bulunmamaktadır. TCK'nın 61/1. maddesindeki zararın veya tehlikenin ağırlığı ifadesindeki zararın ağırlığı, sadece tamamlanmış suçlar için geçerli olsa da, tehlikenin ağırlığı kıstası yalnızca tehlike suçlarını değil, teşebbüs aşamasında kalan suçları da içermektedir. Eksik ve tam teşebbüs ayrımının kaldırıldığı yeni sistemde, her somut olayda teşebbüs farklılık gösterebilecek, alt-üst basamak arasındaki ceza belirleme daha önemli hale gelecektir. TCK'nın 35/2. maddesinde "meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığına göre" deyiminin esasen eksik-tam teşebbüs ayrımının kanundan çıkarılmasından dolayı, her teşebbüs aşamasının birbirinden farklı olacağı ve bu maddedeki alt-üst sınır arasında teşebbüs indirimi yapılırken dikkate alınacağını vurgulamak istediği ortadadır.

---

cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ancak bu gibi durumlarda 61. maddedeki diğer kriterler, özellikle 1. Fıkranın d bendindeki kriter olan suçun konusunun önem ve değeri göz önünde bulundurulmak suretiyle ceza alt sınırından uzaklaşarak belirlenecektir. Buna göre sahte kimlik ve kimlik bilgilerini kullanarak Akbank'a karşı işlenen dolandırıcılık suçundan dolayı elde edilmek istenen haksız yararın, Garanti Bankasına karşı elde edilmek istenen haksız yarardan daha fazla olduğu; bu nedenle, sanık hakkında yukarıdaki açıklamalar uyarınca Akbank'a karşı işlenen suçta temel cezanın alt sınırından uzaklaşarak belirlenmesi ve fiilin doğurduğu zarar ve suçta ulaşılan aşamaya göre tehlike ihtimalinin ağırlığı dikkate alınarak suça kalkışmadan dolayı daha az oranda indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde indirim yapılması..." (Yar. 11. CD, 16.10.2007, 5158/6701 www.kazancı.com.tr; Özbek vd, 2009: 606)

"5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre 35. maddedeki teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında, meydana gelen zararın ağırlığına göre aşağı sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi... bozmayı gerektirir." 1. CD, 26.4.2006, 2005/3477 E, 2006/1640

<sup>857</sup> Özgenç, 2011: 740-741; Koca/Üzülmez, 2012: 575-576

Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatları ve öğreti, failin eyleminin dolaylı olarak kendisine zarar verdiği (mağduriyetine neden olması) durumlarda, bunun, cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği konusunda hemfikirdir. Özellikle son yirmi yıldır Federal Mahkeme, suçun dolaylı etkisinin neticelerini ortaya koymakta ve bunu cezayı azaltan bir neden olarak dikkate almaktadır. Öğreti, önceleri bunu görmezden gelmiş ancak daha sonraları açıklamaya çalışmıştır. Özellikle, böyle bir durumun cezanın belirlenmesine somut etkisinin nasıl olacağı konusu tartışılmaktadır. Bu konuda öğreti ikiye bölünmüş durumdadır. Bir grup yazar Alman Ceza Kanunu m. 46/1/2'ye göre önleme ile ilgili mülahazalar nedeniyle, faile yönelik dolaylı etkilerin, cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak indirim şeklinde yansıtılması gerektiği fikrindedir. Diğer bir grup ise, dolaylı etkileri ceza çerçevesinin belirlenmesinde etkili olan (minder schwerer Fall, m. 49/2, suçu etkileyen hafif nitelikli hal) gibi görülmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>858</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi, bu konuda ilk kez 1967 yılında, bir askere verilen disiplin hapsinin, bu kişiye aynı eyleminden dolayı verilecek kriminal cezada etkili olup olmayacağı sorusunu tartışmıştır<sup>859</sup>. Mahkeme, Anayasadaki hukuk devleti ilkesinin içeriğinde yer alan orantılı ve adil cezalandırmanın, bir kişinin disiplin tedbiri olarak tutuklanmasını göz ardı ederek, ona aynı eylem nedeniyle verilecek kriminal cezanın belirlenmesi yönteminin seçilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme, bunu belirlerken bu konunun infazı yapan makam tarafından mı yoksa ilk cezanın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından mı dikkate alınacağı sorusunu yanıtızsız bırakmıştır. Mahkemenin kararına konu olayda, bir asker aynı eyleminden dolayı disiplin hapsine çarptırılmış, devamında hakkında ceza davası açılmış ve bu kez de hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkeme, bu kararının gerekçesinde, disiplin hapsinin disiplin tedbirleri içerisindeki özel durumunu ortaya koymuş ve buna aynı zamanda cezai bir karakter de bahsetmiştir. Bu demektir ki; disiplin hapsi artık sadece eğitim karakteri olan bir tedbir değildir<sup>860</sup>.

Federal Mahkemenin bu konudaki kararları da 1970'li yıllara dayanmaktadır. Federal Mahkeme, failin zarar görmesini, bunun failin kendi fiilinden meydana gelmesini, fail açısından dikkat dışı bırakılamayacak kadar mağduriyetin meydana gelmiş olmasını

---

<sup>858</sup> Schmülling, 2004: 29

<sup>859</sup> BVGE 21, 378 ff. : MDR 1967, 904

<sup>860</sup> Schmülling, 2004: 29



aramıştır<sup>861</sup>. Doğrudan zararların göz ardı edilmesi hiç kimse için mümkün değildir. Örneğin; kişinin kendisinin de olayda yaralanması veya çocuğunun gözleri önünde ölmesi gibi. Federal Mahkeme bu durumları cezanın indirilmesi ya da ceza vermektan vazgeçilmesi nedenleri saymıştır<sup>862</sup>.

Federal Mahkeme, eylemin dolaylı etkilerini cezanın belirlenmesinde dikkate alırken, Alman Ceza Kanunu m. 46/1'ye, ama aynı zamanda az cezayı gerektiren nitelikli hale (m. 49/2) dayanmaktadır. Bundan anlaşılması gereken konu, sadece cezanın verilmesi ile hedeflenen etkiler değil, örneğin; kamu görevinin sona ermesi gibi, kendiliğinden meydana gelen neticelerin de hesaba katılmasıdır<sup>863</sup>. Federal Mahkeme de Anayasa Mahkemesi gibi, bu şekilde ağır neticeler yanında, orta düzeydeki dolaylı neticelerin de cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği fikrindedir<sup>864</sup>. Öğretinin büyük bir kısmı, dolaylı etkinin, orantı ilkesi açısından cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği fikrini savunmaktadır<sup>865</sup>. Buna karşılık Schafer, Gribbohm, Dreher/Tröndle/Fischer ve Lambrecht nitelikli hafif hal gerekçesine dayanmaktadır<sup>866</sup>.

Başlangıçta şunun belirlenmesi gerekir; birçok fail kendi fiilinin, her insan tarafından hissedilen sonuçlarından etkilenir. Bu neticeler çok çeşitli, bazen başka disiplinleri de ilgilendiren türde olabilir. Cezanın bu sonuçları yanında, fail için başka etkileri de söz konusu olabilir. Bu sonuçlar, failin fiilinin neticesinin kendisini, yakınıni etkilemesi veya o fiil nedeniyle fail için önemli olan başka birinin daha yargılanması şeklinde ortaya çıkabilir. İşte, fail için fiilinden veya aldığı cezadan kaynaklanan, ancak normal denilemeyecek ekstra sonuçlar, fiilin dolaylı sonuçları olarak tanımlanmaktadır<sup>867</sup>.

Yargılama konusu suçun ceza çerçevesinin belirlenmesinde bir sistematik ortaya konulabilir. Eğer söz konusu suça ilişkin ceza çeşitleri anlamında geniş bir alan söz konusu ise ceza hukuku anlamında bir zorluk söz konusudur. Olayda nitelikli hafif ve nitelikli ağır hallerin bulunduğu durumlarda, bu resim kendisini daha çok gösterecektir. Bütün bu şartlar,

---

<sup>861</sup> BGHSt 27, 298 (299)

<sup>862</sup> Schmülling, 2004: 30

<sup>863</sup> BGHSt 35, 148: BGH NStZ 1988, 494

<sup>864</sup> BGHSt 35, 148: BGH NStZ 1988, 494

<sup>865</sup> Schmülling, 2004: 69; Streng, 1991: 210; Lackner/Kühl, 2001: 9

<sup>866</sup> Schmülling, 2004: 40

<sup>867</sup> Schmülling, 2004: 117

belirlenen grupların yeniden ayrıştırılmasına neden olacaktır. Çünkü nitelikli haller, her zaman sistem içindeki çıkış noktasının uzaklaşmasına neden olacaktır<sup>868</sup>.

**Bruns**, Alman Ceza Kanunu m. 46/2'deki hükme dayanarak, fiilin kusurlu neticeleri terimini ilk kez kullanmıştır. Burada şu soru ortaya çıkmaktadır, failin fiili neticesinde meydana gelen sonuçlardan sorumlu tutulabilmesi için, bu sonuçların kasıtlı olarak mı işlenmiş olması gerekir, yoksa bazı neticeler bakımından taksiri de yeterli midir? Buradaki tartışma sadece teorik değil, aksine kusur çerçevesinde değerlendirilen ve cezanın belirlenmesinde etkili olacak türdendir. Çünkü taksirli neticeler, esasen yalnızca taksirli suçlarda önemlidir (m. 16). Alman Ceza Kanunu m. 18 nedeniyle, artık kasıtlı suçlar açısından da, cezanın miktarının belirlenmesi değerlendirilmesinde etkili olmaktadır. Burada şu soru akla gelmektedir; kanunun cezanın artırılmasını istediği haller için ne gereklidir? Hâkimin cezayı artırması için ne gereklidir? Bu çıkış noktası, hemen sonuca götürmemektedir. Alman Ceza Kanunu m. 16 ve 18'deki düzenlemeler, unsurlar içi veya dışı sonuçları tam olarak tanımlamamaktadır.

Bu değişik fikir kendisini, Federal Mahkeme kararındaki<sup>869</sup>, otomobil dolandırıcılığı örneğinde göstermektedir. Burada, ceza dairesi, cezanın artırılması nedenini kabul etmiştir. Zira dolandırılan aracın daha sonra bir kazaya karışarak zarar görmesini hayatın olağan akışı içerisinde bir sonuç olarak görmüş, bunun fail tarafından da öngörülmesi gerektiği kanaatiyle bu sonuca ulaşmıştır. Bir başka kararda<sup>870</sup> ise mahkeme tam tersine savaştan zarar gören kişi ile ilgili failin eyleminin neticesini unsurlar içerisinde görerek cezanın artırılması gerekçesini reddetmiştir. Bir kısım yazarlar, unsurlar içerisinde kalan (olağan) sonuçlar için kastın, ancak unsurlar dışında telakki edilen sonuçlar açısından ise, en azından taksirin gerekli olduğunu savunmaktadır. Fiilin sonuçları, haksızlığın derecesinin yükselmesi açısından önemlidir. Daha büyük sonuçların taksirle gerçekleşmiş olması, ek bir yükümlülüğün ihlali olarak görülmektedir. Bu yükümlülük kasıtlı harekete bağlanmıştır. Kasıtlı fiili aşan, bu tehlike veya hukuki değerın göz ardı edilmesidir. Bu şartlar altında Alman Ceza Kanunu m. 18 uygulanabilecektir. Bunun dışında m. 16 gündeme gelecektir. Her iki prensip de, çift izli olarak, suçun unsurundan cezanın belirlenmesine taşınmaktadır<sup>871</sup>.

---

<sup>868</sup> Götting, 1997: 57

<sup>869</sup> BGH, VRS 15, 112

<sup>870</sup> BGH MDR 1966, 26

<sup>871</sup> Bruns, 1985: 163

Bu durum, her zaman olmasa da, çoğu kez doyurucu sonuçlara götürmektedir. Frisch, haklı olarak, her iki prensibin kullanımını için ince alanların rehberlik etmesini, her bir suçun kendi özellikleri açısından incelenmesini denemektedir. Bu durum, her zaman olmasa da, övgü almakta, taraftar bulmaktadır. Özellikle, suçun unsuru ve cezanın belirlenmesi kriterleri arasında büyük bir uyuma, Federal Mahkeme kararlarının daha sistematik ve farklı neticelerin daha anlaşılabilir olmasına neden olmaktadır. Alman Ceza Kanunu m. 18'e göre, ağır neticeler, failin bu neticeler açısından taksirli olduğu durumlarda dikkate alınacaktır. Örneğin; otomobil dolandırıcılığında, daha sonra kazaya karışarak, otomobile zarar verilmesi vakasında olduğu gibi<sup>872</sup>. Buna karşılık, Alman Ceza Kanunu m. 16'ya göre, örneğin; bilinçsiz olarak çok kıymetli bir tablonun çalınması durumunda, objektif durum değil, aksine failin bu olayda hata yapan tecrübesine göre, karar verilecektir. Fail, tablonun değersiz olduğu konusundaki yanlış bilgisinden yararlanmakta, hakkında fiilin nitelikli hali uygulanmamaktadır<sup>873</sup>.

**Schafer, Sander ve Van Gemmeren**, Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi anlamında önemli bir kaynak niteliğindeki; "Cezanın Belirlenmesi Pratiği (Praxis der Strafzumessung)" isimli eserlerinde, "Fiilin Sonucunun Haksızlığını" açıklamaya gayret etmişlerdir. Buna göre, sonucun haksızlığı iki unsurdan oluşmaktadır: Kanuni unsur olarak gerekli olan sonucun derecesi ve fiilin unsurları dışında kalan sonucun derecesi. Bu, Alman Ceza Kanunu m. 46/2'de "fiilin kusurlu etkileri" olarak ifade edilmiştir<sup>874</sup>.

Olaya uygun hukuki değer ihlali; olaya uygun sonucun niceliksel ve niteliksel değerlendirmesi, ilk aşamada belirli bir fiilin sonucunun haksızlığı ile karakterize edilmektedir. Örneğin; kasten yaralama suçunda vurulan darbe sayısı veya malvarlığına karşı işlenen suçta zararın türü ve derecesi, uyuşturucu ticaretinde uyuşturucu miktarı ve uyuşturucunun tehlikeliliği gibi. Suçun oluşması bakımından gerekli oldukları için olaya uygun olan sonuçlar, zaten değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Olaya uygun hukuki değer ihlallerinin şekli ve derecesi genellikle cezanın belirlenmesinde her zaman merkezi noktada yer alır. Bu nedenle konunun hassasiyetle incelenmesi gerekir<sup>875</sup>.

**Bir eylem teşebbüs aşamasında kalmışsa**, bir sonuç meydana gelmediğinden sonucun haksızlığı (sonuç kusuru) söz konusu olmayacaktır. Bu, genellikle (her zaman değil), cezanın

---

<sup>872</sup> BGH VRS 15, 112

<sup>873</sup> Bruns, 1985: 163

<sup>874</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 104

<sup>875</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 104

indirilmesi (StGB m. 23, 49) neticesini doğurur. Failin gerçekleştirmeyi hedeflediği sonuca yönelik düşüncesi, davranışın değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır. **Yaşam hakkına karşı suçlarda**, mağdurların sayısı cezanın belirlenmesinde etkilidir, çünkü her bir kişinin yaşam hakkı aynı önemdedir ve bu yüzden ceza hukukunun yaşam hakkını koruması açısından bir derecelendirme yapılamaz<sup>876</sup>. Bu nedenlerle faile, mağdurun yaşı veya özellikli biri olması (kıymetli bir kişilik olması) cezayı artıracak bir neden olarak yüklenemez. Ancak eylemin üçüncü kişi açısından sonuçları için aynı şey söylenemez. Örneğin; bir annenin öldürülmesinin çocukları açısından sonuçları gibi. **Kasten yaralama suçlarında** yaralanın biçimi ve ağırlığı, aynı şekilde mağdurların sayısı. **Cinsel saldırı suçlarında** mağdurun iradesini bertaraf için kullanılan şiddetin veya tehdidin derecesi. **Hırsızlık, Yağma, Şantaj ve Zimmet suçlarında** elde edilen menfaatin veya verilen zararın türü ve değeri, yağma ve şantaj suçlarında ayrıca şiddet veya tehdidin derecesi. **Dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarında** menfaat veya zararın türü ve miktarı. **Yalan tanıklık suçunda** yargılama açısından ifadenin yanlışlığının derecesi (etkisi), ya da ifadenin o davada hükme esas alınıp alınmadığı. **Uyuşturucu imal ve ticareti suçlarında** uyuşturucu miktarı ve tehlikelilik derecesi önemlidir. Bu yüzden uyuşturucuların kimyasal özelliklerinin araştırılması gerekir. Bu konu, bilirkişi incelemesiyle belirlenecek ve müsadere konusu, buna göre tespit edilecektir. Tehlikeliliği net olarak ortaya konamaz ise, sonuç kusurunu azaltacaktır. Benzeri durum failin sadece kendi ihtiyacı için uyuşturucu alması<sup>877</sup> ve üçüncü kişinin zararının söz konusu olmaması durumunda geçerlidir<sup>878</sup>. **Vergi kaçakçılığı suçlarında** kaçırılan vergi miktarı, **vergi kaçırmanın** sürekliliği (devam edip etmediği) ya da sadece bir an için yapıp yapılmadığı<sup>879</sup>.

Üçüncü bir kişinin, özellikle mağdurun, suçun işlenmesine katkısı, faile yüklenecek sonuçların azalmasına ve dolayısıyla cezada indirim neden olacaktır<sup>880</sup>. Bu, özellikle trafik kazalarında dikkate değer derecededir. Aynı sonuç, yanlış emir ve talimat verilerek yalan tanıklık yaptırılması<sup>881</sup> ya da ajan provokatörlükte geçerlidir<sup>882</sup>. Zarar görenin ihmal ve dikkatsizliği sonucu fiilin işlenmesi kolaylaşmış ise, sonuç kusurunun azalması yanında

<sup>876</sup> BGH NStZ 1996, 129 m.N.

<sup>877</sup> BGH NStZ 1986, 162.

<sup>878</sup> BGH, 6.8.1985, 4. StR 420/85

<sup>879</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 105

<sup>880</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 33; Bruns StrZ, 430

<sup>881</sup> Hohmann/Sander, BT-2, 1. Aufl. 2000, Rdn. 21, 27

<sup>882</sup> BGH St 45, 321; BGH NStZ 2008, 39

davranış kusuru da azalacaktır. Çünkü, bu hallerde, genellikle failin fiili gerçekleştirmeye yönelik arzusu (ısrarı) daha az olacaktır<sup>883</sup>. Örneğin; dolandırıcılık mağduru olan kişinin aşırı saf (çabuk inanır) biri olması<sup>884</sup>.

Fiil neticesinde meydana gelen zarar giderilmiş veya azaltılmış ise sonucun haksızlığı da azalmış demektir<sup>885</sup>. Zararın azaltılmasının failin etkisiyle olmadığı hallerde, cezanın azaltılmasına karşı çıkılması yanlıştır. Failin, mağduru kurtarmaya, zararını gidermeye ve fail mağdur dengesini sağlamaya yönelik davranışları başarısız olsa bile, fiilden sonraki davranışlar olarak değerlendirilmelidir<sup>886</sup>.

Olaya uygun olmayan (atpik) sonuçlar; fiilin unsurlarını oluşturmayan, tipiklikle ilgili olmayan ve fiilin unsurlarıyla doğrudan ilgili olmayıp, fiilin tamamlanmasından sonra ortaya çıkan konulardır. Örneğin; A, B ile bir tedarik sözleşmesi yapmakta, bununla ekonomik durumunu oldukça mükemmel hale getireceğini vaad etmektedir. Ancak baştan beri A, bir hilenin içindedir ve B'yi dolandırmaktadır. Bu sözleşmenin fiyasko olması nedeniyle B iflasını vermek zorunda kalmış ve intihar etmiş, ayrıca B'nin hamile olan karısı, bu nedenle düşük yapmıştır. Dolandırıcılık eyleminin suça uygun olan neticesi, failin bir yarar elde etmesi, ve mağdurun objektif zararının oluşmasıdır. Olayda; B'nin iflas etmesi ve eşinin düşük yapması sonuçları cezanın belirlenmesine etkileri bakımından tartışmalıdır. Alman Ceza Kanunu (Alman Ceza Kanunu ) m. 46/2 sadece “fiilin kusurlu etkileri” deyimini kullanmış ve bunların cezanın belirlenmesinde etkili olacağını vurgulamıştır. Bununla, mahkemelerin eski içtihatlarında<sup>887</sup> fiilin kusurla ilgili olmayan sonuçlarının, cezanın artırılmasında etkili olamayacağı kabul edilmiştir<sup>888</sup>.

Öğretide, failin sadece kastıyla neden olduğu sonuçların ona yüklenebileceği<sup>889</sup> (kastı düzenleyen m. 15 ve 16 nedeniyle), taksirin ancak fiilin içerdiği tipik tehlikenin gerçekleşmesi ve normun koruma alanına isabet eden sonuçlar için sorumluluğu doğuracağı

<sup>883</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 106

<sup>884</sup> BGH wistra 1983, 145

<sup>885</sup> BGH bei Theune NStZ 1986, 158 Fn. 81; BGH StV 2005, 426

<sup>886</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 106

<sup>887</sup> BGHSt 10, 259

<sup>888</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 106

<sup>889</sup> Schönke/Schröder/Stree 26

belirtilmektedir<sup>890</sup>. Örnek olayda; failin, B'nin iflasından sorumlu olduğu, ancak B'nin karısının düşük yapması ve B'nin intiharından sorumlu olmadığı fikri savunulmuştur. Bir başka fikir ise, failin bu sonuçlardan sorumlu olması için sadece basit taksirinin yeterli olduğu şeklindedir<sup>891</sup>. Alman Federal Mahkemesi, fiilin sonuçlarının faile yüklenmesi için her zaman failin bunlara ilişkin kastının aranmayacağı, genellikle taksirin yeterli olduğu kanaatindedir<sup>892</sup>. Bunun için failin, fiilin bütün sonuçlarını tüm ayrıntılarıyla önceden öngörmesi şart değildir. Mahkeme, bu sonuçların normun koruma alanı içerisinde olup olmadığını önceki kararlarında dikkate almamıştır. Bu durumda bile sonuçlar fiilin tipik neticeleri arasında değilse bu kez bu sonuçların öngörülebilir olup olmadıklarının araştırılmasını istemiştir. Alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, bir kararında, Horn ve Firsch'in fikirlerine atıfta bulunarak, sadece tipikliğe uyan ve fiilin ağırlığına etki eden, normun koruma alanı içerisinde kalan sonuçların, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağını belirtmiştir<sup>893</sup>. 3. Ceza Dairesi ise farklı bir görüş ile, fiilin sonuçlarının öngörülebilir olup olmadığını değerlendirmiştir<sup>894</sup>. 1. Ceza dairesi de<sup>895</sup> aynı şekilde öngörülebilirlik kriterine dayanmıştır<sup>896</sup>.

**Fiilin, normun koruma alanı içerisindeki sonuçları;** fiilin hangi sonuçlarının buraya dahil olduğu konusunda genel bir kural yoktur. Tam tersine her bir somut olayda failin gerçekleştirdiği ceza normunun tahlil edilmesi gerekir. Belli hakları ihlal eden suçlar açısından şu kadarı söylenebilir: **Öldürme ve yaralama suçlarında**, mağdurun kişisel çevresine etkileri (örneğin; çocukların anne veya babalarını kaybetmesi veya anne babanın bir tane olan evlatlarını kaybetmesi) gündeme gelecektir<sup>897</sup>. Yaşamın korunması, mağdurun belli özelliklere sahip olması nedeniyle, cezanın belirlenmesi açısından derecelendirme yapılmasını mümkün kılmaz<sup>898</sup>. **Cinsel suçlarda** ayırım yapmak gerekecektir. Çocuğun cinsel istismarı suçu, çocuğun güvenli olarak yetişmesini engellediğinden, bu suç neticesi oluşan ruhsal bozukluklar da bu normun koruma alanı içerisinde. Diğer cinsel saldırı suçları açısından da genellikle bu durum, ruh sağlığının bozulmasına neden olacaktır. Kişinin cinsel ilişki

<sup>890</sup> SK-Horn 109; Beulke NStZ 1991, 395; Berz NStZ 1986, 86; Frisch GA 1972, 321;

<sup>891</sup> Lackner/Kühl 34; Dreher/Tröndle/Fischer, 34; Maurach/Gössel/Zipf, 37; LK-Theune, 157

<sup>892</sup> BGHR StGB m. 46/2 ile ilgili" Fiilin sonuçları" 1 den 3 e kadar.

<sup>893</sup> BGHR StGB m. 46/2 ile ilgili" Fiilin sonuçları" 6.

<sup>894</sup> BGH NtSZ 2002, 645

<sup>895</sup> BGH NtSZ RR 2006, 372

<sup>896</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 107

<sup>897</sup> BGH NtSZ 1993, 385; Theune 149

<sup>898</sup> BGH NtSZ 1996, 129; BGH 4 StR 7.1.1997, 605/96; BGH 2 StR 15.2.1984, 347/83

düzeninin bozulması, ruh sağlığının bozulması, intihar<sup>899</sup>, hatta cinsel hastalıklar, HIV gibi sonuçlar normun koruma alanı içerisindedir. **Hırsızlık suçunda**, özellikle binadan hırsızlıkta (StGB m. 244/1/3) mesken masuniyetinin ihlali<sup>900</sup>, bunun sonucu ruhsal bozukluk oluşması doğal bir netice olmadığından, normun koruma alanında değildir. Ancak, bir şirket arabasının çalınması durumunda, bunun sonucunda mahrum kalınan kazanç ve alınamayan siparişlerden de fail sorumlu olacaktır<sup>901</sup>.

**Dolandırıcılıkta**, zararın gerçekleşmesinin diğer ekonomik sonuçları da normun koruma alanındadır. **Yalan tanıklık suçunda**, genellikle kasıtlı olarak neden olunan yanlış karar, normun koruma alanına dâhildir. **Tehlike suçlarında** örneğin; karayolu güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması (Alman Ceza Kanunu m. 315c/1/3-2) suçunda, tehlikenin gerçekleşmesi normun koruma alanı içerisindedir. **Uyuşturucu ticareti suçunda**, Alman Ceza Kanunu m. 21, prensip olarak şahsi sorumluluğu düzenlemektedir. Bu durum, eylemden ileri gelen neticeler açısından taksirli olan failin sorumluluğunun Uyuşturucu Maddeler Kanununa (BetMG) göre artırılmasını engellemez, çünkü bu kanunun amacı kamunun korunmasıdır<sup>902</sup>. Taksirli olarak, birden fazla kişiye zarar verilmesi (BetMG m. 29/3/2'e göre kast gereklidir.) veya taksirle birinin ölümüne neden olunması (BetMG m. 30/1/3'e göre basit taksir yeterlidir.) normun koruma alanında olduğundan<sup>903</sup>, cezanın artırılması nedeni olabilecektir<sup>904</sup>.

**Fiilin, normun koruma alanı içerisinde olmayan sonuçları:** 4. Ceza Dairesi'nin kararına göre, normun koruma alanı dışında kalan –literatürde cezanın belirlenmesindeki etkileri şiddetli şekilde tartışılan sonuçlar- dikkate alınmayacaktır. Bu karara esas olan yargılamada yerel mahkeme, göçmen başvurusu yapmış olan bir kişinin oto teybi hırsızlığı eyleminin diğer göçmenlerin halk nazarındaki itibarını düşürecek olmasını cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma (artırım) sebebi saymıştır. 4. Ceza Dairesi bu kararı hukuka aykırı bulmuştur. Çünkü, bu değer kaybı (gözden düşme), ne fiilin ağırlığına ne de mala karşı suçları düzenleyen normun koruma alanına dâhil değildir. Birden fazla kişinin fiile

---

<sup>899</sup> BGH StV 1987, 100

<sup>900</sup> Dreher/Tröndle/Fischer 243

<sup>901</sup> BGH wistra 2005, 457

<sup>902</sup> BGHSt 37, 179; NStZ 1991, 392; Nestler/Tremel StV 1992, 273

<sup>903</sup> BGH NStZ 1992, 488

<sup>904</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 108

katılması durumunda sonucun her bir fail açısından hangi boyutta yüklenilebilir olduğu incelenecektir<sup>905</sup>.

**Alman Ceza Hukuku'nda, failin neden olduğu zararın giderilmesi ve fail mağdur dengesi (Taeter-Opfer-Ausgleich);** Mağdurun Korunması Kanunu (Opferschutzgesetz; OpSG) ve Ceza Kanunu (Alman Ceza Kanunu ) m. 46/a ile, failin, mağdurun zararını gidermeye uğraşması yanında; fail ile mağdurun durumlarının dengelenmesi ve bunun cezanın belirlenmesindeki etkisi düzenlenmiştir. Bu konular 28.10.1994 tarihli Suçla Mücadele Kanunu ile genişletilerek kanuna alınmıştır. Alman Ceza Kanunu m. 46a hükmüne göre, mahkeme, fail mağdur dengesini gözeterik sadece cezayı değil, kanundaki ceza makaslarını da değiştirebilecektir. Buna göre; Alman Ceza Kanunu m. 49/2 gereğince, mağdur dengelenmesini, indirim nedeni sayarak ceza sınırlarını değiştirebilecektir. Cezası zaten az olan (örneğin; 1 yıldan az hapis veya para cezası) suçlar için, ceza vermektan vazgeçebilecektir. Bunun için, failin eyleminin sonuçlarını ortadan tamamen ya da büyük bir oranda kaldırması veya kaldırmak için ciddi düzeyde çaba sarf etmiş olması gerekir. Failin bu çabasına karşın, hâkimin, başka bir ceza çerçevesini (daha az cezayı gerektiren makas) seçmesi veya ceza vermektan vazgeçmesi söz konusu olamıyorsa, cezanın belirlenmesi açısından indirim nedeni olarak değerlendirilecektir<sup>906</sup>.

Bu kuralın tarihi gelişimi, bir takım soruları da beraberinde getirmiştir. Alman Ceza Kanunu m. 46/2'nin yeniden düzenlenmesi, sadece kusurlu neticelerin dikkate alınacağını ve önleme konusunun göz ardı edildiğini düşündürmektedir. Bu netice, içtihatlar tarafından da kabul edilmiştir. Bu objektif gidiş, nitelikli ağır hallerin kabul edilmesiyle ve bunlar için ayrı ceza sınırlarının belirlenmesiyle açığa vurulmuştur. Çünkü burada belirleyici konu suçun unsuru değildir. Bu durum, kusurdan bağımsız olarak objektif etkide bulunmakta ve sadece ceza sınırlarını değiştirmektedir<sup>907</sup>. Bu temel kural, diğer suçlar açısından da objektif bir şekilde kusurla ilişkilendirilmeden kullanılmıştır. Örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 217 ile ilgili olarak, Federal mahkeme de önceleri aynı yönde kararlar vermiştir<sup>908</sup>. Bu konuda verilmiş en önemli karar BGH 3, 179 sayılı karardır. Bu karada kusurun yanında hukuk düzeni açısından failin anlamı ortaya konmaya çalışılmıştır. Federal Mahkeme'nin 5. Ceza

<sup>905</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 109

<sup>906</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 131

<sup>907</sup> RG, JW 1938, 504

<sup>908</sup> RG JW 1939, 147



Dairesi 329/67 sayılı kararında, kasten yaralamanın ölümle sonuçlanması olayında, ölüm sonucu ile ilgili kusurlu olmayan failin cezasının, Alman Ceza Kanunu m. 223b'ye göre, artırılması gereğine karar vermiştir<sup>909</sup>.

O zamanki içtihatlar, ne Alman Ceza Kanunu m. 59 ne de Alman Ceza Kanunu m. 56 hükümlerini, ceza kanunun yorumunda suçun unsurlarından alarak, cezanın belirlenmesinde etkili ilkelere taşıma yoluna gitmemiştir. Aksine, temel ilke olarak, fiilin objektif sonuçlarını cezanın belirlenmesinde dikkate almışlardır. Bu temel ilke her zaman taraftar bulmuştur. Burada şu ifade dile getirilir; “Sonuç”; doğru kelime ve fakat en büyük yalan değildir. Bu tartışma en üst noktaya Federal Mahkemenin bir kararında<sup>910</sup> ulaşmıştır. Bu kararda, Ceza Genel Kurulu fiilin olağan dışı sonuçlarını da kusur ilkesiyle bağdaştırarak cezanın artırılması gereğine işaret etmiştir<sup>911</sup>.

Alman Ceza Hukukunda, teorilerin ve ilkelerin hâkimin cezanın belirlenmesindeki hareket alanını daralttığı, ancak pratikte belirli bir ceza sınırını seçme ya da bir tek doğru cezayı belirleme gibi bir durumun söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür. Tüm bu teori ve ilkelere karşın, hâkimin kendi değerlendirmesi söz konusudur. Bu değerlendirme, somut cezayı ortaya çıkaracaktır. Buna irrasyonel şekillendirme<sup>912</sup>, yaratıcı ve biçimlendirici amaç ve değerlendirme neticesi<sup>913</sup>, hâkimin bilgi ve tecrübesiyle hâkimlik örfü, hâkimin kişisel özellikleri ve toplumsal bakış açısıyla belirlenen neticeler<sup>914</sup> denmektedir. Böylece, birbirini takip eden hatalar şeklinde zincir oluşmamaktadır. Bu izah göstermektedir ki; sadece rasyonel bir kontrol söz konusu olacak, suçun unsurlarının ayrıntılı bir şekilde belirlenmesinin aksine, burada sadece cezanın belirlenmesinin ana ilkeleri ortaya konacaktır<sup>915</sup>.

Bunu tamamlayıcı olarak, bir yardımcı kriter ortaya konulmalıdır. Daha sağlam bir sisteme ulaşmak ve cezanın belirlenmesiyle ilgili kararların daha rasyonel olması için aynı tip olaylarda aynı tip cezaların belirlenmesi gereklidir. Vaka hâkiminin, kararında kullanabileceği sağlam bir orta noktanın bulunması çok mantıklı olacaktır. Bu orta nokta sayesinde hâkimin

---

<sup>909</sup> Bruns, 1985: 158

<sup>910</sup> BGH 10, 259

<sup>911</sup> Bruns, 1985: 159

<sup>912</sup> Bruns, 1974: 24; Henkel, 1969: 34

<sup>913</sup> Bruns, 1988: 1053; Dreher, 1967: 41

<sup>914</sup> Bruns, 1974: 24; Stratenwerth, 1977: 220; Württenberger, 1970: 157; Schöch, 1977: 6

<sup>915</sup> Bruns, 1985: 63

kendi önündeki somut olayı o orta noktadaki olaya göre karşılaştırma yaparak karar vermesi daha mantıklı görünmektedir<sup>916</sup>. Bununla ilgili olarak, öğreti ve içtihatlarda burada anlatılmak istenen; “Normal vaka” terimi tartışılmaktadır. Bu tanım, bunu savunanlar tarafından kabul edilse de bir kısım yazarlar tarafından eleştirilmekte, hatta reddedilmektedir. Bu tartışma, şüphesiz bu kavramın taşıdığı anlamla ilgilidir. Bu normal vaka, bir suçun pratikte veya istatistik olarak gerçekleşme sıklığına bağlanmaktadır. Ne kadar farklı içerik için normal vaka terimi kullanılırsa o kadar farklı terim aynı içeriğe sahip olacaktır. Bu da karmaşıklığı beraberinde getirecektir. Burada; teorik veya düşünülebilen ortalama vaka<sup>917</sup>, genel vaka<sup>918</sup>, istatistiksel ortalama vaka<sup>919</sup>, tecrübelerle göre ortalama vaka<sup>920</sup>, alışılmış görüntü, sürekli oluşan görüntü, genel vaka görüntüsü, normal görüntü, ortalama vaka isimleri, Federal Mahkeme (BGH) tarafından kullanılmıştır<sup>921</sup>.

Normal vaka modelinin ortaya konma amacı, orantılı ve rasyonel bir cezanın belirlenmesine ulaşmaktır. Böyle bir modelin belirlenmesinin yararlılığı ve gerekliliği yanında, içeriği konusu da oldukça tartışmalıdır. İchtihatlar ve öğreti, normal vaka modeli uygulamasını cezanın belirlenmesinin orta noktasında tartışmaktadır. Normal vakayı meydana getiren şartın çifte değerlendirme yasağı nedeniyle dikkat dışı bırakılıp bırakılmayacağı değerlendirmesi yapılmalıdır. Normal vaka, hiçbir zaman çifte değerlendirme yasağını ihlal etmeyecektir. Çünkü çifte değerlendirme yasağı ilkesi hâkime ve kanun koyucuya normal vaka belirlemesini yasaklamamıştır. Federal Mahkemenin Ceza Genel Kurulu, böyle bir normal vaka belirlemesini reddetmektedir. Bu Kurul, normal vaka durumunda, kanundaki ceza makasının ortasının belirleneceği ve kanun koyucunun bu zamana kadar değerlendirmesine kattığı ve bazısını da hâkime bıraktığı noktaların hepsini atlamak anlamına geldiğini belirtmektedir<sup>922</sup>.

Normal vaka modeli yardımıyla; artırım, indirim veya nötr vaziyetteki durumların değerlendirilmesi daha iyi yapılacaktır. Sonuç itibariyle, somut olayın ortaya konulmasını

---

<sup>916</sup> Ostermeyer bu konuda “Rasyonelin ne olduğunu bulmak çok sorun olabilir ve çözülemez. Ancak irrasyoneli bulup ayrıştırmayı denemek gerekir”, demiştir. Ostermeyer, 1966: 2301

<sup>917</sup> BGHSt 27, 2; StV 1983, 102

<sup>918</sup> BGH StV 1983, 102

<sup>919</sup> BGH StV 1988, 294

<sup>920</sup> BGHSt 27, 2

<sup>921</sup> Grzibek, 2003: 15

<sup>922</sup> Grzibek, 2003: 201

daha mümkün kılacaktır. Bu şekilde, vaka hâkimine, sanığın kusurunu ölçmekte daha uygun bir hareket alanı sağlanmaktadır. Bu şekilde, kral hâkim ortaya çıkarmamakta, tam tersine, hâkimi, kanuna uygun özelliklerini ortaya koyan ve kendi kararını daha izah edilebilir şekilde getirecek bir pozisyon sağlamaktadır<sup>923</sup>.

## **bb. Faile İlişkin Kriterler**

### **aaa. Genel Olarak**

Fiilden çok faili ilk anda akla getiren, failin bizzat bünyesinde taşıdığı, kast ve taksirinin derecesi, failin saiki, güttüğü amaç gibi suça etki eden nedenler, faile ilişkin nedenler olarak nitelendirilmektedir<sup>924</sup>. Failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle, kusurluluğuna ilişkin değerlendirme yapılacak ve işlemiş olduğu fiilden dolayı kişiyi kınamamızı engelleyen bir durum, başka bir deyişle kusurluluğunu kaldıran bir hal söz konusu ise, fiil suç oluşturmasına karşın faile ceza verilmeyecektir. Buna göre, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4), meşru savunmada sınırın korku, telaş ve heyecandan aşılması (m. 27/2), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 28), zorunluluk hali (m. 25/2), işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşülmesi (m. 30/4), kusurluluğu kaldıran hallerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılmaz hata (m. 30/3) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerinde kişiye ceza verilmeyeceği için bu hallerin cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir<sup>925</sup>.

Kusurluluğu etkileyen hallerden haksız tahrik (m. 29), yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının (m. 32) cezanın belirlenmesinin hangi aşamasında dikkate alınacağı 61. maddenin 5. fıkrasında gösterilmiştir. Buna karşılık kusuru kaldırmamakla birlikte onu etkileyen; kaçınılabilir haksızlık yanığı (m. 30/4), kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılabilir yanığı (m. 30/3) ile kusurluluğu kaldırmamakla birlikte azaltan neden olarak kanunun özel kısmında düzenlenmiş olan zorunluluk halleri (m. 92, 147), temel cezanın tayini aşamasında kasta ve taksire dayalı kusurun ağırlığı kriteri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır<sup>926</sup>.

<sup>923</sup> Grzibeck, 2003: 203

<sup>924</sup> Demirbaş, 2009: 612

<sup>925</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 568; Üzülmez, 2006: 213

<sup>926</sup> Özgenç, 2005: 716; Üzülmez, 2006: 213

### **bbb. Failin Kasta Dayalı Kusurunun Ağırlığı**

Kanun, failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığını da cezanın belirlenmesindeki kriterler arasında saymıştır. Kusur, yeni kanunun sisteminde, işlenen fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili değildir. Kast ve taksir fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, yeni kanunun sisteminde kast ve taksir, bir kusurluluk şekli değil, suç teşkil eden haksızlığın gerçekleştiriliş biçiminden ibarettir. Dolayısıyla “kast ve taksir bir fiilin haksızlık (suç) teşkil edebilmesi için bulunması gereken bir unsur oluştururken, kusurluluk ancak haksızlık teşkil eden bir fiilin, başka bir deyişle bütün unsurlarıyla oluşmuş bir suçun varlığından sonra devreye giren, failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınama yargısına tabi tutulabilmesini sağlayan bir konuyu” oluşturmaktadır. Kusur, işlediği haksızlık nedeniyle, fail hakkında yapılan bir muaheze yargısını oluşturmaktadır. Bu değerlendirme yargısının konusunu ise ancak failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği bir haksızlık oluşturmaktadır. Dolayısıyla kasten veya taksirle işlenen haksızlık, kusur yargısının temelini teşkil etmekte, kusur kasten veya taksirle işlenen haksızlığa dayanmaktadır<sup>927</sup>. Kusur hem cezanın adil olması hem de ceza ile ulaşılmak istenen amaç bakımından önem taşımaktadır<sup>928</sup>.

5237 sayılı TCK sistemindeki kast ve taksirin, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olmadığı, kusurluluk şekli olduğu, şeklin dış dünyaya yansıyan bir durumu ifade ettiği, oysa haksızlığın soyut bir kavram olduğu belirtilmiştir. Kusurun, kişiye yaptığı davranıştan dolayı cezai sorumluluk yüklenebilmesinin temeli, kast ve taksirin bu kusurun ortaya çıkışı (belirmesi) olduğu ifade edilmiştir. Haksızlığın, kusurlu bir irade ile gerçekleşebileceği gibi, kusursuz bir irade ile gerçekleşebileceği, kusurlu bir irade ile gerçekleştiği zaman bunun başlı başına haksızlık olduğu açıklanmıştır. Buradaki kusurun, kasta dayandığı, kast ve taksirin failin iç dünyasıyla ilgili olduğu ve tespitinin oldukça zor olduğu, kast ve taksire dayalı kusurluluk şekli olmaksızın bir suç olmayacağı için (kast veya taksir suçun unsuru olmasından dolayı) kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı kriterinin gereksiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>929</sup>.

Kanaatimizce, kendi içinde bile çelişkiler içeren bu fikri savunmak mümkün değildir. Kast ve taksirin derecelendirilmesinin eleştirilmesinden öte, bunların unsur olmaları nedeniyle cezanın belirlenmesi kriterleri arasından çıkarılması gerektiği fikri, cezanın belirlenmesi

<sup>927</sup> Özgenç, 2011: 213,331

<sup>928</sup> Özen, 2009: 89

<sup>929</sup> Özen, 2009: 90

açısından tüm kriterlerin reddedilmesi sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucunun, suçlar için müeyyide belirlerken kast ve taksirle işlenenler arasında fark öngörmüş olması ve bazı suçlar açısından bilinçli taksir veya olası kast hatta taammüd ile işlenmelerini farklı değerlendirmeye tabi tutmasının, suçların işleniş biçimleri göz önünde bulundurulduğunda cezanın belirlenmesi anlamında yetersiz kaldığı ortadadır. Bunun çıkar yolu olarak, kanunda somut olayın niteliklerine göre m. 61/1'deki kriterler öngörülmüş ve kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı da bu kriterler arasında yerini almıştır. Nitekim Alman Ceza Kanunu da, cezanın belirlenmesinde kusuru odak noktaya yerleştirmiştir<sup>930</sup>. Bu fikrin kabulü durumunda, cezanın belirlenmesinin kusur ile orantılı olması ana iskeletini yıkmak gerekecektir.

Cezalandırmayla amaçlanan sonuçların gerçekleştirilmesi için kusurun ağırlığıyla orantılı bir cezaya hükmedilmesi gerekir. Böylelikle kusur ilkesi, bir yandan cezanın meşruluk zeminini oluşturmakta, diğer yandan da uygulanacak ceza açısından bir sınırlamayı ifade etmektedir. Kişinin kusuruna nazaran daha ağır bir cezaya hükmedilmesi, o kişiyi obje haline getirmek demektir. Kusura göre daha hafif bir cezanın tercih edilmiş olması durumunda ise cezalandırma ile güdülen amaçtan uzaklaşmış olacaktır<sup>931</sup>. Cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesini sağlayan kriter “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” kriteridir (TCK m. 61/1-f). Bu kriter, 765 sayılı TCK'da kastın veya taksirin yoğunluğu şeklinde yer almaktaydı (m. 29/8). Öğretide, bu iki ifade biçimi arasında fark görmeyen fikir sahipleri mevcuttur<sup>932</sup>. Kusurluluğun bu iki ayrı beliriş şekli, birbiriyle yakın ilgili olsa da, manevi unsur olarak her ikisinin birbirinden ayrı kavramlar olması nedeniyle kast ve taksirin cezanın belirlenmesindeki etkileri ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Her olayda (kast-taksir kombinasyonunu bir kenara bırakırsak) bunlardan ancak birinin bulunma olasılığı mevcuttur.

Doğrudan kasta göre cezada indirim gerektiren olası kast, Kanun'un 21/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine karşın, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır. Bu hâlde,*

<sup>930</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung\\_\(Deutschland\)Grunds.C3.A4tze\\_der\\_Strafzumessung](http://de.wikipedia.org/wiki/Strafzumessung_(Deutschland)Grunds.C3.A4tze_der_Strafzumessung) Erişim 26.10.2011

<sup>931</sup> Üzülmöz, 2006: 211

<sup>932</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 582; Özbek, 2007: 574; Demirbaş, 2009: 620 bu görüştedirler. Bizim de iştirak ettiğimiz Özgenç, Üzülmöz, Hakeri ise, yeni TCK'nda kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olarak değil, haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli olarak alındığını; her iki ifadenin aynı olmadığını, kast ve taksirin yoğunluğundan söz edilemeyeceğini, bunun, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın bir yansıması olduğunu savunmaktadır. (Özgenç, 2011: 644) Hafizoğulları ise, kanun koyucunun kusurluluğun tabiatçı anlayışından çok kusurluluğun normatif anlayışından yana olduğu dikkate alındığından burada kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığından failin kınanabilirliği anlaşılmalıdır. (Hafizoğulları, 2007: 106)

*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.*” Olası kastın uygulanacağı bir suçta, bu konu, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamaz. Çünkü, kanun koyucu olası kast durumunda cezada artırım ve indirimin hangi sıraya göre yapılacağını, TCK’nın 61/2. maddesinde ayrıca düzenlemiş ve olası kastı tanımlayan maddede bunun bir indirim nedeni olacağını hükme bağlamıştır. Aksi uygulama, çifte değerlendirme yasağı ilkesi gereği hukuka aykırı olur<sup>933</sup>.

Temel cezanın belirlenmesinde kusurun ağırlığı kavramı bir kriter olarak gösterildiğinden, kişinin işlediği suçla ilgili kusurluluğu bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Ceza sorumluluğu açısından asıl olan kasta dayalı sorumluluktur. TCK’nın 21/1. maddesine göre; *“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”* 5237 sayılı TCK’da benimsenen ifade, 765 sayılı TCK’nın 28/9. maddesinde yer almış olan *“kastın veya taksirin yoğunluğu”* değildir. Esasen, kast ve taksirin yoğunluğundan söz edilemez. Bu ifade, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın yansımasıdır<sup>934</sup>. Bu görüşün aksi de savunulmuştur. Buna göre, ifade tarzı açısından kastın (kusurun) yoğunluğundan bahsedilmesi daha uygun görünmektedir. Zira zararın veya tehlikenin ağırlığından bahsedilse de, kastın ağırlığı yerine yoğunluğu teriminin öğretisi ve uygulamada daha rağbet gören bir ifade tarzı olduğu ileri sürülmüştür<sup>935</sup>. 5237 sayılı TCK felsefesine uymayan bu fikri kabul etmemiz mümkün değildir.

Kast kavramında yerini bulan bilme ve isteme unsurları, insan iradesi ve bilincine ilişkin beyinsel bir işlevi ifade etmektedir. Dolayısıyla bunlara dayalı kusurluluğun da faile ilişkin olduğu söylenebilir. Ancak, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak gösterilen kusurun ağırlığı, failin bilincindeki bu faaliyetin olaysal olarak dışa vurulması sonucu, dış dünyada ortaya çıkan sonuçlara göre belirlenecektir. Failin suç işlemedeki ısrarının göstergesi, somut olaydaki davranışları ile ölçülecek, kusurun ağırlığı bunlara bakılarak belirlenecektir. Failin fiile katılma iradesinin seviyesi değerlendirilecek; bu irade

---

<sup>933</sup> Özgenç, 2011: 732

<sup>934</sup> Özgenç, 2011: 726

<sup>935</sup> Meran, 2007: 81

değerlendirilirken de failin cezai veya cezai olmayan düzenin ihlal edildiği ve davranışının zararlılığının ya da tehlikeliliğinin bilincine sahip olup olmadığı dikkate alınacaktır<sup>936</sup>.

Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, suç failinin sonuca ulaşmak bakımından gösterdiği ısrarı, kararlılığı, bu yöndeki isteği, engel nedenlere karşın çaba göstererek sonuca ulaşılmasıdır. Failin suçu işleme konusunda harcadığı çaba, kasta dayalı kusurun ağırlığına delil oluşturur. Bir suçun işlenmesinde fail tarafından aşılacak zorlukların çokluğu, amaca ulaşmadaki inatçılık ne derece büyükse, failin kasta dayalı kusurluluğundaki ağırlık o derece fazladır. Örneğin; failin, mağdur yürürken çantasından telefonu almaya çalışıp alamaması, izlemeye devam etmesi, bu sefer mağdurun bir kafede otururken yanına koyduğu çantadan telefonu alması olayında kasta dayanan kusurun ağırlığından söz edilebilir<sup>937</sup>.

Suçun tasarlayarak (taammüden) işlenmesi durumu, kastın en yoğun, dolayısıyla kusurun en ağır olduğu durumu ifade eder. Bu konu, temel cezanın belirlenmesinde kusurun ağırlığı kriteri bağlamında, esas alınabilecektir. Tasarlama, nitelikli kasten öldürme suçunun unsuru olarak düzenlenmiş ise (TCK m. 82/1-a) , çifte değerlendirme yasağı ilkesi (TCK m. 61/3) gereği temel cezanın belirlenmesinde artık tasarlama kriteri kullanılamaz. Kastın yoğunlaşmış hali olan tasarlama, başka suçlarda, örneğin; kasten yaralama suçunda, kusurun ağırlığı kriteri bağlamında, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesinde kullanılabilir<sup>938</sup>. Gerek tasarlama düzeyine ulaşmayan kastla işlenen adam öldürme suçlarında, gerekse diğer suçlarda, kasta dayalı kusurun ağırlığı, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesini gerektirebilir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>939</sup>.

Amaca ulaşabilmek için birden fazla haksızlığın yapılmasında bu konu değerlendirilmelidir. Ölmüş bir kişi adına kayıtlı taşınmazı satarak, çıkar sağlamak için o kişiye benzer birinin bulunarak muhtardan nüfus cüzdanı kayıp belgesi çıkartılması, bununla nüfus cüzdanı alınması, alınan kimlikle noterden şeriklerden birine satış için vekâletname verilmesi ve bu vekâletnameyle tapuda satış işlemi yapılmasında kasta dayalı kusurun

<sup>936</sup> Toroslu, 2010: 179

<sup>937</sup> Önder, 1992: 559; Özbek vd, 2010: 607

<sup>938</sup> Özbek, 2005: 576, Özen, 2009: 89

<sup>939</sup> Yar. 1.CD. T.05.07.1996, E.1996/1689, K.1996/2720, YKD. 1996-9-1481; Yar. 1.CD. T.12.05.1999, E.1999/780, K.1999/1750, YKD. 1999-9-1293.

ağırlığından söz edilebilir<sup>940</sup>. Suça katılan sanık sayısının fazla olması, suç işlerken yapılan hareketlerin çeşitliliği kasta dayalı kusurun ağırlığı nedeniyle alt sınırdan uzaklaşılacak suretiyle bir cezanın belirlenmesine neden olabilecektir<sup>941</sup>. Yukarıda suçun işlenme yeri açısından verilen, her hafta salı günü Kayseri’den Bor Pazarı’na hırsızlık yapmak için gelen fail örneğinde, failin her hafta aynı tezgâha yaklaşıp, insan yoğunluğunun artmasını da kollayarak, o anı bekleyip kişilerin üzerinden cüzdan çalması olayında da kasta dayanan kusurun ağırlığından bahsedilebilir<sup>942</sup>.

Kanunda nitelikli unsur olarak öngörülmemeyen hallerde, suç için yapılan planlı hazırlık, bir suçun işlenmesi konusunda varılan kararın içerdiği potansiyel tehdidin fazlalığı, fiilin gerçekleştiriliş süresi, suç işleme konusundaki enerjinin göstergesi olarak değerlendirilmeye alınacaktır. Uygun olması kaydıyla, suç izlerinin yok edilmesi gibi konular, kasta dayalı kusurun ağırlığını artıran durumlardır. İrade zayıflığı, uzun yıllar süren uyuşturucu madde bağımlılığı, kontroldeki eksikliklerin suçun işlenmesini kolaylaştırması gibi durumlar ise cezanın indirilmesini gerektiren haller kapsamında dikkate alınabilecektir<sup>943</sup>.

Ani kast ve düşünce kastı arasında da bir derecelendirme yapmak mümkündür. Ani kast, ani ve beklenmedik bir karar şeklinde ve genelde fiile ya da duruma tepki olarak ortaya çıkmaktadır. Ani kast, daha az yoğun bir kast türü olarak değerlendirilmektedir. Suç işleme düşüncesi ile düşüncenin gerçekleşmesi çok hızlı bir şekilde birbirini izlediği için, fail amacı üzerinde düşünememekte ve fiili zihninde canlandıramamaktadır. Suç işleme kararı ile suçun işlenmesi arasında bir zaman aralığı olması durumunda ise, düşünce kastından söz edilecektir. Hiç şüphesiz aradan geçen sürede fail suç işleme kararından vazgeçmediği ve ısrarcı

<sup>940</sup> “Sanık hakkında iki sınır arasındaki temel ceza belirlenirken hakkaniyet kurallarına bağlı kalınması, bu husustaki gerekçenin 5237 sayılı Kanununun 61/1 maddesindeki ölçüler içinde dosyaya uygun olması gerekirken geçmişte sabıkası bulunmayan sanık hakkında, suçun işleniş biçimi, meydana gelen zararın ağırlığı ve tüm dosya kapsamı karşısında hak ve nesafet kuralları ile orantılılık ölçütü göz ardı edilerek, sanık hakkında salt 2000 yılında yüklenen suçtan suç tutanağı düzenlenmiş olmasını kastın yoğunluğunun kanıtı kabul eden soyut, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” 2. CD, 11.3.2010, 7403-7582 (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1018)

<sup>941</sup> Bakıcı, 2010: 258-259

<sup>942</sup> 2008 yılında, Bor Pazarı’nda, bir hafta önce aynı domates tezgâhının önünde kendisini bir kişinin sıkıştırmasından fazla şüphelenmeyen, ancak pazardan ayrıldıktan sonra cüzdanın çalındığını fark eden mağdurun; ertesi hafta yine aynı kişi bu pazara gelebilir ümidiyle, pazara gidip gezdiği sırada, aynı failin bu kez bir başka mağduru aynı tezgâhta sıkıştırıp cüzdanını almaya kalktığı sırada (suçüstü iken) gördüğü ve hem göz takibine alıp hem de 155’e telefon açarak ihbar ettiği, faili bu sefer Pazar içerisinde 3. Bir kişiye yaklaştığı sırada yakalattığı; nöbetimde meydana gelen bir olaydır. Burada failin kastının ağırlığı konusunda artık şüphe kalmamaktadır. Ancak olay hâkimi burada alt sınırdan ceza tayin etmiştir.

<sup>943</sup> Dreher/Tröndle/Fischer, 2011: 31; Kindhaeuser, 2010: 330; Koca/Üzülmez, 2012: 567



davrandığı için, burada kastın daha yoğun olduğu<sup>944</sup>, isteme unsurunun daha kuvvetli olduğu söylenebilir<sup>945</sup>.

Alman ceza hukuku öğretisinin büyük bir kısmı, kusuru insanın karar verme özgürlüğüne bağlamaktadır. Bunu gerekçelendirmek için, eylemsel özel isteme özgürlüğü değil, insan davranışının temelindeki inanılmış özgürlük –sosyal ve ahlaki bilincimizin tereddütsüz gerçekliği- ilkesine gitmektedir. Öğreti, ceza kararına gerekçe yapılan kusuru, kişisel yapabilme (Können) gücü, yetme (muktedir olma) olarak algılamamakta, aksine genel yapabilme (allgemeines Können) yetisi olarak görmektedir. Bundan anlaşılması gereken, sonuç olarak deneysel bir ortalama insanın değil, o olaydaki insanın yapabilme yeteneğidir. Burada söz konusu olan, gerçek kusurun bilgisi değil tersine, kusurun tanımı için sorumluluğun normatif olarak belirlenmesidir<sup>946</sup>.

Failin suçun işlenmesine duyduğu istek, içtihatlar tarafından da kabul edilen cezanın belirlenmesi kriterleri içerisinde yer almaktadır. Burada kastedilen, failin isteğinin yoğunluğudur. Kanun bu durum için, örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 250/1/1’de daha fazla ceza öngörmüştür. Kanun koyucunun düzenlemesinde failin suç işlemedeki arzusunun yoğunluğunu dikkate aldığı halde, bu şart hiçbir zaman cezanın somut belirlenmesi kriteri olamayacaktır. Kast hali cezanın belirlenmesinde kusur anlamında esaslı bir kriter değildir. Özellikle öldürme suçlarında genellikle doğrudan kast söz konusudur ve dolaylı kast çok seyrek görülmektedir. Eğer kast cezanın belirlenmesinde etkili olarak görülecekse, failin amaçları ve tahayyüllerinin (düşünceleri) değerlendirilmesi gündeme gelecektir<sup>947</sup>. Burada etkili olacak konu hareketin amacı ve suçun işleniş şeklidir. Örneğin; kasıtlı bir hareketle kalbe doğru yapılan bir bıçak darbesi<sup>948</sup>, Alman Ceza Kanunu m. 212’deki temel neden yaklaşımından önce, hareketin özel tehlikeli hali nedeniyle suçun daha ağır değerlendirilmesine neden olacaktır<sup>949</sup>.

<sup>944</sup> Yargıtay bir kararında “Sanıkların ilçede gördükleri maktulün geçeceğini bildikleri yolda bekledikleri, durduramadıkları maktulün peşine düşüp ısrarla takip ettikleri, sığındığı evin kapısını kırarak içeri girip ilk atışta yere düşen maktulün kafasına en az altı el ateş ederek öldürdükleri olayda, suçun taammüden işlendiği delilleri ile kanıtlanamamış ise de TCK’nın 29. maddesi hükmü gereğince suçun işlenmesindeki özellikler ve yoğunlaşan kastları da dikkate alınarak alt sınırın üzerinde ceza tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirir.” Yar. 1. CD, 2.6.2002, 4700/1199; Yeni Kanun döneminde de benzer karar vermiştir. Bkz. 1. CD, 4.4.2006, 591/1149 sayılı kararı [www.kazancihukuk.com.tr](http://www.kazancihukuk.com.tr)

<sup>945</sup> Toroslu, 2010: 180

<sup>946</sup> Hönig, 1992: 29

<sup>947</sup> BGHR StGB m. 212/1 Strafzumessung 1; BGHR StGB m. 46/3 Tötungsvorsatz 4 und 5.

<sup>948</sup> BGHR StGB m. 46/3 Tötungsvorsatz 4 und 5.

<sup>949</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 112

Federal Mahkemenin kararları bu konuda istikrar kazanmış değildir. Bir kısım kararlar, bu şekilde kastın cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılmasını çifte değerlendirme yasağının ihlali saymakta iken (çünkü doğrudan kast ile öldürme zaten genel kural gereği kasıtlı öldürmeyi kapsamaktadır<sup>950</sup>), bir kısım kararlar, örneğin; ceza genel kurulunun bir kararı<sup>951</sup> bu şekilde bir uygulamayı (genel kural gereği öldürme olduğunu kabul eden ve çifte değerlendirme yasağı sayan) reddetmekte ve bu kararlara katılmamaktadır<sup>952</sup>.

Failin, fiilin işlenmesi sırasındaki isteğiyle ilgili olarak, sıklıkla failin suç işlemeye harcadığı enerjinin yüksek veya az olmasından söz edilir. Burada sözü edilen konu, sonuç itibariyle failin fiilindeki etkisi ölçülemeyecek boş bir formül olarak kalmaktadır. Bu halde sorun –birçok mahkeme kararlarının gerekçelerinde olduğu gibi-, fiilin gerçekleştirilmesindeki istek yoğunluğu şartına bağlanmaktadır. Fiilin işlenmesine gösterilen istek ve arzu, fiilin önceden planlanmasında kendini göstermektedir. Burada, teşebbüs aşamasında kalan suç açısından niçin sonucun gerçekleşmediği sorusu önem kazanmaktadır. Bu istek yoğunluğuna, yakalanma riskini azaltmak için yapılan planlamalar ve suçun işleniş şekilleri örnek olarak gösterilebilir. Örneğin; yağma sırasında maske<sup>953</sup>, eldiven kullanma, suçtan sonra değiştirilmek üzere yedek kıyafet veya kaçmak için araç hazırlama gibi<sup>954</sup>.

Suçun işlenmesini kolaylaştıran basit kontrol eksiklikleri (görevlilerin kontrol etmesi gereken bir konuyu atlamaları nedeniyle suçun işlenmesinin kolaylaşması) durumunda istek yoğunluğu sınırlıdır ve genellikle daha az cezaya muhatap olur. Ancak bunun için kontrol görevlisinin, ağır sayılabilecek bir görev ihmali yapmamış olması gerekir<sup>955</sup>. Vergi hukukunda genellikle ilgililerin vergi beyannameleri, peşin vergi sözleşmeleri veya yatırım ödemeleri, genellikle yüzeysel olarak kontrol edilmektedir. Bu durumlarda yanlış beyan verilmesi çok kolaydır. Ayrıntılı bir inceleme ve özel izleme araçları kullanılmadığından, bu durumda, failin cezasında herhangi bir indirimle gidilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>956</sup>.

<sup>950</sup> BGHStV 1993, 72; BGHR StGB m. 46/3 Tötungsvorsatz 3 und 4.

<sup>951</sup> BGHSt 34, 345

<sup>952</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 113

<sup>953</sup> BGH NStZ 1998, 188; Federal Mahkemenin 4. Ceza Dairesi 11.1.2000, 611/99 sayılı kararında “maske kullanma durumunda failin yakalanma riskini azalttığına” hükmetmiştir.

<sup>954</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 113

<sup>955</sup> BGH 1. StR 14.8.2002, 286/02.

<sup>956</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 114

Eğer birden fazla fail eylemlerinin gerçekleşmesi olasılığını yükseltmek için suç ortaklıkta işliyorlarsa, tehlikenin yüksek olmasından dolayı cezanın daha fazla verilmesi gündeme gelecektir. Örneğin; hırsızlık, yağma ve uyuşturucu ticareti suçlarında olduğu gibi. Diğer taraftan insanları suç işlemeye yönelten grup dinamikleri vardır, aslında kişi tek başına olsa suç işlemeyecektir. Bunun belirleyici yönü “tesadüfen grupta bulunmaktır”<sup>957</sup>. Bu sonuç cezanın belirlenmesinde daha hafif hal olarak<sup>958</sup> değerlendirilir<sup>959</sup>.

### ccc. Failin Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı da temel cezanın belirlenmesinde etkili olacak kriterler arasında sayılmıştır. (TCK m. 61/1-f) Taksir, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleşmesidir*” (TCK m. 22/2). Sorumluluğun şartı olarak kastın varlığı gerektiğinden, kanunun ancak açık bir şekilde taksirli suç düzenlediği bir durumda taksirli suçun faili cezalandırılabilir.

