

**T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

TEKERRÜR

Yüksek Lisans Tezi

Ozan Ercan Taşkın

117564

Tez Danışmanı

Prof Dr. Nevzat Toroslu

ANKARA 2002

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

117 564

TEKERRÜR

Yüksek Lisans Tezi

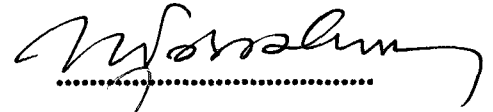
Tez Danışmanı: Prof Dr. Nevzat Toroslu

Tez Jürisi Üyeleri

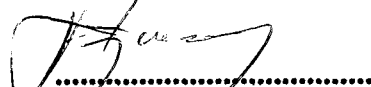
Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Nevzat Toroslu



J. Doç. Dr. Uğur ERİŞ



J. Doç. Dr. Tüken İkin SANCAR



Tez Sınavı Tarihi..... 6. Eylül 2002

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	5
GİRİŞ.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM

TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER

I.GENEL OLARAK.....	8
II.TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER.....	10
A.TEKERRÜRÜ KABUL ETMEYEN TEORİ:İLGA TEORİSİ.....	10
1.TEORİK ÇERÇEVE	10
2.ELEŞTİRİLER	14
B.TEKERRÜRÜ KABUL EDEN TEORİLER.....	17
1. KLASİK OKUL YAKLAŞIMI (CEZANIN YETERSİZLİĞİ TEORİSİ).....	18
a.Teorik Çerçeve.....	18
aa.Cezanın Objektif- Fizik Etkisinin Yetersizliği	19
bb.Cezanın Objektif-Manevi Etkisinin Yetersizliği	21
b.Eleştiriler	23
2.NEO-KLASİK OKUL YAKLAŞIMI (SUÇUN AĞIRLIĞI TEORİLERİ).....	25
b.Sosyal Endişe Teorisi	27
aa.Teorik Çerçeve	27
bb.Eleştiriler	28
b.Genel Güven Hakkı Teorisi.....	29
aa.Teorik Çerçeve	29
bb.Eleştiriler	31
c.Kusurluluğun Ağırlığı Teorisi	32
aa.Teorik Çerçeve	32
bb.Eleştiriler	33
d.Önceki Mahkûmiyet Nedeni İle Ağırlaştırma Teorisi	33
aa.Teorik Çerçeve	33
bb.Eleştiriler	34
3.SÜBJEKTİF TEORİLER	34
a.Tehlike Hali Teorisi	35
b.Cürmî Ehliyet Teorisi	37
4.TCK’NUN KABUL ETTİĞİ SİSTEM.....	38
III.TEORİLERE GENEL BİR BAKIŞ VE KANAATİMİZ	39

İKİNCİ BÖLÜM

TEKERRÜR KAVRAMI, ÇEŞİTLERİ VE KOŞULLARI

I.TEKERRÜR KAVRAMI.....	44
A.HUKUKİ NİTELİĞİ.....	44
B.MÜKERRİRLİK KAVRAMI.....	46
II.TEKERRÜRÜN ÇEŞİTLERİ.....	48
A.ÖZEL TEKERRÜR- GENEL TEKERRÜR.....	48
B.GERÇEK TEKERRÜR- VARSAYILAN TEKERRÜR.....	52
C.SÜRELİ TEKERRÜR- SÜRESİZ TEKERRÜR.....	55
D.ULUSAL TEKERRÜR- ULUSLARARASI TEKERRÜR.....	57
E.ZORUNLU TEKERRÜR- İSTEĞE BAĞLI (TAKDİRİ) TEKERRÜR.....	58
III.GENEL TEKERRÜRÜN KOŞULLARI.....	60
A.FAİLİN DAHA ÖNCE MAHKÛM OLMASI KOŞULU.....	61
1.KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR.....	63
a.Ceza Mahkûmiyetini Yeterli Görenlerin Dayanakları	63
aa.Tekerrür Sisteminde Yasanın Kabul Ettiği Süreler.....	63
bb.Yasayı Hazırlayanların Çalışmaları.....	68
cc.Tekerrürle İctima Hükümlerinin Birlikte Uygulanması.....	69
dd.Ağırlaşmış Özel Tekerrüre ilişkin hüküm.....	71
ee.Müebbet Ağır Hapse İlişkin Hüküm.....	71
ff.Cezanın Ertelenmesine İlişkin Hüküm.....	72
gg.Şartla Salıvermeye İlişkin Hüküm.....	73
hh.Cezanın Düşmesi.....	74
ii.Para Cezası.....	74
jj.İnfaza ilişkin bir tespit.....	75
b.Tekerrür uygulaması için cezanın infazını zorunlu sayanların dayanakları..	75
aa.Suçlunun İslah Olup Olmadığının Belirlenebilmesi İçin İnfaz Şarttır...	75
bb.TCK'nun 81. Maddenin bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi Gerekir..	76
cc.İctima Faslında Yer Alan TCK 77. Madde Tekerrüre Esas Olamaz.....	78
dd.Cezanın Ertelenmesi.....	79
ee..Müebbet Ağır Hapiste Tekerrür (TCK 82. madde).....	80
ff.Şartla Salıverme Cezanın Tamamen Çekildiği Anlamına Gelmez.....	81
gg.Para Cezaları ve Tekerrür	82
c.Görüşümüz.....	83
2.TEKERRÜRE ESAS OLAN MAHKÛMİYET.....	84
a.Ceza Mahkûmiyeti.....	84
b.Kesin Hüküm.....	86
c.Kaldırılmış Mahkûmiyet	86
aa.Genel Af.....	86
bb.Özel Af.....	87
cc.Şikayetten Vazgeçme.....	88
dd.Suç Olmaktan Çıkarılmış Fiil.....	88
ee.Zamanaşımı	89
gg.Yasaklanan Hakların Geri Verilmesi.....	90
hh.Cezanın Ertelenmesi.....	91
ii.Davanın Ertelenmesi	91
jj.Adli Tevbih.....	92

B. YENİ BİR SUÇUN İŞLENMESİ KOŞULU.....	93
1. YENİ BİR SUÇ KAVRAMI.....	93
2. TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN UYGULANMAYACAĞI HALLER.....	97
a. Kabahatlerle Cürümler Arasında:	98
b. Taksirli ve Kasıtlı Cürümler Arasında	99
c. Sırf Askeri Cürümlerle Genel Suçlar Arasında	100
d. Yabancı ve Ulusal Mahkemelerce Verilen Hükümler Arasında.....	102
3. TEKERRÜRÜN OLANAKLI OLMADIĞI DİĞER HALLER	104
a. Belirli Yaştaki Küçükler Hakkındaki Mahkûmiyetler	104
b. Adli Sicil Kayıtları.....	105
c. Temyizi Olanaklı Olmayan Mahkûmiyetler.....	106
C. BELİRLİ SÜRE İÇİNDE TEKRAR SUÇ İŞLENMİŞ OLMASI KOŞULU	106
1. SÜRENİN NİTELİĞİ	107
2. SÜRENİN BAŞLANGICI.....	108
3. SÜRENİN HESAPLANMASI.....	110
4. SÜRENİN UZUNLUĞU	110
IV. ÖZEL TEKERRÜR VE AYNI TÜR SUÇ KAVRAMI.....	111
A. SÜBJEKTİF ÖLÇÜYE GÖRE AYNI TÜR SUÇ	112
B. OBJEKTİF ÖLÇÜYE GÖRE AYNI TÜR SUÇ.....	113
C. TCK'NA GÖRE AYNI TÜR SUÇ	113
V. TEKRARLANAN ÖZEL TEKERRÜR VE KOŞULLARI.....	116
A. İKİ VEYA DAHA FAZLA KESİNLEŞMİŞ MAHKÛMİYET BULUNMALIDIR.....	117
B. ÖNCEKİ MAHKÛMİYETTEN HER BİRİ ÜÇ AYDAN FAZLA HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA OLMALIDIR.....	117
C. YENİ SUÇ ÖNCEKİ MAHKÛMİYETE NEDEN OLAN SUÇ TÜRÜNDEN OLMALIDIR	117
D. YENİ SUÇ SÜRESİ NE OLURSA OLSUN HÜRRİYETİ BAĞLAYICI BİR CEZAYI GEREKTİRMELİDİR	118
E. YENİ SUÇ TCK'NUN 81. MADDESİNDE BELİRTİLEN BEŞ VEYA ON YILLIK SÜRELER İÇİNDE İŞLENMELİDİR	119
VI. MÜEBBET AĞIR HAPİSTE TEKERRÜR	120

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEKERRÜRÜN SONUÇLARI, CEZANIN BELİRLENMESİNDE TEKERRÜR VE DİĞER TEHLİKE HALLERİ

I. TEKERRÜRÜN SONUÇLARI.....	121
A. MÜKERRİRE UYGULANACAK CEZA ARTIRILIR.....	121
1. CEZANIN ARTIRILMASINDA KULLANILAN SİSTEMLER	122
2. TCK SİSTEMİ	123
3. ARTIRMA ORANLARININ HESAPLANMASI.....	124
4. GENEL TEKERRÜR BAKIMINDAN CEZANIN ARTIRILMASI.....	125
5. ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDA CEZANIN ARTIRILMASI.....	126
6. ORTAK ÖLÇÜT OLAN ALTIDA BİR ORANIN UYGULANMASI	126
7. TEKERRÜR DOLAYISIYLA YAPILACAK ARTIRMANIN SINIRI.....	127
8. ÖNCEKİ MAHKÛMİYET TÜRÜNÜN BİRDEN ÇOK OLMASINDA ARTIRIM	128
9. SONRAKİ MAHKÛMİYET TÜRÜNÜN BİRDEN ÇOK OLMASINDA ARTIRIM....	129
10. CEZALARIN İÇTİMA ETTİRİLMİŞ OLMASI HALİNDE TEKERRÜR.....	130
11. CEZALARIN TÜRÜNÜN FARKLI OLMASINDA ARTIRIM.....	131

12. TEKERRÜR NEDENİYLE ARTIRILMIŞ OLAN PARA CEZASININ ÖDENMEMESİ HALİNDE HAPSE ÇEVİRİLMESİ.....	132
13. ÖNCEKİ CEZANIN HER HANGİ BİR NEDENLE BAŞKA BİR CEZAYA ÇEVİRİLMESİ HALİNDE ARTIRIM.....	133
B. TEKERRÜRÜN CEZANIN ARTIRILMASI DIŞINDAKİ SONUÇLARI.....	135
1. GENEL VE ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDA SONUÇLARI.....	135
a. Mükerrir Erteleme Kurumundan Yararlanamaz	135
b. Mükerrir Adli Tevbihten Yararlanamaz.....	135
c. Mükerrir, Cezanın Oturulan Yerde İnfazı Kurumundan Yararlanamaz	136
d. Mükerrirlerin Yasaklanan Haklarının Geri Verilmesini İstemeleri Halinde Bekleme Süresi Daha Uzundur.....	136
e. Mükerrirlerin Kefaletle Salıverilmeleri.....	137
2. SADECE ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDAN SONUÇLARI	137
a. Özel Tekerrür Bazı Suçlarda İndirici Hükümlerin Uygulanmasını Engeller	137
b. Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi.....	138
C. TEKRARLANAN ÖZEL TEKERRÜRÜN SONUÇLARI	138
1. CEZANIN OTUZ AYDAN AZ VERİLMESİ DURUMU	139
2. CEZANIN OTUZ AYDAN FAZLA VERİLMESİ DURUMU	140
D. MÜEBBET AĞIR HAPİSTE TEKERRÜRÜN SONUÇLARI	140
II. CEZANIN BELİRLENMESİNDE TEKERRÜR (TCK.29/5).....	143
III. DİĞER TEHLİKE HALLERİ	144
A. TEHLİKELİ HAL KAVRAMI	144
1. İLK SUÇLU.....	147
2. İTİYADİ SUÇLU	147
3. SUÇ İŞLEMİYİ MESLEK EDİNMIŞ SUÇLU	150
4. EĞİLİMLİ SUÇLU	151
B. TEHLİKELİ HAL UYGULAMASINDA İCK'NUN TEMEL KURALLARI.....	152
SONUÇ	153
ÖZET.....	159
ABSTRACT.....	160
KAYNAKÇA.....	161

KISALTMALAR

AC	: Adliye Ceridesi
AD	: Adalet Dergisi
AHFM	: Ankara Hukuk Fakóltesi Mecmuası
As.Ygt.GK.	: Askeri Yargıtay Genel Kurulu
B	: Baskı
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CİHK	: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev	: Çeviren
Dpn	: Dipnot
GH	: Genel Hükümler
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakóltesi Mecmuası
KİD	: Kazai İctihatlar Dergisi
S	: Sayı
s	: Sayfa
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Bir suçun işlendiğini öğrendiğimiz anda, genellikle suçla ihlal edilen ‘değer’in ne olduğu ve ortaya çıkan ‘zarar’ın miktarına göre, heyecanlanır ve endişeye kapılırız. İlk anda, suçlunun kim olduğuyla ilgilenmeksizin, suç hakkında, suçun ağırlığına göre bir değerlendirmede bulunur ve suçlunun cezalandırılmasını isteriz. Ancak suçun işlenmiş olmasından kaynaklanan ‘ilk heyecan’ın geçmesiyle birlikte, suçun kim tarafından neden ve nasıl işlendiğini, suçlunun kişisel durumunu, daha önce suç işleyip işlemediğini, işlediyse ne zaman ve ne tür suçlar işlediğini merak ederiz. Yani suça yönelik ilgimiz yavaş yavaş suçluya yönelik ilgiye dönüşmeye başlar. Sorulara aldığımız yanıtlara göre, işlenen suç ve onu işleyen suçlu üzerinden bir sınıflandırma yaparız ve bu sınıflandırma sonucunda çoğu zaman suçu ilk duyduğumuz andaki değerlendirmeden farklı bir sonuca varırız. Bu değerlendirmeyle, kendi bilincimizde, cezayı suçlu birey için ‘uygun’ ve ‘yeterli’ hale getiririz.

Kişilerin bilincinde gerçekleşen bu durum, ceza hukuku anlamında ‘cezanın bireyselleştirilmesi’ kavramına karşılık gelir. Cezanın suça değil, suçlunun kişiliğine uydurulması sorunu, yani suçluya uygulanacak cezanın miktar ve ağırlığının belirlenmesi çağdaş ceza hukukunun en önemli etkinlik alanlarından biridir.

Bir suça ilişkin temel cezanın tür ve miktarının belirlenmesinde suçun niteliği, işleniş biçimi, suç konusunun değeri, suçun işlendiği yer ve zaman, zararın ve tehlikenin ağırlığı, failin geçmiş yaşamı, kişisel durumu gibi nedenler dikkate alınır. Bu bağlamda bir kişinin farklı zamanlarda birden çok sayıda suç işlemesi tek bir suça oranla çok daha fazla önem gösterir. Farklı zamanlarda birden çok sayıda suç işleyen kimsenin ‘tek suç’ işleyenlerden ayrı değerlendirilmesi ve buna göre bir ceza öngörülmesi gerekir.

Daha önceki suç veya suçlarından dolayı mahkum olmuş kimsenin, daha sonra başka suç veya suçlar işlemesi halinde, toplum suçluya verilen cezadan umduğu sonucu elde edememiş demektir. Bu durumda cezadan beklenen en önemli

işlevlerden biri olan cezanın ‘özel önleme amacı’ gerçekleşmemiştir. Suçlu, ahlaki zayıflığını ve içinde bulunduğu tehlikeli hali tekrar suç işleyerek açığa çıkarmıştır. Tehlikeli bir durum gösterdiği düşünülen böyle bir kişiye karşı bir kez suç işleyen suçluya uygulanan cezalardan farklı ceza veya önlemlerin uygulanması gerekir. Bu farklı uygulamalardan birisi de bu çalışmaya adını konu olan tekerrür kurumudur.

Çalışmamızda, TCK’nun 81,82,84,85,86,87,88. maddelerinde düzenlenmiş tekerrür kurumu üç bölüm halinde incelenecek, kurumun tarihi seyrine ve karşılaştırmalı hukuktaki yerine ayrıca değinilmeyip, yeri geldikçe, gerektiği kadar bu konularda açıklamalar yapılacaktır. Sorunların uygulamada ele alınış biçimlerini anlamak için Yargıtay’ın içtihatlarından yararlandığımız çalışmada, eski ve yeni İtalyan Yargıtay’ı kararlarından da örnekler verilecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde, ceza siyaseti açısından varlık nedeni en çok tartışılan konulardan birisi olan tekerrür hakkındaki, teorik açıklamalara yer verilecektir. İkinci bölümde, kavramsal çerçeve oluşturulmaya çalışılacak, tekerrür uygulamasına ilişkin sistemlere, tekerrürün koşulları ve bu koşullara ilişkin tartışmalara değinilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise tekerrürün ne gibi sonuçları olduğu konusu incelenip tekerrür dışında kalan ‘tehlikeli haller’ ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER

I.GENEL OLARAK

1850’li yıllardan itibaren tekerrür kavramı üzerindeki tartışmalar yoğunlaşmaya başlamıştır.¹ Mükerrirliğe ilişkin ilk yasa Fransa’da 1855 yılında yürürlüğe girmiş ve daha sonraki yıllarda hemen bütün ceza sistemleri, mükerrirlik dolayımı ile, tekerrür hükümlerini farklı biçimlerde de olsa uygulamaya başlamışlardır.²

Tekerrürün³ ceza hukuku açısından bir tanımını yapabilmek, hangi tekerrür sisteminin kabul edildiği ile ilgilidir. Yasaların tekerrür ile ilgili kabul ettikleri koşulları göz önünde bulundurmak gerekir.⁴ Kabul edilen sisteme göre farklı

¹ MANTOVANI, Ferrando: **Diritto Penale, parte generale, terza edizione**, Padova 1992, s. 661.

² MANTOVANI: s. 661; CARACCIOLI, Ivo: **Manuale di Diritto Penale, parte generale**, Milano 1998, s. 596. Biz bu çalışmada tekerrür kavramının tarihi seyrine değinmeyeceğiz. Tekerrürün tarihi seyri için bkz. FLORIAN, Eugenio: **Trattato di diritto penale**, vol. I, seconda edizione, Milano(tarihsiz), s. 354 vd.; BARZILAI, Salvatore: **La Recidiva e il Metodo Sperimentale**, Roma 1883, s. 5 vd.; MANZINI, Vincenzo: **Trattato di Diritto Penale Italiano**, vol. III, seconda edizione, Torino 1926, s. 445; DELL’ANDRO, Renato: **La Recidiva**, Palermo,(tarihsiz) s. 18 vd.; VISMARA, Antonio: **Recidiva Nei Reati**, Floransa 1871, s. 15 vd.; ARSAL, Sadri Maksudi: **Umumi Hukuk Tarihi**, Ankara 1942, s. 446 vd.; DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c. III, İstanbul 1997, s. 125 vd.

³ Tekerrür kelimesi Arapça kökenlidir. Tekrarlama, yineleme, tekrar etme anlamlarına gelmektedir. Bkz. MORAN, Yıldız: **Eşanlamlı Sözcükler ve Karşıt Anlamları Sözlüğü**, İstanbul 1992, s. 721; HAFIZOĞULLARI; Zeki: **‘Cezanın Tayin Edilmesi’**, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 478. Tekerrür kelimesinin İtalyanca karşılığı olan ‘recidiva’, tekrar suç işlemek bir hastalığın yeniden nüksetmesi, olumsuz bir duruma yeniden düşmek anlamlarında kullanılır. Bkz. MANTOVANI: s. 660.

⁴ ÖNDER,Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. II-III, B.2, İstanbul 1992 s. 643.

şekillerde tanımlanabilen tekerrür⁵, genel olarak bir kişinin suç işleyip, kesin olarak mahkumiyete uğradıktan sonra tekrar bir veya daha fazla sayıda suç işlemesi olarak tanımlanabilir.⁶

Tarihin hemen her devrinde suçlunun cezasını artırıcı bir neden olarak kabul edilen tekerrür⁷ hakkındaki düşünce akımları, önceleri dağınık ve kişisel yorumlar şeklindeyken, zamanla belirli teoriler etrafında toplanmış ve 'tekerrür sorunu' ceza hukukunun en önemli konularından biri haline gelmiştir.⁸

Tekerrürün özünün ne olduğu konusunda yapılan tartışmalar iki ana başlık altında toplanır. Bunlardan ilki kesin olarak tekerrürü kabul etmeyen ve dolayısıyla yasalarda yer almasını istemeyen 'ilga teorisi'dir. Diğeri ise tekerrürü kabul eden genel görüştür. Ancak bu genel görüş tekerrürü kabul etmekle birlikte, kendi içinde tekerrürün özünün ne olduğu ve artırma nedeni üzerinde anlaşılamaz. Anlaşılmazlığın temel nedeni, tekerrürü açıklamaya çalışan ceza hukukçularının, kurumu farklı ceza okullarının ilkelerine göre değerlendirmeleridir.⁹

⁵ Tekerrür kurumunun esası için kabul edilen sistemler, gerçek tekerrür-varsayılan tekerrür ve genel tekerrür-özel tekerrür sistemleridir. Tekerrür uygulaması için daha önce ceza çekilmiş olmasını gerçek tekerrür zorunlu tutarken, varsayılan tekerrür sistemi bu zorunluluğu aramaz. Daha önce işlenen suçun, yeni işlenen suçlarla aynı türden olup olmamasının aranıp aranmaması ise genel-özel tekerrür sistemlerinin farkını oluşturur. Bkz. CENTEL, Nur: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2001, s. 502. Bu sistemler üzerinde yeri geldikçe ayrıntılı olarak durulacaktır.

⁶; CARACCIOLI: s. 596; BETTIOL, Giuseppe/MANTOVANI, Luciano: **Diritto penale , parte generale**, dodicesima edizione, Padova 1986 s. 735; MANZINI: 169; ANTOLISEI: **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, Quattordicesima edizione, Milano 1997 s. 654. **Istituzioni di diritto penale Italiano, parte generale**, 9. edizione, Padova 1958, s.169; CENTEL: s. 501; Türk Ceza Kanunu bakımından hangi sistemin kabul edildiğine ve dolayısıyla hangi tanım yapılması gerektiğine ilişkin tartışmalara ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

⁷ DELL'ANDRO: s. 17 vd.; MANZINI: s. 446 vd.; EREM, Faruk: **"Tekerrürün Esası"**, AD., 1949, S. 10, s. 1417.

⁸ EREM: **Tekerrürün Esası**, s.1417.

⁹ Ceza Hukukunda okullar için bkz. TOROSLU, Nevzat: **"Ceza Hukukunda Okullar"**, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 367 vd.

II.TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER

A.TEKERRÜRÜ KABUL ETMEYEN TEORİ:İLGA TEORİSİ

1.TEORİK ÇERÇEVE

İlga teorisi tekerrürü kesin olarak kabul etmemektedir.¹⁰ Bu teori taraftarları, tekerrürün haksız bir kurum olduğunu savunarak, kanunlardan çıkarılmasını istemektedirler.¹¹

İlga teorisinin tekerrür hakkındaki görüşleri genel olarak şu başlıklar altında toplanır.

a) Tekerrür dolayısıyla ceza artırılmamalı, aksine azaltılmalıdır.

Çünkü tekerrür ‘itiyad’ı doğurur. İtiyat, iradeyi ve dolayısıyla suça engel olucu unsurları zayıflatır.Yani irade serbestisini azaltır. Bu nedenle mükerririn manevi suçluluğu ilk defa suç işleyenden daha azdır.¹² Bu noktadan hareketle teorisinin ilk tartışıldığı yıllarda, tekerrürün tam bir sorumsuzluk nedeni olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmakla birlikte, bu görüşlere tekerrür tartışmalarında bir değer yüklenmemektedir.¹³

¹⁰ bkz.DELL’ANDRO: s. 18; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 148.

¹¹ İlga teorisinin başlıca savunucuları arasında Carmignani, Orano, Potro, Andreatti ve Pagano bulunur. Bu konuda bkz. OKAY, Sadık: "**Tekerrürün Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri**", AÜHFM, 1952, S. 1-2, s. 332.

¹² EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 148; DELL’ANDRO: s. 35.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. DELL’ANDRO: s. 34. Failde suça karşı bir eğilim vardır. Fail bu eğilimi nedeniyle suça direnecek ‘karşı nedenlerden’den yoksundur. DELL’ANDRO: s. 35.

Tekerrür dolayısıyla cezanın azaltılması görüşünde olanların temel hareket noktasına göre, ilk defa suç işleyen kişinin iradesi serbesttir. Suça engel olucu ‘karşı nedenler’ zayıf değildir. İradesi kuvvetli olan ve ilk defa suç işleyen kişinin kusurluluğu, itiyat dolayısıyla iradesi zayıf olan mükerrirden farklı olmalıdır.¹⁴ Kişinin tekerrür içinde olması, ceza dolayısıyla öğrenmesi gereken cezanın fonksiyonlarını unuttuğunun göstergesidir.¹⁵ Bütün bu değerlendirmeler sonucunda mükerrire daha az ceza verilmelidir.

b) Bir kimsenin cezasının önceki suçundan dolayı arttırılması sonucunda kesin hükmün¹⁶ sonuçlarından birisi olan ‘non bis in idem’¹⁷ ilkesine aykırı davranılmış olur.¹⁸

Böyle bir durumda tekerrür dolayısıyla ceza artırılmasının neticesinde önceki suça iki defa ceza verilmiş olacaktır. Halbuki fail önceki suçun cezasını çekmiş, topluma karşı olan borcunu ödemiştir. Bu anlamda devlet ile suçlu artık barışmıştır ve fail bir anlamda, hiç suç işlememiş sıradan yurttaşa çevrilmiştir.¹⁹ Ayrıca ikinci suç ile ilk suç arasında, ceza bakımından herhangi bir ilişki bulunmadığına göre, tekerrür dolayısıyla cezanın artırılmasına olanak yoktur. Diğer yandan, önceki suçtan dolayı, mevcut suçun cezasına bir miktar ilave etmek ‘cezaların kanuniliği’²⁰ ilkesine de aykırılık oluşturur.²¹

¹⁴ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1418; OKAY: s. 333.

¹⁵ DELL’ANDRO: s. 35.

¹⁶ Kesin hüküm kavramı hakkında bkz. YURTCAN, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul 1996 , s. 567 vd.; ÖZGEN, Eralp: **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara 1968, s. 4 vd.

¹⁷ Aynı fiilden ötürü bir kişi ancak bir defa kovuşturulabilir. ‘Non bis in idem’ ilkesi hakkında bkz. BETTIOL/MANTOVANI: s. 736.

¹⁸ DÖNMEZER-ERMAN: c. III, s. 137; DELL’ANDRO: s. 19.

¹⁹ DELL’ANDRO: s. 20.; Bir kimsenin aynı kötülükten ötürü tekrar cezalandırılıyor olması, elbette her hangi bir medeni yasalastırmanın temel ilkelerinden birisi olan ‘non bis in idem’ kuralına aykırılık taşır. İki suç arasında bölünemez derecede bir bağ yok ise, bir cezayı diğer suçtan ötürü ağırlaştırmak olanaklı değildir. Bkz. VISMARA: s. 17-18.

c) *Tekerrür suçun ağırlığına etki etmez.*

Suçun mükerrir tarafından işlenmiş olması, suçun ne maddi ne de manevi ağırlığını artırmıştır.²² Tekrarlanan ikinci veya daha fazla suçlar o suçlu veya başka kimseler tarafından işlenmiş olsa dahi zarar daima aynı kalacaktır. Suçun ilk suçlu ya da mükerrir tarafından işleniyor olması, ortaya çıkan zararın miktarını değiştirmez. Eğer suç için yasanın koyduğu ceza genel olarak suçu önleme açısından yeterli olsaydı, yeniden suç işlenmemesi gerekirdi. Yasal ceza, suçlunun tekrar suç işlemesine engel olmak konusunda yeterli gelmiyorsa, bunun sorumlusu tekrar suç işlemiş olan kişi değildir. Bu durumda yasa koyucu o suç için daha ağır bir ceza belirlemelidir.²³

d) *Sonraki suçun cezasının belirlenmesinde önceki suçun dikkate alınması ceza sahasından çıkıp ahlak sahasına girmek demektir.*²⁴

Bu şekilde cezalandırılan şey fiil değildir, fail yaptığı hareketten değil, yapacağı varsayılan fiilden dolayı cezalandırılır. Mükerrirlik bir fiilin

²⁰ Cezaların kanuniliği ilkesi için bkz. ANTOLİSEİ: S.62 vd.; TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku**, B.5, Ankara 2001, s.13 vd.; ARTUK, EMİN: **Ceza Hukuku El Kitabı**, İstanbul 1989, s. 103 vd.; BECCARIA: **Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi** (Çev. M. Göklü), İstanbul 1964, s. 125 vd.; ALACAKAPTAN, Uğur: **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara 1958; ANCEL, Marc: "Muassır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi", (Çev. S. Tüzel), AD., 1938, s. 1344 vd.

²¹ EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s. 620. Tekerrürün 'non bis in idem' ilkesine aykırılık oluşturduğu görüşünü savunanlara göre, ceza hukuku genel olarak, yalnızca tehlikeli hareketlere yönlendirilmiştir ve sadece suçun kefareti olma mantığı üzerine inşa edilmiştir. DELL'ANDRO: s. 21.

²² YÜCE, Turhan Tufan: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s. 96; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419; DÖNMEZER-ERMAN, c. III, s. 158.

²³ OKAY: s. 333; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 620; DELL'ANDRO: s. 23.

²⁴ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419; OKAY: s. 333.

isimlendirilmesi değil, failin sıfatıdır, kişisel sıfatlar ise cezalandırılmaz.²⁵ Ahlaken zayıf olduğu düşüncesi ile mükerririn cezasının arttırılması gerektiği iddiası da yerinde değildir. Mükerririn, ilk suçluya göre daha düşük bir ahlakın temsilcisi olduğu iddiası, hayali bir iddiadır. Örneğin sonraki suçun cezasının önceki suçun cezasından daha az olması durumunda, mükerrirliğe rağmen, nispi de olsa bir iyileşme söz konusudur. Fail eskisinden hafif bir suç işlemiştir. Ayrıca tekrar suç işleme durumunun, cezanın suçlunun ıslahı için yeterli gelmediğini göstermiş olduğu da düşünülse bile, ilk defa yeterli gelmemiş bir cezanın ikinci defa da yeterli gelmeyeceği, netice olarak arttırılması gerektiği nasıl iddia olunabilecektir.²⁶ Ayrıca ilk suç sürekli olarak gündemde tutmak, toplumsal yaşam açısından da doğru değildir.²⁷

e) *Mükerririn cezasının arttırılması haksızlıktır.*

Ceza haklı bir nedenle arttırılabilir. Bir çok sosyal nedenin bir araya gelmesinden dolayı oluşan tekerrürden dolayı cezayı arttırmak ise haksızlıktır. Israrla tekrarlama, suçlunun ıslah edilmesi noktasında bir takım engeller olduğunun göstergesi olabilir.²⁸

Tekerrür; cezaevi²⁹ örgütünün kötülüğü, adli örgütün iyi işlememesi, ekonomik ve sosyal nedenler ve hatta cezaevi mevzuatının yetersizliğinden

²⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 620.; Redçi doktrin suçu her zaman failin kişiliğinin üstünde kabul eder. Hiçbir insan hareketi yoktur ki, dolayısıyla hiçbir suç yoktur ki ve hatta hiçbir soyutlama yoktur ki biri diğerinin aynı olsun. Her bir insan hareketinin bir diğeri ile karşılaştırılamayacak maneviyatı vardır. DELL'ANDRO: s. 22.

²⁶ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 620.

²⁷ DELL'ANDRO: s. 29.

²⁸ STEFANO, Riccio: **Recidiva, Novissimo Digesto Italiano**, secondo edizione, Torino 1958, c. XIV, s. 1053.

²⁹ Cezaevinin modern devletle beraber aldığı biçim ve yerine getirdiği işlev için bkz. FOUCAULT, Michel: **Hapishanenin Doğuşu**, 2. Baskı, Ankara 2000.

kaynaklanıyor olabilir.³⁰ Mükerrire ceza vermekle toplum, kendi kusurunu cezalandırmış ve kendi kusurunun cezasını faile çektirmiş olur.³¹

2.ELEŞTİRİLER

İlga teorisi çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir:

a) İlga teorisi taraftarları tekerrürün itiyat oluşturduğunu, itiyadın ise iradeyi zayıflattığını, bu nedenle mükerririn manevi suçluluğunun ilk defa suç işleyene göre daha az olduğunu ileri sürmüşlerdir.³² İtiyat dolayısıyla irade zayıflamışsa, cezada indirim yapılmalıdır. Ancak failin öyküsünü dışarıda tutarak ikinci suçun ne olduğunu tam anlamıyla anlamak da olanaklı değildir. Failin her hareketi aslında, belli oransal değerlerde olsa da, önceki hareketinin bir sonucudur. Belki ilk suç vahşice ve hayvancadır. Herhangi bir olumlu değerden yoksundur. O halde onu daha fazla gündemde tutmamak, yaşatmamak gerekebilir. Ancak manevi dünyada ilk hareket her zaman yaşar, hukuk onu silemez. İkinci suçu iyi anlayabilmek için, ilk suç dikkate alınmalıdır.³³

Mükerririn daha az ceza görmesinin ileri sürülmesi halinde ortaya çıkacak sonuç haksız olacaktır. Bu iddia ileri götürülürse, en şiddetli cezanın ilk suçluya, en hafif cezanın da mükerrir suçluya verilmesi gerekecektir.³⁴

b) Tekerrürün içerdiği yargısal değer sadece ve direkt olarak daha önce işlenmiş suçun üzerine kurulmamıştır. Tekerrür kurumu, kişinin suç işleme kapasitesini önceki mahkumiyet dolayımı ile belirlemeye yardımcı olur. Başka bir

³⁰ OKAY: s. 333; DÖNMEZER/ERMAN c. III, s. 137; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419.; Tekerrür konusunda tutulan istatistikler, tretman programlarının yeterli şekilde uygulanmadığı kurumlar ile bu programların yeterli şekilde uygulandığı kurumlarda, tekerrürle ilgili sonuçların esas itibarıyla aynı olduğunu ortaya koymaktadır. Bkz. TOROSLU: **Ceza Hukukunda Okullar**, s. 376.

³¹ OKAY: s. 333; DÖNMEZER/ERMAN c. III, s. 137; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1419.

³² DELL'ANDRO: s. 35; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1418.

³³ DELL'ANDRO: s. 29.

söyleyişle, önceki mahkumiyetin varlığı, kişi hakkında daha bir derinlemesine ve bütüncül bir sınıflandırma yapılmasını yeni bir yargılama sırasında sağlar.³⁵ İkinci suçun işlenmesinde, ilk suçun bir etkisi olur. İlk suç, ikinci suça özel bir fizyonomi, yapı katar.³⁶ Tekerrür 'non bis in idem' kuralına aykırılık oluşturmaz.

Manzini'ye göre, tekerrürün 'non bis in idem' ilkesini ihlal ettiği fikri yanlıştır. Ona göre, tekerrüre neden olan cezanın tamamıyla ortadan kalktığına dair yasada her hangi bir ifade yoktur. Bu, ancak soyut bir akıl yürütme ile olanaklı olabilir.³⁷

Redçî teoriye göre; suçun işlenmesine neden olan sübjektif değerler, suçun değerlendirilmesi açısından doğru hareket noktaları değildir. Onlara göre dikkate alınması gereken tek gerçek ölçüt, suçun objektif unsurlarıdır. Ancak kişiye bir anlamda yapışmış olan hareketi, kişiden bağımsızlaştırmak, düşünsel anlamda dahi olanaksızdır. Aksi halde 'suçun iradiliği' teorisini açıklamak zorlaşır.³⁸

Tekerrürün ağırlatıcı neden olarak ele alınması 'non bis in idem' kuralına aykırılık oluşturmaz. Çünkü mükerrre ilk suçundan fazla ceza verilmesi, onun önceki suçunun tekrar dikkate alınmasından değildir. Cezanın arttırılmasının nedeni, halen devam eden mükerrirlik durumudur. Cezanın kişiliğe uydurulması süreci, kişilik değiştikçe cezanın da değişmesini gerektirir.³⁹

³⁴ EREM, Faruk: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, GH., Ankara 1993, s. 676.

³⁵ RICCIO: s. 1052.

³⁶ RICCIO: s.1053

³⁷aktaran DELL'ANDRO: s. 29; VISMARA: s. 18.

³⁸ DELL'ANDRO: s. 27-28.

³⁹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 621; FLORIAN: s. 360.; Cezanın bireyselleştirilmesi süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VELDET, Hıfzı: **"Ceza Sosyolojisi, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri"**, İÜHF, 1940, S. VI, s. 23-35.; BELLONI, Julia Andrea: **"Cezanın Şahsileştirilmesi"** (Çev. Halit Natık), İzmir BD., 1935, S. 1, s. 40-44. Ceza; tekerrürde ölç alma ilkesinden dolayı arttırılmamaktadır. Amaç suçlunun canını daha fazla yakmak değildir. Amaç, kastın derecesinin değerlendirilebilme çabasıdır. Ama dikkat

Yargıç yeni suçun cezasını tekerrür nedeniyle ağırlaştırırken sorunu, birinci mahkûmiyet için verilen cezanın yerinde olup olmadığı noktasıyla birlikte incelemeyi. Kesin hükmün en önemli sonucu olan bir suçtan dolayı ancak bir defa ceza verileceği ilkesi ihlal edilmemektedir. Yargıç, failin daha önce mahkum olup olmamasını, ikinci suçunda belirlenen hukuka karşı gelme iradesinin kapsamını ve derecesini, failin ahlaki ve manevi kişiliğini belirleme bakımından ele almaktadır.⁴⁰

c) Tekerrürde cezalandırmanın nedeninin işlenmiş suç olmaktan çıktığı, işlenmesinden korkulan suçlar olduğu eleştirisi yerinde değildir. Şayet cezanın amacı sadece 'kefaret' esaslı olsaydı, redçi doktrin yadsınamazdı. Kefaretle amaçlanan, sadece soyut kavramlar olarak ele alınan suç ve ceza değildir. Halbuki redçi doktrin kefaretin suç ve ceza arasında soyut bir oranlama olduğunu düşünür. Gerçek kefaret, bir insan hareketiyle, aynı değerdeki ceza arasında eşitlik kurulması halinde var olabilir. İnsan hareketini bütün somut koşulları ile değerlendirmek gerekir. Sadece fiil ya da fail üzerinden ceza hukuku bilimi oluşturulamaz. Tekerrür insan hareketini değerlendirmede dikkate alınması gereken somut bir koşuldur. Kefareten sadece redçi doktrinin anladığı sonuçlar çıkmaz. Cezanın tekerrür nedeniyle artırılması, kefaret kavramına aykırı olmayıp aksine uygundur.⁴¹

d) Suçun tekrarda sosyal çevre ve sosyal örgütlenmenin ve infaz sisteminin büyük rolü olabilir.⁴² Ancak açıktır ki, sosyal çevrenin kusuru, hukuk kuralını ihlal eden kimse bakımından kusur olamaz.⁴³

edilmesi ve standartlaştırılması gereken nokta bireyselleştirmenin sonunun olmadığıdır. Belki de çocukluğa kadar inilmesi gerekir. Bkz. VISMARA: s. 19.

⁴⁰ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 138.

⁴¹ DELL'ANDRO: s. 23-24.

⁴² Mükerrirliğe neden olan koşullar hakkında bkz. KUNTER, Nurullah: "Türkiye'de mükerrirliğin amilleri" Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 145-160.; Sosyal çevrenin mükerrir için bir özür olamayacağı açık olmakla birlikte, yapılan araştırmaların sonucunda, önceki suçluluk sayısı yaş, cinsiyet, yaşanmakta olan kentin büyüklüğü, suçun mala karşı işlenmiş olması gibi etmenlerle mükerrirlik arasında bir ilişki olduğu; mükerrirlik olgusunun sosyal savunu yönünden ciddi bir nitelik içerdiği belirtilebilir.

e) Tekerrürden dolayı cezanın artırılması ile hukuk alanından çıkılıp ahlak alanına girilmiş olunmaz. Artırmada, suçlularla onların hakları arasında eşitlik sağlamak gerekir. Onların terbiyeleri ve meydana çıkması güç olan nedenler yüzünden hukukça korunmaları topluma düşmez.⁴⁴ Hukukun sürekli olarak aynı kişi tarafından ihlali, genel güveni sarsar ve failin işlediği yeni suçun sonuncusu da olmayacağı yönünde bir endişenin yerleşmesine yol açar. Bu durumda, failin suç işlemekteki direnişi sonraki suçun objektif olarak daha ağır sayılmasını gerektirir. Zira faile yapılacak en uygun hukuki işlemin cezanın arttırılması suretiyle gerçekleşebileceği anlaşılmıştır.⁴⁵ Böylece fail tarafından işlenen suçun son olmayacağı yönünde, toplumda oluşması muhtemel düşüncenin önüne geçmek söz konusu olabilecektir.

B.TEKERRÜRÜ KABUL EDEN TEORİLER

İlga teorisinin karşısında tekerrürü, suçun cezasını arttırıcı bir neden olarak kabul eden çeşitli görüşler vardır.⁴⁶ Bu görüşlerin taraftarı olan ceza hukukçuları, tekerrürden dolayı cezanın artırılmasında hemfikirdirler. Fakat tekerrürün niteliği ve sonuca varma yolları bakımından birbirlerinden ayrılırlar. Bu teori taraftarları kendi aralarında karşıt sayılabilecek görüşlere sahiptir.⁴⁷

ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCEL, Mustafa T.: "**Mükerrirliğin Görünümü**" (Bilimsel Bir Yaklaşım Doğru), YD, 1976, S. 1-4, s. 56-66 .

⁴³ OKAY: s. 334; DÖNMEZER/ERMAN: c.III, s. 139. Kişiyi suça iten etmenler konusunda ceza hukuku okullarının görüşleri için bkz. SOKULLU AKINCI, Füsun: **Kriminoloji**, B.2, İstanbul 1999, s.110-143.

⁴⁴ OKAY: s. 335.

⁴⁵ OKAY: s. 335; DÖNMEZER/ERMAN: c.III, s. 138.

⁴⁶ VISMARA: s. 11; DELL'ANDRO: s. 35.

⁴⁷ OKAY: s. 336.