Kast için derecelendirme; tasarlama kastı, doğrudan kast ve olası kast olarak belirlenebilir de, taksire dayalı sorumlulukta, bazen yüzdelerle ifade edilebilecek şekilde çeşitlilikte kusur söz konusu olabilmektedir. Nitekim 765 sayılı TCK’nın 455/son (taksirle ölüme neden olma) ve 459/son (taksirle yaralamaya neden olma) maddelerinde aynı şekilde “*Yukarıdaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.*” hükümleri yer almaktaydı. Bu da, faile verilecek cezanın 1/8 oranına kadar (bilirkişi raporunda faile izafe edilen ve 1/8, 3/8, 7/8 gibi ifade edilen kusur oranlarına göre) indirilmesine neden olmaktadır. Bu anlamda; alkollü olarak araba kullanıp, 120 km sürat ile kavşağa giren ve kendisine kırmızı ışık yanmasına karşın durmayarak kurtarıcı inancıyla devam eden kavşak ortasında kendisine yeşil yandığı halde geçmeye çalışan bir motosikletliye çarparak ölümüne neden olan failin eylemi bilinçli taksir olarak değerlendirilecektir. İnşaatın şantiye girişine zincir çekilmesine gün boyu eşlik eden, iki kez motosikletliye zincirin bekçi tarafından indirilmesini bekleyerek geçiş yapmış olan kişinin, akşam mesai bitiminde bu kez zincirin indirilmesini beklemeden motosikletliyle hızlı bir şekilde şantiye girişine yaklaşarak, zincire motoru kaptırarak sürüklenip ölmesi olayındaki zinciri inşa eden yetkilinin gerekli uyarı levhalarını koymaması eylemi de taksirli eylemdir. Bu iki

<sup>957</sup> Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, 3. Auflage 2004, S. 72 ff.

<sup>958</sup> Schumacher NJW 1980, 1880 ve StV 1993, 549; BGHStV 1993, 520

<sup>959</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 114

örnekte ortaya konan, taksir durumları (kusurun ağırlığı) arasında var olan, büyük skala, temel cezanın belirlenmesinde taksire dayalı kusurun ağırlığının ne kadar etkili olduğunu göstermektedir<sup>960</sup>.

Kusurun ağırlığı, taksir ağırlığı olarak belirir<sup>961</sup>. Özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek duurma olan kişinin buna rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranarak hukuki bir değeri zarara uğratması veya tehlikeye koyması durumunda taksirli hareketten dolayı kusurlu sayılacaktır<sup>962</sup>. Taksirin derecelendirilmesinde dikkate alınması gereken husus, failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığıdır. Failin göstermeyi ihmal ettiği bu özen yükümlülüğü ne kadar yüksek ise, taksire dayalı kusuru da o derece ağırdır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık (taksirli suç açısından haksızlık içeriği) diğer bir deyişle, taksirli bir davranış sonucunda kanunda belirtilen neticenin kişisel olarak öngörülebilirliği, kusurun belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır.

Fail; yaşı, mesleği, eğitim ve öğretimi, sosyal durumu, bilgi düzeyi, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünün ihlali (sonucu öngörebilecek ve önleyebilecek durumda olup olmadığı) incelenecektir. Fail, yükümlülüğüne aykırı davranarak kanuni tanımda belirtilen davranışı gerçekleştirmiş olması nedeniyle kusurlu sayılacak ve cezalandırılacaktır. Failin

<sup>960</sup> Her iki örnek olay da 2006-2009 yılları arasında görev yaptığım Bor (Niğde)'da nöbetim esnasında meydana gelmiştir. Kavşağa 120 km hız ile girip kırmızı ışıkta geçerken motosikletlinin ölümüne neden olan faile bilinçli taksir nedeniyle ceza tayin edilirken, zincir örneğinde mağdurun kusurunun ağırlığının zinciri oraya çeken sorumlu kişinin eylemiyle ölüm arasındaki nedensellik bağımlı kestiğinden suç unsurunun oluşmaması nedeniyle beraat kararı verilmiştir. Klasik suç teorisi anlayışının uygulamaya yansımaları olan bu sonuç doğru değildir. Bu gibi durumlarda önceki taksirli hareket ile netice arasındaki illiyet bağımlı bulaunamamasından veya kesilmiş olmasından söz edilemez. Esasen zincir olayında inşaat sorumlusunun gerekli uyarı levhalarını yerleştirmemesi nedeniyle taksiri söz konusudur. Mağdurun zincirin çekilmesini bilmesi ve iki kez de ordan geçmiş olması da olayın meydana gelmesine katkısı açısından cezanın belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken konudur (Özgenç, 2012: 250).

<sup>961</sup> “Olayda tam kusurlu olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 61/1-f ve 22/4. maddeleri gözetilerek hak ve nesafet kuralları uyarınca alt sınırdan uzaklaşım suretiyle ceza tayini gerektiğinin gözetilmemesi...” 9. CD, 12.3.2009, 2007/6863, 2009/2912

“Tam kusurlu olan sanığın, taksirin yoğunluğu dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlenmesinde isabetsizlik yoktur.” YCGK, 27.2.2001, 2/26-34

“Oluşa, tanık beyanlarına ve tüm dosya kapsamına göre, iki yönlü 7 metre genişliğindeki meskun mahalde çarpa öncesi trafik kontrol levhası olan ve olayda ölen trafik polisinin yansıtıcı giysi içinde el feneri ile trafik kontrolü yaptığı tedbir alınmış yolda sanığın aşırı süratle seyrederken bir elinde sigara tutup diğer elinde aracın teybi ile uğraştığı sırada direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi sonucu görevli polis memuruna çarparak ölümüne neden olduğu anlaşılan olayda bilinçli taksirin oluşup oluşmadığının karar yerinde tartışılmaması ve 5237 sayılı TCK'nın lehe kabul edilerek uygulama yapılmış olması karşısında anılan Kanunun 22/4 ve 61. maddesinin 1. Fıkrasının f bendi hükmü uyarınca hak ve nesafet kuralları da gözetilerek alt sınırdan uzaklaşım suretiyle ceza tayini gerektiğinin düşülmemesi...” 9. CD, 28.3.2007, 5585-2642 (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1040)

<sup>962</sup> Özgenç, 2012: 249

bilinçsiz veya bilinçli davranmasından bağımsız olarak, sonucun kolaylıkla öngörülebilir olup olmamasından hareketle taksire dayalı kusurun ağırlığını tayin etmek gerekmektedir. Sonucun kolay öngörülebilir olduğu hallerde, failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı fazladır<sup>963</sup>.

Alman Ceza Kanunu açısından, özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından varlığı aranan ağır taksir kavramı, bizde sadece özel hukukta kullanılmaktadır. Alman Hukuku'nda baskın görüşe göre bu kriter, özensizliğin özel bir derecesi, taksirin ağırlaşmış şekli olarak anlaşılmakta, bu konuda failin kişisel durumu ve yetenekleri temel alınmaktadır. Bu kavram TCK'da yer almamakla birlikte, temel cezanın belirlenmesinde, failin taksirinin ağırlığı kriteri olarak dikkate alınabilir<sup>964</sup>.

Taksir kavramında yerini bulan öngörme unsuru, insan iradesi ve bilincine ilişkin beyinsel bir işlevi ifade etmektedir. Dolayısı ile buna dayalı kusurluluğun da faile ilişkin olduğu söylenebilir. Ancak, temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak gösterilen kusurun ağırlığı, failin bilincindeki bu faaliyetin olaysal olarak dışa vurulması sonucu dış dünyada ortaya çıkan sonuçlara göre belirlenecektir. Failin suç işlemedeki özensizliğinin (dikkatsizliğinin) göstergesi somut olaydaki davranışları ile ölçülecek, kusurun ağırlığı bunlara bakılarak belirlenecektir. Bu bakımdan temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak kusurun ağırlığı kriteri, aynı zamanda fiile ilişkindir<sup>965</sup>.

Taksir, öngörmek kavramı etrafında, bilinçli taksir olarak da ortaya çıkabilir. Taksire göre cezada artırımı gerektiren bilinçli taksir, TCK'nın 22/3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi durumunda bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”*. Burada kusurun ağırlığı taksire göre farklıdır. Bilinçli taksir durumunda kusur taksire göre daha ağırdır. Ancak, bilinçli taksirin uygulanacağı bir suçta, bu konu ayrıca temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamaz. Çünkü kanun koyucu bilinçli taksir durumunda cezada artırım ve indirimden hangi sıraya göre yapılacağını Kanun'un 61/2. maddesinde ayrıca düzenlemiş ve bilinçli taksiri tanımlayan maddede bunun bir artırım nedeni olacağını hükme bağlamıştır. Aksi uygulama, çifte değerlendirme yasağı ilkesine aykırı olacaktır. Başka bir ifadeyle, bilinçli taksirin uygulanacağı bir suçta temel ceza,

---

<sup>963</sup> Üzülmez, 2006: 213

<sup>964</sup> Özbek vd, 2010: 607

<sup>965</sup> Özbek vd, 2010: 607

kusurun ağırlığı dışındaki kriterler esas alınarak belirlenecektir<sup>966</sup>. Kusurun ağırlığı temel cezanın belirlenmesinden sonra etkili olacaktır, ancak bu etki kendisini bilinçli taksir olarak ortaya çıkan davranışın ağırlığında gösterecektir. Bu kusurun ağırlığına göre de TCK'nın 22/3. maddesine göre 1/3'ten 1/2'ye kadar artırım yapılacaktır.

Taksirle işlenen suçlarda<sup>967</sup>, taksirin, “bilinçli taksir” düzeyine ulaşmadığı durumlarda, taksire dayanan kusurun ağırlığına göre, temel ceza alt ve üst sınırlar arasında belirlenecektir. Taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda cezanın üst sınırına, hafif olduğu durumlarda ise alt sınırına yaklaşılmalıdır. 765 sayılı TCK'da taksirle işlenen suçlarda temel ceza Kanun'un 29/8. maddesine göre belirlendikten sonra, kusur derecesine göre sekizde birine kadar indirim yapılmaktaydı (765 sayılı TCK m. 455/son ve 459/son). 5237 sayılı TCK'nın 22/4. maddesi ise; “*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*” diyerek ve başka indirim ifadesi içermeyerek, artık kusura göre bir indirimin değil, tam tersine, taksire dayalı kusurun ağırlığına göre cezanın belirleneceğini hükme bağlamıştır.

Taksire dayalı kusurun ağırlığı, önce objektif olarak failin önleyici davranış kuralının ne kadar dışında olduğuna, başka bir deyişle gerçekleştirilen davranışla somut olaya uygulanabilir olan önleyici davranış kuralı arasındaki farka ve söz konusu davranış kuralının objektif önemine göre belirlenecektir. Faile ilişkin sübjektif konular daha sonra devreye girecektir. Bu aşamada da failin toplum içindeki rolü ve yürüttüğü faaliyet esas alınarak hukuk düzeninin ondan neler bekleyebileceği tespit edilecek ve ortaya çıkan beklenti, taksirin derecesini belirlemede etkili olacaktır. Bu doğrultuda, failin, kendisinden öngörmesi ve önlemesi beklenen neticelerin öngörülebilmesi ne kadar kolay ise, taksire dayalı kusurun ağırlığı o kadar fazla olacaktır<sup>968</sup>.

Taksirli suçlarda asli kusurlu olunması, trafik kazasında hızın, yol ve hava şartlarına uygun olup olmaması, ihlal edilen kuralın niteliği, aniden yola fırlayan çocuğa çarpmamak için direksiyonun kırılması ile kazaya neden olunması, yolun mıcırlı olması, yol kenarındaki ağaçların görüşü engellemesi taksire dayalı kusurun ağırlığı anlamında kararda

<sup>966</sup> Özgenç, 2011: 732

<sup>967</sup> 5237 sayılı Kanun'da yer alan taksirle işlenen suçlar şunlardır: 1. Taksirle öldürme (m. 85), 2. Taksirle yaralama (m. 89), 3. Taksirli iflas (m. 162), 4. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m. 171), 5. Trafik güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması (m. 180), 6. Çevrenin taksirle kirletilmesi (m. 182), 7. Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m. 338).

<sup>968</sup> Toroslu, 2010: 181

değerlendirilecek konulardır<sup>969</sup>. Aynı şekilde, hatalı solama, alkollü ve uykusuz araç kullanma durumunda, bir kazanın olabileceğini herkes öngörebilmekte iken, paralı bir otoyolda bir çukurun olma olasılığı düşüktür ve öngörmek zordur<sup>970</sup>.

Alman Ceza Hukuku uygulamasında, hâkimin haksızlık değerlendirmesi –davranışın meydana getirdiği sonuçlardan ayrı olarak- neden olmaya değil, yükümlülükleri yerine getirmemeye dayanmaktadır. Haksızlığın meydana gelmesi bir nedenin etkisi değil aksine bir yükümlülük ihlalinin sonucudur<sup>971</sup>. Bu nedenle, Alman Ceza Hukuku’nda cezanın belirlenmesi konusunda ileri sürülen hareket alanı teorisinin (Spielraumtheorie), gerçek olmayan (irrasyonel-belirsiz) bir cezanın belirlenmesi öğretisi olduğu çünkü bu teorinin kullanılmasında bir taraftan cezanın amacının diğer taraftan da cezanın gerekçesine ulaşan çift özellikli bir sonuca gidildiği ileri sürülmüştür. Hâkim tarafından belirlenmiş olan ceza çerçevesi, kanun tarafından indirgenmiş, belirlenmiş ve bozulmuş bir gerekçeye de ihtiyaç duymadan, belirsiz kriterlerle ve cezanın amacının parametreleriyle birleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu somutlaştırmanın ortaya çıkardığı sonuç ise, tamamen keyfilik olmaktadır. Adı geçen teori, ortaya somut bir şekilde çürütülebilir bir sistem koymamakta, aksine ceza derecesi yerine emrivaki bir kelime getiren bir ideoloji sunmaktadır<sup>972</sup>. Sonuç itibariyle cezanın miktarı (ölçüsü), eylemin geniş ve yoğun haksızlık içeriğinin tutarından oluşmaktadır. Bir eylemdeki gaddarlık (acımasızlık) derecesi ya da yükümlülük ihlali ne kadar fazla ise (Örneğin; ağır derecedeki yağma olayı, ameliyat sırasında hasta karnında alet unutma gibi),

<sup>969</sup> “Sevk ve idaresindeki kamyonla Ankara istikametine gitmek isteyen sanığın, sağa dönüp ilerleyerek ilk kavşaktan U dönüşü yapması gerekirken, yolunu kısaltmak için köprülü kavşağa tersten girerek, bölünmüş yolda ters istikamette kendisine göre yolun solundan seyrettiği sırada, usulüne uygun park etmiş araçlara ve yanındaki yayalara, hiç ummadıkları bir yönden aniden süratli ve tedbirsizce gelerek çarpıp iki kişinin ölümüne neden olduğu olayda bilinçli taksirin unsurlarının oluştuğunun gözetilmemesi,

Kabule göre de; iki sınır arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, meydana gelen zararın ağırlığı, failin kasta veya taksire dayalı kusurunun yoğunluğu gibi hususlar da dikkate alınmak suretiyle, adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında temel cezanın asgari haddin çok üzerinde tayini (TCK m. 85/2, 62 uyarınca 10 YIL HAPİS)...” 9. CD, 10.7.2008, 2008/2735-8978

“Ölenler ve yaralananları taşıyan araç sürücüsünün de kusurlu bulunduğu trafik kazasından dolayı diğer araç sürücüsü sanık hakkında temel ceza tayin edilirken kanunda sayılanlardan failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi ölçütler hiç dikkate alınmadan, soyut biçimde sanığın kusurunun yoğunluğundan söz edilmek ve ölen kişi sayısınca üç yıl, yaralı sayısınca da birer yıl karşılık tutulmak suretiyle, adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına aykırı biçimde asgari haddin çok üzerinde ceza tayini...” 9. CD, 26.1.2009, 2008/15878, 2009/967 (Bakıcı, 2010: 258)

<sup>970</sup> Bakıcı, 2010: 256

<sup>971</sup> Kohlschütter, 2011: 43

<sup>972</sup> Kohlschütter, 2011: 31

hâkimin, sınırlar içerisindeki haksızlığın ağırlığı konusundaki hareket alanı o kadar daralmaktadır<sup>973</sup>.

Taksirin ağırlığı anlamında, eşlik eden kusur özellikle trafik kazalarında önem kazanmaktadır. Çünkü başka kişilerin, özellikle olayda yaralanan mağdurun da kusuru bulunmakta, mağdurun olaya birlikte neden olmaktadır. Burada, sadece mağdurun veya fail ile birlikte hareket eden kişinin kusuru değil, tamamen olaya yabancı üçüncü şahsın da kusuru söz konusu olabilir. Bu kusur; fiilden önce, fiil sırasında veya fiilden sonra ortaya çıkabilir. Bu şekilde eşlik eden kusurlar sadece cezanın belirlenmesinde etkili olmayacak, hükmün diğer sonuçlarına da etki edecektir. Özellikle, güvenlik tedbirleri ve ek cezaların (StGB m. 47, 56, 57, 59, 60) olayda uygulanmaları açısından önemli olabilecek<sup>974</sup>, hatta ceza vermektен vazgeçme sonucuna kadar götürebilecektir<sup>975</sup>.

Yaralanan kişinin de olayda kusurlu olması, özellikle trafik kazalarında önem arz etmektedir. Bu durumda, cezanın belirlenmesi açısından genel kuralların aksine, eşyanın doğası gereği özel bir tespitin yapılması gerekir. Kazadaki karşılıklı kusurların tartılması önem arz etmektedir. Bu şekilde cezanın belirlenmesi, kusurları karşılıklı olarak ortaya koyacaktır. Burada tazminat hukukunda var olan, kusurun kesirlere ayrılması uygulamasının, cezanın belirlenmesi hukukuna taşınması mümkün değildir<sup>976</sup>. Burada değerlendirme konusu yapılacak olan konu, her ne kadar başkasının kusuru varsa da failin, kazanın gerçekleşmesindeki öngörüsünün hangi düzeyde olduğudur. Failin kazayı öngörüp öngörmediğinin belirlenmesi gerekir<sup>977</sup>.

Daha sonra yaralananın kusurlu olup olmadığı ya da sadece trafik kuralına basit aykırılık içerisinde davranıp davranmadığı belirlenmelidir. Bu şekilde olsa da (mağdur basit kural hatası yapsa bile) failin kusuruna etki etmesi bakımından yeterlidir. Özellikle son dönemde, mağdur küçük çocukların trafik kuralını basit ihlalleri sonucu oluşan kazalar düşünülürse, burada mağdurun yaşı nedeniyle kusur izafe edilememesi buna karşın çocuğun objektif olarak trafik kuralına aykırı davranmış olması, failin kusuru ve cezasının

---

<sup>973</sup> Kohlschütter, 2011: 66

<sup>974</sup> BGH VRS 30, 372; Karlsruhe NJW 1974, 283

<sup>975</sup> Bruns, 1985: 166

<sup>976</sup> Martin, DAR 1963, 188

<sup>977</sup> Bruns, 1985: 166



belirlenmesinde indirim nedeni olarak dikkate alınacaktır<sup>978</sup>. Eşlik eden kusur ya da olaya birlikte neden olma, mağdurdan ya da başka birinden kaynaklansa da failin cezasının belirlenmesinde etkili olacaktır<sup>979</sup>. Aynı sonuç, çocuğu gözetmekle yükümlü olan kişinin kusuru (birlikte neden olması), tren yolu geçidi görevlisi ya da trafik polisinin birlikte kusurları (objektif neden olmaları) açısından da geçerlidir. Bu konu, Federal Mahkemenin, bir kararında<sup>980</sup> öğretici bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu karara konu olayda, iki tramvay çarpışmış ve çoğu yolcu olmak üzere birçok kişi yaralanmıştır. Bu olayda, mahkeme, her iki tramvay sürücüsüne aşırı hızlı gitmeleri nedeniyle kusur izafe ederken, yolcuların trafik kuralları gereğine göre hareket etmemiş olmalarını, sonucu bu şekilde (yaralı sayısının fazla olması) gerçekleşmesine etki eden neden olarak görmüştür<sup>981</sup>.

Temyiz Mahkemesi açısından bakıldığında cezanın belirlenmesinde görülen iki hata; birlikte kusurun izah edilmemesi ve bunun yanlış değerlendirilmesidir. Birinci neden gerekçenin yetersizliğidir. Yerel mahkeme hâkiminin, birlikte kusuru değerlendirip değerlendirmedeği veya cezanın belirlenmesine etkisini ölçüp ölçmediğini ortaya koyması açısından gerekçe önemlidir<sup>982</sup>. Birlikte kusurun, herhangi bir şekilde değerlendirilmesi ve gerekçelendirilerek karara yansıtılmış olması gerekir<sup>983</sup>. İkinci neden ise, olayın birlikte kusur bakış açısından yanlış değerlendirilmesi, cezanın belirlenmesine etkisinin hatalı bir şekilde reddedilmesidir. Burada bir yorum sorusu ile hukuki hata engellenebilir. Başkasının olaya etkisi olmasaydı bile sanığa kazanın meydana gelmesinde kusur yüklenebilir yüklenemeyeceği sorgulanmalıdır. Daha sonra, kazanın diğer tarafına kazada kusur izafesinin mümkün olup olmayacağı araştırılmalıdır. Hâkimin, orantılı ve adil bir ceza belirleyebilmesi için olayda etkili olan her iki tarafın kusurunu karşılıklı olarak ve Alman Ceza Kanunu m. 46/2'de öngörüldüğü gibi doğru bir şekilde tartışması gerekir. Hâkimin bu değerlendirmesi de temyiz denetimine tabidir<sup>984</sup>.

Birlikte kusurun değerlendirilmesi durumunda (Örneğin; karşılıklı kusurlu trafik kazaları), şüphe sanık lehine yorumlanır (in dubio pro reo) ilkesi önemli bir yer tutmaktadır.

<sup>978</sup> RG, HRR 1939, 925, 1274; BGH, VRS 17, 421; 18, 123

<sup>979</sup> BGH DAR 1956, 19, 21

<sup>980</sup> BGH VRS 14, 184

<sup>981</sup> Bruns, 1985: 167

<sup>982</sup> BGH 3, 219

<sup>983</sup> Bruns, 1985: 167

<sup>984</sup> Bruns, 1985: 167

Birlikte kusurun olup olmadığı konusunda şüphe hâsıl olursa<sup>985</sup>, bu şüphe tamamen sanığın lehine yorumlanmalıdır<sup>986</sup>. Trafik kazaları konusunda birlikte kusurla ilgili anlatılanlar, uygulamada, arzu edilen seviyede karşılık bulamamış ve istenilen önemi kazanamamıştır. Kasten yaralama suçunda yaralanan kişinin rızasının bulunması suçun oluşumunu etkilemez. Ancak bu rızanın cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Alkollü olarak bir otomobil yarışına katılan kişinin kazaya karışması durumunda da aynı sonuç geçerli olacak, rızasıyla yarışa katılmış olması cezanın belirlenmesinde değerlendirilecektir<sup>987</sup>.

Yükümlülük ihlalinin derecesi, özellikle failin belirli şekilde davranması gerektiği konusundaki hukuki yükümlülüklerini ihlal ettiği (ihmali) suçlar açısından cezanın belirlenmesinde önemli ve ağırlığı olan bir kriterdir. Yükümlülük ihlali zaten suçun unsuru niteliğinde olduğundan tek başına cezanın belirlenmesinde etkili olamayacaktır. Ancak yükümlülük ihlalinin derecesi cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır<sup>988</sup>. İnşaatta meydana gelen iş kazası sonucu ölüm olayında (taksirle ölüme neden olma suçu) sorumlu kişinin güvenlik kurallarını objektif ve sübjektif olarak hangi derecede ihlal ettiği önemlidir. Trafik kazası sonucunda ölüm meydana gelmesi durumunda (taksirle ölüme neden olma suçu) failin hız sınırını ne kadar aştığı, hız sınırının az üstünde mi seyrettiği, yoksa çok daha yüksek bir hızla mı seyrettiği değerlendirilecektir. Özellikle trafik ışıklarının olduğu kavşaklarda bu çok belirleyici olmaktadır<sup>989</sup>.

İçtihatlar göre, mesleki yükümlülükler, suç ile doğrudan ilgili oldukları sürece (özellikle mesleki konumun, hukuki değer korunmasıyla ilgili yükler getirmesi durumunda), cezanın belirlenmesinde önemli olmaktadır<sup>990</sup>. Federal Mahkeme, bir ilaç nedeniyle kişinin ölümü olayında, eczacının mesleki yükümlülüğü dâhilinde olmadığından bahisle, taksirle öldürmede sorumlu olmadığına karar vermiştir<sup>991</sup>. Bu içtihatlar gayet açıktır, zira mesleki veya daha başka nedenlerle, failin tehlikeliliği konusunda daha fazla bilgiye sahip olan kişinin (Örneğin; bir eğitimci veya doktorun, cinsel istismarın çocukların gelişimi üzerindeki etkisini bilmesi gibi.) yükümlülük ihlali çok yüksek düzeyde iken, bu bilgiye sahip olmayan kişinin

---

<sup>985</sup> BGH, VRS 5, 291

<sup>986</sup> Bruns, 1985: 168

<sup>987</sup> Bruns, 1985: 169

<sup>988</sup> BGHSt 49, 1(7)

<sup>989</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 114

<sup>990</sup> BGH NJW 2000, 154; NSStZ 1981, 258; StV 1987, 88; wistra 1982, 65

<sup>991</sup> BGHR StGB m. 46/2 Lebensumstaende 19.

yükümlülük ihlali düşük seviyede olacaktır<sup>992</sup>. Bu bilgi, özel bir eylemin gerçekleştirilmesi durumunda değerlendirme dışında tutulamayacaktır<sup>993</sup>.

Bu içtihatlar göre, mesleki konum (Örneğin; bir avukatın müvekkilini dolandırması<sup>994</sup> veya avukatın mesleğinden doğan haklarını kötüye kullanarak bir başka suçu işlemesi<sup>995</sup>) cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Ancak avukatın, bir hisseli komandit şirketin ortağı olarak dolandırıcılık suçunu işlemesi veya sıradan bir trafik suçu işlemesi durumunda mesleki konumu cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>996</sup>. Bir polisin fuhuş, yağma veya şantaj suçunu işlemesi durumunda mesleğinin cezanın belirlenmesinde nitelikli hal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği<sup>997</sup> konusu tartışmalıdır. Bir doktor veya öğretmenin cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda, bu eylemin mesleki ilişkiler vasıtasıyla mı yoksa bundan bağımsız olarak mı gerçekleştirdikleri önemlidir<sup>998</sup>.

Yabancılar açısından yükümlülük değerlendirmesi yapılırken vatandaşa kıyasla daha esnek davranılmalıdır. Yabancı olmak, yükümlülükler ihlali bakımından cezanın artırılması nedeni olarak görülemez. Federal Mahkemenin, yabancıların başka bir etken olmaksızın, misafirlikten dolayı bilmemeleri nedeniyle, yükümlülük ihlallerini hoş gören kararları mevcuttur<sup>999</sup>. Bu durum yabancı olmakla ilgili olmayan (Örneğin; Almanya'da daha az ceza verildiği için uyuşturucu ticaretini bu ülkede yapmak gibi) suçlarda, cezanın artırılması nedeni olarak kabule engel değildir<sup>1000</sup>. Yabancılar için bazen tersi bir durum söz konusudur. Farklı bir kültürel çevreden gelmiş olmak, cezanın azaltılması nedeni olarak görülebilir. Burada etkili olan ise yabancı kişinin somut olarak farklı bir hukuk sistemini karşısında bulmuş olmasıdır<sup>1001</sup>. Başka bir deyişle kişinin Almanya'da uzun süre yaşamaması, bu ülkedeki hukuksal durumu kavrayabilecek zamana sahip olmamasıdır<sup>1002</sup>.

<sup>992</sup> Frisch NSTZ 1987, 406

<sup>993</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 114

<sup>994</sup> BGH NSTZ 1987, 406

<sup>995</sup> BGH NSTZ 1988, 126

<sup>996</sup> Hanack NJW 1972, 2228

<sup>997</sup> BGH StV 1987, 387

<sup>998</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 115

<sup>999</sup> BGH NSTZ 1993, 337

<sup>1000</sup> BGH NSTZ 1993, 337 aksi kanaatte Wolfslast

<sup>1001</sup> BGH NSTZ 1993, 337

<sup>1002</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 115

### ddd. Failin Saiki

Saik<sup>1003</sup>; insan davranışının kast veya taksirden önce gelen, özellikle hareketi iyi veya kötü olarak değerlendirmek için önemli olan psişik neden, başka bir deyişle bireyi harekete geçiren zemberek, itici güçtür. Saik, intikam, kıskançlık, sadizm, şeref, açgözlülük, korunma duygusu, aşk, vatanseverlik gibi psikolojinin duygulanım kategorisinde topladığı fiillerden, başka bir deyişle dürtü, içgüdü ve duygulardan ibarettir<sup>1004</sup>.

Her zaman için geçmişe yönelik bir etken olan saik, kasta bir yerde yön veren ve onu canlandıran husustur. Her cezai müeyyideyi failin kişiliğine uydurmaya çalışan bir ceza hukuku, faildeki suç işleme eğilimini yansıtan saiki dikkate almıyorum diyemez. Saik, hem kusurluluğun hem de cezanın miktarının somut olarak belirlenmesinde dikkate alınması zorunlu olan, suçlunun moral kişiliğine ilişkin hükmü etkilemektedir. Çaldıklarını fakirlere dağıtmak için hırsızlık yapan kişi ile yaz tatilini deniz kıyısında geçirebilmek için hırsızlık yapan kişinin maddi yönden aynı durumda oldukları iddia edilse bile moral yönden birbirinden çok farklıdır<sup>1005</sup>.

Saik, bilinçli veya bilinçsiz olabilir. Kişi asıl saikini maskeleyebilir. Erem'e göre, suçun gerçek nedenini, failin bile farkında olmadığı derin saik oluşturmaktadır. Bunlar analiz edilmeden gerçek adalet sağlanamaz. Bu nedenle psikanalizm, ceza ve ceza usul hukukuna girmelidir<sup>1006</sup>.

İnsan duygularının çeşitliliği dikkate alındığında, bunlar hakkında kesin sınıflandırmalar yapılamayacağı ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte genel bir değerlendirme yapılacak olursa, ruhun önemli bir alçaklığını, sapıklığını veya ahlaksızlığını ifade eden ve insanda nefret, tiksinti uyandıran (Örneğin; para karşılığında eşinin başkasıyla ilişkide bulunmasına rıza gösteren kimsenin durumu gibi.) durumlar cezanın belirlenmesinde, saik anlamında dikkate alınabilecektir. Anlamsız, değersiz ve oransız (Örneğin; sadece başkalarının kötülüğünden haz almak, suçla övünmek veya kabadayılık için suç işlenmesi gibi) saikler da cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Ancak burada belirtmek

<sup>1003</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, Haluk, "Temel Cezanın Belirlenmesinde Saik ve Amaç", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008 s. 697-703; ayrıca 12.11.1996 tarih ve 206/215 sayılı YCGK Kararındaki Sami Selçuk'un karşı oy yazısı ve Selçuk Sami, "Kavramlar Adlandırmalar ve Kararlar", Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 1993.

<sup>1004</sup> Toroslu, 2008: 698

<sup>1005</sup> Toroslu, 2008: 699

<sup>1006</sup> Erem, 1995: 479

gerekir ki, failin saiki veya amacı kanunda suçun bir kurucu unsuru veya suça etki eden bir neden olarak öngörülmüş olmamalıdır. Kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmesi durumunda durum böyledir. Saik bu şekilde bir unsur ya da suça etki eden bir neden olarak öngörülmüş değilse hâkim, failde bulunan saikin sosyal ve ahlaki değerini (veya değersizliğini) temel cezayı belirlerken dikkate alabilecektir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1007</sup>. Kasten yaralama suçunun kan gütme veya töre saikiyle işlenmesi, eziyet etmek amacıyla kasten yaralama fiilinin gerçekleştirilmesi halleri, kanun koyucu tarafından suçun nitelikli şekilleri arasında düzenlenmediğinden, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecektir<sup>1008</sup>.

İtalyan temyiz mahkemesi saikin, faildeki derin saplantıları ve ahlaki bozuklukları ortaya koyması ve ortalama düzeyde bir ahlak anlayışına sahip her insanda tiksinti uyandırması durumunda kötü olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Bu anlamda; eşin, başka bir kadınla bir araya gelebilmek için öldürülmesi, zorla fuhuş yaptırılan kadına elde edilen gelirden yoksun kalmamak amacıyla şiddet uygulanması, intikam amacıyla kendi aleyhinde ifade vermiş olan bir tanığın öldürülmesi durumunda, kötü saikin varlığını hükmedilmiştir<sup>1009</sup>.

Saikin temel cezanın belirlenmesinde failin lehine etki etmesi de mümkündür. Tarihin belirli dönemlerinde toplumun ahlaki bilinci tarafından kabul görmüş olan saiklerin, sosyal ve ahlaki yönden değerli oldukları ve bu nedenle hâkim tarafından, temel cezanın belirlenmesinde fail lehine bir konu olarak dikkate alındıkları söylenebilir. Örneğin; bir kimsenin, suç işleyeceğinden emin olduğu bir yakınının suç işlemesini önlemek için, o suçu işlemiş gibi yetkili makamlara ihbar etmesi durumunda iftira suçu gerçekleşecektir. Ancak saikin, hem sanık hem de toplum açısından yararlı olmadığı söylenemez. Milano İstinaf Mahkemesi bir kararında, kadavradan arta kalanların, üzerinde çalışma yapmak amacıyla çalınmasında, toplum tarafından kabul görebilecek bir saikin varlığına hükmetmiştir<sup>1010</sup>.

TCK'nın 77. maddesinde düzenlenmiş olan insanlığa karşı suçta “*Aşağıdaki fiillerin (kasten yaralama, kasten öldürme vs.), siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle...*” işlenmesi demek suretiyle failin belli saiki taşımasını suçun unsuru olarak düzenlemiştir. Yine TCK'nın

---

<sup>1007</sup> Toroslu, 2008: 700

<sup>1008</sup> Bakıcı, 2010: 259

<sup>1009</sup> Toroslu, 2008: 701

<sup>1010</sup> Toroslu, 2008: 701

82/1-j. maddesinde düzenlenmiş olan “*kasten öldürme suçunun töre veya kan gütme saikiyle işlenmiş olması*” suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu durumlarda maddelerde belirtilen saikler temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak alınamayacaktır.

Haksız tahrik oluşturan bir davranışın meydana getirdiği hiddetin etkisi altına ve bu saikle suç işlenmesi halinde, mahkeme eğer haksız tahrik nedeniyle cezada bir indirim uygulayacaksa çifte değerlendirme yasağını ihlal etmemek adına bu konunun artık saik kriteri içerisinde temel cezanın belirlenmesinde değil, haksız tahrik uygulamasının yapılması esnasında değerlendirilmesi gerekir. Bu kriterin uygulanmasıyla ilgili olarak YCGK bir kararında “suçun işlenmesindeki neden 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 de görülmeyerek takdiren alt sınırdan hüküm kurulmuş olup, takdirde yanılığa, çelişkiye ve zafiyete düşülmemiştir<sup>1011</sup>”, demiştir. Bu olayda bir haksız tahrik hali söz konusu olduğundan temel ceza belirlendikten sonra bunun haksız tahrik hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkeme haksız tahriki göz önünde bulundurmuş ise, kararda belirtilen konuların dikkate alınması çifte değerlendirme yasağını ihlal etmiş olacaktır<sup>1012</sup>.

Alman Hukuku’na göre kasten öldürme, eğer Ceza Kanunu’nun 211. maddesindeki nitelikler varsa, bir cinayet suçudur. Bu cinayet suçunun nitelikli hallerinden biri de, eylemin pek aşağı derecedeki saikle (niedrige Beweggründe) işlenmiş olmasıdır. Pek aşağı saikler genel ahlak gereklerine göre, hiç olmayan veya en alt derecede bulunan değerlerdir. Alman hukuk anlayışına göre adam öldürme eylemlerinde fail, “kişisel ve aile namusunu temizlemek için hukuk düzeninin üzerinde ve bir başkası için kendisinden ve ailesinden verilen bir ölüm emrini aynı zamanda infaz da ediyorsa bu, özellikle reddedilen ve sosyal bakımdan acımasızca bir eylem olarak kabul edilmektedir<sup>1013</sup>.” Bu eylem, devletin güç kullanma tekelinin üstüne çıkmak, Anayasa’nın 102. maddesinde ölüm cezasının yasaklanmasıyla güvenceye alınan, bütün insanların kayıtsız-şartsız yaşama hakkını çiğnemek ve neden eylem

<sup>1011</sup> CGK, 23.6.1998 tarih ve 1-149/235 sayılı Kararı (Taşdemir/Özkepir, 1999: 65)

<sup>1012</sup> Özbek vd, 2010: 609; Doğan, 2007: 285

<sup>1013</sup> BGH StV 208-209

arasında kabul edilemez bir kötü ilişki kurmak (somut olayda namusa karşı yaşam hakkı) anlamlarına gelmektedir<sup>1014</sup>.

Federal Mahkeme daha önceki içtihatlarında bir yabancı failin kendi ülkesindeki değer yargularına saygı gösterilmesi saikini (Alman toplumu için), aşağı sayılan derecede olsa bile, eylem ile bu değerler arasında bir bağlantı kurulmasını öngörmüştür. Bazı mahkemelerin bugün bile bu görüşe bir ölçüde eğilimle yaklaştıkları anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme görüşünü değiştirdiği yeni içtihatlarına göre, aşağı saiklerin varlığını objektif olarak saptamada, Alman Hukuku'na aykırı ve bir “yabancı halk grubunun Alman toplumunun hukuk ve ahlaki değerlerine uymayan görüşlerine itibar etmeden hareket edilmelidir<sup>1015</sup>.” Namus cinayetlerinde pek aşağı derecedeki saiklerin varlığı, objektif olarak kabul edilebilir. İkinci adım olarak yabancı failin, saiklerin pek aşağı olduğu ortamı kabul edip etmediği, tanıyıp tanımadığı ve anlayıp anlamadığı saptanmalıdır<sup>1016</sup>.

Failin aşağı ve kabul edilemez eylem dürtüleri (die nidrigen Handlungstriebe) sadece bilinçaltında bulunmamalı, sorumluluk ilkesinden doğan yükün de bilincinde olmalıdır. Ayrıca fail duygusal coşkularına düşünceleri ile hâkim olmak ve iradesine göre davranmak durumunda olmalıdır. Başka bir deyişle bu söylenen ölçüler içinde hareket etmiş bulunmalıdır. “Eğer fail genel anlayış ile çelişki içinde olduğu halde ve buna karşın tutumunda ısrar edip ayak direrse”, öç alma duygularına tutulmak ilke olarak saiki indirim olarak kabul edilemez. Fail yıllarca Almanya'da yaşamışsa ilke olarak onun Almanya'da hukuka bağlı olarak yaşayan toplumun<sup>1017</sup>, kendi davranış saikini alçaltıcı olarak değerlendireceğini bilmesi beklenir<sup>1018</sup>.

<sup>1014</sup> Tellenbach, 2009: 302

<sup>1015</sup> BGH StV 1996, 208-209; BGH NStZ 1001, 911-919

<sup>1016</sup> Tellenbach, 2009: 302

<sup>1017</sup> Alman mahkemeleri, bir yabancı failin aşağı ve kabul edilmez derecedeki saiklerin varlığını bilip bilmediğini saptama konusunda sert ölçüler koymaktadırlar. Örneğin, Maktul A, bir Türk ailesinin Almanya'da doğup büyüyen kızıdır. A, küçük bir Anadolu köyünde yetişen ve Almanya'ya gelen kuzeni B ile evlendirilmiştir. Birkaç ay sonra eşinden sürekli itaat isteyen B'nin A'yı kontrol etmesi ve kötü davranışları nedeniyle evlilik dayanılmaz bir durum aldı. A, boşanmak istedi ve bu nedenle B'nin süresi dolan oturma izninin uzatılmasında yardımcı olmayı reddetti. B, bu davranışı onur kırıcı buldu ve yeni bir kavga sırasında B, karısı A'yı bıçaklayarak öldürdü, aşağı ve kabul edilmez saiklerle cinayet işlediği gerekçesiyle mahkum edildi. Mahkeme kararında şu gerekçeye dayanmıştır: B, karısının davranışı ile onurunun zedelendiğini hissetmişti, bu yüzden onu öldürdü. Ancak B'nin (aile üyeleri) Almanya'da karısını itaate zorlayamayacağını olaydan önce ihtar ettiğini, B'nin ayrıca suçunu örtmeye giriştiğini mahkeme saptamıştı. Bu noktadan hareketle Mahkeme failin eyleminin hiç olmazsa Alman hukukunda ağır bir suç sayılacağını bilmesi –hem de çok iyi bilmesi- gerektiğini kabul etmişti. Failin bu kaniya katılmamasının hiçbir değeri yoktu. BGH 2. StS 18.1.2004 tarihli kararı AZ 1 StR 181/04

<sup>1018</sup> Tellenbach, 2009: 303.

Alman Hukuku'na göre, Almanya'da suç işleyen yabancılar için geçerli de olsa, öyle bir faile ceza takdir edilirken, suçluluk çerçevesini saptamak yolunda, onun kendi değerlerini de dikkate almak gerekir. Federal Mahkemeye göre, böyle birinin değer yargıları onun bir Alman normuna uymasını zorlaştıracaktır. Bunun için her olay ayrı değerlendirilmelidir. İlk önce şu saptanmalıdır: yabancı bir davranış örneği, kişinin ülkesi mevzuatı ile uyum sağlasa bile (hukuka uygunluk sebebi olarak değil), sadece cezayı indiren bir neden olarak görmek gerekir<sup>1019</sup>. Kişinin ülkesindeki bir geleneksel davranışa uyma söz konusu olsa bile, bu durum, o kişinin devletindeki hukuk ile çatışıyor, o zaman cezanın hafifletilmesi de söz konusu olamayacaktır<sup>1020</sup>.

Saik ile ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir husus ise özel kasttır. 5237 sayılı TCK açısından, özel kastın kanunda açıkça düzenlenmediği, hatta özel kastın bir kast türü olmadığı ileri sürülmekte, özel kastın, saik ile eşdeğerde veya saikin içinde kabul edilmesi halinde temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Aksi halde saik, unsur veya nitelikli hal olarak düzenlenmişse, çifte değerlendirme yasağı gereğince temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağı açıklanmıştır. Ancak cinsel saldırının vücuda organ sokulması, suçun mafyanın korkutucu etkisini göstermek amacıyla işlenmesi gibi durumlarda temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı fikri savunulmuştur<sup>1021</sup>. Kanaatimizce, saikin unsur ya da nitelikli hal olduğu durumlarda çifte değerlendirme yasağı gereği bu durumlar, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Saikin kastın bir türü olarak kabul edilmesi durumunda bile, cezanın belirlenmesinde etkili olacağı gerçektir. Zira basit kast bile derecelendirildiğinde, saikin cezanın belirlenmesine etkisi yadsınamaz. Ancak verilen örnekteki cinsel saldırı suçunda organ sokulması, failin saiki ile ilintili değil, suçun işleniş şekli anlamında değerlendirilebilecektir.

<sup>1019</sup> Almanya'da evlilikte rıza dışı cinsel ilişki kurmak suçtur. (AlCK m. 177) (1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 102/2'ye göre şikayete bağlı bir suçtur.) Buna karşılık İslam hukukunda evlilik içi cinsel ilişki nikâh sözleşmesinin temelidir. Bir kadın kocasını hukuken geçerli bir neden olmaksızın reddederse bu sözleşmeye aykırı davranmış olur. Bu durumda Müslüman bir erkeğin karısını zorlayabileceği sonucu çıkarılır. Federal Mahkeme bu konuda şöyle bir karara vardı: Suçun yasal unsurlarında bir hata söz konusu değildi. Mağdur, olayda başka kişi olarak tavsif edilmiştir. Bu tavsif olası bir hukuki hata olarak değerlendirilmemiştir, zira söz konusu olan, 30 yıldır Almanya'da yaşayan bir çifttir. Buna karşın Federal Mahkeme evli çiftin durumuna ceza takdirinde dikkat etmiştir. Mahkeme cezayı, fail İslam kültürü çerçevesinden geldiği için hafifletmişti (Türk hukuk sistemi İslami olmasa da), zira geleneksel olarak kadının erkeğin altında olduğu ve yine kadının bu nedenle kocaya itaat etmesi anlayışına sahiptir ve bu nedenle suçu işlerken bunu kendisi için pek o kadar önemli bir engel kabul etmemiştir. BGH StV 2002, 21-22; Tellenbach, 2009: 305

<sup>1020</sup> Tellenbach, 2009: 305

<sup>1021</sup> Özen, 2009: 92



Alman Ceza Hukukunda da, saik ve amaç, cezanın belirlenmesinde rol alan önemli faktörlerdir. Bu durum kanun koyucunun öldürme suçlarıyla ilgili düzenlediği Alman Ceza Kanunu m. 211-213 arasındaki değerlendirmelerinde kendini göstermektedir. Saik, bir taraftan cezanın azaltılmasını gerektiren bir neden olurken (Örneğin; failin tahrik edilmesi üzerine öldürme durumunda, cezayı azaltan nitelikli hal sayılarak, 10 yıla kadar hapis) tam tersine cezanın artırılmasını da gerektirebilir (Örneğin; işlenmiş olan bir suçu gizlemek için kasten öldürme durumunda nitelikli ağırlatıcı hal sayılarak, müebbet hapis). Kanundaki bu örnekler, saikin şiddeti ve türünün cezanın miktarında önemli bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Saik ne kadar kuvvetli olursa, cezanın belirlenmesine etkisi de o kadar fazla olacaktır<sup>1022</sup>.

Saikin, cezanın belirlenmesindeki önemi aşağıdaki örnekte daha net ortaya çıkacaktır. Dolandırıcılık suçunu, ekonomik hayatını daha güzelleştirip zenginleştirmek için işleyen kişiyle, borca batık olması nedeniyle, işletmesinin mallarını korumak, personel giderlerini karşılamak, borçlarını ödeme yetisini kurtarmak amacıyla yapan kişi arasında fark çok açıktır. Mala karşı işlenen suçlarda, failin sadece kendi menfaati için mi yoksa belirli bir ekonomik zorluk ve yokluk nedeniyle mi hareket ettiğine bakılır. Failin sadece zenginleşme amacıyla hareket etmesi ya da tam tersine, geçimini sağlamak amacıyla hareket etmesi cezanın belirlenmesi açısından önemlidir<sup>1023</sup>. Aynı sonuç, vergi kaçakçılığı suçları açısından da geçerlidir. Uyuşturucu kaçakçılığı suçlarında da, failin kazanç sağlama amacı ile kendisinin uyuşturucu bağımlısı olması nedeniyle bunu yapması arasında fark vardır. Çifte değerlendirme yasağına burada daha fazla dikkat edilmesi gerekir. Suçun unsurları arasında bulunan saik cezanın belirlenmesinde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Örneğin; uyuşturucu ticaretinde kazanç sağlama amacı, dolandırıcılık ve şantaj suçlarında zenginleşme amacı, özellikle bu suçlarda suçun unsurlarına ait olmayan ve derecelendirilebilecek para hırsı, bu anlamda etkilidir<sup>1024</sup>.

### eee. Failin Güttüğü Amaç

Amaç, failin suçu işleyerek gerçekleştirmeye çalıştığı sonuçtur. Saikten farklı olarak amaç, takip edilmesi gereken bir sonucun (Örneğin; bir ihtiyacın tatmininin sağlanması) bilinmesinden, tasavvur edilmesinden ibaret olduğu için, daima bilinme özelliğine sahiptir,

<sup>1022</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 110

<sup>1023</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 110

<sup>1024</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 110

başka bir deyişle bilinçlidir. Saik ise, ancak bilinçli olduğunda amaçla çakışır. Kan gütme saikiyle öldürme suçunda saik, “kan gütme” (kan davasını sürdürme), amaç ise öldürmektir. Amaç tipik neticeyi gerçekleştirmek ise, bu konu failin amacı olarak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>1025</sup>. Zira bu sonuç, suç sebebiyle görülen zararlar ilişkili olduğu için, kanun koyucu tarafından soyut ceza belirlenirken değerlendirilmektedir<sup>1026</sup>.

Kanun koyucu, failin amacını, manevi unsurun parçası olarak da öngörmüş olabilir. Suçun gerçekleşmesi için fiilin bilinçli ve iradi olarak işlenmesinin ötesinde, failin suçu belli bir amaçla işlemiş olması gerekli olduğunda, özel kast söz konusu olacak ve amaç, manevi unsurun bir parçası haline gelecektir. Örneğin; hırsızlık suçunda, başkasına ait taşınır mal yararlanmak amacıyla bulunduğu yerden alınmalıdır, aksi halde hırsızlıktan söz edilemez. İşte böyle bir durumda da amacın temel ceza belirlenirken bir kez daha değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak failin amacı sadece kanuni tanımda belirlenmiş olan tipik sonucu gerçekleştirmek olmayabilir<sup>1027</sup>.

Failin amacı ve hareketin amacı ayrımı da yapılmaktadır. Amacı, failin iradesi tarafından hedef alınmış olan bir sonuç olarak anlayacak olursak, bu amacın kanun tarafından belirli bir davranışın özelliği olarak gösterilmiş ve ilgili tanımda belirtilmiş olmasına veya onun neden ibaret olduğu tanımlanmaksızın hukuken önemli kabul edilmiş olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Amaç kanun tarafından belirli bir davranışı gerçekleştiren kimsenin iradesinin yöneldiği hedef olarak tanımlandığında, bu davranışa bağlıdır ve hareketin amacı olduğu söylenebilir. Oysa amaç kanun tarafından tanımlanmadığında, sadece değeri itibarıyla dikkate alındığında belirli bir hareket ve ihmal ile hiçbir ilişkisi kalmaz ve failin amacı olarak adlandırılabilir. Hareketin amacı, hedef alınan fiili gerçekleştirmek arzusunu içerir ve bu itibarla kanun tarafından suçun varlığının esaslı unsuru olarak öngörüldüğünde doğrudan kast ile örtüşür ve dolaylı veya muhtemel kasttan ayrılır. Failin nihai amacı ise, söz konusu suça ilişkin hareketin gerçekleştirilmesiyle tam olarak tatmin edilmiş olan amaçtır. Hareketin amacı nihai amaçla çakışabilirse de sadece onun aracıdır<sup>1028</sup>.

<sup>1025</sup> Toroslu, 2008: 702

<sup>1026</sup> Cezanın soyut belirlenmesi sırasında kanun koyucu tarafından dikkate alınan hususların tamamının bir daha somut ceza belirlenirken hesaba katılmaması gerektiği şeklinde bir fikir ileri sürülemez. Zaten bir suç için kanunun belli ceza öngörürken dikkate aldığı konular somut ceza belirlenirken dikkate alınan kriterlerden ve somut cezanın belirlenmesi ilkelerinden farklı şeyler değildir.

<sup>1027</sup> Toroslu, 2008: 702

<sup>1028</sup> Toroslu, 2008: 702

Dönmezer/Erman'a göre ise, failin gerçekleştirmek için harekete geçmiş olduğu sonuç onun amacını teşkil etmektedir. Amaç tipik sonucu ifade eder. Fakat bazı durumlarda fail kanuni tarifin ötesinde bir yararı elde etmek isteyebilir. Örneğin; A'nın iade etmediği bir belgeyi elde etmek için bu belgenin içinde bulunduğu para cüzdanını ele geçirmek isteyen B'nin, A'yı öldürmesi olayında, belgenin elde edilmesi saik, para cüzdanının ve vesikanın ele geçirilmesi amaç, A'nın öldürülmesi ise maksattır<sup>1029</sup>.

İşte failin suçu, tipik neticenin dışında, daha ötesinde başka bir amacı gerçekleştirmek için işlediği durumlarda, o amaç temel ceza belirlenirken dikkate alınabilir. Örneğin; kısa zamanda çok para kazanmış olmasını kışkırdığı rakibini zarara sokmak isteyen iş adamı, rakibinin sahip olduğu depodaki bütün malları tahrip ederse, böyle bir durumda saik kıskançlık, amaç ise mallara zarar vererek mağduru zarara uğratmaktır. Malların tahrip edilmesi TCK'nın 151. maddesinde düzenlenmiş olan mala zarar verme suçunun tipik sonucu olduğundan, mala zarar verme amacı temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte rakibini zarara sokma amacı temel ceza belirlenirken hâkimin takdirine göre fail aleyhine bir konu olarak dikkate alınabilir<sup>1030</sup>. Kanaatimizce burada zarara sokma amacı temel ceza belirlenirken dikkate alınamayacaktır. Çünkü zarar meydana gelmesi bu suç açısından unsurdur ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınması çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelecektir. Örnek biraz değiştirilirse failin, rakibinin bütün mallarını tahrip etmesi, onu iflas ettirmek amacına özgülendiği takdirde, failin amacı cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Somut örnekte, mağdurun tüm mallarına zarar verilmesi meydana gelen zararın ağırlığı kriterine göre temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma nedeni olabilecektir.

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 gösterecektir<sup>1031</sup>. Kanaatimizce, faildeki suç işleme eğilimi ve failin tehlikelilik hali, temel cezanın belirlenmesinde kullanılacak 61/1. maddesindeki kriterlerinden olmadığı için hâkim, cezayı belirlerken bu durumu göz önünde

<sup>1029</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 224

<sup>1030</sup> Toroslu, 2008: 702-703

<sup>1031</sup> Toroslu, 2008: 703

bulunduramayacaktır. Suç işleme eğilimi ve tehlikelilik hali, TCK'nın 50. maddesi anlamında kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde ya da TCK'nın 51. maddesi hükmüne göre hapis cezasının ertelenmesinde dikkate alınabilecek konulardır.

Faili suça iten saik veya güdülen amaç çok çeşitlidir. Örneğin; zengin olma tutkusu ile dolandırıcılık suçu işlenmesi veya cimrilik saikiyle güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi durumlarında saik, temel cezayı belirleyici olabilir. Bu belirleme, her somut olayda hâkim tarafından özenle yapılmalıdır. Her suçta, temel cezanın belirlenmesinde etken olacak bir amaç ve saik bulunmayabilir. Kriter alınacak amaç ya da saik, dosyadaki delillere dayalı, oluşa uygun, akıl ve mantık kurallarına göre kabul edilebilir olmalıdır. Çifte değerlendirme yasağının ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir<sup>1032</sup>.

### e. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Etkisi

#### aa. Genel Olarak

Bir suç için kanunda belirlenmiş olan seçimlik cezalardan birini seçen, alt ve üst sınırlar arasında basamaklı olarak düzenlenmiş olan temel cezayı 61. maddedeki kriterleri kullanmak suretiyle tespit eden yerel mahkeme hâkimi, bu ceza üzerinden bilinçli taksirden dolayı artırımı, olası kast nedeniyle indirim; suça etki eden nedenler açısından artırımı ve indirim; daha sonra da TCK'nın 61/5. maddesinde belirtilen cezaya etki eden nedenleri, yine aynı fıkradaki sıraya göre uygulayacaktır.

Kanun koyucu, 765 sayılı TCK'da genel hüküm olarak bulunmayan olası kast ile 765 sayılı TCK'ya 2003 yılında eklenen bilinçli taksiri, 5237 sayılı TCK'da açık bir şekilde düzenlemiştir<sup>1033</sup>. Bu kurumlar TCK'nın 61/2. maddesi hükmüne göre sonuç cezanın belirlenmesinde etkili hale getirilmiştir<sup>1034</sup>. Hâkim, TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterleri göz

<sup>1032</sup> “Babası ve üvey annesiyle seyahat ederken, meydana gelen aile içi acı ve üzüntüye yol açması kaçınılmaz olan olayda, sanık için başka olumsuz bir saiktan söz edilmemesi ve ailevi yıkım oluşturması gerçeğine karşın, (hadi canım sende) saikinden cezanın teşdiden uygulanması...”, Yar. 2.CD. T.18.04.1996, E.1996/3853, K.1996/4480, YKD. 1996-12-1936.

<sup>1033</sup> Bilinçli taksir, 765 sayılı TCK'ya 08.01.2003 tarih ve 4785 sayılı yasayla girmiş olup “Failin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi durumunda bilinçli taksir vardır; bu halde ceza üçte bir oranında artırılır” şeklinde tanımlanmıştır (TCK m. 453). 765 sayılı TCK'da olası kast ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak bu kavram “dolaylı kast”, “gayrimuayyen kast” adları altında yargı kararlarıyla yerleşmiştir: YCGK. T.09.07.2002, E.2002/3-197, K.2002/288, YKD. 2002-11-1715

<sup>1034</sup> Uygulamada, kırmızı ışıktaki, 120 km süratle yaya çarpan sürücü ile inşaat girişinde zincir olduğunu bilen motosiklet sürücüsünün buna karşın zincire takılarak ölmesindeki inşaat sorumlusunun tali kusuru arasında ceza belirleme açısından gerekli adaletin sağlanamaması nedeniyle olacak ki; kanun koyucu bu manevi unsurların derecelendirilmesine ve cezanın buna göre artırılıp indirilmesi düzenlemesine gerek görmüştür.

önünde bulundurarak temel cezayı tayin ettikten sonra olayda var ise bilinçli taksir ve olası kast nedeniyle artırım ve indirimleri bu temel cezaya uygulayacaktır.

Öğretide olası kast ve bilinçli taksirin de aslında “kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı” kriteri içerisinde değerlendirilebileceği savunulmuştur. Bu fikre göre; bu nedenlerin “kusurun ağırlığı kriteri” içerisinde değerlendirilmeleri, aslında işin özü gereği zorunluluk olarak da görülebilir. Zira kast ve taksir suçun manevi unsuru olmaları nedeniyle suçun temel şekli için öngörülmüş olan ceza, bu anlamda bu manevi unsurları da karşılamaktadır<sup>1035</sup>. Kanunda açıkça belirtilerek olası kast ve bilinçli taksirin cezanın belirlenmesinde etkisi ve sırası düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme karşısında artık sıralama, temel cezanın tayininden sonra olası kast etkisinin yansıtılması şeklinde olacaktır. Suçun temel unsuru olması nedeniyle, suça ve cezaya etki eden bütün nedenlerden önce uygulanması, sıralamada herhangi bir değişikliğe neden olduğu şeklinde değerlendirilemez. Burada, hâkime daha önemli bir görev düşmektedir ki o da; taksir ve kastı derecelendirmede daha hassas davranmasıdır. Olası kast ve bilinçli taksirin etkisinin ortaya konarak, cezada artırım ve indirim yapılmasının aslında temel cezanın belirlenmesi aşaması olduğu, bu aşamada da TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur<sup>1036</sup>. Gerçekte de olası kast, kastın; bilinçli taksir de taksirin bir türü olmaları nedeniyle TCK’da böyle bir hükme ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak kanun koyucunun bilinçli taksirin kanun metninde bulunması konusundaki ısrarı olası kastın da kanunda düzenlenmesi gereğini ortaya koymuştur<sup>1037</sup>. Olası kast ve bilinçli taksirin kabul edilmediği bir sistemde ise, bu konular işin doğası gereği temel ceza belirlenirken kast ve taksir kavramı içerisinde değerlendirilecektir<sup>1038</sup>.

İştirak ettiğimiz diğer bir görüşe göre; kusur, 5237 sayılı TCK’nın sisteminde işlenen fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili değildir. Kast ve taksir, fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, yeni kanunun sisteminde kast ve taksir, bir kusurluluk şekli değil, suç teşkil eden haksızlığın gerçekleştiriliş biçiminden ibarettir. Dolayısıyla kast ve taksir bir fiilin haksızlık (suç) teşkil edebilmesi için bulunması gereken bir unsur oluştururken kusurluluk, ancak haksızlık teşkil eden bir fiilin; başka bir deyişle bütün

<sup>1035</sup> Toroslu, 2010: 189; Malkoç, 2008: 498

<sup>1036</sup> Malkoç, 2008: 498

<sup>1037</sup> Özgenç, 2012: 261

<sup>1038</sup> Toroslu, 2010: 189

unsurlarıyla oluşmuş bir suçun varlığından sonra devreye giren, failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınama yargısına tabi tutulabilmesini sağlayan bir konuyu oluşturmaktadır. “Kusur, işlediği haksızlık nedeniyle fail hakkında yapılan bir muaheze yargısını oluşturmakta, bu değerlendirme yargısının konusunu ise ancak failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği bir haksızlık oluşturmaktadır.” Dolayısıyla kasten veya taksirle işlenen haksızlık, kusur yargısının temelini teşkil etmekte, kusur kasten veya taksirle işlenen haksızlığa dayanmaktadır<sup>1039</sup>.

### **bb. Olası Kast**

Suçun manevi unsuruna ilişkin bir kavram olan kastın özel bir biçimi olan “olası kast”, TCK’nın 21/1. maddesinde “*kişinin suçun tanımındaki kanuni unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine karşın, fiili işlemesi durumunda olası kast vardır*”, şeklinde tanımlanmıştır<sup>1040</sup>.

Fail, kendi davranışının kesin sonucu olarak öngördüğü sonuçlar dışında, gerçekleşme riskini kabul ettiği ya da davranışı gerçekleştirirken önlemeyi düşünmediği fakat gerçekleşmesi muhtemel sonuçlardan da sorumlu olacaktır. Kanunun tanımındaki “öngörmesine karşın” ifadesinden anlaşılması gereken; failin bu sonuçları davranışının muhtemel ve mümkün sonuçları olarak kabul etmesi, gerçekleşmelerine razı olması ve önlemek amacıyla herhangi bir müdahalede bulunmaması, hatta basit bir soru ile öğrenebileceği bir durumda bundan kaçınarak gönüllü bilgisizliğe kendini adeta zorlamasıdır<sup>1041</sup>. “Devekuşu duruşu” olarak da adlandırılan, iradi körlük (bilinçli bilgisizlik) durumunda fail, en küçük bir uğraşı ile (Örneğin; mağdurun yaşını sormakla) bilebilecek durumda olduğu bilgiyi, bu uğraşı yapmamak suretiyle bilmemektedir. Aslında fail, sonucun istediği yönde olmayacağını bildiği için sormamaktadır. Bu durumda bilme yok ise de, suçun objektif unsurunu öngördüğü ve bunu kabullenerek eylemi gerçekleştirmesi söz konusu olduğundan olası kast söz konusu olacaktır<sup>1042</sup>.

Olası kast durumunda fiilin haksızlık içeriği, kasta göre daha hafiftir<sup>1043</sup>. Failin olası kastla hareket ettiği bir suçta, bu konu temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak

<sup>1039</sup> Özgenç, 2011: 213,331

<sup>1040</sup> Bu tanım öğretilde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Toroslu/Ersoy, 2004: 10; Artuk/Çınar, 2004: 75-76

<sup>1041</sup> Toroslu, 2010:190

<sup>1042</sup> Hakeri, 2012a: 200-201

<sup>1043</sup> Oluş ve dosya içeriğine ve mevcut delilere göre; sanık Hüdeyda’nın Bar’ın iç kısmında iki el, daha sonra Bar’ın kapısından içerisine doğru 15 el ateş ettiği, bu atışlar sırasında isabet alan maktulün öldüğü olayda, olası kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, 5237 sayılı TCK’nın 21/2 maddesi ile yapılan

kullanılmaz. Çünkü kanun koyucu, olası kast durumunda cezada indirim hangi sıraya göre yapılacağını, TCK'nın 61/2. maddesinde ayrıca düzenlemiş ve olası kastı tanımlayan maddede bunun bir indirim nedeni olacağını hükme bağlamıştır. Aksi uygulama, çifte değerlendirme yasağı ilkesi gereği hukuka aykırı olur. Başka bir ifadeyle, olası kastın uygulanacağı bir suçta temel ceza, kusurun ağırlığı dışındaki kriterler esas alınarak belirlenecektir<sup>1044</sup>. Kusurun ağırlığı şüphesiz burada da etkili olacaktır, ancak bu etki kendisini olası kast olarak ortaya çıkan davranışın ağırlığında gösterecektir. Bu kusurun ağırlığına göre de TCK'nın 21/2. maddesine göre 1/3'den 1/2'ye kadar indirim yapılacaktır.

Olayda olası kastın varlığı durumunda, TCK'nın 21/2. maddesindeki “..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”, hükmü gereği cezada indirim yapılacaktır.

Olası kast durumunda, bu alt ve üst sınırlar arasındaki (Örneğin; yirmi yıldan yirmi beş yıla; üçte birden yarısına kadar) cezalar belirlenirken nasıl hareket edileceği bir sorundur. Burada sorun, kastın bir kusurluluk şekli olmamasına karşın, ayrı bir değerlendirmeye ve derecelendirmeye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Kast manevi unsur olarak kusurdan ayrı öngörülmüş ise bunun cezanın belirlenmesinde değerlendirmeye tabi tutulmaması gerekir. Olası kastla işlenen suça ilişkin temel ceza “kusurun ağırlığı” kriterine göre değerlendirilse böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu durumda olası kast nedeniyle yapılacak indirimin kanundaki sınırlar arasında takdir edilmesi sırasında, “olası kastın teorik esasından” hareket edilmelidir. Başka bir deyişle kişinin işlemiş olduğu fiilin muhtemel sonuçlarına ilişkin öngörüsü, davranışın sonuçlarını kabullenmesinin ve kayıtsızlığının (olursa olsun yaklaşımının) derecesi, bu alt ve üst sınırlar arasında belirleme yaparken etkili olacaktır<sup>1045</sup>.