Bu görüş taraftarlarını uzlaştıkları temel hareket noktası, tekerrürün temel mantığı, cezanın verilebilir olması ile aynıdır. Yurttaş istediğini yapabilme hakkı tanıyan kendini savunamaz ve kamu güvenliği ortadan kalkar. Tekerrür ile elde edilmek istenen ‘ilkel’ anlamda öç alma isteği değil, kamu güvenliğinin sağlanma çabasıdır.⁴⁸

Suçta belirleyici olan, başka bir deyişle ‘kriminolojik zorlanmışlık’, *Romagnosi*’nin adlandırdığı üzere en tehlikeli olan, sonuçtur. Tekerrür dolayımı ile daha tehlikeli hale gelen, kötü bir yaşam sürmekte alışkanlık ve bunun toplumsal yansımalarıdır. En azından kötü huylular açısından yasaların yetersiz olduğu düşüncesinin yaygınlaşması, sadece cezaların değil, adli sistem açısından bütünlüklü bir eksikliğin olduğu sonucunu doğurabilir.⁴⁹

Tekerrürü kabul eden teoriler üç başlık altında toplanabilir. Bu başlıklar; klasik okul yaklaşımı(Cezanın Yetersizliği Teorisi),neo-klasik okul yaklaşımı, (İsnadiyetin Ağırlığı Teorisi) ve Sübjektif Teoriler şeklinde sıralanabilirler.

1. KLASİK OKUL YAKLAŞIMI (CEZANIN YETERSİZLİĞİ TEORİSİ)

a. Teorik Çerçeve

Cezanın yetersizliği teorisinin kurucusu *Carrara*’dır. Bu teoriye *Carrara* teorisi demek olanaklıdır.⁵⁰ *Carrara*, tekerrürden dolayı cezanın artırılmasına

⁴⁸ VISMARA: s. 7.

⁴⁹ VISMARA: s. 12.

⁵⁰ Bkz. EREM: TCK Şerhi, s. 679. Bu teori bazı ceza hukukçularınca klasik teori olarak adlandırılır. Bkz. OKAY: s. 336.

tarafındadır.⁵¹ Yazara göre failin tekrar suç işlemesi ona ilk suç için uygulanan cezanın yetersiz geldiğinin bir göstergesidir.⁵²

Carrara, tekerrür halinde olan kimseyi ahlaksal-sosyal bir temel üzerinde değerlendirir. Her kim bir cezadan dolayı mahkum olup, cezasını çektikten sonra bir daha suç işlerse, size kendi ıslah olmazlığı, suça eğilimi hakkında bilgi vermiş olur.⁵³

Cezanın yetersizliği teorisi, tekerrürü, dolayısıyla cezanın artırılmasını iki ana nedene dayanarak savunur: Cezanın objektif-fizik etkisinin yetersizliği ve cezanın objektif-manevi etkisinin yetersizliği.

aa.Cezanın Objektif- Fizik Etkisinin Yetersizliği

Yasa koyucu belirli bir suça, belirli bir ceza belirlerken o suça, o cezanın yeterli geleceği varsayımı ile hareket eder. Bu, cezaların önleneyeği yönünde genel bir inançtır ve yasanın yazılı cezaların suçları önleyeceği ya da suçluyu ıslah edeceği umulmaktadır.⁵⁴ Bazı kimseler ‘ceza’ tehdidine rağmen suç işlerse bu hal onların ‘ceza’yı tatmadıklarındandır. Bu kişilerin cezanın acısını çektikten sonra yeniden suç işlemeyecekleri umut edilir.⁵⁵ Yani sorun, caydırıcı olabileceği düşünülen bazı cezaların bazı insanlar için yeterli olmadığıdır. Kişi üzerinde ceza bir kere denenmiş ve ceza tehdidinin yeterli gelmediği görülmüştür. Mevcut tehlike aynı kişiden kaynaklanmıştır. Yasanın amacı, güvenliği sağlamaktır; yasa bazen ‘kriminolojik unsur’ları tam olarak öngöremeyebilir.⁵⁶

⁵¹ Bkz. EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1421; OKAY: s. 336; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 142.

⁵² BETTIOL/MANTOVANI: s. 737.

⁵³ Aslında tekerrürü reddeden teori de bu temel üzerine kurulmuştur. Kişinin tekrar suç işlemesi onun suça olan eğiliminin göstergesidir. Bkz. RICCIO: s. 1053.

⁵⁴ OKAY: s. 336; EREM: s. 1421; FLORIAN: s. 363.

⁵⁵ EREM: **TCK Şerhi**, s. 681; FLORIAN: s. 363.

Cezanın yetersizliğinden dolayı mükerrire aynı cezayı vermek faydasızdır.⁵⁷ Cezanın suçlunun ıslahına yetmediği anlaşıldığı anda artırılması gerekir. Fakat o suçun yasadaki cezasını genel olarak ‘herkes’ için artırmak söz konusu değildir. Çünkü genellikle yeterli olan ceza, mükerrirde var olan mevcut hissizlik hali yüzünden yetersiz hale gelir. Mükerrirlik dolayımı ile oluşan istisnalar, sistemi eleştirmeye yetmez. Zira, tekerrür cezada ‘genel’ bir kusurun bulunduğunu değil, ‘o’ suçlu ile ceza arasında ‘özel’ bir yetersizliğin varlığını gösterir. Pek çok kimsenin suç işlemesini engelleyen bu ceza ‘o’ suçlu tarafından yeteri derecede hissedilmemiştir ve onun suç işlemesine engel olamamıştır.⁵⁸

Cezanın yetersizliğinin tek göstergesi sadece tekerrür değildir. Aynı tür bir cezanın fiziksel ve manevi yansımaları, uygulandığı kişilere göre çok farklı olabilir. Elbette güçlü ve direngen bir insan için oluşan cezanın etkisi ile genç ve kırılgan birisine uygulanan cezanın etkisi aynı değildir. Tartışılmayacak olan, ceza tehdidinin değişik ‘ruh’lara değişik etkiler yapmasıdır. Ancak açıktır ki, psikolojik bir tehdidin her hangi bir insan için farklı biçimlerde uygulanması imkansızdır.⁵⁹ Bu dengesizlik belki tekerrür dolayımı ile ceza arttırılması noktasında bir nebze de olsa azaltılmaktadır.⁶⁰

⁵⁶ VISMARA: s. 22.; Ceza adaleti geleceğe yönelik düzenlemeler yapar yoksa geçmişe bir çare bulunmaz. Bkz. VISMARA: s. 23.

⁵⁷ Cezanın yetersizliği konusunu açıklamak için kullanılan örneklerden birisi şudur. Aynı miktar ilaç bütün hastalar için yeterli olmayabilir. Bu yüzden hastalığın türüne, süresine bakılarak hastalara farklı miktarlarda ilaç verilir. Bkz. VISMARA: s. 54.

⁵⁸ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 622; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1421.

⁵⁹ VISMARA: s. 54.

⁶⁰ G. Albo’nun söyleyişi ile cezaları eşit bir şekilde dağıtmamız olanaklı değildir. Zira bu cezalar insan ürünüdür. Aynı neden bir çok insan için ödül olabilecekken, bazıları için ceza olabilir. –Aktaran VISMARA: s. 55.

bb.Cezanın Objektif-Manevi Etkisinin Yetersizliği

Yasa koyucu her suç için koyduğu cezanın, suçlunun ıslahını karşıladığı şeklinde bir karineden faydalanır.⁶¹ Böylece yurttaş, ceza tehdidinin suçları önlediği inancı ile sükûn içinde yaşar. Fakat ilk suç işlenince toplumda bir kaygı doğar. Bireydeki güvenlik duygusu azalır. Suçlu cezalandırılınca bu kaygı dağılır ve güvenlik duygusu geri gelir. Çünkü yurttaşlar sadece bir tehditten ibaret olan yasada yazılı cezanın, fiilen suçluya uygulanmasının ve cezanın ağırlığını onun üzerinde hissettirmesinin yeni suç işlemeye engel olacağını umarlar. Fakat suçlu yeniden suç işlerse bu endişe yeniden doğar.⁶² Tekerrürden dolayı cezanın artırılması yoluna gidilmezse, ‘düşkün’ yaşamı olanların suç işlemesinin önüne geçilemeyecek ve toplumu oluşturan yasalara saygılı çoğunluk giderek çoğalan bir güvensizlik duygusuna kapılabilecektir.⁶³

Daha önce cezalandırılmış olan kimse yeniden suç işledikçe, birinci ceza ile sakinleşmiş olan bireyler yeniden korkuya kapılırlar. Birinci cezanın faili engellemeye yeterli gelmediği tecrübe ile sabit olur. Basit cezanın manevi etkisi yetersiz kalmıştır. Bu halde, bireylerin içinde bulundukları ‘korku’ ve ‘dehşet’ halinden kurtulabilmeleri için cezanın artırılması gerekir.⁶⁴ Cezanın yurttaşı sakinleştirici etkisinde oluşan yetersizliğin giderilmesinin yolu cezanın artırılmasıdır.⁶⁵

⁶¹ Cezanın amacı hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara 1996, s. 181 vd.; BECCARIA: s. 117.

⁶² EREM: **TCK şerhi**, s. 680-681; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1421.

⁶³ VISMARA: s. 24.

⁶⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c.III s. 142; EREM/DANIşMAN/ARTUK: s. 623.

⁶⁵ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1423.

Tekerrür uygulaması dolayımı ile ceza artırmanın nedeni sadece mükerriri ıslah ederek, suçun tekrar işlenmesini önüne geçmek değildir.⁶⁶ Yani cezanın artırılma nedeninin, suçlunun ıslah edilmesi olduğu kabul edilmemektedir. Cezanın amacı suçla bozulmuş olan güvenlik düşüncesinin ve manevi dengenin yeniden kurulmasıdır. Başka bir söyleyişle, cezanın sübjektif-manevi etkisinin, objektif-manevi etkisiyle karıştırılmaması gerekir.⁶⁷

Suçun işlenmesi ile endişeye düşmüş iyi kimselerin sakinleştirilmeleri kadar, suçun işlenmiş olmasından cesaret alan kötü kimselerin de tekrar cezadan korkmalarının sağlanması gerekir. Fakat hakkındaki cezanın yetersizliğini tekrar suç işleyerek gösterene aynı ceza verilmekle yetinilirse, bu amaç elde edilmiş olmaz. Cezanın tekerrürden dolayı artırılması bir karineye değil, olguya dayanır. Bu olgu ise mükerririn önceki cezaya karşı hissizliğidir.⁶⁸

Mükerririn içinde bulunduğu mevcut hissizlik görüşünden hareketle, ilk suçluların dahi cezalarının artırılması gerekeceği düşüncesi ileri sürülemez. Çünkü bir 'tehdit'ten ve başkalarının ceza görmüş olmasından doğan korku ile bizzat çekilmiş cezanın acısı aynı şey değildir. Bir tehdidi küçümsemekle, çekilmiş olan bir cezayı küçümsemek aynı şey değildir.⁶⁹ Carrara'nın temel hareket noktası suç değil, cezanın bizzat kendisidir.⁷⁰ Suçların ağırlığının gerçek ölçüsü, onların topluma verdiği zararların çokluğu oranında büyüktür.⁷¹

Grispigni, tekerrürü açıklama çabası içerisinde cezanın yetersizliği teorisini kabul eder. Gerek ceza hukuku gerekse onunla ilgili alanlarda işlenen yasak fiiller

⁶⁶ VISMARA: s. 25.

⁶⁷ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 623.

⁶⁸ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1421; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 623; OKAY: s. 337.

⁶⁹ OKAY: s. 337; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1422.

⁷⁰ DELL'ANDRO: s. 38; GAROFALO, Baron Rafaele: (Çev. Muhittin GÖKLÜ) *Criminologia 'Suç, Suçlu ve Ceza'*, İstanbul 1957, s. 312

mevzuatın yetersizliğinden ileri gelmektedir. Eğer mevzuat, belirli bir toplumun bütün kamusal ve özel alanlarına uygunsa, suçların ortaya çıkmaması gerekir. Bu bağlamda sadece suçların tekrarlanması değil, suçların ilk kez ortaya çıkması da, cezanın faile karşı etki edemeyecek şekilde işlendiğini gösterir.⁷² Daha önce yargıç tarafından uygulanan ‘cezai müeyyide’ veya infaz sürecinde yaşanan bir takım eksiklikler, mükerrirlerin sosyal yaşama yeteri kadar ıslah edilmeden geri yollandıklarını gösterir.⁷³ Suçun tekrarında güvenliği sağlayan organların yetersizliği ve iyi organize olmamaları da söz konusudur. Diğer taraftan mükerrirlik durumu için sosyal ve kişisel nedenler de söz konusu olabilir. Aile içi ya da kamusal eğitimin yetersizliği, gelir dağılımındaki oransızlıklar, işsizlik gibi nedenler de tekrar suç işlenmesinde etkili olabilmektedirler.⁷⁴ Cezanın yetersizliği teorisine göre, tekerrür cezayı ağırlaştıran bir neden değildir, suçluların kişisel niteliklerini⁷⁵ yasa karşısında aynı düzeye getiren bir nedendir.⁷⁶

b.Eleştiriler

Değişik teorileri savunanların, özellikle neo-klasik okul taraftarlarının cezanın yetersizliği teorisine karşı yönelttikleri eleştiriler şunlardır:

⁷¹ BECCARIA: s. 228.

⁷² OKAY: s. 338-339.

⁷³ İnfaz sürecinin infaza etkisi anlamında eleştirel bir bakış için bkz. FOUCAULT: s. 432.

⁷⁴ OKAY: s. 339. Tekerrürün nedenleri arasında, sosyal ve ekonomik dengesizlik, adalet ve infaz sistemlerinde var olan eksiklikleri gören *Grispigni*’nin yanı sıra mevcut infaz sisteminin yetersizliğini ileri sürerek bu mükerrir suçlular için en uygun cezanın uzun süreli hapis cezaları ya da sürgün cezasının olduğunu savunan görüşler de olmuştur. Nitekim tekerrür dolayımı ile ilk kez ceza artırılması yoluna giden eski Fransa Ceza Kanunu’na göre, sekiz seneden fazla kürek cezasına çarptırılanlar, bu cezanın infazından sonra bütün ömürleri boyunca Büyük Okyanus’ta bir adada sürgün edilirdi. Bkz. GAROFALO: s. 313.

⁷⁵ Suçluların kişisel nitelikleri ve onların ıslah olma araçları anlamında bkz. GAROFALO: s. 312.

⁷⁶ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 142.

Tekerrür kurumu, tanımı olanaklı olmayan soyut bir ilkeye, yani suçluda cezaya karşı hissizliğin olduğu iddiasına dayandırılmaz.⁷⁷ Nitekim böyle bir iddianın doğruluğunu kanıtlamak da olanaklı değildir.

Tekerrürün mükerrir suçluda, diğer suçlulara oranla, yasa koyucu tarafından belirlenen cezaya karşı ilgisizliğini gösterdiği iddiası kabul edilemez. Tekerrürün nedenleri hakkında yapılan çalışmalar cezanın yetersizliği kanısını desteklememiştir. Yapılan çalışmalar tekerrürün nedenlerinin, adli, ve yönetsel olmaktan çok sosyal nedenler olduğunu göstermiştir. Sonuç olarak cezaya karşı çok duyarlı olan kimse dahi tekerrüre neden olacak olaylara karşı duracak halde değilse suç işleyebilir.⁷⁸

Yasa koyucu açısından suçlunun ıslahı bir beklentidir.⁷⁹ Ancak bu beklenti her zaman gerçekleşmeyebilir. Cezanın yetersizliği teorisinin hareket noktası; suçlunun ıslahı için yeterli ceza verilirse, tekrar suç işlemeyeceği varsayımına dayandığına göre, ikinci cezada yapılacak artırma oranının önceden belirtilmesine ve bir sınır çizilmesine gerek yoktur. Nitekim bütün mükerrirler hakkında yeterli gelebilecek bir ceza artırma oranının ne olacağını önceden belirlemek olanaksız olacaktır.⁸⁰

Cezanın yetersizliği teorisinde yöntemsel bir sıkıntı vardır. İkinci suç olduğu gibi kalmasına rağmen ceza artırılmakta, suçla ceza arasındaki denge bozulmaktadır. Araştırılması gereken suçu etkileyen bütün nedenlerin ve yoğunluğun neler olduğunu belirlenmesidir.⁸¹ Eğer cezanın ıslaha yeterli gelmediği görüşü kabul edilecek olursa, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki suçun cezasının tamamının ya da önemli bir kısmının çekilmiş olması koşulunun aranması gerekir.

⁷⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 142; OKAY s. 337; EREM: **Tekerrürün Esası**: s. 1424.

⁷⁸ OKAY: s. 337; EREM: **Tekerrürün Esası** s. 1424.

⁷⁹ OKAY: s. 338.

⁸⁰ DÖNMEZER/ERMAN: c. III. s. 141-143; OKAY: s. 338; EREM: **Tekerrürün Esası**; s. 1425.

⁸¹ DELL' ANDRO: s. 37; DÖNMEZER/ ERMAN: c.III, s. 143.

Böyle bir durum ise cezanın infazına gelen ve bundan kaçan suçlu arasında, kaçan suçlu lehine bir fark yaratır.⁸² Hükümlünün ıslah olması için konduğu cezaevinde yeniden suç işlemesi halinde, onlar için sadece içtima hükümlerinin uygulanmasına yol açar.⁸³

2.NEO-KLASİK OKUL YAKLAŞIMI (SUÇUN AĞIRLIĞI TEORİLERİ)

Bu teorileri sistematik olarak ilk savunan *Impallomeni*'dir.⁸⁴ Teorileri geliştiren ise *Manzini*'dir. *Manzini*'ye göre, tekerrürün temel varsayımı mükerririn cezasının içinde bulunduğu tehlikeli durumdan ötürü, ilk suçla yeni suçlar arasında direkt bir bağlantı olmasa dahi artırılmasıdır.⁸⁵ *Manzini* ve *Impallomeni*'nin dışında da bu teorilerin savunucuları vardır.⁸⁶ Bu teori savunucuları sonuçta birleşmiş olmalarına rağmen, bazı konularda birbirlerinden ayrılmışlardır.⁸⁷

Bu ad⁸⁸ altında toplanan teorilerin hepsinin ortak noktası, mükerrir tarafından işlenen suç, ilk defa suç işleyen kimsenin fiiline oranla daha ağır saymalarıdır. Böylece mükerririn suçu daha ağır sayılınca mükerrire verilecek cezanın artırılması da normal ve zorunlu hale gelecektir. Cezanın değişik nedenlerle arttırılması ceza teorilerine özgü ilkelerle değil, tersine suç teorisini ilgilendiren ilkelerle açıklanmaktadır.⁸⁹

⁸² ANTOLISEI : s.655.

⁸³ OKAY: s. 339.

⁸⁴ Bkz. FLORIAN: s. 364.

⁸⁵ MANZINI: **parte generale**, s. 168.

⁸⁶ Suçun ağırlığı teorilerinin diğer önemli savunucuları arasında, Faranda, Mossa, Conti, Andreotti gösterilebilir. Bkz. FLORIAN: s. 365.

⁸⁷ OKAY: s. 340.; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1422; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 623; DÖNMEZER/ERMAN: c. III. s. 145.

⁸⁸ Suçun Ağırlığı Teorisi; Neo-Klasik Teori genel başlığında bkz. OKAY: s. 339. İsnadiyetin Ağırlığı Teorisi olarak da adlandırılmıştır. Bkz. EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1422.

Suçun ağırlığı teorilerini açıklayabilmek için isnat yeteneğinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Zanardelli Yasası'nda tanımlanmayan isnat yeteneği (imputabilita), YİCK'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında: '*anlama ve isteme yeteneğine(kapasitesine) sahip olmaktır*' şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin ilk fıkrası ise isnat yeteneğinden yoksun olan kimsenin cezalandırılmayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda anlama yeteneğinden temel olarak anlaşılması gereken, bir kişinin yaptığı hareketin ne gibi bir sosyal değerinin olduğunu bilmesi ve bu hareketin ortak kamusal yaşama olumsuz bir etki yapabileceğini öngörebilmesidir. İsteme yeteneği ise, kişinin hareketlerini, var olan öngörüsüne göre bağımsız bir şekilde belirleyebilmesi ve seçebilmesidir.⁹⁰ Isnat yeteneğinin olabilmesi için faildeki bu iki yeteneğin de aynı anda olması gerekir. Eğer bunlardan biri eksik ise failde isnat yeteneği yoktur. İtalyan Ceza Kanunu'na göre isnat yeteneği iki çeşit insanda bulunmaz. Bunlar küçükler (ya tamamen ya da kısmen isnat yeteneğinden yoksundurlar) ve akıl hastaları (isnat yetenekleri ya hiç yoktur ya da azalmıştır)dır.⁹¹

Suçun ağırlığı teorisi, kendi içinde "sosyal endişe teorisi", "genel güven teorisi", "kusurluluğun ağırlığı teorisi" ve "önceki mahkumiyet nedeniyle ağırlaştırma teorisi" şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.

⁸⁹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III. s. 143. DELL'ANDRO: s. 37.

⁹⁰ ANTOLISEI: s.606.

⁹¹ ANTOLISEI: s.606.; Isnat yeteneği konusunda değişik teoriler ve Antolisei'in görüşü için bkz. ANTOLISEI: s.607-613.

b.Sosyal Endişe Teorisi

aa.Teorik Çerçeve

Sosyal endişe⁹² teorisine göre; suçun iki tür ağırlığı vardır. “Suçun tabii ağırlığı” ve “suçun toplumsal ağırlığı”. İsnadiyet suçun hem tabii hem de toplumsal ağırlığı ile dengeli olmalıdır. Suçlunun bazı sıfatları, özellikle mükerrirlik sıfatı suçun toplumsal ağırlığını artırır. Böylece tekerrür isnadiyeti ağırlaştırıcı bir neden haline gelir. Mahkûm olduktan sonra yeniden suç işleyen kişi bu davranışı ile yasayı ve yargıcı küçümsediğini göstermiştir. Bu nedenle suçun tekrarı ile ortaya çıkan toplumsal zarar, ilk suç ile oluşan zarardan daha ağırdır.⁹³

Ceza hukukçuları her zaman sosyal endişe kavramından aynı şeyi anlamamışlardır. Temel olarak bu kavrama dayanılarak birbirinden farklı sonuçlar⁹⁴ çıkarılmıştır. *Carrara*, cezanın yetersizliği teorisini, ‘cezanın objektif-fizik etkisinin yetersizliği’ ve ‘cezanın objektif-manevi etkisinin yetersizliği’ esasları üzerine kurmuştur. Cezanın objektif-manevi etkisinin yetersizliği teorisi sosyal endişe teorisine dayanır. *Carrara*’nın hareket noktası şuydu: Suçun işlenmiş olmasıyla endişeye düşmüş iyi kimselerin sakinleştirilmeleri, suçun işlenmesinden cesaret alan kimselerin tekrar cezadan korkmalarının sağlanması gerekir. Bu şekilde, toplum içinde suçtan kaynaklanan bir düşüncenin, bir telaşın varlığını kabul etmiş oluyor ve bunu teorisine bir dayanak olarak kabul ediyordu.⁹⁵

Carrara’ya göre, suç nadiren mükerrirlik sıfatı herkesçe bilinen bir suçlu tarafından işlenmiş olabilir. Sosyal endişe suç işleme anında ortaya çıkmış olabilir.

⁹² Sosyal endişe teorisi hakkında ceza hukukçuları birbirleriyle zaman zaman zıtlaşan, farklılaşan açıklamalarda bulunmuşlardır. Sosyal endişe kavramının tekerrür açısından içerdiği anlam için bkz. RICCIO: s. 1052; BETTIOL/MANTOVANİ: s. 736.

⁹³ OKAY: s. 340; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1423.

⁹⁴ EREM: **TCK Şerhi**, s. 684; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1423.

⁹⁵ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1425.

Ancak çoğu kez toplum kişinin mükerrir olduğunu bilmez, failin mükerrirlik sıfatının, işlenen suç olayı dışında fazladan bir ‘sosyal endişe’ yaşattığı söylenemez. Halbuki tekerrürden dolayı cezanın artırılmasını mutlak bir kural haline getirmek gerekir. Sosyal endişe suç anına göre değil, hüküm anına göre belirlenmelidir. Zira suçun objektif-manevi etkisi her zaman suçun işlendiği zaman azami noktaya ulaşmış değildir.⁹⁶ Carrara’ya göre; yasaya karşı daha derin bir umursamazlık içinde olduğunu gösteren kimse, devlet otoritesine karşı yarattığı olumsuzluğun etkisini ancak hüküm anında gösterir.⁹⁷

Faranda ise tekerrürü, cezayı değil, isnadiyeti ağırlatıcı bir neden saymaktadır. *Faranda*, sosyal endişe kavramından Carrara’nın çıkardığı sonucun tersini çıkarmıştır. Ona göre isnadiyet sadece suçun doğal ağırlığı ile değil, toplumsal ağırlığı ile de dengeli olmalıdır. Suçlunun kişisel sıfatları suçtan kaynaklanan sosyal endişeyi artırdığına göre, suçun toplumsal ağırlığı da artar. Zira suçun mükerrir tarafından işlenmiş olması maddi bir gerçekliktir.⁹⁸

bb.Eleştiriler

Sosyal endişe teorisi ister *Faranda*’nın ister Carrara’nın açıklamaya çalıştıkları biçimleri ile olsun, genel bir kabul görmemiştir. Sonraki suçun cezasının, failin mükerrirlik sıfatının ortaya çıkardığı düşünülen ‘sosyal endişe’ nedeni ile artırılmasının haklı bir nedene dayanmadığı ileri sürülmüştür. Sosyal endişe kavramı suçun hukuk düzeninde meydana getirdiği ihlali temsil etmez. Güven vermeyen bu kavram, hukuk düzeninin ihlalinin bir ölçüsü olamaz. Sosyal endişenin ölçütünün ‘dürüst yurttaş’ olduğu ileri sürülemez. Cezaya ilişkin böyle bir kurum, esası herkes tarafından farklı şekilde belirlenebilecek bir karineye bağlanamaz.⁹⁹

⁹⁶ EREM: TCK Şerhi s. 684-685.

⁹⁷ RICCIO: s. 1052-1053

⁹⁸ EREM: Tekerrürün Esası, s. 1425-1426.

Manzini'ye göre, bütün yurttaşların veya en azından ağırlıklı bir kısmının yaşamını, maddi veya manevi varlığını tehdit eden suçlarla, şiddet bakımından çok sık işlenen suçlar endişe yaratır. Bir takım suçların (basit hırsızlık vs.) her zaman toplumu bir endişeye düşürdüğü söylenemez.¹⁰⁰ Bir suçun toplumda meydana getirdiği tedirginliğe göre ağırlığının belirlenmesi hukuki bir ölçüt olmamalıdır.¹⁰¹

b.Genel Güven Hakkı Teorisi

aa.Teorik Çerçeve

Genel güven hakkı teorisine¹⁰² göre, isnadiyedin ağırlığı dolayısıyla tekerrürde cezanın artırılması gerekir. Teorinin savunucusu *Manzini*, tekerrür dolayımı ile cezanın artırılması gereği üzerine tartışırken diğer teorilerden bazı noktalarda ayrılmıştır.¹⁰³ *Manzini* genel olarak 'ağırlaştırmanın mantığı'nı açıklamaktadır,¹⁰⁴ *Manzini* teorisini, kendinden önce yapılan açıklamalar üzerine kurmuştur.¹⁰⁵

Manzini'ye göre; mükerrirlik sıfatı yalnız ahlak alanında kalan hareketsiz bir sıfat değildir. Bu sıfatın suçun işlenmesi ile ortaya çıkan hareketli bir yönü vardır.¹⁰⁶

⁹⁹ Impallomeni'ni bu görüşü ve örnekler için bkz. EREM: **TCK Şerhi**, s. 685.

¹⁰⁰ Bkz.EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1427.

¹⁰¹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145.

¹⁰² Bu teori '*Manzini*'nin görüşü' şeklinde de adlandırılmıştır (bkz. EREM: **Tekerrürün Esası**, s.1427).

¹⁰³ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145; EREM: **TCK Şerhi**, s. 686.

¹⁰⁴ DELL'ANDRO: s. 37-38.

¹⁰⁵ *Manzini*'nin tekerrür konusunda etkilendiği ceza hukukçuları arasında Feith, Faranda, Mossa, Conti, Impallomeni yer alır. Bkz. DELL'ANDRO: s. 38.

¹⁰⁶ OKAY: s. 341; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1427.

Suçun kötülüğü sadece fiziksel değildir, suç aynı zamanda sosyal ve politik etkiler de yaratır.¹⁰⁷ Şöyle ki; her suç temel olarak iki yarar ihlal etmektedir: Bunlardan ilki suça biçim ve kişilik veren belirli bir ceza kuralının ihlalidir. İkincisi ise, genel güven hakkının ihlali yani hukuk düzeninin korunmasına ilişkin genel ve ortak menfaate zarar verilmesidir. İlk defa suç işleyenin fiilinde, söz konusu ikinci ihlal birincinin içindedir. İlk defa suç işleyen bu ihlali birinciden ayıramaz. Yani güven hakkı, suçlu, adaletin eline geçer geçmez yeniden sağlanmış olur.¹⁰⁸ Tekerrürde durum farklıdır. Çünkü hakkın ihlalinde bir artış söz konusu olmuştur. Bu artış genel cezanın dışında kalmıştır. İhlalin tekrarlanması herkese ait bulunan güven hakkına ilk ihlalden daha fazla bir saldırı oluşturur.¹⁰⁹ Ayrıca istatistikler mükerrre uygun ceza verilmediği zaman, ikinci suçtan sonra genellikle üçüncü suçun da işleneceğini göstermiştir. Suçun tekrarlanabileceğini öngören yurttaş değildir. Çoğu zaman yurttaş güven içinde bir arada yaşama hakkının ihlal edildiğini dahi fark etmez. Yurttaş güven içinde yaşatmak devletin en temel görevlerindendir. Bu koruma görevi, yalnız yeni suçla ihlal edilmiş olan belirli bir hakkın yeniden kurulması değil, aynı zamanda, tekerrür ile olabildiğince sarsılmış olan hukuk düzeninin (güven duygusunun), bütünü korunması için gerekenlerin yapılmasını da sağlamalıdır. Tekerrür halinde işlenmiş suçun manevi etkisi artmıştır. Güven içinde birlikte yaşama kavramı belirsiz, soyut bir kavram değildir. Bu hak insan haklarının en önemlilerindendir. Birlikte yaşamanın ve tüm toplumsal gelişimin en önemli gereksinimlerinden biridir. Suçun manevi etkisinin artması ile isnadiyet de artar. Isnadiyetin artması ile ise suçlunun sorumluluğu artmaktadır. Tüm bu nedenlerle, gerek ‘oranlılık’ ilkesi gereğince, gerekse hukuk düzeninin bir kez daha ihlal edilme olasılığını azaltmak bakımından cezanın artırılması gerekir.¹¹⁰

¹⁰⁷ MANZINI: *Trattato*, s. 448.

¹⁰⁸ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 625-626.

¹⁰⁹ EREM: *Tekerrürün Esası*, s. 1428.

¹¹⁰ EREM: *Tekerrürün Esası*, s. 1428; DELL’ANDRO: s. 190.

Sonuç olarak *Manzini*'ye göre, tekerrürün şiddet nedeni sayılması meşrudur. Yurttaş açısından ister sosyal endişe ortaya çıkmış olsun isterse böyle bir endişe ortaya çıkmasın, suçlu tekrar suç işlemekle, yasayı ve yargıcı küçümsemekte inat ettiğini göstermektedir. Bu durum suçun toplumsal ağırlığını artırır.

bb.Eleştiriler

Manzini sadece tek bir ölçüt üzerinden hareket etmemiştir. Suç kim tarafından işlenirse işlensin genel güvenlik hakkı aynı şekilde zedelenir demiştir.¹¹¹ *Manzini*'ye göre, suça şekil ve kişilik veren bir ceza kuralının ihlali ile hukuk düzeninin korunması şeklinde olan genel yararın ihlali, ilk defa suç işleyen kişinin fiilinde birleşmektedir. Bu iddia doğru değildir.¹¹² Kaldı ki, ilk defa suç işleyende bu iki yararın ihlali birleşmekte ise, tekerrür halinde kaynaşmanın neden dolayı gerçekleşmediğini anlamak da olanaklı değildir. *Manzini*'nin teorisi kabul edildiği zaman ikinci suç, başka bir yararın ihlalinin belirtmelidir. İkinci suçun daha ağır olduğunun kabul edilmesi halinde, 'genel güven hakkı' aynı şekilde zedelenir.¹¹³

Manzini'ye göre, ilk suçla da genel güvenlik hakkının ihlal edildiği yorumuna ulaşılabile bile, bundan dolayı ortaya çıkan güvensizlik hali toplumsal yaşam açısından tolere edilebilir. Ancak aynı suç aynı özne tarafından işlenirse genel güvenliğin ihlali fikri (inancı) çoğalır. Bu durum aynı zamanda kişideki suç işleme halinin de çoğaldığının göstergesi olur.¹¹⁴ *Manzini*'nin belirttiği üzere, her suçun cezasında iki kısmın bulunduğu; birinci kısmın özel yararın ihlaline, ikinci kısmın genel güven hakkının ihlaline karşılık geldiğini kabul ettiğimiz takdirde, ilk defa suç işleyene ikinci kısımdan kaynaklanan cezanın verilmeyip, bu kısım cezanın

¹¹¹ DELL'ANDRO, s.45.

¹¹² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 144.

¹¹³ DELL'ANDRO: s. 46.

¹¹⁴ DELL'ANDRO: s. 46.

mükerririn cezasına eklendiği sonucuna varmak gerekir. Böyle bir neticeyi ise anlamlandırmak olanaklı değildir.¹¹⁵

c.Kusurluluğun Ağırlığı Teorisi

aa.Teorik Çerçeve

Bu teori¹¹⁶ taraftarlarına göre; daha önce mahkûm olan kimse yeniden suç işleyerek daha çok kusurlu olduğunu, suç işleme kararında direndiğini yeni suç ile göstermiş olur. Bu durumda cezanın artırılması gerekir. Bir kişinin hakkında verilecek hüküm sırasında, o kişinin bütün özelliklerini dikkate almak gerekmektedir. Fiil ile fail arasındaki ilişkiyi göz önüne almayan, her fiili failinden bağımsız, ayrı bir varlıkmiş gibi ele alan bir ceza sisteminde, suçla ceza arasında bulunması gereken bağlantı kaybolur ve verilecek ceza o fail tarafından işlenen suçun karşılığı olmaktan çıkar.¹¹⁷ İkinci defa suç işleyende ortaya çıkan ahlaki kötülük, ilk defa suç işleyene göre daha fazladır. Bu kötülük, failin kişiliğinden kaynaklanan bir kötülük değil, hareket dolayımı ile ortaya çıkan kötülüktür.¹¹⁸

Kusurluluğun belirlenmesinde, sadece belirli bir fiili ele almak yeterli değildir; failin tüm geçmiş yaşamını dikkate almak gerekir. Mükerrir bir suçlu tipidir. Mükerrir suçluda, ilk defa suç işleyenlerde görülmeyen farklı bir kusur şekli vardır. Bu kusur şekli mükerrire farklı işlem yapılmasını haklı gösterir.¹¹⁹ İkinci defa suç işleyen kimse, tekrar suç işleyerek, suç işleme konusunda, bir eğiliminin olduğunu göstermiştir. Bu genel eğilim faile daha fazla ceza verilmesi gereğini açıklar.¹²⁰

¹¹⁵ DELL'ANDRO: s. 47; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 144.

¹¹⁶ Kusurluluğun Ağırlığı Teorisi, 'Kusurluluğun Değişikliği Teorisi' olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145.

¹¹⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145.

¹¹⁸ DELL'ANDRO: s. 58.

¹¹⁹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145.

bb.Eleştiriler

Suç ister ilk defa suç işleyen bir kimse tarafından, ister bir mükerrir suçlu tarafından işlenmiş olsun, ortaya çıkan sonuç aynıdır.¹²¹ Pozitif hukuka göre iki çeşit kusur vardır. Bunlar kast ve taksirdir. Bunların dışında başka bir kusur çeşidinden söz etmek pozitif hukuka aykırı olacaktır.¹²²

d.Önceki Mahkûmiyet Nedeni İle Ağırlaştırma Teorisi

aa.Teorik Çerçeve

Tekerrürü, diğer suç çokluğu hallerinden ayıran en önemli nitelik, önceki kesin mahkûmiyettir. Mahkûmiyet hükmü, işlenen suça yeni şekil veren bir durumdur. Daha önce mahkûm olan kimse, yeniden suç işleyerek, sadece belirli bir hukuk kuralını ihlal etmekle kalmaz. Aynı zamanda ilk mahkûmiyetle yapılan resmi uyarıya da değer vermediğini göstermiş olur. Mükerrir kişi uyarıdan ders almadığını, daha önceki suç hareketinin onun yaşamı açısından rastlantısal bir nitelik taşımadığını göstermiştir.¹²³

Mahkûmiyet hükmünün neticelerinden birisi de, kişiyi daha sonraki yaşama ıslah olmuş, yasalara saygılı bir hale getirmektir. Mahkûmiyet hükmü işlevini yerine getiremiyorsa, mükerrre daha ağır bir ceza verilmesi gerekir.¹²⁴

¹²⁰ DELL'ANDRO: s. 58; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 145.

¹²¹ DELL'ANDRO: s. 48.

¹²² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 146.

¹²³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 146.

¹²⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 146.

bb.Eleştiriler

Teori; kişinin mahkumiyete rağmen uslanmaması, yeniden suç işlemesi onun tehlikeliliğini göstermiş olsa da, mahkumiyetten sonra işlenen suçun neden daha ağır sayılması gerektiğini açıklayamaz. Bu teori taraftarlarının ceza hukukunu, tekerrür dışında başka kurumlar bakımından dikkate almaları, suça ilişkin değil suçluya ilişkin fikirlerinin bir sonucudur. Bu konu ise sübjektif niteliktedir. Tekerrürün nedenini objektif niteliklerle belirlemek bu teori açısından olanaklı değildir.¹²⁵

3.SÜBJEKTİF TEORİLER

Bu ad altında toplanan teorilere göre, tekerrür halinde suçun ağırlığına etki eden bir neden yoktur. Tekrar suç işleyen failin cezası, daha tehlikeli olması ve bir takım sübjektif nitelikler taşıması nedeni ile artırılmaktadır.¹²⁶ İlk defa suç işleyen işlediği suçla, mükerrir tarafından işlenen suç arasında fark yoktur. İki suçun ‘maddi’ anlamda yarattığı etki aynıdır.¹²⁷ Yasa koyucu mükerririn cezasını, suçludan kaynaklanan nedenlerle artırmaktadır.¹²⁸

Tekerrürü sübjektif açıdan değerlendiren teorilerin başında, pozitivist okul tarafından savunulan tehlike hali teorisi gelir. Tekerrürü sübjektif açıdan değerlendirmekle birlikte pozitivist okula bağlanmayan ceza hukukçuları tekerrürü ‘cürmi ehliyet teorisi’ başlığı altında açıklamaya çalışmışlardır.¹²⁹ Sübjektif

¹²⁵ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 147.

¹²⁶ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 147; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429; OKAY: s. 342.

¹²⁷ DELL’ANDRO: s. 58.

¹²⁸ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 147.

¹²⁹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 147.

görüşlerin ortaya çıkması ile tekerrür kurumuna ceza yasalarında daha fazla yer verilmeye başlanmıştır.¹³⁰

a. Tehlike Hali Teorisi

Pozitivist okula¹³¹ göre, tekerrür soyut bir hukuki bütün değildir. Tekerrürün suçluda tehlikelilik ve kesin bir anti-sosyallik halinin varlığını gösterip göstermeyeceği araştırılmalıdır.¹³²

Tekerrürün yerinin belirlenebilmesi için suç kavramını iki temel başlık altında incelemek gerekir. Bu başlıklar alışkın (itiyadi) suçlular ve talihsizlik sonucu suç işleyenler, yani rastlantısal suçlulardır. Tekerrürün çoğu defa suçta alışkanlığın bir işareti olduğunu yadsımak olanaksızdır.¹³³ Ancak tekerrür her zaman ve mutlaka tehlikelilik ve anti-sosyallığın varlığını göstermez.¹³⁴ Tekerrür sadece anti-sosyal kişiliğin belirtisi olabilir.¹³⁵ Yani daha önce suç işlemiş bir kimse olmasına rağmen,

¹³⁰ MANTOVANI: s. 662.

¹³¹ Pozitivist okul felsefi-kültürel kaynağını 19. yüz yılın ikinci yarısında Avrupa'da hakim duruma gelen metodolojik pozitivizmden alır. Deneysel araştırmaları, tümevarım yöntemini kabul eden bu okula göre, bütün doğal fenomenlerin düzenleyicisin nedensellik ilişkisidir. Pozitivist okul klasik okulun üç temel ilkesini tersine çevirir. İlki hukukun merkezini soyut suçtan somut suçluya kaydırması, ikincisi 'sosyal tehlikelilik' kavramını kusurlu irade, isnadiyet ve manevi sorumluluğun yerine ikame etmesi ve üçüncüsü 'emniyet tedbirleri' kavramını ilk kez ceza hukukunun içine sokmasıdır. Bkz. TOROSLU: **Ceza Hukukunda Okullar**, s. 370-371.

¹³² EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429; FLORIAN: s. 336. Pozitivistler suçluları genel olarak üç başlık altında değerlendirirler: a) Normal suçlular b) Çocuk suçlular c) Anormal suçlular. Normal suçlu kategorisinde i) ilk suçlular ii) mükerrirler iii) suç işlemeyi meslek edinenler iv) itiyadi suçlular ve v) eğilimli suçlular yer alır. Bkz. RENDE, Domenico: **"Yeni İtalyan Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi"** (Çev. Burhanettin Köni), İHFM, 1938, S. 7-8, s. 90.

¹³³ FLORIAN: s. 367

¹³⁴ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429; FLORIAN: s. 367.