---

uygulama sırasında cezanın üst sınıra yakın tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” 1.CD, 12.2.2008, 2007/7712, 2008/890, (Bakıcı, 2010: 269-270)

“Sanığın hedef aldığı mağdur Şaziye'ye ateş ettiği sırada yanında bulunan mağdur Recep'in de isabet alarak yaralanabileceğini öngörmesine karşın, atışlarına devam ederek mağduru sağ bacak femur bölgesinden tek isabetle yaralaması olayında meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak olası kastla yaralama suçundan ancak temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeyerek, olası kastla öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması...” 1.CD, 12.2.2008, 2007/8996, 2008/891, (Bakıcı, 2010: 270)

<sup>1044</sup> Özgenç, 2011: 732

<sup>1045</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 572

Olası kast ile ilgili olarak cezanın belirlenmesi çerçevesinde açıklanması gereken bir konu da teşebbüs halinde nasıl hareket edileceğidir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş sahiplerince teşebbüsün ancak doğrudan kast ile işlenen suçlar açısından mümkün olduğu savunulmaktadır<sup>1046</sup>. Aksi düşüncüyü savunanlara göre<sup>1047</sup> olası kast halinde teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün olacağından bu durumda cezanın belirlenmesinde sırlama nasıl olacaktır? Bu sorunun cevabını TCK'nın 61. maddesindeki sıralamada bulmak mümkündür. Hakim bu durumda önce fiil kasten işlenmiş ve tamamlanmış gibi temel cezayı belirleyecektir. Bunu yaparken TCK'nın 61/1. maddesindeki meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile failin kast veya taksirine dayanan kusurunun ağırlığı kriterlerini kullanamayacaktır. Daha sonra olası kast nedeniyle uygulamayı yapacak ve cezayı indirecektir. Suçun nitelikli haline ilişkin cezayı azaltan veya artıran bir neden varsa bunu da uyguladıktan sonra TCK'nın 61/5. maddesindeki sıralamaya uyarak teşebbüs etkisini cezaya yansıtacaktır.

### cc. Bilinçli Taksir

Taksirin özel bir biçimini oluşturan “bilinçli taksir”, TCK'nın 22/3. maddesinde “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır*”, şeklinde tanımlanmıştır. Bilinçli taksirde kusur, taksire göre daha ağırdır. Bunun sonucu olarak bilinçli taksirde, taksire göre cezada artırım öngörülmüştür. Öngörülebilir ve önlenilebilir bir sonucun öngörülmemesi durumunda taksirden, sonucun istenmemesine karşın fail tarafından öngörülmüş olması durumunda ise bilinçli taksirden bahsedilecektir.

Bilinçli taksirin uygulanacağı bir suçta, bu konu ayrıca temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamaz. Çünkü kanun koyucu, bilinçli taksir durumunda cezada indirimin hangi sıraya göre yapılacağını, TCK'nın 61/2. maddesinde ayrıca düzenlemiş ve bilinçli taksiri tanımlayan maddede bunun bir artırım nedeni olacağını hükme bağlamıştır. Aksi uygulama, çifte değerlendirme yasağı ilkesi gereği hukuka aykırı olur. Hemen belirtelim ki, bilinçli taksirin uygulanacağı bir suçta temel ceza, kusurun ağırlığı dışındaki kriterler esas alınarak belirlenecektir<sup>1048</sup>. Olayda bilinçli taksirin varlığı durumunda, TCK'nın 22/3.

<sup>1046</sup> Özgenç, 2012: 419

<sup>1047</sup> Hakeri, 2012: 410; Koca/Üzülmez, 2012: 364; Yargıtay da aynı görüştedir: “Sanığın düğün yerinde normal bir insan boyundan daha aşağı bir seviyede topluluğa yönelerek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edeceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla olayda muayyen olmayan kastla adam öldürmeğe tam teşebbüste bulunmak suçu oluşmuştur”. 1. CD 24.5.1983 t. Ve 1983/1812 (Özgenç, 2012: 419)

<sup>1048</sup> Özgenç, 2011: 732



maddesi hükmüne göre; “*taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*”<sup>1049</sup>,” hükmü uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle, taksirli suç işlenmiş gibi temel ceza tayin edilecek daha sonra bilinçli taksir nedeniyle cezada artırım yapılacaktır.

Bilinçli taksir durumunda, bu alt ve üst sınırlar arasındaki (Örneğin; 2 yıldan 6 yıla; dörtte birden yarısına kadar) cezalar belirlenirken nasıl hareket edileceği bir sorundur. Burada sorun, taksirin bir kusurluluk şekli olmamasına karşın ayrı bir değerlendirmeye ve derecelendirmeye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Taksir manevi unsur olarak kusurdan ayrı öngörülmüş ise, bunun cezanın belirlenmesinde değerlendirmeye tabi tutulmaması gerekir. Bilinçli taksirle işlenen suça ilişkin temel ceza “kusurun ağırlığı” kriterine göre değerlendirilseydi böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda bilinçli taksir nedeniyle yapılacak indirimin kanundaki sınırlar arasında takdir edilmesi sırasında, “bilinçli taksirin teorik esasından” hareket edilmelidir. Başka bir deyişle kişinin işlemiş olduğu fiilin muhtemel neticelerine ilişkin öngörüsü, davranışın sonuçlarına olan kayıtsızlığının (nasıl olsa olmaz yaklaşımının) derecesi bu alt ve üst sınırlar arasında belirleme yaparken etkili olacaktır<sup>1050</sup>.

## f. Suça Etki Eden Nitelikli Hallerin Etkisi

### aa. Genel Olarak

Cezanın belirlenmesinde başka bir aşama, cezada artırım ya da indirimi gerektiren, başka bir deyişle suçu etkileyen nitelikli hallerin uygulanması aşamasıdır. TCK’nın 61/9. maddesi hükmüne göre, “*Kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” Bu kuralın gereği olarak, 5237 sayılı TCK’da cezayı artıran ve indiren nedenler açıkça gösterilmiştir. Aksi takdirde artırım ya da indirim nedenleri uygulanamaz ve genel hükümler kısmında her suç için geçerli olan bir artırım nedeni de öngörülemez<sup>1051</sup>. Her suç açısından geçerli olan bir indirim nedeni olarak “hâkimin takdir

<sup>1049</sup> “Sanığın sonucu öngörmediği kabul edildiği halde TCK’nın 45/son maddesinin uygulanmasını gerektiren bilinçli taksir olarak kabul edilebilecek nedenler karar yerinde gösterilip tartışılmadan, temel cezanın asgari had aşılmasıyla tayininde esas alınan “sanığın taksirinin yoğunluğu ve meydana gelen sonucun ağırlığı” şeklindeki yetersiz gerekçe ile bilinçli taksir kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde uygulama yapılması kanuna aykırıdır.” Yar. 9. CD, 11.5.2005, 2005/2498 E, 205/2001 K (Çolak/Altun, 2007: 435-436)

<sup>1050</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 572

<sup>1051</sup> “Hâkim yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacağı gibi, kanunların açık hükümleriyle belirtilen ceza miktarlarını da artıramaz.” YCGK, 4.2.1991, 2-385/5 (Yaşar, 2001: 311)

yetkisi”, hem 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinde hem de 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinde düzenlenmiştir<sup>1052</sup>.

Ceza kanunları, suç tiplerini düzenlerken genel olarak suçun basit, temel şeklini göz önünde bulundurarak tanımlamalarını yaparlar. Ceza kanunlarında suçun temel şeklinin tanımlanarak bırakıldığı, nitelikli hallerinin düzenlenmediği çok az suç tipi mevcuttur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sistematik olarak incelendiğinde, suçlar için öngörülen cezaların artırılması ya da indirilmesini gerektiren haller, bazen “neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller” olarak düzenlenmiş iken, bazen de aynı suçun “nitelikli hali” başlığıyla düzenlenmiştir. Bu nedenler bazen aynı madde, hatta aynı fıkra içerisinde<sup>1053</sup>, bazen devam eden fıkralarda<sup>1054</sup> bazen de kanunun o bölümünün sonunda<sup>1055</sup>, o bölümdeki tüm suçlar için geçerli olmak üzere düzenlenmiştir. Bazen de genel hükümler içerisinde düzenlenmiş olabilir<sup>1056</sup>. Haksız tahrik, esasen suça etki eden indirim nedeni değil, kusurluluğu azaltan bir neden olduğundan TCK’nın 61/5. maddesi gereği, daha sonraki aşamada cezanın belirlenmesi sürecine katılmaktadır. Hatta bu aşamada da teşebbüs, iştirak ve zincirleme suçtan sonra uygulanmaktadır.

Suçun nitelikli halinden kastedilen, 5237 sayılı TCK’nın 61/4. maddesinde belirtilen “*Bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*” ifadesinde geçen “nitelikli haldir”. Bu artırım ve indirim nedenleri “kanunda açıkça belirtilmiş olan, suçu etkileyen haller olarak da adlandırılır. Suçun varlığı için bulunmaları zorunludur. Kurucu unsurlara eklenirler ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da cezanın artırılıp indirilmesini gerektirirler. Bu unsurlar, yoklukları durumunda, suçun varlığına zarar vermeyen, buldukları zaman da suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmayan nedenler” olarak tanımlanırlar<sup>1057</sup>.

<sup>1052</sup> Koca/Üzülmez, 2012:584

<sup>1053</sup> TCK’nın 106/1-1. maddesinde tehdit suçu, 106/1- 2. cümlesinde sair tehdit suçu düzenlenmiştir.

<sup>1054</sup> Konut dokunulmazlığını ihlal suçu TCK m. 116/1’de, ağırlatıcı hali olan cebir ve tehdit kullanmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi 116/ 4. Fıkrasında düzenlenmiştir.

<sup>1055</sup> TCK 113 ile 118. maddeler arasında düzenlenmiş olan yedi ayrı suç için TCK 119. maddede ortak cezayı artıran nitelikli haller düzenlenmiştir.

<sup>1056</sup> Örneğin, haksız tahrik TCK m. 29’da düzenlenmiştir. (İçel vd, 2002: 161)

<sup>1057</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 332; Özgenç, 2011: 738; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 575

Bu konu kapsamında ele alınması gereken diğ er bir mevzu ise netice sebebiyle ağı rlaşmış suçlardır. Neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suçun, gerçek neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğ inden daha ağır bir netice ortaya çı kmakta olup, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suçlarda gerçekleş en ağır netice dolayısıyla bağı msız bir suç tipi meydana gelmektedir. Örneğ in; kasten yaralama suçunda mağ durun ölmesi, gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suç halidir. Gerçek neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan sonuçtan daha ağır bir netice ortaya çı kmakta olup, gerçekleş en aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliğ i aynı kalmakla beraber yalnızca ceza arttırılmaktadır. Örneğ in; cinsel istismar suçunda mağ durun ruh veya beden sağı lığının bozulması görünüşte neticesi sebebiyle ağı rlaşmış suç halidir<sup>1058</sup>.

Ceza hukuku müesseslerinin uygulanması açısından unsurun, suçun artırım ya da indirim nedeni olması ile nitelikli hali olması arasında, cezaya etki eden neden açısından fark öngörölmüş olabilir. Örneğ in; TCK'nın 66/3. maddesi, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında *“daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin”* dikkate alınacağını belirtmiştir. Yine aynı şekilde, görevli mahkemenin belirlenmesinde suçun nitelikli halleri ya da neticesi sebebiyle ağı rlaşmış halleri dikkate alınmaktadır. Kanunun bu şekilde teknik anlamda ayırım yaptığı durumlar dışında, ağı rlatıcı veya daha az cezayı gerektiren hallerin, nitelikli hal ya da suçun ağı rlaştırılmış ya da hafifletilmiş hali olması bakımından bir ayırım söz konusu olmayacaktır. TCK'nın 61/4. maddesinde bu açıdan bir ayırım yapılmamış, sadece suça etki eden nedenler olarak tanımlanmıştır. İster nitelikli hal isterse daha ağır veya daha az cezayı gerektiren neden olsun, suça etki eden nedenler, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesinde olası kast-bilinçli taksirden sonra, cezaya etki eden diğ er nedenlerden (TCK m. 61/5) önce uygulanacaktır.

Suçta etki eden nedenler, suçun işlenmesinde rol oynayarak suçun daha ağır veya daha hafif sayılması sonucunu ortaya çıkarır. Bu sonuca ulaşırken cezanın artırılması ya da indirilmesi enstrümanı kullanılır. Suçu etkileyen haller, cezayı etkileyen nedenlerden farklıdır. Suçun işlenmesinden –tamamlanmasından- sonra gerçekleş en ve cezada indirim yapılmasını veya bazen de cezanın tamamen ortadan kaldırılmasını gerektiren nedenler, suç dışında kalan ve sadece cezayı etkileyen nedenlerdir. Örneğ in; etkin pişmanlık hükümleri bu türdendir.

<sup>1058</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 408; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 611

TCK'nın 168. maddesine göre mala karşı işlenen suçların bir kısmında, mağdurun zararının kovuşturma başlamadan önce pişmanlık göstererek giderilmesi durumunda, ceza 1/3'ten 2/3'e kadar indirilir<sup>1059</sup>. Kanunda, “*cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler*” olarak isimlendirilen bu hükümler, teşebbüs (TCK m. 35), iştirak (TCK m. 37-41), zincirleme suç (TCK m. 43), haksız tahrik (TCK m. 29), yaş küçüklüğü (TCK m. 31), akıl hastalığı (TCK m. 32) halleridir.

### **bb. Önce Artırım Sonra İndirim Nedenlerinin Uygulanması**

765 sayılı TCK'nın 29/2. maddesi “*Kanunun muayyen bir nisbet dairesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan teşdit veya tahfif edici nedenler nazara alınmaksızın o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse tezyit ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur. Eğer bir çok esbap içtima etmiş olursa artırıp eksiltme hususu, ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder. Eğer içtima eden nedenlerden bazısı artırmayı ve bazısı eksiltmeyi müstelzim olursa ilk önce artırmakla işe başlanır,*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm, artırma ve indirim nedenlerinin bulunması durumunda uygulamanın nasıl yapılacağını düzenlemekteydi. 765 sayılı TCK'nın 29/2. maddesinde yer alan düzenleme gereğince uygulama, artırım ve indirimlerin temel ceza üzerinden yapılması, her aşamada artırım ve indirim sonucu bulunan değer üzerinden işleme devam edilmesi şeklindeydi.

765 sayılı TCK döneminde, somut olayda yargılamayı yapan hâkim, temel cezayı tespitinin ardından suça etki eden neden (artırım veya indirim nedeni) var ise bu nedenleri temel ceza üzerinden uygulamaktaydı. Öncelikle nitelikli hal lerin her biri tek tek uygulanacak, bu yapılırken de her bir hesap bir önceki hesap sonrası ortaya çıkan sonuç üzerine oranları uygulanmak suretiyle bulunacaktır<sup>1060</sup>. Bu şekilde artırma nedenlerinin tamamını uygulayıp tükettikten sonra, bu kez indirim nedenlerini tek tek uygulayacak ve her bir indirim nedeni uyguladıktan sonra çıkan sonuç üzerinden diğer indirim nedenini uygulayacaktır<sup>1061</sup>. Örneğin; yağma suçunun silahla işlenmesi durumunda, TCK'nın 149/1-a.

<sup>1059</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 575

<sup>1060</sup> “1402 s.K m. 17 hükmü TCK m. 29/3 ile aynı yönde değerlendirilmelidir. Birden çok nitelikli hal içtima etmiş ise, artırma eksiltme ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza üzerinden yapılmalıdır. 1402 s.K. M. 17'nin “... o suç için muayyen olan cezanın ...” deyimini, temel ceza üzerinden artırma yapmayı gerektirmez.” (Ask. Yar. Dair. Kur. K. 16.04.1981; İçel/Yenisey, (1994), Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 2. Bası, s.736)

<sup>1061</sup> İçel vd, 2002: 163

maddesindeki ağırlatıcı hal nedeniyle temel ceza belirlenecek, ancak suç konusu eşyanın değeri az ise, TCK'nın 150/2. maddesinde belirtilen oranlarda indirim yapılacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 61/4. maddesinde belirtilen “*Bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*” ifadesinde geçen artırım ve indirim nedenlerinin aynı olayda bir arada bulunması durumunda, önce artırım nedenleri daha sonra indirim nedenleri uygulanacaktır<sup>1062</sup>. Bu düzenleme, her zaman sorunu çözebilecek nitelikte bir kural koyamamaktadır. Bazen bu nedenlerden birinin uygulanması, diğerinin uygulanmasını imkânsız kılabilmiştir. Türk Ceza Kanunu bazı suçlar bakımından hem cezayı azaltan hem de artıran nitelikli haller için alt ve üst sınırları belirli temel cezalar belirtmiş, oransal artırım ve indirim öngörmemiştir. Örneğin; hırsızlık suçunun adet ve tahsis gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi (TCK m. 142/1/e), ancak aynı olayda, hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil maksadının da bulunması (TCK m. 144/1/b) durumunda hangi maddeye göre cezanın belirleneceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Her bir maddenin uygulanması durumunda diğer madde uygulanamaz hale gelecektir. İster özel hüküm önceliği olsun isterse fikri içtima kurumuna dayanarak, iki hükümden hangisine öncelik verilir ve uygulanırsa uygulansın, diğerinin uygulanamaz hale gelmesi, adaletsiz ve oransız olacaktır. Birden fazla suça etki eden nedenin bulunması durumunda, bunlar ister artırım ister indirim nedeni olsun, kendi içlerinde hangi sıra ile ve birbirlerine rüçhanları açısından nasıl uygulanacaklarının ayrıntılı ve açık bir şekilde kanunda düzenlenmesi gerçek çözüm olacaktır<sup>1063</sup>. Kanaatimizce böyle bir düzenleme yapılınca kadar, sanığın lehine olacak şekilde uygulama yapmak kaçınılmazdır. Hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla hırsızlık yapan kişiye, adet ve tahsis gereği açıkta bırakılmış eşyayı çalmaktan yüksek ceza tayini adalet duygusunu sarsacaktır. Ancak somut olayda adaleti sağlamak, fiille orantılı bir ceza vermek için daha az cezayı gerektiren nitelikli halden (somut olayda hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil maksadıyla hırsızlık) ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması gerekir.

İtalya'da aynı suçta hem cezayı azaltan hem artıran nitelikli hallerin birlikte gerçekleştiği ve birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasını imkânsız kıldığı durumda hâkime çok önemli bir rol tanınmıştır. Bu halde hâkim artırım nedenleri üstün kabul edecek

<sup>1062</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 332; Özgenç, 2011: 738; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 575

<sup>1063</sup> Toroslu, 2010: 207-208

olursa, ceza indirimini hiç dikkate almayacak ve sadece artırım nedenlerini uygulayacaktır. İndirim nedenlerini üstün kabul edecekse sadece bu nedenlere ilişkin ceza indirimlerini uygulayarak, artırım nedenlerini dikkate almayacaktır. Artırım nedenleri ile indirim nedenleri arasında denklik olduğunu kabul edecek olursa, bu halde de cezaya etki eden herhangi bir neden yokmuş gibi suçun temel şekli için öngörülen cezayı uygulayacaktır. Hâkimin uygulaması gereken nedenler konusunda böyle bir değerlendirmede bulunması zorunludur<sup>1064</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda böyle bir ceza sınırlarının rekabeti durumunda (hem cezayı azaltan hem artıran nitelikli hallerin birlikte gerçekleştiği aynı ve birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasını imkânsız kıldığı durumlar) nitelikli ağır halin mi, yoksa hafif halin mi uygulanacağı (ya da bu durumların hiçbirisinin uygulanmayacağı) sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>1065</sup>. Bu durumda hangi hükmün uygulanacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur<sup>1066</sup>.

Gramsch'a göre, bu sorunun çözümünü, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 260/4 hükmü göstermektedir. Bu maddeye göre, mahkemenin kararı işlenen fiili hukuki olarak tanımlayarak ortaya koyar. Bu durumda şu soru ortaya çıkmaktadır, normal örnek norm mu (nitelikli hali içermeyen) yoksa nitelikli hal mi eylemi daha iyi karakterize etmektedir<sup>1067</sup>. Eğer özel hükümlerin belirlediği cezalandırma şartlarından yola çıkarsak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 260/4'e göre mahkûmiyet kararını değerlendirmemiz gerekir. Örneğin; özel ceza kanunlarında olduğu gibi bir başlık eksikse Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 260/4 hükmü ile tamamlanacaktır. Çünkü Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 260/4'e göre bu normun yorumu mahkemenin değerlendirilmesine bırakılmıştır<sup>1068</sup>. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 260/4 hükmü, daha önceki hükümlerle fiil karakterize edilememişse hâkime bu konuda değerlendirme yetkisi vermiştir. Düzenleme, –m. 26/4'te de açıkça görüldüğü gibi- suçlarla ilgilidir, suçun nitelikli halleriyle ilgili değildir<sup>1069</sup>.

---

<sup>1064</sup> Toroslu, 2010: 208

<sup>1065</sup> Gramsch, 1999: 160

<sup>1066</sup> Bornemann, 2002: 11

<sup>1067</sup> Gramsch, 1999: 160

<sup>1068</sup> Kleinknecht/Meyer, 1997: 23

<sup>1069</sup> Braunsteffer, 1976: 76

Federal Mahkeme, hâkimin ödevi ile doğrudan ilgili olmayan konulara uzak kalması gerektiğine hükmetmiştir<sup>1070</sup>. Mahkemenin kararı, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 260/4'e göre asıl muhakemeyi sonuçlandırmaktadır. Buna, yerine getirilmesi gereken yeni bir görev daha eklenmektedir. Karar bu şekilde yargılamayı kişisel ve maddi anlamda sonlandırmaktadır. Mahkeme kararıyla geniş anlamda yargılama sürecine bir cevap bulunmaktadır. Yargılama konusu olay bu karar ile açıklık ve netliğe kavuşmaktadır. Hâkim, sonuç olarak indirim nedenlerinin ancak cezalandırmaya karar vermişse söz konusu olabileceği yorumunda bulunmaktadır. Bu tipik indirim nedenleri açısından geçerlidir. Örneğin; Alman Ceza Kanunu m. 27/II/2'ye göre yardım, m. 30/I/2'ye göre bir suça ferî iştirak, m. 23/II'ye göre teşebbüs sayılabilir<sup>1071</sup>. Daha sonraki kararında Federal Mahkeme bu düşüncesinden dönmüştür. Nitelikli ağır hallerin uygulanmasının önünde engel bulunmadığına hükmetmiştir ve bu karar literatürde çok tartışılmıştır<sup>1072</sup>.

Sonuç olarak, böyle bir rekabet durumunda somut ve genel bir çözüm söz konusudur. Cezanın miktarının tespitinde bütün fail ve fiille ilgili şartların tamamının değerlendirilmesi gerekmez. Böyle bir genel değerlendirme, cezanın yüksek verilmesine neden olabilir. Ayrıca bu tip yaptırım seçilmesi anayasal ilke açısından da sorun oluşturabilecektir. Bu rekabet durumu, maddi ceza hukukundan meydana gelen dogmatik yapı ile çözülecektir. Bu durumda kıyas metodu değil, sadece meşru yorum yöntemi kullanılacaktır. Burada iki zıt elementin birbirini nütürleştirmesi yöntemi de kullanılamaz. Kanunda tanımlanmış olan ve olmayan özel ağırlatıcı nitelikli haller aynı düzeyde değerlendirilecektir. Aynı ağırlıktaki iki cezaya etkili aracın rekabetinde çözüm, ceza hukukunun genel bölümündeki indirim nedenleriyle artırım nedenlerin birbiriyle özellikli olan ilişkileri içerisinde yatmaktadır. Burada artık faile uygun cezanın seçilmesi söz konusu olacaktır. Genel hükümlerdeki cezanın indirilmesine neden olan bir durum, sadece suçun tipini kuran bir unsur değilse, daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilebilecektir<sup>1073</sup>.

Stumpf ve Bonemann'a göre, suçun hem cezayı azaltan hem de artıran nitelikli hali aynı olayda birleşmişse, nasıl hareket edileceği konusunda önceden hüküm vermek mümkün değildir. Somut olaydaki her iki normun özellikleri ve somut olayın kendi içerisindeki şekli

---

<sup>1070</sup> BGHSt 27, 287, 289

<sup>1071</sup> Horn, 1975: 161

<sup>1072</sup> Gramsch, 1999: 162

<sup>1073</sup> Gramsch, 1999: 166

göz önüne alınarak, engelleyen ve engellenen norm değerlendirilmesi yapılacaktır. Tabi ki, hangi normun diğerini engellediği konusu kanun koyucunun amacı dikkate alınarak belirlenecektir. Bu durum ceza hukuku sisteminde; orantılılık, pratiğe uygunluk ve genel amaca uygunluk nedenlerine dayandırılacaktır. Yine de burada olay hâkiminin bilgisi ve yetisi önceden tahmin edilemeyecektir<sup>1074</sup>.

Kanunda düzenlenen birçok suçta, basamaklı ceza gerektiren nitelikli hal bulunmaktadır. Bunlardan bazıları “nitelikli haller” madde başlığı altında (Örneğin; TCK m. 82, 142, 149, 152/1, 158), bazıları ise “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller*” (Örneğin; TCK m. 87/3, 95/3) başlığı altında düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapistir (TCK m. 141/1). Bu suçun bilişim sistemi kullanılarak işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak, cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis şeklinde düzenlenmiştir (TCK m. 142/2-e). Eziyet suçunun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapistir (TCK m. 96/1). Bu suçun altsoya karşı işlenmesi hali cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve cezası üç yıldan sekiz yıla kadar hapistir (TCK m. 96/2). Bu ve benzeri durumlarda, TCK’nın 61/4. maddesinde öngörülen yöntemin izlenmesine gerek olmadan, suçun yasada tanımlanan temel şekline ilişkin unsurları ile nitelikli şekline ilişkin unsurlar birlikte değerlendirilerek temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilmelidir<sup>1075</sup>.

Bu halde, bir suç tipinde alt üst sınır olarak belirlenmiş olan nitelikli hal, özel genel norm ilişkisi yönünden, görünüşte içtima ilkesinin görünüm şeklidir. Buna göre, bir suçun temel şekillerinden başka bir takım nitelikli şekilleri bulunduğu takdirde, suçun özel unsurunu içeren nitelikli şeklini kapsayan norm, temel şeklini düzenleyen norm karşısında özel norm olarak uygulanacaktır. Buna göre, alt üst sınırlar arasında ceza artırımını öngören nitelikli haller suçun temel şekline göre özel norm olduğundan, öncelikli olarak ayrı bir suç tipi gibi değerlendirilerek TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre temel ceza belirlenecektir<sup>1076</sup>.

Cezanın alt ve (veya) üst sınırının gösterildiği nitelikli halleri suçun yalın hali gibi düşünüp, TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterler kullanılarak temel ceza belirlenmelidir. Bu temel ceza üzerinden varsa olası kast-bilinçli taksir nedenleri uygulandıktan sonra, suçun etkileyen nedenler (diğer nitelikli haller) 4. fıkra hükmüne göre uygulanmalıdır. Örneğin; geceleyin bir işyerinden 20 TL değerinde bir oyuncak bebeğin çalınması durumunda sanığın

<sup>1074</sup> Stumpf, 1997: 10; Bornemann, 2002: 191

<sup>1075</sup> Özgenç, 2011: 737

<sup>1076</sup> Üzülmüş, 2006: 219



cezasını belirlerken; suç nitelikli hırsızlık (m. 142/1-b) olup, TCK'nın 61/1. maddesine göre takdiren alt sınırdan iki yıl hapis verilerek temel ceza bulunur. Suçun gece işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olup (TCK m. 143), TCK'nın 61/4. maddesine göre önce artırım yapılacağından takdiren 1/6 oranında artırılarak iki yıl altı ay hapis bulunur. Daha sonra, değer azlığı (diğer şartları da mevcutsa) cezada indirimi gerektiren nitelikli hal (TCK m. 145) olarak düzenlendiğinden, bulunan önceki ceza üzerinden takdiren 1/3 oranında indirilerek, sonuç somut ceza *bir yıl sekiz ay hapis* bulunur.

### **cc. Birden Fazla Artırım (veya İndirim) Nedeninin Birlikte Bulunması**

5237 sayılı TCK'da, aynen 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde olduğu gibi, aynı anda birden fazla artırım (veya birden fazla indirim) nedeninin bulunması durumunda, her kademedeki hesaplamanın nasıl yapılacağına dair açık hüküm mevcut değildir. Bu bir eksiklik olmayıp, TCK'nın 61. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde mantıksal olarak aynı sonuç elde edilecektir. Artırma ve eksiltmeye temel ceza üzerinden başlanıp ve her seferinde artırım ve indirim bir önceki işlem ile bulunan sonuç üzerinden uygulanacaktır<sup>1077</sup>. Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>1078</sup>, “sanığın en lehine olacak şekilde uygulama yapılması gerektiğini” belirtmiştir<sup>1079</sup>. Temel cezanın daha fazla artırılmasını gerektiren ilk nedenle artırılmasıyla elde edilen miktar, daha fazla cezayı gerektiren ikinci neden için esas alınacak olan miktardır. Bu uygulama tüm nitelikli hal ler bitene kadar yapılacaktır. Bu konunun açık kanun hükmü haline getirilerek aynı türde cezayı etkileyen nedenlerin kendi içinde hangi sırayla uygulanacaklarının düzenlenmesi kanunilik ilkesinin alt unsuru olan belirlilik açısından gereklidir<sup>1080</sup>.

Bu konuda yasada açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, 61. maddenin Hükümet Gerekçesi'ndeki şu açıklama sorunu aydınlatacak niteliktedir: “*Maddenin üçüncü fıkrasında, bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli unsurun gerçekleşmesi durumunda, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre*

<sup>1077</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 571

<sup>1078</sup> “765 sayılı TCK'nın 29. maddesindeki sırada olmayan nedenlerin, sıradakilerden önce ve kendi aralarında suçlunun en çok lehine sonuç verecek biçimde ve ilkönce artırıcı, sonra azaltıcılara göre düzenlenmesi ve uygulanması gerekir. Bu maddede sıralı dört neden en sonra göz önüne alınacaktır”, YİBK 14.12.1955, 1955/19-28 (bkz.Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza Bölümü, C.III, Yargıtay Yayınları, Ankara 1981, s.649).

<sup>1079</sup> İçel, 2002: 164

<sup>1080</sup> Doğan, 2007: 287

*belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır*<sup>1081</sup>. Gerekçede sözü edilen üçüncü fıkranın madde metni, çifte değerlendirme yasağını düzenlemektedir. Maddenin kanunlaşmadan önceki taslak halinde 3. fıkrasında bu düzenleme mevcut iken, kanunlaşan metinde birden fazla aynı tür nitelikli halin birleşmesi durumunda ne şekilde hareket edileceğine dair bir fıkra yer verilmemiştir. Alıntı yaptığımız gerekçe bölümünde anlatılmak istenen, suçun nitelikli hallerine ilişkin dördüncü fıkra olduğu anlaşılmalıdır. Burada gerekçe ile yasa metni arasında uyumsuzluk yaratıldığı görülmektedir<sup>1082</sup>.

Kanaatimizce, birden fazla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda, her bir nitelikli halin alt-üst sınırlı bir cezayı gerektiren şekilde düzenlenmiş olması hali öngörülerek, “temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği” belirtilmiştir. Halbuki oransal artırım öngören ve maddenin farklı fıkralarında düzenlenen nitelikli haller var olduğunda, söz konusu gerekçe, sıralamanın nasıl olacağına cevap vermekten uzaktır. Bu durumda, 1955 tarihli YİBK’da belirtildiği gibi, sanığın lehine sonuç verecek uygulamanın yapılması gerekecektir. Gerekçede ifadenin bu şekilde olması, TCK’nın genel sistematiğine uygundur. Kanun suçun nitelikli hallerini düzenlerken genellikle alt ve üst sınırı olan müstakil cezaları seçmeyi tercih etmiştir. Örneğin; halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içerisinde hırsızlık (TCK m. 142/1-c) ve mağdurun üzerinde taşıdığı eşyayı özel beceriyle hırsızlık (TCK m. 142/2-b), daha ağır cezayı gerektiren iki çeşit nitelikli durumdur. Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içerisinde, mağdurun üzerinde taşıdığı eşyayı özel beceriyle çekip almak suretiyle hırsızlık olayında, yukarıdaki açıklamalar ışığında hırsızlık suçunun iki ayrı nitelikli hali gerçekleşmiş olup, daha çok cezayı gerektiren, özel beceri suretiyle hırsızlık hükmü (TCK m. 142/2-b) uygulanır. Dikkat edilirse burada daha ağır cezayı gerektiren her iki nitelikli halde de, suçun yalın şeklinde olduğu gibi basamaklı ceza öngörülmüştür ve bunlardan daha ağır olanının tespitinde, görünüşte içtima kuralı gereği özel hükmün uygulanması ve daha ağır cezayı gerektirenin seçilmesi nedeniyle, bir sorun yaşanmamaktadır. Oransal artırımların öngörüldüğü durumlarda sorun ortaya çıkacak, bu halde de sanık lehine sonuç verecek şekilde uygulama yapılması gerekecektir. Örneğin kasten yaralama suçunun kardeşe karşı silahla işlenmesi durumunda iki ayrı oransal artırım gerektiren nitelikli hal aynı olayda birleşmektedir.

<sup>1081</sup> Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2004, s.203.

<sup>1082</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 572; Özbek, 2005: 577-578

Suçta etki eden nedenler, nitelikleri bakımından fiili veya kişisel nedenler olabilir<sup>1083</sup>. 765 sayılı TCK döneminde nitelikli hali oluşturan nedenlerin sayısının fazla ve bunların bir kısmının fiile ilişkin, bir kısmının ise kişiye ilişkin nedenler olması durumunda, önce fiile ilişkin daha sonra kişisel (fail veya mağdurun şahsı ile ilgili) nedenlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>1084</sup>. Bugün için bu görüşün aynı şekilde savunulması mümkün değildir. Çünkü TCK'nın 61. maddesi bu konuda ayrı ve açıklayıcı hüküm içermemektedir. Kişisel nitelikli hal ler genellikle failin görev ve sıfatı ile ilgili olup, bu türdeki cezayı artırım nedenlerinin somut olaya uygulanmasında, aynı niteliğe sahip olan bir nedenin, farklı maddelerde düzenlenmiş olması durumunda, cezanın birden fazla kez artırılmasına neden olmaması gerekir<sup>1085</sup>.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerinin, aynı düzeyde cezayı öngören ya da aynı oranda artırımı öngören nitelikli haller olması durumunda, nasıl bir uygulama yapılacağına da aydınlatılması gerekmektedir. Açıklanan kurallar ve gerekçeler karşısında elbette her bir nitelikli hal için cezada ayrı ayrı artırım yoluna gidilmeyecek, yalnızca biri gözetilerek ceza belirlenecektir<sup>1086</sup>. Kanaatimizce, burada sadece cezaya esas teşkil eden sevk maddesi değişiyor gibi görünse de, hâkimin nedenlerden birini seçerken, madde metnine bağlanmış diğer sonuçları da göz önünde bulundurması gerekecektir. Bu halde artık hâkimin sanığın lehine sonuç verecek şekilde bir uygulama yapması beklenemez. Tam tersine fikri içtima mevzuu gibi seçtiği maddedeki cezaya bağlanmış başka sonuçlar var

<sup>1083</sup> Fiile bağlı cezanın artırım nedenleri: 5237 sayılı TCK'nın 79/2, 86/3-e, 87/1-2, 89/2-3, 95/1-2, 99/5f.- 2. cümle, 102/3 f. - d bendi, 105/2, 108, 109/3 f - a, b bendi ve 5 fıkrası, 119/1, 125/4, 130/ 1 f. - 2 cümle, 132/4, 134/ 2 f. 2 cümle, 137/ 1, 143, 152/2, 153/3, 174/2, 181/3, 186/2, 188/4-5, 204/3, 213/2, 218, 220/3, 220/ 8 f. - 2 cümle, 227/ 4 - 6, 228/ 2, 229/3, 237/2, 243/2, 244/3, 247/2, 264/2, 265/3 - 4, 267/ 2- 3- 6, 272/ 4- 7, 285/ 3, 288/ 2, 292/ 3, 294/ 3- 4, 297/ 1 f. - 2. cümle, 299/2, 304/ 1 f. - 2 cümle, 305/2, 310/ 2, 318/2, 319/3, 323/5. maddesi. (Aldemir, 2006: 33)

Fiile bağlı cezanın indirim nedenleri: 5237 sayılı Kanunun88/2, 92/2, 110, 129/1 - 3, 145, 146, 147, 150/2, 168/1, 192/3, 211/3, 221/4 f. - 2 cümle, 247/3, 248/1 - 2, 249, 260/2, 269, 274/2 -3, 275/3, 281/3, 282/3, 293, 297/4, 322/2. maddeleri. (Aldemir, 2006: 35)

Şahsa bağlı cezanın artırım nedenleri: 5237 sayılı Kanunun86/ 3- a, b, c, d bendi, 102/ 3 f - a, b, c bendi, 103/ 3 - 4, 109/ 2 f. c, d, e ve f bendi, 137/1 f. - a bendi, 187/ 2, 188/ 8, 190/2, 205/ 1 f. - 2 cümle, 227/ 5, 229/2, 237/3, 252/2, 278/3, 279/2, 281/2, 282/2, 283/2, 284/3, 294/5, 297/2, 300/3, 301/3. maddeleri (Aldemir, 2006: 34)

Şahsa bağlı cezanın indirim nedenleri: 5237 sayılı Kanunun167/2, 270/1 f. - 2 cümlesi, 273/1, 290/2 f. - 2 cümlesi, 294/6, maddeleri (Aldemir, 2006: 35)

<sup>1084</sup> Yar 5. CD, 13.11.1948-1843/2734, Yar. 2. CD, 15.4.1969-3907/3956 (Önder, 1992: 637)

<sup>1085</sup> Örneğin, Bu konu, memur sıfatının 765 sayılı TCK'da 251 ve 271. maddelere göre genel nitelikli hal olması durumlarında söz konusu olmaktadır. O dönem için memura karşı direnme suçu açısından, TCK 258. madde uygulanırken aynı olay için bu kez memura karşı işlenmiş olmasından dolayı 271. madde uygulanmayacaktır. Odyakmaz, 1999: 322

<sup>1086</sup> Meran, 2006: 82

ise onu tercih edebilecektir. Örneğin; her iki nitelikli hali uygulaması durumunda da aynı ceza ortaya çıkıyor olmasına karşın seçtiği nitelikli hali düzenleyen maddede bir güvenlik tedbiri uygulaması da öngörülmüşse bunu tercih edebilecektir.

Seçimlik hareketli suçlarda, suçun tanımındaki birden fazla seçimlik hareketin ya da tamamının gerçekleştirilmiş olması durumunda, suçun işleniş şekli nedeniyle ceza alt sınırdan uzaklaşarak belirlenebileceği gibi, aynı oranda artırım öngören birden fazla nitelikli unsurların tamamının aynı olayda meydana gelmiş olması durumunda de sadece bir kez artırım yapılacaktır<sup>1087</sup>. Örneğin; geceleyin, birden fazla kişi ile birlikte, konutta, silahlı yağma suçunda, suçun temel şekline (TCK m. 148) kıyasla daha ağır cezayı gerektiren dört neden aynı olayda birleşmektedir. Bu durumda TCK'nın 149/1/a-c-d-h Maddesi hükümleri ihlal edilmiştir. Burada daha ağır cezayı gerektiren dört nitelikli haline de, bir kez olmak üzere on yıldan onbeş yıla kadar bir ceza belirlenecektir. Ancak Yargıtay'ın da kararlarında açıkça belirttiği gibi, bu durumda temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekir<sup>1088</sup>.

Bazı suç tiplerinde nitelikli haller gruplandırılmıştır. Bu nitelikli hallerden bazıları için alt-üst sınır belirlenmiş, bazıları için oransal artırım öngörülmüştür. Bu tür durumlarda önce alt-üst sınırlı nitelikli hal esas alınarak TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre temel ceza tayin edilir, sonra bu cezanın üzerine diğer nitelikli hal nedeniyle oransal artırım uygulanır. Örneğin; TCK'nın 109. maddesindeki kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi durumunda iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasını gerektirir (m. 109/2). Fiil, silahla ve birden fazla kişiyle işlenmişse 1. veya 2. fıkraya göre verilecek ceza bir kat artırılabilecektir. Somut olayda, bu suç cinsel bir amaçla, silahla tehdit edilerek işlenmişse, m. 109/2'ye göre temel ceza (nitelikli hal olmasına karşın alt üst sınır belirlenmiş

<sup>1087</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 572

<sup>1088</sup> “Sanıkların yakınana gece vakti telefon açarak tehditle para istediklerinin ve yakınanın işyerine istedikleri parayı almak için gittiklerinde yakalandıklarının anlaşılması karşısında; eylemin 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1. Fıkrasının (c), (d) ve (h) bentlerindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı maddenin 1. Fıkrasının (c) bendi ile uygulama yapılarak anılan yasanın 61. maddesi uyarınca (d) ve (h) bentlerinin temel cezanın belirlenmesinde değerlendirilmemesi...” 6. CD, 28.1.2009, 2008/4501, 2009/646 (Bakıcı, 2010: 241-242)

“5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirlenen ölçütler gözetilerek 86/1 maddeye göre temel hapis cezası belirlenip 86/3. maddede gösterilen artırım nedenlerinden sadece biri nedeniyle yarı oranında bir defa artırım yapılması ile yetinilmesi, diğer artırım nedeninin ise temel hapis cezasının tayininde alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi yapılarak uygulamanın bu şekilde tatbiki gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında suçun hem silah ile işlenmesi nedeniyle 86/3-3 bendi, hem de kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle 86/3-c bendi gerekçe gösterilip iki defa artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini...” 3. CD, 26.22.2008, 24962-14896 (Bakıcı, 2010: 240)

olduğundan) tayin edilecektir. Suçun silahla işlenmiş olması nedeniyle, m. 109/3'ten dolayı ceza bir kat artırılacak, bulunan ceza üzerine suçun cinsel amaçla işlenmiş olması dikkate alınarak m. 109/5'ten dolayı yarı oranında artırım uygulanacaktır<sup>1089</sup>.

Oransal artışı öngören suça örnek kasten yaralama suçu verilebilir. Kasten yaralamanın altsoya karşı silahla işlenmesi durumunda, suçun yalın şekli TCK'nın 86/1-3. maddesinde düzenlenmiştir. Verilen örnekte cezayı ağırlaştırıcı iki nitelikli hal bulunmaktadır. Altsoya karşı işlenmesi (TCK m. 86/3-a) ve silahla işlenmesi (TCK m. 86/3-e) hallerinde temel ceza üzerinden aynı oranda (yarı oranında) artırım öngörülmüştür. Yapılan açıklamalar ışığında, temel ceza üzerinden bir kez artırım yapılarak sonuç somut ceza bulunacaktır<sup>1090</sup>. Ancak, verilen iki örnekte ulaşılan sonuç, ihlal edilen birden fazla hukuk kuralı gözetildiğinde ceza adaleti bakımından yerinde görülmeyebilir. Bunu gidermenin yolu böyle durumlarda; uygun, yeterli ve yasal gerekçe göstererek cezanın alt sınırından uzaklaşarak belirlenmesidir<sup>1091</sup>. Yargıtay da kararlarında temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması gereğini açıkça belirtmiş ve bu konudaki uygulama yerleşmiştir<sup>1092</sup>.

İtalyan Temyiz Mahkemesi aynı hükümde veya fıkroda öngörülen nedenler birbiriyle bağdaşır nitelikte ise biri diğerini yutmuyorsa veya birlikte uygulanmaları aynı artırım nedeninin uygulanması anlamına gelmiyorsa içtima edeceklerini, başka bir deyişle aynı

<sup>1089</sup> Üzülmüş, 2006: 220-221

<sup>1090</sup> “5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin 3. Fıkrasında belirtilen kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin bir bütün olarak sayıldığı ve her bir bentten dolayı ayrı ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, birden fazla nitelikli halin bir olayda birleşmesi durumunda mahkemenin 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezayı tayin ederken bu hususu göz önünde bulundurabileceği dikkate alınarak, sanığın kardeşine karşı işlediği silahla kasten yaralama suçundan, bir kez artırım yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde iki kez artırım yapılarak fazla ceza tayini, yasaya aykırı olup, ... bozmayı gerektirir.” Yar. 1. CD, 20.11.2007, 7769/8579 (YKD, C:34, 2008/3 s.532) “Fiilin silahla ve birden ziyade kişi tarafından işlenmesinden dolayı 5237 sayılı TCK'nın 109/3/a-b maddeleri gereğince bir kez artırım yapılması gerektiğinin düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 5. CD, 20.3.2006, 1940/2152 (Yalvaç, 2008: 883)

<sup>1091</sup> Özgenç, 2011: 739

<sup>1092</sup> “Yağma suçunun 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1. Fıkrasının (a), (c), (d), (h) bentlerine aykırı biçimde, silahla, birden fazla kişiyle, yol kesmek suretiyle ve gece vakti işlendiği, bu nedenle aynı yasanın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşmak gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirir.” Yar. 6. CD, 10.7.2007, 2006/22376, 2007/8640; www.hukukturk.com Aynı yönde kararlar; 6. CD, 22.9.2005 10846/8075; 6. CD,30.10.2006, 2872/20576 www.kazancı.com.tr (Parlar/Hatipoğlu, 2007: 584)

“Yağma suçunun 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1. Fıkrasının (a), (c) ve (h) bentlerine aykırı biçimde suçun birden fazla kişi tarafından geceleyin silahla ve konutta işlendiği bu nedenle aynı kanunun 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken bunların değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Yar. 6. CD 20.09.2006 t. 2006/542 E ve 2006/8368 K.

olayda peş peşe uygulayacaklarını kabul etmektedir. TCK açısından da bu kuralı uygulayacak olursak, örneğin; TCK'nın 86/3-a-e'deki nitelikli hallerin gerçekleşmesi, kasten yaralama suçunun hem üst soya karşı hem de silahla işlenmesi, durumunda iki defa artırım yapılması gerekecektir. Buna karşın mala zarar verme suçu kimyasal bir bomba kullanmak suretiyle işlenmiş ise, hem patlayıcı madde kullanıldığı (TCK m. 152/2/a) hem de kimyasal silah kullanıldığı için (TCK m. 152/2/c) cezanın iki kez artırılması gerekli değildir<sup>1093</sup>.

Cezanın indirilmesini gerektiren suçta etki eden nedenler, kanunda oransal bir indirimin öngörülmesi şeklinde düzenlenebildiği gibi, alt ve üst sınır arasında suçun basit şekline kıyasla daha az bir cezanın öngörülmesi şeklinde de düzenlenebilmektedir<sup>1094</sup>. Örneğin; TCK'nın 86/2. maddesinde suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiş ve suçun yalın hali için “1 yıldan 3 yıla kadar hapis” olan cezayı “4 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası” şeklinde belirlemiştir. Temel cezayı belirlemek için kullanılan TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre suçun hafif hali için öngörülen ceza belirlenecektir.

Türk Ceza Kanunu'nda cezayı azaltan nedenlerin bir kısmının mutlak surette uygulanması gerektiği<sup>1095</sup>, bir kısmının ise uygulanıp uygulanmamasının hâkimin takdirine bırakıldığı<sup>1096</sup> görülmektedir. Kanunda bazen, sadece “indirim yapılabilir” denmekte, bunun miktar veya oranı belirlenmemektedir. Hâkim, maddede belirtilen indirim şartlarının oluşup oluşmadığını tespit edecek ve takdir yetkisini kullanarak bir indirim oranı belirleyecektir<sup>1097</sup>.

Birden fazla artırım nedeninin birlikte bulunması hali için yapılan açıklamalar, cezada oransal indirimi öngören nitelikli haller için de geçerli kabul edilmelidir. Örneğin; işlenen hırsızlık ya da yağma suçunda malın değerinin az olması ve bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla yapılması şeklinde iki indirim nedeni birleşmişse, hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık suçu için kanunda alt ve üst sınırları belirlenmiş ceza öngörüldüğünden (m. 144), öncelikle bu hüküm uygulanacak ve daha sonra (diğer şartları da mevcutsa) malın değerinin azlığı nedeniyle indirim (m. 145) yoluna gidilecektir.

<sup>1093</sup> Toroslu, 2010: 204

<sup>1094</sup> Toroslu, 2010: 199

<sup>1095</sup> Örneğin; belgede sahtecilik suçunun hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesini düzenleyen TCK m. 211 hükmü gibi.

<sup>1096</sup> Örneğin; hırsızlık suçunda malın değerinin azlığını düzenleyen TCK m. 145 hükmü gibi.

<sup>1097</sup> Toroslu, 2010: 199

## g. Cezaya Etki Eden Diğer Hallerin Uygulanması

### aa. Genel Olarak

Hâkim temel cezayı TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre belirledikten, olası kast bilinçli taksir etkisini cezaya yansıtip, suça etki eden nedenleri de sırasıyla uyguladıktan sonra, TCK'nın 61/5. maddesinde sayılmış ve sırası belirlenmiş olan cezaya etki eden diğer nedenleri tatbik ederek sonuç cezayı belirleyecektir.

765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesinde teşebbüs, iştirak ve zincirleme suçla ilgili düzenleme bulunmadığından, olayda bunlar mevcut ise bu hallerin hangi sıraya göre uygulanacakları kanunda belirtilmemiştir. 14.12.1955 tarihli İBK bu açıdan da sorunu sanığın lehine olacak şekilde uygulama yapılması talimatıyla çözmeye çalışmıştır. 765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesine paralel hüküm içeren 5237 sayılı TCK'nın 61/5. maddesinde, “*Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenlere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir,*” hükmü yer almıştır. 765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesinde ise “*sanığın yaşı, akıl hastalığı, takdiri indirim nedeni ve tekerrürün bu sıraya göre ve en son uygulanacağı*” öngörülmüştü. Sıralama her iki kanunda da korunmakla birlikte, 765 sayılı TCK'da yer alan tekerrüre, 5237 sayılı TCK'da cezada artırımı gerektiren bir neden olarak yer verilmemiştir<sup>1098</sup>. Öte yandan 765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesinde yer verilmeyen teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik ve cezada indirimi gerektiren şahsi nedenlerin hangi sıraya göre uygulanacakları konusu 5237 sayılı TCK'da açık bir şekilde gösterilmişlerdir<sup>1099</sup>.

<sup>1098</sup> Tekerrür, 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde, cezanın infazı aşamasında gözetilecek bir kurum olarak düzenlenmiştir. “Tekerrür durumunda, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur” (TCK m. 58/3). “Tekerrür durumunda hükmolunan ceza, mükerrerlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrer hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır” (TCK m. 58/6). Basamaklı ceza sistemine göre düzenlenmiş ve ceza belirlemede hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan 5237 sayılı TCK'da, tekerrüre, cezada artırımı gerektiren bir neden olarak yer verilmemiş olması yerinde olmuştur. Böylece, önceki Kanun döneminde tekerrüre ilişkin uygulamada yaşanan karışıklığa da son verilmiştir. TCK açısından cezayı artıran neden olarak düzenlenmemiş olan tekerrür, CGTİHK m. 108 hükmüne göre tekerrür durumunda koşullu salıvermenin hesaplanmasında 2/3 yerine 3/4 oranının uygulanması öngörüldüğünden infaz edilecek cezanın miktarını belirleyen bir hüküm durumundadır. Ayrıca 5275 sayılı CGTİHK m. 108/3 hükmüne göre, “İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.”

<sup>1099</sup> 765 sayılı TCK döneminde, Kanun'un 29. maddesinde hangi sıraya göre uygulanacağı açık bir şekilde yer almayan teşebbüs, iştirak ve zincirleme suç gibi cezayı artıran ya da indiren nedenler uygulama ile yerleşmişlerdir. Bunların uygulama sırasını gösteren listeler için, bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, 1995: 327

Bu aşamada kanun koyucu, cezada artırım ya da indirimi öngören birden fazla nedeni bir arada göstermiş ve bunların maddede yazıldığı sıra gözetilerek uygulanacağını hüküm altına almıştır. Bu nedenle hâkim sonra gelen nedeni öne alıp uygulama yoluna gidemez. maddede sıralanan nedenlerin indirim ya da artırım oranları farklı olduğundan sıraları değiştirilerek yapılacak bir uygulama ile farklı sonuçlara ulaşılabilecektir ki böyle bir uygulama kanuna aykırı olacaktır. Öte yandan maddede yer alan diğer bütün nedenler cezada indirimi gerektirmelerine karşın, düzenlemede üçüncü sırada yer alan zincirleme suç (TCK m. 43) cezada artırımı öngörmektedir. Böylece önceki aşamalara göre belirlenen ceza üzerinden bu fıkra uyarınca eğer varsa önce indirim daha sonra artırım yapılmasına engel yoktur.

Yukarıda aynı türden artırım nedenlerinin bulunması durumunda sıralamanın nasıl yapılacağı konusundaki içtihadı birleştirme kararında<sup>1100</sup>, 765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesindeki “yaş, akıl hastalığı, takdiri indirim, tekerrür nedenlerinin maddede belirtilen sıraya göre ancak diğer artırım ve indirim nedenlerinden sonra uygulanacağı” belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında<sup>1101</sup> bu içtihadı birleştirme kararına atıfta bulunmak suretiyle aynı konulara yer vermiştir. “14.12.1955 günlü E:1955/19, K: 1955/28 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda hükmedilecek cezanın tayin edilebilmesi için 29. maddenin vazettiği kaideye göre, önce o suça kanunun koyduğu aşağı ve yukarı sınırlar nedeniyle birbiri ardınca artırılacak, bunu müteakiben de tahfif nedenleri ile yine birbiri ardınca indirilecektir. Ancak bu kaideye istisna olarak 29. maddenin 5. fıkrası dört halin en sonra dikkate alınmasını emretmektedir. Bu dört hal; yaş, akli halet, takdiri tahfif sebebi ve tekerrürdür. Görüldüğü gibi TCK'nın 29/5. maddesi dışında kalan durumlarda artırım veya indirim nedenleri bir sıralamaya konu edilmiş dikkat edilecek konunun suçlu lehine sonuç verecek uygulama olduğuna değinilmiştir<sup>1102</sup>.”

TCK'nın 61/5. maddesindeki sıralama, çok hesap edilerek yapılmış bir sıralama gibi gözükmemektedir. Kanunda artırım ve indirim nedenleri birlikte bulunduğu takdirde önce artırım sonra indirim nedenlerinin uygulanacağı kuralı (TCK m. 61/4) mevcut iken bir sonraki fıkrada buna aykırı olarak düzenleme yapılması yerinde olmamıştır. Zira teşebbüs ve iştirak nedeniyle (çocuğun azmettirilmesi durumu hariç) indirim yapıldıktan sonra zincirleme suç nedeniyle yeniden artırım yapılması ve peşinden haksız tahrik nedeniyle indirime gidilmesi

<sup>1100</sup> 14.12.1955 tarih ve 1955/19 E, 1955/28 K

<sup>1101</sup> YCGK 18.12.1985, E:1985/307, K: 1985/305

<sup>1102</sup> Çolak/Altun, 2007:448-449



söz konusudur. Suça etki eden nedenleri TCK'nın 61/5. maddesindeki sıraya göre incelemek gerekir.

### **bb. Teşebbüs**

Cezaya etki eden ve TCK'nın 61/5. maddesinde sayılan nedenlerden olayda ilk uygulanacak olanı teşebbüstür. 765 sayılı TCK'nın 61 ve 62. maddelerinde tam ve eksik teşebbüs olarak düzenlenmiş olan teşebbüs, 5237 sayılı TCK'da bu ayrıma son verilerek 35/1. Maddesinde, *“Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur,”* şeklinde düzenlenmiştir. Suça teşebbüs durumunda TCK'nın 35/2. maddesinde cezada indirim öngörülmüştür. Bu hüküm, *“Suça teşebbüs durumunda fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir,”* şeklindedir.

765 sayılı Kanuna göre teşebbüsün cezanın belirlenmesindeki sırası 14.12.1955 tarihli İBK gereğince (sanık lehine olması gereğinden) temel cezanın belirlenmesinden hemen sonra diğer artırım ve indirimlerden öncedir. 5237 sayılı TCK'ya göre cezanın belirlenmesinde ise, bir suç teşebbüs safhasında kalmışsa TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlere göre tamamlanmış suça ilişkin temel ceza ilgili maddesine göre belirlenecek, bu ceza üzerinden nitelikli hallerle ilişkin artırım ve indirim uygulanacak, daha sonra teşebbüs nedeniyle TCK'nın 35/2. maddesi hükmüne göre indirim yapılacaktır. Bu durumda temel cezanın doğrudan doğruya teşebbüs aşamasında kalmış hali için öngörülen ceza üzerinden belirlenmesi mümkün değildir<sup>1103</sup>.

5237 sayılı TCK'da teşebbüsün uygulama sırası<sup>1104</sup> değişmesine karşın, sonuç cezada bir farklılığın ortaya çıkmadığı durumlar söz konusu olabilir. Örneğin; silahla kasten yaralama suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 86/1. maddesine göre alt sınırdan temel ceza 1 yıl hapistir. Silahla işlenmekle ceza, TCK'nın 86/2-e maddesine göre yarı

<sup>1103</sup> “Bir cürmün tamamlanmış biçimi gibi kalkışma durumunda kalmış biçimi de başlı başına bir suçtur ve tamamlanmış cürmün temel cezası o kanun maddesindeki aşağı yukarı sınırlar arasında takdir ve belli edileceği gibi, kalkışma safhasında kalmış bir cürmün cezası da o cürmün tam ve teşebbüs halleri bir tutulmuşsa teşebbüs maddesiyle de belli bir uygulama yapıldıktan sonra belirlenir. ” YCGK 18.01.1982, 417/4 (Savaş/Mollamahmuoğlu, 1995: 500)

<sup>1104</sup> “Teşebbüs hükümlerinin silah nedeniyle yapılan artırımdan sonra uygulanmak suretiyle 5237 sayılı TCK m. 61/5 hükmüne aykırı davranılması...” 4. CD, 27.3.2007, 2007/32-2797 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2054)

oranında artırılarak 1 yıl 6 ay hapis olarak belirlenecektir. Teşebbüs nedeniyle TCK'nın 35/2. maddesine göre takdire 3/4 oranında indirilerek sonuç ceza 4 ay 15 gün hapis olarak hesaplanır. Bu olaya 765 sayılı TCK'daki sıralama uygulansaydı; önce temel ceza 86/1. maddeye göre 1 yıl hapis olarak belirlenecekti. Teşebbüs nedeniyle 35/2. maddeye göre 3/4 oranında indirim sonucu 3 ay hapis, daha sonra silah kullanılması nedeniyle 86/2-e. maddeye göre yarı oranında artırım uygulanarak sonuç ceza 4 ay 15 gün hapis cezası bulunur. Her suç için geçerli olmasa da iki sıralamaya göre de sonuç cezanın aynı olduğu görülmektedir. Burada hâkim, teşebbüs nedeniyle indirim yaparken dörtte birinden dörtte üçüne kadar bir oranı cezadan indirebilecektir. Hâkim, bu indirim oranını belirlerken sadece meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kriterine dayanacaktır.

Bir başka suç üzerinden inceleyecek olursak, örneğin; TCK'nın 81. maddesi kapsamında bir öldürmeye teşebbüs söz konusu ise, 35. maddeye göre meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ceza 9 yıldan 15 yıla kadar hapistir. Burada 6 yıllık bir ceza makası söz konusudur. Eğer öldürmeye teşebbüs 82. madde kapsamında, suçun nitelikli hali için söz konusu ise, ceza 13 yıldan 20 yıla kadar hapistir. Burada 7 yıllık bir ceza makası öngörülmüştür. Öldürmeye teşebbüs, 81. madde kapsamında ise, olayı iyi irdeleyen bir mahkeme mağdurun hiç yaralanmaması ya da yaralanmasının 86/2 madde kapsamında kalması durumunda, temel cezanın alt sınırı olan 9 yıl hapsi esas alabilir. Ancak, tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak (Örneğin; tabandaki tüm mermilerin boşaltılması gibi), ceza 10 ya da 11 yıl hapis olarak belirlenebilir. Yaralanma 86/1, 87/1, 2, 3 kapsamında ise, alt sınır aşılı olarak 11 ila 15 yıl arasında bir cezanın seçilmesi yerinde olacaktır. Kasten öldürmeye teşebbüsün 82. maddedeki nitelikli hallerden biriyle ilgili olması durumunda, yine mağdurun yaralanmaması ya da yaralanmasının 86/2 madde kapsamında kalması durumunda mahkemenin cezayı 13-15 yıl arasında belirlemesi yerinde olacaktır. Burada yaralanma 86/1, 87/1, 2, 3 kapsamında ise, alt sınır aşılı olarak 14 ila 20 yıl arasında bir cezanın seçilmesi yerinde olacaktır<sup>1105</sup>. Yargıtay da bu şekilde karar verilmesi fikrindedir<sup>1106</sup>.

<sup>1105</sup> Albayrak, 2009: 271

<sup>1106</sup> “Oluşa, dosya kapsamına ve Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 05.12.2005 tarihli raporuna göre, olay günü sanığın, mağdurun hayati önemi olan vücut bölgelerini seçerek, iki tanesi toraksa nafiz ve hayati tehlike geçirecek şekilde diğer ikisi göğüs ve batın isabetiyle dört kez bıçaklayarak öldürmeye teşebbüs etmesi nedeniyle mahkûmiyet hükmü kurulurken, teşebbüs uygulamasında, darbe sayısı, darbe yerleri, yara durumları ve meydana gelen zararın ağırlığı karşısında üst sınıra yakın miktarda ceza tayini gerekirken...” Yar. 1. CD, 23.7.2008, 6913/6211 (Albayrak, 2009: 272)

“Bir dosyada şahit olduğum ve olay hâkiminin kadın hemcinsini koruduğu izlenimini veren bir uygulamasının da hakkaniyete uygun düşmediğini söylemeliyim. Şöyle ki; eşine kötü davranan sanık, eşinin evden ayrılması üzerine onu babasının evinden almaya gittiğinde kayın pederi ile tartışıp onun ayaklarına ateş ederek kemik

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından failin alacağı cezanın belirlenmesinde, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığının dikkate alınacağı unutulmamalıdır<sup>1107</sup>. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, hem temel cezanın belirlenmesinde hem de daha sonra sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınır hale gelmektedir. Bu nedenle failin cezası aynı nedenden dolayı iki defa eksiltilebilir hale gelmiştir. Bu şekilde bir uygulamaya engel bir düzenleme kanun veya gerekçesinde yer almamaktadır.

Özgenç'e göre, suçun işlenmesiyle "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" TCK'nın 61/1-e maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınan bir kriteri oluşturmaktadır. Suç teşebbüs aşamasında kaldığı için, temel cezanın belirlenmesinde tamamlanmış suça özgü olarak kullanılan bu kriter dikkate alınmayacaktır. Zira suç teşebbüs aşamasında kaldığı için, "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" göz önünde bulundurularak TCK'nın 61/5. maddesinden önceki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden, 35/2. maddesinde belirtilen miktar veya oranlarda indirim yapılacaktır. Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağının ihlali söz konusu olacaktır<sup>1108</sup>.

Çifte değerlendirme yasağının, teşebbüs halini kapsar bir düzenleme olmadığı söylenmelidir. Çünkü bu yasak sadece suçun unsurları ve nitelikli halleri bakımından geçerlidir. Teşebbüs ise, suçun unsuru veya nitelikli hali değil suçun özel bir görünüş şeklidir, teşebbüste sonuç ya da davranış eksikliği olup (hareketin tamamlanması sonucun meydana gelmemesi ya da hareketin tamamlanamaması), suçun unsuru, nitelikli hali ya da etkin pişmanlık hali değildir<sup>1109</sup>. Suçun nitelikli hallerinde, suçun unsurlarının tamamlanması ve üstüne bazı özel durumların eklenmesi gerekirken, teşebbüs durumunda, bu unsurlarda

---

kırığı oluşacak şekilde yaralaması olayında, tarafların barışmış olmalarına karşın, ruhsatsız tabanca, konut dokunulmazlığını ihlal ve kasten yaralama suçlarının tamamından alt sınır çok aşılıp 10 çocuklu ve 2007 yılı itibarıyla 250 TL geliri olan sanığa yaklaşık 7 yıl ceza verilmişti. Bu durum cezanın bireyselleştirilmesine iyi bir örnek olmamıştı. Bu kadar da olur mu denilen diğer alt sınırdan ceza tayinlerinin yanında, bu uygulama için de, bu kadar da olmaz ki demekten kendimizi alamamıştık." (Albayrak, 2009:273)

<sup>1107</sup> "5237 sayılı Kanununun 35/2. maddesinde "suça teşebbüs durumunda fail meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır..." şeklinde düzenleme bulunduğu göre; sanık hakkındaki cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken mağdurun toplam 16 bıçak darbesiyle hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde bir indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde ortaya çıkan zararlar orantılı düşmeyecek şekilde azami oranda indirim yapılması kanuna aykırıdır." Yar. 1. CD, 13.7.2006, 578/3189 YKD, C.32 Aralık 2006, S.12, s.1969-1971

<sup>1108</sup> Özgenç, 2011: 740-741; Koca/Üzülmez, 2012: 575-576

<sup>1109</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 575

eksiklik söz konusudur. Özgenç'e göre, m. 61/1'deki kriterlerin sadece tamamlanmış suçlar açısından geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu fikir, kanun metni ya da gerekçesinde bulunmamaktadır. TCK'nın 61/1. maddesindeki zararın veya tehlikenin ağırlığı ifadesindeki zararın ağırlığı, sadece tamamlanmış suçlar için geçerli olsa da, tehlikenin ağırlığı kıstası yalnızca tehlike suçlarını değil, teşebbüs aşamasında kalan suçları da içermektedir.