¹³⁵ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 147.

olayın özelliklerine göre suçlunun aşırı bir anti-sosyallik içinde olmadığı anlaşılmış olabilir.¹³⁶

Tekerrür suçlunun karakterinin bir yansıması olarak incelenmelidir. Tekerrür yalnız başına suçlunun karakteri hakkında sağlam bir bilgi vermez. Suçlunun anti-sosyalliğinin kesin olduğu hallerde ağır bir müeyyideye tabi tutulması ne kadar doğru ise, bunun kesin olmadığı hallerde sadece mükerrir olmasına bakılarak, böyle bir müeyyideye tabi tutulması da o kadar keyfi bir harekettir. Pozitivistler tekerrürün kesin ve genel bir artırım nedeni olmasına taraftar değildir. Islah araçları, suçlunun korkunçluğu ile orantılı olmalıdır.¹³⁷ Tekerrür dolayısıyla yapılan artırım, yargıcın isteğine bırakılmalıdır. Çünkü ancak yargıç, tehlike halini ölçebilecek ve cezayı buna uydurma şansına sahip olabilecektir.¹³⁸

Pozitivist teori suçtan ve cezadan değil, failin içinde bulunduğu tehlikeli halden hareket eder.¹³⁹ Nitekim ceza yasalarında tekerrür suça değil, suçluya ilişkin kısımların konusudur.¹⁴⁰ Tehlikelilik durumunun belirlenmesinde, suçun ağırlığı pozitif okulca tek ölçüt değildir, ağır olmayan suçlarda da alışkanlık söz konusu olabilir. Ağır olmayan suçların tekrarlanmış olması, alışkın suçlunun tehlikeliliğini azaltmayacaktır. Gerçekte ağır bir suçun faili, uzun süreler toplumdan soyutlanacağından, tekrar suç işlemeye zaman bulamayacaktır. Hafif suçların, mükerrir tarafından tekrar tekrar işlenmesi, tekerrürün gerçek anlamda içeriğini oluşturur.¹⁴¹

¹³⁶ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429.

¹³⁷ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429; OKAY: s. 343.

¹³⁸ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429.; OKAY: s. 343; FLORIAN: s. 368.; Pozitivistlerin bu konudaki yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.SOKULLU-AKINCI: s.125-128

¹³⁹ DELL'ANDRO: s. 38.

¹⁴⁰ MANTOVANI: s. 663.

¹⁴¹ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1429.

Pozitivistlere göre, tekerrür dolayısıyla cezanın artırılmasının nedeni, suçun işlenmesi sırasındaki sertlik, suçun ağırlığı değildir. Onlara göre hareket noktası, failin sübjektif yapısıdır. Onların deyimi ile dikkat edilmesi gereken ‘kişisel kriter’dir. Sadece fiile önem verip, faile önem vermeyen¹⁴² bir ceza hukuku sistematüğinden bahsedilemez.¹⁴³

Tekerrür, faile bağı, cezayı artırıcı bir koşuldur. Failin suç işleme kapasitesindeki artışın, yoğunluğun bir göstergesi tekerrürdür.¹⁴⁴ Kişinin sübjektif hali, yani onun tekerrür dolayısıyla daha tehlikeli olması nedeni ile ceza arttırılır.¹⁴⁵ Kişinin tehlikeli olup olmamasına göre belirlenecek bir ceza artırımında, cezanın infaz edilmesi önemli olmayacaktır.¹⁴⁶ Pozitivistlere göre tekerrür, kişinin anti-sosyal karakterinin göstergesidir. Bu büyük tehlikelilik hali cezanın artırılmasının nedenini oluşturur.¹⁴⁷

b.Cürmi Ehliyet Teorisi

Teorinin cürmi ehliyetten anladığı, isnat yeteneğine sahip olan kimsenin suç işlemek konusunda kendisinde bulunan ‘gizli yetenek’tir. Cürmi ehliyet teorisine göre, yeniden suç işlemek, suçlu olmak bakımından daha kuvvetli bir iradeyi yani

¹⁴² Klasik okulun yaptığı üzere, cezanın belirlenmesinde sadece suça önem vermek ve suçlu yok suç var demek basit ama yerinde bir benzetme ile ‘hasta yok hastalık var’ demektir. Pozitif okulun öncülerinden Ferri’nin görüşleri için bkz. VELDET, s. 28.

¹⁴³ DELL’ANDRO: s. 41-42.

¹⁴⁴ DELL’ANDRO: s. 56.

¹⁴⁵ DELL’ANDRO: s. 57.; Ancak Bettiol’a göre, kişinin sübjektif hali suçun koşullarından biri olamaz. Nitekim ceza normu suçu herkese yasaklar. Sadece mükerrre yasaklanmış bir suç türü olsaydı suçun sübjektif yapısından söz edilebilirdi. Bkz. DELL’ANDRO: s. 65.

¹⁴⁶ OKAY: s. 143.

¹⁴⁷ ÖNDER: s. 647. Tehlikeli hal kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Mesuliyetinin Esası*, İstanbul 1949, s. 55-62.

daha güçlü bir cürmi ehliyeti gösterir.¹⁴⁸ Bu teori altında toplanacak görüşler, tekerrürün kişisel bir ölçüt olduğunu ve suç işleme kapasitesinde (cürmi ehliyet) yoğunluk ile tekerrür arasında bir ilişki olduğunu savunurlar.¹⁴⁹

Mükerrir yeniden suç işleyerek kendisinde var olan suç işleme kapasitesinin daha yoğun olduğunu kanıtlamaktadır.¹⁵⁰ Dolayısıyla ilerde yeni suçlar işleyebilir. Bu öngörü, mükerrir kişi hakkında farklı bir takım önlemler alınmasını gerektirir.¹⁵¹

4.TCK'NUN KABUL ETTİĞİ SİSTEM

Türk Ceza Kanunu bakımından hangi sistemin kabul edildiğini belirlemek için kaynak yasaya bakmak gerekir. Nitekim TCK.'nın tekerrür halindeki hükümleri (bazı küçük ayrıntılar istisna olmak üzere) kaynak yasadaki tekerrür hükümleri ile aynıdır.¹⁵²

1887 tarihli Zanardelli projesinin gerekçesinde şu noktalar kaynak yasanın hangi sistemi kabul ettiğinin belirlenmesi bakımından yardımcı olabilir: 'Tekerrürün isnadiyete mi cezaya mı ilişkin olduğu hukukçular arasında tartışılmaktadır. Ancak tekerrürün, suçu toplumsal unsur bakımından ağırlaştırıcı bir unsur olduğu söylenebilir. Tekerrürün esası birkaç defa suç işleyen bir kimsenin ortaya çıkardığı sosyal endişe ve bu şekilde o kimsenin daha fazla tehlikeli olduğunu göstermiş olmasıdır. Tekerrürün suça yabancı bir durum olduğunu ve bu durumun failin

¹⁴⁸ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 148.

¹⁴⁹ DELL'ANDRO: s. 57.

¹⁵⁰ Dell'andro'ya göre, tekerrürde sadece kişinin suç işleme kapasitesinde ortaya çıkan artış nedeni ile cezanın artırılması düşüncesi yanlıştır. Bu husus normun ihlali noktasında bir subjektiflik içerir. Ancak suçlunun kişisel psikolojik durum belirlemeleri yerine yargısal düzenleme genel ve soyut bir mantık içerisinde yapılmalıdır. Bkz. DELL'ANDRO: s. 57-58.

¹⁵¹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 148.

sorumluluğunu ağırlaştırmayacağını düşünenler suçtan doğan kötülüğün yalnız maddi olmayıp aynı zamanda sosyal olduğunu ve faildeki ahlak düşüklüğüne denk gelen sübjektif halin iyi kimselerdeki korkuyu artırmak ve kötü kimselerde yasayı küçümsemekte ısrar gibi kötü örnek oluşturması bakımından suça ait objektif hale dönüşeceğini unutuyorlar. Tekerrürün olması için önceki mahkûmiyetin cezasının çekilme zorunluluğuna gerek yoktur. Cezanın çekilmiş olması koşulu tekerrürü suçun değil, cezanın artırıcı nedeni sayan teori taraftarlarına özgüdür.¹⁵³

Bu gerekçe Zanardelli Yasası'nın hangi sistemi benimsediğini açıkça göstermemesine rağmen, Neo-klasik okul etkisinde hazırlanan kaynak yasanın suçu sosyal unsuru bakımından ağırlaştırıcı bir unsur saydığı ve kişinin kötü durumunu göz önüne aldığı düşünüldüğünde suçun ağırlığı teorisinin kabul edilmiş olduğu görülür.¹⁵⁴ Kaynak yasanın hangi sistemi kabul ettiği bu şekilde anlaşılınca TCK.'nın da tekerrürü suçun ağırlaşması ile açıklayan teorilere dayandığı sonucuna varılabilir.¹⁵⁵

III.TEORİLERE GENEL BİR BAKIŞ VE KANAATİMİZ

Görüldüğü gibi tekerrürün hangi gerekçelerle ceza kanunlarında yer alması gerektiği tartışmalara yol açmıştır.¹⁵⁶ Tekerrürün gerekliliği hakkında ileri sürülen görüşlerin hareket noktaları ve bundan çıkardıkları sonuçlar birbirinden çok farklı

¹⁵² OKAY: s. 345; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1432; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın...**: s. 8.

¹⁵³ MAJNO: s. 440; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1432; MANZINI: **Trattato**, s. 448.

¹⁵⁴ OKAY: s. 346; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1432; MANZINI: **Trattato**, s. 449. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ilk suçun kesin hükümle mahkûmiyet olması yeterlidir. Cezanın infaz edilmiş olmasına gerek yoktur. (İtalyan Yargıtay Kararı 10.3.1920) bkz. MANZINI: **Trattato**, s. 449.

¹⁵⁵ EREM. **Tekerrürün Esası**, s. 1432; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın...**, s. 7.

olmasına rağmen, kurum hakkında temel nitelikler ortaya konulmuştur.¹⁵⁷ Tekerrür dolayımı ile ceza artırımının temel hareket noktası ‘suç ile ceza’ arasındaki karşılığın (denklemin) nasıl formüle edilebileceğidir.¹⁵⁸

Tekerrür hakkında ileri sürülen görüşler, yalnız kendi gerekçeleri ile ilgilenmişlerdir. Ancak açıktır ki, tekerrür çok yönlü ve kapsamlı bir kurumdur. Tekerrür hakkında yapılacak bir incelemede hukukçuların, antropologların, sosyologların, infaz bilimcilerin yaptıkları çalışmaların bütünlüklü bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.¹⁵⁹ Tekerrür hakkında yapılan tartışmaların öncelikli ayrımı objektif ölçüt-sübjektif ölçüt ayrımıdır. Sübjektif ölçüt failin kişisel durumunu öne çıkarırken, objektif ölçüt fiili önemser.¹⁶⁰

Tekerrürden dolayı cezanın artırılmasının nedeni ikinci suçun işlenmiş olmasıdır. Bizim de görüşlerine katıldığımız *Manzini*, tek bir ölçüt üzerinden hareket edilmemesi gerektiğini savunur. Ona göre, objektif sonuç, failin sübjektif, anti-hukuksal hareketi üzerine kurulmuştur.¹⁶¹

Bütün bu tartışmalara rağmen tekerrür, ağırlıklı olarak ceza hukuku sistemine, sübjektif görüşlerin ortaya çıkması ile yani pozitivistlerle birlikte girmiştir. Zira iradeye dayanan bir ceza hukuku sisteminde, suça eğilimli olma daha ağır bir cezayı gerektirir.¹⁶² Böylece tekerrür pozitivistlerle birlikte ceza hukuku sistemi çerçesine girer.¹⁶³

¹⁵⁶ MANTOVANI: s. 662; DELL’ANDRO: s. 64.

¹⁵⁷ OKAY: s. 343.

¹⁵⁸ MANTOVANI: s. 662.

¹⁵⁹ EREM: *Tekerrürün Esası*, s. 1430.

¹⁶⁰ DELL’ANDRO: s. 42.

¹⁶¹ aktaran DELL’ANDRO: s. 43-45. Nitekim Dell’andro’ya göre fail ve fiil tek bir gerçekliğin iki ayrı görüntüsüdür. Birini fark etmeden diğeri hakkında gözlem yapmak olanaklı olsa bile doğru değildir. bkz. DELL’ANDRO: s. 41.

¹⁶² MANTOVANI: s. 662.

Tekerrürü açıklamaya çalışan teorilerin, birbirleriyle örtüşen yönleri de vardır. Bu anlamda tekerrür hakkındaki teorik sınıflandırmada benzer açıklamalar farklı teori taraftarlarınca yapılabilmektedir. Bu bağlamda genel olarak tekerrürün gerekliliği konusunda yapılan tartışmalardan şu sonuçlar çıkabilir:

Eşitlik açısından: Öngörölmüş bir ceza ile herkesin aynı biçimde cezalandırılması, eşitlik değil eşitsizlik sonucunu doğurur.¹⁶⁴ Tecrübesizlik, tutku gibi nedenlerle ilk kez suç işleyenlerle, tekrar suç işleyeni aynı kefeye koymak doğru değildir. Cezanın acısı, tecrübesi ve kötü sonuçları yaşandıktan sonra hala suç işleniyorsa ceza artırılmalıdır. Suç işleyen kişilerin değişik derecelerindekileri aynı ceza ile cezalandırmak bir ‘ceza adaletsizliği’ sorununa yol açar. Nitekim küçüklerle, erişkinlerin işledikleri suçlar aynı ceza miktarları ile cezalandırılamaz.¹⁶⁵

Yeterlilik açısından: Bir ceza suç işleyen bir kimse için yeterli iken, bir diğeri için yetersiz olabilir. Verili ceza biri için çok ağır olabilecekken, bir diğeri için çok hafif kalabilir. Düşmek ile tekrar tekrar düşmek arasında kelimenin eylemsel anlamı itibari ile bile fark olduğu açıktır. Çamura ilk kez düşenle, birden çok kez düşenin temizlik için yapacakları elbette birbirinden çok farklı olacaktır.¹⁶⁶

Ahlaki açıdan: Cezayı sadece değişik suç türlerine göre değil, aynı zamanda suçların ağırlıklarına göre belirlemek gerekir. Kötülüğün (suçun) farklı yollarla düzeltilmesi gerekir.¹⁶⁷ Tekerrür sadece teknik bir takım gereksinimler sonucunda oluşmamıştır. En ilkel ahlak duygusu bile ilk defa suç işleyenle, tekrar suç işleyen arasındaki farkı görür. Ancak hukuk sistematığı içinde suçluya bir kez daha suç

¹⁶³ Böylece sosyal endişe teorisi de tam olarak terk edilir. Nitekim ister suç işleme anında, isterse hüküm anında çoğu kez sadece ilgili polis organları ya da yargıçlar kişinin mükerrir suçlu olduğunu bilirler. Bkz. MANTOVANI: s. 663.

¹⁶⁴ VISMARA: s. 11.

¹⁶⁵ VISMARA: s. 52.

¹⁶⁶ VISMARA: s. 11, 20.

¹⁶⁷ VISMARA: s. 11.

işlerse cezasının artırılacağı uyarısı yapılır. Bu uyarı da tekerrür kurumunun varlığı ile mümkün olur.¹⁶⁸ Değişik suç türleri arasında yapılacak karşılaştırma, tekerrürün gerekliliği açısından yol gösterebilir. Örneğin baba katili olma ile adam öldürme fiillerinin her ikisinde de esas adam öldürme olduğu halde, bu fiilleri gerçekleştirenler birbirlerinden farklı cezalarla cezalandırılırlar. Aynı şekilde, gerek basit hırsızlık gerekse nitelikli hırsızlık suçlarında aslanan hırsızlık fiilidir. Ancak bu iki suçu işleyenler de birbirinden farklı cezalandırılmaktadırlar. Cezaların farklılaşmasının temel gerekçelerinden biri, bu suçları işleyenlerde birbirinden farklı yoğunlukta ‘düşkünlük’ (ahlaki bozukluk) olduğunun düşünülmesidir. Yasalar ‘kötülüğe’ ilişkin az ya da çok ağırlaştırma nedenleri öngörebilirler. Ancak daha önce verilen hastalık örneğinde olduğu gibi; farklı hastalarda aynı ilacın kullanılabilmesi için, o hastaların aynı hastalıktan muzdarip ve fizyolojik ve patolojik olarak aynı özellikleri gösteriyor olması gerekir.¹⁶⁹

Politik açıdan: Cezanın korkutucu olduğu öngörüsü nereden gelir? Cezanın genel önleme amacı, ağırlıklı olarak ‘korku’ salarak ortaya çıkar. Korku cezanın doğrudan, dolaysız sonucudur. Ceza, herkes için yeterince ‘ortalama korku’ verir.¹⁷⁰ Sosyal korunma ve himaye için tekerrür gereklidir. Ayrıca suç işlendikçe sadece ‘korku’ değil ‘acı’ da artar. Tekerrür kurumu bir zorunluluktur. Aynı zamanda suçlunun ıslahı için gerekli zamanı verebilme olasılığı açısından da önemlidir.¹⁷¹

Bütün bu gerekçelerin yol göstericiliğinde, tekerrür tartışmasında önemle üzerinde durulacak konu mükerririn kişiliğidir. Mükerririn kişiliği, onu suça iten nedenlerle beraber göz önünde bulundurulmalıdır. Mükerririn tehlikeliliği belirlenebiliyorsa, ceza artırımı yoluna gidilmelidir. Yargıç, tekerrürün nedenlerini

¹⁶⁸ EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1430.

¹⁶⁹ VISMARA: s. 19.

¹⁷⁰ VISMARA: s. 11.

¹⁷¹ VISMARA: s. 53.

belirleyerek, duruma göre müeyyideyi belirleyebilecektir. Tüm bu nedenlerle tekerrür kavramı suç teorisi ile değil, suçlu teorisi ile ilgilidir.¹⁷²

Sonuç olarak tekerrür dolayısıyla cezanın artırılmasının mantığı, cezanın verilemesindeki mantıkla aynıdır. Yurttaşına istediğini yapabilme hakkını tanıyan yasa, işlevli değildir. Çünkü böyle bir durumda kamu güvenliği kalmaz. Amaç sadece kefarete esaslı öç alma değil, hukuki güvence altında toplumsal yaşamın sürdürülmesi ve suç işleyen kimsenin ıslah olmuş bir şekilde toplumsal yaşama döndürülmesidir.¹⁷³ Tekerrür açısından yerine getirilmesi esnasında ceza, doğrudan doğruya bir savunma aracı, yani suçlu tarafından işlenecek suçları önleme aracı olarak ortaya çıkar.¹⁷⁴

¹⁷² OKAY: s. 343-344; EREM: **Tekerrürün Esası**, s. 1430-1431; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 149; MANTOVANI: s. 663.

¹⁷³ VISMARA: s. 7; MANTOVANI: s. 661.

¹⁷⁴ HAFIZOĞULLARI: s. 199.

İKİNCİ BÖLÜM

TEKERRÜR KAVRAMI, ÇEŞİTLERİ VE KOŞULLARI

I.TEKERRÜR KAVRAMI

A.HUKUKİ NİTELİĞİ

Tekerrür işlenen suçun niteliği ya da niceliği ile ilgili değildir.¹⁷⁵ Tekerrür, ikinci suçun cezasının artırılmasını düzenler ve failin kişiliğine bağlı kişisel bir durumdur.¹⁷⁶ Tekerrürün kişisel nitelikte bir cezayı ağırlaştırıcı neden olmasının önemli sonuçlarından biri, tekerrürün suç işleyen kişiye bağlı ondan ayrılmaz bir bütün olmasıdır. Bu duruma iyi bir örnek olarak, iştirak halinde işlenen suçlarda, tekerrür halinde bulunan sanığın durumunun diğer ortaklara etki etmemesi hali gösterilebilir.¹⁷⁷

Yasal ve genel bir artırma nedeni olan tekerrür, suça etki eden¹⁷⁸ nedenlerden farklıdır. Bu bağlamda suçun niteliğini etkilemeyen sadece cezaya etki yapan

¹⁷⁵ BELTRANI, Sergio/MARINO, Raffaele/PETRUCCI, Rossana: **Codice Penale Commentato**, Napoli 1998, s. 410.

¹⁷⁶ ANTOLISEI: s. 654; MANTOVANI: s. 661; BETTIOL: s. 735; CARACCIOLI: s. 597; VIDAL, Georges/MAGNOL, Josephe: **Ceza Hukuku** (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara 1946, s. 310.

¹⁷⁷ MANZINI: **parte generale**, s. 169; VIDAL/MAGNOL: s. 310; EREM, Faruk: “Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, AÜHFM, 1945, c. II, S. 2-3, s. 192.

¹⁷⁸ Suça etki eden nedenler, suçun daha ağır veya hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren, fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmayan nedenler olarak tanımlanabilir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, B.9 İstanbul 1986 C.II. s.366.

hallerden olan tekerrürün suça etki eden nedenlerden ayrılması gerekir,zira tekerrür işlenen suçla ilgili olmayıp, failin tehlikeli haline ilişkindir.¹⁷⁹ Nitekim tekerrür nedeniyle ceza artırımında temel ilke ‘suçlunun cezalandırılabilirliği’nin, son işlenmiş suçtan ötürü artırılmasıdır. Yoksa tekerrürün kendisi bir ceza değildir.¹⁸⁰

Tekerrür kurumu kişiliğe (kişiye) bağlı, ondan kaynaklanan bir kurum değildir. Kişinin suç işleme kapasitesindeki artışa ilişkindir. Bu dayanak, ceza hukukunun amaçlarından olan, kefarete ve suçu önlemeyi (genel ve özel önleme) bir arada karşılar.¹⁸¹

Tekerrür kişinin tehlikeliliğinin bir göstergesidir. Tekerrür, suçu dışardan etkileyen bir koşuldur. Failin suçtan dolayı sorumluluğunu artırmaz. Suç, fiziksel (maddi) bir kötülük ortaya çıkarırken aynı zamanda sosyal ve politik bir kötülüğe de yol açar. Tekerrür nedeniyle ceza artırımının, ona ceza hukuku sisteminde yer vermenin temel nedeni, toplumda oluşturduğu varsayılan ‘kaygı’dan çok, devletin işlevini yerine getirip getirmediği konusunda oluşacağı varsayılan kaygıdır. Temel amaç hukuk düzenini koruma isteğidir. Zira tekerrür nedeniyle düzen yüksek düzeyde bozulur.¹⁸²

Tekerrür hipotezinde sadece suçluya ceza verme veya özel olarak ‘tehlikeliliği’ ortaya koyma tespiti yoktur. Ancak temel olan ceza adaleti sisteminin genel mantığının yardımı ile bütünlüklü, dengeli bir hareket noktası üzerinden mükerrire ‘ders’ vermektir. Nitekim, tekerrür yeni bir suçla birlikte sadece ceza ile korunması amaçlanan temel kuralları yıkmaya isteğini değil, aynı zamanda suç işleme

¹⁷⁹ DÖNMEZER/ERMAN: S.368

¹⁸⁰ Manzini bu belirlemenin tekerrürün tarihi gelişimine de uygun olduğunu belirtmektedir. Bu konu eski Roma hukukunda, Fransız, Napoli ve Sardunya yasalarında da bu biçimiyle düzenlenmiştir. Bkz. MANZINI: *Trattato*, s. 448.

¹⁸¹ MANTOVANI: s. 634.

¹⁸² MANZINI: *Trattato*, s. 448.;Ceza Hukuku Düzenini işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.ANTOLISEI: s.5vd.; TOROSLU :*Ceza Hukuku*, s.5vd.

isteğinin geri gelmiş olmasını gösterir. Fail suç işlemekle sadece tehlikeliliğini değil, aynı zamanda ceza hukukunun çizmiş olduğu hukuksal düzen içine girmemekte sürüp giden isteğini de göstermiş olur.¹⁸³

Sonuç olarak, mahkumiyetten sonra, kişinin tekrar suç işlemesi hali olan tekerrür, 'kuraldışı' davranışın oluşturduğu 'sıra dışı' bir olgudur. Tekerrür diğer bütün meşru menfaatlere saldırmakla bağlantılı 'anti yargısal' bir yoğunluktur.¹⁸⁴

B.MÜKERRİRLİK KAVRAMI

Bir kimsenin 'mükerrir'¹⁸⁵ olduğundan söz edebilmek için öncelikli koşul, o kişinin kesin ve bozulmaz bir hükümle mahkûm edilmiş olmasıdır.¹⁸⁶ Tekerrür halinde olan kimse için kullanılan 'mükerrir' kavramı suçlunun kişiliğini dikkate alan, sübjektif bir tanımlamadır. Oysa tekerrür kavramı yasal bir terimdir. Bugünkü yasalar işlenen suçların türünü ve niteliğini esas tuttuklarından, tekerrür terimi objektif bir ölçüte dayanmaktadır.¹⁸⁷

¹⁸³ MANZINI: *Trattato*, s. 449.

¹⁸⁴ MANZINI: *Trattato*, s. 449.

¹⁸⁵ Mükerrirlik bir ceza hukuku kavramı olarak Türkçe'de 1950'li yıllarda kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. KUNTER: *Mükerrirliğin Amilleri*, s. 145.

¹⁸⁶ PISAPIA, Gian Domenico: *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, Genel Kısım (Çev. Atıf Akgüç), Ankara 1971, s. 214; RENDE: s. 215.

¹⁸⁷ YÜCEL, Mustafa T.: *Kriminolojik Toplum, Suçlu ve Ötesi*, Ankara 1971, s. 53; KUNTER: *Mükerrirliğin Amilleri*, s. 145. Kunter'e göre mükerrirlik ilk defa suçlu olmamayı karşılarken, tekerrür yasal düzenlemelere göre farklı anlamlar kazanabilecektir. Örneğin belli süreler geçtikten sonra suç işlenmesi halinde tekerrür yoktur. Ancak ikinci suçu işleyen failde mükerrirlik denilen kişisel durum vardır. Bunun gibi ilk suçu genel affa uğrayan bir suçlunun ikinci suçu işlemesi halinde tekerrür kabul edilmeyebilirken, o kimse bir kriminolog gözüyle mükerrirdir. Bkz. KUNTER: *Mükerrirliğin Amilleri*, s. 146.

Pozitivistler tekerrüre sübjektif bir içerik verdirmek istemişlerdir. Mükerririn kişiliğine önem verdiklerini göstermek için ‘tekerrür’den değil ‘mükerrir suçlu’ndan bahsetmişlerdir.¹⁸⁸

Her ne kadar mükerrirlik ilk defa suçlu olmayış olarak düşünülse de, ceza hukuku açısından bir ceza mahkûmiyetine kesin bir şekilde uğradıktan sonra, belli süreler içinde yeniden suç işleyen kişinin normatif niteliğini belirleyen ve bu tür kişilere ilk defa suç işleyenlerden daha fazla ceza verilmesini içeren bir kavramdır.¹⁸⁹

Mükerrirliğin kavramsal içeriğini belirlemekle birlikte, ona yol açan etmenlerin neler olduğunun bilinmesi gerekir. Sorun sadece mükerrire fazla ceza verilerek çözülmek istenirse, toplum bir ölçüde kendi kusurunu cezalandırmış olacaktır.¹⁹⁰

Çok sayıda değişik nedenlere dayanan mükerrirlik nedenlerini genel ve özel nedenler diye ayırmak olanaklıdır.¹⁹¹ Mükerrirliğin genel nedenleri, suça neden olan genel nedenlerdir.¹⁹² Yoksulluk, bilgisizlik, sosyal çevre gibi nedenler, kişiyi suça itebilen nedenlerdendir. Mükerrirliğin özel nedenleri arasında ise cezaevi sisteminin iyi çalışmaması¹⁹³, infaz sonrası suçlu ile ilgilenilmemesi, kısa süreli cezaların yarattığı sakıncalar sayılabilir.¹⁹⁴

¹⁸⁸ KUNTER: **Mükerrirliğin Amilleri**, s. 146.; Pozitivistlerin suçlu türlerine ilişkin yaptıkları ayrımlara üçüncü bölümde ‘Diğer Tehlikeli Haller’ başlığı altında değinilecektir.

¹⁸⁹ YÜCEL: **Mükerrirliğin Görünümü**, s. 55.

¹⁹⁰ YÜCEL: **Mükerrirliğin Görünümü**, s. 56.

¹⁹¹ VERDİ, Bahir: “**Tekerrür’ü Cürüm**”, İÜHFM, 1928, S. 39, s. 65 vd.; VIDAL/VAGNOL: s. 310 vd.; KUNTER: **Mükerrirliğin Amilleri**, s. 147 vd. Mükerrirliğe ilişkin istatistiki bilgi için bkz. YÜCEL: **Mükerrirliğin Görünümü**, s. 57 vd.

¹⁹² Bu nedenler hakkında bkz. YÜCEL, Mustafa T.: **Türk Ceza Siyaseti&Kriminolojisi**, 2. Baskı, Ankara 1997.;SOKULLU-AKINCI: s.151vd.

¹⁹³ Cezaevlerinde mükerrir suçluların ıslahı için yapılan çalışmalara örnek olarak bkz. EREM, Faruk: “**Belçika Cezaevlerinde Mükerrirliğin Islahı**”, AC, 1931, S. 1, s. 47-59.

Mükerrirlik vurgusunun öne çıkmaya başlaması ile beraber bazı yasalar, sistemlerinden tekerrürü çıkarmışlardır. Suçlunun kişiliğini öne çıkaran bu yasalarda, tekrar suç işleyen kişi hakkında yeni suçun cezasının yanı sıra, çeşitli emniyet tedbirleri uygulanmaktadır.¹⁹⁵

II.TEKERRÜRÜN ÇEŞİTLERİ

A.ÖZEL TEKERRÜR- GENEL TEKERRÜR

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki mahkumiyete konu olan suçla sonraki suç arasında bir ayrılık aranıyorsa özel tekerrür¹⁹⁶; buna karşın her iki suçun aynı türden olması aranmıyorsa genel tekerrür¹⁹⁷ vardır.¹⁹⁸ TCK. bakımından her iki tür tekerrür uygulaması da söz konusudur.

¹⁹⁴ Cezaevlerinin iyi çalışabilmesi için gereken koşullar uluslararası uygulamalarda da kabul gördüğü üzere yedi başlık altında toplanabilir. Mükerrirliğin önemli nedenlerinden biri olan cezaevi sisteminin içinde bulunduğu bozukluk olduğu düşünüldüğünden bu başlıkları kısaca aktarmayı uygun gördük. İyi bir cezalandırma için a) Cezanın asıl işlevi bireyin tutumunu dönüştürmektir (*ıslah ilkesi*). b) Mahkûmlar eylemlerinin cezai ağırlığına, yaşlarına, suça yatkınlıklarına göre soyutlanmalıdır (*sınıflandırma ilkesi*). c) Mahkûmun bireysel durumuna göre ceza değişebilmeli ve çeşitlenebilmelidir (*cezaların çeşitlenmesi ilkesi*). d) Çalışma mahkûmların toplumsallaştırılmalarının esas parçalarından biri olmalıdır (*zorunlu ve hak ilkesi olarak çalışma ilkesi*). e) Mahkûmun eğitimi hem toplumun çıkarına olan zorunlu bir önlem hem de mahkûma karşı bir yükümlülük olarak kamusal gücün bir parçasıdır (*cezaevi eğitimi ilkesi*). f) Cezaevlerinde donanımlı personel çalıştırılması (*mahkuma teknik yardım ilkesi*). g) Hapisten çıkan mahkuma destek ve yardım sağlanması (*ek kurumlar ilkesi*). Ayrıntılı bilgi için bkz. FOUCAULT: s. 390-393.

¹⁹⁵ Alman Ceza Yasasında düzenlenen bu husus için bkz. NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara 1997, s. 261.

¹⁹⁶ Özel tekerrür kavramı yerine ağır tekerrür kavramı kullanılabilir. Bkz. ANTOLISEI: s. 655; MANZINI: *Trattato*, s. 455.;DÖNMEZER/ERMAN: c.III., s.132.

¹⁹⁷ Genel tekerrür kavramı yerine basit tekerrür kavramı da kullanılabilir. Bkz. ANTOLISEI: s. 655; MANZINI: *Trattato*, s. 455; ÖNDER: s. 669.;DÖNMEZER/ERMAN: c.III.132.

Özel tekerrür sistemini savunan hukukçulara göre, cezanın artırılmasının temel nedeni cezanın yetersizliğidir. Cezanın etkisizliğinden (yetersizliğinden) bahsedebilmek için, önceki suçun sonraki suça benzemesi gerekir.¹⁹⁹ Tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasının amacı suç itiyadını önlemektir. İtiyat aynı ya da benzer suçlar arasında olabilir. Öyleyse tekerrür sadece yasanın aynı hükmünü ihlal eden aynı suç veya birbirine benzer suçlar arasında söz konusu olabilir.²⁰⁰ Faile karşı ancak bu halde ceza artırımına gidilebilir.²⁰¹

Önceki suçtan farklı bir suç işleyen suçlu aynı suçu işlemeyerek önceki suçu işleme konusundaki eğiliminden kurtulduğunu kanıtlamış olur. Cezadan beklenen amaç yerine gelmiş, fail ‘o’ tür suçları işlemekten alıkonmuştur. İkinci suç işlenince bu suç için verilecek ceza, bu suçu işleme eğilimini gidermeye yeterli gelebilecektir. Öyleyse ikinci suçun cezasını tekerrürden dolayı artırmakta zorunluluk yoktur, bu zorunluluk ancak özel tekerrür halinde ortaya çıkar.²⁰²

Sonuç olarak tekerrürden dolayı cezanın artırılmasının politik ve ahlaki nedeni, cezanın yetersizliğidir. Aynı türden suç işleyene daha fazla ceza uygulamak, suçlunun ıslahını sağlayacak ve suçlu kimliğinin fail tarafından benimsenmesi önlenebilecektir. Tekerrürden bahsedebilmek için aynı kaynağa sahip itici güce (aynı türden suça) gereksinim vardır. Her bir suç için geçerli olabilecek genel bir tekerrür uygulaması olamaz. Genel olarak tekerrüre ilişkin ilkeler değil, her farklı türden suç

¹⁹⁸ TEKİN, Nuh: “Tekerrür”, AD, 1986, S. 1, s. 48; EREM: **Tekerrür Hakkındaki...**, s. 194; TANER, Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, B. 3, İstanbul 1939, s. 485; MANZINI: **Trattato**, s. 455-456

¹⁹⁹ Vismara önceki suçla sonraki suçun aynı türden olması gerektiğini ilginç bir örnekle açıklar. Midesinden rahatsız olan kimsenin çok fazla yemek yiyip, ölçüsüzce içmesi sonucunda gastritinin azması noktasında içmek ve yemek arasında bir bağ yoktur. Bu bağlamda Tecavüz suçu ile hırsızlık suçu arasında da bir bağ yoktur. Bkz. VISMARA: s. 46.

²⁰⁰ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 132; EREM, Faruk: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. I, 8. Bası, Ankara 1968, s. 681.

²⁰¹ TANER: s. 485; RICCIO: s. 1057.

²⁰² DÖNMEZER/ERMAN: c. III., s. 132-133. Vismara bu durumun İtalyan ceza hukukunun tarihi gelişimine de uygun olduğunu savunur. Bkz. VISMARA: s. 46.

için özel ilkeler yerleştirmek daha doğru olur. Eğer tekerrürden beklenen, cezanın ‘tehdit’ unsurunun yeteri kadar çalıştırılabilmesi ise, bunun genel tekerrür ile sağlanamayacağı açıktır. Değişik suçlar işleyen insanları aynı ceza ilkeleri ile cezalandırmak, bir ceza adaletsizliği sorununu ortaya çıkarır. Örneğin küçüğün işlediği suçla erişkin kimsenin işlediği suç aynı ceza ile cezalandırılmaz.²⁰³

Genel tekerrürden yana olanlar ve öncelikle pozitivistler, failin ikinci kez, ceza yasasının her hangi bir hükmünü ihlal etmesinin, kişinin zararlı olduğunu anlatmak için yeterli geleceğini savunurlar.²⁰⁴ Önceki ve sonraki suçların aynı veya farklı türden suçlar olmaları zorunlu tutulamaz. Nitekim genel tekerrür özel tekerrürü içine alır, kapsar. Tekerrür kurumunu sadece özel tekerrür için düşünmek doğru değildir. Özel tekerrürü kabul eden ve savunanların ileri sürdükleri itiyat sorununu ise, belirli bir fiili tekrarlamak şeklinde değil, yasayı ihlal itiyadı şeklinde anlamak gerekir.²⁰⁵

Tekerrür uygulaması için, hangi türden olursa olsun kesin hükümle mahkûm olunmuş yeni bir suç işlenmesi yeterlidir. Böylece yeni suçtan dolayı uygulanacak cezanın asgari sınırdan uygulanmasının önüne geçilmiş olunacaktır.²⁰⁶

Tekerrür uygulaması ile ulaşılmak istenen temel amaç, failin kişiliğine uygun cezayı bulabilmektir. Örneğin daha önce hırsızlık suçunu işleyen kimsenin adam öldürme suçunu işlemesi halinde, bu kişide ne ‘doğruluk’ ne ‘merhamet’ duygusunun olmadığı, yani kişinin bütün iyi duygulardan yoksun olduğunu kanıtlamış olduğu düşünülür.²⁰⁷

²⁰³ VISMARA: s. 50-52.

²⁰⁴ TANER: s. 485; GAROFALO: s. 310.

²⁰⁵ EREM: GH, s. 681; DÖNMEZER/ERMAN:cIII, s. 133.

²⁰⁶ MANZINI: *Trattato*, s. 453.

²⁰⁷ GAROFALO: s. 312.

Tekerrürün önem kazandığı bir başka nokta da, suçluları sınıflandırmaya yaramasıdır. Amaç ilk defa suç işleyenle mükerrir suçluya aynı cezanın uygulanmasının önüne geçebilmektir. Çünkü hangi türden olursa olsun aynı kişi tarafından işlenen ikinci suç, önceki suça uygulanan cezadan beklenen amaca ulaşamadığının kesin göstergesidir.²⁰⁸ Önce işlediği suçtan başka bir suç işleyen kimsenin, bir suç türünde suçları işlemekten vazgeçtiğini, ilk cezanın bu itiyadı yok ettiğini söylemek olanaklı değildir. Farklı suç işleyen, koşullar onu gerektirdiği için bu yeni suçu işlemiştir. Sonuçta cezanın soyut ıslah etkisi her suç için aynıdır.²⁰⁹

Özel tekerrür- genel tekerrür ayırımı teorik açıklamalar açısından gereklidir. Ancak böyle bir ayırımdan, her iki tekerrür açısından büyük değişiklikler çıkarmak olanaklı değildir. Zira ilk suç her zaman ilk suç olarak kalır. Tekerrürün temeli önceki ceza mahkûmiyeti değil, önceki suçun işlenmiş olmasıdır. Özel tekerrür- genel tekerrür ayırımı uygulamada özel tekerrür halinde cezanın daha fazla artırılması sonucunu doğurur.²¹⁰ Aynı tür suçu işlemekte ısrar edenler daha tehlikeli sayılabilir.²¹¹

Her iki tür tekerrür sistemi dışında uygulanan bir üçüncü sistem ise karma sistemdir. Daha önce suç işleyip mahkum olduktan sonra tekrar suç işleyen kimse mükerrir sayılmalı ve cezası artırılmalıdır. Ancak önceki suç ile sonraki suç aynı veya aynı türden ise ceza daha fazla artırılmalıdır.²¹² Nitekim TCK. sistemi de böyledir.

²⁰⁸ GAROFALO: s. 312.

²⁰⁹ DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 133.

²¹⁰ Bu görüşün aksini savunanlara göre, hırsızlıktan ceza gördükten sonra ırza geçen, daha sonra adam öldüren kimse, her türlü kötülüğe eğilimli olduğunu göstermiştir. Bu nedenle genel tekerrür toplum için özel tekerrüre oranla daha tehlikelidir. Dolayısıyla genel tekerrürün özel tekerrüre göre daha ağır cezalandırılması gerekir. Trebutien'in görüşü için bkz. FLORIAN: s. 372.

²¹¹ FLORIAN: s. 372.; Genel ve özel tekerrür sistemleri farklı ülkelerde uygulanmaktadır. Fransız ve Belçika yasaları ağırlıklı olarak genel tekerrürü uygularken İsviçre, Avusturya, Norveç, Yunanistan yasaları özel tekerrürü uygulurlar. Bkz. FLORIAN: s. 373-374.; Fransa uygulaması için bkz. VIDAL/MAGNOL: s. 327-328.

Genel-özel tekerrür ayrımı pozitivistler tarafından eleştirilmiştir. Onlara göre, ikinci suçtan dolayı oluşan ‘tehlikelilik’ durumu somut olaya göre belirlenmelidir; yoksa genel- özel tekerrür ayrımına göre değil. Genel- özel tekerrür ayrımı kişiliğin belirlenmesi açısından önemlidir. Ancak özel tekerrüre cezayı daha fazla artırıcı bir değer tanınması doğru değildir. Özel tekerrür halinde cezayı daha fazla artırıp artırmamak konusunda yargıca takdir yetkisi verilmelidir.²¹³

Genel- özel tekerrür ayrımında tartışılmış olan konulardan birisi de suçları ayırma sistemidir. Bu sisteme göre ağır suçlarda genel tekerrür, hafif suçlarda özel tekerrür kabul edilmelidir. Çünkü ağır suçlarda suç itiyadı, suçlar arasında ayrılık ya da benzerlikten daha çok suçlunun yasayı ihlal iradesindeki ısrarcı halinden ortaya çıkar. Bu sisteme göre, hırsızlık yapan fırsatını bulursa yangın çıkartır, adam öldürür. Bu gibi hallerde saldırı araçları farklı olduğu için suçluyu daha az tehlikeli değil, aksine çok daha fazla tehlikeli kabul etmek gerekir.²¹⁴

B.GERÇEK TEKERRÜR- VARSAYILAN TEKERRÜR

Tekerrürün uygulamasında çeşitli yasalar bakımından dikkati çeken önemli bir farklılık, tekerrürün varlığı için önceki cezanın çekilmiş olmasının şart koşulması ile sadece mahkûmiyetin kesinleşmesinin yeterli sayılmış olmasıdır.²¹⁵ Önceki cezanın tamamen çekilmiş olmasından sonra ikinci suçun işlenmesi halinde gerçek tekerrür; önceki suçun sadece kesinleşmiş olmasından sonra yeniden suç işlenmesi halinde ise varsayılan tekerrürden söz etmek mümkündür.²¹⁶

²¹² EREM: GH, s. 681.; Karma tekerrür sistemini uygulayan ülkelere Polonya, Bulgaristan, İtalya örnek olarak gösterilebilir. Bkz. FLORIAN: s. 374.;Türk uygulamasının kabul ettiği sistem de karma sistemdir. Bkz. EREM: GH, s. 683.

²¹³ DÖNMEZER/ERMAN:c.III, s. 133-134; FLORIAN: s. 371-373.

²¹⁴ EREM: GH, s. 681-682.