Eksik ve tam teşebbüs ayrımının kaldırıldığı yeni sistemde, her somut olayda teşebbüs farklılık gösterebilecek, alt-üst sınırlar arasındaki ceza belirleme daha önemli hale gelecektir. TCK'nın 35/2. maddesinde “meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığına göre” deyiminin esasen eksik-tam teşebbüs ayrımının kanundan çıkarılmasından dolayı, her teşebbüs aşamasının birbirinden farklı olacağı ve bu maddedeki alt-üst sınır arasında teşebbüs indirimi yapılırken dikkate alınacağını vurgulamak istediği ortadadır. Teşebbüsün bu yeni şekli gereği, çifte değerlendirme yasağını düzenleyen TCK'nın 61/3. maddesi hükmünün teşebbüsü de içine alacak şekilde değiştirilmesi gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bu şekilde meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından, temel cezanın değil daha sonra sadece sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak bir kriter haline getirilmesi savunulmuştur<sup>1110</sup>. Kanaatimizce, temel cezanın belirlenmesinde, teşebbüsün dikkate alınmayacağı kuralı, TCK'nın 61/5. maddesi düzenlemesinden anlaşılmaktadır. Buna göre, teşebbüsün cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği zaman, tüm nitelikli hallerin uygulanmasından sonra cezayı etkileyen nedenlerin uygulandığı andır. Cezanın belirlenmesi, sıralı bir süreç olduğundan bu sıranın bozulmaması gerekir. Çifte değerlendirme yasağı non bis in idem kuralına benzer olduğu dikkate alınırsa aynı sebebin cezanın belirlenmesi sürecinde iki kez kullanılmaması gerekir. Yargıtay, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından meydana gelen zararın ağırlığı kriterini kullanmıştır<sup>1111</sup>.

<sup>1110</sup> Özbek vd, 2010: 606; Doğan, 2007: 282

<sup>1111</sup> “5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre 35. maddedeki teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında, meydana gelen zararın ağırlığına göre aşağı sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ...bozmayı gerektirir. (Yar. 1. CD, 26.4.2006, 2005/3477, 2006/1640; www.kazancı.com.tr)

“Kalkışma aşamasında kalan eylemlerde uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, gasp suçundan verilen cezanın TCK'nın 150/2 maddesi ile indirilmesi bozma sebebidir.” (Yar. 6. CD, 2006/19683, 2007/4833); “... Suça kalkışma durumunda sanık hakkında hükmolunan cezadan TCK'nın 35/2 maddesi uyarınca meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirim yapılacaktır. Ayrıca aynı ölçüt temel cezanın tayini ve belirlenmesini düzenleyen aynı kanunun 61/1-e maddesinde de kabul edilmiştir. Eğer suç teşebbüs aşamasında kalmış ise; 61. maddenin 3. Fıkrasındaki çifte değerlendirme yasağı göz önünde bulundurulacağından, bu hususlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ancak bu gibi durumlarda 61. maddedeki diğer ölçütler, özellikle 1. Fıkranın d bendindeki ölçüt olan suçun konusunun önem ve değeri göz önünde bulundurulmak suretiyle ceza alt sınırdan uzaklaşarak belirlenecektir. Buna göre sahte kimlik ve kimlik bilgilerini kullanarak Akbank'a karşı işlenen dolandırıcılık suçundan dolayı elde edilmek istenen haksız yararın, Garanti Bankasına karşı elde edilmek istenen haksız yarardan daha fazla

Alman Ceza Hukuku'nda, cezanın belirlenmesinin düzenlendiği Alman Ceza Kanunu m. 46/2'de, teşebbüsten bahsedilmemiş, aksine teşebbüs Alman Ceza Kanunu m. 23/2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, teşebbüs, tamamlanmış suça kıyasla daha az ceza ile karşılanacak ve teşebbüs halinde daha az cezayı gerektiren genel hüküm olan m. 49/2 uygulanacaktır. Bu şekilde suçun teşebbüs hali için öngörülen alt ve üst ceza sınırları başka olmaktadır. Burada, ne zaman daha az cezayı gerektiren hal uygulanacaktır, sorusu sorulmaktadır. Bu yüzden, öncelikle teşebbüsün cezanın belirlenmesi etkeni olduğunu açıklamak ve bilinmeyen sorunu ortaya koymak gerekir. Teşebbüsün belirleyici noktası, sonucun meydana gelmemesi başka bir deyişle fiilin tamamlanmamasıdır. Fiilin sonucu, her zaman cezanın belirlenmesinde etken olduğundan, sonucun gerçekleşmemiş olması da bu anlamda önem taşımakta ve esaslı etken durumuna gelmektedir. Bu sonuç, ya özel bir ceza sınırının uygulanmasını ya da asıl ceza sınırı içerisinde daha hafif halin uygulanmasını gerektirmektedir. Sonucun gerçekleşmemiş olması –fiilin tamamlanmaması- her zaman cezanın azaltılması nedeni olacaktır, hatta burada amaçlanan sonucun niçin gerçekleşmediğinden bağımsız olarak bu sonuca ulaşılır<sup>1112</sup>.

Tamamlanmamış bir suç olmasına karşın teşebbüs için de fiilin tam hali için öngörülen cezanın verilip verilemeyeceği, verilecekse hangi şartlarda verilebileceği sorusudur. Bu soru, kanunun lâfzî yorumunda tereddütsüz olarak “evet” olarak cevaplanacaktır, ancak bu zamana kadar pratikte böyle bir sonuca çok ender rastlanmıştır<sup>1113</sup>. Alman Ceza Kanunu m. 23/2 iki ayrı ceza makasını hâkimin emrine sunmaktadır. Bu halde cezanın belirlenmesinin tüm süreci iki şekilde olmakta bu da kendi içerisinde dört olasılık içermektedir; tamamlanmış suçun cezası sınırlarının seçilmesi ve indirim uygulanması, tamamlanmış suçun ceza sınırlarının

---

olduğu; bu nedenle, sanık hakkında yukarıdaki açıklamalar uyarınca Akbank'a karşı işlenen suçta temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi ve fiilin doğurduğu zarar ve suçta ulaşılan aşamaya göre tehlike ihtimalinin ağırlığı dikkate alınarak suça kalkışmadan dolayı daha az oranda indirim yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde indirim yapılması....” (Yar. 11. CD, 16.10.2007, 5158/6701; Özbek vd, 2009: 606)

“Mağdura isabet eden iki adet mermi çekirdeğinin batına nafiz bağırsak yaralanması ile iliak kemikte lokal kemik defekti meydana getirip, hayati tehlike tevlit etmesi buna göre meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüs nedeniyle 35. madde ile yapılan uygulama sırasında üst sınıra yaklaşılarak ceza tayin edilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” 1. CD, 24.1.2008, 2007/1846, 2008/269 (Bakıcı, 2010: 262)

“5237 sayılı TCK'nın 35/2 maddesi uygulanırken suçun icra hareketlerinin ulaştığı aşama, tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak makul bir oranda indirim yapılması gerektiği halde yazılı şekilde üst orandan indirim yapılması...” 11. CD, 18.2.2009, 2006/5307, 2009/1208 (Bakıcı, 2010: 267)

<sup>1112</sup> Bruns, 1985: 170

<sup>1113</sup> Frankfurt NJW 1980, 1402

seçilmesi ve indirim uygulanmaması, teşebbüsün ceza sınırlarının seçilmesi ve indirim uygulanması, teşebbüsün ceza sınırlarının seçilmesi ve indirim uygulanmaması, şeklindedir.

Tamamlanmış suçun cezasının seçilerek indirim uygulanmaması durumunda, teşebbüs o suçun tamamlanmış hali ile aynı cezaya tekabül etmektedir. Teşebbüs ceza sınırının seçilmesi ve aynı zamanda indirim uygulaması halinde teşebbüs için verilebilecek en hafif ceza seçilmektedir. Birinci seçim yükümlülüğü (StGB m. 23/2) kullanılacak ceza sınırlarının belirlenmesine yöneliktir. Olay hâkimi, cezayı azaltma tarafında ise Alman Ceza Kanunu m. 49/2'deki ceza sınırlarını seçecektir. Bu ceza sınırları içerisinde orantılı ve hakkaniyete uygun (haksızlık içeriğini ve kusuru karşılayan) bir ceza belirleyecektir<sup>1114</sup>. Burada tamamlanmış suç için öngörülen cezadan daha az bir sonuç ceza belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>1115</sup>. Kararda hangi ceza sınırlarının niçin seçildiğinin gerekçelendirilmesi şarttır<sup>1116</sup>. Burada, ceza sınırının ve sonuç cezanın belirlenmesinin hangi faktörlere dayanacağı sorulur ve her ikisi de aslında sonucun gerçekleşmemesine ve fiilin tamamlanmamasına bağlanabilir. Bu durumda, çifte değerlendirme söz konusu olacaktır, bunun caiz olmadığı ortadadır. Bu aşamada, cezanın belirlenmesinde, sonucun gerçekleşmeme nedeni en büyük etken olmaktadır<sup>1117</sup>.

Sonucun gerçekleşmemesi cezanın indirilmesinin şartı, ancak yeterli gerekçesi değildir. Bu şekilde indirim yapabilme yetkisi ile mahkemeye, teşebbüs suçunu işleyen failin fiili istemedeki kusuruna göre, cezayı belirleme yetkisi tanınmaktadır. Hatta burada sonucun gerçekleşmemesine karşın, tamamlanmış suç için öngörülen ceza seçilebilecektir. Teşebbüste kalan fiil için, kusur ve haksızlık değerlendirmesi yapılarak bir ayrıma gidilecektir. Bir tesadüf nedeniyle sonucun gerçekleşmemesi, failin kriminal enerjisinin yetersizliği, kullanılan aracın elverişsizliği (uygun olmaması) veya tüm çabalara ve kuvvete karşın üçüncü kişinin müdahalesi nedeniyle sonucun gerçekleşmediği konuları değerlendirilecektir<sup>1118</sup>. Fiil, teşebbüs aşamasında kaldığı için, ne zaman daha az cezayı gerektirmektedir, sorusu isabetli bir sorudur. Teşebbüs edilen fiil açısından geçerli olan ve amaçlanan fiilin haksızlık içeriği, cezanın tespitinde belirleyici olacaktır<sup>1119</sup>.

---

<sup>1114</sup> BGH, 1, 117

<sup>1115</sup> Gallas, 1962: 750

<sup>1116</sup> BGH, JR 1956, 225

<sup>1117</sup> Bruns, 1985: 171

<sup>1118</sup> BGH 16, 351

<sup>1119</sup> Bruns, 1985: 172

Federal Mahkeme kararlarında<sup>1120</sup>, bu belirleme nedenlerini reddetmekte ve fiilin önemli noktalarının tamamının değerlendirilmesi gereğini ve failin kişiliğinin de ceza çerçevesinin seçilmesinde etkili olduğunu açıklamıştır. Kanun, teşebbüse göre bir sınırlama öngörmemiş ve olay hâkimine kararını fiilin tüm önemli noktalarını göz önüne alarak değerlendirme yetkisini vermiştir. Federal Mahkeme bir kararında<sup>1121</sup>, Alman Ceza Kanunu m. 51/2'den dolayı (cezanın başka hafif bir cezaya dönüşmesi) indirim öngörürken, sadece failin kusur yeteneğine dayanmamış, fiili bir bütün olarak değerlendirerek toplam fiil kusurunu dikkate almıştır. Başka bir deyişle, motivasyon ve failin daha önceki cezaları, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Burada önemli bir konu da, çifte değerlendirme yasağının söz konusu olmamasıdır. Çünkü bu yasak suçun unsurlarına ilişkindir ve m. 23/2'ye göre cezanın indirilmesi konusuna dokunmaz veya özel bir ceza sınırının seçilmesine neden olmaz. Hâkim, teşebbüs için ayrı bir ceza sınırı belirlemişse, sonucun gerçekleşmemiş olmasını bir kez de cezanın belirlenmesinde değerlendirdiği takdirde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1122</sup>.

Fail bir suçu işleme teşebbüsünde bulunduktan sonra gönüllü olarak vazgeçmişse, bu aşamaya kadar başka bir ceza normunu ihlal etmişse bu hükümden sorumlu olacaktır. Örneğin; öldürmeye teşebbüsten gönüllü vazgeçen kişi, o zamana kadarki davranışı kasten yaralama suçunu oluşturuyorsa bu suçtan sorumlu olabilecektir. Yerleşik içtihatlar göre, burada cezanın artırılarak tespiti söz konusu olamaz<sup>1123</sup>. Eğer fail ağırlaşmış hallerin gerçekleşmesini engellemiş<sup>1124</sup> ya da bu eylemlerin nitelikli hallerinin gerçekleşmesinden evvel eylemi bırakmış<sup>1125</sup> ise aynı şekilde ceza normal sınırdan belirlenecektir. Eylemin gerçekleşmesine eşlik eden ve haksızlık ile kusur içeriğini artıran şartlar oluşmuş ise, artık cezanın alt sınırın üzerinde tespiti söz konusu olabilecektir<sup>1126</sup>. Federal Mahkeme'nin 3. Ceza Dairesi, yerel mahkemenin öldürmeye teşebbüsten gönüllü vazgeçme durumunda, kasten yaralamanın daha hafif nitelikli halinin uygulanacağına dair kararını, eylemin planlı olarak hazırlanması gerekçesiyle bozmuştur. İçtihatlar göre, cezalandırılabilir olarak bırakılan

---

<sup>1120</sup> BGH, 16, 351 ve BGH,17, 266

<sup>1121</sup> BGH, 7, 28

<sup>1122</sup> Bruns, 1985: 172

<sup>1123</sup> BGH NStZ 1989, 114; 1996, 491; 2003, 533

<sup>1124</sup> BGH StV 2000, 554

<sup>1125</sup> BGH NStZ 1989, 114

<sup>1126</sup> BGHSt 42, 43; BGH NStZ 2003, 143 (144)

eylem, her zaman bu şekilde değerlendirilemez<sup>1127</sup>. Çünkü, faili suça iten saik gizlidir. Bu saik, failin lehine veya aleyhine etki edebilir<sup>1128</sup>.

Bütüncül yaklaşımla değerlendirmeye karşın, failin teşebbüste kalan eylemi 21 yaşını doldurduktan henüz bir iki hafta sonra işlemiş olması durumunda, beden ve ruh gelişimi açısından bunun göz ardı edilmemesi gerekir<sup>1129</sup>. Öldürmeye teşebbüs fiili (StGB m. 213 ve 21), aslında tamamlanmış bir yaralama eylemi olduğu halde kasten öldürmenin hafif hali olarak değerlendirilir<sup>1130</sup>. Teşebbüs eyleminin haksızlık içeriği tamamlanmış suça yaklaşıyorsa<sup>1131</sup>, Alman Ceza Kanunu m. 23/2'ye göre indirim yapılması gerekli değildir<sup>1132</sup>.

Öğreti, teşebbüs (StGB m. 23) durumunda, ne zaman indirim yapılması gerektiğini açıklamakta başarılı değildir. Her zaman teşebbüsle ilgili nedenler ortaya konmaya çalışılmakta ve teşebbüs indirimi ile ilgili kuralların emredici olarak düzenlenmesi istenmektedir. Burada temel etmenler, teşebbüsün tamamlanmış suça olan yakınlığı, teşebbüste tehlikenin derecesi (tehlikenin ağırlığı) ve kriminal enerjinin derecesi (kasta dayalı kusurun ağırlığı) olarak görülmektedir. Sonuç eğer tamamen bir tesadüf eseri gerçekleşmemişse, bir indirim uygulanmamalıdır. Bu durumda, bir ağırlatıcı durumdan bahsedilemez<sup>1133</sup>. Teşebbüs eylemi, tamamlanmış suça ne kadar yaklaşırsa cezanın belirlenmesi aşamasında da o kadar etkili olacaktır<sup>1134</sup>.

Teşebbüs durumunda, ceza indiriminin kusur yanında haksızlığa göre de belirleneceği savunulmuştur. Stratenwerth, teşebbüs durumunda, sonucun haksızlığından söz edilemeyeceğini ancak davranış haksızlığının etkili olacağını belirtmiştir. Bu yüzden teşebbüsün cezası her zaman tamamlanmış suçtan az olmalıdır<sup>1135</sup>. Uygulamada<sup>1136</sup>, teşebbüs

---

<sup>1127</sup> BHG NStZ 2003, 143 (144)

<sup>1128</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 111

<sup>1129</sup> BGH StrV 1981, 514

<sup>1130</sup> BGH 30, 166

<sup>1131</sup> BGH MDR 1981, 979

<sup>1132</sup> Bruns, 1985: 173

<sup>1133</sup> BGH StrV 1983, 297

<sup>1134</sup> Bruns, 1985: 173

<sup>1135</sup> Stratenwerth, 1977: 407

<sup>1136</sup> Hamm, NJW 1958, 1694



aşamasında sonucun gerçekleşmemesi, failin isteği dışında olduğundan cezanın indirilmemesinin reddedildiği de olmaktadır<sup>1137</sup>.

### cc. İştirak

Suç teşkil eden fiil, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla kişinin katılmasıyla da gerçekleştirilebilir. Bir suçun işlenmesine katılan ortakların suçun icrasına buldukları katkının normatif değerlendirilmesi icap eder. Suç ortaklarının sorumluluk dereceleri iştirakin de şekillerini ortaya koyar. İştirak faillik ve şeriklik olarak iki türlü oluşabilir<sup>1138</sup>.

TCK'nın 61/5. maddesinde iştirak nedeniyle cezanın artırılıp indirilmesinin gerektiği durumlar düzenlenmiştir. Burada kastedilen, iştirakin cezanın belirlenmesine etkisidir. Teşebbüsten sonra olaya uygulanacak cezayı etkileyen ikinci neden iştiraktır<sup>1139</sup>. İştiraktan bahsedilebilmesi için müteaddit failer tarafından gerçekleştirilen müteaddit hareketler olması, bu hareketlerin illi bir değer taşıması, failer arasında iştirak iradesi bulunması, faillerden biri tarafından tipe uygun fiilin icrasına başlanması ve bunun bütün şerikler için aynı olması gerekir<sup>1140</sup>.

Suçta iştirak 5237 sayılı TCK'nın "*Faillik*" başlıklı 37. maddesi, "*Azmettirme*" başlıklı 38. maddesi, "*Yardım etme*" başlıklı 39. maddesi, "*Bağlılık kuralı*" başlıklı 40. maddesinde düzenlenmiştir. Suçta iştirak, kusur yeteneği olmayanların suç işlenmesinde araç olarak kullanılmasında (TCK m. 37/2), çocukların suçta azmettirilmesi ya da üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suçta azmettirmede (TCK m. 38/2) faile verilecek cezada artırım nedeni olarak düzenlenmiştir. Azmettirenin belli olmaması durumunda, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail (TCK m. 38/3) ile diğer suç ortağına suç işlenmesine yardım eden faile (TCK m. 39) verilecek cezada indirim öngörülmüştür.

<sup>1137</sup> Bruns, 1985: 174

<sup>1138</sup> Özgenç, 1996: 139; Özgenç, 2012: 444

<sup>1139</sup> 765 sayılı TCK döneminde iştirak 14.12.1955 tarihli İBK gereğince (sanık lehine olması gereğinden) temel cezanın belirlenmesinden ve teşebbüsün uygulanmasından sonra diğer artırım ve indirimlerden önce uygulanmıştır.

<sup>1140</sup> Özgenç, 1996: 137; İştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996, s. 136 vd.

Suçun işlenmesi için zorunlu olan fail sayısından fazlasının katılımıyla suçun işlenmiş olması, suçun işlenme biçimi kriterine göre değerlendirilerek cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak verilmesine neden olabilecektir<sup>1141</sup>. İştirak, suçun işleniş biçimi ile ilgili değil, ceza sorumluluğunu genişleten bir kurumdur. Gerçekte kanunda suç olarak kabul edilen fiili bizzat işlemediği ve bu nedenle de cezai sorumluluğu bulunmayan kişinin, suçu bizzat işleyen başka biriyle irade birliği sağladığı için cezai sorumluluğa sahip olduğunu düzenleyen bir kurumdur. Bu nedenle, iştirakin suçun işleniş biçimi kapsamında görülmemesi gerektiği, aksi halde çifte değerlendirme yasağının ihlal edileceği savunulmuştur<sup>1142</sup>.

Kanaatimizce iştirakin tanımıyla bağdaşmayan bir yaklaşım sergileyen bu fikri savunmak mümkün değildir. İştirak halinin, cezanın belirlenmesinde uygulama sırasını belirleyen TCK'nın 61/5. maddesi hükmü ile fail sayısının fazla olması durumunda (suçun işlenmesi için gerekli olan sayıdan fazla), suçun işlenme biçimine göre cezanın belirlenmesi konusu, birbiri ile çelişmez. Aksi halde iştirakin her halini (Örneğin; kasten yaralama suçunun iki kişiyle ya da yedi kişiyle işlenmiş olmasını) aynı şekilde cezalandırmak gibi bir sonuca varılır ki bu da cezanın belirlenmesi açısından suçların ve iştirak hallerinin çeşitliliği ile bağdaşmaz. Suçun iştirak durumunda işlenmesinin suçun unsuru veya nitelikli şekli olması durumlarında, bu konunun cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir. Çifte değerlendirme yasağı bu böyle bir uygulamaya izin vermemektedir. İştirakin suçun nitelikli hali olarak düzenlenmediği durumlarda suçun birden fazla kişiyle işlenmesi faillerin kriminal enerjilerini ve kasta dayanan kusurlarının ağırlığını ortaya koyduğundan cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

TCK'nın 38/3. maddesinde iştirak eden suç ortaklarından birinin itirafına bağlanan sonuç niteliğindeki bir neden düzenlenmiştir. Bu maddede; "*Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir,*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebe, etkin pişmanlık hükmü

---

<sup>1141</sup> Üzülmez, 2006: 224

<sup>1142</sup> Özen, 2009: 99

niteliğinde, ilişkindir. Bu durumun TCK'nın 61/5. maddesi çerçevesinde cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler bağlamında değerlendirilmesi gerekir<sup>1143</sup>.

Suçun kanunda belirtilen tanımındaki tipik hareketleri gerçekleştiren kişi, fiil üzerinde hâkimiyet kurması nedeniyle fail olarak, fiilin kanundaki cezasıyla cezalandırılacaktır<sup>1144</sup>. Bu şekliyle faillik şeklindeki iştirak, artırım veya indirim nedeni değildir. Ancak kanunda belli suç tiplerinin, birden fazla kişi ile (iştirak durumunda) işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiş olabilir<sup>1145</sup>. Bu durumlarda, iştirak durumunda işlenmesi nedeniyle temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmayacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır. İştirak durumunda işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmediği, kasten yaralama gibi, suçların birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi durumunda, hâkim, TCK'nın 61/1. maddesindeki “suçun işleniş biçimi” kriterini, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alabilecektir<sup>1146</sup>. Kanaatimizce, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin (iştirak durumunda) nitelikli hal olarak düzenlenmediği durumlarda, bu konu, cezanın belirlenmesinde, “suçun işleniş biçimi” nedeniyle, temel cezanın belirlenmesinde etkili olabilecek, ancak bu her zaman alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin etmeye gerekçe olmamalıdır. Bu neden, her zaman cezayı artırıcı olarak görülemez. Öyle durumlar söz konusu olabilir ki; iştirak halinde suçun işlenmiş olması, cezanın alt sınırdan verilmesini zorunlu kılabilecektir. Örneğin, faile yardım eden kişinin beceriksizliği yüzünden suçun işlenmesinin zorlaşması ya da faillerin yakalanması durumunda, fiili gerçekleştirmedeki kararlılık açısından kasta dayanan kusurun ağırlığı cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir. Ancak aynı zamanda yardım edenin fiilin meydana gelmesine olumsuz katkısı da cezanın belirlenmesinde failler lehine değerlendirilebilecektir. Bu nedenle hâkim, cezayı belirlerken fiilin iştirak halinde işlenmiş olmasının somut olaydaki etkisini dikkate alarak karar vermelidir.

İştirak şekillerinden azmettirmenin cezası da, kural olarak asıl faile verilen ceza ile aynıdır. Azmettiren kişinin, alt ve üst soy ilişkisinden doğan nüfuzunu kötüye kullanılması suretiyle azmettirmesi ya da azmettirilenin çocuk olması durumunda, asıl faile verilecek ceza üzerinden üçte birden yarıya kadar artırım yapılacaktır. Bu artırım, TCK'nın 61/5.

---

<sup>1143</sup> Özgenç, 2011: 741

<sup>1144</sup> Özgenç, 1996: 136

<sup>1145</sup> Örneğin; konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 119/1/b), yağma (TCK m. 149/1/c) gibi.

<sup>1146</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 576

maddesinin uygulanacağı bu aşamada dikkate alınacaktır. Burada artırım oranı, azmettirilen kişinin yaşı ve aralarındaki alt-üst soy ilişkisi dikkate alınarak belirlenebilecektir. Bu durum, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalı, artık bu aşamada değerlendirilmelidir. Hem temel ceza belirlenirken hem de bu aşamada dikkate alınırca çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur<sup>1147</sup>.

Yardım etme şeklindeki iştirak hali de, cezada indirim öngörülen bir hal olarak TCK'nın 39. maddesinde *“Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez,”* şeklinde düzenlenmiştir. Asıl cezanın ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis olması dışındaki haller için yardım edene, temel ceza olarak en fazla sekiz yıl hapis cezası verilebilecektir. Buradaki artırım oranına etki edecek konu, yardımın suçun işlenmesine olan katkısı olabilecektir. Bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmışsa, artık bu aşamada bir kez daha değerlendirilmeyecektir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur<sup>1148</sup>.

Dolaylı faillik olarak ifade edilen; bir başkasının suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile, suçun asli faili gibi ceza verilecektir. Ancak isnat yeteneği olmayan birinin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda dolaylı faile, fail gibi verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. TCK'nın 61/5. maddesi hükmüne göre, dolaylı faillik bu aşamada dikkate alınacaktır. Alt ve üst sınır arasında (1/3'ten 1/2'ye kadar) artırımın yapılmasında nelerin etkili olacağı kanunda belirlenmemiştir. Hâkimin, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin durumuna göre bir değerlendirme yaparak, artırım oranını belirlemesi beklenir. Bu durum, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmışsa artık bu aşamada bir kez daha değerlendirilmeyecektir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur<sup>1149</sup>.

---

<sup>1147</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 577

<sup>1148</sup> Toroslu, 2010: 211

<sup>1149</sup> Toroslu, 2010: 211

### dd. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesidir. 765 sayılı TCK aynı suçun bir kararla farklı kişilere karşı işlenmesini zincirleme suç olarak kabul etmekteydi. 5237 sayılı TCK ise aynı suçun aynı kişiye karşı işlenmesi şartını aramaktadır<sup>1150</sup>.

Cezanın belirlenmesi aşamasında cezaya etki eden nedenlerden teşebbüs ve iştirakten sonra uygulama sırasında zincirleme suç yer almaktadır. 765 sayılı Kanun döneminde de zincirleme suç (m. 80) iştirakten sonra uygulanmaktaydı. Zincirleme suç, 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır,”* şeklinde düzenlenmiştir. Zincirleme suç halinde cezada belli oranda artırım öngörülmüştür. Zincirleme suç açısından, suçun temel şekli ile nitelikli hali aynı suç sayılmaktadır. Suçun nitelikli hali ile temel şekli zincirleme suçta birleşmişse nitelikli hale göre belirlenecek ceza üzerinden, TCK'nın 43/1. maddesine göre artırım yapılacaktır. Cezayı hafifleten nitelikli hal ile suçun temel şekli birleşmişse, suçun temel şekline göre belirlenecek ceza üzerinden TCK'nın 43/1. maddesine göre artırım yapılacaktır. Bu artırımlar TCK'nın 61/5. maddesi hükmüne göre, cezaya etki eden nedenler aşamasında, iştirakten sonra haksız tahrikten önce uygulanacaktır<sup>1151</sup>.

Cezanın belirlenmesi aşamalarında iştirakten sonra içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmesine karşın, TCK'nın 61/5. maddesi, içtima yerine zincirleme suç terimini kullanmıştır. Suçların içtimasında, bileşik (mürekkep) suç ve farklı neviden fikri içtima hallerinde kişi işlediği suç nedeniyle tek bir cezaya muhatap olmakta bu ceza üzerinden herhangi bir artırım ya da indirim söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle TCK, bilinçli olarak zincirleme suç terimini seçmiştir.

TCK'nın 297. maddesi'nde; *“İnfaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş*

<sup>1150</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 437;

<sup>1151</sup> “Verilen zarar miktarı gözetilerek TCK'nın 61/1-e maddesi uyarınca temel cezanın asgari haddin üzerinde tavin edilmesi gerektiği ve suç sayısı ile suçların işleniş biçimi dikkate alınarak TCK'nın 43/1. maddesi ile cezanın artırımı sırasında makul bir oranda artırım yapılması gerekirken en alt oranda artırım yapılarak noksan ceza tayini, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 11. CD, 18.2.2009, 2008/18420, 2009/1219 (Bakıcı, 2010: 272)

“5237 sayılı TCK m. 61/5 hükmüne aykırı olarak, 43. maddenin, 39. maddeden önce uygulanması davranılması...” 4. CD, 27.3.2007, 2007/32-2797 (Yaşar/Gökcan/Artaç, 2011: 2054)

*yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç oluşturduğu takdirde; fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılır*”, hükmü yer almaktadır. Bu fıkra hükmüne göre; en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı bir ceza belirlenecek ve bu belirlenecek ceza yarı oranında artırılacaktır. İleri sürülen bir fikre göre bu artırma “cezanın belirlenmesine ilişkin olarak izlenecek sürecin bu aşamasında” (TCK’nın 61/5. maddesindeki cezaya etki eden nedenlerin uygulandığı aşamada) yapılacaktır<sup>1152</sup>.

Kanaatimizce, bu fikre katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; kanun koyucu bu maddede suçun konusunun önemine ve meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, fikri içtima kurallarıyla belirlenecek olan en ağır cezanın da burada yeterli olmayacağını düşünmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu, fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek cezanın yarı oranında artırılacağını ifade etmiştir<sup>1153</sup>. Cezanın bu şekilde tespiti, kanun koyucunun ceza siyasetinin sonucudur. Burada yapılan yarı oranında artırma, kanunun iki ayrı hükmünün ihlal edilmesi temel fikrinden kaynaklanmakta ise de, içtimanın genel prensibinde böyle bir artırım bulunmamaktadır. Burada yapılan işlem, TCK’nın 61/1. maddesine göre temel cezanın belirlenmesi ve olası kast etkisinden sonraki suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halinin uygulamasından ibarettir. Burada yarı oranında artırma yoluna gidilmesi “hangi eşya nedeniyle başka hangi kanun hükümlerinin ihlal edileceğinin öngörülmesinin mümkün olmamasının” bir sonucudur. Bu nedenlerle, bu maddedeki yarı oranında artırım, suça etki eden nitelikli hal olarak telakki edilmeli ve cezanın belirlenmesi konusunun bir önceki aşaması olan “suça etki eden nedenlerin etkisi” başlığında ve sıralamasında yer almalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında<sup>1154</sup>, “Yakınanın evinden para, cep telefonu ve oto anahtarını alıp, bu anahtarla evin önünde otoyolu çalmak biçiminde gerçekleşen olayda eylemin tek suç oluşturduğuna” hükmederek, itirazı reddetmiştir. CGK, bu kararda “suça vasıf verilirken eylem bütünlüğü içindeki en ağır niteliğe dayanılması icap ettiği ve 61.

<sup>1152</sup> Özgenç, 2011: 741; Zincirleme suç ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut Berrin, (2004), “Zincirleme Suç-Fikri İçtima”, in: Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) S:2, s.163, Sonbahar 2004.

<sup>1153</sup> “İnfaz kurumu veya tutukevine sokulan veya bulundurulmuş eşyanın silâh, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı olması hâlinde verilecek ceza belirlenmiştir. Ancak, bunlardan silâhın, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin temin edilmesi ya da bulundurulması esasen suç teşkil etmektedir. Bu durumda fikri içtima hükümlerine göre fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak, bu şekilde belirlenen ceza, fıkroda belirtilen oranda artırılacaktır.” (TCK m. 297/2 madde gerekçesi)

<sup>1154</sup> CGK, 6. CD’nin 29.5.2007 tarih ve 2007/734-6780 sayılı Kararına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine verdiği 2.10.2007 tarih ve 6-195-197 sayılı kararı

maddeye göre bu durumun cezanın tespitinde göz önünde bulundurulması gereğine” işaret etmiştir<sup>1155</sup>. Kanaatimizce buradaki tartışma, mahkemelerin cezayı alt sınırdan verme eğiliminin tezahürüdür. Eylemin tek bir suç oluşturduğu gayet açık olmasına karşın, zincirleme suç sayma yönündeki yerel mahkeme kararı, somut olayda cezanın daha fazla verilmesi gerektiği fikrine, ancak aynı zamanda alt sınırdan uzaklaşmama eğilimine dayanmaktadır. Hâlbuki mahkeme, somut olayda otomobilin de çalınmış olması nedeniyle “meydana gelen zararın ağırlığı” kriterine dayanarak, alt sınırdan uzaklaşarak bir ceza tespit etmiş olsa idi, tek eylemi zincirleme suç sayma yoluna gitmek durumunda kalmayacaktı.

Yargıtay’a göre,<sup>1156</sup> “cinsel saldırı suçunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasar ancak bir kez oluşacağından, zincirleme şekilde bu suçun işlenmesi durumunda, zincirleme suç hükmünün bu ağırlaşmış neden üzerinden değil bu aşamadan evvel uygulanarak bunun sonuç cezaya eklenmesi suretiyle bulunması gerekir”<sup>1157</sup>. Kanaatimizce bu uygulama TCK’nın 61/5. maddesi hükmüne aykırıdır. Çünkü zincirleme suç nedeniyle yapılacak artırım, temel cezanın belirlenmesi, suçta olası kast bilinçli taksir varsa onun etkisinin yansıtılması, suçun nitelikli hali varsa onun uygulanması aşamalarından sonra, varsa teşebbüs ve iştirak hükümlerinin de uygulanmasından sonra gündeme gelmektedir. Ceza adaleti mülahazalarıyla kanunun açık hükmünün ihlali mümkün olmamalıdır. Kaldı ki tıp bilimi açısından düşünüldüğünde mağdurun beden ve ruh sağlığının, failin ilk eylemi ile birlikte mutlaka bozulacağı sonucunu kabul etmek her zaman mümkün değildir.

### **ee. Haksız Tahrik**

Kusurluluğu azaltan bir neden olan haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ve elemin etkisiyle suç işlemesidir. Haksız tahrike maruz kalan kişide kusur yeteneği azalmış, normal bir kişiye nazaran davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmiştir. Kişinin iradesinde haksız tahrik nedeniyle bir azalma meydana gelmiş ve bu durum kişinin suç işlemesini adeta kolaylaştırmıştır<sup>1158</sup>.

Zincirleme suçtan sonra cezaya etki eden nedenlerden biri olan haksız tahrik uygulanacaktır. 765 sayılı TCK döneminde de haksız tahrik (m. 51) zincirleme suçtan sonra

<sup>1155</sup> Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1038

<sup>1156</sup> YCGK, 2007/5-142-240 sayılı Kararı

<sup>1157</sup> Gerçekler, 2011: 844

<sup>1158</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 292

uygulanmaktaydı. Haksız tahrik, TCK'nın "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" bölümünde 29. maddede, "*Haksız bir filin meydana getirdiği şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir,*" şeklinde düzenlenmiştir.

Haksız tahrik, kural olarak tüm suçlar açısından geçerli olan genel bir indirim nedenidir. 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinin aksine, haksız tahrikin hafif ve ağır olması ayrımını yaparak düzenleme yoluna gitmemiştir. Ancak buradaki alt ve üst sınır arasındaki indirim yine de haksız tahrikin ağırlığına göre belirlenecektir<sup>1159</sup>. Bu durumda haksız tahrikin ağırlığının TCK'nın 61/1. maddesi hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır<sup>1160</sup>. Kişinin, haksız tahrikin maddi şartlarında hataya düşmüş olması hali de, bu bağlamda değerlendirilmelidir. Fail, haksız tahrikin şartlarının oluşmamasına karşın bu şartların gerçekleştiğini zannederek suç işlemiş olabilir. Kişi, kendi koşulları itibarıyla hatası kaçınılmaz ise, bu hatasından yararlanacaktır. Bu halde TCK'nın 30/3. maddesi hükmüne göre kişinin cezasından olayda sanki haksız tahrik varmış gibi indirim yapılacaktır<sup>1161</sup>. Yargıtay, haksız tahrik nedeniyle indirim yapılması durumunda, tahrike neden olan hareketin boyutu, mahiyeti, devam edip etmediği, sanık üzerindeki etkileri, yarattığı elem, üzüntü, öfke ve gazabın derecesinin<sup>1162</sup> dikkate alınması gerektiği görüşündedir<sup>1163</sup>.

<sup>1159</sup> "5237 sayılı TCK m. 61/5 hükmüne aykırı olarak yaş küçüklüğü nedeniyle yapılan indirimin, haksız tahrik indiriminden önce uygulanması suretiyle sıralama hatası yapılarak sanığa fazla ceza verilmesi..." 1. CD, 17.4.2007, 2007/2721-2908 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2054)

<sup>1160</sup> Koca/Üzülmez, 2012:577

<sup>1161</sup> Özgenç, 2011:742

<sup>1162</sup> Örneğin, kasten öldürme fiilinin sözlü hakaret nedeniyle gerçekleştirilmesi ile kendisine tokat atılması nedeniyle gerçekleştirilmesi nedeniyle işlenmesi arasında haksız tahrik indirimi açısından fark olacaktır.

<sup>1163</sup> "Kabul ve dosya içeriğine göre sanığın oğluna yönelik basit derecede etkili eylem ile kendisine yapılan hakaret nedeniyle oluşan tahrikin daha ağır sonuçlar oluşturabilecek davranışlar dikkate alındığında hakkaniyet ve nesafet kuralları ile makul oran yerine üst düzeyde indirim yapılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." 1. CD, 15.1.2008, 2006/7717, 2008/8 (Bakıcı, 2010: 267)

"Sanığın, nakliye komisyoncusu olan ve mallarının kaybolmasından sorumlu tuttuğu maktulle tartışmaya başladığı, maktulün küfretmesi üzerine de tabanca ile ateş ederek öldürdüğü olayda, haksız tahrik nedeniyle yapılan indirimin asgari düzeyde olması gerekirken yazılı şekilde on beş yıla hükmolunması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." 1. CD, 25.1.2008, 2007/4611, 2008/322 (Bakıcı, 2010: 268)



## ff. Yaş Küçüklüğü

Cezaya etki eden bir neden olarak, haksız tahrikten sonra yaş küçüklüğü uygulanacaktır. 765 sayılı Kanun döneminde de yaş küçüklüğü (m. 54-55) haksız tahrikten sonra uygulanan bir nedendi. Yaş küçüklüğü, haksız tahrikte olduğu gibi aynı bölüm başlığı altında TCK'nın 31. maddesinde, *“Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz”,* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddede, çocukların<sup>1164</sup> yaşları esas alınarak ceza sorumlulukları bulunan çocuklar açısından ikili düzenleme yapılmıştır. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar (TCK m. 31/2) ile fiili işlediği sırada onbeş yaşını

---

“Sanığın eşi Emine'nin maktul ile rızaya dayalı ilişkisi olduğu, olaydan önce sanığın maktul hakkında Cumhuriyet Savcılığına yaptığı suç duyurularının takipsizlik kararı ile sonuçlandığı, maktulün Emine'ye ait iç çamaşırlarını sanığın evinin önüne astığı, olaydan üç gün önce Emine'nin maktul ile birlikte ilçeye giderek sanık aleyhinde şiddetli geçimsizliğe dayalı boşanma davası açtığı, olay günü bunu öğrenen sanığın eşi Emine ile konuşmak amacıyla kayınpederine ait eve geldiği, Emine'yi dövdüğü, Emine'nin telefonla haber vermesi üzerine olay yerine gelen maktulün Emine, Emine diye seslenerek sanık hakkında sinkaf ettiğim yine karıyı dövmüş karı dövmek neymiş göstereceğim artık o karı benim dediği bunun üzerine sanığın harman yerindeki maktulün yanına gelerek av tüfeği ile iki el ateş ederek öldürdüğü olayda, hak ve nesafet kuralları gereğince haksız tahrik uygulamasında azami indirim yapılması gerektiği düşünülmeden, yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi...” 1.CD, 18.1.200, 2007/1975, 2008/105, (Bakıcı, 2010: 268)

<sup>1164</sup> Ceza yasalarının uygulanmasında çocuk deyiminden, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır (5237 sayılı Yasa m. 6/1-b). 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder (m. 3). TCK m. 31/1'e göre 12 yaşından küçük çocukların ceza sorumlulukları yoktur.

doldurmuş olup on sekiz yaşını doldurmamış olanlar (TCK m. 31/3) şeklinde ikili ayrıma gidilmiştir. Her iki grup çocuk bakımından cezalarda indirim öngörülmüştür. Birinci gruba dahil olanlarda indirim diğerlerine göre daha fazladır.

Sağır ve dilsizler açısından TCK'nın 33. maddesinde, “*Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır*”, şeklinde düzenleme yapılmıştır. Sağır ve dilsizlerin cezai sorumlulukları bakımından yaşlarına bağlı olarak düzenlemeler öngörüldüğünden, cezanın belirlenmesinde yaş küçüklüğü olarak değerlendirilip, aynı sırada işlem görmeleri gerekir<sup>1165</sup>.

İster sağır dilsizler hakkında ister diğer yaşı küçükler hakkında olsun hâkim, yaş nedeniyle ceza indirimini yaparken failin durumunu göz önünde bulunduracak, failin irade durumuna veya algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin gelişmişlik düzeyine göre bu belirlemeyi yapacaktır<sup>1166</sup>.

### **gg. Akıl Hastalığı**

Yaş küçüklüğünden sonra, cezayı etkileyen neden olarak akıl hastalığı, kanunun sıralamasında yer almaktadır. Akıl hastalığı 765 sayılı TCK'da da yaş küçüklüğünden sonra uygulanmaktaydı (m. 29/5). Akıl hastalığı 5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler bağlamında, TCK'nın 32. maddesinde, “*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere*

<sup>1165</sup> TCK'nın 33. maddesine göre, çocuklar için öngörülen yaşlara üçer yaş eklenmek suretiyle ceza sorumluluklarına aynı sonuçlar bağlanmıştır

<sup>1166</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 579

*indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir,”* şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 32/1. maddesine göre, tam akıl hastalarına ceza verilmeyeceği, 2. fıkrasına göre, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye ceza verilirken indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Kanunun düzenlemesi dikkate alındığında kusur yeteneğinin azalma derecesi, akıl zayıflığının failin algılama veya irade yeteneği üzerindeki etkisi, göz önünde bulundurularak maddede belirtilen oranlarda cezada indirim yapılacaktır<sup>1167</sup>.

### **hh. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Kişisel Nedenler**

Ceza belirlemede yaş küçüklüğünden sonra, cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel nedenler uygulanacaktır. 765 sayılı TCK'da bu kavrama yer verilmemişti. Suçun işlenmesi sırasında gerçekleşen ve suçun nitelikli halini gösteren nedenlerin suçu etkileyen nedenler olduğu incelenmiştir. Diğer bazı tür nedenler ise, suç işlendikten sonra gerçekleşirler ve cezada indirim yapılmasını ya da ceza verilmemesini gerektirirler. Bunlar suçu etkileyen nedenler değil, *cezada indirimi gerektiren kişisel nedenler* olarak tanımlanırlar. TCK'da “*etkin pişmanlık*”, “*zorunluluk hali*”, “*şahsi cezasızlık nedeni*” ya da “*cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel nedenler*” başlıkları altında düzenlenen nedenler bu türdendir<sup>1168</sup>. Örneğin; organ veya doku ticareti suçunda fail, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu yetkililere haber vererek suçluların yakalanmasını kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükmolünmayacağı (TCK m. 93/1), aynı hareketi, haber alındıktan sonra yapması durumunda ise cezada dörtte birden yarısına kadar indirim yapılacağı (TCK m. 93/2) öngörülmüştür. Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi durumunda, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza verilmekten de vazgeçilebilir (TCK m. 147). Yalan yere yemin suçunda (TCK m. 275) ise, cezada indirim öngören kişisel neden ayrı bir maddede değil, suç tanımının yapıldığı madde içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre, dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeğin söylenmesi durumunda, ceza vermektен vazgeçilebilir. Hükmün icraya konulmasından veya kesinleşmesinden önce gerçeğin söylenmesi durumunda, verilecek cezanın yarısı indirilir.

<sup>1167</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 312

<sup>1168</sup> 5237 sayılı TCK'nda, cezada indirimi öngören etkin pişmanlık içeren maddeler 93, 110, 168, 192, 201, 221, 248, 254, 269, 274, 293; cezada indirimi öngören zorunluluk hallerini gösteren maddeler 92/1, 147; cezada indirimi öngören şahsi cezasızlık nedenlerini gösteren maddeler 167, 273 olarak düzenlenmiştir.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel nedenler, suçun işlenmesi sırasında mevcut olmaları veya suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkmalarına göre cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bir suçta cezada indirimi gerektiren birden fazla kişisel neden bulunması durumunda (Örneğin; yakın akraba arasında işlenen hırsızlık suçunda çalınan eşyanın iadesi söz konusu ise hem TCK'nın 167 hem de 168. maddeleri hükümleri uygulanacaktır), hangisinin önce uygulanacağı hakkında kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Failin lehine olacak şekilde yapılacak uygulama adalet duygularına ve orantılı ceza ilkelerine uygun düşecektir.

TCK'nın 61/5. maddesinde düzenlenen bu nedenlerin, cezanın belirlenmesinde en son uygulanmalarının sebebi, 765 sayılı TCK'nın mehzası olan İtalyan Ceza Kanunu (İCK) gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre; cezaya etki eden bazı durumların birleşmesi durumunda, bu nedenlerin farklı sırada uygulanmaları durumunda farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Böyle bir farklı uygulama keyfiliğe neden olabilecektir. Bunun önüne geçmek için belli bir sırada bu nedenlerin uygulanması istenmiştir. Bu nedenlerin tamamı artırım ve indirim nedeni şeklinde olup, verilecek cezanın değiştirilmesi suretiyle uygulandığı için, öncelikle bir cezanın tespit edilmiş olması gerekir. Bu nedenler ancak bu belirlenmiş cezalar üzerinden uygulanabilecektir<sup>1169</sup>. Kanaatimizce, buradaki açıklama ve gerekçe, cezaya etki eden nedenlerin uygulanmasında bir sıralamanın belirlenmesinin gerekliliği açısından yeterli olsa da, cezaya etki eden nedenlerin niçin suça etki eden nedenlerden sonra uygulandığını açıklamaktan yoksundur. Buradaki ifade suça etki eden nedenlerin daha çok fiile ilişkin olması, cezaya etki eden nedenlerin ise faile ilişkin olması şeklinde değerlendirilebilir.

Hâkimin TCK'nın 61/5. maddesinde belirlenmiş olan sıraya uymaması cezanın farklı olarak hesaplanmasına neden olabilecektir. Hâkimin bu sıralamaya riayet etmemiş olması, sonuç cezaya etkili oluyorsa, Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmaktadır<sup>1170</sup>.

Zorunluluk halinin kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran neden olarak hâkime takdir yetkisi verdiği durumlarda (Örneğin; TCK m. 92, 147 gibi), hâkim bu nedeni kusurluluğu azaltan neden olarak kabul ettiği takdirde indirimi TCK'nın 61/5. maddesi hükmüne göre yapacaktır. TCK'nın "Azmettirme" başlıklı 38/3. maddesinde, azmettirmenin

<sup>1169</sup> Erem, 1946: 1170

<sup>1170</sup> "5237 sayılı TCK'nın 61. maddesindeki sıraya aykırı olarak 150/2. maddesinin 31/3 maddesinden sonra uygulanması sonuç cezaya müessir bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Yar. 5. CD, 2.5.2007, 2477/3167 (Artuç/Akkaya/Gedikli, 2008: 368)

belli olmaması halinde bu kişinin ortaya çıkarılmasına yardım eden fail için bir indirim düzenlenmiştir. Etkin pişmanlığın bir türü olan bu konunun TCK'nın 61/5. maddesinde söz konusu edilen cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Malvarlığına karşı işlenen suçların belli akrabalık ilişkisi içerisinde olanlar arasında işlenmesi halinde yapılacak indirim de TCK'nın 61/5 maddesindeki bu hükme göre olacaktır. Aynı şekilde etkin pişmanlık mahiyetindeki hükümler de (Örneğin; hırsızlık suçunda malın iade edilmesi gibi) bu aşamada uygulanacaktır<sup>1171</sup>.

## ii. Hâkimin Takdir Yetkisiyle Ceza İndirimi

### aaa. Genel Olarak

Suç işleyen kimse, önceden tespit edilerek kanuna konulmamış birçok sosyal, ekonomik ve psikolojik etkiler altında bulunmaktadır. Hâkimin, sanığın içinde bulunduğu bu özel durumu düşünmeksizin, kanunda yazılı cezaya hükmedip bununla yetinmesi adalet duygularına uygun düşmeyeceğinden cezayı azaltan takdir sebebi müessesesi kanunda düzenlenmiştir. Cezanın bireyselleştirilmesine asıl özelliğini veren kurum olması nedeniyle ayrı bir öneme haizdir. Davaya bakan hâkim, sanığın suçu işlemeyen önce veya işlediği sırada maruz kaldığı sosyal, ekonomik ve psikolojik etkileri göz önünde bulundurmak suretiyle cezayı azaltıcı takdiri nedenin varlığını kabul edebilir<sup>1172</sup>.

Hâkimin takdir yetkisinin gerekliliğini YCGK bir kararında<sup>1173</sup>, “Bütün suçların gerçekleştirilme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi, failerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik durumları da birbirinin aynı değildir. Bu nedenledir ki fiil ile karşılığı olan yaptırım arasındaki denge kurulabilmesi ve cezanın kişiselleştirilebilmesi bakımından hâkime bazı olanaklar sağlanmıştır. Bunlar değişik yaptırımlardan birini seçebilme, kanun koyucunun alt ve üst sınırı gösterdiği durumlarda temel cezayı bu sınırlar arasında belirleyebilme, hürriyeti bağlayıcı cezayı güvenlik tedbiri veya para cezasına dönüştürebilme gibi olanaklardır,<sup>1174</sup>” şeklinde açıklamıştır:

Cezayı azaltıcı takdiri nedenin varlığını kabul etmek ve bunu uygulamak tamamen hâkime aittir. Sanık, müşteki, tanık ile yüz yüze olan ve duruşmayı idare eden, orada cereyan

<sup>1171</sup> Özgenç, 2012: 759

<sup>1172</sup> Sanal, 1965: 1015

<sup>1173</sup> CGK, 29.11.2005, 8-141/149

<sup>1174</sup> Artuç/Akkaya Gedikli, 2008: 378

eden olaylara vakıf olan hâkimin, cezayı azaltıcı neden olarak takdir sebebi olup olmadığını bizzat belirlemesi, adalet duygusuna daha uygun düşecektir<sup>1175</sup>. Bununla birlikte Yargıtayın bu yöndeki uygulamalara müdahale niteliği taşıyan, takdiri indirim nedeninin uygulanması zorunluluğu yükleyen kararlar verdiği görülmektedir<sup>1176</sup>. Aslında subjektif bir keyfiyet bulunması nedeniyle, duruşma hâkiminin cezayı azaltıcı mahiyette görmediği bir nedenin, Yargıtay tarafından uygulanmasının zorunluluk olarak görülmesi doğru değildir<sup>1177</sup>. Ancak bu konuda Yargıtay'ın değişik içtihatları da mevcuttur<sup>1178</sup>.

Takdiri indirim nedeni, cezanın sanığa uydurulmasına ve bireyselleştirilmesine daha fazla olanak sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir kurumdur<sup>1179</sup>. Bazen kanun, suç için tamamen sabit bir ceza öngörmüş de olabilir. Bu durumda hâkimin takdir yetkisi daha başka bir önem kazanmaktadır<sup>1180</sup>. Burada hâkime kanuni artırım ya da indirim nedenleri yanında takdiri nedenler göstererek cezada indirim yapabilme yetkisi verilmiştir<sup>1181</sup>. Kanun koyucu bir suç için alt ve üst sınırlar arasında bir ceza öngörse ve belli kriterlere göre bu aradaki somut cezayı hâkim belirlese bile, cezanın tamamen failin kişiliğine uygun hale getirildiğinden bahsedilemez. Bu nedenle, hâkime takdiri indirim yetkisi tanınması kaçınılmazdır<sup>1182</sup>.

Takdiri indirim nedenlerinin kabul edilmesinin, akıl ve mantık işi olan adalet dağıtılmasının, kalp ve merhamet sorununa dönüştürüldüğü ve adalete olan güveni sarstığı

<sup>1175</sup> Gerçekler, 2011: 840; Sanal, 1965: 1018

<sup>1176</sup> “Altı yaşındaki mağdurun ırzına geçtikten sonra, delilleri ortadan kaldırmak için taşla kafasını ezerek, parçalayıp öldüren sanıklar hakkında takdiri hafifletici nedeni uygulanamaz.” Yar. 1. CD, 18.07.1986, 1805/2470 kararın tam metni için bkz. Yüksel Turgut, “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre İlgili Genel Hükümler Işığında Adam Öldürme, Yaralama, İntihara Yönlendirme, İşkence ve Eziyet Suçları”, İstanbul 2007 s. 486-487

<sup>1177</sup> “Takdire bağlı tahfif nedenlerin mevcut olup olmadığının takdiri mahkemeye aittir.” 1. CD 12.1.1943, 2515/3120; “Mağdurun borcunu vermemesinden hadiseye neden olduğu anlaşılmasına göre cezayı tahfife yer olup olmadığının tartışılması yolsuzdur.” 2. CD, 25.5.1949, 5863/5803

<sup>1178</sup> “5237 sayılı TCK’nın 62. maddesi uygulamada bir atıfet maddesi olmayıp koşulları mahkeme heyetince oluşturduğu kanaatine varıldığı takdirde uygulanan yasa maddesi olması karşısında mahkeme heyetince uygulama koşulları oluşmadığı kanaatine varıldığından sanık hakkında TCK m. 62 hükmünün uygulanmasına yer olmadığına şeklinde açıklama yapmak suretiyle uygulamadığı ve bu konuda direndiği somut olayda uygulamama nedenlerinin denetime elverecek şekilde açıkça gösterilmemiş olması yasaya aykırıdır.” 07.07.2009, 2009/9-62-191

<sup>1179</sup> Hâkimin takdir yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünsal, Levent, “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri ve TCK Madde 59”, AD, Y: 93, S:12, Ankara 2002 s. 568

<sup>1180</sup> Erem, 1946: 357; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 889; Öztürk/Erdem, 2005: 321; Sanal, 1965: 1015

<sup>1181</sup> “TCK’nın 59. maddesinin (karşılığı 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesi) uygulanması ve uygulanmaması isteğe bağlı olmayıp, yargıcın takdirine bağlıdır.” Yar. 2.CD. 29.6.1994, 1994/8051-7501, YKD, 1994-12-1977.

<sup>1182</sup> Artuk, 2006: 16; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 889-890

iddia edilmişse de diğer ceza indirimleri adalete olan güveni sarsmadığı gibi, takdiri nedenin varlığı da adalete olan güveni sarsmamaktadır<sup>1183</sup>. Hâkime takdiri indirim yetkisi tanımının, kanun koyucunun sorun karşısındaki aczinin göstergesi olduğu da savunulmuştur. Takdiri indirim sebebi, medeni hukukta olduğu gibi bir boşluk doldurma yöntemi değildir. Aksine, vaka hâkiminin faile uygun cezayı belirlerken kullanması gereken araçlardan biri olmasının doğal sonucudur<sup>1184</sup>.

Hâkimin takdir yetkisi, TCK'nın 61/5. maddesi hükmü gereğince cezaya etki eden nedenler içerisinde en son uygulanacaktır. Sıralama bu şekilde olsa da, hâkimin takdir yetkisinin TCK'nın 62. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması, kriterlerinin ve şartlarının ayrı ve genellikle failin kişiliği ile ilgili olması nedeniyle, bu konunun ayrı bir başlık altında ve ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Takdiri indirim, 765 sayılı TCK'da da, cezada indirim nedeni olarak düzenlenmişti ve hangi sırada uygulanacağı gösterilmişti<sup>1185</sup>. 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedeni, 29. maddenin 5. fıkrası hükmü karşısında, cezanın belirlenmesinde uygulanan son neden olmayıp, bundan sonra varsa cezada artırımı öngören tekerrür hükmü uygulanmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da ise tekerrürün cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmemesinin bir sonucu olarak, takdiri indirim nedeni cezayı etkileyen son neden olarak uygulanmaktadır. Yargıtay, bu nedenin cezaya etki eden diğer nedenlerden sonra uygulanmış olmasını (kanuni sıraya riayet edilmesini) denetlemekte, ancak sıralamaya uyulmamış olması, cezanın hesaplanmasında sonuca etkili değilse bozma nedeni yapmamaktadır<sup>1186</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 62. maddesi; *“Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine*

<sup>1183</sup> Dönmezer/Erman, 1999: 1109

<sup>1184</sup> Ünsal, 2002: 84-85

<sup>1185</sup> 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedeni, 29. maddenin 5. fıkrası hükmü karşısında cezanın belirlenmesinde uygulanan son neden olmayıp, bundan sonra varsa cezada artırımı öngören tekerrür hükmü uygulanmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da tekerrür cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmediğinden, takdiri indirim nedeni son neden olarak uygulanmaktadır.

<sup>1186</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4.2.1997 tarih ve 1997/6-21 E ve 1997/13 K sayılı kararında; 20.5.1957 tarihli ve 1953/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında (İBK) belirtilmiş olan “bir hususun bozamaya neden olması için esasa ve sonuca tesir eder nitelikte olması gerektiği” kuralına atıfta bulunmuştur.

*kadarı indirilir<sup>1187</sup>”. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir”, hükmünü içermektedir<sup>1188</sup>.*

5237 sayılı TCK’nın 62. maddesi, 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinden farklı olarak “*kanuni tahfif nedenlerinden ayrı olarak fail lehine cezayı hafifletecek*” ibaresine yer vermemiştir. maddede bu ifadenin bulunmaması, bu indirim nedeninin kanunda belirtilmiş olan diğer indirim nedenlerinden farklı olarak hâkime tanınmış takdir yetkisi olduğu gerçeğine engel değildir<sup>1189</sup>.

Alman Ceza Hukuku’nda TCK’nın 62. maddesi ile tam uyumlu bir hüküm mevcut değildir. Alman Ceza Kanunu m. 49’da, indirim nedeninin uygulanması öngörülmüş veya buna izin verilmiştir. Bu indirimin nasıl yapılacağı ve hatta ceza vermektен vazgeçebileceği (m. 49/2) veya hapis cezası yerine para cezası verebileceği düzenlenmiştir. Uygulama ve öğretide, Alman Ceza Kanunu m. 49/2’ye göre, indirim nedenlerinin sınırlarının nasıl belirleneceği konusunda örnek bulmak kolay değildir. Buradaki indirim nedenlerinden anlaşılan; teşebbüs, yorum hatası (haksızlık yanılması), aşırı saflık, aşırı güç kullanan görevliye karşı direnme, haksız işleme karşı mühür bozma, kimsenin zarar görmemiş olması nedeniyle tamamlanmış olan bir suçu bildirmeme suçu akla gelmektedir. Bu maddenin bir başka uygulanma alanı da, kovuşturmanın başlamasına kadar meydana gelecek olan etkin pişmanlık halleridir<sup>1190</sup>.

Bu madde öyle bir kural getirmektedir ki; cezanın belirlenmesinde etkili olabilecek olan her konu somut olayda gözden geçirilerek indirim nedeni sayılabilecektir. Böylece daha orantılı ceza belirlemesi mümkün olacaktır. Bu maddenin 1969 yılında kabulünden önce de,

<sup>1187</sup> 5237 sayılı TCK’nın 26.9.2004’te kabul edilen ilk şeklindeki m. 62/1.’deki “beşte ” ifadesi 31.3.2005 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve aynı gün Resmi Gazete’de yayınlanan (Kanunun yürürlüğe girmesini 1.6.2005’e erteleyen) 5328 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle “altıda” şeklinde değiştirilmiştir. Bu şekilde takdiri indirim oranı daha kanun yürürlüğe girmeden altıda bir olarak değiştirilmiştir. Buna neden ceza dava dosyalarının bu nedenle Yargıtay tarafından mutlaka bozulacak olmasının iş yükünü aşırı derecede artıracığı hususudur.

<sup>1188</sup> 765 sayılı TCK m. 59 hükmü, “Kanuni tahfif nedenlerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri nedenler 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”, şeklindeydi.

<sup>1189</sup> Otacı, 2006: 116

<sup>1190</sup> Bergmann, 1988: 6



indirim gerektiren nitelikli haller uygulamada dikkate alınmış, buna gerekçe olarak zamanın 64. maddesi gösterilmiştir. Kanunun bu şekilde belirlediği bir durumda, ortaya sistem ve ilkelerin konulması gerekirken, fakat bu zamana kadar bir düzenleme yapılmamıştır<sup>1191</sup>.

Hâkimin takdiri indirimine gerekçe yapabileceği nedenler, ayrı başlıklar altında aşağıda incelenmektedir.

### **bbb. Failin Geçmişi**

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde temel cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterler arasında sayılmış olan failin geçmişi, sadece failin lehine indirim nedeni olmak üzere 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde takdiri indirim nedeni için bir kriter olarak düzenlenmiştir. Failin geçmişinden kasıt; suçtan önceki hayatı, sabıka durumu, yaşam şartları, suça eğilimi, eylemi gerçekleştirmeden önceki kısa süre içerisindeki davranış biçimleri, kazanılan liyakatleri, felaket hallerindeki katkısı, kamuya yararlı kuruluşlardaki çalışmalar takdiri indirim nedeni<sup>1192</sup> olarak göz önünde bulundurulabilecektir<sup>1193</sup>.

Failin önceki mahkûmiyetinin takdiri indirime mutlaka engel oluşturup oluşturmadığı konusu, başka bir deyişle; hâkimin takdir yetkisini uygulamamasındaki tek gerekçe failin geçmiş mahkûmiyeti olabilir mi, sorusu tartışmalıdır. maddede, sadece failin geçmişi olarak ifade edilmiş olması nedeniyle failin önceki mahkûmiyeti takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Örneğin; failin işlemiş olduğu suçlar arasındaki benzerlikler, çıkar karşılığında çeşitli suçları kolaylıkla işlemesi gibi durumlar takdiri indirimin uygulanmasını engellemektedir. Fakat failin önceki mahkûmiyeti taksirli bir suçtan ise, bu mahkûmiyet yeni işlenen taksirli suçta duruma göre takdiri indirime engel sayılmayacaktır<sup>1194</sup>. Kanaatimizce, hâkim böyle bir durumda somut olayın özelliklerine bakacak ve önceki-sonraki mahkûmiyete konu olan suçların karşılaştırmasını yaparak takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir. Aksi takdirde suçların fail tarafından kolay işlenmesi ya da suçlardaki manevi unsurların paralelliği gibi bir kriter kabul edilmesi mümkün değildir.

<sup>1191</sup> Bergmann, 1988: 52

<sup>1192</sup> Yar. 8. CD, 5.10.2006, 7913/7323

<sup>1193</sup> Meran, 2006: 322; Üzülmez, 2006: 229

Alman Federal Mahkemesi (BGH), bir taksi şoförünün yirmi yıl kaza yapmamış olmasını, lehinde bir neden olarak kabul etmiştir (Maurach, 1958: 668).