²¹⁵ Ceza yasamız açısından hangi sistemin geçerli olduğuna ilişkin yapılan tartışmalara ‘Tekerrürün Koşulları’ başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

Gerçek tekerrür sistemini savunanlara göre²¹⁷, kesin bir mahkumiyetten sonra ancak infazdan önce suç işleyen kimse, sadece yasayı hiçe saydığını ortaya koymuş olur ve bu durum ikinci suçun cezasının artırılmasını haklı göstermez. Daha önce suç işleyen, tekrar suç işleyerek yasayı ve yargıcı küçümsemiş olsa da, ceza infaz edilmiş olsa idi farklı davranma olasılığının da daima var olduğu bir gerçektir.²¹⁸

Verilen ceza ile amaç edilen şey, her hangi bir kriminolojik etki ile suç işleyen kimseyi ıslah ederek onu topluma iyi bir yurttaş sıfatıyla tekrar kazandırmaktır. Cezanın infazı ile amaç edilen suçlunun uslanmasıdır.²¹⁹ Cezanın infazına rağmen suç işleyen kimse yasayı, yargıcı ve cezayı hiçe saymış olur. Böyle bir kimse cezaya karşı hissizdir ve toplumun daha etkili bir savunma çaresine başvurma hakkı ortaya çıkmış olur.²²⁰ Bu halde ceza artırılabilir. Zira bir mahkûmiyet hükmünün meydana getireceği ‘uyarı’nın cezanın çekilmesi ile yaşanacak acıya benzetilmesi sadece bir varsayımdan ibarettir.²²¹ Bu varsayım belki tesadüfen suç işlemiş olan suçlu için geçerli olabilir. Yani kişi infazdan kaynaklanan şiddet ve acıyı duymadan sırf mahkumiyet hükmünün etkisi ile pişmanlık içinde ‘ıslah’ olmuş olabilir. Ancak cahil ve cezaevine de girmemiş olan kimsenin cezanın verebileceği acı ve ıstırapı duyabilmesi olanaklı değildir. Sonuç olarak bir suçlunun ahlaki kötülüğünden bahsedebilmek için ilk suçun cezasının infazından sonra yeni bir suç işlemesi gerekir.²²²

²¹⁶ TEKİN: s. 48; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 129; FLORIAN: s. 371; VISMARA: s. 57.

²¹⁷ Gerçek tekerrür sistemini savunanlar, kişinin cezanın yetersizliğinden dolayı tekrar suç işlediğini düşünürler. Bu sistemi savunanlar arasında Carrara, Canonico, Brusa, Crivellari sayılabilir. Bkz. FLORIAN: s. 371.

²¹⁸ DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 130; TANER: 483. Tekerrür uygulaması için en azından cezanın çekilmeye başlanmış olması gerekir. Günlük beş kırbaçtan bir aylık cezaya çarptırılan bir kimse, on beşinci günde bir aylık cezayı tahmin edebilir. VISMARA: s. 57.

²¹⁹ TAN, Hadi: “Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır”, AD., 1945, S. 4, s. 339; TEKİN: s. 48; TANER: s. 483.

²²⁰ DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 130.

²²¹ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 632.

Tekerrürün niteliğini ‘suçun ağırlığı teorisi’ ile açıklayan ceza hukukçuları, cezanın çekilmiş olması şartını aramazlar.²²³ Zira hareket noktaları cezanın yetersizliği değildir. Varsayılan tekerrür sistemine göre, ilk mahkumiyetin kesinleşmiş olması yeterlidir. Cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.²²⁴ Cezanın infazını şart koşabilmek için her şeyden önce, cezanın insanları uslandırıcı ve yeniden suç işlemekten alıkoyucu bir işlevi olduğunu kanıtlamak gerekir. Suçlunun ıslahı yasa koyucu açısından bir umuttur. Mutlak bir gerçek değildir. Kaldı ki, tekerrür önceki cezanın yetersizliği nedenine dayandırıldığı takdirde, ikinci suçun cezasını artırabilmek için daha önce işlenen suçla yeni suçun aynı türden olmasını şart koşmak gerekir.²²⁵

Daha önceki cezanın çekilmiş olması şartının kabul edilmesi halinde bir takım rahatsızlıklar meydana gelir. Örneğin bu durum, cezanın infazından kaçarak daha tehlikeli bir hal gösteren kimseyi ödüllendirmek olur.²²⁶ İştirak halinde suç işleyen iki şerik aynı cezaya mahkum olduktan sonra, birisi çağrı üzerine gelerek cezasını çekmiş diğeri kaçmış olsa ve her ikisi birden yeniden bir suç işlese, cezasını çeken mükerrir sayılacak, diğeri mükerrir sayılmayarak, cezasını çekmediği halde lehine ayrıcalıklı bir durum yaratılmış olacaktır. Benzer bir durum, cezasını henüz çekerken suç işleyen kimse için de söz konusudur.²²⁷

²²² DİRİL, Ziya: “Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Tekerrüre Esas Tutulan Cezanın Çektirilmiş Olması Şart Mıdır?”, AD., 1945, S. 3, s. 231.; Gerçek tekerrür sistemin kabul eden yasalar arasında Yunanistan, Avusturya, Danimarka ceza yasaları sayılabilir. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 633.

²²³ Varsayılan tekerrür sistemini savunanlar arasında Pessina, Impallomeni, Conti, Manzini sayılabilir. Bkz. FLORIAN: s. 371.

²²⁴ FLORIAN: s. 371; TEKİN: s. 48; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 633.

²²⁵ DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 130.

²²⁶ FLORIAN: s. 371; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 131; ANTOLISEI: s. 655.

²²⁷ KUNTER, Nurullah: “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir” AD., 1945, S. 1, s. 13-14.; Varsayılan tekerrür sistemini uygulayan ülkeler arasında İtalya, Arjantin, Brezilya ceza yasaları sayılabilir. Bkz. EREM: GH, s. 633.

C.SÜRELİ TEKERRÜR- SÜRESİZ TEKERRÜR

Cezanın infazından sonra, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için belirli bir sürenin geçmemiş olması gerekli midir; yoksa her hangi bir süre belirlenmeden, ikinci suç ne zaman işlenirse işlensin tekerrür hükümleri uygulanabilmeli midir? Bu sorunun yanıtını ceza hukukunda süreli-süresiz tekerrür ayrımı verir. Yani kişi, birinci mahkûmiyete uğradıktan sonra belirli bir süre içinde ikinci suçu işlemesi halinde, tekerrür hükümlerinin uygulanmasını kabul eden sisteme ‘süreli tekerrür’; buna karşın, ilk mahkûmiyet kararından itibaren ne kadar süre geçerse geçsin ikinci suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin işlenmesini kabul eden sisteme ‘süresiz tekerrür’ sistemi denir.²²⁸

Süreli tekerrür taraftarlarına göre, belirli bir süre geçtikten sonra, infaz edilmemiş mahkûmiyetin infaz hakkı düşüyorsa, mahkûmiyetin üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra artık tekerrüre esas olamayacağını kabul etmek zorunludur. Çünkü tekerrür süresinin dayandığı ilkeler ile ceza zamanaşımının dayandığı ilkeler²²⁹ aynıdır.²³⁰

Belirli bir süre geçtikten sonra tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağını savunanlara göre, birinci suçtan sonra verilen cezanın etkisi sonsuz değildir. Zamanın geçmesi ile ilk mahkûmiyet dolayısıyla çekilmiş olan cezanın etkisi giderek azalır. Ve nihayet belli bir süre geçtikten sonra bu etki tümüyle kaybolur. Bu süre sonunda, fail yeni bir suç işlemiş ise, bu suçun nedeni ile önceki mahkûmiyet arasında her hangi bir ilgi ya da bağlantı kurulması doğru değildir. Önceki

²²⁸ TANER: s. 484; ÖNDER: s. 665; EREM/DÖNMEZER: c.III., s. 134.

²²⁹ Ortada kesinleşmiş bir ceza mahkumiyeti olmasına karşılık, mahkumun ele geçmemesinin infaz yetkisini kaldıracağını kabul etmenin mahkumu kaçmaya, toplumu endişeye sevk edeceği yönündeki eleştiriye karşın toplumun unutulmuş bir suçun cezasının çektirilmesinden de rahatsızlık duyacağı ve hatta mahkuma acıyacağı, geciken infazın artık topluma bir yarar sağlamayacağı ileri sürülerek ceza zamanaşımı kurumu hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Bkz. CENTEL: s. 671-672; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 642.

²³⁰ MAJNO, Luigi: Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 1977, s. 443; EREM: **Tekerrür Hakkındaki...**, s. 193.

mahkûmiyet, önleyici etkisini faili belirli bir süre suçtan uzak tutarak göstermiştir. Failin bu süreden sonra yeni bir suç işlemesi durumunda, sadece suçun normal cezasının verilmesi yeterli olacaktır.²³¹

Mahkûmiyete ilişkin hükümden veya infazdan sonra belirli bir süre geçtikten sonra, ikinci bir suçun işlenmesi halinde, failde ahlaki zayıflığın fazla ve failin yasayı küçümsemeye ısrarlı olduğu varsayımında bulunulamaz. Uzun süre iyi halde yaşayan kimse, geçmişte yasanın bazı müeyyidelerine tabi tutulmuş olsa bile, kısa süre içinde tekrar suç işleyen kimse ile bir tutulmamalıdır.²³² Nitekim, mükerrirlerin çoğunluğunun, mahkûmiyeti izleyen çok kısa bir zaman dilimi içinde tekrar suç işledikleri istatistiklerle belirlenmiştir.²³³

Süresiz tekerrür sistemini savunanlara göre, suç ne zaman işlenmiş olursa olsun, failin cezasını tekerrürden dolayı artırmak gerekir. Pozitivistlerin savunduğu bu sisteme göre, belirlenen süre keyfidir, önemli olan suçun belirli süre içinde değil hiç işlenmemesidir. Belirli bir sürenin geçmesi, geçmişte yaşanan fiillerin ortadan kalkması anlamına gelmez. Suçlunun ilk suçundan itibaren uzun süre yeniden suç işlememiş olması, daima suçlunun dürüstlüğüne karine oluşturmamalıdır.²³⁴

Zamanaşımı kurumundan hareketle tekerrürün de süreli olması gerektiği savunusu yeterli değildir. Bir kere zamanaşımının varlığı bile ceza hukukçuları arasında tartışmalıdır. Ayrıca zamanaşımı ile zayıflayan ve etkisini kaybeden somut olaylardır. Mükerrirlik ise, psikolojik bir etkinin meydana getirdiği ahlak düşüklüğüne işaret eder. Kaldı ki bir kimse çektiği cezayı hiçbir zaman

²³¹ TANER: s. 484; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 134-135; TEKİN: s. 48.

²³² TANER: s. 484; MAJNO: s. 443; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 642.

²³³ VIDAL/MAGNOL: s. 315; ÖNDER: s. 666.

²³⁴ MAJNO: s. 443; ÖNDER: s. 666; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 643.

unutmamalıdır. Zira bu ceza ona belirli bir süre için değil bütün yaşamı boyunca suçtan uzak durması için verilmiştir.²³⁵

Süresiz tekerrür sistemini savunanlardan *Garofalo*'ya göre, belirli bir süre suç işlememiş olan kimse kendisine uygulanan müeyyidenin etkisiz kalmadığını göstermiş olmaz. Her şeyden önce hukukun temel varsayımı bir suçtan mahkûm olmuş kimsenin işlediği suçun, o kişinin işlediği ilk suç olduğudur. Böyle bir varsayım kabul edilecek olsa bile kişi, uzun süre sonra tekrar suç işleyerek kendisinde ahlaki bir zayıflığın olduğunu ve eline geçen ilk fırsatta suç işleyebileceğini kanıtlamaktadır. Belirli bir süre suç işlemeyip bu süre geçtikten sonra suç işleyen kimseye teşekkür etmek ve bundan dolayı bu kimseyi ödüllendirmek mi gerekir?²³⁶

Süreli ve süresiz tekerrür sistemlerinden tek başına birini kabul etmek yerine, her iki sistemin de uygulanması gerektiğini savunan ceza hukukçuları da vardır. *Carrara*'ya göre bu iki sistemi bağdaştırmak olanaklıdır. Asıl olan süresiz tekerrür sistemidir. Ancak önceki suç ile yeni suç arasındaki zaman uzadıkça cezanın artırılma oranı azaltılmalıdır.²³⁷

D.ULUSAL TEKERRÜR- ULUSLARARASI TEKERRÜR

Bir ülkede verilen bir mahkumiyet kararından sonra, kişi bir başka ülkede yine suç işlerse ne olacaktır? Tekerrürden dolayı ceza artırılacak mıdır? Ulusal tekerrür sisteminde, tekerrüre esas olan mahkumiyet sadece ulusal mahkemeler

²³⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 643; DÖNMEZER/ERMAN:c.III, s. 135; TANER: s. 484.

²³⁶ GAROFALO: s. 312-313; FLORIAN: s. 375.

²³⁷ DÖNMEZER/ERMAN:c.III, s. 135-136; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 664. Bu teoriyi eleştiren Puglia, 'cezanın yetersizliği teorisi ile bu görüşü bağdaştırmak olanaklı değildir.' der. Son suçun önceki suça yakınlığının, verilecek cezaya etkili bir hal sayılması çelişkilidir. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 644.

tarafından verilmiş olandır. İlk suçu işleyen kimse daha sonra başka bir ülkede suç işlerse, önceki mahkûmiyeti dikkate alınmaz ve fail, ilk defa suç işlemiş kimse gibi ceza görür.²³⁸ Ulusal tekerrürü savunanlara göre, ‘egemenlik’ kavramının ulaşabildiği nokta ülkenin ulusal sınırlarıdır ve kendi toprak parçasıdır. Başka ülkelerin yasalarından hareketle tekerrür hükümlerini uygulamak, egemenlik kavramı ile çelişecektir.²³⁹

Uluslararası tekerrür sistemini savunanlara göre önemli olan ‘değer’ kavramıdır. Onlara göre egemenlik kavramından kaynaklı ‘düzen’ yerine ‘değer’ tartışmaları da çok önemli değildir. Elbette ‘değer’ savunulurken ‘düzen’den uzaklaşılmalıdır. Ancak önemli olan ‘öz’dür; özün korunmasıdır., tekerrür uygulaması tüm ülkelerde aynı olmalıdır. Nitekim zararın yarattığı etki, ‘tehlikeli hal’ ülkeden ülkeye değişmez. Örneğin farklı ülkelerde, hırsızlık suçu işleyen bir kimse her seferinde ilk suçlu gibi mi ceza çekecektir?²⁴⁰

Uluslararası tekerrür sistemi önceki mahkûmiyet hükmünün yabancı mahkemeden ya da ulusal mahkemeden verilmesi arasında fark görmez. Sisteme göre, bir ülkede verilen mahkûmiyet hükmünün, başka ülkelerde tekerrüre esas olması gerekir.²⁴¹

E.ZORUNLU TEKERRÜR- İSTEĞE BAĞLI (TAKDİRİ) TEKERRÜR

Tekerrürün en önemli sonucu suçun cezasının tekerrürden dolayı artırılmasıdır. Bu artırmanın zorunlu mu yoksa isteğe bağlı mı olacağı ceza hukukçuları arasında tartışılmıştır. Zorunlu tekerrürü savunanlara göre, tekerrür için

²³⁸ TEKİN: s. 48.; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 136.

²³⁹ VISMARA: s. 78.

²⁴⁰ VISMARA: s.; 79-80. Uluslararası tekerrürü savunanların görüşleri için bkz. VISMARA: s. 78-91.

²⁴¹ TEKİN: s. 48; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 136.

yasada gösterilen koşullar ortaya çıkmışsa, suçlunun cezası zorunlu olarak artırılacaktır. İsteğe bağlı tekerrürü savunanlara göre ise, tekerrür zorunlu olamaz. Bir kimsenin mükerrir sayılması için yasanın öngördüğü sonuçların gerçekleşmesi yetmez. Yargıcın o kimseyi, mükerrir saymama yetkisi olmalıdır.²⁴²

Tekerrürün hukuki dayanağının sağlam olduğu düşünülüyorsa, tekerrür dolayısıyla ceza artırılması için tekerrürün varlığı yeterli olmalıdır. Cezanın artırılıp artırılmaması yetkisinin, yargıca bırakılmaması gerekir. Böyle bir yetkiyi yargıca tanımak, yasa koyucunun yetkilerini yargıca devretmek olur. Yargıcın takdirine güveniliyorsa yasa yapmaya da gerek yoktur. Zorunlu tekerrür sistemi ceza tehdidini daha etkin hale getirir. Mükerrir suçlu, kendisine ne tür bir ceza uygulanacağını bilir.²⁴³

Cezanın bireyselleştirilmesi ve kişiye uydurulmasını savunan pozitivistlere göre; cezanın verilmesini sadece yasaların çizdiği sınırlarla belirlemek, suçlunun kişiliğini önemsememek, sadece suça önem vermektir. Cezanın belirlenmesinde sadece suça önem vermek ve ‘suçlu yok suç var’ demek, ‘hasta yok hastalık var’ demektir.²⁴⁴ Her suç işleyenin bunu ne gibi nedenlerle, hangi koşullar altında işlediğini ve bununla birlikte her türlü olasılığı önceden bilebilmek olanaklı olsaydı, elbette yasaların çizdiği sınırlarla bağlı kalarak hareket etmek doğru olurdu. Yargıç için bir takdir hakkı tartışması söz konusu olmazdı. Ancak bu olanaklı olmadığından mükerrir suçlular da dahil her türlü suçlu için yargıca, cezanın suçlunun kişiliğine uydurulması için takdir yetkisi tanınmalıdır. Nitekim pozitivist etki altında hazırlanan yeni İtalyan Ceza Kanunu, yalnız suçla ilgilenmemiş, suçlu olanlarla, bu anlamda çocuklarla, mükerrirlerle, itiyadi, profesyonel ve eğilimli suçlularla özel olarak ilgilenmiştir.²⁴⁵

²⁴²Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 653; VIDAL/MAGNOL: s. 318.

²⁴³Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 654.

²⁴⁴ VELDET: s. 28.

Tekerrürün isteğe bağlı bir şiddet nedeni olarak yargıcın takdirine bırakılması gerektiğini savunanlara göre, suçlunun ahlaki düşüklüğü, korkunçluğu hakkında yasanın koyduğu bir karinedir. Belli bir durumda işlenen suçun niteliği, kişiye bağlı bir takım nedenler, karinenin gerçeğe uymadığını göstermiş ise tekerrürden dolayı ceza artırılmamalıdır.²⁴⁶

İtalyan Ceza Kanunu'nda 1974 yılında yapılan değişiklikle tekerrür sistemi, zorunlu tekerrürden isteğe bağlı tekerrüre dönüştürülmüştür.²⁴⁷

Daha önceleri sadece cürümlerle kabahatler, taksirli suçlar arasında söz konusu olan (mülga YİCK 100. md.) isteğe bağlı tekerrür, her durum için geçerli oldu ve zorunlu tekerrürün yerini aldı. Böylece, 'mini reform' olarak adlandırılan değişikliklerle, İtalyan ceza hukuku düzenlemesi, tekerrür bakımından (da) pozitivist okul görüşlerine yaklaşmış oldu.²⁴⁸

III.GENEL TEKERRÜRÜN KOŞULLARI

Genel tekerrür, TCK.'nın 81. maddesinin birinci fıkrasında '*Bir kimse beş seneden ziyade süreyle bir mahkumiyete uğradıktan sonra, cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse, yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır*' şeklinde

²⁴⁵ RENDE: s. 71; VELDET: s. 29-30.

²⁴⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 655. Normun her durumda herkese aynı şekilde uygulanmasının önüne geçmek, sertliğini yumuşatmak için ve dolayısıyla zorunlu tekerrür uygulamasının önüne geçebilmek üzere YİCY'nin 57. maddesi 'suçların aynı olması hali ayırık olmak üzere, yargıç askeri suçlarla, ceza yasalarındaki suçları ayırık tutmak hakkına sahiptir.' der. Bkz. MANZINI: *parte generale*, s. 171.

²⁴⁷ 1974 yılında yapılan tekerrür hakkındaki değişiklikler için bkz. AMBROSETTI, Enrico: *Recidiva e Recidivismo*, Padova 1997.

²⁴⁸ CARACCIOLI: s. 597; ANTOLISEI: s. 657.

düzenlenmiştir. Mahkûmiyete konu olan suçla, sonraki suç arasında herhangi bir ayniyet aranmıyorsa ‘genel tekerrür’²⁴⁹ vardır.²⁵⁰

TCK’nun 81/1 fıkrasından anlaşılacağı üzere genel tekerrürün üç koşulu vardır. Bu koşullar, diğer tekerrür çeşitlerinin tümü için öncelikle bulunması gereken koşullardır. Bunlar; failin daha önce mahkûm olması koşulu,yeni bir suç işlenmiş olması koşulu ve yeni suçun belirli süreler içinde işlenmiş olması koşuludur.

A.FAİLİN DAHA ÖNCE MAHKÛM OLMASI KOŞULU

Bir tekerrür uygulamasından söz edilebilmesi için her şeyden önce failin daha önce bir suç işlemiş olması gerekir. Daha önce suç işlemiş olmak gereklidir ancak yeterli değildir.²⁵¹ Failin bu suçtan dolayı mahkum olması da gerekir. Tekerrür kurumu her şeyden önce şu hususu varsayar: Mevcut olarak yargılanmakta olan kişi, daha önceden bir ceza mahkûmiyetine uğramıştır.²⁵² Yani sonraki suçun aynı kişi tarafından işlenmiş olması yanında, önceki suçun cezası kesin hüküm ile netleşmiş olması gerekir. Kesin hüküm olmamış olsaydı, suçların içtimaidan bahsedilecekti. Suçların içtimaidan temel kural bütün suçlara ilişkin yargılamanın halen devam

²⁴⁹ Genel tekerrür için ‘basit tekerrür’ deyimi de kullanılmaktadır. Bkz. MANZINI:*Trattato*, s. 449; ANTOLISEI: s. 655.; Biz 81. maddenin başlığında geçen ‘genel tekerrür’ deyimini kullanmayı tercih ediyoruz.

²⁵⁰ MANZINI:*Trattato*, s. 449; ANTOLISEI: s. 655; RICCIO: s. 1051; MANTOVANI: s. 660; FLORIAN: s. 386.

²⁵¹ 7. CD. 14.9.1995 6268/137: ‘İlk cezanın kesinleşmesi halinde tekerrür şartları oluşmaz. İkinci kez düzenlenen para cezasına ilişkin zabıta belirtilen eylem ayrı bir suç oluşturur. Dolayısıyla böyle bir durumda tekerrürden söz edilerek katlamalı ceza tayini yasaya aykırıdır.’ (CENTEL: s. 504).; Nitekim kaynak Zanardelli projesinde, yasa metninde, kesin mahkûmiyet koşulunun bulunmamasının nedeni bu kaydın konulmasının gereksizliğinden ileri gelmiştir. Çünkü ortadan kalkması olanaklı bulundukça mahkûmiyet yoktur. Yasada mahkûmiyetten bahsedildiği zaman daima bu ifadeden kesin mahkûmiyeti anlamak gerekir. MAJNO: s. 442; MANZINI: *Trattato*, s. 450.

²⁵² MANTOVANI: s. 660; MANZINI: *Parte Generale*, s. 169; VIDAL/MAGNOL: s. 331.

ediyor olmasıdır.²⁵³ Hiç kimse yargılamanın herhangi bir aşamasında – ki buna temyiz de dahildir- suç işlemesi halinde tekerrür kapsamında değerlendirilemez.²⁵⁴

Tekerrür uygulaması için daha önceki mahkûmiyetin varlığının zorunluluğu konusunda herhangi bir tartışma yaşanmazken, bu mahkûmiyetin çekilip çekilmemesinin gerekliliği konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmaları yürütenlerin bir kısmı, mahkûmiyet hükmünün yeterli olacağını, cezanın infaz edilmesine gerek olmadığını savunurken²⁵⁵, diğerleri tekerrür uygulaması için mahkûmiyetin cezasının çekilmiş ya da cezasının düşmüş olmasını koşul olarak aramaktadırlar.²⁵⁶

²⁵³ MANZINI: *Parte Generale*, s. 168. Suçları içtimalı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL, Kayıhan: *Suçların İctimai*, İstanbul 1972; EREM, Faruk: *Suçların ve Cezaların İctimai Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki*, Ankara 1944.

²⁵⁴ MANZINI: *Trattato*, s. 450; UZUNHASANOĞULLARI, Sırrı: *Tekerrür ve İlgili Af, Adli Sicil, Sabıka, Eşkal ve Hüviyet Tespit Müesseseleri*, Ankara 1961, s. 22; HAFIZOĞULLARI: *Cezanın Tayin Edilmesi*, s. 480; CENTEL: s. 507; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1992, s. 563.

²⁵⁵ ANTOLISEI: s. 655; MANTOVANI: s. 660; MANZINI: *Trattato*, s. 449; FLORIAN : s. 382; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 154; EREM, Faruk: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir*”, AD, 1944, S. 10, s. 815; EREM, Faruk: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir II*”, AD, 1945, S. 5, s. 455; KUNTER, Nurullah: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir*”, AD, 1945, S. 1, s. 7; FINDIGİL, Yavuz: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmiş veya Düşmüş Olması Şart Mıdır?*”, AD, 1945, S. 3, s. 223; MAJNO: c. I, s. 441.

²⁵⁶ TANER: s. 485; TEKİN: s. 50; DİRİL: s. 229; TAN,: *Tekerrür Hükümlerinin*, s. 336 vd.; TAN, Hadi: “*Yine Tekerrür Meselesi*”, AD, 1945, S. 8, s. 775; ARDALI, Çetin: “*Müeccel Cezalarda İctima ve Tekerrür*”, AD, 1944, S: 6, s. 505-508; ARDALI, Çetin: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?*”, AD, 1944, S. 12, s. 1009-1013; ARDALI, Çetin: “*Müeccel Cezalardan Bir Tavzif ve Bir Dilek*”, AD, 1945, S. 6, s. 577-582; HAKER, Hakkı: “*Cürümde Tekerrür Recidive*”, AD, 1938, S. 10, s. 1587-1600; SİMAV, Şefik: “*TCK’da Tekerrür*”, AD, 1945, S. 12, s. 1309-1321; SİMAV, Şefik: “*Müeccel Cezalarda (İctima ve Tekerrür) Hakkında Ceza ve Tevhidi İctihat Heyeti Umumilerinden Çıkan İki Karar Üzerine Bazı Düşünceler*”, AD, 1943, S. 12, s. 1048-1051; BAYRAMOĞLU, Reşat: “*Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Mıdır Değil Midir?*”, AD, 1944, S. 12, s. 1002-1008; AYGÜN, Nevzat: “*TCK’da Tekerrür (81-88) ve Tecil (89-95)*”, AD, 1987, S. 7, s. 39-55; KARAOK, Hasan: *Teşebbüs, İştirak, İctima ve Tekerrür Hükümlerinin Tatbikatı*, Elazığ 1952, s. 141; GÜNAY, Erhan: *Cezada Tekerrür Uygulaması*, Ankara 1996, s. 29; ÖZTÜRK, Bahri: *Uygulamalı Ceza Hukuku*, B. 4, İzmir 1998, s. 368; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 1998, s. 564.

Uygulamamız bakımından başından beri öne çıkan görüş, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün tek başına yeterli olmadığı, cezanın çekilmiş ya da düşmüş olmasının gerektiği yönündedir.²⁵⁷

1.KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Türk Ceza Hukuku'nda tekerrürün geçerliliği bakımından ileri sürülen görüşler konusunda yapılan tartışmaları, tekerrürün uygulanabilirliği için önceki mahkûmiyetin cezasının çekilmesini gerekli görmeyip mahkûmiyeti yeterli görenler ve tekerrürün uygulanabilmesi için önceki mahkûmiyetin cezasının çekilmesinin gerektiği görüşünde olanlar şeklinde sınıflandırmak olanaklıdır.

a.Ceza Mahkûmiyetini Yeterli Görenlerin Dayanakları

Tekerrürün uygulanabilirliği için mahkûmiyeti yeterli görenler, yani varsayılan tekerrür sistemini savunanlar görüşlerini şu başlıklar altında savunmuşlardır:

aa.Tekerrür Sisteminde Yasanın Kabul Ettiği Süreler

Tekerrür uygulaması için cezanın çekilmiş olmasını arayanların dayanaklarından birisi TCK'nun 81 inci maddesinde yer alan '*Bir kimse beş seneden*

²⁵⁷ 4. CD. 29.12.1948 420/826: 'Eski mahkûmiyetlerin infaz tarihleri tetkik olunmaksızın 81 inci maddenin uygulanması yolsuzdur.' (GÖZÜBÜYÜK, A. PULAT: **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, 4. Bası, İstanbul, s. 345);

6. CD 10.11.1983 7451/8410 'İnfaz edilip edilmediği araştırılmadan, tekerrüre esas alınan önceki cezanın infaza verildiği belirtilen yazı ile yetinilerek tekerrür uygulaması yapılamaz.' (GÜNAY: s. 33);

4. CD 17.12.1996 8683/9696: 'Tekerrüre esas alınan geçmiş yükümlülüğün çektirilip çektilmediği saptanmadan TCK.'nun 81. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır.' (YKD. 1997, S. 3, s. 457);

2. CD 7.7.1987 4500/4688: 'İnfaz edilmiş... cezası bulunan sanığa hakaret suçundan verilen cezanın tekerrür nedeniyle artırılmaması bozmayı gerektirmiştir.' (ERDURAK, Yılmaz Güngör: **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, B. 1, Ankara 1984; s. 190);

ziyade müddetle bir mahkumiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene veya diğer cezalarda beş sene içinde suç işlediği takdirde tekerrür hükümleri uygulanır.' şeklindeki ifadedir.

TCK'nun tekerrür hakkında kabul ettiği süreler iki çeşittir. Bu iki çeşit süre arasında, bazı ceza hukukçularınca fark görülmemesinden dolayı, tekerrür uygulamasında cezanın çekilmiş olması koşulu aranmaktadır.²⁵⁸

TCK'nun tekerrür hakkında kabul ettiği sürelerden ilki tekerrürün uygulama alanını belirten tekerrür süresidir. Bu süre içinde suç işlendiği takdirde tekerrür hükümleri uygulanır. Diğerisi ise tekerrürün sonuçlanmasını belirlemek için kullanılan ölçü süresidir.²⁵⁹ Tekerrür süresi ile bu sürenin sonunu gösteren ölçü süresinin birbirine karıştırılmaması gerekir. Yasanın cezanın çekilmesinden veya düşmesinden itibaren başlattığı süre bu ikinci süre yani, tekerrür süresinin sonunu gösteren ölçü süresidir. Yasa asıl tekerrür süresini hükmün kesinleşmesinden başlatmıştır.²⁶⁰

Tartışılması gereken ölçü süresinin neden cezanın çekildiği ya da düştüğü andan başlatıldığıdır. Bilindiği üzere ceza yasası tekerrürü bir süre ile sınırlamış ve süresiz tekerrür sistemini kabul etmemiştir. Hal böyle olunca tekerrür süresinin ne zaman sonlanacağını belirlemek gerekir. Bu süre birinci suçun işlenmesinden, hükmün kesinleşmesinden veya cezanın çekilmesinden ya da düşmesinden başlatılabilir.²⁶¹

²⁵⁸ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5.

²⁵⁹ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5; Erem, tekerrürün sonunu belirleyen 'ölçü süresi' deyimini yerine 'sabit ölçü süresi' deyimini kullanır. Bkz. EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 455.

²⁶⁰ EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 454; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5; FINDIGİL: s. 223.

²⁶¹ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5; EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 455.

Tekerrür süresini, ilk suçun işlendiği andan başlatmak sakıncalıdır. Çünkü suçun işlenmesi ile suçlunun yakalanması ve cezaya çarptırılması arasındaki zaman çok değişebilir. Bu anlamda belirlenen sürenin on yıl gibi sabit bir süre olduğu varsayılırsa, derhal yakalanan bir suçluya tekerrür hükümleri uygulanabilecekken, yıllar sonra yakalanan suçluya tekerrür hükümlerini uygulama olanağı çok sınırlanmış ya da ortadan kalkmış olacaktır. Bu halde suçlu cezasını çekmekte iken ya da hiç çekmemiş iken, süre dolduğu için hakkında tekerrür dolayısıyla ceza artırımı yoluna gidilemeyecektir.²⁶²

Sabit ölçü süresini, yani tekerrür süresinin sonunu belli eden süreyi mahkûmiyetin kesinleştiği tarihten itibaren başlatmak sakıncalıdır. Suçun işlenmesinden sonra sürenin başlatılmasına ilişkin sakıncalar bu durumda da söz konusu olabilecektir. Çünkü mahkûmiyet kesinleşir kesinleşmez, her durumda suçlu yakalanıp da cezası infaz edilemez. Ayrıca suçluların mahkûm oldukları cezaların süreleri birbirinden farklıdır. Bu durumda, bir kısım mahkûm için, örneğin belirlenecek on yıllık süre ceza çekilmeden, bir kısmında ceza çekilirken, başka bir mahkûma çok kısa süreli cezasından yıllar sonra tekerrür hükümleri uygulanabilecektir. Bu durum tekerrür hükümlerinin rastlantısal uygulamasına neden olacaktır.²⁶³

Bu genel ve açık sakıncalara yol açmamak için tekerrür süresinin sonunu belirleyen sürenin ('en az sakıncalı'²⁶⁴ bir şekilde) cezanın tamamen çekildiği veya düştüğü tarihten başlatılması uygun olacaktır. Aynı şekilde kaynak Zanardelli yasası da tekerrür süresini hükmün çekilmesi anından başlatmıştır. Tekerrür süresinin

²⁶² KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5; FINDIGİL: 223.

²⁶³ EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 455; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 5; MANZINI: Trattato, s. 451.

²⁶⁴ Bu durumda da her hükmün yerine getirilmemesinden ileri gelen bir sakınca varsa da, infazın geç başlamasının nedeni genelde hükümlünün kaçması yüzünden olacağı için tekerrür süresinin kendi aleyhine uzamasından dolayı bir itiraz hakkı olmaz. Bkz. EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 455; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 6.

sonunu belli eden süre ise (sabit ölçü süresi) cezanın çekilmesi ya da düşmesinden başlayacak süredir. Nitekim bu yönde İtalyan Yargıtay kararları da mevcuttur.²⁶⁵

Tekerrür süresi olarak iki farklı sürenin belirlenmesinin nedeni, failin suç işlemesi ile yakalanması, mahkûm olması ve mahkum olması ile cezanın çekilmeye başlanması ve bitirilmesi arasında geçen farklı sürelerin dikkate alınmasıdır.²⁶⁶

Özetle tekerrürde sürenin sonunu belirlemek için kabul edilen beş ve on senelik sürelerin başlangıcı olarak infazın bittiği tarihi kabul etmek başka; tekerrür süresinin başlangıcı olarak hükmün kesinleştiği tarihi kabul etmek başkadır. Sonuç olarak tekerrür süresinin sonunu belli eden sürenin cezanın çekildiği günden başlaması bu tarihten önce, kesin hükümden sonra işlenen suçlar hakkında da tekerrür uygulanmasına engel değildir.²⁶⁷

Yasamıza göre mahkumiyetin kesinleştiği tarihten itibaren tekerrürün süresinin başlaması gerekir.²⁶⁸ TCK'nun 81. maddesi dikkatlice okunursa tekerrürün koşulu cezanın çekilmiş olması değil, suçlunun bir mahkûmiyete uğramasıdır. Nitekim maddede '*bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkumiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya cezası düştüğü tarihten itibaren*' denilmiştir. Cezanın çekilebilmesi doğal olarak ancak mahkûmiyete uğradıktan sonra olabilir. Bu durumda tekerrür hükümleri infazın gerçekleşmesinden sonra uygulanabilirse '*mahkûmiyete uğradıktan sonra*' ifadesinin gereksiz olduğunu kabul etmek gerekecektir. Eğer iddia olunduğu gibi cezanın çekilmesi zorunlu olsaydı, yasa koyucu birincisinden (mahkûmiyet) sonra olacağı kesin olan ikinci bir durumdan

²⁶⁵ MANZINI: *Trattato*, s. 451-452; EREM: *Tekerrürde Cezanın(II)*, s. 455.

²⁶⁶ KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 6.

²⁶⁷ MANZINI: *Trattato*, s. 451-452; KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 6.

²⁶⁸ Teorik olarak tekerrür uygulaması için cezanın çekilmiş olup olmaması tartışması ayrı bir tartışmadır. Yasanın aradığı sadece kesin hükümlü mahkumiyettir. EREM: *Tekerrürde Cezanın(II)*, s. 454

(infaz) itibaren başlatacağı süreyi açıklayabilmek için birinci durumdan bahsetmeye gereksinim duymazdı.²⁶⁹

Ayrıca, 81. maddenin yazılışı²⁷⁰ İtalyan sisteminden ayrılınmadığının göstergesidir. Kaynak İtalyan sisteminde, ne uygulama ne de doktrin, herhangi bir çelişkiye düşmeksizin ya da tartışmaya girmeksizin ceza çekilmese dahi kesin hükmün varlığını tekerrür için yeterli görmüşlerdir.²⁷¹ Tekerrür süresinin başlangıcını, kesin hüküm tarihi olarak gören yasa bu biçimiyle yalnız kaynak yasaya sadık olarak kalmamış aynı zamanda, çoğunluk ülkelerin²⁷² uygulaması yönünde sistemini oluşturmuştur.²⁷³

²⁶⁹ KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 7; EREM: *Tekerrürde Cezanın*, s. 815.

²⁷⁰ Bu konuda yazılıştan kaynaklı olduğu düşünülen yanlışlığı gidermek ve tekerrür süresinin kesin hükümden itibaren başlayacağını tartışmasız bir yasa hükmü haline getirebilmek için 1997 tarihli Ceza Kanunu Tasarısının 46. maddesi, *'Bir kişi cürümden dolayı beş yıldan fazla bir süreyle mahkumiyete uğradıktan sonra, bu mahkumiyet hükmü kesinleştiği veya ceza düştüğü tarihten sekiz yıl ve diğer cezalarda dört yıl...'* şeklinde hüküm koyarak durumu açık hale getirmek istemiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde Yargıtay'ın mevcut uygulaması eleştirilmekte ve varolan durumun infazdan kaçan suçlu lehine bir durum yarattığı ifade edilmektedir. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi/YENİSEY, Feridun: *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul 1998, s. 473; Toroslu, 1987 tasarısına karşı yaptığı 'eleştirisel' değerlendirmesinde, 'Yargıtay'ın artık süreklilik kazanmış olan fakat hiç de isabetli sayılamayan kararlarının aksine, sonraki suçun cezasının tekerrürden dolayı artırılması için, önceki cezanın çekilmiş veya infaz edilmiş olmasının gerekmeyeceği hükme bağlanmak istenmektedir. Ancak, 46 ncı maddede tekerrür sürelerinin başlangıç tarihi olarak 'hükmün kesinleştiği tarih' ile yetinilmemekte, ayrıca hiç gerek olmadığı halde 'cezanın düştüğü tarih'ten de söz edilmektedir. Bu sonuncu ibare tereddütlere ve karışıklıklara neden olabilecek niteliktedir. Sürelerin sadece 'hükmün kesinleştiği' tarihten başlayacağını söylemek yeterliydi.' Bkz. TOROSLU, Nevzat: *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s. 55-56.; 2000 tarihli Ceza Kanunu Tasarısında 'tekerrür' 48. maddede düzenlenmiş ve şu şekilde ifadelendirilmiştir; *'Bir kişi cürümden dolayı beş yıldan fazla süreyle bir mahkumiyete uğradıktan sonra, bu mahkumiyet hükmü kesinleştiği tarihten sekiz yıl ve diğer cezalarda dört yıl içinde'* böylece 2000 Tasarısı yazılıştan kaynaklanan yanlış anlama olasılığını kaldırmış olmaktadır.

²⁷¹ KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 7; EREM: *Tekerrürde Cezanın*, s. 815; FINDIGİL: s. 223-224.

²⁷² VIDAL/MAGNOL: s. 315-316; KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 7-8.

²⁷³ FINDIGİL: s. 225; KUNTER: *Tekerrürde Cezanın*, s. 8.

bb.Yasayı Hazırlayanların Çalışmaları

Ceza mahkûmiyetinin varlığını yeterli görenler, TCK'nun hazırlık çalışmalarına da atıf yaparlar. Buna göre; Türk yasa koyucunun İtalyan sisteminden yararlandığının bir önemli göstergesi de yasayı hazırlayanların kendi ifadeleridir. Yasa koyucunun hazırlık çalışmalarında kaynak yasanın sisteminden ayrıldığı yönündeki iddialar da bu anlamda geçersizdir.²⁷⁴ Nitekim ceza yasasını hazırlayan komisyon da tekerrür konusunda infazın aranmadığını açıkça söylemiştir.²⁷⁵

Meclise yasalaşması için gönderilen metin İtalyan Ceza Yasası'ndan aynen alınmıştır. Aynı şekilde ceza yasasının hazırlık çalışmalarında önce İstanbul'da kurulan komisyonun tekerrür konusunda önerdikleri metinle, Ankara'da, metinleri gözden geçirmek üzere kurulan komisyonun hazırladığı metin arasında fark yoktur. Eskişehir komisyonu 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasını kaynak tutarak tasarıyı hazırlamıştır ve bu tasarıda da tekerrür maddesi kaynak yasaya tam bir uyumla çevrilmiştir. Komisyonlar arasındaki fark, sadece metnin yazılışından kaynaklanmaktaydı. Yoksa komisyonlar arasında bir anlaşmazlık yoktu.²⁷⁶

²⁷⁴ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 9; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 157.

²⁷⁵ 13.5.1942 tarihli İçtihatları Birleştirme Genel Kurul toplantısında Ceza Yasası'nı hazırlayan komisyonun başkanlığını yürüten İhsan Ezgü'nün ifadeleri için bkz. KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 9.