<sup>1194</sup> Üzülmez, 2006. 229

Failin sabıkalı olmaması, daha önce ödülleri almış olması, kamuya yararlı işlerde çalışmış olması, uzun yıllar sürücülük yapmış olmasına karşın kaza yapmamış olması takdiri indirim nedeni olarak lehe bir durum kabul edilebilir. Daha önceki suçun zamanaşımına uğraması, suç olmaktan çıkarılması ve iade talebi kabul edilmeyen suç gibi konular aleyhe değerlendirilmemelidir. Kumarbaz olmak, uyuşturucu bağımlısı olmak, alkolik olmak gibi durumlar failin aleyhine sonuç doğurabilecek konulardır. Failin daha önce mahkûmiyet hükümleri almış olması, takdiri indirim nedeninin uygulanmamasına neden olabilir<sup>1195</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda daha önceki mahkûmiyeti bulunan (sabıkası olan) sanığın, daha ağır cezalandırılması gerektiği fikri mevcuttur. Önceleri bu uygulama ceza kanunlarının mükerrerler için özel ağırlatıcı neden getiren özel hükümler bölümünde, daha sonraları ise artık ceza kanunlarının genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Böyle bir hüküm, Alman Ceza Kanunu'na ilk kez 25 Haziran 1969 tarihli reform yasasıyla girmiştir. Buna göre; eğer mükerrerliğin diğer şartları da mevcutsa, cezanın belirlenmesinde artırıcı neden olarak dikkate alınacaktır<sup>1196</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 46/2 maddesi, failin fiilden önceki yaşamının cezanın belirlenmesi şartlarından birini oluşturduğunu açıkça vurgulamıştır. Burada kanun koyucunun kastı, failin fiili ile doğrudan ilgili olmayan şartlardır. Daha önce ceza almamış olmak, önceki sabıkalar ve önceki yargılanmalar burada kastedilen konulardır<sup>1197</sup>. Daha önce hiç ceza almamış olmak, sadece öğretici tarafından değil, Federal Mahkeme'nin de cezanın indirilmesi sebebi olarak kabul ettiği bir durumdur<sup>1198</sup>. Çalışma konusunda tembellik ve alkol bağımlılığı, tembelliğin ilişkilere zarar verdiği durumlar söz konusu değilse, cezanın

<sup>1195</sup> Centel, 2001: 365; Koni, 1956: 3; Özen, 2009: 107

<sup>1196</sup> Schönke, 1944: 244; Waldeyer, 2006: 21

Failin fiiliyle ilgili olan bir ceza mahkemesi kararının herhangi bir kanuni düzenlemeye gerek olmaksızın, şu anki yargılandığı davadaki alacağı cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu soru çok tartışılmakla birlikte kanun koyucu bunu kendine bir görev edinerek, bu etkinin nasıl olacağı konusundaki ilkeleri belirlemelidir. Benzer düzenleme, cezanın belirlenmesi konusundaki özellikli durumlar için de yapılabilir. Alman Ceza Hukuku'nda, bunun aslında ceza hukukundan çok ceza usul hukukunu ilgilendirdiği (yargılamayla ilgili olduğundan) Alman Ceza Kanunu m. 46'da değil, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 262a'ya eklemeye yapılarak gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmuştur. Waldeyer, kanun koyucuya, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 262a hükmü için "Sanık hakkında başka bir ceza davasından verilen ilgili karar mevcutsa mahkeme bunu cezanın belirlenmesinde dikkate almak zorundadır," şeklinde bir hüküm önermiştir (Waldeyer, 2006: 301).

<sup>1197</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 119

<sup>1198</sup> Bruns NSTZ 1981, 81; BGH NSTZ 1988, 70; 1984, 453; 1983, 453; 1982, 376; OLG Düsseldorf StV 1993, 310 (311)

belirlenmesinde etkili olmayacaktır<sup>1199</sup>. Fail, bıçakla birini öldürmeye kalkışmışsa failin önceden de sürekli bıçak kullanmaya eğilimi varsa sıklıkla da bu tip hareketlerde bulunuyorsa cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır<sup>1200</sup>. Aynı düşünce alkol bağımlılığı açısından da geçerlidir<sup>1201</sup>.

**Failin önceki suçları ve daha önceki belirtiler (uyarı, sinyaller);** Failin daha önce de bu suçla ilgili davranışlarda bulunmuş olması (suç işleme, yargılanma veya benzer ilişkiler), cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Burada hangi nedenlerin hangi gerekçeyle karara esas alınacağına iyi analiz edilmesi gerekir. Failin önceki suçla ilgili davranışları iki şeyi ortaya koymaktadır; öncelikle birden fazla suçla ilgili olması nedeniyle kusuru artmaktadır ve kendisine yapılan uyarılara da (Örneğin; önceki yargılanma, mahkûm olma ya da cezanın infazına) aldırmaz etmemektedir<sup>1202</sup>.

Failin başka bir suçunun bu olayda cezanın belirlenmesinde kullanılması, ne sanığın yargılamasının bu yargılamaya konu eylemle sınırlı olması ilkesine<sup>1203</sup>, ne de masumiyet karinesine (diğer yargılama kesin hükümle sonuçlanmamış olsa bile) aykırı değildir<sup>1204</sup>. Burada bir eylemin iki ayrı kez cezalandırılması söz konusu olmadığından iki kez cezalandırma yasağının ihlali de söz konusu olmaz<sup>1205</sup>. Hâkimin, failin önceki davranışlarından failin kişiliği hakkında bilgi edinmesi ve bununla eylemin faile yüklenebilirliği konusunda bir sonuç çıkarması söz konusudur<sup>1206</sup>.

Daha önce işlemiş olduğu suçlar<sup>1207</sup> tekrarlanan hukuka aykırı davranış failin iç dünyası ile ilgili bilgi vermekte ve kusurun yüksekliğini (yüklenbilirliği) göstermektedir. Bu durumda, her bir eylem tek başına olsaydı verilecek cezaların toplamından daha fazla ceza tayin edilmesini gerektirecektir. Bu söylenenler, fiillerin aynı yargılama içerisinde olması ya da daha önceden karar verilmiş olup olmamasından bağımsızdır<sup>1208</sup>. Başka bir ülkede verilmiş

<sup>1199</sup> BGHR StGB 46/2 Madde, önceki yaşam 3, 23

<sup>1200</sup> BGHStV 1984, 21

<sup>1201</sup> BGHStV 1984, 21

<sup>1202</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 121

<sup>1203</sup> LR-Beulke, 4; BGH NStZ 1981, 997

<sup>1204</sup> BGH STZ 34, 209; BVerfG (Kammer) NStZ 1988, 21; Golwitzer MRK Art. 6, 128

<sup>1205</sup> BGH STZ 34, 209;

<sup>1206</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 121

<sup>1207</sup> ThürOLG Jena JR 1995, 510

<sup>1208</sup> BGH NStZ 1998, 133

olan mahkûmiyetler de, eğer Almanya adli siciline kaydedilmişlerse, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>1209</sup>. Mahkemenin, failin önceki mahkûmiyetini bu davada cezanın belirlenmesinde dikkate alması, bunu gerekçesinde açıkça belirtmesi ve izahatını yapması, çifte cezalandırma yasağının ihlali değildir<sup>1210</sup>. Şunun belirtilmesi gerekir ki; evvelden verilmiş olan her türlü mahkûmiyet, cezanın belirlenmesinde şartsız olarak dikkate alınamaz. İki eylem arasında kriminolojik bir bağ olması, deyim yerindeyse; iki eylemin akraba olmaları gerekir<sup>1211</sup>. Örneğin; malvarlığına karşı ya da kişilere karşı işlenmiş olmak gibi<sup>1212</sup>.

Önceki eylemlerin faile yüklenme gerekçeleri giderek azalıyorsa, eylemlerin birbiriyle ilgili olması failin lehine değerlendirilebilecektir. Bu bakış açısı, özellikle cinsel istismar suçlarında ve özellikle aile içi cinsel suçlarda (Örneğin; babanın kızına cinsel saldırısı) ve mala karşı suçlarda (Örneğin; birden fazla kasa patlatma olayı gibi) rol oynamaktadır. Federal Mahkeme'nin sürekli vurguladığı gibi, bu şekilde devam eden eylemin bir noktada fail tarafından durdurulmuş olması, cezanın artırılmasını engelleyecektir. Böyle bir durumda verilecek cezalar, her bir eylem için verilecek cezaların toplamından fazla olamayacaktır<sup>1213</sup>. Hapis yatmak ya da cezayı infaz etmiş olmak da cezanın artırılması nedeni olarak dikkate alınabilir. Bu durumda da, bunun faile yüklenebilir olması (kusurunun artması anlamında) gerekir<sup>1214</sup>. Bu örnekte fail, önceki yargılanma ve infaz nedeniyle bir uyarı almış, ancak bunu dikkate almayarak yine suç işlemiştir<sup>1215</sup>.

Önceki mahkûmiyetlerin cezanın belirlenmesinde esas alınması konusunda ön şart; bunun faile bir uyarıda bulunmuş olmasıdır. Bu nedenle, failin, önceki eylemle ilgili yargılamaya ve infaza muhatap olup olmadığı ve bunlara yönelik bilgisinin olup olmadığı, var ise ne kadar olduğu önemlidir<sup>1216</sup>. Bu uyarıları sonraki eylemini gerçekleştirirken dikkate almadığı konusunun da faile yüklenebilir olması gerekir<sup>1217</sup>. İnsanların sosyal açıdan eksik ve dengesiz denilebilecek önceki mahkûmiyetlerini uyarı olarak alıp değerlendirme konusu,

---

<sup>1209</sup> BGHStV 2007, 632

<sup>1210</sup> BGH NStZ 1981, 99

<sup>1211</sup> BGH MDR 1982, 809; BGH 17.8.2004-5 StR 591/03

<sup>1212</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 121

<sup>1213</sup> BGHStV 2006, 689

<sup>1214</sup> BGHSt 38, 71, 73; 43, 106

<sup>1215</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 122

<sup>1216</sup> BGH 31.1.2007-5 StR 514/06

<sup>1217</sup> Zipf, Festschrift für Tröndle, 439

somut vakada ortaya konulması şüpheli bir alan olarak kalacaktır<sup>1218</sup>. Ekonomik suçlar ve çevre suçlarında, tedbir niteliğinde bu konularla ilgili organizasyonda çalışma şeklinde yerine getirilmesi durumunda, bu uyarı fonksiyonunun belirgin olduğu yadsınamaz<sup>1219</sup>. Federal sicile ve eğitimle ilgili sicile<sup>1220</sup> kaydedilen eski mahkûmiyetler<sup>1221</sup>, hiçbir şekilde sonraki eylemle ilgili cezanın belirlenmesinde failin aleyhine olacak şekilde dikkate alınmaz<sup>1222</sup>.

Aynı davadaki eylemlerden biri için ayırma kararı verilmişse, güven ilkesi gereği Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 265 kıyasen uygulanarak, cezanın ağırlığıyla ilgili olarak her iki davada benzer uygulama yapılması gerekir<sup>1223</sup>. Federal Mahkemenin eski içtihatlarına göre, mahkûmiyet çıkmamış ya da zamanaşımına uğramış olaylar bile, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilmektedir<sup>1224</sup>. Zamanaşımına uğramış olan bir fiil, ancak seri eylemlerin söz konusu olması ve zamanaşımına uğrama anında bile ilk anki kriminal etkisini koruyan durumlar söz konusu ise<sup>1225</sup>, sonraki eylem açısından cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir<sup>1226</sup>.

Alman Devletlerinin birleşmesi sırasında, o zamanki Demokratik Almanya'ya (DDR) ait olan adli siciller Federal Sicile aktarıldı. O dönemde bu yapılırken hukuk devleti ilkesine aykırı denebilecek mahkûmiyetler sicile işlenmedi. Demokratik Almanya'da mala ve devlete karşı işlenmiş suçlardaki cezalar çok yüksekti. Bu cezaların infazları daha sert usullerle gerçekleştirilmekteydi. Alman Devletlerinin birleşmesinden sonra, bu eylemlerin bir kez daha kişilerin aleyhine kullanılması bu şekilde engellenmeye çalışıldı. Bu durumların cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasından önce, dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir. Hatta önceki uygulama, yeni suçun işlenmesinde etkili ise indirim nedeni olarak da alınabilmelidir. Hukuk devletine uygun yargılama ve cezalar ise doğal olarak dikkate alınacaktır. Ceza muhakemesi açısından önceki fiil; mahkûmiyet, yargılama, soruşturma ve ceza yargılamasına

<sup>1218</sup> Horskotte in Jehle, Individualpraevention und Strafzumessung, 169; Streng, Sanktionen, 448

<sup>1219</sup> Zipf, Festschrift für Tröndle, 439

<sup>1220</sup> 24 yaşından küçük olan yetişkin failerin mahkûmiyetlerinin kaydedildiği sicil ayrı olup, buna eğitim sicili denilmektedir.

<sup>1221</sup> BGHSt 25, 64; 28, 338

<sup>1222</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 123

<sup>1223</sup> BGH NStZ 1981, 100, Bruns NStZ 1981, 81

<sup>1224</sup> BGH NJW 1987, 3144

<sup>1225</sup> BGHSt 1994, 40, 138

<sup>1226</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 124

konu olmadıysa, somut olaydaki kovuşturmada ispatlanmak zorundadır<sup>1227</sup>. Bunların, cezanın belirlenmesine hangi düzeyde, nasıl etki ettiklerinin de açıklanması gereklidir<sup>1228</sup>.

### ccc. Failin Sosyal İlişkileri

765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde cezanın belirlenmesinde kullanılan kriterlerden olan failin sosyal ilişkileri, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde takdiri indirim nedenleri arasında düzenlenmiştir. Failin kişisel ve diğer şahıslarla olan ilişkileri, ailesi ve toplum içerisindeki statüsü, eğitimi, mesleği, geliri, sağlık durumu, uğraş alanları, alışkanlıkları, suçun işlenmesiyle hükmün verilmesi arasında işe girmesi, aile kurması gibi konular bu anlamda dikkate alınabilecek kriter ve nedenlerdir<sup>1229</sup>. Kişinin içinde bulunduğu şartlardan, kişilik özelliklerinin ortaya çıkmasına neden olanlar dikkate alınmalıdır. Kişinin sadece mali durumuna veya kökenine dayanan konular takdiri indirim nedeni olmamalıdır. Kişinin içinde bulunduğu şartlar, kişiliğini karakterize etmek koşuluyla fiziki olabileceği gibi (Örneğin; dağda, kırsalda veya az nüfuslu bir yerde ikamet etmek), sosyal de olabilir (Örneğin; zenginlik, eğitim gibi). Söz konusu şartlar, failin kendi şahsına ilişkin olabileceği gibi, parçası olduğu gruba ilişkin de olabilir. Bu şartların değerlendirilmesi, dış dünyanın "kriminogenetik" (failin kriminal yapısına) sürece olan etkisinin hesaplanmasına katkı sağlar. Bu etkinin ölçüsü değişik açılardan değerlendirilebilir. Kusurluluk açısından düşünülürse, failin gelişimine kuvvetli dış etki olması durumunda fail daha az kınanabilir olacaktır. Sosyal tehlikelilik açısından değerlendirildiğinde ise, faildeki gizli suçluluk arttıkça çevreden daha çok etkilenecek ya da tam tersine sosyal tehlikelilik azaldıkça dış faktörlerin etkisi de azalacaktır<sup>1230</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı TCK döneminde "*kişinin içinde bulunduğu sosyal şartların*" cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasının, eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 2, 11. maddeleri ve başlangıç hükümlerine aykırı olduğu yönünde, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme bu kararını; "*kanun önünde eşitliğin, herkesin aynı kurallara bağlı olması şeklinde değil, farklı durum ve konumlardaki farklı niteliklerin, değişik hukuki statülerin sahip olduğu özellikleri, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar ve değişik uygulamalar doğurabilmesi; ancak aynı durumda olanların aynı düzenlemelere*

<sup>1227</sup> BGHSSt 43, 106; BGH NStZ 1995, 439

<sup>1228</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 125

<sup>1229</sup> Özbek, 2006: 641; Üzülmöz, 2006: 229

<sup>1230</sup> Toroslu, 2010: 227

*tabi olması şeklinde anlaşılması gerektiğini, buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına karşın kişiler için uygulanmaları sonucunda ortaya çıkan farklılıkların eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez” ifadesiyle gerekçelendirmiştir<sup>1231</sup>.*

Cezanın bireyselleştirilmesine yönelik bir kurum olan takdir yetkisinde sosyal ilişkilerin etkili olması için; failin kişiliğinin bütün yönleriyle değerlendirilmesi, şahsi, sosyal, sosyo-psikolojik durumu, alışkanlıkları, ailevi ve toplumsal konumu, eğitim ve öğrenim durumu gibi konuların dikkate alınması gerekir. Failin yaşlılarla, iş arkadaşlarıyla veya aile bireyleriyle ilişkileri, sağlık durumu, engelli olması gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir<sup>1232</sup>. Failin toplum içindeki saygınlığı, kişinin mesleği, medeni hali, çalıştığı yer, sağlık durumu, aile kurması, sabit bir iş edinmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Cezanın amaçlarından birinin kişinin sosyal yaşama uyumunu sağlamak olduğu düşünüldüğünde, ceza verilirken kişinin sosyal ilişkilerinin dikkate alınması yerinde olacaktır. Takdiri indirim nedeni sadece lehe hüküm doğuracağından failin sosyal ilişkilerinin kötü olması durumu aleyhe olarak değerlendirilemez<sup>1233</sup>.

#### **ddd. Failin Fiilden Sonraki Davranışları**

Failin suç konusu fiili gerçekleştirdikten sonra yapmış olduğu davranışlar da takdiri indirim nedeni olabilecektir. Örneğin; kasten ağır yaraladığı bir kişiyi arabasıyla hastane yakınına kadar götürüp bırakarak uzaklaşan bir fail ile, yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakan ya da yardım almasını engellemek için cep telefonunu da alan bir fail arasında bu anlamda ayırım yapılmalıdır. Yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakıp, yardım alamaması için cep telefonunu da elinden alan fail açısından, suç sonrası davranış şekli olarak bir artırım yapılamayacaktır. Çünkü failin suç sonrası davranışları sadece takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmiş, cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılmamıştır.

Failin fiilden sonraki davranışı, failin fiiline ve onun haksızlık içeriğine ilişkin iç dünyası konusunda sonuç çıkarmaya elverişli ise, cezanın bireyselleştirilmesine etkili bir neden olarak dikkate alınabilecektir. Failin, mağdurun hastane masraflarını karşılaması,

<sup>1231</sup> An. Mah. 20.6.1995, E: 1994/92; K: 1995/14 [www.anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitirazi/1995/k1995-14.htm](http://www.anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitirazi/1995/k1995-14.htm)

Gerçekler, 2011: 829; Otacı, 2006: 117

<sup>1232</sup> Üzülmez, 2006: 229

<sup>1233</sup> Özen, 2009: 108

tedavisiyle ilgilenmesi, zararı gidermek için çaba harcaması ve suçu işledikten sonra suçun tekrarlanmaması için gerekli adımları atması bu kapsamda değerlendirilebilecektir<sup>1234</sup>.

Suç sonrası davranışın kanunda ayrı bir indirim nedeni olarak düzenlenmiş olması durumunda, artık bu durum takdiri indirim sebebi sayılamayacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1235</sup>. Suçtan sonra zararın giderilmesinin etkin pişmanlık olarak düzenlendiği durumlarda bu neden, takdiri indirim nedeninin uygulanmasına gerekçe olamayacaktır. Failin suç sonrasında meydana gelen zararı mağdura ödemiş olması<sup>1236</sup>, mağduru yardım alabileceği bir konuma getirmesi, mağdurun yakınlarının daha fazla mağduriyetlerini engellemesi ya da başka sorunlarını çözmesi gibi davranışlar da suç sonrası takdir yetkisine etki eden davranışlar olarak sayılabilecektir<sup>1237</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda failin fiilden sonraki davranışları, Alman Ceza Kanunu m. 46/2'de cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılmıştır. Buna göre; "*Failin fiilden sonraki davranışı, özellikle zararı gidermek için verdiği çaba, zarar görenin tatminini sağlama anlamındaki çabaları*" şeklinde ifade etmiştir. Teşebbüs durumunda iken isteyerek vazgeçme, eğer o ana kadar işlenmiş olan eylem başka bir suçu oluşturmuyorsa cezalandırılmaz. Tüm çabalarına karşın fail, sonuca engel olamamışsa, failin gösterdiği çabalar cezanın belirlenmesinde lehine indirim nedeni olarak değerlendirilecektir. Failin, fiilden sonraki davranışları anlamında değerlendirilebilecek konular; yargılama sırasındaki davranışları<sup>1238</sup> (itirafı, ifadesi), zararın artmasına neden olması, başka bir suç daha işlemesi veya tam tersine artık suçtan uzak durması, fiilden sonra daha temiz ve sade hayat sürmesi olarak sıralanabilir<sup>1239</sup>. Failin daha sonra suç işlemesi veya suçtan uzak durması, önleme teorisi anlamında cezanın belirlenmesinde etkili olarak görülmektedir. Dikkat edilmesi gereken en önemli konu, yargılama sırasında failin savunma hakkı çerçevesinde kalan bir konunun, fail tarafından kullanılmasının cezanın artırılması nedeni olarak görülemeyeceğidir<sup>1240</sup>.

<sup>1234</sup> Üzülmöz, 2006: 230

<sup>1235</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 892

<sup>1236</sup> "... yapılan ödemenin ... TCK 59 (62.) maddesinin uygulanmasını gerektireceği gözetilmeden..." Yar. 6. CD, 7.6.1983, 1949/5289

<sup>1237</sup> Otacı, 2006. 117

<sup>1238</sup> BGH SV 1996, 431

<sup>1239</sup> BGH NStZ 1985, 545

<sup>1240</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 125



Fail fiiliyle ilgili açıklamada bulunmak zorunda değildir. Bu nedenle failin delilleri soğukkanlı bir şekilde yok etmesi<sup>1241</sup> veya kaçması<sup>1242</sup> cezanın belirlenmesinde failin aleyhine olarak yüklenebilecek nedenler değildir. Ancak failin bunları daha önceden planlamış olması durumunda, artık cezanın belirlenmesinde ağırlatıcı durum olarak dikkate alınabilirler<sup>1243</sup>. Fiilin işlenmesi sırasında, yakalanmamak ve kaçmak adına değişik modellerin ortaya konulması (Örneğin; suçun işlenmesi sırasında maske kullanma, makyajla görüntüsünü değiştirme, eldiven kullanma gibi<sup>1244</sup>), ağır kriminal enerji olarak değerlendirilebilir ve cezanın artırılmasına neden olabilir. Fail, suçtan elde ettiği menfaati saklamış ya da başka bir ülkeye götürmüş ise, fiil kusurunun artmasına neden olacaktır. Failin, alkollü olarak araç kullandıktan sonra özellikle alkol almaya devam etmesi, delilin yok edilmesi çabasıdır ve cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak kullanılamaz<sup>1245</sup>. Ancak kaza yerinin izinsiz terki durumunda, olaydan sonra alkol alınması farklı değerlendirilmelidir<sup>1246</sup>, çünkü bu durumda üçüncü kişilerin menfaatleri söz konusudur<sup>1247</sup>.

### eee. Failin Yargılama Sürecindeki Davranışları

Sanığın yargılama sürecindeki davranışları, onun kişisel özellikleri hakkında bilgi verecektir. Cezanın sanığın kişiliğine uydurulması için gerekli olan önemli konuları, hâkimin gözleri önüne serebilecektir. Failin pişmanlığı, gerçeğin ortaya çıkmasındaki rolü, yargılama sürecini kolaylaştırması, failin suç sonrası kendiliğinden teslim olması, suç ortaklarına ve suça ilişkin bilgi vererek mahkemeye yardımcı olması, aktif pişmanlık sergilemesi, bu süreç içerisindeki tavır ve hareketleri ve düzene uyumu bu anlamda sayılabilecek nedenlerdir. Yargıtay da kararlarında; “suçunu ikrar eden ve bu ikrarı ile suçun aydınlanmasına hizmet

<sup>1241</sup> BGH StV 1992, 570; BHG NStZ-RR 2004, 105

<sup>1242</sup> BGH StV 1989, 59

<sup>1243</sup> BGH bei Theune NStZ 1986, 158

<sup>1244</sup> BHG NStZ-RR 2000, 586

<sup>1245</sup> Dreher/Tröndle/Fischer 316, 11b

<sup>1246</sup> BGHSt 17, 143

<sup>1247</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 126

eden sanığın cezasında indirim yapılması gereği<sup>1248</sup>”, “sanığın duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz davranışlarının indirime engel teşkil edeceği<sup>1249</sup>” şeklinde karar vermiştir.

Sanığın yargılama sürecindeki katkısının takdiri indirim nedeni yapılması sırasında, failin anayasal ve ceza muhakemesinin temel ilkeleri gereği sahip olduğu, başta savunma hakkı olmak üzere adil yargılanma hakkına zarar verilmemelidir. Bu itibarla sanığın sadece susma hakkını kullanmış olması veya suçunu inkâr etmesi, takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel olmamalı, aynı şekilde sanığın sadece suçunu ikrar etmiş olması da takdiri indirimin uygulanmasını zorunlu kılmamalıdır<sup>1250</sup>. Yargıtay’ın yeni dönem kararları da bu yöndedir<sup>1251</sup>. Ayrıca bu aşamada sanığın yargılama süresince genel hayatında iyi halli davranması, bu sırada bir meslek kursuna gitmesi, suçun etkilerini ortadan kaldıracak bazı davranışlarda bulunması, takdiri indirim nedeni olabilecektir<sup>1252</sup>.

Uygulamada, failin suçunu itiraf etmesi takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Suçun ikrar edilmesi, bir daha suç işlenmeyeceği anlamına gelmez. Sanığın konuşmaması veya suçu inkâr etmesi savunma hakkının bir parçasıdır. Eğer ikrar, şartsız bir şekilde cezada takdiri indirim nedeni olarak kabul edilirse, suçun inkârını da cezanın artırılması nedeni saymak gerekir ki, bu durum savunma hakkı ile bağdaşmaz. İtiraf ile ikrar aynı anlama gelmektedir. Önemli olan bunun samimi olup olmadığı değil, ceza muhakemesinin hangi aşamasında ve kanunlarda öngörülen koşullara uygun yapıp yapılmadığıdır. Eğer kanunlarda öngörülen aşamalarda ve koşullarda gerçekleşmişse etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Bu durum ise şahsi indirim nedeni olarak TCK’nın 61/5. maddesinde düzenlenmiştir. Çifte değerlendirme yasağı gereğince etkin pişmanlık hükümleri,

<sup>1248</sup> “... olayın görgü tanığı yoktur. Sanık kendisi lehine olacak şartları oluşturmak ve bunları kabul ettirmek olanağına sahip iken böyle yapmamış, suç delillerini ve cesedi gizlememiş, ikrarı ile suç vasfının belirlenmesini sağlamıştır. TCK m. 59 (62) uygulanması hak ve adalete uygun olacaktır.” YCGK, 2.4.1991, 1/81-103; diğer kararlar için bkz. Yar. CGK, 1.2.1988, 1-504/6; Yar. 1. CD, 28.1.1988, 4265/147 (Yüksel, 2007: 483-484)

<sup>1249</sup> Yar. 8. CD, 5.10.2006, 7913/7323 (Meran, 2006: 322)

<sup>1250</sup> “CMUK m. 135’e göre susma hakkı bulunan sanığın savunmasının inkara yönelik bulunduğu ve ahlaki temayüllerinden söz edilerek yasal olmayan gerekçe ile TCK m. 59’un uygulanmayacağına karar verilmesi..” Yar. 4. CD, 30.11.1998, 10507/10749 (Malkoç, 2003: 138)

“Yargılama sürecindeki davranışları takdiri indirim sebebi olarak ilk defa yasaya konulduğu halde mahkemece hiç değerlendirilmeden bir neden görülmediğinden denilmek suretiyle yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle anılan maddenin uygulanmaması yasaya aykırıdır.” Yar. 8. CD, 1.6.2006, 2925/4879 (Çolak/Altun, 2007: 579)

<sup>1251</sup> “Sanığın olaydan kaçması, iki yıl sonra yakalanması ve suçunu saptırmak istemesi gibi olguların takdiri indirimin uygulanmamasına gerekçe yapılması kanuna aykırıdır.” Yar. 3. CD, 11.4.2007, 3251

<sup>1252</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 583; Toroslu, 2010: 228-229, Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 892

cezayı indiren takdiri nedenler içinde kabul edilmeyecektir<sup>1253</sup>. Kanaatimizce, burada kanuni indirim nedeni olan etkin pişmanlık ile takdiri indirim nedeni olan suç sonrası (ve yargılama aşamasındaki) davranışlar tamamen birbirine karıştırılmaktadır. Tek başına ikrarın takdiri indirim nedeni sayılmasını bunun bir etkin pişmanlık haline dönüşmesi gereğine bağlamak, suç sonrası olumlu davranışların büyük bir kısmını (özellikle ikrarı) takdiri indirim nedenleri arasından tamamen çıkarmak demektir. Bu durum, kanun koyucunun amacıyla uyuşmadığı gibi, takdiri indirim nedenlerini dar yorumlamak gibi bir sonuca götürür. Aslında kanun, tam tersine takdiri indirim nedenlerinin geniş yorumlanması gereğini vurgulamak için TCK'nın 62/2. maddesinde "... gibi hususlar.." deyimini kullanmıştır.

Alman Ceza Hukuku'nda birçok mahkeme kararında görüleceği üzere, failin yargılama sırasındaki davranışları, cezanın belirlenmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Sanık duruşmada doğruyu (gerçeği) söylemek zorunda değildir. Susmak ve reddetmek savunma hakkı içerisinde meşru durumlardır. Bu yüzden, bunlarla ilgili olan konular, cezanın belirlenmesinde artırıcı neden olarak kullanılamaz. Bu, aynı zamanda suç ortaklarının kim olduğunu ya da suçtan elde ettiği menfaatin akıbetine yönelik soruları da içerir<sup>1254</sup>. Suç işlediği şüphesi altında olan sanığın savunmasını inkara dayandırması ve pişmanlık göstermemesi, kendisine cezanın belirlenmesi sırasında artırım olarak yüklenemez<sup>1255</sup>. Fail, suçunu ısrarla reddetse veya inatla sussa bile sonuç değişmez<sup>1256</sup>.

Fail, birisiyle müşterek suç işlediği konusunu reddetmek suretiyle suçu başkasına atarak kendini savunabilir. Bu şekilde davranarak başka kişilere hakarete bulunmamak şartıyla bu durum fail için cezanın artırılması nedeni olamaz<sup>1257</sup>. Hukuk düşmanlığı güdecek düzeye gelmedikçe veya üçüncü kişilerin hakkına tecavüz aşamasını bulmadıkça, fail savunma hakkından yararlanacak ve bunlar cezanın artırılması nedeni sayılmayacaktır<sup>1258</sup>. Muhatabın gururuna dokunacak şekilde bir savunma yapılması da söz konusu olabilir. Bu durumda, olayın içinden kolaylıkla çıkmak her zaman mümkün olmayacaktır. Örneğin; sanık, savunmasında gerçeğe aykırı olarak, cinsel saldırı mağdurunun kendisiyle para karşılığında yattığını ve mağdurun, elbiselerini çıkardıktan sonra daha fazla para istediğini, kendisi parayı

<sup>1253</sup> Özen, 2009: 109-110

<sup>1254</sup> BHG NStZ 2003, 199

<sup>1255</sup> BGH NStZ 2006, 96

<sup>1256</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 127

<sup>1257</sup> BHG NStZ 2007, 463

<sup>1258</sup> BHG NStZ 2007, 341

vermediği için hakkında böyle bir suçlamada bulunduğunu iddia edebilir. Bu durum, fail aleyhine cezanın artırılması nedeni olarak görülebilir<sup>1259</sup>.

Şu örnekte de görüleceği üzere, olayın izahı ve sonuca gitmek kolay değildir. Bıçakla kasten yaralama olayının faili, gerçeğe aykırı olarak, olayda önce mağdurların kendisine saldırdıklarını iddia etmiştir. Yerel mahkeme, failin bu savunması nedeniyle diğer kişilerin soruşturmaya uğramalarını gerekçe göstererek, cezanın artırılarak verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Federal Mahkeme bu kararı hatalı bulmuştur.<sup>1260</sup> Federal Mahkeme'nin gerekçesi; henüz savunma hakkı sınırının aşılmamış olmasıdır. Eğer fail, bütün suçu karşı tarafa atıyorsa bu halde henüz savunma sınırı aşılmamıştır. Failin, mağdurların esasen kendisine bıçakla saldırdıklarını ve kendisini korumak isterken yaralanmaların meydana geldiğini iddia etmesi durumunda bu savunma, cezanın artırılmasına neden olarak görülebileceği gibi, tam tersi bir değerlendirme (bunun cezanın belirlenmesine etki etmemesi) de söz konusu olabilecektir<sup>1261</sup>.

Cinsel saldırı olaylarında mağdurun ruh sağlığının devam eden yargılama nedeniyle bozulması durumunda, bunun, failin inkarı, susması, ikrarı ya da başkasını suçlaması nedeniyle oluşup oluşmamasına bakılmaksızın cezanın belirlenmesinde faile yüklenmesi söz konusudur<sup>1262</sup>. Yargılama sırasında failin fütursuz (arsız, vurdumduymaz) davranışları veya isyankâr tutumu, failin fiiline yönelik kusurunu her zaman artırmaz. Hâkim, soruşturma, sorgu ve yargılama esnasında her zaman böyle istisnai durumların olabileceğini hesap etmelidir. Bu nedenle, bu durumlar cezanın artırılmasını (alt sınırdan uzaklaşmayı) gerektirecek durumlar değildir<sup>1263</sup>. Failin suçu itirafı her zaman lehine indirim nedeni olarak dikkate alınmalı<sup>1264</sup> ve itirafın olayın çözülmesine katkısı da değerlendirilmelidir<sup>1265</sup>. Çok kısa bir süre içerisinde açıklığa kavuşacağı belli olan bir durumda, sona yaklaşıldığının hissedildiği anda yapılan itiraf farklı değerlendirilmelidir<sup>1266</sup>. Uyuşturucu maddeler kanununa göre, failin olayda ifadesiyle soruşturma ve kovuşturma organlarına yardımcı olması Alman Uyuşturucu

<sup>1259</sup> BHG NStZ 1995, 78

<sup>1260</sup> BHG StV 1999, 536

<sup>1261</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 128

<sup>1262</sup> BGH 4.10.1994, 5 StR 352/94

<sup>1263</sup> OLG Köln StV 1984, 75

<sup>1264</sup> G. Schafer Referat zum 58. Deutschen Juristentag Sitzungsbericht L 59; Hanack StV 1987, 503; Schmidt-Hieber 83. Eleştirisi için bkz. Bruns StrZR 593 ff., benzer görüş için bkz. Grünwald StV 1987, 453

<sup>1265</sup> BGH NStZ-RR 2007, 232

<sup>1266</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 129

Maddeler Kanunu (BtMG) m. 31’de düzenlenmiştir. Burada, başka nedenlerden dolayı Alman Ceza Kanunu m. 49/2’de düzenlenmiş olan daha az cezayı gerektiren nitelikli hal, indirim nedeni olarak uygulanamayacaktır<sup>1267</sup>. Yurt dışında aynı eylemden dolayı alınan veya alınması muhtemel cezalar, çifte cezalandırma yasağı nedeniyle (non bis in idem: Alman Anayasa m. 103/3 ) cezanın belirlenmesinde (azaltılmasında) etkili olacaktır<sup>1268</sup>.

Alışılmışın dışında uzun süren yargılamalar çok değişik gerekçelere dayanabilmektedir. Uygulamada, yargılamanın uzun sürmesi, bunun sonuçlarının iyi değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Fiil ile karar arasında uzunca sürenin olması durumunda, uzun yargı süresinin yükü nedeniyle, Anayasa’nın 2/1 ve AİHS’nin 6/1 maddelerinin ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir. Federal Mahkeme de<sup>1269</sup>, uzun süren yargılamaların cezanın belirlenmesinde (daha az cezaya hükmedilmesi anlamında) etkili olabileceğini kabul etmiştir<sup>1270</sup>.

### **fff. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri**

Faile verilecek hapis cezası ya da adli para cezasının aynen infaz edilmesi failin geleceğini etkileyecektir. Fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi veya hakkında verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilerek yerine getirilmesi de failin geleceği üzerinde başka etkiler bırakacaktır. Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması, müsadere nedeniyle bir kısım malvarlığını kaybetmesi, tedavi tedbirine hükmedilmesi, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması, failin geleceği üzerinde izler bırakabilecek durumlardır. Failin o zamana kadar yaşamış olduğu hayat ile bu yargılama sırasında kendisine verilecek cezanın infazından sonra süreceği hayat arasındaki muhtemel farklar bu anlamda dikkate alınmalıdır. Özellikle, bu aşamadaki ailesinin uğrayacağı zararlar ve cezanın diğer olası etkileri de dikkate alınmalıdır<sup>1271</sup>, ancak bunun tespiti aslında çok da kolay değildir. Her ne kadar bu suçu işlemiş ise de, faile verilecek cezanın onun gelecekteki

<sup>1267</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 130

<sup>1268</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 147; Bu konuda Schengen İade İlkeleri m. 54 ve Avrupa Birliği’nin 25.3.1987 tarihli sözleşmesi uygulanacaktır

<sup>1269</sup> BGH NSZ 1999, 81

<sup>1270</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 148

<sup>1271</sup> “... işlediği suç nedeniyle aile düzeninin de bozulacağı anlaşılan sanık hakkında ayrıca TCK 59 (62) maddesinin uygulanmak suretiyle cezada şahsileştirme amacının da gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı ...” YCGK, 28.1.1980, 1/459-33

yaşantısını en az etkilemesi gerektiği kanaatinde olan hâkim, bu durumu takdiri indirim nedeni sayabilecektir<sup>1272</sup>.

Alman Ceza Kanunu m. 46/1/2'ye göre, cezanın failin gelecekteki yaşantısına muhtemel etkileri cezanın belirlenmesinde dikkate alınmak zorundadır. Bu hüküm, uzun süre özel önlemin bir biçimi olarak, kanunda açıkça zikredildiği şekilde yorumlanmıştır. Cezaya hükmetmenin ve onu infaz etmenin beklenmeyen yan etkilerinin, özellikle kişiyi sosyal ortamdan çıkarmasının, önüne geçmesi gerektiği şeklinde algılama vardır. Bu özel önleme perspektifi, hareket alanı teorisine göre (Spielraumteori) kusurun ölçülmesi çerçevesinde etkili olabilecektir. Federal Mahkeme'nin 5. Ceza Dairesi<sup>1273</sup>, Alman Ceza Kanunu m. 46/1/2'nin, failin aile efradının gelecekteki yaşantısına etkisi anlamında da kullanılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>1274</sup>.

Cezanın failin gelecekteki yaşantısına etkisi, failin cezaya karşı duyarlılığı ile doğrudan ilgilidir. İlk kez suç işleyen birisinin, adli para cezası veya denetimli serbestlik tedbirine çarptırılması, cezaya ve ceza yargılamalarına alışık olan bir faile verilecek hürriyeti bağlayıcı cezadan daha etkilidir. Hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılması kendisi için anlam ifade etmeyen birisiyle, böyle bir cezayı kendisi açısından korkunç sayan bir fail arasındaki fark gayet açıktır. Örneğin; hapishane psikozu olan kişi<sup>1275</sup>, görme bozukluğu olan kişi<sup>1276</sup>, yaşlılık nedeniyle hayat beklentilerinin azlığı<sup>1277</sup>, AIDS (HİV) <sup>1278</sup> veya başka hastalık (kanser gibi)<sup>1279</sup> nedeniyle yaşam beklentilerinin azalması gibi durumlarda cezanın etkisi farklı değerlendirilmek zorundadır<sup>1280</sup>.

Bu şartların somut cezanın belirlenmesinde nasıl etkili olacağı çok açık değildir. Örneğin; bir yağma olayında kusura göre 5 yıl hapis cezası verilmesi gerekirken, failin ağır bir hastalığından dolayı yaşam şartlarının kötü olması nedeniyle 3 yıl hapse nasıl hükmedileceği açıklanamamaktadır. Hayatın kalan süresi ile cezanın miktarı arasında

<sup>1272</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 892

<sup>1273</sup> BGH NStZ-RR 2005, 168

<sup>1274</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 140

<sup>1275</sup> BGHStV 1984, 152

<sup>1276</sup> BGHStV 1987, 530

<sup>1277</sup> BGHStV 1990, 303 sayılı Kararında 67 yaşındaki fail açısından bu değerlendirmeyi yapmıştır.

<sup>1278</sup> BGHStV 1991, 105

<sup>1279</sup> BGHStV 1990, 259

<sup>1280</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 141

matematiksel bir ilişki kurulması da mümkün değildir. Bu durumda, 4 yıla hükmedilmesi şeklinde, failin yararına bir uygulama yapılamaz. Failin kalan ömrüne ilişkin beklentisinin, ceza miktarına etkisini ve bu sürede özgür geçireceği süre miktarına dair beklentisini göz önüne almak için, normal şartlar altında bu sürenin ne kadar olacağını bilmesi gerekir. Bu tek başına yeterli değildir, bunun yanında böyle bir indirim gerekçe olabilecek (bunu mümkün kılacak) bir kanuni indirim nedeni bulunmalıdır. Hâkimin, bunu daha hafif hal (minder schwere Fall) olarak kabul etmesi gerekir ki, kanunda böyle bir düzenleme mevcut değildir<sup>1281</sup>. Her fail kendisine verilecek cezanın miktarına göre özgürlüğünden yoksun kalacağını ve bunun kanunda belirlenmiş olduğunu bilmek durumundadır<sup>1282</sup>. Toplam cezalarda kanun, soluk aldırma prensibi (Asperationstheorie), başka bir deyişle, cezaların belli bir toplamı aşamayacağına dair ilke nedeniyle, uzun cezaların yüksek etkilerini bir miktar azaltma yoluna gitmiştir. İnfaz edilmiş olan bir ceza, toplam cezaya eklenemez. Bu nedenle, bu durumda ağırlık değerlendirmesi yapılmak zorundadır. Para cezasının belirlenmesinde bu zorluk o kadar değildir. Gün para cezasında, her gün için belirlenecek olan para miktarı, kişinin ödeme gücüne (ekonomik durumuna) göre belirlenmektedir. Hatta para cezasının ödenmesi ile ilgili kolaylık sağlanabilmesi için (StGB m. 42), kişinin ekonomik durumunun iyi olmaması gerekmektedir<sup>1283</sup>.

Cezanın failin geleceğine etkileri anlamında; sadece ceza hukukuna ilişkin değil fail açısından tüm etkili durumların değerlendirilmesi gerekir. Failin eylemine karşı ceza hukukunun tepkileri çok değişik şekillerde olabilir. Bunlar; hapis cezası, adli para cezası, ek ceza, ehliyetin geçici alınması, kamu görevine girme yasağı, ıslah veya denetim tedbirleri ile müsadere olarak sayılabilir. Bunların yanında, failin karşı karşıya kaldığı ve hukuki durumuna etki eden tüm sonuçlar toplu bir şekilde değerlendirilmeli ve bunların etkileri cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda, failin suçtan elde ettiği haksız kazancın elinden alınmış olması, kendisine yüklenmiş bir yük gibi hesaba katılamayacak<sup>1284</sup> ve cezanın belirlenmesinde etkili olamayacaktır<sup>1285</sup>. Müsadere edilecek olan eşyanın değerinin belirlenmesi, bunun müsadere ve bunun faile etki eden hukuki sonuç olarak

<sup>1281</sup> BGH 2. StR, 21.11.2007, 449/07

<sup>1282</sup> BGH NStZ 2006, 500

<sup>1283</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 142

<sup>1284</sup> BGHSt 32, 60; OLG Schleswig NStZ 1984, 90; BGH NStZ 2002, 647; Bruns, 1985: 70; LK-Theune, 10

<sup>1285</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 142

değerlendirmeye katılması gerekir<sup>1286</sup>. Faile, yüklü miktarda adli para cezası verilmişse, hapis cezasına hükmetmenin veya bundan vazgeçmenin ayrıca değerlendirilmesi gerekir<sup>1287</sup>. Hapis cezası ile adli para cezasına birlikte hükmedilmesi durumunda da<sup>1288</sup>, hangisine ne kadar hükmedileceği, bunun kişi üzerindeki etkileri, kişinin ekonomik durumu ve hapis cezasına hassasiyeti konuları değerlendirilecektir<sup>1289</sup>.

Alman Ceza Kanunu StGB m. 60'a göre cezanın etkilerinden öte, fiilin diğer sonuçları buna bağlanacak hukuki neticelerin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Buna göre; bir yıla kadar hapis cezası gerektiren eylem nedeniyle failin maruz kaldığı durum, bu cezanın artık yararsız olacağını açıkça gösteriyorsa, hâkim, faile ceza vermekten vazgeçebilir. Burada, taksirli-kasıtlı suç ayrımı yapılmamış, ayrıca cezası bir yıla kadar olan suçlarla sınırlandırılmış ve eylemin faile etkisi şart olarak konulmuştur. Bu hüküm, cezanın belirlenmesine geniş anlamda etki eden ve belli bir suç ile sınırlı olmayan, uygulamada da pek kullanılmayan, fiilin sonuçlarının istisnai düzenlemesini içermektedir<sup>1290</sup>. Burada fail için vücuduna bir zarar verilmesi, ruhsal durumuna etki etmesi, dolaylı (çalışamaz duruma gelmek), veya doğrudan (işini kaybetmesi) ekonomik etkilerinin olması arasında fark yoktur<sup>1291</sup>. Bu sonuçların ağır olup olmadığı failin kişiliğine göre değişecektir<sup>1292</sup>. İlk sırada failin ağır yaralanması veya aile efradından birinin ölümü akla gelebilir<sup>1293</sup>. Federal Mahkeme, 69 yaşındaki failin, yargılama sırasında iki kez inme geçirmesinin ve iki yıl süren soruşturma esnasında ağır depresyonlar atlatmasının, vergi kaçırma suçundan dolayı verilen 9 ay hapis cezasının kaldırılması gerektiği sonucuna götüreceğine hükmetmiş ve ceza vermekten vazgeçmiştir<sup>1294</sup>. Cezanın bir yıldan fazla olması durumunda bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Eğer özel önleme nedenlerinden dolayı, faile bir ceza verilmesinin gerekli olmadığı herkes tarafından kabul edileceği şekilde failin bir zarara maruz kaldığı ve cezanın hukuki korumasının da anlamsız kalacağı belli olması

---

<sup>1286</sup> BGH StV 1987, 389

<sup>1287</sup> BGH St 32, 60; Bruns, 1985: Horn, 1984: 211

<sup>1288</sup> BGH Dallinger MDR 1973, 17; BGH NJW 2001, 1436; BGH Holz MDR 1985, 793

<sup>1289</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 143

<sup>1290</sup> Dreher/Tröndle/Fischer, 2

<sup>1291</sup> Schönke/Schröder/Stree, 6; Dreher/Tröndle/Fischer, 4; LK-G Hirsch, 25

<sup>1292</sup> Janiszewski (Motorradunfall) NSTZ 1992, 580

<sup>1293</sup> BGH NSTZ 1997, 121

<sup>1294</sup> BGH NSTZ-RR 2004, 230



durumunda<sup>1295</sup>, Alman Ceza Kanunu m. 60'a göre ceza vermekten vazgeçilecektir<sup>1296</sup>. Ceza usul hukuku açısından, soruşturma sürecinde (kovuşturmanın başlamasına kadar) Alman Ceza Usul Kanunu (StPO) m. 153b gündeme gelecektir. Buna göre, mahkemenin ceza vermekten vazgeçebileceği bir şart söz konusu ise, savcılık dava açmaktan sarfi nazar edebilecektir. Kovuşturmanın başlamasından sonra ise; karar ile birlikte kusur izahı, yargılama giderleri, iyileştirme veya denetim tedbirleri (StGB m. 61), sürücü belgesi geri alınması söz konusu olabilecek ve bu şekilde ceza verilmesinden vazgeçilebilecektir<sup>1297</sup>.

### **ggg. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri**

Takdiri indirim kriterleri sınırlı sayıda değildir. Kanun koyucu TCK'nın 62. maddesinde "*gibi hususlar*" demek suretiyle bu kriterlere benzer nedenlerin de takdiri indirim nedeni sayılabileceğini kabul etmiştir. Örnekleme yoluyla sıralanan bu nedenler, failin daha çok kişiliğiyle ilgilidir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, hâkimin takdiri indirimine neden olan kriterin o suçun unsuru, suçun nitelikli halini, etkin pişmanlık ve zorunluluk hali ya da şahsi nedenler gibi cezayı etkileyen nedenler arasında yer almamış olmasıdır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1298</sup>.

Bu nedenlerin failin kişiliğini yansıtan, suçun işlenmesiyle ilgili olan, dosyadaki delillere uygun düşen, çifte değerlendirme yasağı oluşturmeyen nitelikte olması gerekir. Bu nedenler suçun işlenmesinden önce var olan, suçun işlenmesi sırasında bulunan ve suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan nedenler olarak başlıca üç guruba ayrılabilir. Örneğin; failin iyi koşullarda yaşaması, topluma hizmetleri, önemli bir hastalığa yakalanmış olması gibi haller, suçun işlenmesinden önce var olan nedenler kapsamında değerlendirilebilir. İhtiras etkisi, toplu hareket hezeyanı, sarhoşluk, gençlik heyecanı, cahillik, tecrübesizlik, korku ve acıma duygusu, mağdurun kusuru gibi hususlar ise suçun işlenmesi sırasında, var olan nedenler arasında sayılabilir. Suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan nedenler ise, örneğin;

<sup>1295</sup> BGHSt 27, 298

<sup>1296</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 144

<sup>1297</sup> Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 145

<sup>1298</sup> "Olay zamanında su sırasının hangi tarafta olduğu araştırılarak, sonucuna göre mağdurun eylem ve hareketi karşısında suçta yasal indirim nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmadan, cezadan TCK'nın 59. maddesine göre indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir." Yar. 4. CD, 6.3.1964, 753/797 Bu kararda araştırılması istenenin haksız tahrik olduğu kanaatindeyim. "Suçun unsuru oluşturulan kan gütme saikinin takdiri indirim nedeni sayılması yolsuzdur." Yar. 1. CD, 26.1.1965, 1934/136 Kan gütme saiki suçun unsuru değil nitelikli hale ilişkin artırım nedenidir.

"Kavgada suçun mağduru olan kimsenin ölmemiş olması TCK 464/2 maddesindeki suçun unsurudur. Bundan dolayı ayrıca TCK m. 59 indirimi yapılamaz." Yar. 1. CD, 27.9.1977, 2729/2740 (Ünsal, 2002: 91)

failin pişmanlığı, suçu ikrarı, mağdurun zararını karşılaması, duruşma sırasındaki sükûneti gibi, sair takdiri nedenler arasında değerlendirilebilir<sup>1299</sup>.

Aynı olayla ilgili başka bir yargılamada sanığın haklı çıkmış olması<sup>1300</sup>, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirmeyecek biçimde suça mağdurun sebep olması, suç konusunun aynı tip diğer suça göre daha az önemli olması<sup>1301</sup> gibi sebepler de olabilir.

### hhh. Takdiri İndirimde Geçerli Olan Esaslar

Kanun, hâkime cezanın indirilmesine yönelik olarak takdir yetkisi tanımıştır. Hâkime, ilgili suç tanımında yer alan alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirleme yetkisinin tanındığı durumlarda, hâkimin bu sınır arasında alt sınırın üzerinde hatta üst sınırdaki bir ceza belirlemiş olması, uygulamada genellikle “takdiren teşdiden” şeklinde ifade edilmesi, takdiri artırım nedeni olarak görülemez. Bu konudaki takdir yetkisi, “cezanın belirlenmesindeki ilkeler” başlığı altında incelenen takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Sanığın lehine bir hüküm olarak takdir yetkisi, kanunilik ilkesinin sanığa sağladığı güvenceyi ihlal etmez, aksine cezanın infazının amacına hizmet eder. Bu şekilde genel artırım nedeni söz konusu olamayacaktır<sup>1302</sup>. Ancak, bir genel indirim nedeni olarak takdir yetkisinin kabul edilmiş olması, modern suç ve ceza politikasına aykırı değildir<sup>1303</sup>.

<sup>1299</sup> “... hukuk mahkemesinden verilen karar ancak takdiri indirime neden olabilir. Suçluluğu bertaraf etmez...” Yar. 6. CD, 26.3.2980 2258/2304 Ünsal, 2002: 86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 893

“... elde edilen esrarın 32 santigram gibi cüzi miktarda olması nedeniyle kararda TCK m. 59 (62) uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması ..” 5. CD, 26.1.1984, 213/175 Kanaatimce burada suça konu esrarın 32 santigram olması 61/1. maddedeki “suç konusunun önem ve değeri” ya da “meydana gelen zararın ağırlığı” kriterleri altında değerlendirilmeli, 62. madde kapsamında herhangi bir kritere uygun olmadığından takdiri indirime konu olmamalıdır. Ayrıca bu durum temel ceza tayininde muhakkak vaka hâkimi tarafından göz önünde bulundurulmuş olduğundan takdiri indirime de konu edilerek çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olmaktadır. Yargıtay’ın buradaki kararı kanun koyucunun soyut olarak belirlediği cezanın fazlalığı hususunda bir değerlendirme ve ceza adaletini kanuna karşı sağlama gayretinin tezahürüdür.

<sup>1300</sup> “... hukuk mahkemesinden verilen karar ancak takdiri indirime neden olabilir. Suçluluğu bertaraf etmez...” Yar. 6. CD, 26.3.2980 2258/2304

<sup>1301</sup> “... elde edilen esrarın 32 santigram gibi cüzi miktarda olması nedeniyle kararda TCK m. 59 (62) uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması ..” 5. CD, 26.1.1984, 213/175 Kanaatimce burada suça konu esrarın 32 santigram olması 61/1. maddedeki “suç konusunun önem ve değeri” ya da “meydana gelen zararın ağırlığı” kriterleri altında değerlendirilmeli, 62. madde kapsamında herhangi bir kritere uygun olmadığından takdiri indirime konu olmamalıdır. Ayrıca bu durum temel ceza tayininde muhakkak vaka hâkimi tarafından göz önünde bulundurulmuş olduğundan takdiri indirime de konu edilerek çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olmaktadır. Yargıtay’ın buradaki kararı kanun koyucunun soyut olarak belirlediği cezanın fazlalığı hususunda bir değerlendirme ve ceza adaletini kanuna rağmen sağlama gayretinin tezahürüdür.

<sup>1302</sup> [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_437.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_437.htm) ERİSİM 02.01.2012

<sup>1303</sup> Çok nadir ve ancak olağanüstü bir dönemin ürünü olsa da kanun koyucunun hâkimin takdir yetkisini kısıtlayıp hatta kaldırdığı da olmuştur. Örneğin, 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı Kanun, 1402 sayılı sıkıyönetim Kanunu’nun 17. maddesine “duruşmadaki iyi hali nedenine dayanarak Türk Ceza Kanunu’nun

Hâkimin takdiri indirim nedeni asla keyfilik anlamına gelmez. Denetime tabi olmayan bir takdir yetkisi söz konusu olamaz. Bu nedenle hâkim, takdiri indirim nedenlerini mutlaka kararda göstermeli, ayrıca takdiri indirim nedeni dosya kapsamına uygun gerekçe içermelidir<sup>1304</sup>. Yargıtay da takdiri indirim oranının kararda açıkça belirtilmesi gereğine işaret etmiştir<sup>1305</sup>. Somut olaylara ilişkin takdir yetkisinin hatalı kullanıldığını denetleyen Yargıtay, hâkimin takdiri indirim nedenini uygulamamasına gerekçe göstermesini de zorunlu görmektedir<sup>1306</sup>. Bu zorunluluğu hâkimin takdiri indirim nedenini kullanırken keyfiliğe kaçmamasının teminatı olarak istemektedir.<sup>1307</sup> Buna karşın öğretide bir kısım yazarlar tarafından hâkimin takdir yetkisini kullanmasına Yargıtay'ın dokunamayacağı savunulmakta ve hatta bir kısım Yargıtay kararında da öğretilerdeki bu görüşe destek verilmektedir<sup>1308</sup>.

Selçuk, ilke olarak Yargıtay'ın, hâkimin takdiri indirim nedenine ilişkin denetim yetkisini kabul etmekte<sup>1309</sup>, ancak bu yetkiyi ilk derece mahkemesinin uygulamasının dosya içeriğiyle uygun olup olmaması ve hukuka aykırı bir uygulama yapılmış olup olmamasıyla sınırlamaktadır. Mahkemenin madde uygulamasına ilişkin gerekçesi, dosya içeriğine ve hukuka uygunsa Yargıtay bu uygulamayı denetleme yoluyla bile inceleyemez<sup>1310</sup>.

Hâkimin olayda takdiri indirim nedenini uygulamasında ve uygulamamasında olaya uygun yeterli gerekçe aramak, hâkimi her olayda takdiri indirim uygulamaya zorlayan bir durum değildir. Aksine, Anayasa m. 141 ve CMK m. 35'in bir gereğidir. Yargıtay, aynı yönde gerekçe arama konusundaki uygulamasına devam etmektedir. Hatta Yargıtay bu konuda; “sanık veya müdafinin lehe olan yasal hükümlerin uygulanması yönünde talepte bulunmaları

---

59. maddesinin uygulanamayacağı” hükmünü bir cümle ile eklemiştir. 5237 sayılı TCK m. 5 karşısında artık bu hükmün uygulanma olanağı kalmamıştır. İçel vd. 2002: 172-173; Önder, 1992: 568

<sup>1304</sup> İçel vd, 2002: 174; 1. CD, 27.11.2006, 5221; 4. CD, 10.9.1990, 3358/3862; www.kazancı.com.tr

<sup>1305</sup> “Ceza tayin edilirken, takdir nedenlerinin TCK'nın 59. maddesi uygulanırken indirim oranının karar yerinde gösterilmemesi... Kanuna aykırıdır.” (Yar. 9. CD, 24.6.1999, 1016/2865; YKD, 2000, C:26, S:2, s.309-310)

<sup>1306</sup> “Yasal hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, soyut bir şekilde takdire denilmek suretiyle sanıklar hakkında takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Yar. 8. CD, 6.11.2007, 7349 (Hakeri, 2012a: 610)

<sup>1307</sup> “Hüküm fıkrasında gerekçesinde açıklandığı üzere sanık hakkında TCK'nın 59. maddesinin takdire uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş bulunmasına karşın, Anayasanın 131 ve CMUK'nın 32. maddelerine aykırı olarak gerekçeli kararda nedenlerin açıklanmaması yasaya aykırıdır.” Yar. 5. CD 15.11.1983, 3246/3769 ; “ TCK 59. maddesinin uygulanmamasına ilişkin kararın gerekçesiz olması ..yasaya aykırıdır. Yar. 1. CD, 25.3.1999, 4523/1030 (Yaşar, 2001: 905, 913)

<sup>1308</sup> YCGK, 15.12.1980, 225/428; Yar. 11. CD, 12.12.2007, 9191; 4. CD, 4.12.2006, 17131; 8. CD, 9.10.2006, 7371 (Hakeri, 2012a: 611; Erem/Danışman/Artuk, 1997: 779; Önder, 1992: 569; Yurtcan, 1998: 263; İçel vd. 2002: 173

<sup>1309</sup> Sami Selçuk'un YCGK 14.1.1985 1-491/8 sayılı kararına karşı oy yazısı

<sup>1310</sup> Selçuk, 2001: 36

durumunda, TCK'nın 62. maddesinin sanık yararına uygulama olasılığının mutlaka tartışılması gerekir" şeklinde kararlar vermektedir<sup>1311</sup>. Yargıtay, yeni tarihli birçok kararında; "takdiri indirim nedeninin uygulanması mahkemelerin takdirine bağlı konulardan olmakla birlikte bu takdir hakkının kullanılması ya da kullanılmamasında gösterilen nedenlerin makul ve makbul olması, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, kanunların esas maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması hak ve nesafet kurallarına uygun olarak kullanıldığına açıkça anlaşılması gerekir" şeklinde ifade ederek, TCK'nın 62. maddesi uygulamasının temyiz incelemesinde denetime tabi olacağını açıkça belirtmiştir<sup>1312</sup>.

Yargıtay genellikle takdir yetkisinin fiile ilişkin değil, faile ve onun kişiliğine ilişkin olarak uygulanmasını kabul etmektedir<sup>1313</sup>. Yargıtay, bu uygulamayla çelişkili olacak şekilde sayısı azımsanmayacak kadar çok kararlarında, suçun işlenmesindeki özelliklere göre takdiri indirim nedeninin uygulanmış olmasını bozma nedeni yapmaktadır. "Kanıtlara göre sanıklar hakkında cezayı hafifletici nedenler bulunmadığı gözetilmeden haklarında TCK'nın 59. (62) maddesinin uygulanması takdir yanılığısıdır...<sup>1314</sup>", "... dört yaşındaki bir kız çocuğunun ırzına geçtikten sonra suçun delilini yok etmek için onu öldüren sanık hakkında TCK'nın 59. (62) maddesi uygulanamaz...<sup>1315</sup>" gibi kararlar, Yargıtay'ın takdiri indirim nedeninin ruhuna uymayan kararlarından örneklerdir. Bir kısım yazarlara göre bu içtihatlar, hâkimlerin takdir yetkisiyle indirim yapmalarının karşısında ciddi bir tehdit mahiyetindedir. Neyin makul neden olup olmadığı yolundaki tartışma, takdir yetkisini kökten ortadan kaldıracı niteliktedir<sup>1316</sup>.

Bir olayda cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hallerin bulunması, o olayda takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel teşkil etmez. Örneğin; haksız tahrik mevcut ise aynı zamanda takdiri indirim de uygulanabilir. Hâkimin takdiri indirim nedeni saydığı bir konu, aynı zamanda kanundan kaynaklanan bir indirim içeriyorsa, takdiri indirim uygulanamaz. Bu durumda, özel norm-genel norm ilişkisi gereği, kanundan kaynaklanan

<sup>1311</sup> "Sanık vekilinin lehe olan yasa maddelerinin uygulanmasını istemesinin TCK 59, 647 sayılı Kanunun 4, 5, 6. maddelerini kapsadığının düşünülmemesi..." 4. CD, 16.2.1999, 12377/83 (Otacı, 2006: 123) benzer kararlar için bkz. 4. CD, 4.12.2006, 17131; 11. CD, 12.12.2007, 9191; 8. CD, 9.10.2006, 7371 (Hakeri, 2012a: 611)

<sup>1312</sup> YCGK, 9.6.1998, 8-163/216; YCGK, 20.11.1981, 1-252/395; YCGK, 6.2.1984, 5-253/50; YCGK, 15.10.1990, 1-172/224 Otacı, 2006: 119

<sup>1313</sup> YİBK, 7.6.1976, 3-3/3; YCGK, 15.10.1990, 1-172/224

<sup>1314</sup> YCGK, 14.1.1985 1-491/8

<sup>1315</sup> YCGK, 18.6.1986 1805/2470

<sup>1316</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 779; Otacı, 2006: 120

indirim uygulanacaktır. Kanundan kaynaklanan indirim nedeninin olması, başka bir nedene dayalı olarak takdiri indirim uygulanmasına da engel teşkil etmez. Örneğin; hareketlerin haksız tahrikle birlikte takdiri tahfife yol açacağına anlaşılması durumunda haksız tahrik ve takdiri indirim nedenlerinin her ikisi birlikte sanık lehine uygulanmalıdır<sup>1317</sup>. Aynı sebep hem cezayı azaltan neden hem de takdiri indirim nedeni olarak iki kez uygulanamaz. Olayda birden fazla takdiri indirim nedeninin birlikte bulunması durumunda, örneğin; hem sosyal ilişkileri hem de yargılama sürecindeki davranışların olumlu olması durumunda, bir kez takdiri indirim nedeni uygulanacaktır<sup>1318</sup>.

Yargıtay, hâkimin cezayı alt sınırdan belirleme gerekçesini takdiri indirimi uygulamama kararı açısından da kullanması veya cezayı alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle tayin eden hâkimin takdiri indirimi uygularken aynı gerekçeye dayanmasının çelişki oluşturacağına karar vermiştir<sup>1319</sup>. Takdir yetkisini kullanarak indirim yapan ya da bu yetkiyi kullanmayan hâkimin kendi kararında çelişik gerekçelere dayanmaması gerekir<sup>1320</sup>. Bu fikir 5237 sayılı TCK dönemi için savunulamaz. Hâkimin cezanın belirlenmesi sırasında kullandığı kriterler (TCK m. 61/1) genellikle fiille ve failin suç işleme sırasındaki haliyle ilgili olduğu halde, takdir yetkisiyle indirim uygulaması için gerekli nedenler (TCK m. 62/2), suçtan ayrı olarak ortaya çıkan ve daha ziyade faille ve failin sosyal ilişkileriyle ilgilidir. Her iki konu nitelik olarak birbirlerinden farklı olduğundan, bunların birbiriyle çelişkili olması mümkün değildir. Bu nedenle, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi, her zaman takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Kanaatimizce, her ikisi için aynı gerekçeyi kullanan hâkimin kararı, gerekçenin çelişkili olmasından dolayı değil, bunlardan biri için yasal olmayan gerekçe kullanmasından dolayı kanuna aykırı olacaktır.

Birden fazla suçtan yargılama yapan hâkimin, sanık hakkında bir suç için takdiri indirim nedeni uygularken diğer suç için uygulamamasını Yargıtay çelişki saymakta ve bozma nedeni yapmaktadır<sup>1321</sup>. Burada, cezaların toplanması söz konusu olsa bile<sup>1322</sup>, her bir

<sup>1317</sup> Önder, 1992: 642

<sup>1318</sup> Önder, 1992: 643; Koca/Üzülmez, 2012: 583

<sup>1319</sup> YCGK, 8.2.2000, 4/16-19 bkz. (Malkoç, 2003: 269)

<sup>1320</sup> "...Yakınan H. İsmail'i yaralama eylemini duraksamadan kabul eden sanık hakkında olayın aydınlanmasına katkıda bulunmadığı biçimindeki dosya içeriğiyle çelişen gerekçeyle takdiri indirim nedeni bulunmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD, 23.10.1997, 8526/8805; YKD 2000, sy:4 sh:619-620)

<sup>1321</sup> "... öldürmek suçundan dolayı verilen cezadan, sanığın duruşmadaki hal ve tavrı gerekçesiyle indirim yapan mahkemenin bu maddeyi 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan verilen cezalara teşmil etmemesi durumunda bunun gerekçesini kararında açıklaması gerekir..." YCGK, 9.6.1975, 148/143; "...sanığın

suç için takdiri indirim nedeni ayrı ayrı uygulanacaktır<sup>1323</sup>. Kanaatimizce, burada her bir suç için ayrı değerlendirme ve ayrı sonuç ortaya çıkabilecektir. Bir suç için takdiri indirim nedeni uygulandığı halde, diğeri için uygulanmayabilecektir. Örneğin; fail, ruhsatsız silah ile bir kişiyi yaraladıktan sonra, yaralıyı hastaneye götürmekte, ancak ruhsatsız silahı bir yere saklamaktadır. Bu durumda hâkim, suç sonrası davranışları takdiri indirime gerekçe olarak seçebilecektir. Hâkim, kasten yaralama suçu açısından takdiri indirimi uyguladığı halde, 6136 sayılı kanuna muhalefet suçu açısından takdiri indirim nedenini uygulamayacaktır.

Bir suç için kanunda birden fazla ceza öngörülmüş ise, olayda takdiri indirim nedeni uygulanacaksa her iki ceza açısından uygulanması (ya da uygulanmaması) gerekecektir<sup>1324</sup>. Aynı şekilde takdiri indirim nedeninin uygulandığı durumda, asıl ceza ile birlikte verilen fer'i cezalarda da indirim yapılmalıdır<sup>1325</sup>. Ancak cezalar dışında kalan yaptırımlar<sup>1326</sup>, örneğin; güvenlik tedbirleri açısından takdiri indirim nedeninin uygulanması söz konusu olmaz<sup>1327</sup>.

Tazminat niteliğindeki ve nispi nitelikteki para cezaları<sup>1328</sup> ile sürgün cezası<sup>1329</sup> üzerinden takdiri indirim nedeni uygulanması mümkün değildir<sup>1330</sup>. İştirak halinde işlenmiş suçlar açısından takdiri indirim, sadece takdiri indirim kriterlerini bünyesinde taşıyan sanığa uygulanacaktır<sup>1331</sup>.

---

duruşmadaki hali ve pişmanlık duygusu nedeniyle yasak silah bulundurma suçundan indirim yapılmaması...”  
Yar. 4. CD, 15.9.1997, 6525/6993

<sup>1322</sup> 5237 sayılı TCK'da cezaların toplanması kurumu bulunmamaktadır.

<sup>1323</sup> “... hakaret ve müessir fii suçlarından dolayı TCK m. 59'un ayrı ayrı uygulanması gerekirken her iki cezanın toplamı üzerinden uygulama yapılması...” Yar. 2. CD, 8.4.1976, 1646/4422; Toroslu, 2010: 232; Sanal, 1965: 1016

<sup>1324</sup> Yar. 5. CD, 16.2.1993, 135/605 (Günay,1996: 44)

<sup>1325</sup> 5237 sayılı TCK'da fer'i ceza bulunmamaktadır.

<sup>1326</sup> 765 sayılı TCK döneminde var olan amme hizmetlerinden memnuiyet cezası diğer cezalar çevresine dahil ise de, sanığın mahkum olduğu hapis cezası miktarına göre tayin edilmesi ve müebbeten amme hizmetlerinden memnuiyet cezasından kanunen ne miktarda indirim yapılacağı gösterilmemesi nedeniyle takdiri indirim sebebi uygulanamaz. Örnek olarak 765 sayılı TCK m. 31 gösterilebilir. (Sanal, 1965: 1017)

<sup>1327</sup> Erem/Danışman/Artuk, 1997: 782

<sup>1328</sup> TCK'nın 158/1. maddesine göre, nitelikli dolandırıcılık halinde hapis cezasının alt sınırı üç yıldan ve adli para cezasının alt sınırı ise suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz. Burada nispi nitelikli adli para cezası söz konusudur. (Bilen, 2012: 286)

<sup>1329</sup> 5237 sayılı TCK'da tazmini nitelikte para cezası ve sürgün cezası bulunmamaktadır. 1918 sayılı KMK'nın 6829 sayılı Kanunla değişik 40. maddesine göre verilecek sürgün cezasına TCK m. 59'un uygulanacağı konusunda Yargıtay kararları mevcut idi. Ancak bu maddeye göre tayin edilecek hapis cezasının 6 aydan fazla olması durumunda maddede yazılı sürgün cezasının da verileceğini hükme bağlamış olması nedeniyle bu durumda takdiri indirimin uygulanması mümkün değildi. (Sanal, 1965: 1017)

<sup>1330</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 580; Sanal, 1965: 1016

<sup>1331</sup> Koca/Üzülmez, 2012. 583; www.ankahukuk.com E.T 2.1.2012

Bir olayda fail hakkında takdiri indirim nedeninin uygulanmasının, o cezanın ertelenmesi ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesini de zorunlu kılıp kılmayacağı 765 sayılı TCK döneminde tartışma konusu yapılmıştır. Yargıtay bu konuyla ilgili kararında; “ ... 59. maddenin uygulanmasına dair olan gerekçe anlatımı itibariyle geçmiş zaman ile karar anındaki durumu içermektedir. Tecile yer olmadığına ilişkin gerekçe ise geleceğe yöneliktir. Bu nedenle bu tür bir kararda çelişkinin varlığından söz edilemez”, diyerek iki kurumun farklılığına işaret etmiştir. Yargıtay, mahkemenin sanık hakkında takdiri indirim nedenini uygulamasına karşılık, cezanın infazını erteleme yoluna gitmemesini bir çelişki saymamıştır<sup>1332</sup>.

Yargıtay bazı durumlarda takdiri indirim nedeninin uygulanmasını zorunlu saymakta, bazı durumlarda takdiri indirimin uygulanmaması gerektiğini belirterek bunu adeta yasaklamakta, bazı durumlarda ise somut olayda takdiri indirimin uygulanıp uygulanmaması konusunun kovuşturma aşamasında tartışılması ve bu tartışmanın karara yansıtılması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay, “Hakkında ikrardan başka delil bulunmayan sanığa<sup>1333</sup>, ihlal edilen hukuki yarar ile suç arasında oransızlık olması durumunda<sup>1334</sup>, hükmün bozulmasından önce sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanmışsa, önceki hükmün gerekçesinin ortadan kalkmamış olması durumunda<sup>1335</sup> takdiri indirim nedeninin uygulanması gerekir<sup>1336</sup>” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay, bu şekildeki uygulamalarını ceza adaletini sağlama amacıyla yaptığını belirtmektedir. Örneğin, 765 sayılı TCK’nın 430. maddesindeki müeyyidelerin 1. ve 2. fıkralarda farklı olmasına karşın, etkin pişmanlığı düzenleyen 432. maddesinin olayda uygulanması durumunda, mağdura şiddet uygulayan ve uygulamayan failler açısından aynı ceza verilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktaydı. Yargıtay, olayda m.

<sup>1332</sup> İBK, 7.6.1976 1976/3-4; (YKD, Ağustos 1976, S: 8, s. 1197); “... incelenen dosyada yüklenilen suç adi tahrik altında işlendiği saptanan, duruşmadaki hal ve tavrı nedeniyle hakkında TCK’nın 59. maddesi uygulanan, sabıkası bulunmayan, yargılama aşamasında olumsuz davranışları gözlenmeyen, evli ve beş çocuklu sanığın yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda kişiliği, aleyhe özellikler ve geçmişteki olumlu davranışlarına gelecekte de devam etmeyeceğine ilişkin somut nedenler gösterilip açıklanmadan mücerret “verilen cezanın ertelenmesi durumunda suç işlemekten çekinmeyeceği yolunda kanaate varılmıştır” şeklindeki yasal olmayan yetersiz gerekçeyle erteleme isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.” YCGK, 25.5.1992, 4-96/160; benzer kararlar için bkz. YCGK, 3.5.1976, 1976/8-5; YCGK, 23.9.1985, 1-777/474 ve Yar. 1. CD, 16.11.1988, 3948/4101; Önder, 1992. 570; İçel, 2002: 177

<sup>1333</sup> 4. CD, 20.10.1997, 8395/8855

<sup>1334</sup> “... mermi adedinin iki olduğu anlaşıldığından kararlılık gösteren uygulamalara ve içtihada kıyasla bu hususların TCK m. 59’un uygulanmasını gerektirdiği...” YCGK, 24.5.1976, 253/234; “...esrar miktarının azlığı...” YCGK, 24.4.1972, 175/205

<sup>1335</sup> “... bozulan hükümde sanığın duruşmadaki ve geçmişteki hali nedeniyle TCK m. 59 uygulandığı halde bozma sonrası duruşmada sanığın kişiliğinde tespit edilen olumlu yönlerin artık kalmadığını gösteren nedenler belirtilmeden TCK m. 59’un uygulanmaması...” 5. CD, 29.1.1992, 5271/327

<sup>1336</sup> İçel vd, 2002: 174-175; Otacı, 2006: 124

430/2 ve m. 432'nin birlikte uygulanması söz konusu ise mutlaka 59. maddenin de uygulanması gereğini aramaktaydı<sup>1337</sup>. Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde, “.. fiilin ölüm cezasını gerektirmesi halinde olayda haksız tahrik hükümleri de uygulanacaksa, ceza müebbet hapse dönüştüğünden ve bu durumda öldürmenin diğer hallerinin cezasıyla aynı olduğundan, ceza uygulamada adaletsizlik meydana geldiğinden, takdiri indirim nedeninin de uygulanması gerekir”, şeklinde hüküm vermiştir<sup>1338</sup>.

Takdiri indirim nedeni, bazen kanuni indirim nedenlerinden çok daha fazla etkiye sahip olabilir. Örneğin; TCK'nın 62. maddesinde, “*müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir*”, hükmü mevcuttur. Eğer takdiri indirim olmasaydı failin müebbet hapis karşılığı ceza infaz kurumunda kalacağı süre (koşullu salıverme süresi) 5275 sayılı CGTİHK m. 107/2 maddesine göre 24 yıldır. Ancak takdir yetkisi uygulanınca 25 yıl hapis cezası verileceğinden, bu kez failin ceza infaz kurumunda kalacağı süre 2/3 olarak hesap edileceğinden yaklaşık 16 yıl 8 ay olacaktır. Bu da aslında çekilen somut ceza açısından 1/6'den daha yüksek (8 yıl, yaklaşık 1/3 gibi) bir orana tekabül etmektedir. Hâkime, bu suçlar açısından takdiri indirim ile kanuni indirim nedenlerinden daha etkili ve yüksek bir indirim yetkisi verilmiş olmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri başlığı ile ifade edilen TCK'nın 62/1. maddesinde yer alan cümle emredici niteliktedir. Bu haliyle takdir yetkisi başlığı ile madde içeriğinin çeliştiği, bu emir cümlesinin takdir hakkını ortadan kaldırdığı, indirimi zorunlu kıldığı, takdiri değil kanuni indirim nedeni haline getirdiği, hatta kanun tarafından indirim nedenlerinin neler olacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilmişse de indirim oranı konusunda takdir yetkisi verilmemesinin bunu ispatladığı iddia edilebilir. Kanaatimizce maddenin birinci fıkrasında emir kipinin kullanılmış olması, olayda takdiri indirim nedeninin varlığı durumunda artık indirim yapıp yapmama konusunda hâkimin keyfi hareket etmesini önlemeye, her şekilde buna gerekçe gösterilmesi, olayın oluşuna uygun uygulama yapılıp yapılmadığının yüksek mahkeme tarafından denetlenmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bu emredici ifade nedeniyle bu kurumun kanuni indirim olduğu konusu kabul edilemez. Takdiri indirim neden olan konular genel terimlerle belirtilmiştir, hâlbuki kanuni indirim nedeni olarak kabul edebilmek için o nedenin kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olması gerekir.

<sup>1337</sup> Yar. 5. CD, 3.5.1991, 2138/2359

<sup>1338</sup> YCGK, 5.6.1972, 41/239; 1. CD, 10.3.1992, 40/537 Önder, 1992: 570; İçel, 2002: 176-177



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CEZALARIN HESAPLANMASI

#### I. GENEL OLARAK

Cezaların hesaplanmasında, aynı kuralları uygulamak suretiyle, hem suçlunun lehinde hem de aleyhinde sonuca varmak mümkündür. Bu nedenle kanun cezaların nasıl hesaplanacağı ile ilgili bazı kaideler koymak suretiyle “hesapta keyfi hareketi” önlemek istemiştir<sup>1339</sup>. Cezalar sisteminin açıklanmasında, cezaların hesaplanması konusuna da doğal olarak yer vermek gerekir. Ceza tehdidi, hukuka aykırı fiilleri yasaklamanın başlıca tedbiri olduğuna göre cezanın, suç işlemlerini önlemeyi başaramıyorsa hiç olmazsa o şahsı uyaracak nitelik ve ölçüde olması gerekir. İşte bu ölçünün tayin ve tespiti, cezanın hesaplanmasını ifade eder<sup>1340</sup>.

Türk Hukuku’nda cezaların hesaplanmasını ayrıntılı olarak mevzuatta düzenleme yerine bu işin uygulamaya bırakılması eğilimi dikkat çekmektedir. Bu kadar çok unsurlu bir kurum olan cezanın belirlenmesinin cebirsel karşılığı olan cezanın hesaplanması konusunda kanunda ayrıntılı hükümler bulunmamaktadır. Gerçekten de 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK döneminde cezanın hesaplanması konusu mahkeme uygulamalarıyla yerleşmiştir. Bu uygulamalar sonucunda azımsanmayacak kadar ilke ve kural ortaya konulmuştur.

Hapis cezalarının hesaplanması hususunda temel prensiplerin düzenlendiği 5237 sayılı TCK’nın 61/6. maddesi<sup>1341</sup>, hapis cezasının hesabını tek fıkrada; “*Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez,*<sup>1342</sup>” şeklinde düzenlenmiştir.

Adli para cezalarının hesaplanması ise; 5237 sayılı TCK’nın 52. madde hükmüne göre gün para cezası şeklinde düzenlemeye göre yapılacaktır. Adli para cezaları 1.6.2005

<sup>1339</sup> Erem, 1962: 234

<sup>1340</sup> Dönmezer/Erman, 1971: 80

<sup>1341</sup> Cezaların hesaplanması 765 sayılı TCK’da 30. maddede iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

<sup>1342</sup> “Mahkemece 5237 sayılı TCK’nın 125/1 maddesi uyarınca hükümlenen 5 temel gün adli para cezası suçun alenen işlenmesi nedeniyle aynı maddenin 4. fıkrası gereğince 1/6 oranında artırılırken ortaya çıkan ceza miktarı 1 günün altında kalmasına karşın temel adli para cezasının 1 gün artırılmasına karar verilmiştir. Yerel mahkeme hükmünün belirtilen ceza uygulaması açısından hukuka aykırı olduğu açıktır.” 4. CD, 29.4.2009, 8383-8123 (Parlar/Hatipoğlu, 2010: 1031)

tarihinden önce, 765 sayılı TCK'da 19, 21 ve 24. maddeleri ile 647 sayılı Kanunun 5. maddesinde maktu, nispi ve tazmini şeklindeki para cezaları şeklinde düzenlenmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde cezanın hesaplanmasına dair hükümlerin bazı ülkelerin ceza kanunlarında yer almadığı, bazı ülke kanunlarının yürürlük tarihlerinde cezanın hesaplanmasına dair kurallar içerdikleri halde, zamanla bu hükümleri kanunlarından çıkardıkları görülmektedir. Danimarka Ceza Kanunu (DanCK) m. 32 “*üç aydan az hürriyeti bağlayıcı cezaları gün, diğer cezaları ay ve yıla göre hesap eder.*” Finlandiya Ceza Kanunu (FinCK), “*cezalar tam gün, ay veya senelere göre hesap edilir*” hükmünü içerir. İtalyan Ceza Kanunu (İCK) m. 134 “*sürelî cezaların günlere, aylara ve senelere göre verileceğini, bir günün küsurunun ve para cezalarında lîretin küsurunun hesaba katılmayacağını*” tespit etmiştir<sup>1343</sup>.

Alman Ceza Kanunu bu konuda zaman içinde değişikliğe uğramıştır. 1871 tarihli Kanun'un 19. maddesinde, “*Hürriyeti bağlayıcı cezalarda gün yirmi dört saat, hafta yedi gün, ay ve sene takvime göre tayin edilir*” demiştir. Hesabın nasıl yapılacağı konusunda da, “*Ağır hapis cezaları aylara, diğer hürriyet bağlayıcı cezalar tam günlere göre tayin edilir*” hükmünü koymuştur. 1975 yılında yapılan değişiklikten sonra Alman Ceza Kanunu 20. madde, “*Hürriyeti bağlayıcı cezalarda gün yirmidört saat, hafta yedi gün, ay ve sene takvime göre hesap edilir,*” halini almıştır. Bu kural daha sonra 39. maddeye alınarak, “*Bir yılın altındaki hürriyeti bağlayıcı ceza tam hafta ve aylara, daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza ise, tam ay ve senelere göre hesaplanır,*” şeklindeki halen geçerli olan hüküm getirilmiştir<sup>1344</sup>.

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'da olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından üç ayrı süre birimi kabul edilmiştir. Bunlar; gün, ay ve yıldır. Kanun koyucu her zaman bir yıl 12 ay olduğu için 1 yılın 12 ay olduğunu kanunda açıklamamıştır. Buna karşılık bir ay her zaman 30 gün olmadığı için ayın güne çevrilmesinde 30 günün esas alınmasını istemiştir. Ancak yılın, dört yılda bir 366 olmasını göz önünde bulundurarak, yılın resmi takvime göre belirleneceği açıklanmıştır. Bu birimlerin dışında bir sürenin, örneğin; 3 hafta ya da 12 saat gibi, ceza süresi olarak belirlenmesi mümkün değildir<sup>1345</sup>. Ancak

<sup>1343</sup> Çolak/Altun, 2007: 454

<sup>1344</sup> Önder, 1992: 633-634

<sup>1345</sup> “Ceza Yasasının 30. maddesi açıklığına aykırı olarak hafta ile ceza belirlenmesi yolsuzdur”, Yar. 2.CD. T.12.1.1951, S.68/135 (Gözübüyük, 1980: 125). Yar. 6.CD. T.07.06.1996, S.5914-6124, (Erol, 2005: 301)

belirtmek gerekir ki TCK açısından hafta olarak ceza tayini mümkün değilse de özel ceza kanunlarının bir kısmında<sup>1346</sup> hafta ile tayin edilen cezalar düzenlenmiştir<sup>1347</sup>.

Hapis cezasının infazında günün saati de önem taşımaktadır. Bir gün yirmi dört saat olduğu için hükümlü hangi saatte ceza infaz kurumuna alınmış ise, cezanın sona erdiği günün aynı saatinde salıverilmelidir. Aynı şekilde, hükümlü cezasının infazı sırasında firar etmiş ise ve yakalanmışsa, bu yakalanma saati cezasının geri kalan kısmının infazında da dikkate alınarak cezasının bittiği günün aynı saatinde serbest bırakılacaktır.

Adli para cezalarının hesaplanmasında eldeki birimler ise gün ve Türk Lirasıdır. 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde düzenlenmiş olan adli para cezaları belirlenirken, öncelikle sanığa verilecek ceza olarak gün tespit edilecek ve failin ekonomik ve diğer şahsi hallerine göre gün karşılığı 20 TL den 100 TL'ye kadar bir miktar ile çarpılarak sonuç ceza bulunacaktır. Adli para cezaları açısından gün ve Türk Lirası dışında bir birimin üzerinden ceza tayin edilmesi mümkün değildir.

Cezanın hesaplanmasının matematiksel bir işlem olduğu gözetildiğinde, artırım ve indirim işlemleri sırasında sonuç cezanın küsurlu bir rakamla ifade edilir şekilde belirlenmesi olasılığı karşısında, kanun koyucu, bu sorunu giderici bir kural getirmiştir. TCK'nın 61/6-son maddesi; *“hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez,”* şeklindedir. Bir günün ve bir Türk Lirasının artakalanının atılması, artırım ve indirim uygulanan her aşamada gözetilmelidir<sup>1348</sup>.

Adli para cezası için bir günün hesaba katılmayacağına dair bir hüküm TCK'da yer almamıştır. Hâlbuki TCK'nın 61/8. maddesine göre adli para cezasının hesabı da gün üzerinden yapılacaktır. Artırım ve indirimler bu gün üzerinden yapıldıktan sonra sonuç gün miktarı dikkate alınacaktır. Kanaatimizce, TCK'nın 61/6. maddesinde *“adli para cezasının hesabında bir Türk Lirasının artakalanının hesaba katılmayacağı”* düzenlendiği halde, aynı fıkra içerisinde günün artakalanının hesaba katılmayacağına dair düzenleme olmaması (aksine açıkça adli para cezasının belirlenmesinde bir liranın artakalanı denilmesi) nedeniyle, adli para cezasının hesabında günün artakalanının hesaba katılması gerekir. Artıklı olarak çıkan

<sup>1346</sup>Askeri Ceza Kanunu'nun (AskCK) 19, 23, 165 ve 167. maddelerinde disiplin hapislerine ilişkin düzenlemelerde cezalar hafta zaman birimine göre düzenlenmiştir.

<sup>1347</sup>İçel vd, 2002: 156-157; Öztürk/Erdem, 2006: 320, Önder, 1992: 633-634; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 888; Centel/zafer/Çakmut, 2011: 585; Demirbaş, 2009: 610; Çolak /Altun, 2007: 453-454

<sup>1348</sup>YCGK. T.4.3.2003, E.2003/7-1, K.2003/17, YKD. 2003-5-778.

gün sayısının, gün karşılığı para miktarıyla çarpılması ve sonuçta çıkan adli para cezasından bir Türk Lirasının artakalanı atılarak sonuç cezanın belirlenmesi kanuna aykırı olmayacaktır. Uygulamada istisnasız olarak adli para cezasının hesaplanmasında her aşamada günün artakalanı da atılmaktadır.

## II. CEZALARIN HESAPLANMASINDA GEÇERLİ İLKE VE İSTİSNALAR

### A. GENEL OLARAK

Cezanın belirlenmesi sürecinde incelenen ve genellikle sıraya bağlı olan süreç, aynı zamanda cezanın hesaplanmasının da evrelerini göstermektedir. Hâkim cezanın hesaplanmasına ceza türünü belirleyerek başlayabilecektir. Kanundaki suç tanımında belirlenmiş olan temel ceza seçenekli olarak düzenlenmiş ise (hapis veya adli para cezası) hâkim öncelikle seçimlik cezalardan birini tercih edecektir. Hâkim, seçimlik cezalardan birini tercih ettikten sonra, bu seçtiği ceza, alt ve üst sınırları belirtilmek suretiyle (basamaklı) düzenlenmiş ise hâkim bu alt ve üst sınır arasında bir ceza miktarını tayin edecektir. Hâkim, bu cezada yapılacak artırma ve eksiltmeyi bu temel ceza üzerinden hesaplayacaktır. Doğrudan artırım maddesi üzerinden sonuç ceza tayini yasaya aykırıdır. Yargıtay da bu konuda aynı kanaattedir<sup>1349</sup>.

Olayda olası kast veya bilinçli taksir var ise buna göre cezada indirim veya artırım uygulanacak, bu nedenler de tayin edilen temel ceza üzerinden hesaba katılacaktır (TCK 61/2). Yargıtay da; “Kurulan hükümde, 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesindeki düzenlemeye uygun şekilde, TCK’nın 86/1. maddesine göre tayin edilen temel ceza üzerinden olası kast nedeniyle indirim yapıldıktan sonra, diğer artırım ve indirimlerin yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayin edilmesi bozmayı gerektirmiştir,” şeklinde karar vermiştir<sup>1350</sup>.

Suçta etki eden nedenler mevcut ise, bunlardan önce artırım nedenleri daha sonra indirim nedenleri uygulanacaktır (TCK m. 61/4). Cezaya etki eden veya kusurluluğu azaltan nedenlerin mevcut olması durumunda, TCK’nın 61/5. maddesinde sayılan sekiz hal, en son ve kanundaki sıralarına göre uygulanacak, nihayet takdiri indirim nedeni en son uygulanmak

<sup>1349</sup> Yar. 3. CD, 15.11.2006, 8482

<sup>1350</sup> Yar. 1. CD, 6.12.2007, 9159

üzere sonuç ceza tayin edilecektir (TCK m. 61/5). Yargıtay da bu konuda aynı yönde kararlar vermiştir<sup>1351</sup>

Fail birden fazla suç işlemişse, 61. madde her bir suç için ayrı ayrı dikkate alınıp cezalar belirlenir ve CGTİHK hükümlerine göre ayrı ayrı infaz edilir. Zira cezaların toplanması sistemine TCK ile CMK’da yer verilmemiştir. CGTİHK’nın 99. maddesinde; bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümlerin bulunması durumunda, şartlı salıvermenin düzenlendiği CGTİHK’nın 107. maddesinin uygulanması açısından bir toplama kararı<sup>1352</sup> isteneceği hükme bağlanmıştır. Böylece ayrı ayrı belirlenmesi ve infaz edilmesi gereken cezaların toplanması ancak şartlı salıverme koşullarının gerçekleştiği halde mümkündür<sup>1353</sup>.

Seçenekli cezalarda, cezanın seçimi dışında her bir aşama, cezada artırım ya da indirimi gerektirmektedir. Artırım ya da indirim işlemi kural olarak bir önceki aşamada bulunan rakam üzerinden yapılır. Kendisine haksız yere tokat atan kamu görevlisini silahla yaralamaya teşebbüs eden sanığa verilecek cezanın hesabı yapılırsa; birinci aşamada kasten yaralama suçundan sanığın suç işleme eğilimi gözetilerek hapis cezası seçilir. İkinci aşamada ani gelişen olayda sanığın kasta dayanan kusurunun ağır olmadığı (TCK m. 61/f) gerekçesiyle alt sınırdan dört ay hapis cezası belirlenir. Üçüncü aşamada suç silahla işlendiğinden, cezada artırımı gerektiren nitelikli hal (TCK m. 86/3-e) nedeniyle ceza yarı oranında artırarak altı ay hapis cezası bulunur. Dördüncü aşamada teşebbüs (TCK m. 35/2) nedeniyle cezada takdiren ¼ oranında indirim yapılarak dört ay on beş gün hapis cezası bulunacaktır. Dördüncü aşamada ikinci işlem olarak tahrik nedeniyle (TCK m. 29/1) takdiren ¾ oranında indirilerek bir ay üç gün hapis cezası bulunur. Böylece somut sonuç ceza bir ay üç gün hapis olarak denetime olanaklı bir şekilde belirlenmiş olacaktır.

## B. CEZANIN ALT VE ÜST SINIRINI AŞMA YASAĞI

Hâkim, temel cezayı TCK’nın 61/1. maddesindeki kriterlere uygun olarak belirler. Türk Ceza Kanunu’nun hapis cezası için soyut genel belirlemesi niteliğindeki 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiş olan “*Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az ve yirmi yıldan fazla olamaz*”<sup>1354</sup> hükmüne uyarak bu sınırların alt ve üstünde bir

<sup>1351</sup> Yar. 11. CD, 30.10.2007, 7165

<sup>1352</sup> YCGK 31.01.2006 t. 2006/1-4 E 2006/7 K sayılı Kararı (Meran, 2007: 327)

<sup>1353</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 873

<sup>1354</sup> 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 6/2 maddesi; “1 Haziran 2005’ten önce yürürlüğe girmiş kanunlarda; a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine hüküm yoksa alt sınır 1 yıl, üst

hapis cezasını temel ceza olarak belirleyemeyecektir<sup>1355</sup>. Bu düzenleme sonuç cezayı değil, temel cezayı ifade etmektedir.<sup>1356</sup> Hâkimi temel ceza belirlemede alt ve üst sınır olarak kısıtlayan sadece bu soyut genel belirleme kuralı değildir. Bu maddede “*kanunda aksi belirtilmeyen hallerde*” hükmünün gereği olarak hâkim, suç tanımında belirlenmiş olan cezanın da alt ve üst sınırını aşamayacaktır. Örneğin; kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde sonuçlanmış olması hali için hüküm kuracak olan hâkim, TCK’nın 86/2. maddesi gereğince 4 aydan az ve 1 yıldan fazla bir cezayı temel ceza olarak belirleyemeyecektir. Kanunda o suç için hapis cezasının üst sınırı belirlenmiş olmasına karşın alt sınırı belirlenmemişse, mahkeme hapis cezasını bir ayın altında belirleyemeyecektir.

Suçun düzenlendiği maddedeki hapis cezasının alt sınırı belirlenmesine karşın, üst sınırı belirlenmemişse, mahkemenin sanığa temel ceza olarak 20 yıldan fazla hapis cezası vermesi mümkün değildir. Örneğin; mahkeme sanığa uyuşturucu imal veya ticareti suçundan TCK m. 188/1’e göre temel ceza tayin ederken yirmi yıl sınırını aşamayacaktır. Türk Ceza Kanunu’nda bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun bir suç için belirlediği hapis cezasının hem alt hem de üst sınırını belirlemediği durumlarda, kanunun soyut genel belirlemesindeki alt ve üst sınırlara göre (hapis cezası için TCK’nın 49. maddesine göre 1 ay ile 20 yıl arasında) ceza belirlenecektir.

Hapis cezası açısından çeşitlendirerek açıklanan bu kural adli para cezası açısından mahkemenin temel cezayı belirlemesinde de geçerlidir. Ancak bu durumda alt ve üst sınırlar TCK’nın 52/1. maddesindeki; “*Adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere*” şeklindeki hükme göre belirlenecektir. Kanunda adli para cezaları açısından artırım nedenlerinin uygulanmasından sonra aşılamayacak bir üst sınır belirlenmemiştir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; mahkeme sanığa hakaret suçu nedeniyle adli para cezası verecekse, TCK’nın 125/1. maddesinde “3

---

sınır yirmi dört yıl olarak, b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine hüküm yoksa alt sınır 1 ay, üst sınır beş yıl olarak uygulanır” şeklinde değiştirilmek suretiyle, yeni sınırlar getirilmiştir (Demirbaş, 2009: 611).

<sup>1355</sup> “TCK 188/1’de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal, ithal veya ihraç fiillerinin cezası 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiş; 4. Fıkırada, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükmüne yer verilmiştir. maddenin 1. Fıkrasındaki suçun yaptırımının üst sınırının TCK 49 uyarınca 20 yıl hapis olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu hükmün temel cezayı değil, sonuç cezayı da kapsadığının kabulü durumunda, hâkim, 1. Fıkra uyarınca üst sınırdan ceza tayin ettiği takdirde, diğer fıkraların hiçbir şekilde uygulanma olanağı olmayacak, alt sınırdan ceza tayin edildiği takdirde dahi, 4 ve 5. Fıkralardaki artırımlar uygulandığında hapis cezası 20 yılı aşacağından, diğer fıkraların uygulanması olanaksız hale gelecektir. Bu kabul kanun koyucunun açık iradesine aykırı olduğu gibi kanunun sistemine de uygun değildir. Bu nedenle TCK 49’daki düzenlemenin, sonuç cezayı değil, kanunda alt ve üst sınır gösterilmemesi durumunda temel cezayı tayinde dikkate alınacak ölçütleri gösterdiği kabul edilmelidir.” YCGK, 20.06.2006, 163 (Hakeri, 2012a: 607)

<sup>1356</sup> Hakeri, 2012b: 426

*aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası*” alternatif olarak düzenlenmiştir. Adli para cezasının alt ve üst sınırı gösterilmemiş olduğundan (seçenek cezadan hapis yerine adli para cezasını seçtiğini kabul edelim), mahkemenin vereceği temel adli para cezası 52. maddeye göre 5 günden az ve 730 günden fazla olamayacaktır. Ancak TCK’nın 61/9. maddesi hükmü gereğince adli para cezası, hapis cezasının alt sınırının altında olamayacağından, hâkim, 3 ay hapis cezasından aşağı olmamak üzere adli para cezasını temel ceza olarak belirleyecektir. TCK’nın 61/9. maddesi hükmünün ilk halinde<sup>1357</sup> bu sınırlama olmadığından cezanın alt sınırı 5 gün adli para cezası olarak uygulanmaktadır.

Uyuşturucu imal ve ticareti, dolandırıcılık gibi ekonomik çıkar sağlayan suçları için kanunda özel düzenlemeler bulunduğu için artık TCK’nın 52/1. maddesi hükmü değil, özel maddedeki üst sınır geçerli olacaktır. Bu suçlar bakımından kanun koyucu, elde edilen gelirin miktarının belli olması durumunda TCK’nın 55. maddesi gereğince kazanç müsaderesine hükmedilmesini öngörmüştür. Ancak elde edilen gelirin miktarının belirlenememesi durumunda müsadere kararı vermek mümkün olmayacaktır. Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu, ilgili suç tanımında hapis cezasının yanı sıra ayrıca adli para cezası öngörmüş ve adli para cezasının üst sınırı ayrıca belirlemiş ve özellikle yüksek tutulmuştur. Bu durumda kanun koyucu, o suç ve sonuçlarını önemli görerek genel kuralı bırakıp, belirlenecek gün sayısının üst sınırını yeniden düzenlemiştir. Buna karşın asgari olan 5 günün esas alınmasının suç ve dosya kapsamı ile uyumlu olmayacağı, bu durumlarda suçun niteliği ve işlenmesindeki özellikler irdelenerek, hapis ve adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşılacak suretiyle tespiti uygun olacaktır<sup>1358</sup>.

Buraya kadar açıklanan konular bir suç bakımından, henüz herhangi bir artırım ya da indirim uygulanmadan belirlenecek olan cezalar için geçerli olan alt ve üst sınırlardır. 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe giren ilk halinde bulunmamasına karşın 61. maddeye 5377 sayılı Kanunla<sup>1359</sup> eklenen 7. fıkrası; *“Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde*

<sup>1357</sup> Bu hüküm 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

<sup>1358</sup> Özgenç, 2005:675

<sup>1359</sup> 29.6.2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5377 sayılı Kanunun 7. maddesiyle bu fıkra eklenmiştir. Bu kanunun gerekçesi; “Kanunun 49’uncu maddesine göre, aksine hüküm bulunmayan hallerde sürelî 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’uncu madde hükmü, sonuç ceza bakımından bir sınır oluşturmamaktadır. Başka bir deyişle, somut olayla ilgili olarak belirlenen sonuç ceza yirmi yıldan fazla olabilecektir. Ancak, bu durumda belirlenen sonuç cezaya yine de bir sınırlama gereği bulunmaktadır. Böyle bir sınırlama, müebbet hapis cezasında koşullu salıverme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken asgari süre bakımından önem taşımaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle, 61’inci maddeye eklenen yedinci fıkra ile, hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağı kabul edilmiştir.” TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 3; (Özgenç, 2010: 745)

(61. madde) hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz,<sup>1360</sup>” hükmünü getirmiştir. Bu hüküm gereğince mahkeme, bir suçtan dolayı ne kadar artırım nedeni olursa olsun sanığa otuz yıldan fazla hapis cezası tayin edemeyecektir. Örneğin; TCK’nın 188/1. maddesinde yer alan uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ithal suçunun hapis cezası 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiştir. Burada hâkim, o maddedeki temel cezayı 20 yıldan fazla seçemeyecek ve o suç için tüm artırım nedenleri uygulasa bile sonuç ceza 30 yıldan fazla olamayacaktır<sup>1361</sup>.

### C. SEÇENEK CEZALARDAN HAPSI TERCİH ETME DURUMUNDA PARAYA ÇEVİRME YASAĞI

765 sayılı TCK, hâkimi cezanın belirlenmesi konusundaki tercihi hususunda zorlayan bir düzenleme içermiyordu. O dönemde hâkimin, hapis ve para cezasının seçimlik olarak düzenlendiği durumda; önce hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih edip daha sonra bunu adli para cezasına çevirebilip çeviremeyeceği tartışılmıştır. Genellikle kabul edilen görüş, hâkimin suç karşılığı öngörülen cezalardan birisinin para cezası olmasına karşın, önce hürriyeti bağlayıcı cezayı seçip daha sonra bunu adli para cezasına çevirebileceği şeklindedir. Ancak bu görüşteki yazarlar, bu tür bir uygulamada, hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasının suça ilişkin maddede seçimlik olarak öngörülen para cezası miktarından az olmasını bir İçtihadı Birleştirme Kararı’na<sup>1362</sup> atıfla makul karşılamaktaydı. Öğretide, bu miktarın fazla olması durumunda madde metninde seçimlik olarak öngörülen para cezasının üst sınırını oluşturacağı savunulmuştur<sup>1363</sup>.

5237 sayılı TCK’nın 50/2. maddesinde bu durum; “Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez,” şeklinde düzenlenmiştir<sup>1364</sup>. Yargıtay da bu konuda, “sanığın kişiliği, olaydan sonraki davranışları, sosyal ve ekonomik durumu, aile düzeni, suçun işleniş nedeni, cezanın amaçları gözetilerek sanık üzerindeki etkisi dikkate alınarak” karar

<sup>1360</sup> 765 sayılı TCK’da böyle bir hüküm bulunmadığı için Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile bu boşluğu doldurmuştur. Bu karara göre; “Ceza artırılırken geçilemeyeceği açıklanan sınırdan maksat, suçun değindiği maddede yazılı cezanın en yüksek sınırı değil, suçlar için TCK’nın Birinci Kitabının İkinci Babında yazılı en yüksek sınırdır.” İBK, 23.10.1940, 37/40 sayılı (Koca/Üzülmez, 2012: 585)

<sup>1361</sup> YCGK, 20.6.2006, 5/178-163 kararı

<sup>1362</sup> İBK 24.12.1973, 3/5

<sup>1363</sup> İçel vd. 2002: 141; Önder, 1992: 553

<sup>1364</sup> Gökçen/Yenidünya, 2008: 344



verilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>1365</sup> Başka bir deyişle ceza ile beklenen amaç dikkate alınmalı ve cezanın bireyselleştirilmesinin sağlanması amacıyla, koşulları mevcutsa adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmelidir<sup>1366</sup>.

Kanaatimizce, aynı madde içerisinde seçimlik olarak adli para ve hapis cezası var iken; önce hapis cezasını tercih edip sonra bu cezayı adli para cezasına çevirmek, hâkimin hüküm kurarken kendi işini uzatmasından başka bir sonuç doğurmayacaktır. Bunu engellemek isteyen kanun koyucu, bu hükümle hâkime sınırlama getirmiştir. Gün para cezası sisteminin kabul edildiği, seçenek yaptırıma çevirme halinde esas cezanın çevrildikten sonraki ceza olacağı ve bunun hüküm ifade edeceği bir düzenlemede, böyle bir yasağın getirilmiş olması son derece yerinde olmuştur. Bu hüküm uygulamada büyük bir olasılıkla karşılaşılabilecek olan bir eşitsizliğin de önüne geçmiştir. Şöyle ki; 5275 sayılı CGTİHK'nın ilk yürürlüğe girdiği halinde, 106/9. fıkrasında şu an bulunan *“adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz”*<sup>1367</sup> düzenlemesi yoktu. Bu nedenle adli para cezasından çevrilen hapis cezaları için CGTİHK'nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihi ile m. 106/9'da değişiklik yapılan 5739 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1.3.2008 tarihleri arasında işlenen suçlar bakımından adli para cezasından çevrilen hapis cezaları için de koşullu salıverme hükümleri uygulanmaktadır. Seçimlik ceza öngörülen maddedeki hapis cezasının seçilip bunun adli para cezasına çevrilmesi durumunda (belirtilen tarihler arasında) şartlı salıverme hükümleri uygulanacaktır. Doğrudan adli para cezasının seçilmesi durumunda ise bunun ödenmemesi durumunda şartlı salıverme hükümleri uygulanmayacaktır. Esasında aynı ceza olmasına karşın (her ikisi de adli para cezası) menşelerinin farklı olması (birinin hapisten çevrilme olması) nedeniyle çekilecek ceza süreleri 1/3 oranında az veya çok olabilecektir. Kanunun ilk halinde hâkim, hapis cezasına hükmetmiş ve bunu adli para cezasına çevirmiş, infaz sırasında bu para ödenmemiş ise bu durumda adli

<sup>1365</sup> “Seçimlik ceza öngören 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesi uyarınca hüküm kurulurken, hapis cezasının tercihinde aynı Kanun'un 61. maddesi uyarınca gerekçe gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” (2. CD, 28.05.2008, 2008/3288-9655)

<sup>1366</sup> “TCK m. 50/2'ye göre suç tanımında hapis cezası ile adli para cezası seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez. Sanığın işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenerek hâkim hapis cezasını tercih etmişse 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.” 4. CD, 8.11.2006, 2006/5345-15883 Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2046

<sup>1367</sup> Bu düzenleme 28.2.2008 tarih ve 5379 sayılı Kanunun 5. maddesiyle getirilmiş ve bu kanun 1.3.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu maddenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu hususunda yapılan yerel mahkeme başvurularını Anayasa Mahkemesi 3.5.2010 tarih ve 2009/15 E. 2010/64 K. R.G Tarihi: 05.02.2011 RG S: 27837 kararı ile ve oyçokluğuyla (7'ye karşı 4) reddetmiştir.

para cezasının hapse çevrilmesinden sonra artık adli para cezasının ödenerek hükmün infazı mümkün olmamaktadır.<sup>1368</sup> TCK'nın 50/2. maddesi hükmü, seçimlik cezalar açısından bu eşitsizliğin önüne geçmiştir. Hâkim, seçimlik cezalardan hapis cezasını tercih etmişse artık bunu adli para cezasına çevirmesi mümkün değildir.

#### **D. SEÇENEK CEZALARDAN ADLİ PARAYI SEÇME DURUMUNDA SINIRLARA UYMA ZORUNLULUĞU**

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinin ilk haline göre; bir suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis ve adli para cezası seçimlik ceza şeklinde ise bunlardan adli para cezasını tercih eden hâkim, bu cezanın miktarını, başka bir deyişle adli para cezasının hesaplanmasına esas teşkil edecek olan temel günü, 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesindeki genel ceza sınırlarına göre belirleyebilmekteydi. Bu konuda 61. maddesinin ilk halinde alt sınır için başka bir belirleyici hüküm yer almıyordu.

TCK'nın 61. maddesine eklenen<sup>1369</sup> 9. fıkra ile; *“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”*, hükmü<sup>1370</sup> getirilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde böyle bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle; adli para cezasının sınırı belirlenirken beş gün ile yedi yüz otuz gün arasında mı, yoksa ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırına göre mi belirleneceği, öğretilerde tartışmalara ve uygulamada da farklı kararların verilmesine neden olmuştur<sup>1371</sup>. Bu tereddütleri gidermek<sup>1372</sup> amacıyla böyle bir fıkra ekleme yoluna gidilmiştir<sup>1373</sup>.

<sup>1368</sup> 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin ilk şeklindeki 6 ve 7. Fıkralarına göre, “Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata karşın otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhâl infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.” 5739 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası bu çelişik durum ortadan kaldırılmıştır.

<sup>1369</sup> 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenmiştir. 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

<sup>1370</sup> Bu değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, “ Bu hükme göre, adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin temel gün belirlenirken, ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırının göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, adli para cezasının ödenmemesi durumunda uygulanacak hapis süresi bakımından dengesiz sonuçlar ortaya çıkabilir ” açıklaması yer almaktadır. (Özbek vd, 2010: 616)

<sup>1371</sup> Bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden evvel uygulamada her ne kadar birlik olmasa da genellikle adli para cezasının 52. maddeye göre belirlenmiş olan alt ve üst sınırları (beş gün ile yediyüzotuz gün) arasında bir temel günün esas alınabileceği kabul edilmekteydi. İnfaz evraklarından bizzat gördüğüm bir durum eşini kasten yaralayan bir sanığa genellikle TCK 86/2-a'ya göre 5 gün adli para cezası verilip günlüğü 20 TL ile çarpılmak suretiyle 100 TL ve nitelikli hal den dolayı (1/2 artırılarak), takdiri indirimi uygulanmazsa 150 TL sonuç ceza ile cezalandırılmaktaydı.

Bu madde değişikliğinin gerekçesinde de uygulama ve öğretideki tartışmaları sonlandırmak amacı belirtilmiştir. Kanaatimizce, böyle bir değişikliğe gerek olup olmadığı konusu da ayrı bir tartışma konusudur. Bu değişiklikle sadece ilgili suç tanımındaki soyut özel olarak belirlenmiş olan ceza miktarının alt sınırı yükseltilmiştir. Örneğin; seçimlik yaptırımın kabul edildiği, kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde sonuçlanması durumu için hâkim, “vücuda acı veren” her türlü yaralamada en az “dört ay hapis” ya da “dört ay karşılığı gün adli para cezasını” belirlemek zorundadır. Oysa vücuda acı veren nitelikte, örneğin; saç çekme eylemi için dört ay hapis ya da bunun karşılığı adli para cezasının orantılı olup olmadığı tartışmalıdır. Saç çekme eylemi ile sonuçları fiilen çok ağır olan ancak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek (tıp açısından) kasten yaralamaların aynı cezaya tabi olabileceği düşünüldüğünde durumun önemi daha iyi ortaya çıkacaktır. Halbuki TCK'nın ilk halinde hâkime bu iki kasten yaralama eylemi arasında ceza bakımından sınırı belirleme ve orantılı cezaya hükmetme alanı bırakılmıştı.

Bu değişikliğin gerekçesinde, uygulamadaki tereddütlerden söz edilmekte ise de, aslında uygulamada bir tereddüt değil, böyle bir durumda genellikle adli para cezasının alt sınırının seçilmesi eğilimi mevcuttu. Hemen bütün basit kasten yaralama suçlarında adli para cezasının alt sınırı seçilmekteydi. Hapsi tercih eden mahkeme uygulaması da eşitsizliklere neden olmaktaydı. Bu konu gerekçede, “*Aksi takdirde, adli para cezasının ödenmemesi durumunda uygulanacak hapis süresi bakımından dengesiz sonuçlar ortaya çıkabilir*” ifadesiyle teyit edilmektedir. Bu uygulamanın sebebi olarak; her somut olayı ayrı değerlendirip ceza belirlemeyi benimseyemeyen, gerekçe bulmak konusundaki kaygıdan dolayı da cezanın alt sınırını belirlemeye aşına olan mahkeme uygulamaları gösterilebilir<sup>1374</sup>.

#### **E. KÜÇÜKLER VE YAŞLILAR İÇİN KISA SÜRELİ HAPSI SONUÇ CEZA OLARAK BELİRLEME YASAĞI**

Suçun temel şekli için hapis ve adli para cezaları seçimlik olarak öngörülmüş olsa bile, hâkimin, bu iki cezadan hapsi seçmesini engellemeyen, ancak sonuç cezanın hapis olarak belirlenmesine mani olan bir hüküm, “*Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on*

<sup>1372</sup> 5560 sayılı Kanununun 1. madde gerekçesinden, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, s. 2

<sup>1373</sup> Özgenç, 2011: 734, 735

<sup>1374</sup> Alman Ceza Kanunu'nun (StGB), ne adli para cezasını düzenleyen 40. maddesinde ne de cezanın belirlenmesi ilkelerini içeren 46. maddesinde benzer hüküm yer almamaktadır. Zaten basamaklı cezaların arasındaki makasın o kadar açık, bilinçli taksir ve olası kast konusunu hâkim uygulamasına bırakmış olan bir kanun düzenlemesinden aksi beklenemez.

*sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir,*” şeklinde TCK’nın 50/3. maddesinde yer almıştır.

Özgenç’e göre; maddenin tamamı için, kişinin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaması şartı gereklidir. Bu hükmün mefhumu muhalifine göre, bu fıkra kapsamına giren bir kişinin daha önce işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olması durumunda, daha sonra işlemiş bulunduğu suçtan dolayı mahkûm olduğu kısa süreli hapis cezası artık seçenek yaptırımlardan birine çevrilemez. Seçenek yaptırım ilk kez suç işleyen kişiler için düşünülmelidir. Aksi kabul edilecek olursa daha önce mahkûmiyeti bulunan kişi hakkında TCK’nın 58/3. maddesi hükmüne göre seçimlik cezadan hapsi tercih etmek zorunluluğu olduğu halde, hükmedilen bu kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilebilecektir ve bu durum çelişki oluşturur. Bu konu madde gerekçesinde<sup>1375</sup> açıkça tesadüfî suçlu deyimini ile vurgulanmıştır<sup>1376</sup>. Ancak Yargıtay mükerrer olan kişi hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilebileceğine hükmetmiştir<sup>1377</sup>. Kanaatimizce TCK’nın 50. maddesi için genel koşul olarak hapis cezasına mahkûmiyetin bulunmaması gerektiği fikrine katılmak mümkün değildir. Zira “*daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak*” şartı 50. maddenin 3. fıkrasında zikredilmiştir. Bu fıkra sadece 18 yaşından küçükler ve 65 yaşından büyüklerin bir yıl ve daha az süreli hapis cezaları için geçerlidir. Bu şartın maddenin tamamı için uygulanabilmesi için bu mahkûmiyet şartının, seçenek yaptırıma çevirmenin genel prensiplerini ortaya koyan ilk fıkrada düzenlenmesi gerekirdi.

Bu fıkra hükmünün uygulanması için, kişi daha önce suç işlemiş olsa bile hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmalıdır. Failin suç tarihinde on sekiz yaşından küçük ya da altmış beş yaşından büyük olması gerekir. Kanun, mahkemeye hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu getirmiştir. Mahkeme, hapis cezasını seçenek yaptırım olarak

---

<sup>1375</sup> Maddenin üçüncü fıkrasında, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı hâller belirlenmiştir. Bu hâllerde, mahkeme kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevirecektir. Bunun için kişinin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve hükmolunan hapis cezasının otuz günden fazla olmaması gerekir. Keza, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

<sup>1376</sup> Özgenç, 2011: 618

<sup>1377</sup> 1. CD 22.11.2010 tarih ve 2009/24548 E. ve 2010/31342 K.

adli para cezası ya da 50. maddenin 1. fıkrasında sayılan diğer seçeneklerden birine çevirebilecektir<sup>1378</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere; hâkimin madde metnindeki seçimlik hapis ve adli para cezasından hapsi seçebilme yetkisi, kanun tarafından doğrudan doğruya ortadan kaldırılmamıştır. Kural olarak hâkim seçimlik cezadan hapsi seçebilir. TCK'nın 50/2. maddesindeki hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olması durumunda, hapsi seçen hâkimin artık bu cezayı adli para cezasına çevirme yasağı söz konusu olması durumunda sonuç ne olacaktır? Bu durumda hâkimin önünde ya bir sonraki adımı (TCK'nın 50/3. maddesindeki adli para cezasına çevirme yasağını) önceden düşünerek doğrudan adli para cezasını tercih etme ya da hapis cezasını tercih ettikten sonra artık bunu sadece TCK'nın 50/1. maddesindeki seçenek yaptırımlardan – adli para cezası dışındakilerden- birine çevirme seçeneği kalmaktadır. Uygulamada genellikle ikinci yol tercih edilmektedir.

TCK'nın 50/3. maddesinin şartlarının bulunduğu bir durumda artık TCK'nın 50/2. maddesindeki adli para cezasına çevirme yasağının uygulanamayacağı savunulmuştur<sup>1379</sup>. Kanaatimizce, böyle bir yorum için, bu boşluğun kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakıldığı sonucunu baştan kabul etmek gerekir. Oysa bu iki fıkra açısından böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. 18 yaşından küçük olup ilk kez suç işleyen bir sanığa hâkim seçenek cezalardan hapsi seçmiş olsa bile TCK'nın 50/2. maddesi hükmü gereği bu hapsi para cezasına çevirmek durumundadır. Burada söylenmeden geçilmemesi gereken bir konu da; adli para cezasının hem TCK'nın 52. maddesinde “ceza” hem de TCK'nın 50/1-a. maddesinde kısa süreli hapis cezasına “seçenek yaptırım” olarak düzenlenmiş olmasının böyle bir sorunun ortaya çıkmasına yardım ettiği.

### **III. HAPIS CEZASININ HESABI**

#### **A. GENEL OLARAK**

Hapis cezasının hesaplanmasında yukarıda belirtildiği üzere gün, ay ve yıl birimleri kullanılacaktır. Cezanın hesaplanması konusunda belirtilen sıralama bu zamana kadar anlatılanların özeti olmakla birlikte, sonuç cezanın belirlenmesi açısından hesabın nasıl yapılacağına ortaya konması gerekir.

<sup>1378</sup> Özgenç, 2011: 619

<sup>1379</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 876

TCK'nın 61/6. maddesinde, *“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,”* hükmü yer almaktadır. Hapis cezası hesaplanırken kanuni tanımda o suç için ay veya yıl olarak belirlenmiş olup olmamasına göre hareket edilecektir. 5237 sayılı TCK'da hapis cezaları için temel ceza birimleri ay ve yıl olarak belirlenmiştir. Temel cezası gün olarak belirlenmiş bir suç TCK'da yer almamaktadır. maddede yer alan ve uygulama ile geliştirilip aydınlatılan kurallar uyarınca, hesaplama kaynaklı zorunluluk olmadıkça Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ceza birimleri (yıl, ay, gün) değiştirilemez. Değiştirme zorunluluğu ancak, cezanın, hesaplama sonucu bir alt birimle ifade edilmesinin zorunlu olduğu durumlarda olur. Bir üst birime geçecek kadar artırım olsa bile o üst birimle ifade edilmez. Şöyle ki, hesaplama sonucu yıl biriminin altına inen cezalar ay ile, ay biriminin altına inen cezalar ise gün ile ifade edilir. Günün altına inen cezalar ise hesaplamada dikkate alınmaz (TCK m. 61/6-son cümle). Yargıtay<sup>1380</sup>, *“hesapların uygulamada birbirine karıştırılması, aynı zannedilerek belirli bir sürenin başka bir birimle kararda gösterilmesi, ceza artırılıp hafifletilirken yapılan çevirmelerdeki hesap hataları ve gerekli birime çevrilerek az veya fazla cezaya hükmedilmesi”* şeklindeki kararları denetlemektedir<sup>1381</sup>.

Kanaatimizce, bu maddedeki *“bir gün yirmi dört saat olarak hesap edilir”* hükmü hesaplamada pek karşılığını bulan bir düzenleme değildir. Zira hapis cezalarının hesaplanmasında günün artakalanı hesaba katılmayacağından, saat ile ifade edilen bir zaman diliminin önemi kalmamaktadır. Ancak saat hesabı infaz aşamasında dikkate alınabilecek bir konudur. Örneğin; bir yıl hapis cezasına mahkum olan kişi 23.6.2012 günü saat 11:30'da ceza infaz kurumuna girmiş ise 23.6.2013 günü yine saat 11:30'da tahliye edilmelidir. Uygulamada infaza başlama saati ve tahliyenin saati konularına dikkat edilmemektedir.

Hapis cezalarının kanunda ay veya yıl olarak düzenlenmiş olmalarına göre iki şekilde hesaplanmaları mümkündür.

<sup>1380</sup> “Cezanın tertibi sırasında yapılan hata maznun için müstesap hak teşkil etmez.” YCGK, 10.7.1944, 100/100 (Üzülmez, 2006: 206) Benzer kararlar için bkz. Yar. 6. CD, 24.2.1984, 188/127; 9. CD, 30.3.1983, 909/969; 8. CD, 6.3.1980, 1446/1881; 5. CD, 24.3.1982, 478/1034; 4. CD, 2.12.1980, 6913/6853; 3. CD, 21.11.1979, 7088/8521 (Savaş/Mollamahmutoğlu, 1999: 514-516)

<sup>1381</sup> İçel vd, 2002: 160

## B. AY OLARAK BELİRLENMİŞ HAPIS CEZASININ HESAPLANMASI

Kanunda suç için temel ceza ay olarak belirlenmiş ise hesaplama bunun üzerinden yapılacaktır. Artırım nedenleri var ise ve bunların uygulanmasıyla birlikte ay sayısı 12'yi geçse bile bu yıla tamamlanamayacaktır. Hapis cezasının alt sınırı 1 ay olduğundan bütün indirim nedenleri uygulansa bile -pratikte mümkün olmamakla birlikte- hapis cezasının süresi 1 günün altına düşmüş ise bu kısım infaz edilmeyecektir. 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan "Adli Tevbih"<sup>1382</sup> gibi bir kurum yer almadığından herhangi bir ceza uygulaması söz konusu olmayacaktır. Örneğin; aleni olmayan söyleşiyi kayda almak suçunu düzenleyen TCK'nın 133/2. maddesinde hapis cezasının alt sınırı belirlenmediğinden genel hükümlere göre alt sınır belirlenecektir. TCK'nın 49/1. maddesine göre hapis cezasının alt sınırı bir ay olduğundan hâkim, bu süreyi bir aydan az belirleyemeyecektir. Bu miktar üzerinden indirim nedenleri uygulandığında, süre bir ayın altına düşeceğinden sonuç ceza gün olarak belirlenecektir. Kanun, bu bakımdan süre birimi olarak günü de düzenlemiştir. Bu suç açısından hâkimin cezayı alt sınırın üzerinde örneğin; altı ay olarak belirlediğini ve artırımlar sonucunda 13 aya kadar cezanın bulunduğunu düşünürsek, temel ceza, kanun tarafından ay olarak belirlendiğinden, bu sonuç ceza 13 ay olarak kalacak; 1 yıl 1 ay şeklinde ifade edilemeyecektir<sup>1383</sup>.

<sup>1382</sup> 765 sayılı TCK m. 29/7 metni aynen şöyledir: "Hafif hapis, ağır veya hafif para cezalarının tertibi iktiza eden hallerde kanuni nedenlerden dolayı bu cezaların, 19,21 ve 24 üncü maddelerde yazılı aşağı hadlerinden daha az bir miktarının verilmesi icap ettiği takdirde bunların yerine, taahhüt almağa hacet kalmaksızın, adli tevbih yapılır." Adli tevbih, "cezası hafif olan suçlarda cezanın infazından yargı kararıyla vazgeçilmesi, fiilin değerlendirmesinin hâkim tarafından sanığa yapılması, kötülüğünün izah edilmesi, suçlunun işlediği eylemin ahlaki kötülüğünün hâkim tarafından, hükümlünün huzurunda ve alenen açıklanarak, onun kınanması ve takdir edilmesi olarak ifade edilen," bu kuruma 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Kısa süreli hapis cezalarına alternatif yaptırımların düşünüldüğü, ceza infaz kurumunun kötü şartlarından etkilenmenin önüne geçtiği ve bu nedenle yararlı olduğu savunulan bu kurumun kanundan çıkarılma amacı kanunun genel ve madde gerekçesinde yer almamıştır. Doğan, 2007: 286; Özbek vd, 2009: 610

"Yasal hafifletici nedenlerden dolayı hapis cezasının asgari haddten aşağı tayini ve çektirilmesi yeteneği kalmadığından bahisle çektirilmemesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." İBK 10.12.1941 (Malkoç, 2008: 351)

<sup>1383</sup> "TCK'nın 87/1-d maddesi gereğince ceza bir kat artırılırken 2 yıl 12 ay hapis cezası yerine yazılı şekilde 3 yıl cezaya hükmedilmesi hukuka aykırıdır." 1. CD, 2008, 2007/905, 2008/2089; www.adalet.org/cbekran.php?id=6013;

"TCK'nın 266/3 maddesiyle verilen 6 aylık hapis cezası aynı Kanunun 269. maddesiyle bir misli artırılırken, sonuç cezanın 12 ay yerine, 1 yıl olarak fazla belirlenmesi kanuna aykırıdır." Yar. 4. CD, 24.3.2003, 2002/20854 E, 2003/1152 K sayılı Kararı.

### C. YIL OLARAK BELİRLENMİŞ HAPIS CEZASININ HESAPLANMASI

Kanunda suç tanımında belirtilen temel ceza yıl ise, artırım ve indirim yapılabilmesi için yılın mutlaka aylara bölünmesi ve hatta bazen bu ayların da günlere bölünmesi gerekecektir<sup>1384</sup>. Yukarıda açıklanan ilke burada da geçerlidir. Artırım ve indirim nedenleri uygulandıktan sonra ortaya çıkan ceza yıl, ay ve gün olarak belirlenecektir. Örneğin; bir suç için hâkim 1 yıl 8 ay ceza belirlemişse ve buna ½ artırım uygulaması gerekiyorsa, 12 ve 8 ayı toplayacak 20 ay ve bunun ½ si olan 10 ayı, 20 aya ekleyecek sonuç ceza 30 ay bulunacaktır. Bu durumda bunun 2 yıl 6 ay olarak mı, yoksa 1 yıl 18 ay olarak mı ifade edilerek sonuç cezanın belirlenmesi gerekir? Burada kanun koyucu, temel cezayı belirlerken yıl olarak belirlemekle niyetini ortaya koymuş ve bu ceza üzerinden yapılan artırımlar sonucunda yılı aşan kısımların yıla tamamlanarak sonuç cezanın belirlenmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş olan içtihatları, sanık lehine düşünceyle (Yıl 365 gün, 12 ay ise 360 gün olduğundan), sonuç cezanın 1 yıl 18 ay olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>1385</sup>.

Yargıtay bir kararında<sup>1386</sup>, Sanığın aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, mağdurun birden fazla kez vücuduna organ sokmak suretiyle ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacak şekilde istismar eylemi nedeniyle uygulanacak yaptırım şu şekilde hesaplanacağına karar vermiştir;

Vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl hapis,

<sup>1384</sup> “Bir sene veya daha fazla hükmedilecek cezalarda yapılacak artırımda veya bu cezalardan yapılacak eksiltmede, artırım ve eksiltme nisbetinin, senenin aylara taksimi üzerinden tayin ve tertip olunması icab eder.” İBK, 13.12.1939, 25/58 (Dönmezer/Erman, 1997: 90) “13.12.1939 gün ve 25/58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenen ilkelere göre, bir yıl veya daha çok cezayı yasal nedenlerle 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.” Yar. 1.CD. T.27.1.1993, S.3039/63 (Erdurak, 1993: 53).

<sup>1385</sup> “TCK'nın 30. maddesine aykırı olarak yaralama suçunun cezasının 2 yıl 12 ay yerine 3yıl, toplam cezanın da 2 yıl 14 ay 7 gün yerine 3 yıl 2 ay 7 gün biçiminde belirlenmesi...” Yar. 4. CD, 24.9.2003, 2002/24018 E, 2003/8150 K sayılı

<sup>1386</sup> “Yapılan uygulamaya göre; temel cezanın TCK m. 86/1 maddesi uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası olarak belirlenmesi, suçun silahla işlenmesi nedeniyle 86/3-e maddesi gereğince ½ oranında artırım sonucu 3 yıl 9 ay hapis cezası, bu cezanın 87/2-b maddesi uyarınca 2 kat artırılması sonucu 9 yıl 27 ay hapis cezası, 29. madde ile yapılan ¼ oranındaki indirimin bu ceza üzerinden yapılması sonucu 7 yıl 17 ay 7 gün hapis cezası, 62. madde ile yapılan 1/6 oranında indirimin bu ceza miktarı üzerinden yapılması ve sonuç olarak 6 yıl 12 ay 10 gün hapis cezası saptanması gerekirken 9 yıl 27 ay hapis yerine 8 yıl hapis cezası belirlenmesi ve indirimlerin bu ceza üzerinden yapılması sonu 5 yıl hapis cezası verilmesi suretiyle eksik ceza tayini...” 1. CD, 20.11.2009, 7590-7092 (Parlar/Hatipoğlu, 2010:1022)



Eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle TCK'nın 103/4 maddesi uyarınca cezası ½ oranında artırılarak 12 yıl hapis,

Mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedeniyle TCK'nın 103/6. maddesi uyarınca 15 yıldan aşağıya ceza tayin edilemeyeceğinden 15 yıl hapis,

İstismar eyleminin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle TCK'nın 43. maddesi uyarınca cezası ¼ oranında artırılarak ve bu artırım TCK'nın 103/2. maddesiyle belirlenen ceza miktarı olan 12 yıl üzerinden yapılmak suretiyle bulunan 3 yıl sonucunun, TCK'nın 103/6. maddesi ile belirlenen ceza miktarı üzerine eklenmesi sonucunda 18 yıl hapis<sup>1387</sup>,

Takdiri indirim nedeni uygulanmak suretiyle TCK'nın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak sonuçta sanığın 15 yıl hapis olarak hesaplanacaktır<sup>1388</sup>.