²⁷⁶ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 9. Komisyonlar arasında bir fark olduğu iddiasının kaynağı Eskişehir Komisyonunca hazırlanan metinde '*Efali cinaiyeden biriyle sureti katiyede mahkum olan kimse gerek ceza infazından evvel veya infazı esnasında ve gerek müddeti cezaiyesini ikmal ettiği yahut cezanın sakıt olduğu tarihten itibaren 10 sene zarfında diğer bir cinayet işlerse kanunun serahati olmayan yerlerde mücrim hakkında kavaidi atiyeye tevfikeyen tespiti ceza olunur.*' şeklindeki ifadede kullanılan üçlü ayırmadır. Üçlü ayırımı kullanmak istemeyen ve kaynak İtalyan sisteminin ikili ayırımından yana olan Adalet Komisyonunun hazırlayarak meclise sunduğu ve kabul edilen metinde ise '*Bir kimse beş seneden ziyade bir mahkumiyeti cezaiyeye düçar olduktan sonra cezanın icra kılındığı veya sakıt olduğu tarihten itibaren 10 sene ve ahvali sairede beş sene zarfında diğer bir cürüm ika ederse*' şeklinde ifade kullanılarak ikili bir ayırım tercih edilmiştir. Yoksa komisyonlar arasında bir ayrışma, ilkesel bir farklılık yoktur. Tek fark yazıma ilişkindir. Bkz. EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 462-463

cc.Tekerrürle Cezaların İçtima Hükümlerinin Birlikte Uygulanması Olanaklıdır.

Tekerrürün, kesin hükümden itibaren uygulanacağını savunanlara karşı yöneltilen itirazların en başında tekerrürle içtimanın ayrı ayrı şeyler olduğu ve içtimanın bittiği yerden tekerrürün başlaması gerektiğidir. Ancak kaynak yasanın 76. maddesinde bulunup da birinci mahkûmiyete konu olan cezanın infazına başlanmadan veya infaz sona ermeden ikinci suçun işlenmesi halinde, içtima kurallarından önce tekerrür hükümlerinin uygulanacağına dair hükmün TCK'nun 77. maddesinde yer almaması yasanın sisteminde farklı bir sonuca varılacağı anlamına gelmez.²⁷⁷

6123 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde 77. madde içtima faslındadır ve hüküm kesinleştikten sonra fakat infaz bitmeden önce işlenen suçların eski ceza ile içtima ettirilmemesini emreder. İçtima hükümlerinin ne zaman uygulanacağını gösteren bir maddeye dayanarak tekerrürün uygulama alanı belirlenemez. Tekerrür alanını tekerrür faslındaki hükümlerle, yani 81. madde ile belirlemek gerekir. Ve bu madde ile kaynak yasadaki aslı arasında bir fark yoktur. Öte yandan tekerrür ile içtima birbirlerine zıt, yani birinin varlığı halinde ötekini uygulanmamasını gerektirir iki düzenleme değildir. Nitekim, ceza yasasında bu hükümlerden birinin olması halinde diğerinin uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme de yoktur. Bu nedenle bir kesin hükümlü mahkumiyet halinde, bu andan sonra veya infazın tamamlanmasından önce bir suç işlenecek olursa bu halde hem tekerrür hem de içtima hükümleri uygulanır. Böyle bir durumda eğer koşulları varsa

²⁷⁷ FINDIGİL: s. 226; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 11; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 157.; 77. madde ile kastedilen 6123 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halidir: 'Geçen maddelerde gösterilen kaideler, bir şahıs hakkında ceza hüküm olunduktan sonra bu şahsın hükümden evvel bir suç daha işlemiş olmasından dolayı tekrar muhakemesi iktiza eylediği takdirde dahi tatbik olunur.

İkinci suç hükmolunan cezanın katileşmesinden veya icrasına başlanmasından sonra işlenmiş olduğu takdirde içtimaa esas tutulan cezaya zam olunacak cezaların, geçen maddelerde gösterilen üçte iki; ikide bir ve beşte bir nispetleri o tertibe tevfikân dörtte üç, üçte iki ve üçte bire iblağ olunmak suretiyle ceza verilir.

Evvelki ceza ne olursa olsun bunu içtimaa esas tutacak mahkeme son suça el koyan mahkemedir'.

suçlunun cezası önce tekerrürden dolayı artırılacak sonra tekerrür nedeniyle artırılmış ceza, 77. maddede gösterilen oranlar ölçüsünde önceki ceza ile içtima ettirilecektir. Buradan hareketle ancak içtima uygulamasından sonra tekerrür uygulaması yapılır denemez. Şöyle ki, hüküm kesinleşinceye kadar geçen sürede birden çok suç işlenmesi durumunda tartışmasız içtima hükümleri uygulanacaktır. Fakat hüküm kesinleşip, infazına kadar geçen sürede hem tekerrür hem de içtima hükümleri uygulanacaktır.²⁷⁸

İçtima, suçlunun sorumluluğuna değil, ancak cezanın belirlenmesine etki ederken, tekerrür, suçlunun ‘tehlikeli’ durumunu gösteren ve koşulları olduğu durumda suçlunun sorumluluğunu dolayısıyla cezasını artıran bir haldir. Böyle bir durumda suçlunun sorumluluğuna etki eden olarak düşünerek, cezayı hafifletici bir neden olarak görmek yanlıştır.²⁷⁹ Dolayısıyla bu iki durumdan birinin varlığı halinde diğeri uygulanamaz demek, kurumların dayanakları olan teorik açıklamalar bakımından olanaklı değildir.²⁸⁰

Sonuç olarak, kaynak yasada olup da, TCK’nun düzenlemesine alınmayan hükme gelince, yasa koyucunun bu hükmü almayarak tekerrür ile içtimanın uygulama alanını ayrıştırmak istediği düşüncesi doğru değildir. Yasa koyucunun bu fıkrayı (öncelikli olarak ve gerektiği takdirde yeni fiil için tekerrürden kaynaklı şiddet nedeni dikkate alınır) almamasının nedeni, gereksiz bir tekrar olarak görmesindendir.²⁸¹

²⁷⁸ EREM: **Tekerrürde Cezanın**, s. 817; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 11; EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 456; CGK 16.12.1935: ‘Tekerrür hükümlerinin içtimadan evvel tatbik edilmesi hasıl olacak neticeye göre içtima yapılması lazımdır.’ (ALİCANOĞLU, Mahmut: **Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu**, İstanbul 1951, s. 310); İBK 19.4.1939 1/531: ‘Mükerrir olan suçlu hakkında verilip kesinleşen hükümden sonra 77 nci madde hükmünün uygulanmasını gerektirecek şekilde ikinci bir suç işlemesi halinde dahi tekerrür sebebiyle ilgili olduğu maddedeki oran içinde cezanın artırılması yasaya uygundur.’ (EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 657).

²⁷⁹ FINDIGİL: s. 226.

²⁸⁰ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 10-11.

²⁸¹ EREM: **Tekerrürde Cezanın**, s. 818; EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 456; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 11.

dd.Ağırlaşmış Özel Tekerrüre ilişkin hüküm

Tekerrür uygulaması için kesin hükmün gerekli ve yeterli olduğunun bir diğer kanıtı da 85. maddedir.²⁸² *Bu madde aynen ‘işlediği suçlardan dolayı her defasında üç aydan fazla olmamak üzere iki defa veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum olan kimse 81. maddede yazılı müddetler içinde yine şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini icap ettiren aynı cinsten bir suç işler ve göreceği cezanın müddeti 30 aydan aşağı olursa mezkur ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapiste 30 seneyi geçmemek kaydıyla üçte bir nispetinde artırılır.’* şeklindedir. 85. madde yalnız mahkumiyetten bahsetmiştir. Buradaki mahkumiyetin de kesin hüküm olarak anlaşılması gerekir.²⁸³

ee.Müebbet Ağır Hapse İlişkin Hüküm

Tekerrürden bahseden babta yer alan TCK 82. madde müebbet ağır hapse mahkûm olan kimsenin diğer bir cürüm işlemesi halinde tekerrürden dolayı cezanın nasıl artırılacağını göstermektedir. *‘Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan kimse diğer bir veya birkaç cürüm işlediği takdirde mahkumûn geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılması müddeti eğer sonraki cürmü veya cürümleri muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim ise bu cezanın ve bu cezalar mecmuunun sekizde birine, hapis cezasını müstelzim ise onda birine müsavi bir müddet uzatılır.’* O halde bu maddeye göre, müebbet ağır hapse mahkûm olan kimse yeniden bir cürüm işleyecek olursa mükerrir sayılabilecektir.²⁸⁴

²⁸² KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 10; FINDIGİL: s. 224.

²⁸³ EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 457-458.

²⁸⁴ EREM: **Tekerrürde Cezanın**, s. 819.

Müebbet ağır hapse mahkûm olan kimsenin işlediği suçun cezasının artırılması hakkındaki bu hükmü, bir içtima hükmü olarak düşünmeye olanak yoktur.²⁸⁵ Ayrıca ağır hapiste tekerrür hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını gösteren TCK 82. maddenin tekerrüre uygulanmasını gerektirecek ikinci cezanın müebbet hapis haline ilişkin olduğu da söylenemez. Zira yasada '*müebbet ağır hapse mahkûm olan kimse diğer bir suç işlediği takdirde*' denilerek birinci suçun cezasının müebbet ağır hapis olduğu açıkça gösterilmiştir.²⁸⁶ Özetle, müebbet ağır hapis cezasının tamamen çekilmiş olması olanaklı olmadığına göre tekerrür için cezanın çekilmiş olmasının zorunlu olmadığı noktasında TCK 85. madde de bir kanıttır.²⁸⁷

ff.Cezanın Ertelenmesine İlişkin Hüküm

Türk yasa koyucunun tekerrür süresini kesin hükümden itibaren başlatan İtalyan sisteminden ayrıldığına bir başka kanıtı da kaynak kanunda olmayan erteleme sürelerini yazarken de aynı sistemi koruması ve TCK 94. maddede erteleme süresi içinde işlenen suçun cezasının tekerrür dolayısıyla artırılabilceğini kabul etmesidir.²⁸⁸

TCK 94. maddeye göre yargıç, cezanın ertelendiğini mahkûma bildiren bir uyarıda bulunarak, tekrar suç işlemesi halinde, koşulları varsa tekerrürden dolayı cezasının artırılacağını suçluya bildirecektir. O halde bu düzenlemeye göre, ertelenmiş bir ceza tekerrüre esas olabilir. Ancak, cezanın çekilmesi gerektiği görüşünde olanlar, TCK 94. maddedeki hükmün bir istisna oluşturduğunu, tekerrür konusunda yasanın kabul ettiği sistem karşısında TCK 94. maddenin uygulama

²⁸⁵ Bunun en önemli göstergesi TCK'nun değiştirilmeden önceki 68. maddesidir. Madde, müebbet hapse mahkûm kimsenin içtima uygulamasını gerektirecek başka cezalarının da bulunması halinde içtimanın ne şekilde yapılacağını gösterir. Bkz. KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 12. TCK 68. madde değişikten sonra ilgili hususu TCK'nun 70. ve 73. maddeleri düzenlemektedir.

²⁸⁶ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 12.

²⁸⁷ EREM: **Tekerrürde Cezanın(II)**, s. 456.

²⁸⁸ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 13; FINDIGİL: s. 225.

olanağının bulunmadığını savunmuşlardır.²⁸⁹ Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararı ile bu son görüşe katılmış olup bu görüşünü halen sürdürmektedir.²⁹⁰ İlgili içtihadı birleştirme kararı ile TCK 94. madde fiilen ilga edilmiş sayılabilir. Çünkü tekerrür bakımından maddenin uygulanmasına olanak kalmamıştır.²⁹¹ Bu uygulama ise açıkça yasaya aykırıdır.

gg.Şartla Salıvermeye İlişkin Hüküm

Cezanın belirli bir kısmını çekmiş olan suçlular, diğer koşulları varsa şartla salıverilebilirler.²⁹² Bu şekilde salıverilenler cezalarının tamamını çekmemişlerdir. Eğer cezanın çekilmesi yani uslanma tekerrüre esas kabul edilecekse, uslandı diye şartla salıverilen bir mahkûmun salıverme süresi içinde suç işlemesi halinde mükerrir sayılmaması açıklanamaz.²⁹³ Ancak Yargıtay, şartla salıverilip de henüz asıl ceza süresi dolmadan yeniden suç işleyen kimsenin mükerrir sayılmayacağı fikrindedir. Yani Yargıtay şartla salıverme süresi içinde yeni suç işleyen kişi hakkında tekerrür hükümlerini işletmemektedir.²⁹⁴

²⁸⁹ HAKER: s. 1592; BAYRAMOĞLU: s. 1005. Cezanın ertelenmesi konusunda bkz. ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İstanbul 1963.

²⁹⁰ İBK 20.5.1942 31/14: ‘TCK’nun 95. maddesindeki kaydın ilişki olduğu tekerrür koşulları 81. maddedeki cezanın çektirilmesi veya düşmesi hallerinin gerçekleşmesi ile açıklanabilir. Cezanın çektirilmesi hali ertelenmiş cezada gerçekleşmeyeceğinden, tekerrür hükümlerinin uygulanmasında ertelenmiş cezaların dayanak olamayacağına karar verilmiştir.’ (GÜNAY: s. 63). Bu içtihadı birleştirme kararının tam metni ve eleştirisi için bkz. DÖNMEZER, Sulhi: **“Tecil olunan Cezalar ve Tekerrür”**, İHFM, 1943, s. 805-809.

2. CD 19.9.1989 6958/7740: ‘Sanığın tecilli mahkumiyeti nedeniyle hakkında TCK’nun 95/2 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden tekerrürden dolayı artırma yapılması kanuna aykırıdır.’ (GÜNAY: s. 62).

²⁹¹ EREM: **Tekerrürde Cezanın**, s. 818-819.

²⁹² Şartla salıverme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KAFES, Veli: **Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar**, Ankara 1998.; MENGÜÇ, Rıza: **Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri**, İstanbul 1975, s. 191vd.

²⁹³ EREM: **Tekerrürde Cezanın**, s. 819; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 14; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 159.

²⁹⁴ 4. CD 21.2.1949 514/1613: ‘ Sanığın meşruten tahliye ile kazandığı müddetin sonunu (yani bihakkın tahliyesi gereken tarihin) tahkiki ve sonucu itibariyle tekerrüre yer olup olmadığını takdiri gerekirken zühul olunması yolsuzdur.’ (GÖZÜBÜYÜK: s. 345). Şartla

hh.Cezanın Düşmesi

Cezanın çekilmiş olmasının yanında cezanın düşmesi de şart koşulmaktadır. Örneğin cezası zamanaşımı nedeniyle düşmüş bir kimsenin, cezasının yeterli gelmediği nasıl ve nereden anlaşılmıştır da bu kişi düşme tarihinden itibaren işleyeceği suçlar için mükerrir sayılacaktır? Kişi zamanaşımı süresi içinde kendiliğinden mi ıslah olmuştur?²⁹⁵ Bu durumda cezanın sadece çekilmesinden değil de bundan başka düşmesinden de söz eden TCK 81. madde hükmünü ayrı bir tekerrür koşulu olarak anlamayıp sürelerin başlangıcı olarak kabul etmek gereğinin yanında mahkûmiyet hükmünün infaz edilmesine de gerek olmadığını gösteren bir hüküm olarak kabul etmek gerekir.²⁹⁶

ii.Para Cezası

İki türlü asli cezaya karar verildiğinde, örneğin hürriyeti bağlayıcı bir cezadan başka bir de para cezasına karar verilmesi halinde, tekerrür uygulaması için infazı zorunlu tutmak, bu ikinci cezanın da sonuna kadar infazını gerektirir. Nitekim para cezaları da hürriyeti bağlayıcı ceza gibi asli cezadır.²⁹⁷ Ayrıca maliye tarafından tahsil edilen para cezalarının tahsili yıllarca sürmektedir. Eğer mahkûmiyetin infazı şart

salıvermeye ilişkin Almanya'da 1970'li yıllarda yapılan bir araştırmada şartla salıverilenlerin normal ceza infazı sonunda salıverilenlere oranla daha çok mükerrir oldukları belirlenmiştir. Şartla salıverilenlerin %50'si tekrar suç işlemiştir. Bkz. YENİSEY, Feridun: **"İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü"**, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara 2000, s. 249.

5.CD 5.6.1991 2576/3013: 'Sanığın önceki mahkumiyeti yerine getirilmediği, şartla tahliye süresi içerisinde suç işlediği halde, tayin edilen cezasının TCK'nun 81. maddesi ile artırılması kanuna aykırıdır.'(GÜNAY: s.64-65)

²⁹⁵ KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 15.

²⁹⁶ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 159.

²⁹⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 160.

10. CD 25.3.1992 684/3176: 'Hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte para cezası da bulunan hükümlülüğün tekerrüre esas alınabilmesi için her iki cezanın da infaz edilmiş olması gerektiğinden, sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte verilen ağır para cezasının infazı araştırılmadan cezanın TCK'nun 81. maddesi uyarınca artırılması bozmayı

koşulursa, tekerrür hükümleri uygulanamaz ya da uygulansa bile istisnai bir hal almak zorundadır.²⁹⁸

jj.İnfaza ilişkin bir tespit

Tekerrür uygulaması için cezanın infazının gerekli olduğu görüşünü savunanlar, infaz olmadan failin ıslah olup olmadığının anlaşılamayacağı görüşündedirler. Ancak bugüne kadar suç nedeniyle verilen ve infaz edilmiş bulunan cezanın gerçekten suçluyu ıslah edip etmediği anlaşılamamıştır. Bu nedenle tekerrürde cezanın infazının şart olarak aranması yersizdir.²⁹⁹ Elbette suçlunun ahlaki düşüklüğünün nasıl anlaşılabileceği, tekerrür dolayısıyla cezanın ne zaman artırılması gerekeceği tartışılabilir. Ancak sorunun doğru çözümü, felsefi ve sosyolojik tartışmalardan geçse dahi, pozitif hukuk düzenlemesinin içindedir.³⁰⁰

b.Tekerrür uygulaması için cezanın infazını zorunlu sayanların dayanakları

aa.Suçlunun Islah Olup Olmadığının Belirlenebilmesi İçin İnfaz Şarttır.

İnfaz olunan cezaya rağmen suçlunun ıslah olmaması hali onda varolan ahlaki kötülüğü gösterir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi, suçluda ahlaki kötülüğün var olduğu hallerde cezanın artırılması ve bu şekliyle ıslahın sağlanmasıdır. Cezaevine girmiş olmasına, çektiği acıya rağmen tekrar suç işleyen ahlaki kötülüğü açıkça anlaşılır. TCK tekerrür ile cezayı artırıcı hükümler koyduğuna göre, bu husus ancak ahlaki kötülüğü anlaşılan kişiye uygulanabilir. Yalnızca kesin

gerektirmiştir.’ (MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler** c. I, Ankara 1999, s. 660).

²⁹⁸ EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 457; KUNTER: **Tekerrürde Cezanın**, s. 15.

²⁹⁹ ÖNDER: s. 650; EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 456.

³⁰⁰ EREM: **Tekerrürde Cezanın (II)**, s. 460.

hükmün varlığı ile tekerrür kurumunun uygulanabilmesi durumunda, kanıtlanamasa dahi, cezanın kuram olarak ıslah ve terbiye niteliğinin mahkumiyete devredilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir sonucun ise ceza hukukunda kabul edilebilmesi olanaksızdır.³⁰¹

Ayrıca, kaçarak cezadan kurtulan kişi, aslında toplumsal olarak uyumsuz olandır. Aynı zamanda cezadan kaçmak doğaldır. Onu yakalamak ve ıslah olmasını sağlamak devletin görevidir. Kaçtı yakalanamadı diye, hareketi henüz suç oluşturmamışken ona daha kötü bir durumu uygun görmek doğru değildir. Ortada bir haksızlık varsa, o da infaz sisteminin gereği gibi işlememesidir, kusur toplumdur.³⁰²

bb.TCK'nun 81. Maddenin bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi Gerekir

TCK 81. madde tek başına bir müeyyide değildir. Belirli koşulların oluşması halinde ikinci suçu işleyen kimseye verilecek cezanın artırılmasına ve sonuç olarak daha ağır bir cezanın verilmesine neden olur. Ancak bu durumun oluşması için gereken koşullar şunlardır; bir mahkumiyet bulunacak, ceza çekilecek ya da düşecek ve üçüncü koşul ikinci suç beş veya on senelik süreler içinde işlenmiş olacak. Herhangi bir ceza kuralının uygulanabilmesi için o kuralı oluşturan yasal ve maddi unsurların tamamının değerlendirilmesi gerekir.³⁰³ Metni iki kısma ayırmak, birinci kısmı tekerrür süresi olarak kabul edip ikinci kısmı tekerrürün sonunu belirlemekte kullanmak yasanın ruhuna aykırıdır.³⁰⁴

³⁰¹ DİRİL: s. 120; ÖNDER: s. 650-651.

³⁰² SİMAV: TCK'da Tekerrür, s. 1320.

³⁰³ ARDALI: Tekerrürde Cezanın, s. 1009; TAN: Tekerrür Hükümlerinin, s. 357; HAKER: s. 1592.

³⁰⁴ TAN: Tekerrür Hükümlerinin, s. 358.

Tekerrür uygulaması için kesin hükümden sonra yasanın belirlediği ikinci bir tarih aranacaktır. Ancak bu ikinci suçun sadece yasanın aradığı zaman diliminde işlenip işlenmediğinin bilinmesi yetmez. Çünkü yasa koyucu koyduğu sürelerin başlangıcını önceki mahkûmiyetin çekilmesine veya cezanın düşmesine bağlamıştır. Sürenin belirlenmesi için ne zaman başladığının da bilinmesi gerekir. Başlangıç ise mahkûmiyetin infaz edildiği ya da düştüğü tarihlerdir.³⁰⁵

Sonraki suçun, önceki suça ait mahkûmiyet infaz edilmeden işlenmesi halinde içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira henüz TCK 81.maddede belirtilen sürelerin başlangıcını gösteren, infazın tamamlanması gerekliliği gerçekelememiştir.³⁰⁶

Ayrıca, mahkûmiyetin yeterli olduğu görüşünü savunanların önemli dayanaklarından birisi olan TCK 81. maddedeki '*bir mahkûmiyete uğradıktan sonra*' ibaresini 'bir fazlalıktan' çok bir çeviri yanlışlığı olarak görmek gerekir. Nitekim, bir ifade yanlışlığının, bir ceza sistemini değiştirecek kadar önemli olmaması gerekir.³⁰⁷

Diğer taraftan Zanardelli projesi İtalyan Ceza Yasası'nın hazırlanmasında göz önünde tutulan projelerden birisidir. Dolayısıyla proje hakkındaki rapordan alınan '*Tekerrürün olması için önceki mahkûmiyetin gerektirdiği cezanın çekilmiş olmasını talep etmeye gerek yoktur.*' görüşünün kaynak yasanın gerekçesi ile ilgisi yoktur. Nitekim İtalyan Ceza Yasası'nın kesin metnine ilişkin rapordaki görüşlerin çoğu Zanardelli projesindeki dayanaklardan taban tabana farklıdır.³⁰⁸

³⁰⁵ BAYRAMOĞLU: s. 1003; ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1010.

³⁰⁶ ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1010.

³⁰⁷ SİMAV: **TCK'da Tekerrür**, s. 1311, 1322. Bizce çeviri açısından bir yanlış yoktur. Kaynak İtalyan yasasının ifadesi aynen şöyledir: "*Colui che, dopo una sentenza di condanna... commette un altro reato...*".

³⁰⁸ SİMAV: **TCK'da Tekerrür**, s. 1313.

cc.İçtima Faslında Yer Alan TCK 77. Madde Tekerrüre Esas Olamaz

Yasalar belirli ilkeler çerçevesinde, tutarlı ve maddeler arasında çelişki olmaksızın hazırlanırlar. Bir maddesi bir maddesini yok sayar, bir yerinde kabul ettiği bir kuralı diğer bir yerinde bozarsa böyle bir yasanın uygulanma olanağı yoktur. Ceza yasası bir bütün halinde değerlendirilmelidir³⁰⁹. Bu bağlamda Kaynak yasanın 80. maddesinin 76. madde ile birlikte ele alınması gerekir. Bu durumda İtalyan uygulamasında kesin hükmün yeterli geleceği, cezanın çekilmesinin gerekmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, TCK. bu yolda yapılacak bir açıklamaya ve uygulamaya uygun değildir. Gerçekten içtimanın nitelikli şeklini gösteren İtalyan yasasının 76. maddesinde geçen bir ifade 77. maddeye³¹⁰ alınmamıştır. Bu cümle şu şekildedir: “ *Eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkumiyet kararı verildiği zaman yalnız henüz çekilmemiş olan ceza oranı miktarı belirlenir ve öncelikle ve gerekiyorsa yeni fiil için tekerrür dolayısıyla yapılacak ağırlaştırma dikkate alınır.*” Bu ifade ile Zanardelli Yasasının birinci suçun cezasının kısmen ya da tamamen çekilmemiş olsa dahi tekerrür nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasını kabul ettiği sonucuna varılabilir. Ancak TCK'nun 77. maddesi bu ifadeyi almamakla, cezanın henüz çekilmemiş olması halinde tekerrürün uygulanamayacağını ve dolayısıyla ikinci suçun cezasının arttırılamayacağını tercih etmiştir. TCK 77. maddenin ilgili bölümü almaması başka türlü açıklanamaz³¹¹. Yasa koyucunun kaynak yasanın 76. maddesindeki ifadeyi TCK 77. maddeye almamasının nedeni, ‘tekerrürde cezanın çekilmesi zorunludur’ ilkesini kabul ettikten sonra, kaynak yasada bulunan bu ilkeye karşıt hükümleri TCK. sistemine almamak iradesidir.³¹²

Kesin hükümle mahkûm olmuş bir kişi cezasını çekmeden, yeni bir suç işlerse hakkında içtima kuralları uygulanır. İkinci suç işlendiği zaman, ilk

³⁰⁹ BAYRAMOĞLU: s. 1005

³¹⁰ TCK 77. maddenin eski hali için bkz. 278 no’lu dipn.

³¹¹ TANER: s. 488.

³¹² TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 341

mahkûmiyetin cezası çekilmiş ise, tekerrür hükümleri uygulanır. Yani hem içtima hem tekerrür hükümlerinin ikisi birden uygulanamaz. Tekerrürle içtima birbirlerine zıt, yani birinin uygulanması diğerinin uygulanmasına olanak tanımayan iki düzenlemedir. Aynı fiil hakkında tekerrür ve içtima bir arada uygulanamaz³¹³.İçtima ile tekerrürün bir arada uygulanması suçlu açısından aleyhe bir durum ortaya çıkarır. Bu gibi durumlarda açıklığa gereksinim vardır. Nitekim, açıklığa gereksinim olmasaydı, TCK'na alınmayan ifade kaynak yasanın 76. maddesine konulmazdı.³¹⁴

dd.Cezanın Ertelenmesi

TCK'nun 94. maddesinde: “*Tecil edilen mahkûm hazır ise mahkemenin reisi cezanın tecil edildiğini tefhim ettikten sonra yeniden suç işlenmesi halinde 95. hükmü dairesinde tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürmün cezasının dahi şartlarına muvafık olduğu takdirde, tekerrürden dolayı arttırılacağını kendisine ihtar eder.*”

Söz konusu maddeye dayanılarak tekerrür hükümlerinin uygulanması zorunlu görülse de yasanın kabul ettiği esasa göre, cezanın infaz veya düşme nedenlerinden biri ile düşmüş olması zorunlu olduğundan, tecil kurumu, yasada yazıldığı biçimiyle uygulanmasını olanaksız hale getirir.TCK 94. maddede de yazılı “*şartların tahakkuk etmemesi*” ifadesinden hareketle, tekerrür uygulaması için koşulların oluşmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Uygulanma olanağı olmayan³¹⁵, ‘gereksiz’ yere düzenlenmiş bu hükmün yasadan çıkarılması gerekir.³¹⁶

³¹³ ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1012; BAYRAMOĞLU: s. 1004

³¹⁴ TANER: s. 489.

³¹⁵ Bu görüşe öncülük eden 20.5.1942 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. 124 no’lu dipn. Kararın tam metni için bkz. ARDALI: **Müeccel Cezalarda**, s. 578.

5. CD 20.5.1983 1555/1843: “Sanığın ertelenmiş cezasının 95. madde gereğince aynen infazına karar verildiği halde, bunun tekerrüre esas alınarak ayrıca 81/2 madde ile cezanın artırılması yasaya aykırıdır.” (SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3. Bası, Ankara 1999, s. 1472).

Erteleme hakkındaki bir görüşe göre, TCK'nun 94. maddesinde yer alan düzenleme, 81. maddede gösterilen genel kuralın (cezanın çekilmesi ya da düşmesi, tekerrür uygulaması için zorunludur) istisnasıdır. TCK 95. maddesinde yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde tekerrür uygulanmalıdır.³¹⁷

TCK 94. maddenin hata sonucu yasada yer aldığını savunan görüşe göre, İstanbul Komisyonuna göre, hükmün kesinleşmesi tekerrür için yeterli idi. Ankara Komisyonu ise cezanın çekilmesini koşul olarak aramaktaydı. Bir rastlantı sonucu TCK 94. maddeyi İstanbul Komisyonu kaleme almış ve TCK 81. madde ile çelişki oluşturmaya rağmen, bir hata sonucunda aynen tasarıya geçirilmiş ve sonradan yasalasmıştır. Bu hatalı durumun düzeltilmesi için TCK 94. maddenin, TCK 81. maddeye uygun bir şekilde değiştirilmesi gerekir.³¹⁸

ee..Müebbet Ağır Hapiste Tekerrür (TCK 82. madde)

TCK'nun 82. maddesinin tekerrür hükümleri ile ilgisi yoktur.TCK 82. madde infaza ilişkindir. İstisnai nitelikte olan bu hüküm genel kuralı destekler niteliktedir.³¹⁹ Müebbet ağır hapse mahkûm olan kişinin tekrar suç işlemesi halinden söz eden TCK 82. madde hükmü cezanın müebbet olması nedeniyle, başka türlü düzenlenemezdi. Açıktır ki müebbet ceza tamamen çekildikten sonra diğer bir suçun işlenmesi

6. CD 18.6.1982 4516/5032: “Sanığın tecil edilmiş eski mahkumiyetinin tekerrüre esas tutularak TCK'nın 81/1. maddesi ile cezasının artırılması bozmayı gerektirmiştir. (ERDURAK: s. 190).

³¹⁶ BAYRAMOĞLU: s. 1005; HAKER: s. 1591-1592

³¹⁷ ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1013; ARDALI: **Müeccel Cezalarda**, s. 581; SİMAV: **TCK'da Tekerrür**, s. 1317; SİMAV: **Müeccel Cezalarda**, s. 1050.

³¹⁸ TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 342-343.

³¹⁹ TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 343; KARAOK: s. 155; ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1012.

olanaksızdır. Ancak bu sistemin diğer cezalara aynen aktararak uygulanması, bir sistemin reddi için yeterli gelmez.³²⁰

Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan bir kimse infaz kurumunda cezasını çekerken bir veya birkaç cürüm işlediği takdirde, ona tekerrürün genel kurallarını uygulamak olanaklı olmayacaktır. Bu madde bu durumda hücrede kalma sürelerinin ne şekilde artırılacağını gösterir. Açık olan şudur: Türk yasa koyucu ilke olarak tekerrürde cezanın çekilmiş olmasını zorunlu tutmuştur ve TCK 82. maddeyle bir istisna getirmiştir. Bu haliyle TCK'nun 82. maddesinin TCK 81. madde ile bir çelişki içinde olduğu söylenemez.³²¹

ff.Şartla Salıverme Cezanın Tamamen Çekildiği Anlamına Gelmez

Cezanın bireyselleştirilmesinde ve hükümlünün ıslah olmaya yöneltilmesinde şartla salıverilme önemli bir kurumdur. TCK'nun 16³²² ve 17. maddelerinde gösterilen şartla salıverme infaza ilişkindir.³²³

TCK 17. madde şartla salıverme halinden sonra, hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren bir suç işlemeyi veya yerine getirilmesi zorunlu olan koşulları yerine getirmemeyi, şartla salıvermenin geri alınmasını gerektiren nedenler olarak belirtmektedir. Bu nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde şartla salıvermede geçen zamanın mahkûmiyetten düşülemeyeceğini ve şartlı salıverme kararı geri alınmadan mahkûmun ceza süresinin tamamen geçmesi durumunda, var olan cezanın çekilmiş sayılacağını belirtmektedir. Mahkumiyet ilamındaki sürelerin içinde, ancak,

³²⁰ TANER: s. 489.

³²¹ BAYRAMOĞLU: s. 1007; TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 343-344.

³²² Bu maddede hükme bağlanmış olan şartlı salıvermeye ilişkin hususlar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun, şartla salıvermeyi düzenleyen 19. maddesi ile kapalı olarak kaldırılmıştır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK: s. 84.

³²³ TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 344.

şartla salıverme nedeniyle serbest olan kimse, tekrar suç işlerse mükerrir sayılamaz.³²⁴

Yasa önünde cezaevinde kapalı tutularak cezasını çekenle, şartla salıverilerek serbest bırakılan mahkûm arasında bir fark yoktur. Tekerrürde cezanın çekilmesi şart olduğuna göre, kişi cezaevinde kalsaydı mükerrir sayılmayacaktı. O halde iyi hal göstermesi nedeniyle şartla salıverilen ve geri kalan cezasını ‘dışarıda’ çekmekte olan kişi hakkında tekerrür hükümlerini uygulamak, adalet kurallarına uygun düşmez.³²⁵ Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir.³²⁶

gg.Para Cezaları ve Tekerrür

Suçlunun mahkum olduğu cezaların tamamını çekmiş olması halinde ancak tekerrür uygulaması yapılabilir. TCK’nun 11. maddesi cürüm ve kabahatlere ilişkin cezaları göstermiştir. Para cezası da bunlardandır. O halde, bir kimse hem hapis hem para cezasına çarptırılmış olsa ve hapis cezasının çekilmiş ancak para cezasının infaz edilmemiş olması halinde tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.³²⁷

³²⁴ BAYRAMOĞLU: s. 1007. Ancak şartla salıvermede söz konusu olan husus şudur ikinci suçun işlenmesinden sonraki kısım cezadan mahsup edilemez. Yoksa suçun işlenmesinden önce geçen süre infazdan sayılır.bkz. CENTEL: s.628vd.

³²⁵ TAN: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 344-345; BAYRAMOĞLU: s. 1007.

³²⁶ 5. CD 12.2.1980 334/367: “Bihakkın tahliye tarihi tespit edilmeden sanığın eski mahkumiyetinin tamamen infaz edilmiş olacağı varsayımına dayanılarak hakkında TCK’nun 81/1. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.”(ERDURAK: s. 191)

³²⁷ ARDALI: **Tekerrürde Cezanın**, s. 1010.

İBK 6.6.1983 4051/4043: ‘Hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte hükmedilmiş olan para cezasının da hürriyeti bağlayıcı ceza gibi tekerrür nedeniyle artırılması icap ettiğine karar verilmiştir’ (ERDURAK: s. 189).

4. CD 13.9.1934 5225 sayılı karar: ‘Hapis cezası ile birlikte para cezası hükmedilmiş olur da bunlardan yalnız hapis cezası çektilmiş ve para cezası infaz edilmemiş bulunursa tekerrür ahkâmının cereyan etmeyeceği...’ (TANER: s. 490).

c.Görüşümüz

Türk Ceza Hukukçuları tarafından uzun süre tartışılmış olan, tekerrür uygulaması için, bizce de mahkûmiyet hükmü yeterlidir.Bu bağlamda görüşlerimizi toparlayacak olursak, tekerrür uygulaması için cezanın çekilmiş olması gerekmez, mahkumiyetin varlığı yeterlidir. Bu sistem Zanardelli Yasası'nın uygulandığı dönemde, İtalyan Ceza Hukukçularınca ve İtalyan Yargıtay'ı içtihadınca en küçük bir tartışmaya dahi konu edilmeksizin benimsenmişti ki mevcut İtalyan uygulaması da bu yöndedir). Tekerrür için kabul edilmiş olan sürelerin varlığını merkez alan cezanın çekilip çekilmemesi gerektiği tartışması açısından, TCK'nun kabul ettiği sistem açıktır. Tekerrür uygulaması, kesin hüküm tarihinden başlayarak infazın tamamlanması ya da düşmesine kadar geçen sürede olabileceği gibi, bu tamamlanma ya da düşme anından itibaren beş veya on yıllık süreler dahilinde de söz konusu olabilecektir. Bu sürelerin geçmesinden sonra artık tekerrür nedeniyle cezada artırım yapılamayacaktır. İlgili sürelerden bunun dışında bir anlam çıkarılarak tekerrür uygulaması için cezanın çekilmesi gerektiği yönünde bir sonuca ulaşılmaması gerekir. Tekerrür uygulaması için mahkûmiyetin yeterli olduğu, TCK'nu hazırlayanların kendi ifadelerinden anlaşılacağı gibi, TCK 85. madde tekerrür uygulaması için yalnızca mahkumiyetten bahsetmektedir. Müebbet ağır hapiste bir kimsenin suç işlemesi halinde tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağından ise TCK 82. madde bahsetmektedir. Bir kimsenin müebbet ağır hapis cezasının tamamen infaz edilmesinin olanaksız olduğu açıktır. Mahkûmiyetin yeterli olduğunun bir diğer göstergesi de TCK 94. maddenin, *'yargıç cezanın ertelenmesinden yararlanan suçluya, tekrar suç işlemesi halinde cezasının tekerrür nedeniyle artırılacağını bildirir'* yönündeki hükmüdür. Para cezalarının tahsil edilmesinde yaşanan güçlükler, çoğu zaman bu cezanın yerine getirilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu durumda asli ceza olan para cezasının tahsil edilmiş olunması gereği tekerrür uygulanması bakımından aranacak mıdır? Bir kısmını burada aktarabildiğimiz ancak yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız tüm bu nedenlerden dolayı tekerrür uygulaması bakımından 'mahkumiyet hükmü' nün yeterli kabul edilmesi gerekir. Özellikle 1940'lı ve 1950'li yıllarda, cezanın çekilmesinin gerekip gerekmediği yönünde yoğun tartışmalar yapılmıştır. Ancak Yargıtay tekerrür

uygulaması bakımından, cezanın çekilmesini veya düşmesini aramaktadır. Yargıtay, bu yöndeki yerleşik hale gelmiş uygulamasını, TCK'nun sistematığına uygun olacak biçimde değiştirmelidir.

2. TEKERRÜRE ESAS OLAN MAHKÛMİYET

a. Ceza Mahkûmiyeti

Yasanın 81. maddesinin 'mahkûmiyet' ifadesi ile kastettiği ceza mahkûmiyetidir. Cezai nitelikte olmayan mahkûmiyetler, bu kapsamda değildir.³²⁸ 81. maddede ifadesini bulan 'mahkûmiyet' disiplin cezalarını kapsamaz yani disiplin cezasına mahkûmiyet tekerrüre esas olamaz. Bu kararların yargısal bir otoriteden gelmiş olmasının önemi yoktur.³²⁹ Disiplin cezaları yapıları itibariyle daima idaridirler. Bu tür kararlar gerçekte idari ancak teorik olarak yargısal kararlardır. Ayrıca bir cezaya değil de emniyet tedbirine yönelik, örneğin TCK'nun 46, 53, 54, 57, 58. maddeler gereğince alınan kararlar mahkûmiyet sayılmazlar ve tekerrüre esas alınmazlar. Örneğin, akıl sağlığına ilişkin kararlar veya temyiz kudretinin yokluğu nedeniyle sorumsuzluklarına karar verilenler hakkında alınan tedbirler dolayısıyla tekerrür hükümleri söz konusu olamaz.³³⁰

Bir ceza yargılaması ile ilgili olmamak kaydıyla kesinlikle bir medeni yargılamanın sonucunda oluşan mahkûmiyet üzerine tekerrür inşa edilemez.³³¹ Özel

³²⁸ EREM: GH, s. 694.

³²⁹ MANZINI: *Trattato*, s. 450; EREM: GH, s. 694. Örneğin, CMUK'un 379. maddesi uyarınca mahkemeye karşı uygun olmayan fiil veya sözde bulunanlar hakkında hükmedilecek olan bir haftaya kadar hafif hapis veya hafif para cezasıyla mahkûmiyet kararı tekerrüre esas olamaz.

³³⁰ EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 201; MANZINI: s. 450; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 160; Tekerrür hakkındaki disiplin cezaları için bkz. GÜNAL, Yılmaz : *"Disiplin Cezaları"*, SBFD, 1958, S. 2, s. 190-211.

³³¹ MANZINI: *Trattato*, s. 450.

hukuk davaları sonucunda verilen para cezaları, TCK'nun 11. maddesinde sayılan cezalardan olmadıkları için tekrerrüre esas olamazlar.³³²

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı bir ceza 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinin 2 ile 5. bentleri arasında yer alan tedbirlerden birine çevrilmişse tekrerrüre esas olmaz. 4. maddenin 4. fıkrasına göre, '*uygulamada asıl mahkumiyet bu madde hükmüne çevrilen para cezası veya tedbirdir*'. Böyle olunca cezası tedbire çevrilmiş olan mahkum, artık hürriyeti bağlayıcı cezaya hüküm giymiş sayılamayacağından tekrerrürün bu birinci şartı gerçekleşmiş olmayacaktır.³³³ Tekerrür hükümlerinin uygulanması için ferî cezaların yerine getirilmesi gerekmez ve ferî cezalara tekrerrür hükümleri uygulanmaz.³³⁴

³³² 7. CD 1.12.1992 5653/7030: "Tayin olunan cezanın tazmininin para cezası niteliğinde olması nedeniyle TCK'nun 81. maddesi uyarınca tekrerrür dolayısıyla artırım yapmanın mümkün olmadığının düşünülmemesi kanuna aykırıdır" (GÜNAY: s. 73).

3. CD 24.3.1953 16023/2736: "Tazminat kabilinden olan para cezasının Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesiyle artırılmayacağına dair kanunda bir hüküm mevcut olmamasına nazaran tebliğnamedeki aksine mütalaa yerinde değildir" (GÖZÜBÜYÜK: s. 348).

³³³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 161.

CGK 24.10.1995 8-273/298: "Önceki mahkumiyet kararı beş ay haptiden çevirme 45.000 lira ağır para cezasıyla doğrudan verilmiş 12.500 lira ağır para cezasının içtimai ile elde edilmiş 57.500 lira ağır para cezasıdır. 3506 sayılı yasa ile değiştirilen 647 sayılı yasanın 4. maddesinin 4. fıkrasına göre, '*uygulamada asıl mahkumiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir*' denilmek suretiyle gerek tekrerrür ve gerekse TCK'nun genel hükümleri veya 647 sayılı yasaya ilişkin sair uygulamalarda esas cezanın çevrilen ceza olduğu benimsenmiştir. Halbuki, mahkeme tekrerrür ile cezayı artırırken sanığa mahkemece tayin edilen beş ay hapis cezasını esas almıştır. Böyle bir uygulama yasaya aykırıdır" (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1457).