#### **D. HAPIS CEZALARININ TOPLANMASI**

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 70-72. maddelerine benzer, aynı kararda hükmedilen cezaların toplanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı davada birden fazla hapis cezası verilmiş olsa bile bunların toplanması söz konusu olamayacak, her bir ceza müstakil varlıklarını devam ettirecektir. Buna karşılık 5275 sayılı CGTİHK m. 99'da birden fazla hükümdeki cezaların toplanması düzenlenmiştir. Buna göre, "Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin (koşullu salıverme) uygulanabilmesi yönünden mahkemeden toplama kararı alınması istenir." Örneğin; ruhsatsız silah ile bir kişiyi kasten yaralayan sanığa, 6136 sayılı Kanun 13/1'den 10 ay hapis ve silahla basit yaralamadan (TCK m. 86/2/3-e) 5 ay hapis ve başka bir hırsızlık eylemi nedeniyle 2 yıl 6 ay hapis cezası verilmiştir. İnfaz aşamasında mahkemesinden 5275 sayılı Kanun'un 101/2 hükmü gereğince en fazla cezaya hükmetmiş olan (2 yıl 6 ay hapse hükmetmiş olan mahkeme) mahkemeden toplama kararı istenecektir. Bu örnekte hapis cezası 2 yıl 21 ay olarak toplanacaktır<sup>1389</sup>. Yargıtay'a göre, bu toplama,

<sup>1387</sup> Yargıtay ruh veya beden sağlığının bozulması ile zincirleme işlenmesinin aynı olayda bulunması durumunda, zincirleme suçun, ruh ve beden bütünlüğünün bozulması nitelikli halinden önce uygulanması gerektiği kanaatindedir. YCGK, 2007/5-142-240 sayılı Kararı; Yargıtay'ın bu aşamadaki uygulaması TCK m. 61/5 hükmüne aykırıdır. Bu konuda eleştirilerimiz için bkz. Cezayı Etkileyen Nedenler; Zincirleme Suç

<sup>1388</sup> Gerçekler, 2011: 844

<sup>1389</sup> 5275 sayılı Kanunda toplama hükmü öngörülmüşse de, kanaatimce, koşullu salıvermenin hesaplanmasında her bir ceza müstakil varlıklarını korumak zorundadır. Zira her bir cezanın 2/3'ü koşullu salıverme için ceza

tamamen görüntüsel ve koşullu salıvermenin hesaplanması açısından gereklidir. Her bir ceza varlıklarını ayrı ayrı korumaktadırlar<sup>1390</sup>.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir konu da TCK'nın 61/7. maddesinde düzenlenmiş olan 30 yıllık sınırın belirlenmesinde cezaların toplanmasının etkisidir. Birden fazla cezanın belirlenmesi durumunda bunların toplanması açısından 765 sayılı TCK'da belirtilen kurallara benzer bir hüküm 5237 sayılı TCK'da yer almamaktadır. Cezaların toplanması koşullu salıverme hükümlerinin hesaplanması açısından infaz aşamasında ve CGTİHK m. 99 hükmüne göre yapılmaktadır. Bu toplama, cezaların her birinin bağımsızlığını korumasına engel olmamaktadır. İnfazda kolaylığın sağlanması bakımından sembolik bir toplama işlemidir<sup>1391</sup>. Burada 30 yıllık sınır her bir suç için belirlenecek sonuç ceza açısından geçerlidir. Birden fazla suça ilişkin cezaların sanal olarak toplanması sonucu bulunacak ceza açısından geçerli değildir. Koşullu salıverme açısından süreli hapis cezalarının toplanmasında süre sınır söz konusu değildir. Ancak infaz sırasında, CGTİHK m. 107'ye göre, süreli hapis cezalarının toplamı ne olursa olsun, şartlı salıverme açısından ceza infaz edilecek süre 28 yılı aşamayacaktır.

Alman Ceza Hukuku'nda birden fazla eylemle ilgili olarak, her eylem için ayrı ayrı cezaların belirlenmesi söz konusudur. Kanunun birden fazla hükmünün ihlal edildiği durumlarda ortada birden fazla eylem var ve kanun tarafından aksine bir hüküm ile sınırlar belirlenmemişse, tüm eylemler için verilen cezaların toplanması suretiyle sonuç ceza bulunacaktır. Eğer bu halde ortada sadece tek eylem var ise (fikri içtima), birden fazla hüküm ihlal edilmişse en ağır cezayı gerektiren madde uygulanacaktır. Birinci hal için Alman Ceza Kanunu m 54 II 1 her bir cezaların toplamının aşılamayacağını, ikinci durum içinse Alman Ceza Kanunu m 52 II 1 en ağır cezayı gerektiren hükmün uygulanacağını düzenlemiştir<sup>1392</sup>.

#### **E. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASINI SEÇENEK YAPTIRIMA ÇEVİRME**

TCK'nın "*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*" başlıklı 50. maddesi hapis cezalarının hangi durumlarda hangi seçenek yaptırımlara çevrilebileceğini

---

infaz kurumunda geçirileceğinden ve bu hesabın her birinde 1 günün artakanı hesaba katılmayacağından ve infaz edilmeyeceğinden hesabın bu şekilde her bir cezayı ayrı ayrı yapılması gerekir.

<sup>1390</sup> " 5275 sayılı Kanun m. 99 sadece infaz aşamasında ve koşullu salıverme hükümlerinin uygulanması için konulmuş maddedir. Bu nedenle mahkemeler hüküm kurarken bu maddeye göre verilen cezaları toplamayacaklar, her bir ceza ayrı ayrı varlıklarını koruyacaktır. 4. CD, 22.11.2006, 2006/7709-16687

<sup>1391</sup> Toroslu, 2010: 235

<sup>1392</sup> Deiters,1999: 140

düzenlemektedir<sup>1393</sup>. Buna göre; kısa süreli hapis cezası<sup>1394</sup>, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Bu seçenek yaptırımlar; adlî para cezası, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi, en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma şeklindedir.

Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.

Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî 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 onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz. Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir. 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. Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

<sup>1393</sup> Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile doğrudan ilgili olmasına rağmen çalışmamızın dışında kalan bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, Soner Hamza, (2012), Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınları, Ankara, Maden, Mehmet, (2012), Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınları, Ankara

<sup>1394</sup> TCK'nın 49/2. maddesine göre; "hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezasıdır".

## F. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ

TCK'nın "*Hapis cezasının ertelenmesi*" başlıklı 51. maddesi hapis cezalarının hangi durumlarda ertelenebileceğini düzenlemektedir<sup>1395</sup>. Bu 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 onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş 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, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

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.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. 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, onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkemece karar verilebilir.

Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir. Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman

<sup>1395</sup> Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile doğrudan ilgili olmasına rağmen çalışmamızın dışında kalan bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tongür, Ali Rıza, (2009), Yeni boyutlarıyla Ceza Hukukunda Ertelene, Seçkin Yayınları, Ankara ; Keskinsoy, Ömer, (2006), "Hapis Cezasının Ertelenmesi", ABD, Y: 2006, C:2, s. 45-54

kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir. Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülöklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Denetim süresi yükümlölöklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

#### IV. ADLI PARA CEZASININ HESABI

##### A. GENEL OLARAK

5237 sayılı Kanun, önceki dönemde uygulanan ağır ve hafif para cezası sisteminden ayrılmış, adli para cezası olarak isimlendirilen gün para cezası sistemini getirmiştir (TCK m. 52). Adli para cezasının hesabı ise *gün para cezası sistemine* göre düzenlenmiştir<sup>1396</sup>. Adli para cezasının tanımı, niteliği, esas alınacak para birimi ve diğer kurallar 52. maddede gösterilmiştir. Somut adli para cezasının hesaplanması yöntemine ilişkin kurallar ise 61. maddenin 8. fıkrasında “*Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur,*” şeklinde gösterilmiştir. Her iki madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde adli para cezası yedi aşamada incelenecektir<sup>1397</sup>.

Bu aşamalar;

<sup>1396</sup> Halen yürürlükte olan bazı özel kanunlarda maktu para cezaları öngörülmektedir, örneğin 6136 sayılı Kanunun 13/1 maddesinde hem hapis hem de maktu nitelikte 450 TL’den aşağı olmamak üzere adli para cezası öngörülmektedir. 5237 sayılı TCK dışındaki kanunlardaki para cezalarının miktarının nasıl belirleneceği 5252 sayılı Kanun 4. Ve 5. maddelerinde belirlenmiştir. Bu kanunun 4. maddesinde yürürlüğe giriş tarihlerine göre para cezalarının artırım oranları düzenlenmiş, 5. maddesinde ise ağır para cezası teriminin yerini adli para cezasının aldığı belirtilmiş, adli para cezalarının alt sınırı 450 TL, üst sınırı ise 100 milyar TL olarak düzenlenmiştir.

“5252 sayılı Kanun’un 4. maddesinde adli, idari ve disiplin para cezalarını da içerecek şekilde tüm para cezalarındaki artışı içine alırken, aynı Kanun’un 5/2 maddesinde sadece adli para cezasının alt ve üst sınırları, yalnızca adli para cezalarını kapsayacak şekilde düzenlenmiş, idari para cezalarıyla disiplin para cezaları bu maddenin dışında tutulmuştur.” 3. CD, 15.11.2006, 2006/12666-8539 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1670)

<sup>1397</sup> 5237 sayılı TCK’nın ilk şeklinde bulunmayan bu hüküm 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 7. maddesiyle eklenmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde, “Keza, adli para cezasının hesaplanmasında başta Yargıtay olmak üzere hâkim ve savcılarda oluşan tereddüdün giderilmesi amacıyla, söz konusu maddeye yeni fıkra eklenmiştir.” Hükmü yer almıştır. 2005 yılının Mart ayı boyunca, Batman’da hâkim ve Cumhuriyet savcılarına Yeni Ceza Adalet Sistemi ile ilgili seminer sunumlarımız sırasında hâkim ve savcılar arasında çok tartışılan bir husustu. O zaman önce adli para cezasına esas teşkil edecek temel günün belirlenip tüm artırmalar ve indirimlerin bu gün üzerinden yapılmasından sonra sonuç günün 52. maddeye göre belirlenecek para miktarı ile çarpılması gerektiği, aksi halde TCK 61. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesindeki “bir gün ve bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez” kuralı nedeniyle sanık aleyhine sonuç ortaya çıkacağı ve bunun kanun koyucunun amacına aykırı olduğu savunulmuştur. Ancak uzun tartışmalara konu olmaktan uzak kalamayınca, o günlerde 5237 sayılı TCK’da yürürlüğe girmeden yapılacak değişiklikler için istenen öneriler raporuna eklenmişti.

1. Para cezasının gün olarak tayini
2. Bir gün karşılığı para miktarının belirlenmesi
3. Sonuç adli para cezasının belirlenmesi
4. Kararda gün sayısı ve para miktarının gösterilmesi
5. Adli Para Cezalarının Toplanması
6. Mehil veya Taksitlendirme
7. Ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi

## **B. PARA CEZASININ GÜN OLARAK TAYINI**

5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi adli para cezasının ne şekilde belirleneceğini düzenlemiştir. İlk olarak suçun karşılığı olarak Kanun'da öngörülen adli para cezasına göre, 61. maddenin 1. fıkrasındaki kriterler dikkate alınarak gün birim sayısı temel ceza olarak belirlenir<sup>1398</sup> (TCK m. 52/1). Aynı maddeye göre, adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere örneğin; 100 gün adli para cezası gibi, belirlenecektir.

Bazen kanun, adli para cezasının üst sınırını 730 günden fazla olarak belirlemiş olabilir. Örneğin; 5237 sayılı TCK'nın 227. maddesine göre çocuğu fuhşa teşvik suçu için öngörülen ceza 4 yıldan 12 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 getirildiği için üst sınır artık 5000 gün olacaktır. Başka bir deyişle hâkim, 5 gün ile 5000 gün arasında bir gün sayısını belirleyebilecektir. Hâkim bu belirlemeyi yaparken TCK'nın 61/1. maddesinde sayılan ve yukarıda açıklanan kriterleri kullanacaktır. Örneğin; 1000 gün adli para cezasına hükmedebilecektir<sup>1399</sup>. Ancak bu belirlemenin hapis cezası ile orantılı olması, örneğin; hapis cezasının alt sınırdan takdir edilmiş olması halinde para cezasının da altı sınırdan belirlenmiş olması gerektiği, gözden kaçırılmamalıdır

Adli para cezası ile hapis cezası seçimlik ise hâkim, adli para cezasını tercih etmişse TCK'nın 61/9. maddesine göre adli para cezası için belirleyeceği gün sayısını hapis cezasının alt sınırının altında tespit edemeyecektir. Örneğin; TCK'nın 125/1. maddesine göre hakaret suçu için adli para cezası vermeyi tercih etmişse, hapis cezasının alt sınırı 3 ay olduğundan adli para cezası için gün sayısını da en az 3 ay adli para cezası şeklinde belirlemelidir. Bu

<sup>1398</sup> “Adli para cezasına hükmederken hâkim önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Örneğin yüz gün birimi gibi.” TCK 52. madde Gerekeçesi

<sup>1399</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1664-1665

halde adli para cezası için ilgili maddede özel bir üst sınır belirlenmediğinden üst sınır 730 gün olacaktır.

Hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak düzenlendiği bir durumda hapis cezasının alt ve üst sınırları gösterilmemiş olabilir. Bu durumda hapis cezasının alt ve üst sınırı genel hükümlere göre belirlenecek, adli para cezasının alt ve üst sınırı da buna paralel olarak tespit edilecektir. Örneğin; TCK'nın 98/1. maddesinde düzenlenmiş olan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun cezası "1 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır." Hapis cezasının alt sınırı TCK'nın 49. maddesine göre 1 ay olduğundan, TCK'nın 61/9. maddesinin açık düzenlemesi karşısında artık adli para cezasının alt sınırı da 1 ay, başka bir ifadeyle 30 gün olacaktır.

Temel ceza olarak belirlenen birim gün sayısı, kişinin ekonomik, sosyal durumu ya da kişiliğine göre değil, tıpkı hapis cezasında olduğu gibi Kanunun 61/1. maddesinde gösterilen ve temel cezanın belirlenmesinde esas alınan bireyselleştirme kriterlerine göre saptanır. Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirme işlemleri, belirlenen bu birim gün sayısı üzerinden yapılır<sup>1400</sup> (TCK m.61/8). Böylece adli para cezasına esas alınacak sonuç birim gün sayısı bulunur.

Hapis cezası ile birlikte adli para cezasının öngörüldüğü suçlar genellikle kazanç maksadının ön plana çıktığı suç tipleridir. Kanun koyucu suçtan elde edilen gelirin müsaderesinin mümkün olamaması durumunda, bunun adli para cezası verilerek telafi edilmesi amacını gütmektedir. Bu nedenle bu tip suçlarda genellikle adli para cezasının alt sınırı belirlenmemiş üst sınırları da yüksek miktarlarda belirlenmiştir<sup>1401</sup>. Alt sınır genel soyut belirleme gereği TCK'nın 52. maddesi hükmüne göre 5 gün olacaktır. Bu suçlarda, suçtan elde edilen gelirin tamamının müsadere edilmesi durumunda, artık sanığa adli para cezasının verilmemesi düşünülebilir, ancak kanun gereği artık mümkün değildir. Sanığa en azından adli para cezasını kanundaki alt sınırdan vermek yerinde olacaktır<sup>1402</sup>.

<sup>1400</sup> "5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine 5377 sayılı Kanunla eklenen 8. Fıkrasına göre, adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve eksiltmeler gün üzerinden yapılır. Adli para cezası belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpımı suretiyle bulunur." 4. CD, 25.6.2007, 2007/4204-5997 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1668)

<sup>1401</sup> Özgenç, 2012: 751, 752

<sup>1402</sup> Koca/Üzülmez, 2012: 569

Müşterek faillerin her biri için aynı tam birim günün belirlenmesi gerektiği, nitekim bu failler açısından 61. maddede düzenlenen ve cezanın belirlenmesine esas alınacak olan suçun niteliği, özelliği, ağırlığı, kusur durumu, kastın ağırlığı aynı olduğu fikri ileri sürülmüştür<sup>1403</sup>. Uygulamada bu fikir tamamen tatbik edilmekte ise de, kanaatimizce her somut olayda müşterek faillerin, fiile ilişkin kriterler açısından bile aynı durumda olmadıkları görülmektedir. Bundan daha da ileri giderek, özellikle faile ilişkin kriterler açısından aynı durumda olduklarını baştan kabul etmek, cezanın bireyselleştirilmesi amacına tamamen ters düşmektedir.

### C. BİR GÜN KARŞILIĞI PARA MIKTARININ BELİRLENMESİ

Adli para cezasının hesaplanmasında, fiil için öngörülen adli para cezası gün olarak belirlendikten sonra, bir birim gün karşılığı uygulanacak parasal miktar belirlenir. Bu miktar en az 20 en fazla 100 Türk Lirası olabilir ve bu parasal değer, kişinin ekonomik durumu, mal varlığı, bir günde kazandığı veya kazanması gereken geliri, bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı, gider olarak görülen harcamaları ile diğer şahsi halleri gözetilerek takdir edilir<sup>1404</sup> (TCK m. 52/2). Görüleceği üzere, parasal miktarın belirlenmesinde gün birim sayısının belirlenmesinin aksine TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterler değil, sanığın ekonomik durumu ile şahsi halleri esas alınacaktır. Kanun koyucu TCK'nın 61/1-2. maddesinde bunu “*bir günün karşılığı ödeyebileceği miktar*” olarak ayrıca tanımlamıştır. Kanun metninde yer alan “*ödeyebileceği*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere sanığın ekonomik ve kişisel durumuna uygun düşmeyen, bu nedenle ödeyemeyeceği bir miktarın belirlenmesi yoluna gidilemeyecektir.

Sanığın ekonomik ve kişisel durumu hakkında gerekli bilgilerin nasıl belirleneceği CMK 147/1-g ve CMK m.191/3-a maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; şüpheli veya sanığın ifade veya sorgusu sırasında kendisinden ekonomik ve sosyal durumu hakkında bilgi alınacaktır. Şüpheli veya sanığın işi, çalıştığı yer, evli olup olmadığı çocuk sayısı, çocukların öğrenim durumları, oturduğu evin kime ait olduğu, eşinin çalışıp çalışmadığı, geliri, taşınmazları, arabaları vs. sorulacaktır. Bu bilgilerin yeterli olmaması durumunda kolluk aracılığıyla veya ilgili kurumlarla yazışma yapılarak araştırılabilir. Hâkim,

<sup>1403</sup> Bakıcı, 2008: 1190

<sup>1404</sup> TCK m. 52 gerekçesinde; “Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özellikte” olduğu izah edilmiştir. (Özbek vd, 2010: 617)



bu bilgilere dayanarak bir gün karşılığı para miktarı olarak 20 ile 100 Türk Lirası arasında uygun bir rakamı belirler.

Sabit geliri bulunmayan bir sanık açısından güne denk gelen para miktarının belirlenmesi güçlük arz etmektedir. Alman mahkemeleri bu durumda genelde sanığın vermiş olduğu bilgilere göre birim cezayı belirlemektedir. Failin geliri ve malvarlığı tahmini olarak takdir edilmektedir. Ayrıca Alman hukukunda para cezasını ödememek amacıyla düşük ücretli işte çalışan kişiler için, yetenekleri ve çalışabilecekleri işler göz önüne alınarak gün para cezasının birim para miktarının saptanması da mümkündür<sup>1405</sup>.

#### **D. SONUÇ ADLI PARA CEZASININ BELİRLENMESİ**

Adli para cezası belirlenirken son olarak, birinci aşamada bulunan suçun temel şekli ve tüm artırım ve indirimler uygulandıktan sonra bulunan birim gün sayısı ile ikinci aşamada bir günün karşılığı olarak failin ekonomik ve şahsi haline göre belirlenen parasal değer çarpılması sonucu hükmedilecek somut adli para cezası bulunur (TCK m. 61/1/2. cümle). Buradaki hesap basit bir çarpma işleminden ibarettir. Örneğin, yukarıdaki örnekten hareket edilirse, 100 gün birim sayısı, 30 TL ile çarpılarak 3000 TL bulunur. Böylece, 61. maddeye göre belirlenen somut ceza, 3000 TL adli para cezası olarak hükmedilir. Adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez (TCK m. 61/6. son cümle).

#### **E. KARARDA GÜN SAYISI VE PARA MİKTARININ GÖSTERİLMESİ**

Hâkim, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı kararında ayrı ayrı gösterir<sup>1406</sup>(TCK m. 52/3). Kanun koyucu, emredici bir hükümle mahkemenin adli para cezasını belirleme konusundaki kabulünün kanun yolu denetimine olanak sağlamasını, keyfiliğin önlenmesi, kararların izaha gerek olmaksızın açık olmasını amaçlamıştır. madde metninden gün miktarı ile gün karşılığı para miktarının gösterilmesi ile yetinileceği belirtilmekte ise de, Yargıtay tam gün birim sayısı ile takdir olunan para miktarının çarpılarak sonuçta bulunacak adli para cezasının kısa kararla gerekçeli kararda gösterilmesini zorunlu saymaktadır. Sanığa kendi cezasını hesaplama

<sup>1405</sup> Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 586

<sup>1406</sup> “Somut olayda; para cezası belirlenirken gün miktarı aşağı sınırın üzerinde saptandığı gibi bir gün karşılığı hükümlenilecek adli para cezası da üst sınırdan belirlenmiştir. O halde, hâkimin takdir hakkını kullanması sürecine diğer süjelerin de görüşleriyle ve gerektiğinde görüşlerini konuyla sınırlı biçimde doğrulayacak kanıtları sunarak katkıda bulunmalarını sağlamak bakımından uyarılma yargılamasının duruşma açılarak yapılması gerekir” YCGK, 7.2.2006, 10-11/12 (Çolak/altun, 2007: 460)

yükümlülüğü verilemeyeceği gibi, sanık bu ceza miktarına göre temyiz mümkün olup olmadığını görmesi gerekir. Ayrıca hesap hatasının sanık lehine sonuç doğuracağına da içtihadı birleştirme kararı ile hükmedilmiştir<sup>1407</sup>.

Adli para cezası için örnek bir hüküm kuracak olursak;

Sanığın, küçük mağdureyi fuhşa teşvik suçundan sabit olan eylemine uyan TCK'nın 227/1. maddesi gereğince, suçun işleniş biçimi, meydana gelen zararın ve failin kastına dayanan kusurunun ağırlığı dikkate alınarak 6 yıl hapis ve 1200 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına,

Sanığın yargılama sürecindeki davranışları takdiri indirim nedeni sayılarak TCK'nın 62. maddesi gereğince 1/6 oranında indirim yapılarak 5 yıl hapis ve 1000 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına,

Başkaca artırım ve indirim nedeni bulunmadığından, sanığa verilen 1000 gün birim sayısının, TCK'nın 52. maddesi gereğince sanığın ekonomik ve sosyal durumu, mal varlığı geliri dikkate alınarak takdiren bir gün karşılığı 30 TL olarak belirlenmek suretiyle sanığın (30X1000) 30000 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, şeklinde kararda belirtilecektir.

#### **F. ADLI PARA CEZALARININ TOPLANMASI**

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği ilk halinde, doğrudan adli para cezaları ile hapisten çevrilen para cezasının infazı, farklı usule tabi olduğundan, bu iki para cezasının da toplanamayacağı kabul edilmekteydi<sup>1408</sup>. Ancak 5379 sayılı Kanunla, 5237 sayılı TCK'nın 50/6. maddesindeki “yaptırımın” ifadesi “tedbirin” olarak değiştirilmiştir. CGTİHK'nın 109/10. maddesindeki, “*Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri saklıdır*”, ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik sonucu uygulamada adli para cezalarının infazında birlik sağlanmıştır<sup>1409</sup>. Bu nedenle 5379 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1.3.2008 tarihinden sonra, doğrudan verilen para cezaları ile hapisten çevrilen para cezalarının mahkeme kararlarında toplanabileceği

<sup>1407</sup> 30.6.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK

<sup>1408</sup> Meran, 2008: 153

<sup>1409</sup> Atalay, 2008: 101

savunulmaktadır<sup>1410</sup>. Yargıtay infaz aşamasından önce bu cezaların toplanamayacağına hükmetmiştir<sup>1411</sup>.

Kanaatimizce, adli para cezaları açısından nitelik farklarının ve infaz şekillerindeki değişikliklerin ortadan kaldırılmış olması, bu adli para cezalarının toplanmalarını gerektiren veya mümkün kılan bir düzenleme değildir. Adli para cezalarının toplanması için de aynen 5275 sayılı CGTİHK m. 99'da hapis cezası için konulmuş bir kural gibi, düzenlemenin bulunması gerekir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın genel ilkelerinde her eylemin ayrı suç oluşturacağı, her suça ayrı ceza verileceği ve her cezanın ayrı infaz edileceği ilkesi geçerlidir. Adli para cezalarının toplanması her biri açısından hükmedilmiş olan mehil ve taksitlendirme durumlarının farklı olması durumunda bu açıdan sorun oluşturmaya aday gibi görünmektedir.

Adli para cezaları açısından kanun koyucu, hapis cezaları için geçerli olan TCK'nın 61/7. maddesi gibi bir hüküm koymamış, bu cezaların toplanmasında bir üst sınır belirlememiştir. Ancak seçimlik ceza olarak adli para cezasının belirlenmesi durumunda hapis cezasına endeksli olarak alt ve üst sınırlara riayet edilecektir (TCK m. 61/9). Adli para cezalarının toplanması sonucu yüksek miktarda adli para cezalarına hükmedilmesi ve bu adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bunlar hapse çevrilmesi mümkündür. Adli para cezası toplanırken bir üst sınır olmamasına karşın, bunların hapse çevrilmesinde bir suç için en fazla 3 yıl, birden fazla suç için 5 yıl sınırları getirilmiştir. Bu hapis cezası sınırlarını aşan para cezaları hapse çevrilmez ve infaz edilmez. Para cezasının bu şekilde hapis cezasına çevrilip infaz edilmesine karşın, para cezasının tamamının karşılanamaması durumunda, bu kısım 6183 sayılı AATUHK'a göre tahsil edilecektir.

## **G. MEHİL VEYA TAKSITLENDİRME**

5237 sayılı TCK, 765 ve 647 sayılı Kanunlarda bulunmayan bir konuyu düzenleyerek adli para cezalarının ödenmesi için süre verme (mehil) imkânını getirmiştir. Hâkim, failin ekonomik ve şahsi hallerini göz önüne alarak, cezasını ödemesi için, hükmün kesinleşmesi tarihinden başlamak ve bir yıldan fazla olmamak üzere "mehil" verebilir (TCK m. 52/4/1). Örneğin; hâkim, sanığın mahkûm olduğu 3000 TL adli para cezasının, hükmün kesinleşmesinden 6 ay sonra ödemesine karar verebilir. Hâkimin mehil vermesi, TCK'nın 51. maddesi anlamında bir erteleme değildir. TCK'nın 51. maddesi, başlığından da anlaşıldığı

<sup>1410</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 2056

<sup>1411</sup> "5237 sayılı Kanunda cezaların içtimasına dair bir hüküm bulunmadığı, 5275 sayılı Kanunun 99. maddesi uyarınca her bir cezanın diğerinden bağımsız olup varlıklarını ayrı ayrı koruduğu gözetilmeden cezaların içtimasına karar verilmesi" 11. CD, 6.7.2006, 912/6433 (Malkoç, 2008: 351)

üzere, sadece kısa süreli hapis cezaları için geçerli olan erteleme düzenlemesidir. Adli para cezalarının ertelenmesi mümkün değildir, ancak hakimin mehil vermesi söz konusudur.

Hâkim, böyle bir mehil vermiş ise, karar kesinleştikten sonra kişiye yapılan tebligattan itibaren, kararda belirtilen mehil müddeti sonuna kadar adli para cezasının ödenmesi gerekir. CGTİHK m. 106'ya göre, adli para cezalarının ödenmesi için normal şartlarda süre, hükümlüye yapılan tebligattan itibaren 30 gündür. Ancak kararda hâkimin takdir ettiği, örneğin; 1 yıllık bir süre söz konusu ise Cumhuriyet savcılığı hükümlüye yaptığı tebligattan itibaren bu süreyi bekleyecek, ödeme yapılmazsa bu sürenin sonunda adli para cezasının hapse çevrilmesine karar verecektir.

Hâkim, kişinin ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, verdiği adli para cezasının "belirli taksitler halinde" ödenmesine de karar verebilir<sup>1412</sup>. Taksite karar verebilmesi için adli para cezasının doğrudan adli para cezası olması şart değildir. Kısa süreli hapis cezasından TCK'nın 50/1. maddesine göre çevrilen adli para cezası da taksitlendirilebilecektir. Hâkim bu durumda failin ekonomik durumu, failin işi, mesleği, mali durumu, geçimini neyle sağladığı, ev sahibi olup olmadığı, bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı gibi nedenleri dikkate alacaktır<sup>1413</sup>.

Hâkim, adli para cezasının taksitlerle ödenmesine karar verirse, "taksit miktarı" dörtten az<sup>1414</sup>, taksit süresi iki yıldan fazla olamaz (m. 52/4). Hâkim, kararında<sup>1415</sup>,

<sup>1412</sup> Hükümün kesinleşmesinden sonra da (kararda taksitlendirme söz konusu olmasa da) CGTİHK 106. maddesi gereğince taksitlendirme söz konusudur. Bu maddede, "Hükümde, adli para cezası taksitle bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. İlk taksidin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci taksitle ilişkin izin hükümsüz kalır," hükmü yer almıştır. Burada tercih hükümlüye aittir, adli para cezasını infaz edecek olan Cumhuriyet savcısının taksitle bağlama ya da bağlamama konusunda takdir yetkisi söz konusu değildir.

<sup>1413</sup> "5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı CGTİHK'da taksitlendirmeye engel bir hüküm bulunmadığı ve anılan Tüzük'te (Cezaların İnfazıyla İlgili Tüzük) hükümde taksitlendirme durumunda bu adli para cezasının nasıl infaz edileceğinin açıkça düzenlenmiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, TCK'nın 50/1-a kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezasının taksitlendirilmesinin yasal olarak olanaklı olduğu sonucuna ulaşılmakta olup infazdaki kısmi farklılıklardan hareketle kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezasının taksitlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmada isabet yoktur." YCGK, 5.2.2008, 2007/8-274, 2008/18 sayılı kararı (Yaşar/Gökcan/Artaç, 2011: 1671-1672; Malkoç, 2008: 405)

<sup>1414</sup> "Verilen adli para cezası taksitlendirilirken, taksit sayısının dörtten az olamayacağı gözetilmeden iki taksitte tahsiline karar verilmesi suretiyle 5237 sayılı TCK m. 52/4 hükmüne aykırılık yapılması..." 8. CD, 11.12.2007, 2006/8021, 2007/8859 (Yaşar/Gökcan/Artaç, 2011: 1673)

<sup>1415</sup> "Kararda taksit süresinin ve sayısının belirtilmemesi bozmayı gerektirmiştir." 6. CD, 23.1.2006, 2003/22296, 2006/75 (Yaşar/Gökcan/Artaç, 2011: 1673)

"Taksit süreleri belirlenmemişse, taksitlerin birer ay ara ile olduğunun kabulü gerekir." YCGK, 3.6.1997, 9/119-136 (Yaşar/Gökcan/Artaç, 2011: 1679) Kanaatimce bu durumda böyle bir sonuca ulaşmayı gerektirecek bir hukuk kuralı mevcut değildir. Ancak Yargıtay'ın ticari ve sosyal ilişkilerde taksitten anlaşılması gerekenin

taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi durumunda geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceğini ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğini belirtmek zorundadır<sup>1416</sup>.

Hâkimin hem süre (mehil) verip, hem de bu sürenin sonundan itibaren taksitlendirme yapabiliş yapamayacağı hususu tartışılabilir. Yargıtay, aynı kararda hem mehilin hem de taksitin bir arada uygulanamayacağı şeklinde değerlendirme yapmıştır<sup>1417</sup>. Kanaatimizce, TCK'nın 51/4. maddesindeki mehil ve taksit olanaklarını birbirinin alternatifi gibi yorumlayan bu karara iştirak etmek mümkün değildir. maddenin yazılış şeklinden taksit ve mehilin aynı anda uygulanabileceği yorumu yapılabilir. Bu konuda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Suçta sürüklenen çocuklara (suç tarihinde 18 yaşından küçük olan kişi) verilmiş olan adli para cezaları ödenmediği takdirde hapse çevrilemez. Bu cezalar, 6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre tahsil edilir. Ayrıca hâkim ödenmeyen adli para cezasının beher gününün kaç lira üzerinden hapse çevrileceğini de kararında gösteremez. Zira hapse çevirme anında miktar değişebilecektir. Kanaatimizce, kararda muacceliyet şartı (taksitlerden birinin ödenmemesi durumunda geri kalan kısmının tamamının tahsil edileceği) gösterilmemişse hükümlünün taksitlerden birini ödememesi durumunda geri kalan kısmın tamamı muaccel hale gelmeyecektir. Ancak hâkim, kararında para cezasının ödenmemesi durumunda hapse çevrileceğini göstermese bile, hükümlü adli para cezasını ödemezse cezası hapse çevrilebilecektir. Çünkü ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi kanunun emredici

---

genel olarak aylık taksit olduğu varsayımından hareket ederek böyle bir karar vermiştir. Fakat böyle bir durumda Cumhuriyet savcısının infazda tereddüt hasil olması nedeniyle CGTİHK m. 98 gereğince hüküm mahkemesinden karar alması gerekecektir. Nitekim sonraki tarihli daire kararlarında bundan vazgeçildiği görülmektedir. Örneğin, 6. CD, 30.4.2009, 2007/20886, 2009/7874 sayılı karar

“Sanığa tayin olunan para cezasının taksitlendirilmesi sırasında her ayın 15. Günü yatırılmasına demek suretiyle Cumhuriyet Savcısının infazla ilgili yetkisini kısıtlar biçimde hüküm kurulması” 8. CD, 23.10.2003, 8489/5364 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1673)

“Sanığın lehe hükümlerin uygulanması isteğinin hükmolunan sonuç adli para cezasının taksitlendirilmesi talebini de kapsadığı halde bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi” 2. CD, 26.5.2009, 2008/24022, 2009/25517 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1680)

<sup>1416</sup> Hafizoğulları, 2007: 92

<sup>1417</sup> “5237 sayılı TCK'nın 52/4 maddesi uyarınca hükmolunan adli para cezasının kesinleşmesinden sonra ödenmesi için bir yıldan fazla olmamak üzere süre verilmesine ya da taksitlendirme yapılmasına karar verilmesi gerekirken, bunlardan ancak birinin uygulanabileceği gözetilmeden, infaz da duraksamaya neden olacak biçimde her iki seçeneğe birden (hem mehil verilmesine hem de bu cezanın taksitler halinde ödenmesine) hükmolunması...” 4. CD, 10.12.2007, 2006/6935, 2007/10513 aynı yöndeki karar 8. CD, 20.11.2007, 2006/7513, 2007/7977

hükmü gereğidir (CGTİHK m. 106). Yargıtay bu durumu (taksitlerin ödenmemesi durumunda hapse çevrileceği konusunun kararda belirtilmemesini) bozma nedeni saymaktadır<sup>1418</sup>.

## **H. ÖDENMEYEN ADLI PARA CEZASININ HAPIS CEZASINA ÇEVİRİLMESİ**

Adli para cezasının ödenmemesi durumunda (mahkeme tarafından mehil verilmişse bu mehil süresi içinde, taksite bağlanmışsa taksit süresinde veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılan tebligata karşın 30 gün içerisinde) hapse çevrilecektir. Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan suça sürüklenen çocuklara verilmiş olan adli para cezaları ödenmediği takdirde hapse çevrilemez, 6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre tahsil edilir.

Öğretide bir fikre göre, adli para cezasının ödenmeyen kısmı madem tamamen tahsil edilecektir, o zaman "ödenmeyen adli para cezasının" hapse çevrilmesini anlamakta zorluk çekilmektedir, çünkü halk özdeyişi ile bir koyundan iki post çıkmaz. Bu fikre göre, hem ödenmeyen kısım tamamı tahsil ediliyor, hem de ödenmeyen bu kısım hapse çevriliyor. Bu durum, mahkûmu, adli para cezasının taksitlerini zamanında ödememek fiilinden ötürü iki kez cezalandırmak anlamına gelmektedir. Adli para cezasının ödenmemesi başlı başına bir suç sayılıyorsa ve ödenmeyen para cezası miktarınca kişi hürriyeti bağlayıcı cezaya muhatap kılınyorsa bu durumun Kanun'da bir suç olarak açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bu fikre göre düzenleme, ne maksada uygun ne de doğrudur<sup>1419</sup>. Kanaatimizce, kanundaki "geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceğini ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği" ifadesinin bu kadar lafzi yorumlanması doğru değildir. Adli para cezasının ödenmeyen kısmının tahsili yoluna gidileceği, ödenmemesi durumunda da hapse çevrileceği konusunda tereddüt söz konusu değildir. Buradaki ifadenin "ödenmeyen kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği" yerine "ödenmeyen kısım hapse çevrilir ve kalan kısım infaz edilir" şeklinde düzenlenmesi daha uygun olurdu. Ancak var olan düzenlemenin bu şekilde yorumlanıp, para cezasının ödenen kısımları için de hapse çevirme işlemi yapılacağı ve infaz edileceği şeklinde anlaşılması yerinde değildir.

<sup>1418</sup> "Sanığa hükmolunan adli para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrileceği hususunun kararda gösterilmemesi" 2. CD, 31.1.2007, 7856/1067 (Yaşar/Gökcan/Artuç, 2011: 1685)

<sup>1419</sup> Hafizoğulları, 2007: 92

## V. MAHSUP

TCK'nun 63. maddesinde<sup>1420</sup>; “hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adlî para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır,” düzenlemesi yer almaktadır<sup>1421</sup>. Mahsup, TCK'da düzenlenmiş ise de infaz aşamasında dikkate alındığından infaz hukukuna ilişkin bir konudur<sup>1422</sup>. 765 sayılı TCK döneminde ortaya atılmış olan bu görüş geçerliliğini sürdürmektedir.

Mahsup konusunda karar verilebilmesi için bir kısım şartların varlığı aranır:

Öncelikle mahsup isteyen kişinin hürriyetini sınırlayan bir sürenin bulunması gereklidir. Kişinin gözaltında kaldığı, tutuklu bulunduğu, geçici yakalamaya tabi olduğu, gözlem altında tutulduğu, zorla getirme süresince bulunduğu durumlar hürriyetinin sınırlaması sonucunu doğurduğundan mahsuba konu olabilecek sürelerdir<sup>1423</sup>. Kişinin kendi kusuruyla özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olması halinde hakkında mahsup uygulanmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır<sup>1424</sup>.

Mahsubun yapılabilmesi için gerekli bir başka şart; bir ceza mahkûmiyetinin varlığıdır. Daha önce özgürlüğün sınırlandığı suç ile mahkûm olunan suçun aynı olması gerekmediği gibi, yargılama makamlarının, yargılama veya suç yerlerinin aynı olması da aranmaz<sup>1425</sup>. Mahsubun yapılabilmesi için, mahkûmiyetle neticelenen suçun, sanığın şahsi hürriyetinin kısıtlandığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlenmiş olması gerekir. Yargılaması mahkûmiyetle sonuçlanan suçun işlenme tarihi, hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran diğer suçla ilgili verilen kararların<sup>1426</sup> kesinleşmesinden önce

<sup>1420</sup> TCK'da 16 ve 188/2. maddelerinde de mahsupla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

<sup>1421</sup> 765 sayılı TCK'nın 40. maddesinde mahsup konusu düzenlenmiştir.

<sup>1422</sup> Önder, 1992: 170

<sup>1423</sup> Arslan/Kayanççek, 2011: 13

<sup>1424</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde; “hükümlünün suçtan sonraki davranışının mahsubu haklı göstermeyeceği hallerde hâkimin tutuklu geçirilen süreyi cezadan kısmen mahsuba veya mahsubun reddine karar verebilir. (Arslan/Kayanççek, 2011: 18)

<sup>1425</sup> Arslan/Kayanççek, 2011: 27

<sup>1426</sup> Örneğin; beraat, düşme, kavuşturmaya yer olmadığı, ceza verilmesine yer olmadığı kararları.

olmalıdır. Ancak hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran suçtan dolayı yapılan yargılamanın sonuçlanmış ve kesinleşmiş olması şart değildir<sup>1427</sup>.

Mahsup kararını vermeye yetkili mahkeme, mahkûmiyete karar vermiş olan mahkemedir. Mahkeme kararında mahsupla ilgili bir hüküm yok ise bu durum her zaman için infaz aşamasında da dikkate alınabileceğinden bir eksiklik olarak yorumlanmamalıdır. İnfaz ile görevli savcı her zaman mahkemesinden mahsupla ilgili karar talep edebilir ve bu kararlara karşı kanun yoluna da gidebilir<sup>1428</sup>.

Hürriyetten yoksun bırakma halleri hapis cezasından mahsup edilirken bir gün bir güne denk gelecek şekilde mahsup yapılır. Hürriyetten yoksun kalınan günler adli para cezasından mahsup edilirken her bir gün için yüz türk Lirası hesap edilerek mahsup yapılmalıdır<sup>1429</sup>.

---

<sup>1427</sup> Örneğin; sanık halen bir suçtan yargılanmakta ve bu suçtan dolayı tutuklu kalmış ise bu süre daha önceki mahkûmiyetinden mahsup edilmesi için devam eden yargılamanın bitmesi beklenmez.

<sup>1428</sup> Arslan/Kayanççek, 2011: 45

<sup>1429</sup> Arslan/Kayanççek, 2011: 59



## SONUÇ

İnsanların birlikte yaşama ihtiyaçları bir takım kuralların varlığını gerektirmiştir. Birlikte yaşama kuralları, bu istekte bulunan insanlar tarafından ihlal edilmiştir. Bu ihlaller, öteden beri toplum tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Bu nitelikteki davranışların bir kısmı ağır hukuk ihlalleri olarak görülmüş ve suç olarak düzenlenmiştir. Suç sayılan fiiller her zaman “ceza” olarak nitelenen yaptırımlar ile karşılanmıştır. Yeni dönemde, bir yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri cezanın yerine konulmaya çalışılırken, diğer yandan da cezaların infaz usullerinin değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu durum, cezalandırma usulünden vazgeçilmesini sağlayamamış, cezalandırma varlığını korumuştur.

İşlenen suç için kanunda öngörülen soyut cezanın, olayın özelliklerine göre, hâkim tarafından hüküm verilirken somutlaştırılması olan cezanın belirlenmesi, ceza hukuku yaptırım teorisinin özel bir alanını oluşturmaktadır. Ceza kanunlarında öngörülen cezanın belirlenmesine ilişkin esaslar, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirmesi, diğer yandan suçlunun kişiliğini dikkate alması ve işlenen suçla ilgili adil bir cezanın tayini açısından önemli sonuçları olan düzenlemelerdir. Cezanın belirlenmesi süreci, kanun koyucunun ceza kanunu ya da ceza içeren kanunlara göre soyut cezaları belirlemesi ile başlar, hâkimin hüküm kurması ile devam eder, infaz makamının kararı ile son bulur.

Türk hukukunda cezanın belirlenmesi konusu, genellikle hukuk normları, somut veriler, içtihatlar çerçevesinde değerlendirilmiştir. Batı Avrupa ve ABD’de ise, hukukçuların yanında, sosyologlar, felsefeciler, kriminologlar bu konuya ilgi göstermişlerdir. Cezanın belirlenmesi sadece somut fiil ve faili ilgilendirmemektedir. Fiilin öncesi ve sonrasındaki fail davranışları çok önemlidir. Belirlenen cezadan, failin yakın ve uzak çevresi de etkilenmektedir. Bu nedenlerle, cezanın belirlenmesi sadece hukuku değil, sosyoloji, felsefe, kriminoloji hatta psikolojiyi de ilgilendirmektedir ve disiplinler arası bir konu olarak görülmelidir.

Cezanın belirlenmesi ceza hukuku çalışmaları içerisinde bu zamana kadar ihmal edilmiş ve bu yüzden de gelişmemiş bir alanı oluşturmaktadır. Suçun sonucu, yaptırım konusu, bu zamana kadar ceza hukukçuları tarafından üvey evlat muamelesi görmüştür. Cezanın belirlenmesi alanında belirsizlik ve tereddütler geniş bir alana hâkimdir. Mahkemelerin devam eden birbirine ve vakaya uygun olmayan uygulamaları temelde yatan istikametsizlik sebebidir. Hâlbuki cezanın belirlenmesi hukuku sadece failin değerlendirildiği değil, içinde anayasal ve ceza hukukunun genel ilkelerini barındıran bir konudur.

Cezanın fiil ile orantılı olması ve cezanın amaca uygunluğu, başka bir ifadeyle kusur ve önleme, arasında tam bir bulmaca mahiyetinde çelişki mevcuttur. İnsanın içerisinde sürekli cezanın her zaman failin fiiline uygun olması gerektiği düşüncesi olduğundan buna yeterince dikkat edilmemektedir. Cezanın belirlenmesi konusu, bedelin ödettirilmesi şeklinde algılanarak, tamamen eylemin karşılığı fikrine endekslenirse, bu durumda bireyselleştirilme adına ceza hukukunun amacı noktasında hiçbir hukuki izah kalmayacaktır. Hareket şekli, devletin cezalandırmayı hem hakların dengelenmesi hem de amaca uygunluk şeklinde düzenlemesiyle, her ikisi bir çelişki olarak görülse de, kusura endekli bir çerçevede olmalıdır. Önleme amacı ön planda yer alıp ödetme göz ardı edilirse cezalandırma sadece bir şekilden ibaret olacaktır.

Teknolojik gelişmeler, suç tipleri yanında, suçun işlenme şekillerini de çeşitlendirmektedir. Esasen suçun unsuru olarak sayılabilecek konuların, suçun oluşması için gerekli olanın dışında özellikler göstermesi, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalarını mecbur kılmaktadır. Aynı konu, suçun nitelikli halleri açısından da söylenebilir<sup>1430</sup>. Ceza kanunlarının suçun nitelikli hallerini ayrıntılı olarak saymak yerine, ceza makaslarını geniş tutması, cezanın belirlenmesinde olay hâkimine takdir yetkisi bırakması yerinde olacaktır. Olay hâkiminin de, fiilin tüm özelliklerini dikkate alarak, failin kusuruyla orantılı, cezanın genel ve özel önleme amaçlarına uygun, yeterli gerekçeye sahip, mantık, vicdan ve hukuk kapsamında, sübjektif değerlendirmelerden uzak, eşitliğe riayet ederek karar vermesi ve fiil ile faile uygun cezayı hassasiyetiyle belirlemesi gerekir.

Cezanın belirlenmesinin dogmatik ilkeleri mahkemeler ve öğretti tarafından her zaman ihmal edilmiştir. Bu gün genellikle geçerli olan düşüncenin aksine önceki dönemlerde, işlenen fiiller ile ceza muhakemesinin uyarıcı etkisi arasında ayırım yapılmamıştır. Bu hususu anlamak için eski dönemlerde yapılmış olan kanunlar ve değişiklikleri irdelemek gerekir. Özellikle Alman Ceza Kanunu ve 765 sayılı TCK'da 1990'lı yıllarda yapılan değişiklikler incelendiğinde bu amaca uygun bir takım hükümlerin getirildiği görülmektedir. Alman Ceza Kanunu 46. maddesine 46A maddesi eklenerek mağdurun zararının giderilmesinin cezanın belirlenmesine etkisi düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da 1990'da yapılan değişiklik ile cezanın belirlenmesi kriterleri ilk kez kanuna girmiştir. Bu değişiklikler cezalandırmanın amacının hâkimin kararında somutlaşması sürecine büyük katkı yapacak nitelikte olmasına karşın Türk ceza hukukunda gereken değere bir türlü ulaşamamıştır. Ceza hâkimlerinin kararlarında, genellikle TCK'nın 61. maddesindeki kriterleri saymakla yetindikleri, özellikle

<sup>1430</sup>Olayda silah kullanılmasının nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, silahın niteliğinin cezanın belirlenmesinde hiç dikkate alınmaması, orantılı ceza açısından adaletli sonuca götürmeyecektir.

çifte değerlendirme yasağını dikkate almadıkları bilinen bir gerçektir. Hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeden, asgari haddeden ceza verme yoluna gitmektedir.

Türk ceza hukukunda cezanın belirlenmesi; faile uygulanacak ceza çeşidinin seçilmesi (TCK m. 61/1); temel cezanın tayini (TCK m. 61/1); suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmiş olması durumunda, temel cezanın, buna göre artırım ve indirme tabi tutulması (TCK m. 61/2); suçun daha az veya daha fazla ceza gerektiren nitelikli hallerinin uygulanması (TCK m. 61/4); teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenlere ilişkin hükümlerin uygulanması (TCK m. 61/5); takdiri indirim yapılmasını gerektiren nedenlere ilişkin hükümlerin uygulanması (TCK m. 62); cezanın hesaplanması (TCK m. 61/6, 8); mahsup (TCK m. 63) aşamalarından ibarettir.

TCK'daki bazı suçlar için belirlenmiş sabit cezalar, cezanın bölünebilir olması gerektiği ilkesine aykırıdır. Örneğin; TCK'nın 82. maddesindeki kasten öldürmenin nitelikli şekilleri için öngörülmüş olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası bu türden bir cezadır. Kasten öldürmenin nitelikli halleri, aynı maddede on bir bent halinde sayılmış iken, bunlar arasında niteliksel-niceliksel hiçbir fark yokmuş veya bu suçları işleyen failerin tamamı için cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi açısından farkın ortaya çıkması mümkün değilmiş gibi, hâkime bireyselleştirme konusunda hiçbir yetki tanınmamıştır. Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar açısından da aynı şeyin söylenmesi gerekir. Hâkimin burada TCK'nın 62. maddesi anlamında kullanacağı takdir yetkisi dışında, cezanın bireyselleştirilmesi aracı bulunmamaktadır.

Kanunilik (Belirlilik) ilkesi açısından eleştiri konusu yapılabilecek bir düzenleme ise TCK'nın 61/6-4. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm; *“Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez”*, şeklindedir. Bu hüküm, hesap yapılırken her bir ara işlemde sonra mı, yoksa sonuç cezada mı, bu artakalanların hesaba katılmayacağı konusunda tereddütlere neden olabilir<sup>1431</sup>. Bu

<sup>1431</sup> Bu konu, özellikle birden fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş hükümlünün, koşulu salıverilme tarihinin hesaplanmasında önemli farklılıklara neden olabilmektedir. Örneğin; dört ayrı kez 3 ay 10 gün hapis cezasına mahkûm olmuş hükümlünün, koşullu salıverilme tarihi, her bir ceza için ayrı ayrı hesaplanırsa; 100 günün 2/3 ü bulunurken 66,6 gün ortaya çıkacaktır. Bu sonuç ara hesaplamada da artakalanın atılması durumunda 66 olarak alındığında (dört tane 66 gün) toplamda 264 gün infaz edilecektir. Ara hesaplamada, artakalanın, hesaba katılması durumunda 266 olarak bulunacaktır. Hem hükümlü lehine olması, hem de yeni Ceza Adalet

düzenlemeyi hükümlü lehine yorumlayarak, ceza hesaplanırken her bir ara işlemde artakalanların hesaba dâhil edilmemesi, sonuçta çıkacak ceza miktarında da artakalan var ise, bunun da hesaba katılmayarak infaz edilmemesi gerekir<sup>1432</sup>.

Temel cezanın belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken kriterlerin her birinin, 5237 sayılı TCK'nın bir maddesinde suçun nitelikli şekline temel teşkil etmesi bir başka sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, TCK'nun daha kazuistik bir yöntem benimsediği görülmektedir. Öyle ki 5237 sayılı TCK'da hemen hemen her suçun peşinden nitelikli haller sayılmıştır. Hatta bazı suç tipleri için nitelikli haller o kadar ayrıntılı düzenlenmiştir ki<sup>1433</sup> cezanın belirlenmesi anlamında düşünüldüğünde, 5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesi adeta hakimin önünde labirent gibi durmakta, hakimin bu maddeyi kullanma imkânı kalmamaktadır. Bu kadar fazla nitelikli halin düzenlenmiş olduğu durumda, bir labirenti geçmek istemeyen hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeyen, asgari haddenden ceza verme yoluna gitmektedir. Aslında bu iki taraflı bir kısır döngüyü de beraberinde getirmektedir. Uygulamanın bu şekilde olması, kanun koyucu açısından her suçu ayrıntılarıyla düzenleme eğilimini<sup>1434</sup> ortaya çıkarmaktadır. Bunun karşısında, asgari haddenden ceza tayin etse bile gerekçe göstermek zorunda olan olay hâkimi de, alt sınırdan ceza tayin ederek, bireyselleştirme konusunda isteksizlik göstermekte, gerekçe olarak da çoğu kez kanundaki terimleri tekrarlama yoluna gitmektedir. Hâkimin bu yaklaşımı yine kanun koyucuyu kazuistik yönetime sevk etmekte ve bu kısır döngü kanun değişikliklerinin daha sık yapılmasına da neden olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın kabulünden bu yana uygulamada değişik yorumlara neden olan her maddenin Yargıtay

---

sisteminde fiil, ceza ve infazın bağımsızlıklarını koruması ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, ayrı ayrı hesap yönteminin uygulanması ve artakalanın her bir aşamada hesaba katılmaması gerekir.

<sup>1432</sup> Nitekim Yargıtay da bu şekilde hesap yapılması gerektiğine hükmetmiştir. 4. CD, 16.10.2006, 15243

<sup>1433</sup> 5237 sayılı TCK'nın 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunun nitelikli halleri 5237 sayılı TCK'nın 152/1. maddesinde yedi ve 152/2. maddesinde üç bend olmak üzere on bend şeklinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin içerisinde "suçun işleniş şekli (1. Fıkranın her üç bendi), suç işlenmesinde kullanılan araçlar (2. Fıkranın a ve c bendleri), suçun işlendiği yer ve zaman (1. Fıkranın e bendi), meydana gelen zararın ağırlığı (1. Fıkranın b ve c bendleri), suç konusunun önem ve değeri (1. Fıkranın a ve f bendleri), failin amaç ve saiki (1. Fıkranın g bendi) olmak üzere tüm kriterler yer almıştır. Hâkimin temel cezayı belirlerken 5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterleri hemen hemen hiç kullanamayacağı anlamı çıkmaktadır. Her bir bendde yer alıp nitelikli hali oluşturan neden 5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterlerden birinin karşılığı olarak temel cezanın belirlenmesine gerekçe olamayacaktır. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Bu şekilde nitelikli hallerin çok sayıda olduğu suçlar açısından hâkimin önünde, cezayı belirlerken labirentli bir yol bulunmaktadır.

<sup>1434</sup> Örneğin; nitelikli hallerin fazlalığı ve bilinçli taksir ve olası kast nedeniyle cezanın artırılması ve indirilmesi nedenleri olarak kanunda düzenlenmesi gibi.

içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulması yerine, kanun değişikliği yoluna gidilerek sorunun çözülmeye çalışılması bunun sonucudur<sup>1435</sup>.

Cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK'nın 61/1. maddesinde kriterlerin temel cezanın belirlenmesinde etkili olacağı gibi kanun maddesinde o suç için öngörülmüş olan seçimlik cezalardan birinin tercihi konusunda da hâkime yol göstericidir. Özellikle kanunun değişik maddelerinde, hâkimin, seçimlik cezadan birini tercih etmek konusundaki takdir yetkisi sınırlandırılmış<sup>1436</sup> olduğuna göre; böyle bir sınırlamanın olmadığı durumlar için, hâkimin takdir yetkisini kullanarak, iki cezadan birini tercih edebilir<sup>1437</sup>. Bu konudaki takdir yetkisi, hâkimin, cezanın belirlenmesinde kullanabileceği en geniş alan olarak göze çarpmaktadır, hâkimin, bu kriterler ve takdir yetkisini belirleyen genel prensipler içinde kalmak şartıyla ceza çeşidini belirleyebilmesi gerekir. Aksi yorum, TCK'nın 61/1. maddesindeki kriterleri, sadece alt ve üst sınırları belirtilmiş olan cezalarda, bu basamak arasındaki temel cezanın belirlenmesine hasretmek sonucu çıkar. Sayılan kriterlerin uygulama alanını bu kadar daraltmak uygun olmayacaktır.

Hakim, hapis ve para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde, TCK'nın 61. maddesindeki kriterleri gözetmek ve gerekçesini de göstermek suretiyle, hapis cezasını alt sınırdan, para cezasını ise alt sınırdan uzaklaştırarak; ya da tam tersi şekilde para cezasını alt sınırdan, hapis cezasını ise alt sınırın üstünde belirleyemez. Böyle bir durumda hâkim her bir ceza açısından farklı uygulama yapabilmesine 61/1. madde engeldir. Bu maddedeki kriterler, aynı suç için kanunda belirtilen iki ayrı cezada, farklı hareket etmeye müsaade edecek nitelikte değildir. Zira somut cezanın belirlenmesinde etkili olan kriterler fiil ve faile ilişkindir. Muhakeme konusu tek suç bulunduğundan, fail ve fiile ilişkin kriterler aynı olacak ve iki ayrı ceza öngörülse de bunların tespitinde aynı şekilde hareket edilmesi gerekecektir.

<sup>1435</sup> “Artırma ve indirmeler belirlenen bu birim gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen bu sonuç birim gün sayısı ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur”, hükmü 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile eklenen 8. f. İle getirilmiştir.

TCK'nın 61. maddesine 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 9. Fıkra ile; “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”, hükmü getirilmiştir.

<sup>1436</sup> Mükerrer olan sanığa uygulanacak kanun maddesinde hapis veya adli para cezası verilebileceği hususu düzenlenmiş ise hâkim mutlak surette hapis cezasını tercih etmek durumundadır. (TCK m. 58/3)

<sup>1437</sup> TCK 61/1 madde gerekçesi “Maddede cezanın belirlenmesinde izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağı bentler hâlinde gösterilmiştir.”

TCK'nın 61/1-b. maddesi bakımından bir sorun; suçta kullanılan araç kriterinin mahkeme kararlarına yeterince yansımaması nedeniyle, Yargıtay'ın her türlü aracı silahtan sayma yönündeki eğilimidir. Gerçekten de, Yargıtay, TCK'nın 6/1-f. maddesinde tanımlanmış olan silah terimini kararlarında oldukça genişletmiş, tahta sopa, baston, taş, piknik tüpü, şişe, cam parçası gibi araçları da silah kategorisine sokmuştur. Bunun nedeni kullanılan araçların her zaman TCK'daki tanıma uygun silah olması değildir. Hâkimlerin suçta kullanılan araç kriterini cezanın belirlenmesi aşamasında yeterince uygulamamaları ve Yargıtay'ın bu durumun oluşturduğu sıkıntıyı giderme çabasıdır. Hâkimin, suçta kullanılan araç kriterini somut olayda etkili bir biçimde kullanarak, kanunun açık düzenlemesine göre silah sayılmaması gereken bazı araçları da cezanın belirlenmesinde suçun işlenmesinde kullanılan araçlar kriteri çerçevesinde dikkate alması gerekir. Bu şekilde, hâkimin, alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin etmesi, olaya uygun ve orantılı ceza belirlemesine neden olacak, Temyiz Mahkemesi de, bu araçları zorlayıcı bir şekilde silah kategorisine alma eğiliminden vazgeçebilecektir.

TCK'nın 61/3. maddenin Hükümet Gerekçesinde; *“Maddenin üçüncü fıkrasında, bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli unsurun gerçekleşmesi durumunda, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır,”* açıklaması bulunmaktadır<sup>1438</sup>. Birden fazla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda, her bir nitelikli halin alt-üst sınırlı bir cezayı gerektiren şekilde düzenlenmiş olması hali öngörülerek, *“temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği”* belirtilmiştir<sup>1439</sup>. Gerekçede ifadenin bu şekilde olması, TCK'nın genel sistematığına uygundur. Kanun suçun nitelikli hallerini düzenlerken genellikle alt ve üst sınırı olan müstakil cezaları seçmeyi tercih etmiştir. Hâlbuki oransal artırım öngören ve maddenin farklı fıkralarında düzenlenen nitelikli haller var olduğunda, söz konusu gerekçe, sıralamanın nasıl olacağına cevap vermekten uzaktır. Bu durumda, 1955 tarihli YİBK'da belirtildiği gibi, sanığın lehine sonuç verecek uygulamanın yapılması gerekecektir.

<sup>1438</sup> Bu gerekçe TCK'nın 61/3 maddesinin gerekçesi olarak kabul edilmişse de gerçekte 4. Fıkra tekabül etmektedir.

<sup>1439</sup> Örneğin; halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içerisinde hırsızlık (TCK m. 142/1-c) ve mağdurun üzerinde taşıdığı eşyayı özel beceriyle hırsızlık (TCK m. 142/2-b), daha ağır cezayı gerektiren iki çeşit nitelikli durumdur. Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içerisinde, mağdurun üzerinde taşıdığı eşyayı özel beceriyle çekip almak suretiyle hırsızlık olayında, yukarıdaki açıklamalar ışığında hırsızlık suçunun iki ayrı nitelikli hali gerçekleşmiş olup, daha çok cezayı gerektiren, özel beceri suretiyle hırsızlık hükmü (TCK m. 142/2-b) uygulanır.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerinin, aynı düzeyde cezayı öngören ya da aynı oranda artırımı öngören nitelikli haller olması durumunda, nasıl bir uygulama yapılacağına da aydınlatılması gerekmektedir. Açıklanan kurallar ve gerekçeler karşısında elbette her bir nitelikli hal için cezada ayrı ayrı artırım yoluna gidilmeyecek, yalnızca biri gözetilerek ceza belirlenecektir. Burada sadece cezaya esas teşkil eden sevk maddesi değişiyor gibi görünse de, hâkimin nedenlerden birini seçerken, madde metnine bağlanmış diğer sonuçları da göz önünde bulundurması gerekecektir. Bu halde artık hâkimin sanığın lehine sonuç verecek şekilde bir uygulama yapması beklenemez. Tam tersine fikri içtima konusunda olduğu gibi seçtiği maddedeki cezaya bağlanmış başka sonuçlar var ise onu tercih edebilecektir<sup>1440</sup>.

TCK'nın 61/3. maddesinde yer alan; “Yıl resmi takvime göre hesap edilir”, hükmü uygulamada tereddütlere neden olan bir düzenlemedir. Buradaki ifadenin, “resmi takvime göre yıl hesabının 365 gün olduğu” şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda yaygın bir kanaat bulunmakla birlikte, bunun aksi de ileri sürülerek; o yıl resmi takvimde yıl kaç gün ise ona göre hesap yapılacağı da iddia edilebilir. Burada kastedilen, cezanın infazı sırasındaki yılların resmi olarak kaç gün ise onun hesaba katılmasıdır. Kanun koyucu farklı düşünseydi, gün 24 saat, ay 30 gün diye açıkça belirttiği gibi; yılı da 365 gün olarak belirleyebilirdi. Aksi yorum halinde, cezasının infazı “artık yıla<sup>1441</sup>” rastlayan bir hükümlü ile cezasının infazı sırasında hiç “artık yıl” olmayan hükümlü arasında eşitsizlik söz konusu olacaktır. Bu konuda bir başka gerekçe de; koşullu salıverme<sup>1442</sup> hesabı yapılırken, cezalara bu oranların uygulanması için, yılın mutlaka günlere çevrilmesi gereğidir. Bu nedenle, her zaman yıl hesabıyla işlem yapılması mümkün değildir. Yargıtay'ın bu konuda istikrar kazanmış bir uygulaması henüz söz konusu değildir<sup>1443</sup>. Bu şekilde yerel mahkemeler, Cumhuriyet

<sup>1440</sup> Örneğin; her iki nitelikli hali uygulaması durumunda da aynı ceza ortaya çıkıyor olmasına karşın seçtiği nitelikli hali düzenleyen maddede bir güvenlik tedbiri uygulaması da öngörülmüşse bunu tercih edebilecektir.