³³⁴ Cezanın çekilmesini arayanlarca dahi, cezaların infazına başlanmaması veya infazın tamamlanmaması tekrerrür hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. Aksi halde, ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanmış bir kimsenin hiçbir zaman mükerrir olamayacağını kabul etmek gerekir. Bkz. TANER : s. 490.

2. CD 20.3.1974, 2014/2245 : "Feri nitelikte olan meslek ve sanatın icrasının tatili cezasının yerine getirilmemiş olması tekrerrür hükümlerinin uygulanmasına engel değildir" (EREM/DANIŞMAN/ARTUK : s. 663).

3. CD 3.6.1948, 5814/5994: "Sanığın tekrerrüre esas tutulan hükümlülüğünün hangi maddelerle verildiğinin tahkiki ve hakkında TCK 54. maddesi tatbik edilmiş ise tekrerrürden dolayı cezanın artırılmayacağının göz önünde bulundurulması gerektiğinin düşünülmemesi yolsuzdur" (GÖZÜBÜYÜK: s. 345).

CGK 29.9.1937 2/189: "Feri cezanın infaz edilmemesi tekrerrür kaidesinin tatbikine mani teşkil etmez" (ALİCANOĞLU: s. 313).

4. CD 30.9.1981 4808/5629: "Memuriyetten mahrumiyet cezası mahkumiyet sebebiyle artırılmaz" (GÜNAY: s. 80).

b.Kesin Hüküm

Sonraki suçun işlenmesinden önce suçlunun bir başka suçtan mahkûm edilmiş olması gerekir. Beraat kararları (nedeni ne olursa olsun) tekerrüre esas oluşturmazlar.³³⁵ Tekerrürün hareket noktası (temel varsayımı) halen yargılanmakta olan kişinin daha önce bir ceza mahkûmiyetine uğradığıdır. Kesin hükümden söz edilemeyecek ise ve birden çok sayıda işlenmiş suç varsa içtima söz konusu olacaktır.³³⁶ TCK'nun 81. maddesi mahkûmiyetten bahseder, ancak Mahkûmiyetin kesinleşmiş olması gereğine ilişkin bir açıklık yoktur. Bununla beraber bir kimse hakkında verilen mahkûmiyet kesinleşmedikçe o kimsenin hükümlü sayılabilmesi de olanaklı değildir. Kesin hükümlü mahkûmiyet ifadesi, açıklıkla kaynak yasanın projesinde ifade edilmiş olmasına rağmen, gereksiz görülerek projenin yasalaşan metninden çıkarılmıştır.³³⁷

c.Kaldırılmış Mahkûmiyet

Bir mahkûmiyetin tekerrüre esas oluşturabilmesi için varlığının sürüyor olması gerekir. Belirli bir neden, sadece mahkûmiyeti değil, fakat bütün yasal sonuçları da ortadan kaldırıyorsa ancak o zaman böyle bir mahkûmiyet tekerrür bakımından hesaba katılmaz.³³⁸

aa.Genel Af

Genel af, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırır. Henüz mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçekleşmişse, böyle bir kararın

³³⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 656.

³³⁶ MANZINI: **Parte Generale**, s. 169.

³³⁷ MANZINI: **Trattato**, s. 450; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 657.

³³⁸ DÖNMEZER/ERMAN:C.III.,s. 162; EREM: GH, s. 695.

verilmesine engel olur. Mahkûmiyet kararı gerçekleştikten sonra ilan edilen genel af ise hükmolunmuş cezaları bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldıracığından, TCK 97. madde böyle bir mahkûmiyetin tekrerrüre esas oluşturmaya engeldir. Hatta genel af, önceki mahkûmiyetin ilişkin olduğu ceza tamamen infaz edilmiş olsa bile sonuç değişmeyecektir.³³⁹

bb. Özel Af

Mahkûmiyeti olduğu gibi bırakır, yalnız cezayı azaltır veya değiştirir ya da bütün cezayı ortadan kaldırır (TCK.m.98). Bu üç durumda da mahkûmiyet hükmüne dokunulmadığına göre, özel af söz konusu olduğunda sonradan işlenen suç için tekrerrür hükümleri uygulanır.³⁴⁰

Tekerrürde cezanın çekilmiş olması koşulu kabul edilmiş olsaydı, özel af bütün cezayı kaldırdığı takdirde etkisi bakımından genel affa benzetilebilirdi. Zira cezanın tamamıyla kaldırılmış olduğu hallerde “cezanın çekilmiş olması koşulu” hiçbir zaman gerçekleşmediğinden tekrerrürden söz etmeye olanak kalmazdı. Ancak TCK. mahkûmiyeti yeterli saydığından, ceza özel affa kaldırılmış olsa dahi suçlu tekrar suç işlediğinde mükerrir sayılacaktır.³⁴¹

³³⁹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 162; MANZINI: *Trattato*, s. 466-467. Af konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin: *Türk Hukukunda Af, Genel Af Özel Af*, Ankara 1965; ÖZEK, Çetin: “*Umumi Af*”, İHFM, 1959, S. 1-4, s. 122 vd.

İBK 7.2.1936 35/116: ‘Genel af ceza verilmeden önce çıkmış ise davayı, ceza verildikten sonra çıkmış ise mahkûmiyeti bütün sonuçları ile ortadan kaldırır.’ (TEKİN: s. 50; ALİCANOĞLU: s. 310).

³⁴⁰ EREM: GH, s. 695; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 162; MANZINI: *Trattato*, s. 466; EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 205; TEKİN: s. 51.

CGK 5.2.1944 289/274: “Özel aflarda cezalar bütün neticeleri ile beraber ortadan kalkmaz ve tekrerrüre esas olur” (DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 162).

“Özel af ceza mahkûmiyetinin çekilmesine ve ferî cezalara ilişkindir. Yoksa cezanın etkilerine ilişkin değildir” (İtalyan Yargıtay Kararı, 28.4.1988) Bkz. BELTRANI/MARINO/PETRUCCI: s. 413.

³⁴¹ MANZINI: *Trattato*, s. 467; EREM: GH, s. 696; EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 204; TEKİN: s. 51.

cc.Şikayetden Vazgeçme

Şikayetden vazgeçme, kamu davasını düşüren ve istisna olarak infaz ilişkisine son veren bir kurumdur.(TCK 99)³⁴²Yasanın, şikayet edilmedikçe takibine izin vermediği suçlarda, kural olarak ancak hüküm kesinleşinceye kadar, şikayetden vazgeçilmesi kamu davasını düşüren nedenlerden birisidir. Bu noktada ortada kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığından daha sonra işlenen suç için tekerrürden söz edilemez.³⁴³

dd.Suç Olmaktan Çıkarılmış Fiil

Kesin hükümden sonra çıkan bir yasa eskiden suç sayılan bir fiili suç olmaktan çıkarmış ise mahkumiyet hükmü ‘kendiliğinden’ kalkar (TCK m. 2/1, cümle 2). Bundan sonra suçlu yeniden suç işlemiş olsa bile mükerrir sayılamaz. Çünkü ‘mahkumiyet koşulu’ gerçekleşmemiştir.³⁴⁴

³⁴² Kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL: s.636vd. ;ÖNDER; s.751vd.

³⁴³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 162; EREM: GH, s. 697.

Şikayetden vazgeçme hüküm kesinleşinceye kadar olanaklıdır. Bu durumun istisnalarından biri, zina suç olmaktan çıkarılmadan önceki TCK 444. maddedir. Zina suçlarında hüküm kesinleştikten sonra vazgeçilmiş ise böyle bir hüküm tekerrüre esas olmaz.. Bkz. EREM: TCK Şerhi, s. 723.

2. CD 27.10.1949 9917/10245: “TCK’nın 444 üncü maddesinde davadan vazgeçmenin hükümden sonra dahi makul olduğu ve bu halde hükmün icrasından cezanın sonuçlarından sarfı nazar edileceği yazılı bulunmasına göre, hükümden sonraki feragatin de hükümden evvelki feragat gibi kamu davasının düşmesine münteki olacağı ve bu sebebe binaen hükmün icrasında ve cezanın neticelerinden vazgeçildiği anlaşıldığından sanığın bu suretle ortadan kalkmış olan suçuna mürettep ceza vaki olmamış sayılacağı cihetle, tekerrüre esas ittihazi kanunen caiz bulunmamışken aksine tekerrürden dolayı cezanın artırılmasında isabet yoktur” (GÜNAY: s. 82).

³⁴⁴ EREM: TCK Şerhi, s. 722.

8. CD 28.6.1994 7398/8158: “Sanığın tekerrüre esas alınan sabıklarının karar içeriklerinden silahların teslim edildiğinin anlaşılması karşısında 6136 sayılı yasaya 3831 sayılı yasayla eklenen geçici 8. madde ve TCK’nun 2/2 madde ve fıkrasının açık hükmü uyarınca ortadan kalkması gerektiğine göre, açıklanan yasal nedenlerle açıklanan sabıkların tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır” (MALKOÇ/GÜLER: s. 668).

5. CD 2.5.1986 7126/2585: “Tekerrüre esas tutulan ve sanığın mahkumiyetine dair olan 2279 sayılı Ödünç Para Verme Kanununun tümü 30.9.1983 gün ve 90 sayılı KHK’nın 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunmasına ve TCK’nun 2/2. maddesi açıkliği

ee. Zamanaşımı

Devletin, belli süreler geçmesi durumunda davaya devam etmemeyi ya da cezalandırmaktan vazgeçmeyi önceden kabul etmesine zamanaşımı denir³⁴⁵ Zamanaşımı ile düşmenin etkisini belirleyebilmek için dava zamanaşımı ile ceza zamanaşımını ayırmak gerekir. Dava zamanaşımı dolmuşsa, o fiilden dolayı dava açılmayacağından bu, davayı düşüren bir nedendir. Bu durumda mahkumiyet koşulu gerçekleşmiş olmaz. Ceza zamanaşımı ise yalnızca cezayı düşürür. Bu cezayı doğuran mahkûmiyet ise saklı kalır.³⁴⁶

Bazı ceza hukukçuları ceza zamanaşımı ile düşmüş mahkumiyetin tekerrüre esas tutulamayacağını çünkü çekilmemiş cezanın suçluya yeterli gelip gelmediğinin belirlenmesine olanak olmadığını belirtirler. Bu iddia TCK açısından geçersizdir.³⁴⁷ Çünkü TCK, ‘cezanın yetersizliği’ teorisini değil daha önce açıkladığımız üzere kaynak yasanın da kabul ettiği, ‘suçun ağırlığı’ teorisini kabul etmiştir.³⁴⁸

ff. Önödeme

Önödeme, sadece para cezasını veya üç aya kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda kamu davası açılmasını önleyen ya da kamu davasının düşmesi

karşısında sanık yararına olarak TCK’nun 81/1 maddesinin uygulama yeri bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde cezanın artırımı yapılması, kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 74).

³⁴⁵ CENTEL: s.658

³⁴⁶ EREM: GH, s. 697; DÖNMEZER/ERMAN: c.III, s. 164.; CENTEL: s.659vd.

³⁴⁷ EREM: GH, s. 697; TEKİN: s. 51.

³⁴⁸ 2. CD 23.10.1986 7172/7451: “Sanığın tekerrüre esas olan mahkumiyeti saldırgan sarhoşluktan olup, kesinleşme tarihi sabıka kaydında belirtilmediği cihetle infaz evrakı celp ve tetkik olunarak, ceza zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, şayet infaz zamanaşımı tahakkuk etmişse, böyle bir ilamın infaz edilmiş olmasının tekerrür hükümlerinin tatbikine esas olmayacağı göz önüne alınarak uygulama yapılması gerekir” (GÜNAY: s. 70).

“Tekerrür uygulamasında belirleyici olan sürelerden biri de zamanaşımı süresidir. Dava zamanaşımı süresi geçtikten sonra tekerrür uygulaması yapılamaz” (İtalyan Yargıtay Kararı, 19.6.1981) Bkz. BELTRANI/MARINO/PETRUCCI: s. 413.

sonucunu doğuran bir kurumdur. Davanın önödeme ile düşmesi halinde, kamu davası ortadan kalkar. Önödeme ancak duruşmadan önce yapılabilir ve cezanın ödenmesi söz konusu olsa bile ortada bir mahkûmiyet yoktur. Bu nedenle tekerrür söz konusu olamaz.³⁴⁹ Ancak önödemeyi kabul etmeyen fail hakkında TCK'nun önödemeyi düzenleyen 119. maddesi uygulanarak kurulan mahkeme hükmü adli sicile geçer. Koşulları varsa yeni suçtan verilecek ceza tekerrüre esas alınarak artırım yapılır.³⁵⁰

gg.Yasaklanan Hakların Geri Verilmesi

TCK'na göre, yasak hakların geri verilmesi ancak mahkûmiyetten doğan ehliyetsizlikleri ortadan kaldırır. Mahkûmiyeti ise olduğu gibi bırakır. Bu nedenle tekerrüre engel değildir.³⁵¹ Ancak bu düşünceye katılmayanlara göre, yasaklanan hakların geri verilmesinin amacı, mahkûmiyet düşüncesini ve anısını zihinlerden çıkarmaktır. Bu nedenle, yasak hakları geri verilen mahkûmun bu hükümlülüğünün tekerrüre esas olmamasını savunmuşlardır.³⁵² Ancak bize göre yasaklanan hakların geri verilmesi halinde mahkûmiyet olduğu gibi kaldığından, tekerrür hükümleri uygulanabilmelidir.

³⁴⁹ EREM: GH, s. 697; MANZINI: s. 468; DÖNMEZER/ERMAN: s. 163.

7. CD 6.2.1992 11669/662: “Samığın TCK'nun 526. maddesi uyarınca hükümlendirilmesi istemiyle açılan kamu davasında eylemin 1705 sayılı kanuna uygun olması nedeniyle TCK'nun 119. maddesi gereğince önödeme tebliğ edildiği ve önödeme nedeniyle kamu davasının ortadan kalktığı ve kabahat nevinden olan TCK'nun 526. maddesine ilişkin diğer mahkûmiyetin de tekerrüre esas alınmayacağı nazara alınmadan 1705 sayılı kanunun 6/2. maddesi gereğince cezanın artırılması kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 79).

“Ceza Yasası tarafından cezanın kaldırılması olarak görülen hallerden birisi olan isteğe bağlı ödeme halinde tekerrür uygulaması söz konusu olamaz. Ancak önceki suçların sayısı birden çok ve bunlardan birisi önödeme uygulamasına tabi tutulmuş ise diğer suçlar üzerinden tekerrür nedeniyle ceza artırılır” (İtalyan Yargıtay Kararı, 18.2.1992) bkz. BELTRANI/MARINO/PETRUCI: s. 413.

³⁵⁰ GÜNAY: s. 79.

³⁵¹ MANZINI: *Trattado* s. 469; EREM: GH, s. 698.

³⁵² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 165.

hh.Cezanın Ertelenmesi

Erteleme, mahkûmiyetin infazının şartlı olarak geri bırakılması anlamına gelir.³⁵³ TCK'nun 95. maddesinde gösterilen belirli deneme süreleri içinde, ikinci bir mahkûmiyetin gerçekleşmesi halinde, cezası ertelenmiş olan önceki mahkûmiyet, 'esasen vaki olmamış' sayılır. Bir mahkûmiyetin gerçekleşmesi halinde ise tekrerrür dolayısıyla ceza artırılır. Hatta yasa, cezası ertelenene, ileride tekrar suç işlerse, cezasının tekrerrürden dolayı artırılacağını, erteleme kararının verilmesi sırasında bildirilmesini ister.³⁵⁴ Kısaca, cezası ertelenen bir mahkûmiyet tekrerrüre esas olabileceği gibi, olmayabilir de. Şöyle ki, ikinci mahkûmiyet deneme süreleri içinde gerçekleşmişse, ertelenmiş sayılan cezayı içeren ilk mahkûmiyet tekrerrüre esas oluşturur; ancak deneme süreleri geçtikten sonra işlenen suçlardan kaynaklı ceza artırımına gidilemez. Zira artık birinci mahkûmiyet gerçekte olmamış sayılmaktadır.³⁵⁵

ii.Davanın Ertelenmesi

'Davanın Ertelenmesi' kurumu esas olarak bizim sistemimizde düzenlenmemiştir.³⁵⁶ Bu anlamda istisnai bir düzenleme olarak kabul edilebilecek

³⁵³ SANCAR YALÇIN, Türkan : '23 Nisan 1999 tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları, Anayasa Yargısı, Ankara 2001, S.18 (ayrı bası), s.16 ; Ayrıntılı bilgi için Bkz.Önder: s.731vd

³⁵⁴ EREM: GH, s. 698; DÖNMEZER: **Tecil Olunan Ceza**, s. 806; TEKİN: s. 50.

³⁵⁵ DÖNMEZER: **Tecil Olunan Ceza**, s. 807.

Uygulamada ise deneme süreleri içinde dahi ikinci bir suçun işlenmesi halinde ilk mahkûmiyetin tekrerrüre esas olamayacağı görüşü egemendir.

2. CD 24.5.1997 4198/4457: "Ertelenmiş olan eski hükümlülüklerin infaz edilmemiş bulunmaları nedeniyle tekrerrüre esas olamayacakları düşünülmeyerek TCK'nun 81. maddesi ile cezaların artırılması bozmayı gerektirmiştir" (ERDURAK: s. 92).

Mevcut İtalyan uygulaması ise tam aksi yöndedir: "İlgili süreler içinde olmak kaydıyla her durumda tekrerrür uygulanabilir" (İtalyan Yargıtay Kararı, 3.5.1985) bkz. BELTRANI/MARINO/PETRUCI: s. 413.

³⁵⁶ Kuruma ilişkin görüşler için Bkz. SANCAR : s.19.

olan davanın ertelenmesi kurumuna göre, açılmış kamu davası bazı şartların varlığı halinde ertelenir ,buna göre TCK'nun 434. maddesi; '*kaçırılan, alıkonulan, ırzına geçilen yahut tasaddi edilen kız veya kadın ile sanık ya da mahkûmun evlenmesi halinde, koca hakkında kamu davası açılmış ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi ertelenir*'.hükmündedir. Uygulamada evlenme, önceki ceza tamamıyla çekildikten sonra gerçekleşmiş ve bundan sonra da fail ikinci bir suç işlemişse, önceki ceza infaz edilmiş olduğu için ikinci mahkûmiyetin cezası tekerrürden dolayı artırılır. Buna karşılık ceza tamamıyla çektirilmeden evlenme gerçekleşmişse önceki mahkûmiyet tekerrüre esas olmaz.³⁵⁷

Tekerrür için cezanın çekilmiş olmasının aranmaması halinde; evlenme, cezanın çektirilmesinin ertelenmesine neden olmuşsa, önceki mahkûmiyeti etkilemeyeceğinden tekerrüre esas olacaktır. Bu bakımdan önceki cezanın tamamen ya da kısmen infaz edilip edilmemesinin önemi yoktur. Buna karşın evlenme kesin hükümden önce gerçekleşip, kamu davasının ertelenmesine neden olmuşsa, ortada bir mahkûmiyet kararı olmadığından tekerrür hükümleri işlemeyecektir. Yeter ki, ertelenen kamu davası boşanma nedeniyle geri dönmesin ve sonuçta fail mahkûm olmasın.³⁵⁸

jj.Adli Tevbih

Cezası hafif olan suçlarda belli koşulların varlığı halinde, failin açıkça kınanarak cezasının infazından vazgeçilmesine 'adli tevbih' denilir.(TCK.m.26). Bu durumda mahkûmiyetin ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda bir açıklık

³⁵⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 164-165; ARCAK, Ali: "**Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesi ve Şümulu Meselesi**", AD, S. 8, s. 883 vd.; TEKİN: s. 51.

İBK 20.5.1957 23/15: "TCK'nun 434. maddesinde sayılı nedenlerden birisinden mahkûm olup da cezası tamamen infaz edildikten sonra mağdure ile evlenen kimsenin bu cezasının bundan sonra işlediği diğer cürümlerde yasal koşulların varlığı halinde tekerrüre esas alınacağı kabul edilmiştir" (ERDURAK: s. 189).

³⁵⁸ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 164.

yoktur.³⁵⁹ Öğretide adli tevbihin cezanın infazı yerine geçeceği, dolayısıyla mahkûmiyeti ortadan kaldırmayacağı ve tekerrüre esas kabul edilebileceği, bazı ceza hukukçularınca savunulurken³⁶⁰, başka bir takım ceza hukukçuları ise adli tevbihin suçlunun lehine bir kurum olduğunu ileri sürmektedirler. Çünkü, cezası ertelenmiş bir hükümlü, deneme süresi içinde yeniden bir suç işlemesi halinde ertelenmiş cezasını da çektiği halde; adli tevbihte, yargıç tarafından belirtilen sürede yeni bir suç işleyen kimsenin adli tevbihe çevrilmiş olan cezası infaz edilemez. Bu örnekten hareketle adli tevbih yapılırca mahkûmiyetin bütün hukuki sonuçları ortadan kalkar. Dolayısıyla adli tevbih kurumu tekerrüre esas kabul edilemez.³⁶¹ Ancak bizce adli tevbih durumunda söz konusu olan cezanın çektirilmemesidir, mahkûmiyet ise devam etmektedir, dolayısıyla adli tevbih kurumu tekerrüre esas kabul edilmelidir.

B.YENİ BİR SUÇUN İŞLENMESİ KOŞULU

1.YENİ BİR SUÇ KAVRAMI

Tekerrür kurumunun uygulanabilmesi için kişinin bir ya da daha çok sayıda suçtan kesin hükümle mahkûm olmasından başka, yeni suç veya suçlar işlenmiş olmasını ve onlardan dolayı mevcut yargılamanın sürüyor olmasını da gerektirir. Eski mahkûmiyet yoksa, içtima yoluna gidilir.³⁶² Dolayısıyla, tekerrürün ikinci koşulu, mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra ikinci (yeni) bir suç işlenmiş olmasıdır.³⁶³

³⁵⁹ CENTEL: s. 616-617.

³⁶⁰ EREM: GH, s. 698; MANZINI: **Parte Generale**, s. 168.

³⁶¹ DEMİRBAŞ: s. 389; DÖNMEZER/ERMAN: c. II, B. 8, s. 754; ÖZTÜRK: s. 389

³⁶² MANZINI: **Trattato**, s. 451; MANZINI: **Parte Generale**, s. 169.

³⁶³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 168; VIDAL/MAGNOL: s326.

Tekerrürün koşullarından biri olan ‘yeni bir suç işleme’ TCK’nun 81. maddesinde ‘*bir mahkûmiyete uğradıktan sonra... başka bir suç daha işlemek*’ şeklinde ifade edilmiştir. Bir mahkûmiyete uğradıktan sonra başka bir suçu işlemek koşulu sonraki suçun (tekerrür dolayısıyla cezası artırılacak suçun) önceki suçtan (tekerrüre esas alınan mahkûmiyetin konusunu oluşturan suç) sonra işlenmiş olması koşulunu da doğal olarak içerir.³⁶⁴

Suçlar arasında öncelik-sonralık tartışmasında, aynı anda ya da aynı günde işlenen suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması akla gelebilir. Böyle bir durumda tekerrürün genel koşulları gerçekleşmiş olmayacağı gibi, tekerrüre ait hükümlerin uygulanmasının da olanağı yoktur.³⁶⁵ Çünkü bu durumda şartları varsa suçların içtimama ilişkin kurallar yoksa cezaların içtimama ilişkin kurallar uygulanır. Ayrıca, tekerrüre esas tutulan mahkûmiyetin konusunu oluşturan suçun eski yasa zamanında, sonraki suçun yeni yasa zamanında işlenmesi ve önceki yasanın tekerrür bakımından suçlunun daha fazla lehine olması halinde de yeni yasaya göre tekerrür hükümleri uygulanır. Her ne kadar tekerrür eski suça dayanıyorsa da tekerrürden dolayı cezanın artırılması yeni suça ait bir niteliktir. Ceza Yasası’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki ‘*lehe olan yasa uygulanır*’ ilkesi bu yoruma engel değildir.³⁶⁶ Ancak düzenleme tekerrüre ilişkin olmayıp da, müstakilen madde bazında yapılmış ise, yani önceki mahkûmiyete esas olan yasa ortadan kalkmış ya da suçlunun lehine olacak şekilde değişikliğe uğramış ise, failin lehine olacak şekilde uygulama yapılır.

³⁶⁴ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 207.

1. CD 21.9.1996 338/1464: “Tekerrüre esas alınan fiillerin hangi tarihlerde işlenmiş olduğunun araştırılması zorunludur”

³⁶⁵ ‘Aynı gün içinde işlenen iki farklı suç için tekerrür hükümleri uygulanmaz’ (İtalyan Yargıtay Kararı, MANZINI: **Trattato**, s. 451, dpn. 1).

³⁶⁶ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 207. Nitekim TCK’nun 81. maddesinde 23.6.1936 tarihli 3038 sayılı yasa ile değişiklikten önce kabahatler tekerrüre esas kabul edilmez iken, değişiklikten sonra kabahatler arası tekerrür hükümlerinin işleyebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda değişiklikten önce kabahat suçu işleyen bir kimsenin, değişiklikten sonra işlediği kabahat suçundan ötürü tekerrür hükümleri uygulanır. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 207; ÖNDER: s. 657.

3038 sayılı yasa ile 1936 yılında yapılan değişiklikle, 81. maddedeki ‘cürüm’ terimi çıkarılarak yerine ‘suç’ terimi kullanılmıştır. Her ne kadar TCK’nun 8. babının başlığı ‘Cürümde Tekerrür’ ise de, bu başlığın değişiklik sırasında değiştirilmesi unutulmuştur.³⁶⁷ Bu nedenle başlığın, suçta tekerrür³⁶⁸ veya sadece tekerrür şeklinde düzeltilmesi gerekir. Nitekim 2000 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı, sekizinci bölümün başlığını ‘Özel Tehlike Halleri ve Tekerrür’ olarak düzenlemiştir.

TCK önceki mahkûmiyete neden olan suçla sonraki suç arasında bir benzerlik aramaz. TCK sisteminde tekerrür kurumu genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle ‘genel bir düzenleme’dir. Tekerrür uygulaması için, yeni suçun hangi türden olursa olsun işlenmiş olması yeterlidir.³⁶⁹ Ancak, önceki ve sonraki suçun aynı türden olması halinde özel tekerrür kuralları uygulanır.³⁷⁰

TCK’nun 87. maddesi, ne gibi suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını gösterir. 87. maddede, cürümden kabahate ve kabahatten cürüme tekerrürün geçerli olamayacağı yazılı olsa da kabahatten kabahate tekerrürün geçerli olmayacağı yönünde bir hüküm yoktur. Cürümle kabahat arasında tekerrürün yürümeyeceği konusu istisnadır. Bu istisna kabahatler arasında tekerrürün uygulanmayacağı anlamına gelmez.³⁷¹ Yasanın kabahatlerde de tekerrürü kabul ettiği tartışmasız açıktır.³⁷² Ayrıca 81. maddede altıda bire kadar artırılacak cezalar arasında, aksi söylenmediğine göre kabahatler de yer almaktadır.

³⁶⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 168.

³⁶⁸ EREM: GH, s. 704.

³⁶⁹ ÖNDER: s. 657; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 168; EREM: GH, s. 703.

³⁷⁰ Bu tekerrür çeşidi ‘özel tekerrür’ başlığı altında anlatılacaktır.

³⁷¹ ÖNDER: s. 659; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 169.

³⁷² EREM: GH, s. 704.

Kabahatler arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı görüşünde olanlara³⁷³ göre ise, tekerrürü düzenleyen bab başlığı ‘*cürümde tekerrür*’ şeklindedir. Kaynak yasadaki farklı olan bu başlığın yanlışlıkla yasa da yer aldığı kolayca söylemek olanaklı değildir. Cürümle kabahat arasında nitelik farkı vardır. Kaldı ki ikinci suçun işlenmesi gereken süreleri (beş ve on yıllık), TCK kabahatler için dava ve ceza zamanaşımı süresi olarak dahi kabul etmemiştir.³⁷⁴

Kabahat suçları arasında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması büyük ölçüde 1966 yılında verilen bir CGK kararı ile sonuçlanmıştır. Karara göre kabahatler arasında tekerrür hükümleri uygulanabilir.³⁷⁵

‘*Bir mahkûmiyete uğradıktan sonra ... başka bir suçu daha işlemek*’ ifadesi, bir mahkûmiyete uğradıktan sonra, bu mahkûmiyetle ilgisi bulunmayan, bağımsız bir suçun işlenmesi durumunu gösterir. Bu nedenle, bir kimsenin bir suçu işlemek veya işlenmiş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlemesi ya da o suç aracılığıyla yasa da suç oluşturan diğer bir fiil daha işlemesi halinde, bu fiiller yasal olarak o suç oluşturan unsurlardan veya şiddet nedenlerinden sayılıyorsa, suçlu hakkında tekerrür hükümleri uygulanmaz.³⁷⁶ Bu durumda yani birbirine bağlı suçların varlığı halinde içtima kuralları uygulanır. Zaten bu gibi hallerde tekerrür uygulaması için gerekli olan önceki suç bakımından bir mahkûmiyete uğramaktan da söz edebilmek olanaklı değildir.

³⁷³ TANER: s. 491.

³⁷⁴ TÜRÜ, Ahmet Kemal: “**Kabahatler Arasında Tekerrür Meselesi**”, AD, 1955, S. 10, s. 987-988; TANER: s. 491.

2. CD 12.1.1954 1442/85: “Kabahat olan sarhoşluk suçundan 87. madde hükmü dikkate alınmadan, sarhoşluktan mevcut sabıkanın tekerrüre esas tutulması yolsuzdur” (TÜRÜ: s. 987).

³⁷⁵ CGK 14.1.1966 309/406: “TCK’nun 87. maddesinde kabahat suçlarında tekerrürün söz konusu olmadığına dair bir hüküm yoktur. Bu nedenle kabahat suçunda hükümlülüğü bulunan bir kimse, cezasını çektikten sonra süresi içinde yine kabahat nevinden bir suç işler ve hükümlendirilirse tekerrür hükümleri uygulanır” (ÖNDER: s. 659).

Kabahatler arasında tekerrür uygulamasının diğer bir kanıtı da 6123 sayılı yasayla yapılan değişiklik sırasında kabahat nevinden olan kumar suçuna ilişkin 567. maddede bu suçun tekerrürü halinde cezanın ne suretle artırılacağına dair konulan hükümlerdir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 169.

Failin işlediği ilk ya da ikinci suçların, özel beliriş şekillerinden birisi ile gerçekleşmiş olması önemsizdir. Suç yasanın yasakladığı ve cezalandırdığı fiildir. Bu nedenle suç terimine yalnız tamamlanmış suç değil tam veya eksik teşebbüs³⁷⁷ hali de dahildir. Derecesi ne olursa olsun iştirak halinde işlenen suçlarda da tekerrür hükümleri uygulanır.³⁷⁸

Failin işlediği ilk suç bir müteselsil suç ise ve yargılaması yapıp bir mahkûmiyete uğramış ise, ikinci suçun işlenmiş olması halinde tekerrürden dolayı yargılama yapılır.³⁷⁹

2.TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN UYGULANMAYACAĞI HALLER

TCK, daha önce mahkum olan kimsenin daha sonra işlediği suçların bir kısmından dolayı tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını 87. maddesinde göstermiştir. Temel ilke suçlar arasında tekerrür uygulamasının olması iken, TCK 87. maddede gösterilen istisnai hallerin varlığı halinde tekerrür hükümleri uygulanmaz. Bu istisnai haller diğer tekerrür hükümlerinde olduğu gibi genel hükümlerdendir. Aksi yönde bir açıklık bulunmadıkça özel yasaların konusuna dahil olan hususlarda da uygulanır. Bu nedenle maddenin başındaki ‘geçen maddelerin tatbikatında’ kaydı dar anlamda yorumlanmamalıdır.³⁸⁰

³⁷⁶ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 208.

³⁷⁷ Kabahat dolayısıyla tekerrür hükümlerinin uygulanmasında unutulmaması gereken husus kabahatlere teşebbüslerin cezalandırılmadığıdır. Bkz. ÖNDER: s. 658.

³⁷⁸ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 193; ÖNDER: s. 658.

CGK 31.12.1934 106/98: “Teşebbüs halinde kalan bir yeni suçu işlemiş olan kişi hakkında önce suça teşebbüs ettiği eylemden cezanın tayini, daha sonra tekerrürden dolayı uygulama yapılması gerekir” (GÜNAY: s. 83).

³⁷⁹ BELTRANI/MARINO/PETRUCCI: s. 411

“Müteselsil suç ile tekerrür arasında bir ilişki yoktur” (İtalyan Yargıtay Kararı, BELTRANI/MARINO/PETRUCCI: s. 411). Müteselsil Suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.SANCAR YALÇIN, Türkan: **Müteselsil Suç**, Ankara 1995

³⁸⁰ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 219.

TCK'nun 87. maddesinde tekerrür hükümlerinin işlemeyeceği haller dört bent halinde sayılmıştır:

a.Kabahatlerle Cürümler Arasında:

81. maddede kullanılan ifadeden anlaşıldığı üzere tekerrür hükümleri cürümlere ve kabahatlere uygulanır. Zira maddede her iki terimi de kapsayacak anlamda 'suç' terimi kullanılmıştır. Ancak ilk suç bir cürüm, ikinci bir kabahatse veya ilk suç bir kabahat, ikinci suç bir cürümse yeni suçun cezası tekerrürden dolayı artırılamaz.³⁸¹ Bu bağlamda, TCK 87/1 hükmü bu durumu açıkça ifadelendirmiştir. Buna göre '*kabahat fiilinden dolayı sadır olan hükümler bu cürüm vukuunda ve cürme müteallik hükümler kabahat vukuunda; ...*' tekerrüre esas olamaz.³⁸²

Cürüm ve kabahat suçları arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmamasının nedeni, bu suç türleri arasında psikolojik bir bağın bulunmamasıdır. Kabahatle cürümler arasındaki fark sadece objektif değil aynı zamanda sübjektiftir.³⁸³

³⁸¹ MANZINI: Trattato, s. 465; FLORIAN: s. 379; VIDAL/MAGNOL: s. 335.

³⁸² 4. CD 16.11.1965 7320/7161: "Kabahat eyleminden verilen hükümlülüğün tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ölüme sebebiyet vermek suçunda tekerrüre esas tutulması TCK 87. maddesine göre aykırıdır" (ÖNDER: s. 659).

2. CD 9.4.1992 3437/4180: 'Sanığın önceki hükümlülüklerinin cürüm ve şimdiki mahkumiyetinin ise kabahat nevinden olduğu ve TCK'nun 87/1 maddesine göre tekerrüre esas alınmayacağı gözetilmeden sarhoşluk suçundan verilen cezanın tekerrür nedeniyle artırılması yasaya aykırıdır" (GÜNAY: s. 76).

³⁸³ FLORIAN: s. 379; EREM: **TCK Şerhi**, s. 701-702.; Gerçekte cürüm ve kabahatler arasındaki farkın belirlenmesi yasa koyucuya ait bir tasarruftur.Bu anlamda cürümlerle kabahatleri tam ayırabilmek için yürürlükteki hukuka bakmak gerekir.Bkz.TOROSLU: **Ceza Hukuku**, s.44-45 ; Cürüm kabahat ayırımına ilişkin ölçütler için Bkz. ANTOLISEI: s.187-192

b. Taksirli ve Kasıtlı Cürümler Arasında

TCK'nun 87/2 hükmüne göre, *'tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslek ve sanatın icrası hususunda tecrübesizlik ve emirlere ve nizamla riayetsizlik neticesi olarak işlenen cürümler diğer cürümler mukabilinde ve sair cürümler bunlar mukabilinde; ... tekerrüre esas olamaz.'* Bu bağlamda, birinci mahkumiyet taksirli bir cürümden dolayı verilmiş olur, ikinci suç kasıtlı bir suç olursa veya bunun aksi söz konusu olursa tekerrür hükümleri işletilmeyecek ve ikinci taksirli veya kasıtlı suçun cezası tekerrür nedeniyle artırılmayacaktır.³⁸⁴

1876 tarihli Mancini Projesinde belirtildiği üzere, taksirli ve kasıtlı suçlar arasında tekerrür hükümleri işletilemez. Çünkü kasıtlı suçlarda yasaı ihlal etmek noktasında direkt bir irade bulunmasına karşılık, taksirli suçlarda, yasa yine ihlal ediliyorsa da, bu yönde direkt bir irade yoktur. Bu yüzden bu suçlar arasında tekerrür hükümleri işlemez. Zira bu suç türleri arasında psikolojik bir bağ yoktur.³⁸⁵ Ancak pozitivistlere göre, tekerrür 'tehlikeli hal'in bir belirtisidir. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasında kasıtlı suç-taksir ayrımı yapılmamalıdır. Bunlara göre, taksirli suç, cürmî faaliyetin bir şeklidir ve failin tehlikeli halinin belirlenmesi açısından bu durumun dikkate alınması gerekir.³⁸⁶ Zira, kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar arasındaki sübjektif unsur farkı bunlar arasında tekerrürü kabul etmemeye bir neden olamaz. Her iki suçu kasıtlı ya da taksirli olan bir kimse ile birinci suçu taksirli ikinci suçu kasıtlı olan kimse arasında bulunabilecek farklılıklar suçluyu mükerrir saymamayı gerektirecek nitelikte değildir.³⁸⁷ Buna karşın taksirli suçlarda tekerrür hükümlerinin

³⁸⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 170.

4. CD 24.9.1953 10269/8507: "Kasıtlı suçtan verilmiş bir mahkumiyetin kasıtsız suçta tekerrüre esas alınması yolsuzdur" (GÖZÜBÜYÜK: s. 348).

1. CD 19.9.1996 2527/2957: "Tedbirsizlikle yangına sebebiyet eyleminden geçmiş sabıkası olan sanık hakkında kasti cürüm yaralamada yasanın 87/2 maddesine aykırı olarak 81/1-3 maddesinin uygulanması bozma nedenidir" (YKD 1996 S. 10, s. 1996).

³⁸⁵ MANZINI: *Trattato*, s. 463.

³⁸⁶ EREM: *TCK Şerhi*, s. 702; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 170.

³⁸⁷ EREM: *TCK Şerhi*, s. 703; FLORIAN: s. 376-377.

uygulanmamasını isteyenlere göre, tekerrürde cezanın artırılmasının nedeni, failin iradesindeki suç işleme yoğunluğudur. Tekerrürde cezanın artırılması failde bulunan kusur yoğunluğu olunca, böyle bir iradeyi taksirli suçlarda görmek olanaklı değildir.³⁸⁸

TCK kaynak yasanın sistemine bağlı kalarak, kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin işlemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak sistem kasıtlı-taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin işlemesine engel olduğu halde, taksirli suçların kendi arasında tekerrür hükümlerinin işlemesi için bir engel yoktur.³⁸⁹ Yasa, 87/2.madde hükmünde 455. ve 459. maddelerde geçen ‘tedbirsizlik-dikkatsizlik’ terimlerini kullanmıştır. Bu terim benzerliğine bakarak, 87. maddenin 2. bendi hükmünün yalnız bu iki maddede yer alan suçlara uygulanacağı sonucuna varılamaz. 87. madde hükmü bütün taksirli suçlara uygulanabilecektir.³⁹⁰

c.Sırf Askeri Cürümlerle Genel Suçlar Arasında

TCK’nun 87/3 hükmüne göre, ‘*sırf askeri cürümler hakkında sadır olan hükümler... tekerrüre esas olamaz.*’ ‘Sırf askeri cürüm’ teriminin yerine kaynak yasaya uygun olarak ‘sırf askeri suç’ terimini kullanmak gerekir.³⁹¹

³⁸⁸ Taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmaması gerektiği düşüncesi için bkz. ÖNDER: s. 659.

³⁸⁹ MANZINI: *Trattato*, s. 464; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 170; EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 220.

2. CD 9.10.1991, 9296/10254: “Taksirli suçların kendi aralarında tekerrüre esas olmasına mani bir hüküm bulunmaz” (MALKOÇ/GÜLER: s. 667).

2. CD 9.2.1993, 291/1487: “Taksirli suçların kendi aralarında tekerrüre esas alınmasına mani bulunmadığı halde aynı suçtan mahkumiyeti bulunan sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması hukuka aykırıdır” (GÜNAY: s. 77).

³⁹⁰ EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 220; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 667.

³⁹¹ EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 220.; Nitekim kaynak yasada kullanılan ‘*reati esclusivamente militari*’nin karşılığı ‘sırf askeri suçlar’dır. Terim için bkz. MANZINI: *Trattato*, s. 464.

87/3. madde hükmü, sırf askeri suçlarda verilecek olan mahkûmiyet hükümleri ile sonradan işlenecek genel suçlar arasında tekerrür hükümlerinin işlemesine engel olmaktadır.³⁹² Sırf askeri suçlar, yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilen, sadece askeri hizmeti ilgilendiren ve bu nedenle yalnız askeri çıkarları ihlal eden ve genel ceza yasasında hiçbir şekilde yer almayan askeri suçlardır.³⁹³

Yasa, önce işlenen sırf askeri suçun, sonra işlenen genel suçta tekerrüre esas kabul edilemeyeceğini söylerken, aksi yönde olabilecek bir durumda ne olacağını açıklığa kavuşturmamıştır. Yani genel suç önce, sırf askeri suç sonra işlenirse tekerrür hükümleri uygulanabilecek mi? Bu anlamda Askeri Ceza Kanunu'nun 42. maddesi³⁹⁴ ile TCK'nun 87/3. bendi birlikte incelenmelidir. Askeri Ceza Kanunu özel tekerrür sistemini kabul etmiştir. Tekerrür ancak aynı olan iki sırf askeri suçun işlenmesi halinde söz konusu olacaktır. Anlaşıldığı üzere ilk suçun genel olması halinde de tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.³⁹⁵

Sırf askeri suçlarla genel suçlar arasında tekerrür hükümlerinin işlememesinin nedeni şudur: Askerin bazı görevleri özeldir. Bu durumu ilgilendiren özel müeyyideler ve bunları uygulayan özel yargı organları vardır. Ayrıca As.CK ile TCK sisteminde tekerrür farklı şekillerde düzenlenmiştir. As.CK'ya göre, failin mükerrir sayılabilmesi için, iki suçun aynı tür askeri suç olması, cezanın en azından infazına başlanmış olması, ilgili suçlarda tekerrürden dolayı cezanın artırılacağına ilişkin bir

³⁹² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 170.