<sup>1441</sup> Artık yıldan kasıt, şubat ayının 29 gün olduğu yıllardır. Bu yıllar son iki rakamı 4 ve 4'ün katı olan yıllardır. Örneğin; 2012 yılı, artık yıldır.

<sup>1442</sup> Koşullu salıverme oranları CGTİHK m. 107'ye göre; normal suçlar için 2/3 ve tekerrür ve örgüt için 3/4'tür

<sup>1443</sup> Yar. 5. CD 22.6.2009 t. ve 2009/8612 E, 2009/7885 K sayılı kararında “mahkûmiyet süresinin hesabında, ayın 30 gün, yılın ise resmi takvime göre hesaplanacağı, ayrıca 2008 ve 2012 yıllarında Şubat ayının 29 gün çekmesi nedeniyle 2 günlük artık yıldan kaynaklanan sürenin de ceza infaz kurumunda geçirilecek süreden mahsubu yapıldığında, ceza infaz kurumunda iyi halli hükümlü olarak 6 yıl 36 gün (2226 gün) kalması durumunda koşullu salıverilmeye hak kazanacağı tarihin 08.09.2012 olması gerektiği cihetle, şartla tahliye tarihinin 10.09.2012 olarak tespit edildiği anlaşılan müddetnamenin usulüne uygun olmadığı” şeklinde karar vermiştir.

Aynı konuda aksi kanaatte olan Yar. 1. CD; 21.11.2011 t. 2011/7864 E ve 2011/8174 K sayılı kararında; “5237 Sayılı TCK'nın 61/6 maddesi: “ 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

başsavcılıkları ve Yargıtay'ın farklı daireleri arasında farklı uygulamaya neden olan bir düzenlemenin belirlilik ve kanunilik açısından tartışılması da doğaldır. Esasen burada farklı uygulamaya neden olan konu, yıl olarak belirlenen cezanın, infaz sırasında yıl olarak mı, yoksa güne çevrilerek mi hesap edileceğidir. Güne çevrilerek yapılacak hesapta artık yıl nedeniyle hükümlünün bir gün lehine sonuç ortaya çıkacaktır<sup>1444</sup>. Uygulamada hesaplamanın cezanın tamamının güne çevrilmesi yerine yıl olan cezanın yıl olarak infaz edilmesi, bu uygulama hükümlü lehine olacaktır, ya da ayların tamamının 30 günden ibaret olmamasına karşın “ayın 30 gün” olduğunu ifade eden kanun koyucunun, yılın da 365 gün olduğunu belirterek sorunu çözmesi gerekir.

5237 sayılı TCK'nın 61/4. maddesinde; “*Bir suçun temel şekline kıyasla daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır,*” ifadesi yer almaktadır. Bu maddede geçen cezayı azaltan ve artıran nitelikli hallerin aynı olayda bir arada bulunması durumunda, önce artırım daha sonra indirim nedenleri uygulanacaktır. Bu düzenleme, her zaman sorunu çözebilecek nitelikte bir kural koymamaktadır. Bazen bu nedenlerden birinin uygulanması, diğerinin uygulanmasını imkânsız kılabilmektedir. Türk Ceza Kanunu bazı suçlar bakımından hem cezayı artıran hem de azaltan nitelikli haller için alt ve üst sınırları belirli temel cezalar belirtmiş, oransal artırım ve indirim öngörmemiştir<sup>1445</sup>. Her bir maddenin uygulanması durumunda diğer madde uygulanamaz hale gelebilecektir. İster özel hüküm önceliği olsun isterse fikri içtima kurumuna dayanarak, iki hükümden hangisine öncelik verilir ve uygulanırsa uygulansın, diğerinin uygulanamaz hale gelmesi, adaletsiz ve oransız olacaktır. Birden fazla suça etki eden nedenin bulunması durumunda, bunlar ister cezayı azaltan ister artıran neden olsun, kendi içlerinde hangi sıra ile ve birbirlerine rüçhanları açısından nasıl

---

için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. “ şeklinde düzenlenmiştir. Yasal düzenleme karşısında, hükümlünün cezalarının, öncelikle yıl hesabı ile resmi takvime göre, kalan sürelerin ise, ay ve gün üzerinden belirtilen müddetler üzerinden yapılması gerekliliğinden bahisle, koşullu salıverilme tarihinin 30.04.2011 tarihinin olacağı açık ve net olduğundan (olayda, artık yılda fazla gün hesaba katılarak işlem yapıldığında koşullu salıverme tarihi 28.04.2011 olması gerekirdi) “ diyerek artık yıldaki fazla günlerin hesaba katılmayacağına karar vermiştir.

<sup>1444</sup> Bunun pratikteki sonucu, cezanın belirlenmesi sırasında değil infazı esnasında önem taşır. Cezasının infazı, artık yıla denk gelen (Örneğin, cezasının infazına 29 Şubat'tan önce başlanmak şartıyla 2012 yılında cezasını infaz eden bir hükümlü açısından yıl resmi takvime göre 366 gün olacağından tahliye tarihi doğal olarak normal yıla kıyasla bir gün sonraya tekabül edecektir. Hâlbuki bütün yılların 365 gün olarak hesap edilmesi durumunda hükümlü lehine bir gün eksik infaz söz konusu olacaktır. Halen Türkiye'de bu konuda infaz birimleri (Cumhuriyet başsavcılıkları) ve Yargıtay'ın daireleri arasında tam bir uygulama birliği sağlanmış değildir.

<sup>1445</sup> Örneğin; hırsızlık suçunun adet ve tahsis gereği açıktaki bırakılmış eşya hakkında işlenmesi (TCK m. 142/1/e), ancak aynı olayda, hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil maksadının da bulunması (TCK m. 144/1/b) durumunda hangi maddeye göre cezanın belirleneceğine dair bir düzenleme mevcut değildir.



uygulanacaklarının ayrıntılı ve açık bir şekilde kanunda düzenlenmesi gerçek çözüm olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılincaya kadar, sanığın lehine olacak şekilde uygulama yapmak kaçınılmazdır<sup>1446</sup>.

Birden fazla suçtan yargılama yapan hâkimin, sanık hakkında bir suçu için takdiri indirim nedeni uygularken diğer suçu için uygulamamasını Yargıtay çelişki saymakta ve bozma nedeni yapmaktadır<sup>1447</sup>. Burada, cezaların toplanması söz konusu olsa bile<sup>1448</sup>, her bir suç için takdiri indirim nedeni ayrı ayrı uygulanacaktır<sup>1449</sup>. Burada her bir suç için ayrı değerlendirme ve ayrı sonuç ortaya çıkabilecektir. Bir suç için takdiri indirim nedeni uygulandığı halde, diğeri için uygulanmayabilecektir. Örneğin; fail, ruhsatsız silah ile bir kişiyi yaraladıktan sonra, yaralıyı hastaneye götürmekte, ancak ruhsatsız silahı bir yere saklamaktadır. Bu durumda hâkim, suç sonrası davranışları takdiri indirime gerekçe olarak seçebilecektir. Hâkim, kasten yaralama suçu açısından takdiri indirimi uyguladığı halde, 6136 sayılı kanuna muhalefet suçu açısından takdiri indirim nedenini uygulamayacaktır.

Adli para cezasının hesaplanmasında, bir günün hesaba katılmayacağına dair bir hüküm TCK'da yer almamıştır. Hâlbuki TCK'nın 61/8. maddesine göre adli para cezasının hesabı da gün üzerinden yapılacaktır. Artırım ve indirimler bu gün üzerinden yapıldıktan sonra sonuç gün miktarı ile bir gün karşılığı para miktarı çarpılarak sonuç ceza bulunacaktır. TCK'nın 61/6. maddesinde “*adli para cezasının hesabında bir Türk Lirasının artakalanın hesaba katılmayacağı*” düzenlendiği halde, aynı fıkra içerisinde günün artakalanının hesaba katılmayacağına dair düzenleme olmaması, açıkça adli para cezasının belirlenmesinde bir liranın artakalanı denilmesi, nedeniyle adli para cezasının hesabında günün artakalanın hesaba katılması gerekir. Artıklı olarak çıkan gün sayısının, gün karşılığı para miktarıyla

<sup>1446</sup> Somut örnekte yer alan hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla hırsızlık yapan kişiye, adet ve tahsis gereği açıkta bırakılmış eşyayı çalmaktan yüksek ceza tayini adalet duygusunu sarsacaktır.

<sup>1447</sup> “... öldürmek suçundan dolayı verilen cezadan, sanığın duruşmadaki hal ve tavrı gerekçesiyle indirim yapan mahkemenin bu maddeyi 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan verilen cezalara teşmil etmemesi durumunda bunun gerekçesini kararında açıklaması gerekir...” YCGK, 9.6.1975, 148/143; “...sanığın duruşmadaki hali ve pişmanlık duygusu nedeniyle yasak silah bulundurma suçundan indirim yapılmaması...” Yar. 4. CD, 15.9.1997, 6525/6993

<sup>1448</sup> 5237 sayılı TCK'da cezaların toplanması kurumu bulunmamaktadır.

<sup>1449</sup> “... hakaret ve müessir fiil suçlarından dolayı TCK m. 59'un ayrı ayrı uygulanması gerekirken her iki cezanın toplamı üzerinden uygulama yapılması...” Yar. 2. CD, 8.4.1976, 1646/4422

çarpılması ve sonuçta çıkan adli para cezasından bir Türk Lirasının artakalanın atılarak sonuç cezanın belirlenmesi kanuna uygun olacaktır<sup>1450</sup>.

Adli para cezaları açısından nitelik farklarının ve infaz şekillerindeki değişikliklerin ortadan kaldırılmış olması<sup>1451</sup>, bu adli para cezalarının toplanmalarını gerektiren veya mümkün kılan bir düzenleme değildir. Adli para cezalarının toplanması için de aynen 5275 sayılı Kanun m. 99'da hapis cezası için konulmuş bir kural gibi, düzenlemenin bulunması gerekir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın genel ilkelerinde her eylemin ayrı suç oluşturacağı, her suça ayrı ceza verileceği ve her cezanın ayrı infaz edileceği ilkesi geçerlidir. Adli para cezalarının toplanması her biri açısından hükmedilmiş olan mehil ve taksitlendirme durumlarının farklı olması nedeniyle sorun oluşturmaya aday gibi görünmektedir.

TCK'nın 52/4. maddesindeki mehil ve taksit olanaklarını birbirinin alternatifi olarak yorumlayan ve ikisine aynı anda hükmedilemeyeceğine dair Yargıtay kararına<sup>1452</sup> iştirak etmek mümkün değildir. Maddenin yazılış şeklinden, *“bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verilebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir”*, taksit ve mehilin aynı anda uygulanabileceği yorumu yapılabilir. Özellikle madde metninde *“ödenmesine de”* şeklinde bir ifadenin kullanılmış olması bu konuda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

İdari bireyselleştirme olarak da ifade edilen infaz aşamasındaki cezanın belirlenmesi bakımından incelendiğinde; 5237 sayılı TCK'da suç ve ceza politikası açısından suçlar arasında farklı cezalar öngörüldüğü halde, bu suçlar bakımından bu sefer koşullu salıverme oranlarının farklı düzenlenmesi, hatta bazı suçlar açısından koşullu salıverme olanağının verilmemesi<sup>1453</sup> ceza adaleti ve cezaların insaniliğine aykırı olması nedeniyle de sakıncalıdır.

<sup>1450</sup> Uygulamada istisnasız olarak adli para cezasının hesaplanmasında her aşamada günün artakalanı da atılarak hesaplama yapılmaktadır.

<sup>1451</sup> 1.3.2008 tarihli 5379 sayılı Kanunla, 5237 sayılı TCK'nın 50/6. maddesindeki *“yaptırımın”* ifadesi *“tedbirin”* olarak değiştirilmiştir. CGTİHK'nın 109/10. maddesindeki, *“Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri saklıdır”*, ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik sonucu uygulamada adli para cezalarının infazında birlik sağlanmıştır.

<sup>1452</sup> *“5237 sayılı TCK'nın 52/4 maddesi uyarınca hükmolunan adli para cezasının kesinleşmesinden sonra ödenmesi için bir yıldan fazla olmamak üzere süre verilmesine ya da taksitlendirme yapılmasına karar verilmesi gerekirken, bunlardan ancak birinin uygulanabileceği gözetilmeden, infaz da duraksamaya neden olacak biçimde her iki seçeneğe birden (hem mehil verilmesine hem de bu cezanın taksitler halinde ödenmesine) hükmolunması...”* 4. CD, 10.12.2007, 2006/6935, 2007/10513 aynı yöndeki karar 8. CD, 20.11.2007, 2006/7513, 2007/7977

<sup>1453</sup> Koşullu salıverilmeden yararlanma olanağı tanınmayan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar CGTİHK'nın 107. maddesinin 16. fıkrasında gösterilmiştir. Bunlar TCK İkinci Kitap, Dördüncü

Örneğin; 5275 sayılı CGTİHK m. 107/1-2 hükmüne göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olan kişinin koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için, ceza infaz kurumunda iyi halli olarak 30 yılını geçirmesi gerekir. Bu süre, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet durumunda otuz altı yıldır (CGTİHK m. 107/4).

İdari bireyselleştirme açısından bakıldığında tespit edilen bir başka konu; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlü iken, koşullu salıvermeden yararlanarak serbest kalmış bir kişinin suç işlemesi durumunda, koşullu salıverme kararı geri alınacak ve ceza ölene kadar süreceği için bihakkın tahliye tarihi kişinin ölüm tarihi olacaktır. Kişinin bir daha koşullu salıvermeden yararlanıp yararlanamayacağı, 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı CGTİHK’da düzenlenmemiştir. Şu an geçerli olan kural, kişinin ölene kadar ceza infaz kurumunda kalması ve koşullu salıvermeden bir daha yararlanmaması şeklindedir<sup>1454</sup>. Müebbet hapis cezasına hükümlü olan kişi için de aynı sonuç geçerlidir. Cezaların insaniliği ilkesi gereği her halükarda hükümlüye koşullu salıverme olanağının, bu süre 40 ya da 50 yıl olsa bile, açık tutulması gerekir<sup>1455</sup>. Aksi takdirde cezanın insani olduğu söylenemeyeceği gibi bu cezanın etkinliğini beklemek de mümkün olmayacaktır.

Soyut ceza hukuku kuralları, uygulayıcıların elinde şekillenirler. Kanun koyucu suçlara ilişkin cezaları ve ceza sistemini kanunlarda göstermiştir. Ceza hâkimi, bu soyut kuralları somut olaya ve faile uydurarak cezayı belirleyecektir. Hâkim, temel cezanın belirlenmesi kriterlerini, artırım ve indirim nedenlerini, uygulama sırasını, hesaplama birim ve

---

Kısım, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”, başlıklı Dördüncü Bölüm, “Anayasal Düzene Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölüm, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halleridir.

<sup>1454</sup> Mülga 765 sayılı TCK’nın 17. maddesinin 2. Fıkrasına göre: “şartla salıvermenin geri alınması durumunda, aynen çektirilecek süre; ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler için kırk yıl, müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanlar için otuz altı yıl üzerinden hesap edilir.”

<sup>1455</sup> Türk İnfaz Hukuku’nda 765 sayılı TCK m. 17/2’ye benzer bir düzenlemeye acilen olmasa da ihtiyaç vardır. Bu zorunluluk şimdilik uygulamada ortaya çıkmamıştır. Zira 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı CGTİHK’un yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlardan ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası alıp da, koşullu salıvermeden yararlanan ve bihakkın tahliye tarihine kadar olan süre içerisinde suç işleyen kişi henüz mevcut değildir. Zira 1.6.2005 tarihinde işlenmiş olsa bile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan bir kişinin şartla tahliyesi (30 yıl) en erken 1.6.2035 olacaktır. Bu tarih itibarıyla mutlaka böyle bir düzenleme ihtiyacı hâsıl olacaktır. Bugün için müebbet hapis cezasından koşullu salıverilenler suç tarihleri 1.6.2005 öncesi olup, 647 sayılı Kanuna tabi olanlardır. Bunların tekrar suç işlemesi durumunda da 765 sayılı TCK m. 17/2 uygulanacaktır. Bugün uygulamada ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası almış olan hükümlüye süre belgesi verirken, bihakkın tahliye tarihine “ÖLÜNCEYE KADAR” yazmak gerekmekte, ancak cezaların insaniliği ve her halükarda hükümlüye koşullu salıverme hakkının tanınması gereğinden, özellikle hükümlünün cezaevindeki moral ve psikolojik durumunu yok etmemek adına, hiçbir hukuki gerekçesi olmadığı bilindiği halde, bihakkın tahliye tarihine, 765 sayılı TCK m.17/2’deki süreler (müebbet için 36, ağırlaştırılmış müebbet için 40 yıl) yazılmaktadır.

yöntemini, kusur ile orantılılık ilkesi ile cezanın amacını da gözeterek uygulama yapacaktır. Hak, nısfet, adalet ve hukukun genel ilkelerine uygun somut sonuçlarla cezayı belirlemek, bu yolla cezanın bireyselleştirilmesini sağlamak, hâkimin yükümlülüğündedir.

Cezanın belirlenmesinde hâkimin ehliyet ve liyakati önemli rol oynamaktadır. Mesleki etik açısından ehliyetli ve liyakatli, cezayı belirlerken kullanılacak araçlara sahip, bunların özelliklerini bilen, bunları ne şekilde kullanırsa en doğru sonucu alacağını kestirebilen hâkim, en ideal, adaletli ve faile uygun cezayı ortaya çıkaracaktır. Hâkim cezanın belirlenmesi sırasında da herkese eşit muamele etmelidir. Davayla ilgili olmamak kaydıyla cinsiyet, din, dil, tabiiyet, sosyal sınıf, engelli olmak, yaş, medeni hal, cinsel eğilim, sosyal ve ekonomik durum vb. nedenlerden doğan farklılıklara aynı anlayışla ve olgunlukla yaklaşmalıdır. Bu konular cezanın belirlenmesinde suçla ve faille ilgili olmadığı sürece cezaya etkili olmamalıdır.

Uygulamada etik ilkeler açısından ortaya çıkan bazı sorunlar cezanın belirlenmesine hasredilir. Uygulanabilir olmayan ve yeterli açıklığa sahip bulunmayan kanun hükümleri söz konusu olabilir<sup>1456</sup>. Cezanın belirlenmesinde takdir yetkisinin kullanılması, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme için failin kişiliği, geçmişi, suç sonrası davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri ve failin sosyal ilişkilerinin araştırılması gerekmesine karşın, uygulamada suça sürüklenen çocuklar dışında failin sosyal durumuna ilişkin rapor alınmamaktadır. Bu durum failin, hâkim tarafından yeterince tanınmadan ve belirtilen konulara cevap bulunmadan hakkında takdiri indirim nedeni uygulanması ya da uygulanmaması konusunda bir karar verildiğini göstermektedir. Hâlbuki faili daha yakından tanıyan bir hâkimin bu konuda vereceği karar daha sağlıklı olacak, başka bir ifade ile fiile, oluşa ve faile daha uygun bir cezanın ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Hâkim uygun cezayı belirlerken ceza adaleti etik ilkelerine uygun hareket etmelidir. Ceza adaletinde etik ilkeler denilince akla Birleşmiş Milletler 2003 Bangolar Yargı Etiği İlkeleri gelmektedir. Bu ilkeler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat şeklinde belirlenmiştir. Kanunun farklı yorumlarına karşın, hâkimlerin meslek etik ilkelerine uygun hareket etmeleri farklı uygulamaları en aza indirecektir. Farkında olmama ve hassasiyet göstermeme<sup>1457</sup>, bencillik<sup>1458</sup>, eksik

<sup>1456</sup> Örneğin; TCK'nın 79 ve 80. maddelerinde on bin güne kadar adli para cezası verilmesi öngörölmüş ise de CGTİHK'nın 106. maddesine göre bir suç için verilen adli para cezası hapse çevrilirken 3 yıl hapsi geçmemesi gibi.

<sup>1457</sup> Örneğin; herkes yapıyor ben de yaparım, işim çok o kadarına dikkat edemem, o ilkelere zamanım yok yaklaşımları gibi.

<sup>1458</sup> Örneğin; istek ve çıkarların öne çıkması, kendini koruma için yalan, sürekli kendini haklı görme gibi.

değerlendirme<sup>1459</sup> gibi konular bireysel etiği ve meslek etiğini olumsuz etkiler. Adil olmayan kanunlar, mesleki idealleri gerçekleştirmek için uygun kanunlar değildir. Adil olmayan hukuk kuralları da elbette bağlayıcıdır. Ancak bu durum uygulamanın etik ve ahlaki olmasını sağlayamaz. Bu durumda kanun koyucunun bu kuralı değiştirmesi beklenir. Böyle bir durumda bu kuralın uygulanmasının hoş karşılanabilip karşılanamayacağı sorun olarak karşımıza çıkar.

Cezanın belirlenmesi konusunda uygulamada dikkat çekici bir nokta hâkimlerin suçun sübutu ile ilgili olarak gösterdikleri gayret ve dikkati cezayı tespit aşamasında göz ardı etmeleridir. Suçun sübutu konusunda mantık, vicdan ve hukuk arasında üçlü saç ayağını dengeleyen hâkimin, cezanın belirlenmesi sırasında terazisini daha hassas bir ayara getirmesi gerekir. Mantık, vicdan ve hukuk çerçevesinde hareket eden hâkimin, hakkaniyete uygun ceza tayin edebilmesi için hayatının önceki bir döneminde o suçun mağduru olması gerekmez. Fiilen durum böyle olmamakta, suçun sübutunu belirlerken gösterilen çaba ceza tespit edilirken adeta irade dışı bırakılmaktadır. Buna yol açan nedenlerin başında hâkimlerde (ve C. Savcılarında) mevcut olan tükenmişlik sendromu gelmektedir. Hâkim ve C.Savcılarının tükenmişlik yaşadıkları, çalışma ortamı ve tükenmişlik yaşamalarının olumsuz etkisi ile sağlık sorunlarının arttığı bir gerçektir. Tükenmişlikle baş etmede çeşitli yaklaşımlar uygulansa da bu konu hâkimin kararına mutlak surette etki etmektedir. Hâkimleri etkileyen risk faktörleri ve mesleklerinin yıpratıcı yönleri de hâkimlerin kararlarında göz ardı edilemeyecek unsurlardır. Bu risk faktörlerinin azaltılması ve mesleğin değişik dönemlerinde tükenmişlikten uzaklaştıracak uygulamaların bulunması, bu uygulamaların düzenli bir şekilde icra edilmesi, hâkim ve C. Savcılarının sağlık sorunlarının azalmasına neden olacağı gibi mesleklerini daha iyi performansla icra etmelerini sağlayacaktır. Çözümde ulaşmada ilk ve en önemli adımın Hâkim ve C.Savcısı sayısının arttırılarak iş yükünün azaltılması olduğu ortadadır. Bu sayede diğer mesleki konular yanında cezanın belirlenmesi konusunda da daha hassas bir yaklaşım sergilenebilecek ve fail ve fiile uygun cezanın tespiti daha mümkün hale gelecektir.

Çağdaş dünya bir uzlaşma kültürünün etkisi altındadır. Birçok kurum ve davranış bu kavram çevresinde şekillenmektedir. Çağdaş ceza hukukunun anlayışları da bu kavrama göre değerlendirilmektedir. Bu bağlamda çağdaş ceza hukukunda, bu alandaki geçmiş bütün düşüncelerin bir uzlaşması olarak; kusur ölçüsüne dayalı manevi sorumluluğun esas olduğu ve varlığını koruduğu, yasallık ilkesinin ceza hukukunun temellerinden birini oluşturduğu,

<sup>1459</sup> Örneğin; cezanın belirlenmesinde esasa etkili olan suçun işlenme biçiminin tamamen göz ardı edilmesi gibi.

tehlike haline dayanan güvenlik önlemlerinin benimsendiği, suçlunun kişiliğinin göz önünde bulundurulduğu ve cezanın bireyselleştirilmesi anlayışının egemen olduğu söylenebilir.

Yeni dönemde bir yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri cezanın yerine konulmaya çalışılırken diğer yandan da cezaların infaz usullerinin değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu durum, cezalandırma usulünden vazgeçilmesini sağlayamamış, temelde cezalandırma varlığını hep korumuştur. Cezanın, türü, miktarı, ağırlığı, belirlenmesi ve infazı, uygulandığı kişi, toplum, hukuk düzeni, yer ve zaman boyutları ile birlikte değerlendirilmelidir. Cezanın amacı konusunda uzlaşmacı, karma anlayışın benimsenmesi bir gereklilik olarak gözükmemektedir. Cezanın bu çok yönlü amacına uygun olarak, çağımızın uygar toplumuna yaraşır ve insan onuruyla bağdaşır cezalar belirlenmelidir. Ortak çalışma ürünü konular için tüm katılanların aynı hassasiyetle konuya eğilmeleri gerekir. Bu sayede ibret olma, ödetme, toplumu suçtan koruma, kişiyi ıslah etme gibi cezalandırmanın amaçları gerçekleştirilebilecektir.

**ÖRNEK OLAY<sup>1460</sup>:****GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:**

... Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 10/04/2012 tarih 2012/302 sayılı raporunda, mağdurun *ruh sağlığının bozulmadığı* belirtilmiştir.

**Yapılan yargılamaya, taraf ve tanık beyanlarına, adli tıp raporuna ve tüm dosya kapsamına göre;**

Sanık S ile mağdur B kardeştir. Suç tarihi öncesinde müşteki olan anne babaları S ve A ile birlikte ..... Kasabasında aynı evde birlikte yaşamaktadırlar. Geceleri anne ve baba farklı bir odada yatmakta, mağdur ve sanık da dahil olmak üzere diğer çocuklar farklı bir odada yatmaktadırlar. Mağdur beyanına göre 2007 yılının sonlarından itibaren abisi olan sanık S, mağdura cinsel olarak yakınlaşmaya başlamıştır. Mağdurun 10 yaşında olduğu 2007 yılından itibaren, sanık, mağdurun vücuduna organ sokmaksızın zaman zaman mağdurun yatağına girmekte, göğüslerini ve bacaklarını okşamakta, mağduru öpmektedir. Mağdurun karşı çıkmasına karşın sanık, gerçekleşen olayları anlatmaması konusunda mağduru tehdit etmiştir. Sanık askerden izne geldiği tarihlerde bile mağdurun zaman zaman yatağına girmiş, giyinik vaziyette ve bazen de çıplak olarak mağdur ile yakınlık kurmuştur. Bu şekilde sanık, mağdurun bacağına, göğsünü ve cinsel organını okşamış, kendi cinsel organını mağdurun cinsel organına sürtmüş, bir kaç kez de mağduru ters yatırarak cinsel organını mağdurun anüsüne sürtmüş ve orgazm olmuştur.

Mağdurun bunlara rıza göstermemesine karşı sanığın mağdurdan güçlü ve kuvvetli olması nedeni ile eylemlerine devam etmiş, ancak organ sokma hadisesini gerçekleştirmemiştir. Sanık, 2011 yılı kurban bayramında mağdurun yatağına girerek eşofmanını çıkartmaya çalışmıştır. Ancak bu kez mağdurun karşı çıkması üzerine sanık eylemine devam etmemiştir. Sanığın, bu suretle mağdurun 10 yaşında olduğu 2007 yılından itibaren kendini savunacak ve ilgili makamlara müracaatta bulunacak olgunluğa eriştiği 2011 yılına kadar, vücuda organ sokmaksızın öpmek, okşamak, cinsel organına sürtmek ve üzerine orgazm olmak şeklinde eylemlerde bulunduğu, mahkememizce tam bir vicdani kanaat ile kabul edilmiştir.

<sup>1460</sup> Cezanın belirlenmesi açısından iyi bir örnek olarak gördüğümüz, Niğde Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/102 E. Ve 2012/384 K sayılı kararından alınmıştır. Bu karardaki sübuta ilişkin değerlendirmeler ve şekli unsurlar, cezanın belirlenmesi konusuyla ilgili olmadığından buraya dâhil edilmemiştir.

Sanığın suç tarihi itibari ile 10-14 yaşındaki mağdura karşı öpmek, göğüslerine ve cinsel organını okşamak, cinsel organını mağduru cinsel organına ve anüsüne sürtmek ve mağdurenin üzerine orgazm olmak şeklindeki ***eylemleri TC'nin 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu*** olarak mahkememizce vasıflandırılmıştır.

TCK'nın 103/1. maddesine göre 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağı belirtilmiş olması, mağdurenin öpülmesi, göğsüne veya vücudunun başka bir yerine dokunulması ile dahi suçun gerçekleşmesi karşısında, sanık mağdura karşı cinsel organını mağdurun cinsel organına ve anüsüne sürtmek ve mağdurun üzerine orgazm olmak şeklinde ***nitelikli cinsel istismarın hemen öncesi seviyesine, basit cinsel istismarın en ileri boyutuna kadar gerçekleştirdiğinden*** sanığa verilen ceza alt sınırdan uzaklaşmak sureti ile takdir edilmiştir.

Sanığa verilen cezada ***mağdurun sanığın kardeşi olması*** nedeni ile TCK'nın 103/3. maddesi gereğince yarı oranında artırım yapılmıştır.

Mağdur soruşturma safhasında alınan samimi beyanında, sanığın kendisine zorla cinsel istismarda bulunduğunu beyan ettiğinden, ayrıca olayın gerçekleştiği tarihlerdeki mağdurenin yaşı göz önüne alındığında sanığın mağdura karşı zor kullandığı sabit olduğundan, 10 yaşındaki mağdurun kendi rızası ile abisi ile cinsel birliktelik kurmasının olayın oluşuna ve hayatın olağan akışına uygun olmadığından ve ayrıca mağdur yeterli olgunluğa eriştiği 14 yaşında gerçekleşen son olayda sanığa direndiğinden ve eylemine devam etmesine karşı çıkararak daha sonra da sanık hakkında şikayette bulunduğundan, sanığın soruşturma safhasında kollukta alınan ve Cumhuriyet Savcılığında doğruluğu sanık tarafından teyit edilen beyanında da iki kez mağdurun elbiselerini zorla çıkarttığını ve onu ilişkiye girmeye zorladığını beyan ettiğinden, sanığın eylemini ***zor ve tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği*** kanaatine varılmış ve sanığa verilen cezada TCK'nın 103/4. maddesi gereğince yarı oranında artırım yapılmıştır.

Sanık, bir suç işleme kararının icrası kapsamında 2007 yılından itibaren 2011 yılı Kasım ayına kadar mağdura karşı cinsel istismar eylemini aralıklarla birden fazla kez gerçekleştirdiğinden, sanığın eylemi zincirleme suç niteliğinde kabul edilmiştir. Sanığın ***mağdura karşı iki kez cinsel istismar eyleminde bulunması durumunda bile zincirleme suç hükümlerinin uygulanması*** ve verilen cezada en az 1/4 oranında artırım yapılmasını



gerektirmektedir. Sanık, 2007 yılından itibaren mağdur kendini savunacak olgunluğa erişinceye *kadar dört yıl süre ile mağdura karşı cinsel istismar eylemini birçok kez tekrarladığından*, sanığa verilen cezada, TCK'nın 43/1. maddesi gereğince takdiren alt sınırdan uzaklaşılma sureti ile yarı oranında artırım yapmak gerekmiştir.

Sanık hakkında daha önceden kasten işlemiş olduğu suç nedeni ile mahkûmiyet kararı bulunmakta, *sanığın geçmişinde de sabıkalı bir kişi olması*, en yakın akrabası olan kız kardeşine karşı bile cinsel istismar suçunu işleyecek kadar sosyal ilişkileri hiçe sayması, 10 yaşında olan mağdura karşı 14 yaşına gelinceye kadar dört yıl boyunca cinsel istismar eylemini gerçekleştirmeye devam etmesi, 4 yıl boyunca her zaman eylemlerine son vermesi mümkün iken yaptığından *pişmanlık duymayarak mağdur tarafından hakkında şikayette bulunuluncaya kadar eylemlerine devam etmesi*, yaptığı eylemden dolayı kovuşturma safhasında pişmanlık duymaması, kovuşturma safhasında *yargılamayı kolaylaştıracak hareketlerde bulunmayıp, ailesi tarafından mağdura ifadesinin değiştirilmesi konusunda baskı yapılması ve bu baskıdan sanığın bilgisinin muhtemel olması ve sanığın mahkememize yansıyan olumlu bir halinin bulunmaması* karşısında sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmaması, takdiri indirim yapılmaması gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır.

Sanığa verilen ceza miktarı, sanığın üzerine atılı suçun CMK. 100/3 maddesinde sayılı suçlardan olması ve sanığın kaçma ihtimali gözetilerek sanığın tutukluluk halinin devamına karar vermek gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle sanığın mahkûmiyetine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

**HÜKÜM:** Yukarıdaki gerekçe ile,

1- Sanığın çocuğun cinsel istismarı eyleminin sabit ve sübut bulmasından TCK'nın 61. maddesi dikkate alınarak şahsi sosyal durumu, suçun işleniş biçimi gözetilerek eylemine uyan aynı yasanın 103/1 maddesi gereğince takdiren ve teşdiden **5 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,**

2- Sanığın eylemini kardeşi olan ikinci derece kan hısmı mağdureye karşı gerçekleştirmesi nedeniyle verilen cezanın TCK'nın 103/3. maddesi gereğince yarı oranında artırılarak sanığın **7 YIL 6 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,**

3- Sanığın eylemini cebir ve tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği kanaatine varıldığından verilen cezanın TCK'nın 103/4. maddesi gereğince yarı oranında artırılarak sanığın **10 YIL 15 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,**

4- Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında mağdura karşı cinsel istismar eylemini değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi nedeniyle sanığa verilen cezanın TCK'nın 43/1. maddesine göre takdiren 1/2 oranında artırılarak sanığın **15 YIL 22 AY 15 GÜN HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,**

5- Sanık hakkında **TAKDİRİ İNDİRİM UYGULANMASINA YER OLMADIĞINA,** karar verilmiştir.

## KAYNAKLAR

### KİTAPLAR

- AKMAN, Mehmet, (2004), *Osmanlı Devletinde Ceza yargılaması*, İstanbul
- AKŞİT, M. Cevat, (1976), *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul
- ALACAKAPTAN Uğur, (1961), *Sarhoşluk Durumunda İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet*, Doçentlik Tezi, Ankara
- ALBRECHT Hans-Jörg, (1994), *Strafzumessung bei schwerer Kriminalitaet*, Berlin
- ALDEMİR Hüsni, (2007), *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu*, 2.Baskı, Ankara
- ALPASLAN Şükrü, (1977), *Türk Ceza Kanunu'nda Feri ve Mütemmim Cezalar*, TCK'nın 50. Yılı ve Geleceği, İstanbul
- ARICAN Mehmet, (2009), *Ceza Adaleti*, Seçkin Yayınları, Ankara
- ARSLAN Çetin/KAYANÇİÇEK Murat, (2011), *Cezadan Mahsup*, Adalet Yayınevi, Ankara
- ARTUÇ Mustafa/AKKAYA Çetin/GEDİKLİ Cemil, (2008), *2006-2007-2008 İçtihatlarıyla Türk Ceza Kanunu*, Ankara
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, (5. Baskı)Turhan Kitabevi, Ankara
- ARTUK Mehmet Emin/ALŞAHİN Mehmet Emin, (2008), *Hükümlünün Hakları*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağanı, Cilt:I, Ankara
- ARTUK Mehmet Emin, ÇINAR Ali Rıza, (2004), *Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayınları, Ankara
- AŞÇIOĞLU Çetin, (2003), *Yargıda Gereke Sorunu*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul

- AVCI Mustafa, (1994), *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul
- AVCI Mustafa, (2010), *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya
- AVCI Mustafa, (2012), *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza Yayınları, Konya
- BAKICI Sedat, (2008), *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, (2. Baskı), Adalet Yayınları, Ankara
- BAUMANN Jurgen, (2007), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (8. Auflage), Bielefeld
- BAUMANN/WEBER/MİTSCH, (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (11. Auflage), Bielefeld
- BECCARİA Cesare, (2004), *Suçlar ve Cezalar Hakkında* çev. Sami Selçuk, İmge Yayınları, Ankara
- BERGMANN Matthias, (1988), *Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB : zugleich ein Beitrag zu § 157 Abs. 1 und § 113 Abs. 4 StGB sowie zum Rücktritt vom formell vollendeten Delikt*, Müller Jur. Verlag, Heidelberg
- BİLEN Mesut, (2012), *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, (1972), *Hukukî İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, C:III, İstanbul
- BORNEMANN Wolfram, (2002), *Das Zusammentreffen vertatbestandlicher Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe : zur "Sperrwirkung der Privilegierung" im Strafrecht*, (1. Auflage), Nomos Verlag, Baden-Baden
- BRAUNSTEFFER Heike, (1976), *Die Problematik der Regelbeispielstechnik im Strafrecht*, Mannheim
- BRUNS Hans Jurgen, (1985), *Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis*, (2. neubearb. und erw. Aufl.), Heymans Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München
- BRUNS Hans Jurgen, (1988), *Neues Strafzumessungsrecht? : "Reflexionen" über eine geforderte Umgestaltung*, Köln, Berlin, Bonn, München

- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (7. Baskı). Beta Yayınları, İstanbul
- CENTEL Nur, (2001), *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir
- C. H. BECK, (1992), *Strafvollzugsgesetz*, (12. Baskı) Beck-Texte in dtv, München
- CODE PENAL, (1999), *Das französische Strafgesetzbuch* (çev. H. Jung), Freiburg im Breisgau
- ÇAĞLAYAN Muhtar, (1984), *Türk Ceza Kanunu*, (3. Baskı), Yetkin Yayınevi, Ankara
- ÇETİN, Soner Hamza, (2012), *Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar*, Adalet Yayınevi, Ankara
- ÇINAR, Ali Rıza, (2005), *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Turhan Kitabevi, Ankara
- ÇOLAK Haluk, (2005), *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara
- ÇOLAK Haluk/ALTUN Uğurtan, (2007), *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*, Bilge Yayınları, Ankara
- DEİTERS Mark, (1999), *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit : Studien zur Ratio der §§ 52 - 55 StGB*, (1. Auflage) Nomos Verlag, Baden-Baden
- DEMİRBAŞ Timur, (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara
- DEMİRBAŞ Timur, (2008), *İnfaz Hukuku*, (2. Baskı) Seçkin Yayınları, Ankara
- DONAY Süheyl, (1972), *Para Cezaları*, İstanbul
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, (1971), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, (5. Baskı), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, (1999), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, (12. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul

- DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, (1998), *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, Alkım Yayınları, İstanbul
- DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, (2000), *Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği*, TESEV, İstanbul
- DREHER/TRÖNDLE/FİSCHER, (2011), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (58. Auflage), C.H. Beck Verlag, München
- ERDURAK Yılmaz Güngör, (1993), *Türk Ceza Kanunu*, (3. Baskı), Adil Yayınevi, Ankara
- EREM Faruk, (1962), *Türk Ceza Hukuku I. Cilt Genel Hükümler*, (6. Baskı), Ajans-Türk Matbaası, Ankara
- EREM Faruk, (1973), *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara
- EREM Faruk, (1995), *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler I*, Seçkin Kitabevi, Ankara
- EREM Faruk, (1997), *Adalet Psikolojisi*, Adil Yayınları, Ankara
- EREM Faruk /DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, (1997), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı), Ankara
- ERHARD Christopher, (1992), *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Straf-zumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in 46 StGB verwendeten System-kategorie "Sculd"*, Berlin
- EROL Haydar, (2005), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara
- ERSOY Yüksel, (2002), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara
- EXNER Franz, (1931), *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*, Leipzig
- FOUCAULT Michel, (2003), *Gözetlemek Neye Diyoruz, İktidarın Gözü* (çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul
- GERÇEKER Hasan, (2011), *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I*, Cantekin Matbaacılık, Ankara

- GÖKCEN Ahmet, (1989), *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, (1966), *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara
- GÖTTING Bert, (1997), *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis : eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Lang Verlag, Frankfurt am Main
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, (1980), *Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.I, (4.Bası)*, Kazancı Yayınları, İstanbul
- GRAMSCH Peter, (1999), *Probleme des Zusammentreffens von minder und besonders schweren Falle Strafrahmenkonkurrenz : Probleme des Zusammentreffens von minder und besonders schweren Fällen*, Shaker Verlag, Aachen
- GRZİBEK Ute Ahlers, (2003), *Der normative Normalfall in der Strafzumessung*, Kovac Verlag, Hamburg
- GÜNAY Erhan, (1996), *Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini*, Ankara
- GÜREL A. Bülent/ODYAKMAZ A. Nevzad, (1971), *İçtihatlı Ceza Kılavuzu Cezaların Tertip ve Sırası*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul
- HAFIZOĞULLARI Zeki, (1989), *Cezanın Tayin Edilmesi*, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul
- HAKERİ Hakan, (2012a), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara
- HAKERİ Hakan, (2012b), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, (9. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara
- HELLWIG Albert, (1930), *Betrügerische Ausnutzung spiritischer Leichtgläubigkeit*, in Archiv für Kriminologie, Baden Baden
- HETTİNGER Michael, (1982), *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*, Dunckner&Humblot, Berlin
- HOEGEL Hugo, (1909), *Gesamtreform der oesterreichischen Strafrechts*, Leipzig

- HORN Karl, (1932), *Entwicklung der Strafzumessungbestimmungen in den Entwürfen eines deutschen Reichstrafgesetzbuches Worms*, Berlin
- HORN Eckhard, (1975), *Wider die "doppelspurige" Strafzumessung*, in *Festschrift für F. Schaffstein*, Göttingen
- HORN Eckhard, (1984), *Die strafrechtlichen Sanktionen. Eine systematische Darstellung für die Praxis der Strafrechtspflege*, München
- HÖNIG Kai Hart, (1992), *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung : zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlin
- İÇEL Kayıhan, (1972), *Suçların İctimai*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul
- İÇEL Kayıhan/ SOKULLU Füsün/ ÖZGENÇ İzzet/ SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER Yener, (2002), *Yaptırım Teorisi*, (2. Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul
- İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, (1999), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, (3. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul
- İÇEL Kayıhan/YENİSEY Feridun, (1994), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, (4. Bası), İstanbul
- İNCE Hüseyin, (2007), *Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*, Seçkin Yayınları, Ankara
- İNCEOĞLU Sibel, (2002), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul
- İŞOĞLU Polat T. (2008), *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası*, Ankara
- JESCHECK, Hans-Heinrich, (2007), *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş* çev. Feridun Yenisey, İstanbul
- JESCHECK Hans-Heinrich/ WEİGEND Thomas, (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin



- KABAN Mater/AŞANER Halim /GÜVEN Özcan/YALVAÇ Gürsel, (2001), *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001)*, Ankara
- KANGAL Zeynel, (2004), *Ceza Hukukunda Elektronik İzleme*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul
- KARAGÜLMEZ Ali, (2005), *Gün Para Cezası Sistemi*, Kartal Yayınevi, Ankara,
- KARAKAŞ DOĞAN Fatma, (2010), *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal yayınları, İstanbul
- KİNDHAUSER Urs, (2010), *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, (4. Auflage), Nomos, Baden-Baden
- KLEINKNECHT Theodor/MEYER-Gossner Lutz, (1997), *Strafprozessordnung, Gerichtverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, Kommentar*, (43. Auflage), München
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, (2011), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları Ankara,
- KOHLSCHÜTTER Hans, (2001), *Entweder "Schuld des Täters" oder "Tatproportionalität" als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative? : die Eliminierung der überindividuellen Denkfehler in der strafrechtlichen Irrtumslehre ; ein Beitrag zur Faktorenanalyse des unwertproportionalen Quantums der strafwertigen Sanktion*, Shaker Verlag, Aachen
- KOHLSCHÜTTER Hans, (2011), *Die Quanten des Unwerts der Straftat : das Denkschema der "Doppelnatur" als Gespinst und Schadcode*, Shaker Verlag, Aachen
- KOYUNCU Ali, (2006), *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu*, Genel Hükümler, Ankara
- KÖHLER, Michael, (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg
- KUMBASAR Enver, (2012), *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayınları, Ankara

- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, (2006), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (13. Bası), İstanbul
- KURT Mehmet, (2007), *Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları*, Ankara
- LACKNER, Karl-KÜHL Krisitan, (2001), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, (24. Neuarbeitete Auflage), München
- MADEN, Mehmet, (2012), *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Adalet Yayınevi, Ankara
- MALKOÇ İsmail, (2003), *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara
- MALKOÇ İsmail, (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, (3. Baskı), Malkoç Kitabevi, Ankara
- MALKOÇ İsmail/GÜLER, (1996), Mahmut, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1*, Adil Yayınevi, Ankara
- MAURACH Reinhard, (1958), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe
- METİNER Haydar, KOÇ E. Ahsen, (2008), *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara
- ODYAKMAZ, A. Nevzad, (1999), *Ceza Hukuku-Türk Ceza Hukukunun Temel İlkeleri ve Türk Ceza Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Açıklamalar*, İstanbul
- ÖNDER Ayhan, (1992), *Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III*, (2. Baskı), Beta Yayınları İstanbul
- ÖZBEK Veli Özer, (2005), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Genel Hükümler Cilt I*, Seçkin Yayınları, Ankara
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR M. Nihat/BACAKSIZ Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker, (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara
- ÖZBEK Veli Özer, (2006), *İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, (3. Bası), Ankara
- ÖZGENÇ İzzet, (1996), *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul
- ÖZGENÇ İzzet, (2005), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara

- ÖZGENÇ İzzet, (2012), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (5. Bası), Seçkin Yayınları, Ankara
- ÖZGENÇ İzzet, ŞAHİN Cumhur, (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, (2006), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, (8. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara
- PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, (2010), *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara
- ROXİN Claus, (1973), *Praevention und Strafzumessung*, Festschrift für Bruns
- SANG Gyu Im, (2000), *Operationalisierung der Strafzumessung : mit der Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldbegriffs*, (1. Auflage), Cuvillier Verlag, Göttingen
- SAUER Wilhelm, (1955), *Allgemeine Strafrechtslehre, der Grundlagen des Strafrechts*, (3. Auflage), Berlin
- SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, (1999), *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, (3. Baskı), Ankara
- SCHAFER/SANDER/VAN GEMMEREN, (2008), *Praxis der Strafzumessung*, C.H. Beck, (4. Auflage), München
- SCHMIDTHAEUSER, Eberhard, (1975), *Strafrecht Allgemeine Teil Lehrbuch*, Tubingen
- SCHMİTZ Claudia Büch, (1997), *Opfervertrauen und Strafzumessung*, Lang Verlag, Frankfurt am Main
- SCHMÜLLING Katja Mestek, (2004), *Mittelbare Straftatfolgen und ihre Berücksichtigung bei der Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin
- SCHÖCH Heinz, (1977), *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz*, Stuttgart
- SCHÖNKE Adolf, (1944), *Strafgesetzbuch für Deutsche Reich*, (2. Auflage), München, Berlin
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, (2001), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München

- SOYASLAN Doğan, (2012), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara
- SOYASLAN Doğan, (1996), *Kriminoloji*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını  
Ankara
- STRATENWERTH Gunter, (1989), *Schweizerischer Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Strafen  
und Massnahmen*, Bern
- STRENG Franz, (1991), *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin
- ŞEN Ersan, (1998), *Anayasa Mahkemesi Kararları-Ceza*, Beta Yayıncılık, İstanbul
- ŞEN Ersan, (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul
- TANER Tahir, (1953), *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, (3. Basım), İÜHF Yayınları, İstanbul
- TAŞDEMİR Kubilay/ÖZKEPİR Ramazan, (1999), *Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza  
Kanunu*, Ankara
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, (2004), *Avrupa İnsan  
Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara
- TCK ÖNTASARSI, (1987), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara
- TCK Öntasarısı, (1989), *İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda  
Hazırlanan Metin*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara
- TDK, (1998), *Türkçe Sözlük*, 9. Baskı, Ankara
- TONGÜR, Ali Rıza, (2009), *Yeni Boyutlarıyla Ceza Hukukunda Erteleme*, Seçkin Yayınları,  
Ankara
- TOROSLU Nevzat, ERSOY Yüksel, (2004), *Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk  
Ceza Kanunu Reformu*, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara
- TOROSLU Nevzat, (2011), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (8. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara
- TOROSLU Haluk, (2010), *Ceza Müeyyidesi*, Savaş Yayınları, Ankara
- TÜRK HUKUK LÜGATİ, (1998), Başbakanlık Basımevi, Ankara

- TÜRK CEZA KANUNU, (2004), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara
- ÜNVER Yener, (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınları, İstanbul
- ÜNVER Yener, NUHOĞLU Ayşe, (1997), *İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı*, İstanbul
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, (2012), (5. Baskı), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara
- WALDEYER Karin, (2006), *Die Bedeutung eines rechtskräftigen Strafurteils im Rahmen der Strafzumessung*, Kovac Verlag, Hamburg
- WARDA Günther, (1962), *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln
- WÜRTENBERGER Thomas,(1970), *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart
- YAPAR Emin, (2012), *İddia Pazarlığı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya
- YALVAÇ Gürsel, (2008), *Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara,
- YAŞAR Osman, (2001), *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara
- YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, (2011), *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınları, Ankara
- YENİSEY Feridun/PLAGEMAN Gottfried, (2009), *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch. (StGB). (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)*, İstanbul
- YERDELEN Erdal, (2006), *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınları, Ankara
- YERDELEN Erdal, (2010), *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Adalet Yayınları, Ankara
- YILMAZ Ejder, (2001), *Hukuk Sözlüğü*, 6. bası, Ankara
- YILMAZ Zekeriya, (2005), *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Ankara
- YURTCAN Erdener, (2005), *CMK Şerhi*, (4. Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul
- YÜCE Turhan Tufan, (1985), *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara

ZAFER Hamide, (2010), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul

ZİPF Heinz, (1969), *Strafmasrevision*, München, 1969

## MAKALELER ve TEBLİĞLER

AKBULUT Berrin, (2004), “Zincirleme Suç- Fikri İctima”, in: Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) S:2, s.163, Sonbahar 2004.

AKBULUT İlhan, (2003), “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, AÜHF, C: 52, S:1, s. 167-181

AKSAN Murat, (2004), “Yeni TCK’da Yaptırım Sistemi”, HPD, S:2, Sonbahar, s.178

ALBAYRAK Mustafa, (2009), “Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi”, Adalet Dergisi (AD), S: 3, Ocak, s. 256-276

ALDEMİR Hüsni, (2006), “Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Kasım, S: 3, s.31 vd.

ARIK Fedâ Şamil, (1995), “İlk Türk Devletlerinde Suçlar ve Cezalar”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Y. 1995, S. 28, s. 1-50

ARTUK, Mehmet Emin, (2006), “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Aralık, S: 2, Ankara, s.16.

ARTUK Mehmet Emin, (2007), “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi I”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S: 4, Ankara, s.61-79

AŞCIOĞLU Çetin, (2003), “Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor?”, Manisa Barosu Dergisi, Manisa, S: 86, s. 27

AŞCIOĞLU Çetin, (2003), “Yargıda Gerekçe Sorunu?”, TBBD, Ankara, S: 48, s. 109-116

ATALAY Osman, (2008), “Hapisten Çevrilen Adli Para Cezalarının İnfazı”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, S: 21, Mayıs, Ankara, s.101 vd.

- AYDIN Devrim, (2008), “*Terör Hukukla Önlenebilir mi?*”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi (MBD), Kasım, S: 250, Ankara, s. 7
- AYDIN Devrim, (2010), “*Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri*”, CHD, Yıl 5, Nisan, S: 12, Ankara, s. 89
- AYDIN Devrim, (2011), “*Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğuşu*”, CHD, Yıl 6, Ağustos, S: 16, Ankara, s.240-247
- AYIK İsmail Hakkı, (1950), “*Cezanın Tatbik ve Tertibi*”, AD, S:10, Ankara, s. 1180
- BACAKSIZ Pınar, (2008), “*İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)*”, CHD, S: 7, Ağustos, Ankara, s.151-171
- BACAKSIZ Pınar, (2011), “*Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, CHD, S: 16, Ağustos, Ankara, s.82-99
- BEKRİ, M. Nedim, (2010), “*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*”, AD. S:38, Eylül, Ankara
- BEİLİNG Ernst, (1924), “*Entscheidungsanmerkung zu RG*”, JW, 1721 ff.
- DENİZHAN Hüseyin, (2006), “*Adli Para Cezaları*”, AD. Yıl: 97, Mayıs, S: 25, Ankara, s.90
- DİNÇKOL Abdullah, (1993), “*Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Hak ve Nısfet*”, Yargıtay Dergisi, Cilt 19, S: 3, Temmuz, Ankara
- DOĞAN Koray, (2007), “*Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, CHD, S:4, Ağustos, Ankara, s. 277-305
- DOĞAN Koray, (2008), “*Ceza Muhakemesinde Hüküm*”, CHD, Ağustos 2008, S:7, Ankara, s.172-201
- DÖNMEZER Sulhi, (2002), “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Ön Tasarısının Temel Niteliği ve Kapsamı*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), S: 2, İstanbul, s. 7 vd.
- DREHER Eduard, (1967), “*Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes*”, JZ
- DREHER Eduard, (1957), “*Doppolverwertung von Strafbemessungsumstaenden*”, in: JZ

- ERDEM Mustafa Ruhan, (2001), "*Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*", in: *İnfaz Hukukunun Sorunları*, (Sempozyum, 24-25.11.2000), Ankara, s.195
- EREM Faruk, (1946), "*Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler*", AÜHFM, C.III, S:2,3,4, s.1159-1176
- EREM Faruk, (1995), "*Psikanalizm Açısından Ceza Hukuku*", AÜHFD, C:44, S:4-5, s.479-488
- FRİSCH, (1987), ZStW, 99, 349 ff.
- GALLAS, (1962), NJW, 750
- GEDİK Doğan, (2006), "*Yeni Türk Ceza Kanununda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler*", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 4, Aralık, s.76-85
- GÖKCEN Ahmet, (2002), "*Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Sistemleri*", Ceza Hukuku Makaleleri, Güven Yayınları, İstanbul, s.45-69)
- GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, (2008), "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)*" Ugur Alacakaptan'a armağan Cilt 1. İstanbul, s. 339-367
- HAFIZOĞULLARI Zeki, (2007), "*Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*", ABD (Ankara Baro Dergisi), Yıl: 65, S: 1, s. 78-109
- HİRSCH Hans-Joachim, (1972), "*Besprechung von Reinhart Maurach, Besonderer Teil*", 5. Auflage, ZStW 84 38 ff.
- İÇEL Kayıhan/YURTCAN Erdener, (1971), "*Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu*", İHFM, XXXVI, S: 1-4, s. 439-482
- İÇEL Kayıhan, (1977), "*Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönde Değerlendirilmesi*", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50. Yılı ve Geleceği, İstanbul, 324 vd.



- JESHECK, Hans- Heinrich, (1998), “1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, s. 29 vd.
- JAGUSCH Heinrich, (1962), “Entscheidungsanmerkung zu BGHSt 17, 266”
- KAMER Vehbi Kadri, (2009), “5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma”, Adalet Dergisi, S:33, Ocak, Ankara, s. 32-45
- KESKİNSOY, Ömer, (2006), “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, ABD, Y: 2006, C:2, s. 45-54
- KONİ Burhan, (1956), “Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, SBF, Ankara, 1956 s.3 vd.
- KÖPRÜLÜ Timuçin, (2007), “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, Y. 20, TBBD, S.71, Temmuz Ağustos, s. 254vd.
- MERAN Necati, (2006), “Yeni Türk Ceza Kanununda Cezanın Belirlenmesi”, Adalet Dergisi, Yıl 97, Ocak 2006, Sayı 24, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara
- MERAN Necati, (2007), “Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, Adalet Dergisi, S:27, Ocak, s. 135-141
- MERAN Necati, (2008), “Hukukumuzda Adli Para Cezalarının İnfazı Rejimi”, Terazi Dergisi, Şubat
- OTACI Cengiz, (2006), “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulaması”, AD, S: 26, Eylül, s. 116-125
- ÖZBEK Veli Özer, (2005), “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul
- ÖZBEK Veli Özer, (2011), “Ceza Adaletinin Sağlanması Etik İlkeler”, CHD, S: 15, Nisan, s.7-18
- ÖZEK Çetin, (1999), “1997 Türk Ceza Yasa Tasarısına İlişkin Düşünceler”, İstanbul, s. 662
- ÖZEKES Muhammet, (2007), “Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gereke”, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı, Ankara

- ÖZEN Mustafa, (2009), “*Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (MÜHF), Hukuk Araştırmaları Dergisi (HAD), İstanbul, C: 15, S: 1-2, s.75 vd.
- ÖZEN S.Evren, (2005), “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar*”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Günışığı Yayıncılık, Y. 2, S: 6-7, Ekim, İstanbul
- ROXİN Claus, (2004), “*Yeni TCK ile Türkiye Avrupa’ya Dâhil Oluyor*”, in: HPD ile Röportaj, S: 2, Sonbahar, s.21-24
- ROXİN Claus, (2006), “*Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var mıdır?*” (Çev. Yener Ünver), Ankara, Seçkin Yayınları
- SANAL Adil, (1965), “*Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler*”, Adalet Dergisi, Y. 56, Eylül, S: 9 s. 1015-1018
- SCHREİBER Hans-Lüdwig, (1982), “*Widersprüche und Brüche in hetigen Strafkonzeptionen*”, in ZStW 94, s. 279 ff.
- SELÇUK Sami, (1993), “*Kavramlar Adlandırmalar ve Kararlar*”, Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 1993.
- SEVDİREN Öznur, (2011), “*Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I*”, CHD, S: 15, Nisan, s. 103-129
- SOKULU-AKINCI, (1996), “*Cezalandırmada Amaç ve Ölüm Cezası*”, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos, 1996, Y.2, S: 10, s.672
- SOYASLAN Doğan, (2003), “*Cezaların Bireyselleştirilmesi*” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD), C.11, S: 1-2, Konya, s.34.
- STRAHL I, (1971), “*Kuzey Ülkelerinde Para Cezası*”, İHFM, XXXVI, S:1-4, s.529 vd.
- STRATENWERTH Günther, (1970), “*Tatschuld und Strafzumessung*”, Recht und Staat, Heft 406/407, 977
- STUMPF Olav, (1997), “*Gibt es im materiallen Strafrecht ein Verteidigerprivileg?*” In: NStZ, s: 7-12

- TELLENBACH Silvia, (2009), “*Alman Hukukunda Şeriat*”, Çev. Ahmet MUMCU, TBBD, Yıl: 22, Sayı: 84, Eylül-Ekim
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan, (2004), “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB, Ankara
- TOROSLU Haluk, (2008), “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Saik ve Amaç*”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul
- TURAN Hüseyin, (2001), “*Hâkime Tanınan Takdir Yetkisi*”, Adalet Dergisi, Temmuz 2001, S: 8, Ankara, s.108
- ÜNSAL Levent, (2002), “*Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri ve TCK Madde 59*”, AD, Y. 93, S:12, Ankara, s. 568
- ÜZÜLMEZ İlhan, (2006), “*Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (EHFD), C.10, S: 3-4, s. 203-235
- YARSUVAT Duygun, (1966), “*Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini*” İÜHFM, C.32, İstanbul, s.79-99.
- YENİDÜNYA Caner, (2006), “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezaları ve İnfazı*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fak. Dergisi, EHFD, C. X, S: 1-2, Erzincan, s. 121-154
- YENİSEY Feridun, (2001), “*İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü*”, İnfaz Hukukunun Sorunları, Goethe-İnstitut ve Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara
- YURTCAN Erdener, (1998), “*Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme*”, Ceza Hukuku Günleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul) İstanbul
- YÜCE Turhan Tufan, (1957), “*Para Cezalarında Yeni Düşünce ve Sistemler ve Türk Para Cezaları Sistemi*”, AD Y. 48, s.7, Temmuz
- YÜCE Turhan Tufan, (1961), “*Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi*”, Adalet Dergisi, Y. 52, S: 9-10, Eylül-Ekim, s.927.

- YÜCEL Mustafa Tören, (1973), “*Ceza İnfaz Siyasetine Kritik Bir Bakış*”, Adalet Dergisi, Y. 64, S: 2-3, Ankara, s. 38
- YÜCEL Mustafa Tören, (1974), “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Stratejisi*”, AD, Y. 65, S: 7, Temmuz, s. 529.
- YÜCEL Mustafa Tören, (2004), “*Türk Ceza Kanunu Reformu*”, Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Reformu Panelindeki Konuşması, 21-22 Mayıs 2004, TBB, s.92-93
- YÜCEL Mustafa Tören, (2010), “*Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları*”, TBB Dergisi, S: 88, s.310 vd.
- YÜCEL Mustafa Tören, (2003), “*Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi*” Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s.162-170
- YÜCEL Mustafa Tören, (2004) “*TCK Tasarısı Üzerine Notlar*”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB, s. 145

## **WEB SİTELERİ**

[www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html](http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html). 08.01.2012

[www.adalet.org/cbekran.php?id=6013](http://www.adalet.org/cbekran.php?id=6013). 08.01.2012

[www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=6897&id2=8957](http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=6897&id2=8957) 4.11.2011

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) 23.3.2012

[www.ankahukuk.com](http://www.ankahukuk.com) 2.1.2012

[www.ankarstrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/anayasa-uzlasma-komisyonu-ve-yeni-anayasa-yapim-sureci](http://www.ankarstrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/anayasa-uzlasma-komisyonu-ve-yeni-anayasa-yapim-sureci) E. T. 8.10.2012

[www.baskent.edu.tr/zekih/uygulamaci/cezagenel.htm](http://www.baskent.edu.tr/zekih/uygulamaci/cezagenel.htm). 08.01.2012

[www.bilder.buecher.de/.../22548165\\_lese\\_1.pdf](http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf) 23.3.2012

[www.ensonhaber.com](http://www.ensonhaber.com) 4.3.2012

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com) 23.3.2012

[www.portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2003-48-763.pdf](http://www.portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2003-48-763.pdf) 18.2.2012

[www.jurakopf.de/antinomie-der-straftzwecke](http://www.jurakopf.de/antinomie-der-straftzwecke) 23.3.2012

[www.kararara.com/yargitay/10hd/k3325.htm](http://www.kararara.com/yargitay/10hd/k3325.htm) 08.01.2012

[www.kazancihukuk.com.tr](http://www.kazancihukuk.com.tr) 08.01.2012

[www.opac.bibliothek.uni-halle.de/](http://www.opac.bibliothek.uni-halle.de/) Strafzumessung 23.07.2012

[www.siyaset.milliyet.com.tr/gul-yasada-suc-ve-ceza-dengesi-yetersizdi](http://www.siyaset.milliyet.com.tr/gul-yasada-suc-ve-ceza-dengesi-yetersizdi) **6.2.2012**

[www.strafprozess.ch/](http://www.strafprozess.ch/) einmaleins-der-straftzumessung/ 23.3.2012

[www.turkcebilgi.com/sozluk/](http://www.turkcebilgi.com/sozluk/)19.05.2012

[www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27say%C4%B1.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27say%C4%B1.pdf) 28.09.2012

[www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/40.s/](http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/40.s/) 04.05.2012

[www.jurakopf.de/antinomie-der-straftzwecke/](http://www.jurakopf.de/antinomie-der-straftzwecke/) 23.3.2012

[www.mpicc.de/.../lea\\_straftzumessung.htm](http://www.mpicc.de/.../lea_straftzumessung.htm) 23.3.2012

[www.de.wikipedia.org/wiki/Straftzumessung\\_\(Deutschland\)#Grunds.C3.A4tze\\_der\\_Straftzumessung](http://www.de.wikipedia.org/wiki/Straftzumessung_(Deutschland)#Grunds.C3.A4tze_der_Straftzumessung) 23.3.2012

## ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı	Erdal YERDELEN
Doğum Yeri	Gaziantep
Doğum Tarihi	19.07.1971
Medeni Durumu	Evli

### Öğrenim Durumu

Derece	Okulun Adı	Program	Yer	Yıl
İlköğretim	Adsız		Gaziantep	1983
Ortaöğretim	19 Mayıs		Gaziantep	1986
Lise	MRU End Mes.	Makina	Gaziantep	1989
Lisans	Ankara Üni.	Hukuk	Ankara	1994
Yüksek Lisans	KMÜ	Sos. Bil. Enst.	Karaman	2010

Becerileri	
İlgi Alanları	Ceza ve Ceza Usul Hukuku, Edebiyat, Spor, Müzik
İş Deneyimi	Öğretmen (1994-1996), Hâkim Savcı Adaylığı (1998-2001), C. Savcılığı (2001-2012)
Aldığı Ödüller	
Hakkında Bilgi Alınabilecek Kişiler	Prof. Dr. Mustafa Avcı (SÜ), Prof. Dr. Ahmet Cihan (MÜ), Prof. Dr. Zeynep Arslan (NÜ), Necmeddin Saygın (Diy. Bölğ. Başsavcısı)
Tel	0532 520 97 07
E-Posta	erdalyerdelen@hotmail.com
Adres	20 Temmuz Mah. Mutafaparmaksız cad. No: 35/21 Nevşehir