³⁹³ MANZINI: Trattato, s. 464. Bir suçun sırf askeri suç olması için a) Fail asker kişi olacak b) Fiil askeri bir hizmetin ya da görevin ihlaline yol açacak c) İşlenen fiil tamamen ya da kısmen başka bir yasa tarafında suç olarak öngörülmecektir. Bu üç unsurun birlikte varlığı halinde suç askeri suç olarak tanımlanır. Bkz. ERMAN, Sahir: **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul**, 7. Bası, İstanbul 1983, s. 153-156. Askeri Ceza Kanunu 12. madde ise askeri hizmeti şöyle tanımlar: "Bu kanun tatbikatında hizmet tabirinden maksat gerek malum olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir" (ERMAN: s. 155).

³⁹⁴ 'Bir cürüm işleyen mükerrir sayılması ve bu kanunun o suretle gösterdiği hükümlerin ve cezaların tatbik edilmesi, suçlunun askeri bir cürümden dolayı bir Türk Askeri Mahkemesinde mahkum olarak ceza gördükten sonra askeri cürmü tekrar yapmasına bağlıdır' (As.CK 42.madde).

açıklık bulunması aranır.³⁹⁶ Bu durumda ayrı bir yasaya ve dolayısıyla uygulamaya göre verilen mahkûmiyet kararının tekerrüre esas tutulmaması doğru olur.³⁹⁷

Tekerrüre esas kabul olunamayacak mahkûmiyet sırf askeri suçlardan dolayı verilecek mahkûmiyet kararıdır. Askeri mahkeme tarafından verilip de sırf askeri suça ilişkin olmayan mahkûmiyet kararları tekerrüre esas olur. Zira, As.CK aksi yönde bir hüküm koymamıştır. TCK askeri mahkemelerde verilen bazı mahkûmiyetlerin³⁹⁸ tekerrüre esas olabileceklerini kabul etmiştir.³⁹⁹

d.Yabancı ve Ulusal Mahkemelerce Verilen Hükümler Arasında

TCK 87/4 hükmüne göre, *‘Bu kanunun 6. babının birinci faslındaki 316, 317, 318, 319, 320, 324 ve 331. maddeleriyle, ikinci faslındaki 332 ve 333 üncü ve 7.babın 3. faslındaki 403 ve 404. maddelerde yazılı hususlardan dolayı verilen*

³⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 170; EREM: **Tekerrür Hükümlerinin**, s. 221.

³⁹⁶ ERMAN: s. 280-281.

³⁹⁷ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 171.

As. Yarg. GK 27.3.1959, 4458/26: “Askeri Ceza Kanunu’nun tekerrüre ait hükümlerinin kesinliği karşısında bu yasada tekerrür nedeni ile ayrıca ceza belirlenmeyen hallerde TCK’nun tekerrüre dair genel hükümlerinin uygulanması yanlıştır” (ERMAN: s. 281).

CGK 1.6.1987, 4-211/337: “Askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar, sırf askeri suç kabul edildiği için TCK 87/3 maddesi gereğince TCK 456/4, 457/1 maddelerinin uygulanması suretiyle verilen ağır para cezası CMUK 305. maddesi gereğince tekerrüre esas olamaz” (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1485-1486).

³⁹⁸ Bu tür mahkûmiyetler, ‘askeri suç benzeri’ suçlar üzerine verilen mahkûmiyetlerdir. Askeri suç benzeri, sırf askeri suç tanımına girmemekle birlikte yine de As. CY’nin uygulanmasını gerekli kılan ve bu nedenle genel suç kategorisine de girmeyen suçlardır. Bkz. ERMAN: s. 157.

³⁹⁹ 5. CD 22.4.1949, 2031/49-1306: “Yağma cürmü askeri şahıslar tarafından seferberlikte işlendiği takdirde As.CK’de cezası sureti mahsusada tayin edilmiş olması itibariyle askeri cürüm teşkil eder de sanığın seferberlik haricinde genel ceza yasasına göre mahkûm olduğu yağma suçu askeri bir mahiyeti haiz olmadığı cihetle tebliğnamede tekerrüre esas tutulması gerektiğine ve bundan dolayı uygulanan tekerrür hükmünün 87. madde 3. fıkrasına aykırı bulunduğuna dair mütalaa yerinde değildir” (GÖZÜBÜYÜK: s. 346).

*hükümler müstesna olmak üzere yabancı memleket mahkemelerinden verilen hükümler; tekrüre esas olamaz’.*⁴⁰⁰

Ceza Yasası, tekrür hükümlerinin uygulanmasında asıl olarak ulusal tekrür sistemini benimsemiştir.⁴⁰¹ Kaynak yasanın projesinde bunun nedeni tekrürün varlığının kanıtlanmasının zor olması, bazı ülkeler için olanaksız olması ve ülkeler arası suçlar ve cezalar arası denge kurulmasının zorluğu olarak açıklanmıştır.⁴⁰² Ayrıca ulusal tekrür sisteminin benimsenmesinin nedeni, egemenlik kavramına dayalı mülkilik ilkesinin gereğidir.⁴⁰³

Ceza yasasının mutlak olarak ulusal tekrür sistemini kabul etmediğinin göstergesi 87/4 hükmüdür. Bu bağlamda, yasanın kabul ettiği sisteme karma veya sınırlandırılmış yabancı hükümlere tekrür etkisi tanıyan sistem demek olanaklıdır.⁴⁰⁴

TCK’nun ilk şeklinde tamamen ulusal tekrür sistemi benimsenmiştir. Ancak 2275 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonunda yabancı mahkeme kararlarını tekrür hükümleri bakımından dikkate almama ilkesine bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar kalpazanlık suçlarının 87. maddenin 4 üncü bendinde yazılı şekilleridir.⁴⁰⁵ Ayrıca uyuşturucu maddelere ilişkin, uyuşturucu maddelerin imali, ithali, ihracı, satılması, taşınması, satın alınması veya bulundurulması, kullanılması,

⁴⁰⁰ Yabancı mahkeme kararları paralarda, değerli kamu kağıtlarında veya kıymetli damgalarda (TCK. m. 316-331), devlet mühürlerinde, resmi daire ve kamu kurumlarının birinin mühürlerinde (TCK. m. 332-333) ve sahtekarlık suçları ile uyuşturucu madde suçlarında (TCK. m. 403-404) tekrüre esas alınabilirler.

⁴⁰¹ EREM: **Tekrür Hakkındaki**, s. 221.

⁴⁰² MAJNO: s. 468.

⁴⁰³ YENİSEY, Feridun: **Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**, İstanbul 1988, s. 261; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 172.

⁴⁰⁴ ÖNDER: s. 664.

⁴⁰⁵ EREM: **Tekrür Hakkındaki**, s. 222. 20 Nisan 1929 yılında Cenevre’de imzalanan ve Türkiye’nin de katıldığı ‘Sahte Para İmalinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme’nin (Cenevre

kullanılmasının kolaylaştırılması cürümlerinden dolayı (TCK. m. 403-404) yabancı mahkemelerce verilen hükümlerin tekerrüre esas alınacağı 6123 sayılı yasayla 87. maddenin 4. bendine eklenmiştir.⁴⁰⁶

Ayrıca 87. maddenin 4. bendindeki istisna halleri dışında, Türkiye'nin taraf olduğu bazı çok taraflı sözleşmelerde belirli suçlara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tekerrüre esas oluşturması kabul edilmiştir.⁴⁰⁷

3.TEKERRÜRÜN OLANAKLI OLMADIĞI DİĞER HALLER

Çeşitli mevzuat, bazı durumlarda tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını açık hüküm sevk ederek belirtmiştir. TCK'nun 87. maddesinde sayılmamasına rağmen, bu durumların varlığında tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.⁴⁰⁸ Bu durumlar:

a.Belirli Yaştaki Küçükler Hakkındaki Mahkûmiyetler

Karşılaştırmalı hukukta, belirli yaştan küçükler hakkında mahkumiyetlerin tekerrüre esas alınamayacağı kabul edilir. Nitekim TCK'nun 54.⁴⁰⁹ maddesi ve

Anlaşması) altıncı maddesi sonucunda 87 nci maddeye bir bend eklenerek (87/4) ulusal tekerrüre ilk istisnai hüküm 20 Nisan 1933 tarihinde getirilmiştir. Bkz. ÖNDER: s. 664.

⁴⁰⁶ SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1483; GÖZÜBÜYÜK: s. 358-359. 87 nci maddenin 4 üncü bendine, TCK'nun 403. ve 404. maddelerinin eklenmesi, Türkiye'nin taraf olduğu 16.2.1948 tarihli New York ve 4.3.1950 tarihli Paris Protokolleri neticesinde olmuştur. Bkz. GÖZÜBÜYÜK: s. 358.

⁴⁰⁷ YENİSEY: **Milletlerarası Ceza**, s. 262. Bu sözleşmelere örnek olarak Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 'Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 TEK Sözleşmesi' gösterilmiştir. YENİSEY: **Milletlerarası Ceza**, s. 262.

⁴⁰⁸ Bu durumların arasına siyasal suçlarla basın suçlarının katılması yönünde tartışmalar bulunmakla birlikte, yaşamız açısından bu tür suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir ibare yoktur. Bkz. EREM: Tekerrür Hakkındaki, s. 219.

⁴⁰⁹ 7 Kasım 1979 yılı 2253 sayılı karar ile yürürlüğe giren ÇMK'nın 12. maddesi ile TCK'nun 54. maddesi örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun (ÇMK) 12. maddesi 15 yaşını doldurmamış küçükler hakkında verilen hükümlerin tekrare esas olamayacağını belirtir.⁴¹⁰

Yaşı küçük sanığın, tekrare esas özgürlüğü bağlayıcı cezası, ÇİK m. 4'e göre zorunlu olmasına rağmen tedbire çevrilmeden infaz edilmiş olsa bile bu karar tekrare artırımına esas alınamaz.⁴¹¹

b.Adli Sicil Kayıtları

Bir kimse hakkında ceza mahkumiyeti kararı bulunup bulunmadığının anlaşılması için tutulan kayda adli sicil denir. Adli sicil Yasasında ve 647 sayılı Yasanın 7. maddesine göre, mahkûm olan bir kimse, cezasını çektiği veya genel af, şikayetin geri alınması gibi nedenlerle cezasının kalktığı ya da düştüğü tarihten itibaren belli bir süre içinde mahkum olmadığı takdirde, adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesini isteyebilir. Aynı şekilde koşulların gerçekleşmesi halinde Cumhuriyet Savcısı ve Adli Sicil Müdürü de kaydın silinmesini isteyebilir.⁴¹²

Adli sicil kayıtlarının öğrenilmesi tekrare hükümlerinin uygulanması bakımından çok önemlidir. Koşulların gerçekleşmesine rağmen her nasılsa bir

⁴¹⁰ ÖNDER: c. II-III, s. 665. Erem'e göre, küçüğe ceza verilmesini emreden yasanın tekrar suç işlenmesi halinde tekrare nedeniyle artırılmasına izin vermemesini anlamak olanaksızdır. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 666.

4. CD 7.12.1955, 13795/19331: "Maznunun eski mahkûmiyetinde 54 ve 47. maddelerin tatbik edilmiş olduğu gözetilmeden bu mahkumiyet sebebiyle cezanın 81.madde ile artırılması yolsuzdur" (GÖZÜBÜYÜK: s. 349).

6. CD 29.1.1993, 9612/560: "Sanığın tekrare esas alınan mahkumiyetinde TCK'nun 54. maddesinin tatbik edilmesi nedeniyle tekrare esas alınamayacağı gözetilmeden tekrare ile cezanın artırılması kanuna aykırıdır" (GÜNAY: s. 91).

⁴¹¹ CENTEL: s. 517. Yargıtay'a göre, bu kararın CMUK m. 343 uyarınca yazılı emre konu edildiğinde hükümlü yararına bozulacağına kuşku yoktur. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü için bkz. CENTEL: s. 517, dpn. 61.

⁴¹² TEKİN: s. 51; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 165; UZUNHASANOĞLU: s. 42; Sabıka kaydı 80 yaşından sonra silinir ve bu yaştan sonra hiçbir şekilde tekrare nedeniyle ceza artırılmaz. Bkz. ÖZTÜRK : s. 376.

kimsenin hükümlülük kaydı silinmemişse, bu silinmesi gereken hükümlülük kaydı tekerrüre esas alınmaz.⁴¹³

c.Temyizi Olanaklı Olmayan Mahkûmiyetler

CMUK' un 305. maddesinin son fıkrası: *'bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz...'* hükmündedir. Nitekim temyizi olanaklı olan ve olmayan hükümleri düzenleyen CMUK'un. 305.maddesinin 1.fıkrası, ceza mahkemelerinde verilen hükümlerin temyiz olunabileceğini belirttikten sonra, *'iki milyon liraya kadar (iki milyon dahil) para cezalarına dair hükümler'* ile *'bu kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlerin'* temyiz olunamayacakları belirtmiştir. Bu mahkûmiyet kararları tekerrüre esas alınamaz çünkü bu tür mahkûmiyet kararlarının yanlış olabilme olasılığı vardır.⁴¹⁴

C.BELİRLİ SÜRE İÇİNDE TEKRAR SUÇ İŞLENMİŞ OLMASI KOŞULU

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken genel koşulların bir diğeri de failin belirli süreler içinde tekrar suç işlemesidir. TCK'nun 81/1 hükmüne göre *'Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır'*. Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, yasa tekerrür uygulaması için

⁴¹³ TEKİN: s. 51; TANER: s. 501; DÖNMEZER/ERMAN:c.III., s. 167.

⁴¹⁴ DEMİRBAŞ: s. 567; CENTEL: s. 517; DÖNMEZER/ERMAN: s. 517; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 666; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 202.

7. CD 19.12.1976, 9973/11005: "3506 sayılı yasa ile yapılan *'bu hükmün uygulanması kanuna başvurmamak için engel teşkil etmez'* düzenlemesi ile 14.12.1988 tarihinden sonra hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 sayılı yasanın 4. maddesi gereğince para cezası veya maddede yazılı tedbirlerden birine çevrilmesi halinde, çevrilme sonucu hasıl olan para cezasının miktarı ne olursa olsun olağan kanun yolu açık bulunduğundan CMUK'un 305/son maddesinin uygulanması olanaksızdır. Yargıtay yolunun açık olduğu hükümler verildikleri anda kesin hüküm etkisi taşımadıklarından , diğer koşulların gerçekleşmesi halinde tekerrüre esas alınırlar" (YKD, 1996, S. 10, s. 1631).

belirli süreler öngörmüştür.⁴¹⁵ Bu bağlamda, ceza yasası tekerrürde süreli (geçici) olma ilkesini kabul etmiştir.⁴¹⁶

Belirli sürenin ne olduğunun belirlenmesi için, sürenin niteliğinin, başlangıcının, hesaplanmasının ve uzunluğunun ne olduklarının bilinmesi gerekir.

1.SÜRENİN NİTELİĞİ

81. maddede belirlenmiş süreler ‘tekerrür süresi’dir. Yasada yazılı bulunan diğer süreler (zamanaşımı, ertelemeye deneme, yasak hakların geri verilmesi vb. süreler) ile ilgisi yoktur.⁴¹⁷ Bu kurumlardan birisinin süresinin başlaması, kesilmesi ve sona ermesi ile tekerrür süresinin işlemesi arasında her hangi bir bağ yoktur.

Tekerrürün beş ve on yıllık sürelerini zamanaşımı süreleri ile karıştırmamak gerekir. Tekerrür süreleri ile dava zamanaşımı süreleri aynı anda yürütebilir. Ancak tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için dava zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Nitekim dava zamanaşımı dolmuşsa, zaten her hangi bir yargılama ve hüküm verebilme olanağı kalmadığından, tekerrür dolayısıyla cezanın artırılması da olanaklı değildir. Zira, tekerrürün koşullarından olan önceki mahkûmiyet koşulu gerçekleşmemiştir. Ancak, tekerrüre esas alınan suçun cezasının zamanaşımı süresi dolmuş fakat tekerrür süresi henüz geçmemiş ise, yeni suçun cezası tekerrürden dolayı artırılır.⁴¹⁸ Çünkü tekerrüre esas olan ‘mahkûmiyet’tir. Ceza zamanaşımı ise mahkûmiyeti değil sadece cezayı düşürmüştür.⁴¹⁹ Ceza yasasının belirlediği süreler

⁴¹⁵ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 205.

⁴¹⁶ MANZINI: **Trattato**, s. 451.

⁴¹⁷ EREM: GH, s. 706.

⁴¹⁸ Örneğin TCK’nun 112. maddesinin 5. bendinde ‘birden ziyade hafif hapis veyahut bir meslek ve sanatın tatili icrası yahut, ... liradan ziyade hafif cezayı nakdi hükümleri dört sene ... geçmesi ile ortadan kalkar.’ şeklindedir. Dört yıllık sürenin geçmesi halinde ceza zamanaşımı süresi dolmasına rağmen tekerrür süresi dolmamıştır ve yeni bir suç işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanabilecektir.

sonunda tekerrür nedeniyle ceza artırımı söz konusu olamaz. Bu durumda devlet tekerrür dolayısıyla artırılmış ceza verme yetkisini kaybeder.⁴²⁰

2.SÜRENİN BAŞLANGICI

Tekerrür sürelerinin başlayacağı zamanı yasa göstermiştir. TCK'na göre süre, 'cezanın çekildiği' veya 'cezanın düştüğü' tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu iki başlangıçtan birisi söz konusu olmadıkça tekerrür süresi işlemeye başlamayacaktır. Bu nedenle bir mahkumiyete uğramış kimse hakkında tekerrür süresinin işleyebilmesi için cezasını çekmiş veya cezasının düşmüş bulunması gerekir.⁴²¹

Cezanın çekilmesi ya da düşmüş olması durumu gerçekleşmedikçe, suçlu sürekli olarak mükerrir olabilecek durumda kalır. Bu koşul sayesinde cezanın infazından kaçan kimse hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanma olanağı söz konusu olabilecektir.⁴²² Tekerrür sürelerinin cezasının çekildiği veya düştüğü günden itibaren başlayacağı koşulundan, sürenin başlangıcı ile çekilmesi veya düşmesi arasında bir zaman aralığının bulunmayacağı sonucu çıkar.⁴²³

⁴¹⁹ EREM: GH, s. 707; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 206; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 173.

⁴²⁰ MANZINI: **Trattato**, s. 451.

⁴²¹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 173; MANZINI: **Trattato**, s. 452; EREM: GH, s. 707.

4. CD 14.12.1984, 8294/8683: "Sanığın tekerrüre esas mahkumiyetinin infaz edildiği 5.4.1978 tarihi ile suç tarihi olan 12.12.1983 arasında beş seneden fazla bir zaman aralığı geçtiği gözetilmeden tekerrür hükümlerinin uygulanması yasaya aykırıdır" (GÜNAY: s. 36).

2. CD 23.2.1949, 1552/1677: "Ceza Kanununun 81. maddesindeki sürelerin hesabında yalnız cezanın infaz tarihinin değil, sükut tarihinde mebdde ittihaz olunacağı açıkça yazılı olmasına ve cezanın zamanaşımı ile düştüğü tarihten itibaren 81. maddedeki beş senelik müddet geçmemiş bulunmasına göre bu madde ile yapılan artırmada bir yanlışlık yoktur" (GÜNAY: s. 36).

⁴²² EREM: GH, s. 707.; Tekerrür uygulaması için cezanın çekilmesinin zorunlu olduğu görüşünde olanlara göre, suçun belirli sürelerde işlenmesi koşulunun istisnası TCK. m. 82'dir. Cürmün cezası müebbet ağır hapis cezasına mahkum olan kimse her ne zaman ikinci bir cürüm işlerse, mükerrir sayılır. Bkz. TANER: s. 491; TEKİN: s. 53.

⁴²³ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 206.

Cezanın tamamen ‘çekilmiş olması’ ifadesinden anlaşılması gerekenler şunlardır:

Feri cezaların tamamen çekilmiş olmaları aranmaz. Yasa tekrür konusunda, cezanın çekilmesinden yalnızca asli cezayı kastetmiştir.⁴²⁴

Tutuklulukta geçen süre, tekrüre esas alınan mahkumiyetin süresini karşılamakta ise, cezanın çekilme tarihi tutuklulukta ceza süresinin bittiği tarih olacaktır.⁴²⁵

Ceza tamamen çektilirmeyip de fail şartla salıverilmişse, deneme süresinin sona ermesi yani kesin tahliye zamanının geldiği anda ceza tamamen çekilmiş sayılır.⁴²⁶

Suçlu hakkında emniyet tedbirleri uygulanması halinde, tekrür süresi bu önlemin sona erdiği günden değil, asıl cezanın çekildiği veya düştüğü günden başlayacaktır. Emniyet tedbirleri cezalar arasında gösterilmediğinden, ve 81. maddede tekrür sürelerinin cezanın çekildiği tarihten başlayacağı söylendiğinden, tekrür süresi bu önlemin bittiği andan değil, asli cezanın çekildiği günden başlar.⁴²⁷

⁴²⁴ TANER: s. 490; MAJNO: s. 443-444.

2. CD 18.2.1976, 1324/1342: “Sanığın eski mahkumiyetine dair eski cezaların infaz edilmiş bulunmasına göre meslek ve sanatın icrasının tatiline dair ferî cezasının yerine getirilmemiş olması tekrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinden buna ilişkin tebliğnamedeki bozma düşüncesi yerinde görülmemiştir” (ERDURAK: s. 192).

⁴²⁵ GÜNAY: s. 63; KARAOK: s. 142.

4 CD. 28.4.1989, 2879/3310: “Sanığın hakkında evvelce verilen cezanın mevkufen çekilmiş olması nedeni ile ayrıca infaz edilmediğinin anlaşılmasına göre TCK’nun 81/1. maddesi gereğince cezanın artırılması gerekirken yazılı gerekçe ile tekrür hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 63).

⁴²⁶ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 173; EREM: **Tekrür Hakkındaki**, s. 206.

⁴²⁷ EREM: **Tekrür Hakkındaki**, s. 206; MAJNO: s. 444.

Cezanın düşmesinden anlaşılması gereken ise şudur:Cezanın düşme nedenlerinden, tekerrür açısından söz konusu olabilen hususlar, özel af ve ceza zamanaşımıdır. Bu hususlar mahkûmiyetin diğer neticelerini olduğu gibi bırakırken, yalnızca cezayı ortadan kaldırırlar.⁴²⁸

3.SÜRENİN HESAPLANMASI

Yasada tekerrür süreleri yıl olarak gösterilmiştir. Bunların hesabında yıl olarak belirlenen sürelere uygulanan genel kural uygulanır. Buna göre, tekerrür süresi resmi takvime göre hesap edilecektir (TCK. m. 30). Cezanın çekildiği veya düştüğü günden başlamış olmalarına rağmen tekerrür sürelerinin belirlenmesinde, cezanın çekildiği veya düştüğü gün hesaba katılmaz.⁴²⁹

4.SÜRENİN UZUNLUĞU

TCK tekerrür bakımından iki tür süreyi kabul etmiştir. Önceki mahkumiyet için verilen ceza, beş yıldan fazla bir ceza ise tekerrür süresi on yıldır. Eğer önceki mahkumiyet için verilen cezanın süresi, beş yıl veya daha az hürriyeti bağlayıcı ceza ise tekerrür süresi beş yıldır.⁴³⁰

⁴²⁸ TANER: s. 491; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 174.

⁴²⁹ MANZINI: *Trattato*, s. 451; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 206-207.

⁴³⁰ EREM: GH, s. 705.

IV.ÖZEL TEKERRÜR VE AYNI TÜR SUÇ KAVRAMI

TCK'nun 81. maddesinin ikinci fıkrasına göre, '*Yeni suç, evvelki mahkûmiyete neden olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır*'. Anlaşıldığı üzere, özel tekerrürün söz konusu olabilmesi için önceki suç ile sonraki suçun aynı türden olması gerekir.⁴³¹ Özel tekerrür faildeki yoğun tehlikelilik halini gösterir. Bu nedenle ikinci suçun cezası, genel tekerrüre oranla daha fazla artırılır.⁴³²

Basit özel tekerrür hali, genel tekerrür için aranan koşullara ek olarak bir koşul daha arar. Bu koşul önceki mahkûmiyete neden olan suçla, yeni suçun aynı türde olmasıdır.⁴³³

İki suçun ne zaman aynı türden sayılacağına belirlenmesinde kullanılan iki yöntem vardır. Bunlardan ilki failin suç işlemekteki saikinin aynı olmasına bakan sübjektif ölçüt, ikincisi ise suçların niteliğini göz önünde tutan objektif ölçüttür.⁴³⁴ Ceza yasaları bir homojenite yaratırlar. Ceza yasalarında yer alan maddeler birbirleriyle ilişkilendirilir ve uyumlulaştırılır. Ancak bu uyumlaştırma, kullanılacak ölçütün objektif ya da sübjektif olmasına göre değişir.⁴³⁵

⁴³¹ Özel tekerrür için 'ağır tekerrür' terimi de kullanılmaktadır. Bkz. MANZINI: *Trattato*, s. 449; ANTOLISEI: s. 655.

⁴³² MANZINI: *Parte Generale*, s. 171.

⁴³³ ANTOLISEI: s. 654; MANZINI: *Parte Generale*, s. 171.

TCK 86. maddesinde aynı 'cins' suçlardan bahsetmesine karşılık diğer bazı maddelerde (TCK 522/3) aynı 'nevi'den suçlar terimini kullanmıştır. Bazı maddelerde 'cins' bazılarında 'nevi' kullanılması bir çeviri hatasından kaynaklanmıştır. Kaynak yasa hep aynı terimi kullanmıştır. EREM: GH, s. 709-710. Kaynak yasada geçen ifade 'reati della stessa indole' şeklindedir. Biz nevi kelimesinin dolayısıyla tür kelimesinin kullanılmasının aynılık niteliğini ifadeye daha uygun olacağını düşündük. Aynı tür suç terimi Centel tarafından da tercih edilmiştir. Bkz. CENTEL: s. 512.

⁴³⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 179.

⁴³⁵ ANTOLISEI: s. 655.

A.SÜBJEKTİF ÖLÇÜYE GÖRE AYNI TÜR SUÇ

Pratikte suçları türlerine göre ayırmanın bazı zorlukları vardır. Bu anlamda kullanılacak yöntemde, suçluların suç işleme kapasiteleri nasıl bir nitelikle belirlenebiliyorsa, suçların aynı türden sayılabilmeleri için de suça ilişkin benzeri bir yönleniş (yöntem) olmalıdır. Yani farklı bir söyleyiş ile belirlenmesi gereken, suçlar arasındaki 'kriminal özdeşlik'tir.⁴³⁶ Failin kişiliğini değerlendirmek için suçlar arasında 'yaygın' ilişkiler kurulmalıdır. Ancak bu ilişkiden sonra yapılacak değerlendirme sonucunda failin kişiliği hakkında bilgi sahibi olunabilir.⁴³⁷

Aynı türden suç belirlenirken aynı fasılda düzenlenen suçlar açısından sorun yoktur. Burada dikkat edilecek husus 'suça ilişkin asli unsurlar'dır. Örneğin, ağırlaştırıcı nedenlerin olması ya da aynı olması aranmaz (Basit hırsızlık-nitelikli hırsızlık). Bunun dışında ceza yasasının farklı yerlerinde düzenlenmiş olmakla birlikte sübjektif bir ortaklık göstermeleri halinde de 'aynı türden suç'tan bahsetmek gerekir.⁴³⁸ Buna göre;

Suçu oluşturan inşai nedenler (suçun doğası) aynıysa suçlar aynı türdendir: Somut olay açısından bir homojenlik varsa, örneğin evlenme vaadi ile kız kaçırma ve şehvet hissiyle kız kaçırma suçları suçun doğası gereği aynı tür sayılırlar.⁴³⁹

Suç işleme nedeni (Suça motive eden nedenlerin doğası): Değişik suç türleri arasında psikolojik bir bağ arar. Örneğin para kazanma sonucunu doğuran bütün suçlar aynı türden sayılır. Dolandırıcılık, kalpazanlık, hileli iflas gibi suçları işleyen

⁴³⁶ MANTOVANI: s. 662; ANTOLISEI: s. 655.

⁴³⁷ ANTOLISEI: s. 655.

⁴³⁸ MANTOVANI: s. 662.

⁴³⁹ MANZINI: **Parte Generale**, s. 172; MANTOVANI: s. 662.

kimse mükerrir sayılacaktır.⁴⁴⁰ Mevcut İtalyan Ceza Yasası tekerrürde aynı türden suç belirlmesini sübjektif ölçüye göre yapar (YICK m. 101).⁴⁴¹

B.OBJEKTİF ÖLÇÜYE GÖRE AYNI TÜR SUÇ

Suçların aynı fasılda düzenlenmiş olmaları onları aynı türden saymak için gerekli ve yeterlidir. Ayrıca failin saikinden kaynaklı bir bağ aranmaz. Zanardelli yasası objektif ölçüt üzerine kurulmuştur. Bu yola özel tekerrür uygulamasının yaygınlaşmasını engellemek ve yargıçların değişik ve birbirleriyle çelişen uygulamalarının önüne geçebilmek için gidilmiştir.⁴⁴² TCK kaynak yasanın sistemine bağlı kalarak objektif ölçütü kabul etmiştir.⁴⁴³

C.TCK'NA GÖRE AYNI TÜR SUÇ

TCK'nun 86. maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Yasanın aynı maddesine giren ve yine yasanın aynı faslında yer alan suçları aynı türden saymak suretiyle genel bir ilke koyduktan sonra, birden dokuza kadar olan bentlerde yer alan suçları da bir türden saymıştır.⁴⁴⁴ Yasa aynı fasıldaki suçları gerek maddi gerekse manevi unsurları bakımından aynı tür saymıştır.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ MANZINI: *Parte Generale*, s. 172; MANTOVANI: s. 662.

⁴⁴¹ 'Ceza Yasasında ayrı bab altında düzenleme dışında aynı türün, yargıcın yapacağı analitik bir inceleme sonucunda işlenen suçların temel karakterlerine bakılarak ve eylemin doğasını da gözетerek belirlmesi gerekir.' (İtalyan Yargıtay Kararı 12.4.1966) bkz. BELTRANI/MARINAO/PETRUCCI: s. 415.

⁴⁴² ANTOLISEI: s. 655; MANZINI: *Trattato*, s. 455.

⁴⁴³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 179.

⁴⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 275.

⁴⁴⁵ EREM: GH, s. 709.

TCK. 86. maddeye göre aşağıda belirtilen suçlar aynı türden sayılır:

- 1) (TCK. m.86/1) Aynı yasa maddesine ilişkin olan veya aynı faslında bulunan cürümler aynı türdendir.⁴⁴⁶
- 2) Devletin güvenliği aleyhine işlenen cürümler⁴⁴⁷ (TCK. m. 125-173),
- 3) (TCK. m. 86/2) Resmi memurlar tarafından memuriyetlerine ilişkin görevlerin ihlali veya memuriyetin kötüye kullanılması suretiyle işlenen cürümler (TCK. m. 192-202-179),
- 4) (TCK. m. 86/3) Siyasi ve dini özgürlüklere ilişkin cürümlerle dini memurların görevleri sırasında yaptıkları kötüye kullanmalar (TCK. m. 175-178, 241-242),
- 5) (TCK. m. 86/4) Yaptıkları görevden dolayı yargıçlar ile memurlar ve devlet idaresi ve kamunun düzeni aleyhine işlenen cürümler (TCK. m. 202-281, 311-315),
- 6) (TCK. m. 86/5) Cürüm uydurma, iftira, yalan tanıklık, yalan yere yemin etme ve avukatlar ile dava vekillerinin görevlerini kötüye kullanma suçları (TCK. m. 283, 285-287, 294-295),

⁴⁴⁶ Özel tekerrürün daha ağır bir şekli olan sürekli özel tekerrüre ait bir hükümde (TCK m. 87) ‘suç’ terimi kullanılmışken 86. maddede ‘cürüm’ teriminin kullanılması yasa tekniğine uygun değildir. 86. maddede kullanılan ‘cürüm’ terimi 3038 sayılı yasa ile ‘suç’ terimine dönüşürken 85. maddede bu değişikliğin yapılması unutulmuştur. Bkz. EREM: GH, s. 708.

4. CD 5.2.1960, 11893/1243: ‘Çalmak ve dövmek aynı tür olmadığından TCK’nun 81. maddesinin 2. fıkrası uygulanamaz’ (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1481).

4. CD 13.7.1949, 9515/10654: “TCK’nun 145. maddesi devletin şahsiyeti aleyhine bir suç, 266. maddesi ise devlet idaresi aleyhine bir suç olduğuna göre, aynı türden değildir” (ÖNDER: s. 671).

CGK 24.10.1995, 8/273-298: “Suçlar aynı cins olduğundan özel tekerrür hükümlerinin uygulanması yerindedir” (MALKOÇ/GÜLER: s. 669).

⁴⁴⁷ 86. maddenin 1. bendinde kullanılan ‘Devletin emniyeti aleyhine işlenen cürümler’ terimi ile kastedilen ‘Devletin şahsiyetine karşı cürümler’dir. 3038 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle TCK’nun ikinci kitabının bir bab başlığı bu şekilde değiştirilirken, aynı değişikliğin 86. maddenin birinci bendinde yapılmış olması gerekirdi. Bkz. EREM: GH, s. 709.

7) (TCK. m. 86/6) Kamunun esenliğı aleyhine işlenen cürümler (TCK. m. 369-413),

8) (TCK. m. 86/7) Genel adap ve aile düzeni aleyhine işlenen cürümler (TCK. m. 414-417),

9) (TCK. m. 86/8) Adam öldürme ve müessir fiiller (TCK. m. 448-455, 456-459), (TCK. m. 86/9) Hırsızlık (TCK.m. 491-494), yağma ve yol kesme (TCK.m. 495-502), sırrın açığa vurulması tehdidi ile çıkar sağlama (TCK.m. 192), dolandırıcılık (TCK.m. 503) emniyeti suiistimal (TCK:m. 508), suç eşyasını satın almak ve saklamak (TCK.m. 512), hileli iflas (TCK.m. 506), milletvekilleri, temsil sıfatı, emir ve yönetme yetkisine sahip olan başkanlar veya diğer devlet memurlardan biri aleyhine sıfat ve hizmetlerinden dolayı işlenen cürüm (TCK.m. 273), yedi eminlik görevinin kötüye kullanılması (TCK.m. 276), nüfus ticareti (TCK.m. 278), kalpazanlık suçları (TCK.m. 316-320), Ticaret, sanayi ve müzayedeye hile ve fesat karıştırma suçları (TCK. m. 358-368), kamu sağlığına ve yenecek içecek şeylere ilişkin suçlar (TCK.m. 394-398, 410).

Yukarıda dokuz sıra halinde yazılan gruplar kendi aralarında aynı türden sayılır. Bir gruptaki suçla, diğer gruptaki suç aynı türden sayılmaz.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ CENTEL: s. 517.

4. CD 13.7.1949, 9615/10654: “145. maddenin devletin şahsiyeti aleyhindeki suçlardan ve 266. maddenin devlet idaresi aleyhindeki suçlardan olmasına göre 86/1. maddenin şümuluna girmezken ona dayanılarak aynı türden sayılması ve 81. maddenin ikinci bendinin uygulanması yolsuzdur” (ÇAĞLAYAN: s. 785).

4. CD 5.12.1952, 11492/11531: “Ceza Kanununun 86. maddesinin 4. fıkrası hükmünce memura mukavemet suçları aynı türdendir” (ÇAĞLAYAN: s. 785).

6. CD 6.2.1985, 8123/737: “ TCK’nun 86. maddesi açıklığına göre, hırsızlık ve evrakta sahtecilik suçlarının aynı cinsten oldukları gözetilmeden aynı kanun 81/1 maddesi yerine 81/2. madde ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir” (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1481).

1. CD 12.12.1995 3467/3682: “Sanık hakkında tekerrür hükmü uygulanırken TCK’nın 258. maddesi ile verilen mahkumiyetin nazara alındığı anlaşılmaktadır. Tebliğnamede TCK’nın 466/1 maddesi ile kurulan hükmün esas alınması istenmekte ise de TCK’nın 86. maddesi gereğince TCK 466 ve 452. maddeleri aynı fasılda sayılmadığından bu konudaki bozma isteğine iştirak olunmamıştır” (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1481).

CGK 29.9.1930, 108/109: “Bu bendlerde belirlenen suçlar kendi aralarında aynı cinsten kabul edilir. Bu fıkra da gösterilen suç ile diğer fıkra da belirtilen suç aynı cinsten değildir. (ÖNDER: s. 672).

Erem’e göre, objektif ölçüt, özel tekerrür uygulamasının alanını çok daraltmaktadır. Saik yerine konan sabit bir nedenden dolayı tekerrür artırımı her zaman gerçeği yansıtmaz. Yargıcın bu unsuru belirlemesi konusunda sıkıntı yaşanacağı düşüncesi de doğru değildir. kast, taammüt gibi manevi unsurlar aramaya zorunlu bırakılan yargıç, aynı türden suçların belirlenmesi konusunda takdir hakkını kullanabilir. Bkz. EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 218.

V.TEKRRARLANAN ÖZEL TEKERRÜR VE KOŞULLARI

TCK'nun 85. maddesine göre, *'işlediği suçlardan her defasında üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum olan kimse 81. maddede yazılı müddetler içerisinde yeni şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesini icap ettiren aynı cinsten suç işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkur ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapisteye otuz seneyi geçmemek üzere üçte biri nispetinde artırılır.'*

İlk suçluluk kural olarak suçlunun suça eğilimli olduğunu işaret eder. Bundan sonra kişi her suç işleyişinde kendisinde özel bir kriminolojik yapı olduğunu gösterir. Bundan dolayı kişinin suç işlemesine ve suçun sayısına ve tekrarına göre uygun bir cezaya çarptırılması gerekir.⁴⁴⁹ TCK'nun 85. maddesinin hükmü, üçüncü veya dördüncü defa mükerrir olanlara karşı tekerrür hükümlerinin daha şiddetli bir şekilde uygulanması sonucunu doğurur.

85. madde hükmü üçüncü suçtan yani ikinci tekerrürden itibaren uygulanabilir. Maddenin temel uygulanma koşulu, öncelikle genel tekerrür koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır. Bu nedenle üç suç işlemiş olmak yeterli değildir. İkinci ve üçüncü suç dolayısıyla mükerrir sayılan kimseye, diğer koşulların varlığı halinde 85. madde hükümleri uygulanabilecektir. O halde somut olayda sadece genel tekerrür koşulları varsa 81. madde hükmünün uygulanması ile yetinilir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ MANZINI: **Parte Generale**: s. 173.; Manzini'ye göre, tekrarlanmış özel tekerrür uygulamasına yol açan kişi hakkında emniyet tedbirleri de uygulanmalıdır. Bkz. MANZINI: **Parte Generale**, s. 173.

⁴⁵⁰ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 213.

A.İKİ VEYA DAHA FAZLA KESİNLEŞMİŞ MAHKÛMİYET BULUNMALIDIR

Madde, suçtan ve hürriyeti bağlayıcı cezalardan bahsetmektedir. Kabahatin suç terimine, hafif hapis cezasının hürriyeti bağlayıcı ceza terimine dahil olduğu açık olduğuna göre, uygulamada pek karşılaşılmasa da ve 87. maddenin 1. fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla kabahatlerde 85. madde hükmü geçerlidir.⁴⁵¹

B.ÖNCEKİ MAHKÛMİYETTEN HER BİRİ ÜÇ AYDAN FAZLA HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA OLMALIDIR

85. maddenin uygulanma alanı, hürriyeti bağlayıcı ceza ve üç aydan fazla mahkûmiyet ile sınırlandırılmıştır. Maddede üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezadan bahsedildiğine göre, üç aylık mahkûmiyetler bu duruma dahil değildir. 85. maddenin uygulama alanı dışında kalan durumların varlığı halinde 81. maddede ifadesini bulan tekerrür hükümleri uygulanır.⁴⁵²

C.YENİ SUÇ ÖNCEKİ MAHKÛMİYETE NEDEN OLAN SUÇ TÜRÜNDEN OLMALIDIR

Aynı türden suçları ikiden fazla işleyen kimse, o suçların kötülük derecesi ne olursa olsun, suç işlemek konusunda yoğun bir ısrar göstermiş olduğunu ve bununla beraber, daha önce çekmiş olduğu cezaların kendisi üzerinde hiçbir etkisi kalmadığını kanıtlamış olur. Bu bağlamda 85. maddenin uygulanabilmesi için önceki

⁴⁵¹ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 213; TEKİN: s. 52; MAJNO: s. 453.

⁴⁵² MAJNO: s. 452; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 213.

4. CD 18.2.1949, 1460/2535: “Biri 1944 ve diğeri 1945’te infaz edilmiş üç ayı mütecaviz iki hırsızlık mahkumiyeti olan sanık hakkında 85. madde yerine 81/2. maddenin uygulanması yolsuzdur” (GÖZÜBÜYÜK: s. 353).

6. CD 8.1.1965, 121/29: “Tekerrüre esas tutulan eski hükümlülüklerden her biri üç aydan az olduğu halde cezaların toplam miktarları esas alınarak TCK’nun 81. maddesi yerine 85. maddesi uygulanması isabetsizdir” (ÖNDER: s. 674).

mahkûmiyetin yeni suçla aynı türden olması gerekir. Suçlu, suça eğilimindeki yoğunluğu, aynı türden suçları ikiden fazla sayıda işleyerek göstermiş olur.⁴⁵³

86. madde cürümlerden bahsetse de, 85. madde ‘suç’ terimini kullandığından, kabahatler arasında da ‘tekrarlanan özel tekerrür’ söz konusu olabilecektir.⁴⁵⁴

D.YENİ SUÇ SÜRESİ NE OLURSA OLSUN HÜRRİYETİ BAĞLAYICI BİR CEZAYI GEREKTİRMELİDİR

Yeni suçun süresinin ne olduğunun önemi yoktur. Yani suçun cezası üç aydan daha az olabilir. Yeni suç hürriyeti bağlayıcı cezanın yanında örneğin para cezasını da içeriyorsa suçlu, hürriyeti bağlayıcı ceza bakımından 85. maddeye, para cezası bakımından 81. maddeye tabi sayılmalıdır.⁴⁵⁵ Zira 85. madde sadece hürriyeti bağlayıcı cezalardan bahsettiğinden dolayı diğer cezalar bu maddeye dayanılarak ‘tekrarlanan özel tekerrür’ kapsamında değerlendirilemez.⁴⁵⁶

⁴⁵³ MAJNO: s. 453-455; MANZINI: **Parte Generale**, s. 173.; Bir kimse mükerrir olduktan sonra suç işlemeye devam ediyorsa ahlaki zayıflığını, suç işlemedeki ısrarını göstermiştir. Bu tür suçluya tekrarlanan özel tekerrür hükümlerini uygulayabilmek için suçun aynı türden olmasını aramaya gerek yoktur. Suçlar arası aynı türden olup olmamayı arayıp aramama bir yaklaşım sorunudur. TCK aynı tür olmayı aramıştır. Bkz. TANER: s. 496.

4. CD 22.12.1956, 12904/12796: “Sanığın infaz olunmuş eski mahkumiyetine ait suçlarla, bu defa işlediği vazifede memura hakaret suçunun aynı cinsten bulunmadığı nazara alınmayarak 81. madde yerine 85. maddenin tatbiki yolsuzdur” (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1481).

⁴⁵⁴ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 214.

⁴⁵⁵ EREM: **TCK Şerhi**, s. 739.

⁴⁵⁶ MAJNO: s. 455.

E.YENİ SUÇ TCK.'NUN 81. MADDESİNDE BELİRTİLEN BEŞ VEYA ON YILLIK SÜRELER İÇİNDE İŞLENMELİDİR

Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğini bilebilmek için ilgili sürelerin ne zaman başladığının belirlenmesi gerekir. Süre birinci suçun infaz tarihinden mi yoksa ikinci suçun infaz tarihinden mi başlayacaktır?⁴⁵⁷ Madde, sürelerin başlangıcının belirlenmesi açısından pek de açık yazılmamıştır.⁴⁵⁸ Bu noktada:

Üçüncü veya sonuncu suç işlendiği zaman, önceki mahkûmiyetler hakkında 81. maddede yazılı süreler dolmamışsa sorun yoktur. Eski suçlar tekerrüre esas alınarak yeni suçtan dolayı cezanın 85. madde hükmü gereği artırılması yoluna gidilir.⁴⁵⁹ Üçüncü suç işlendiği zaman birinci veya ikinci mahkumiyet için 81. maddede yazılı süre geçtiyse ne olacaktır? Bir görüşe göre, önceki mahkumiyetlerden birisi için (ister ilk suç ister ikinci suç) sürenin geçmiş bulunması failin ikinci mahkumiyetten dolayı mükerrir ilan edilmiş olması gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle üçüncü suç ister ilk suç isterse ikinci suça göre beş veya on yıllık süreler içinde olsun, 85. madde hükümlerinin uygulanması gerekir.⁴⁶⁰ Bir diğer görüşe göre ise, ikinci suçun çekilmesi veya düşmesi tarihinden itibaren beş veya on yıllık süre içinde suç işlenmesi durumunda, mükerrir hakkında daha şiddetli hareket edilmesi gereği ortaya çıkar. Çünkü ikinci suçtan dolayı ceza verilirken failin mükerrir olduğu yani daha önce suç işlediği dikkate alınarak bu ceza artırılmıştır. Buna rağmen fail üçüncü bir suç işlemiştir. Sonuç olarak her suçun arasında bir önceki suça göre belirlenecek sürenin geçmemiş olması gerekir.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ TEKİN: s. 290.

⁴⁵⁸ EREM: **TCK Şerhi**, s. 737; MAJNO: s. 453.

⁴⁵⁹ MAJNO: s. 453; EREM: **TCK Şerhi**, s. 737.

⁴⁶⁰ MAJNO: s. 454.

⁴⁶¹ TANER: s. 497; TEKİN: s. 53; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 214.

VI.MÜEBBET AĞIR HAPİSTE TEKERRÜR

TCK'nun 82. maddesine göre *'Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan kimse bir veya birkaç cürüm işlediği takdirde, mahkumun geceli gündüzlü bir hücrede bırakılması müddeti eğer sonraki cürmü veya bu cürümleri muvakkat ağır hapis cezasına müstelzim ise bu cezanın veya bu cezalar mecmuunun sekizde birine, hapis cezasını müstelzim ise onda birine müsavı bir müddet uzatılır. Ancak ilave edilecek hücre müddeti ağır hapislerde üç seneden, hapiste iki seneden fazla olamaz. Sonraki cürümden dolayı da mahkuma müebbet ağır hapis cezası tayin olunmuşsa ilave edilecek hücre müddeti altı aydan az, üç yıldan fazla olamaz.'*

82. madde tekerrürün genel koşullarını belirleyen 81. maddeden bağımsız değildir. 81. maddede belirlenen hükümler, müebbet ağır hapis cezasının yapısına da uygulanabilecek hale getirilmiştir. Bu nedenle 82. maddeyi uygulamadan önce genel koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekir.⁴⁶²

Müebbet ağır hapis cezasında önceki mahkumiyetin sona ermesi söz konusu olmayacaktır. Yeni cezanın artırılmasına fiilen olanak bulunmadığından, yasa koyucu yeni suç için hükmedilecek cezanın niteliğine göre ağır hapis cezasının hücre süresini artırmak yolunu tercih etmiştir. Fakat ikinci suçtan ötürü hücre süresinin tekerrür hükümlerine göre artırılması ancak mahkeme kararı ile olabilecektir.⁴⁶³

6. CD 3.3.1992, 1477/1816: "TCK'nun 85. maddesinin uygulanabilmesi için kişinin infaz edilmiş üç aydan fazla bir mahkumiyetinden sonra 81. maddedeki süreler içinde ikinci bir suç işleyerek üç aydan fazla bir mahkumiyet alması ve bu cezanın infazından sonra da yasal süreler içinde üçüncü kez bir suç işlemesi gerekir" (GÜNAY: s. 40).

⁴⁶² EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 210.

⁴⁶³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 176-177.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEKERRÜRÜN SONUÇLARI, CEZANIN BELİRLENMESİNDE

TEKERRÜR VE DİĞER TEHLİKE HALLERİ

I.TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

A.MÜKERRİRE UYGULANACAK CEZA ARTIRILIR

Tekerrürün bütün türleri açısından temel sonucu, yeni suçun cezasının belli oranlarda artırılmasıdır.⁴⁶⁴

‘Zorunlu tekerrür’ uygulaması, yani mükerrir kişinin cezasını belli oranlarda artırma zorunluluğu bir gerekliliğin sonucudur ve doğrudur. Mükerrir kişi suç işleme eğilimini ve yoğunluğunu göstermiş kişidir. Bu yoğunluğun oranının belirlenmesinin yargıcın takdirine bırakılması gerektiği ileri sürülebilir. Çünkü her hangi bir ceza yasasının her bir durumu öngörerek ona göre sabit önlemler alması olanaklı değildir. Bu gerçeklik yanında, tekerrür uygulamasında yargıca takdir hakkı vermek, kendisinden kaynaklanan bir takım nedenlerden (örneğin kişisel husumet, mesleki bilgi eksikliği vb.) ötürü, mükerrirler arasında farklı uygulamaların yapılması sonucunu doğurabilir. Mükerrirler arası farklı uygulamaların yapılmasının önüne geçmek ancak ‘zorunlu artırım’ ile olanaklı olur.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ FLORIAN: s. 391.

⁴⁶⁵ MANZINI: *Trattato*, s. 474.

1.CEZANIN ARTIRILMASINDA KULLANILAN SİSTEMLER

Cezanın artırılmasında üç farklı sistem uygulanmaktadır.

İlk sistemde, mükerrirler hakkında cezanın artırılması asli cezanın yanında feri bir cezanın eklenmesi şeklinde ortaya çıkar. Mükerrir olan kişi, asli cezasını çektikten sonra, bu artırılarak çekilmiş cezaya ‘özel’ bir ceza eklenir.⁴⁶⁶ Bu anlamda örneğin 1791 tarihli Fransa Ceza Yasası’na göre asli cezasını çeken mahkumun omzu R⁴⁶⁷ harfi ile damgalanırdı.⁴⁶⁸ 1885 tarihli Fransız Ceza Yasası’na göre ise en son hükmolunan asli cezanın çekilmesinden sonra ıslahı olanaklı olmadığı kabul edilen bazı mükerrirlere ömür boyu sürgün cezası verilirdi.⁴⁶⁹

İkinci sistemde, Cezanın türü bir derece yükseltilebilir. Cinayetler hakkında Fransa’da kabul edilmiş olan bu sisteme göre, cinayetlerde tekerrür halinde cezanın türü değiştirilmekte ve bir derece ağır cezaya geçilmekte idi (1810 tarihli Fransa Ceza Yasası m. 56).⁴⁷⁰ Bu durumda örneğin tekerrür nedeniyle ağırlaştırılan cezanın sürgün olması durumunda bir derece ağır ceza olan hapis cezasına, hapis cezası muvakkat ağır hapis cezasına, bu ceza müebbete ve bu ceza da ölüm cezasına çevrilmekte idi.⁴⁷¹ Bu sisteme şu bakımlardan eleştiri getirilmiştir: Tekerrür fiilde her hangi bir değişiklik oluşturmaz iken, cezanın türünün değiştirilmesi doğru değildir.

⁴⁶⁶ VIDAL/MAGNOL: s.316; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.654; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 140.

⁴⁶⁷ Kişinin mükerrirliğini göstermek amacı ile Fransızca’da tekerrür anlamına gelen ‘recidive’ kelimesinin ilk harfidir.

⁴⁶⁸ VIDAL/MAGNOL: s. 316.

⁴⁶⁹ VIDAL/MAGNOL: s. 317. Mükerririn cezası sekiz seneyi aşan bir kürek cezası ise ömürleri boyunca sürgün edilirler. Bu uygulama sırasında Fransa’da mükerrir suçlu sayısında büyük oranda düşme olmuştur. Bkz. GAROFALO: s. 313.

⁴⁷⁰ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s.139; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.654; VIDAL/MAGNOL: s. 316.

⁴⁷¹ DÖNMEZER/ERMAN:c.III, s. 139.

Bu yüzden yargıç işlenen fiile özgü ceza türünün azami sınırına kadar çıkabilmeli fakat bir üst derece olan cezaya geçememelidir.⁴⁷²

Üçüncü sistemde, cezanın türünü değiştirmeye gerek yoktur. O suça verilecek cezanın oranını ya da süresini uzatmak yeterlidir.⁴⁷³ Tekerrür uygulaması açısından bir çok yasanın kabul ettiği bu sistem, tekerrür kavramına da en uygun olanıdır. Zira tekerrür eğer, aynı türden olan suçta suçluluğun ağırlaşması ise , cezanın türü değişmemeli ancak oranı artırılmalıdır.⁴⁷⁴

2.TCK SİSTEMİ

Günümüzde tekerrür uygulaması bakımından kabul edilmiş olan, cezanın oranın veya süresinin artırılması sistemi, TCK. bakımından da kabul edilen sistemdir.⁴⁷⁵ Nitekim TCK.'nun 81. maddesinin birinci fıkrası '*... yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır*' şeklinde genel tekerrür için artırma oranını belirlerken, 81/2. fıkrası özel tekerrür için '*... ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır.*' hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden anlaşılabacağı üzere, TCK. oran ya da süre artırılması sistemini kabul etmiştir.

TCK.'nun kabul ettiği sistem 1990 yılında yapılan değişikliğe kadar '*müebbet hapis*te tekerrür' açısından ikinci bir sistemi de kabul ediyordu. Ancak bu farklı sistem ve uygulama 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı yasanın beşinci maddesi ile son bulmuştur. Fıkra, değişiklikten önce '*... sonraki cürümden dolayı da mahkuma müebbet ağır hapis cezası tayin olunmuşsa verilecek ceza ölüm cezasıdır*' düzenlemesiyle cezanın türünü yükseltme sistemine yer vermekteydi. Değişiklikten sonra fıkra '*... sonraki cürümden dolayı mahkuma müebbet ağır hapis cezası tayin*

⁴⁷² EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 654.

⁴⁷³ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 654; DÖNMEZER/ERMAN: s. 139.

⁴⁷⁴ Rocco'nun görüşü için bkz. VIDAL/MAGNOL: s. 316.

⁴⁷⁵ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 654.

olunmuşsa ilave edilecek hücre müddeti altı aydan az üç yıldan fazla olamaz' şeklini alarak, cezanın artırılması bakımından ikili sistem uygulamasından vazgeçilmiştir.

3.ARTIRMA ORANLARININ HESAPLANMASI

TCK. zorunlu tekerrür sistemini kabul etmiştir. Ancak tekerrür dolayısıyla cezanın artırılmasında yargıca çok geniş yetkiler tanımıştır.⁴⁷⁶ Yargıcın tekerrürden dolayı cezayı artırmamak yetkisi yoktur. Ancak genel tekerrür için altıda bire kadar, özel tekerrür için altıda birden üçte bire kadar cezayı artırmak konusunda özgürdür. Yargıç cezayı genel tekerrür için yok denecek kadar az artırabilir.⁴⁷⁷ Örneğin yargıç cezayı sadece bir gün dahi artırabilir

Tekerrür dolayısı ile cezanın artırılması oranları nasıl hesaplanacaktır? Bu anlamda yapacağı bireyselleştirme açısından, izleyeceği yöntem ne olacaktır? Yargıç takdir hakkını kullanırken bunun gerekçesini gösterecek midir?

Takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı konusunda, takdir yetkisinin mutlak bir yetki olduğu, takdiri belirleyen unsurların sayılamayacağı ve çoğu zaman hatta ifade edilemeyeceği için kararda gösterilmesine gerek olmadığı yönündeki görüşlere tekerrür uygulaması bakımından Yargıtay da katılmıştır.⁴⁷⁸ Yargıcın takdir hakkını sınırlandırıcı nitelikte olmamak koşulu ile takdir hakkı gerekçelendirilmelidir. Takdir hakkı keyfilikle açıklanamaz. Keyfiliğin olup olmadığı ise ancak denetleme ile olanaklıdır.⁴⁷⁹ Biz yargıcın, tekerrür oranlarının belirlenmesinde takdir hakkını

⁴⁷⁶ ÖZGEN, Eralp: **Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi**, Eskişehir 1988, s. 54.

⁴⁷⁷ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 208.

⁴⁷⁸ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 208.

6. CD 23.10.1967 5278/5222: "TCK'nun 81. maddesinin ikinci fıkrasında belli edilmiş sınırlar içinde kalmak şartıyla artırma oranını seçmek hakimın takdirine bırakılmış bulunması itibariyle, artırma oranının gösterilen sınırlar içinde yüksek seçilmesi halinde ayrıca sebep gösterilmesine gerek olmamasına göre; yerinde görülmeyen yazılı emir yoluyla bozma isteğinin reddine..." (ÇAĞLAYAN: s. 766).

⁴⁷⁹ KÖNİ, Burhan: **"Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti"**, SBFD, 1956, S. 3, s. 56-57.

kullanması halinde gerekçe göstermesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira takdir hakkının denetlenemeyecek olan kısmı, konusudur. Yargıç, o veya bu nedenin kendisinde olumlu veya olumsuz takdir uyandırması konusunda denetlenemez. Ancak denetlenecek olan takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığıdır.⁴⁸⁰

4. GENEL TEKERRÜR BAKIMINDAN CEZANIN ARTIRILMASI

Kaynak yasaya göre tekerrür halinde, yargıç o suç için ön görülen cezanın alt sınırını veremeyecektir.⁴⁸¹ Bu durumda ister hürriyeti bağlayıcı ceza olsun ister para cezası olsun tekerrürün etkisi sadece cezanın minimum seviyeden verilmemesi şeklinde olacaktır.⁴⁸²

Nitekim kaynak yasanın ilgili hükmü '*mükerrir yeni suç için hükmolunacak cezanın aşağı sınırı ile cezalandırılmaz*' şeklindedir. Bu hükme göre, ceza uygulamasında minimum seviyeden mükerrir kişiye ceza verilemeyecektir. Kaynak yasayı hazırlayanlar, yargıçların yasa hükümlerini somut duruma göre makul bir şekilde uygulayabileceklerini düşünmüşlerdir.⁴⁸³

TCK.'nın ilk şekli kaynak yasaya uygundu. 3038 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle '*cezanın asgari haddi hükmolunamaz*' ifadesi yerine '*ceza altıda bire kadar artırılır*' ifadesine yer verilmiştir. Değişikliğin gerekçesinde ise '*belirli bir oranın belirlenmesi ve bu oranın altıda bir olması uygun görülmüştür*' denilmekle yetinilmiştir.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Tekerrürde oranların belirlenmesinde takdir hakkının nasıl kullanıldığıının gerekçede gösterilmesi, bizce, TCK'nun 29. maddesine eklenen son fıkra hükmündeki yargıcın takdir hakkını nasıl kullanacağına ilişkin düzenlemeye de uygun olacaktır.

⁴⁸¹ FLORIAN: s. 391.

⁴⁸² MANZINI: *Trattato*, s. 453-454.

⁴⁸³ MAJNO: s. 453.

⁴⁸⁴ EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 208-209.

5.ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDA CEZANIN ARTIRILMASI

Cezanın miktarı bakımından özel tekerrürün sonucu, ikinci suça ait cezanın altıda birden üçte bire kadar artırılmasıdır. Artırma oranı genel tekerrürden daha fazladır. Genel tekerrürde cezanın altıda bire kadar artırılması söz konusu iken, özel tekerrürde bu oran altıda birden üçte bire kadar olacaktır.

6.ORTAK ÖLÇÜT OLAN ALTIDA BİR ORANIN UYGULANMASI

Hem genel hem de özel tekerrür bakımından ‘altıda bir oranı’ uygulamasının yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Zira, yasa artırma oranını genel tekerrür için altıda bire kadar, özel tekerrür için ise altıda birden üçte bire kadar olarak belirlemiştir. Yargıç hem genel hem de özel tekerrürde altıda bir artırabilir mi? Bu durumda yargıç hem genel hem de özel tekerrüre ait bir ölçü kullanmış olmaz mı? Yargıtay altıda bir oranının genel ve özel tekerrür bakımından ortak olduğunu ve suçun cezasının genel tekerrürde altıda bir oranında artırılabilceği gibi özel tekerrürde de aynı durumun geçerli olduğu görüşündedir.⁴⁸⁵ Ancak genel tekerrürde altıda bir oranında bir artırım yapılırsa gerekçe gösterilmelidir.⁴⁸⁶

Kaynak yasada düzenlenmemiş bu durum açısından, yapılan tartışmalara göre, özel tekerrürün ağırlaştırılmış bir tekerrür şekli olduğu göz önünde tutulmalıdır.

⁴⁸⁵ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 180; EREM: GH, s. 715.

CGK 8.2.1944, 28/28: “ ... genel tekerrür nedeniyle cezanın altıda bir artırılmasında bir yolsuzluk yoktur” (KÖSEOĞLU, Cemal: **Haşiyeli Türk Ceza Kanunu**, 8. Bası, İstanbul 1955, s. 112-114).

⁴⁸⁶ MALKOÇ/GÜLER: s. 664.

8. CD 19.10.1993, 9553/10227: “ ... 81/1 madde ve fıkrasının uygulanması gerektiği, anılan fıkradaki artırım oranının en fazla 1/6 olduğu, mahkemece yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeksizin bu oranda artırım yapılması bozmayı gerektirir.” (MALKOÇ/GÜLER: s. 682).

Demek ki yasa koyucunun gerçek iradesi bu iki tekerrür arasında fark gözetmektedir. Bu durumda her iki tekerrür için de cezanın altıda bir artırılabilceği yönündeki içtihat yerinde değildir. Genel tekerrür dolayısıyla cezanın altıda bire kadar artırılması, ancak tam altıda bir artırılmaması gerekir.⁴⁸⁷

7. TEKERRÜR DOLAYISIYLA YAPILACAK ARTIRMANIN SINIRI

TCK.’ nun 81.maddesinin 3. fıkrası, *‘İkinci suç için tayin edilecek cezaya tekerrürden dolayı zammı lazım gelen miktar hiçbir suretle evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olarak tayin olunamaz’* şeklindedir.

TCK. tekerrür nedeniyle yapılacak artırımlarda bir sınır koymuştur. Artırma oranının önceki suç için hükmedilmiş olan cezalardan daha fazla olamayacağı yönündeki bu sınır, hem genel hem de özel tekerrür için geçerlidir. Bir başka söyleyişle, yargıç her zaman genel tekerrür için altıda bire kadar, özel tekerrür için altıda birden üçte bire kadar artırma yetkisine sahip değildir. Eğer eklenecek ceza, önceki cezadan fazla ise yargıç en fazla önceki suçun cezası kadar yeni suçun cezasını artırabilecektir.⁴⁸⁸

Yasa koyucunun böyle bir hükmü koymasının nedeni, ağır bir suçun önceden işlenmiş hafif bir suçtan ötürü cezasının oransız bir şekilde artırılmasına engel olmaktır.⁴⁸⁹ Amaç önceki mahkumiyete sahip olduğu cezai değerden daha üstün bir artırıcı kuvvet tanımamaktır.⁴⁹⁰ 81. maddenin birinci fıkrası bakımından yasanın

⁴⁸⁷ EREM: GH, s. 715; DÖNMEZER/ERMAN: s. 175.

⁴⁸⁸ ÖNDER, Orhan K: “**Türk Ceza Kanununun 81 inci maddesinin 3. fıkrası**”, AD, 1960, S. 8, s. 504.; Manzini, bu sınırlamanın sadece özel tekerrür için geçerli olduğunu, genel tekerrür için böyle bir sınırlama olmadığını ileri sürer. Bkz. MANZINI: **Trattato**, s. 459; EREM: **TCK Şerhi**, s. 741.

⁴⁸⁹ EREM: GH, s. 714; DÖNMEZER/ERMAN: s. 175.

⁴⁹⁰ Yeni İtalyan Ceza Yasasının genel tekerrüre ilişkin 99. maddesi, cezanın artırılmasına ilişkin bir sınırlamaya yer vermemiştir. Ancak 1974 değişikliğinden sonra İtalyan yasa koyucu, Türk yasa koyucu ile benzer gerekçelerle, genel tekerrür nedeniyle yapılacak

kaynak yasadan ayrılarak, altında bir oranını kabul etmesi doğrultusunda bu orana genel bir sınır çizmesi doğrudur.⁴⁹¹ Nitekim Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.⁴⁹²

8. ÖNCEKİ MAHKÛMİYET TÜRÜNÜN BİRDEN ÇOK OLMASINDA ARTIRIM

Önceki mahkûmiyetin hem hürriyeti bağlayıcı bir cezayı hem de para cezasını içermesi halinde artırmada üst sınır nasıl hesaplanacaktır? Bu durumda para veya hapis cezalarından hangisi daha ağır ise, bunun oranı artırmada üst sınır olarak kabul edilmelidir. Nitekim 81/3 üncü madde ‘evvelki suç için hükmedilmiş cezaların en ağırları’ şeklindedir.⁴⁹³ Yargıtay ise uygulamada para cezasının hapis cezasına eklenip hapis cezasına veya hapis cezasının paraya çevrilip para cezasına eklenerek bulunacak miktarı üst sınır olarak kabul etmektedir.⁴⁹⁴

artırmanın hiçbir zaman önceki mahkumiyetin süresinden fazla olamayacağı kuralını hükümleştirdi.

⁴⁹¹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 175.

⁴⁹² 5. CD 20.10.1982, 3353/3606: “TCK’nun 81. maddesinin 3. fıkrası gözetilmeden tekerrür nedeniyle cezanın eski mahkumiyetten fazla artırılması bozmayı gerektirmiştir” (ERDURAK: s. 190).

8. CD 26.6.1995, 9844/10316: “Sanığın cezasının 15.000 TL ağır para cezası olduğu bu nedenle de, bir günden çok artırma yapılamayacağı gözetilmeksizin sanığa fazla ceza tayini suretiyle TCK’nun 81/3. madde ve fıkrasına aykırılık yapılması bozmayı gerektirmiştir” (MALKOÇ/GÜLER: s. 679).

1. CD 11.12.1986, 3598/4548: “Sanığa verilen cezanın TCK’nun 81/1 inci maddesi ile artırılması sırasında aynı yasanın 81/3. fıkrasında belirtilen sınırın aşılması yoluyla fazla ceza tayini yasaya aykırıdır” (GÜNAY: s. 52).

6. CD 8.4.1996, 3894/38220: “Sanık hakkında TCK’nun 81/2. maddesi uygulanırken aynı maddenin 3 üncü fıkrasının gözetilmemesi kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 53).

⁴⁹³ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 175.

⁴⁹⁴ 5. CD 27.10.1982, 3148/3736: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 20.6.1982 13/11 Sayılı kararında da açıkladığı üzere tekerrüre esas olan ceza hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte verilmiş para cezasını da kapsıyorsa bu halde tekerrüre esas olan para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilerek, bu ikisinin toplamı yeni suçtan hükmedilecek hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezasının artırılmalarında ayrı ayrı yukarı sınır sayılarak artırmanın buna göre yapılması gerekirken, tekerrürden dolayı yapılan artırmada sanığa eksik ceza verilmesi...” (MALKOÇ/GÜLER: s. 663).

9.SONRAKİ MAHKÜMİYET TÜRÜNÜN BİRDEN ÇOK OLMASINDA ARTIRIM

Mükerrer hakkında verilen cezanın hapis veya para cezası olması halinde tekerrür nedeniyle her iki ceza da yasal sınırlar içinde artırılabilir mi? Son suçun karşılığı olan hapis ve para cezasının, tekerrür nedeniyle 81. maddenin gösterdiği sınırlar içinde artırılması gerekir.⁴⁹⁵ Nitekim tekerrürün cezalardan yalnızca birine etkili olacağı yönünde 81. maddede bir açıklık yoktur.⁴⁹⁶

Uygulamada sonraki suçun cezasının türünün birden çok olması halinde tekerrür nedeniyle artırımın hangi ceza için yapılması gerektiği tartışmasının nedeni şudur: Sadece en ağır olan cezaya tekerrür uygulaması yapılması gerektiği düşüncesinin kaynağı, 81. maddede, ikinci suç için belirlenecek ‘cezaya’ teriminin yerine ‘cezalara’ teriminin kullanılmamış olmasıdır. Ancak hapis ve para cezalarının her ikisi de asli cezadır. Yasadaki ‘ceza’ ile kastedilen asli cezadır. Ayrıca yasada, her iki cezaya da tekerrür nedeniyle artırım uygulanmayacağına dair bir açıklık yoktur. Bu nedenle her iki cezanın da tekerrür nedeniyle artırılması gerekir.⁴⁹⁷

Ayrıca tekerrür, fiile yöneltilmiş bir durum değildir. Failin kişisel durumundan kaynaklanan bir artırım nedeni olan tekerrür ile ahlaki düşkünlük arasında sıkı bir bağ vardır. Ahlaki zayıflığını gösteren mükerririn son suçunun karşılığı olan hapis ve para cezalarından yalnız birine tekerrür nedeniyle ceza artırımında bulunmak yasa koyucunun amacına da aykırıdır.⁴⁹⁸

10. CD 13.4.1994, 2279/5328: “ Sanığın özel tekerrüre esas alınan 28.8.1987 tarihinde işlediği uyuşturucu madde kullanmak suçundan 15.10.1987 tarihinde verilen bir yıl üç ay hapis 1.250 lira ağır para cezası olarak kabul edilmesi 1.250 lira ağır para cezasının bir gün hapse çevrilerek hapse çevrilmesi ... gerekir...” (MALKOÇ/GÜLER: s. 671).

⁴⁹⁵ ÖNDER, Orhan: s **Türk Ceza Kanununun**, 505; MALKOÇ/GÜLER: s. 656.

⁴⁹⁶ ÖNDER, Orhan: **Türk Ceza Kanununun**, s. 505-506.

⁴⁹⁷ 5. CD 27.12.1958, 6909/7279: “Geçmiş mahkumiyetin, son suça terettüp eden hapis ve para cezasının tayininde tekerrüre esas tutulup kanuni nispet dahilinde her iki cezanın artırılmasında ... kanuna aykırılık görülmemiştir” (ÖNDER, Orhan: **Türk Ceza Kanununun**,s. 506-507).

⁴⁹⁸ ÖNDER, Orhan: **Türk Ceza Kanununun**, s. 508-509.

10. CEZALARIN İÇTİMA ETTİRİLMİŞ OLMASI HALİNDE TEKERRÜR

Önceki cezanın tek olması halinde artırmada her hangi bir sorun çıkmayacaktır. Ancak önceki cezalar içtima ettirilmiş ise, bu halde içtimayı çözülerek bunlar arasında en ağır olan cezanın esas alınması gerekir.⁴⁹⁹ Artırmada sınır koyan 81. maddenin ‘cezadan’ değil ‘ikinci suç için cezaların’ diyerek ‘cezalardan’ söz etmesi nedeniyle, içtima neticesinde elde edilen sonuca göre tekerrür uygulamasının yapılacağı yönünde eski Yargıtay kararları da vardır.⁵⁰⁰

Ayrıca ilk suçtan sonra işlenen suçların sayısının birden çok olması halinde, tekerrür nedeniyle ceza artırımının her bir suç için ayrı ayrı uygulanması ve elde edilecek cezaların içtima ettirilmesi gerekir.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ ÖNDER: s. 668; EREM: **TCK Şerhi**, s. 742; MALKOÇ/GÜLER: s. 656.

1. CD 2.3.1993, 3068/436: “TCK’nun 81/1-3 maddesi uygulanırken tekerrürden dolayı artırmada esas cezalardan en ağırının temel alınması gerekirken içtima sonucu belirlenen ceza üzerinden fazla ceza tayini kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 63).

CGK 11.3.1946, 1741/1585: “Tekerrürle artırmada ölçü olan ceza, her suça verilen cezadır. İçtima neticesinde verilen cezaya bakılmaz” (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1477).

⁵⁰⁰ MALKOÇ/GÜLER: s. 656; ÖNDER: s. 656.

CGK 24.12.1951, 43/108: “Muayyen üç nevi cezaya yapılacak tekerrür zamları yekununun eski mahkumiyetteki iki nevi cezanın tutarını aşmaması gerekir” (ÖNDER: s. 656).

⁵⁰¹ 5. CD 15.10.1990, 3135/4400: “Sanığın her bir suçu için hükmedilen cezaların ayrı ayrı tekerrür nedeniyle artırılması gerekirken, içtimalı ceza üzerinden TCK’nun 81. maddesi gereğince uygulama yapılması sureti ile eksik ceza tayini kanuna aykırıdır” (GÜNAY: s. 64).

11.ÖNCEKİ VE SONRAKİ CEZALARIN TÜRÜNÜN FARKLI OLMASINDA ARTIRIM

TCK'nun 81. maddesinin 4. fıkrası: *‘Evvelki veya sonraki suçlardan biri para cezası ve diğeri başka bir ceza tayin olduğu takdirde tekerrürden dolayı yapılacak zam miktarının tayininde 19. ve 40. maddelerde yazılı nispet kaideleri tatbik olunur’* hükmündedir.

TCK.’nun 81/4 maddesinde atıfta bulunulan ‘nispet kaideleri’ni düzenleyen TCK.’nun 19. ve 40. maddelerinin dikkate alınacağına dair hüküm 6475 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’nun 5. maddesi ile zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. 647 sayılı yasa ödenmeyen para cezalarının hapse çevrilmesi halinde kabahatler ve cürümlerde kaç liranın bir güne karşılık olarak hesaplanacağını belirtmiştir. TCK.’nun mevcut düzenlemesinde bu hükümler yer almasa da 81. maddenin 4. fıkrasının atıfta bulunduğu TCK’nun 19. maddesi 647 sayılı yasanın 5. maddesine karşılık gelmektedir.⁵⁰²

Ancak 81. maddenin 3. fıkrasında yer alan *‘evvelki suçlar için hükmedilmiş cezaların en ağırından ziyade tayin edilemez’* hükmünden hareketle 81. maddenin son fıkrasının uygulanmasının yasanın ruhuna uygun olmadığı ileri sürülmüştür. Çünkü para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezalardan daha hafif olduğu açıktır.⁵⁰³

⁵⁰² EREM: GH, s. 714; DÖNMEZER/ERMAN: s. 175.

4. CD 4.11.1977, 6018/6121: “647 sayılı kanunun değişik 5/6 maddesi bir gün hürriyeti bağlayıcı cezanın on lira para cezasına karşılık tutulacağını öngördüğünden , TCK’nun 19. maddesinin bir günü üç liraya karşılık tutan hükmünü üstü örtülü biçimde değiştirmiştir. Tekerrür nedeniyle bu değişikliğe göre uygulama yapılması gerekir” (GÜNAY: s. 13).

⁵⁰³ SAYDAM, Nasır: “Ceza Kanununun 81 inci Maddesinin 3 üncü ve son Fıkraları Üzerine Bir İnceleme”, AD., 1945, S. 9, s. 919.

12.TEKERRÜR NEDENİYLE ARTIRILMIŞ OLAN PARA CEZASININ ÖDENMEMESİ HALİNDE HAPSE ÇEVİRİLMESİ

TCK.'nın 84. maddesi, *'Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının 19. maddeye göre hapse çevrilmesi halinde hapis müddeti beş seneyi geçemez'* hükmündedir.

TCK. tekerrürden dolayı cezanın artırılmasında çeşitli bakımlardan üst sınır belirlemiştir. 81. maddenin 3. ve 4. fıkraları, 82. maddenin 2. fıkrası, 84. ve 85. maddeler bu nitelikte hükümler içerirler.⁵⁰⁴ Bunların arasında 84. maddeyi farklı kılan şudur; diğer maddeler tekerrür uygulaması sırasında söz konusu olurken, 84. madde tekerrür hükümleri uygulandıktan sonra hükmedilmiş olan para cezasının suçlu tarafından ödenmemesi halinde uygulanacaktır.⁵⁰⁵

TCK.'nın 19. maddesi değiştirilerek, ödenmeyen para cezalarının hapse çevrilmesi halinde 647 sayılı yasanın 5. maddesinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, para cezasının hapse çevrilmesinde bu maddenin dikkate alınması gerekir. CİHK.'nın 5. maddesinin 10.fıkrası para cezasının hapse çevrilmesi halinde çektirilen ceza üç yılı geçemez derken TCK'nun 84. maddesini bu durumdan ayırık tutmuştur. Bu noktada cezanın beş seneyi geçen kısmı infaz edilmeyecektir.⁵⁰⁶ O halde TCK.'nın 84. maddesinin gösterdiği sınır tekerrürün değil, tekerrür halinde para cezasından çevrilmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırıdır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 212.

⁵⁰⁵ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 212; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 177.

⁵⁰⁶ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 178.

⁵⁰⁷ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 212.

13.ÖNCEKİ CEZANIN HER HANGİ BİR NEDENLE BAŞKA BİR CEZAYA ÇEVİRİLMESİ HALİNDE ARTIRIM

TCK'nun 88. maddesi '*tekerrür hükümlerinin tatbikinde diğer bir cezadan kalbolunmuş olan ceza asıl ceza addolunur*' hükmündedir.

Yeni suçun cezasına tekerrür nedeniyle yapılacak artırımın üst sınırının belirlenebilmesi için, failin gerçekte mahkum olduğu ceza değil, bu cezanın yerine geçmiş bulunan ceza esas alınır.⁵⁰⁸ Ceza Yasası'nın değişik hükümlerinin uygulanması sonucunda bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi olanaklıdır. Örneğin altı yıllık bir cezanın yarısı affedilecek olsa, fail daha önce altı yıla değil üç yıla mahkum olmuş sayılarak yeni cezaya yapılacak artırımın üst sınırı da üç yıl olur, tekerrür süresi de buna göre hesaplanır ve beş yıl geçtikten sonra yeni suçun işlenmesi halinde de artık mükerrir sayılmaz.⁵⁰⁹

Fakat kaynak yasada yer almayan bu düzenlemenin, TCK.'na alınması sakıncalara yol açmıştır. Şöyle ki bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi genellikle 'özel af' ile olur: Ceza bir miktar indirilmiş ise sorun yoktur, tekerrür süresi ona göre hesaplanacaktır. Ancak özel af cezayı tamamıyla kaldırmış ise ne olacaktır? Bu durumda tekerrür süresini hesaplamak olanaksızdır. Özel af mahkumiyeti kaldırmadığına göre, cezası özel af ile kaldırılmış mahkumiyetin tekerrüre esas olacağı açıktır. Ancak yasa süreli tekerrür sistemini kabul ettiğinden, tekerrür süresini belirlemek zorunluluğu vardır.⁵¹⁰ Bu anlamda kanaatimizce sorunun çözümü için beş yıllık tekerrür süresi esas alınmalıdır. Böylece hem ortadan kalkmamış olan mahkûmiyet nedeniyle tekerrür uygulaması olabilecek, hem de failin durumu açısından lehe bir uygulama yapılmış olacaktır. Böylece tekerrür sürelerinden kısa olanı seçilerek fail açısından aleyhe bir durumun ortaya çıkması da engellenmiş olur.

⁵⁰⁸ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 176; EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 222.

⁵⁰⁹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 176.

⁵¹⁰ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 222.

14.GENEL VE ÖZEL TEKERRÜRÜN AYNI ANDA OLMASI HALİNDE ARTIRIM

Genel tekerrür ile özel tekerrürün aynı anda bulunması halinde, yalnız özel tekerrür için belirlenen artırım oranı uygulanır. Zira yasa özel tekerrürün daha ağır olduğunu kabul etmektedir ve genel tekerrür özel tekerrüre dahil olmuştur.⁵¹¹ Failin birden çok sayıda kesin mahkumiyeti bulunduktan sonra işlediği yeni suç, daha önce işlediği suçlardan birisi ile aynı türden olabilir. Bu durumda Yargıtay, daha ağır bir tekerrür şekli olmasından dolayı genel tekerrürü de içine alması nedeniyle yalnızca özel tekerrür kurallarının uygulanmasına ve artırmanın buna göre yapılmasına karar vermiştir.⁵¹²

Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilmiştir. Tekerrür ile suçlunun ahlaki durumu arasında ahlaki bir bağ vardır. 'Ahlaki kötülüğü'nü gösteren kimseye daha az ceza içeren özel tekerrür uygulaması yapmak, failin kişiliğine değil fiiline önem verilmesi sonucunu doğurur. Fiile önem verilmesi halinde, tekerrürün uygulanması ile elde edilmek istenen amaca aykırı hareket edilmiş olur.⁵¹³

⁵¹¹ MAJNO: s. 450.

⁵¹² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 180; HAKER: s. 1595.

CGK 5.6.1995, 6-130/181: "Hırsızlık suçundan sanık hakkında açılan ve itiraza konu olan davada sanığın daha önce işlediği hırsızlık suçu nedeniyle hakkında TCK'nun 81/2. maddesinde yer alan özel tekerrür ve sahte hüviyet cüzdanı kullanmak suçundan cezalandırılmasına ilişkin eski hükümlülüğü nedeniyle de TCK'nun 81/1. maddesinde düzenlenen genel tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekir. Özel tekerrür ve genel tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Çünkü yasa koyucu özel tekerrür hükümlerinin daha ağır olduğunu kabul etmiştir. Aynı türden olmayan mahkumiyet hükmünün daha fazla olması halinde Ceza Yasası'nın 81/3. maddesi hükmü nazara alındığından aynı türden olan mahkumiyete göre cezanın daha fazla artırılma olasılığı mevcut olsa da yasa tarafından daha ağır olarak kabul edilen özel tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu gibi durumlarda artırma oranı olarak özel tekerrüre ilişkin oranın nazara alınması, artırmaya ilişkin en fazla miktarda ise genel tekerrüre esas olan eski hükümlülüğün gözetilmesi ve bu suretle karma bir sistem oluşturulması yasa koyucunun amacına aykırıdır..." (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1458).

4. CD 30.4.1941, 4229/763: "Genel ve özel tekerrürün içtima etmiş olmasına göre yalnız özel tekerrür hükmünün tatbiki gerektiğinin düşünülmesi yolsuzdur" (GÖZÜBÜYÜK: s. 344).

B.TEKERRÜRÜN CEZANIN ARTIRILMASI DIŞINDAKİ SONUÇLARI

1.GENEL VE ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDA SONUÇLARI

a.Mükerrir Ertelme Kurumundan Yararlanamaz

Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunu'nun 6. maddesi: '*Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ile mahkum olmayan kimse,işlediğı bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işlemek hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir.....*' hükmündedir. Madde, 'para cezalarında başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse' diyerek bu durumu belirtmiştir. Yani para cezasına mahkumiyet veya hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi hali hariç⁵¹⁴, cezaların ertelenmesi olanaksızlaşacaktır. Bu durumda olan mükerrirler ertelemeden yararlanamayacaklardır.⁵¹⁵

b.Mükerrir Adli Tevbihten Yararlanamaz

TCK'nun 26. maddesinde adli tevbih düzenlenmiştir. TCK'nun 26. maddesinin 1 inci fıkrasında '*...fail önceden bir cürümden veya bir aydan fazla hafif hapsi gerektiren bir kabahatten dolayı mahkum olmamış bulunursa*' denilerek adli

⁵¹³ ÖNDER, Orhan K: "Tatbikatta 'Mutlak ve Mukayyet Tekerrürün' İctimai", AD, 1960, S. 2, s. 176.

⁵¹⁴ 4. CD 14.4.1992, 1931/2631: "Para cezasının 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesine göre hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş olması halinde dahi bu durum ertelemeye engel olamaz" (GÜNAY: s. 43).

tevbihin koşulları sayılmıştır. Bu durumda adli tevbihten mükerrir kişi yararlanamaz.⁵¹⁶

c.Mükerrir, Cezanın Oturulan Yerde İnfazı Kurumundan Yararlanamaz

Mükerririn '*oturulan yerde infaz*' hakkı için, mahkemenin karar vermesi gerekir. Nitekim TCK.'nın 21. maddesinin 2. fıkrası '*mahkumiyetleri bir aydan fazla ve mükerrir olmayan kadın ve küçüklerin cezalarını oturdukları yerde çekmelerine mahkeme karar verebilir*' hükmündedir.⁵¹⁷

d.Mükerrirlerin Yasaklanan Haklarının Geri Verilmesini İstemeleri Halinde Bekleme Süresi Daha Uzundur

TCK.'nın 123 üncü maddesi: '*Mükerrirler cezanın tamamen infazından veya af yahut müruru zaman ile sükutundan itibaren bundan evvelki maddede beyan olunan müddetlerin iki katını geçmedikçe memnu hakların iadesi istidasında bulunamazlar.*' hükmündedir. TCK.'nın 122. maddesinde gösterilen süreler üç ve beş yıllık sürelerdir.⁵¹⁸ Cezasını çeken veya cezası özel af ile kaldırılan mükerrirler altı yıl, cezası zamanaşımı ile düşmüş mükerrirler on yıl geçmedikçe yasal haklarının geri verilmesini isteyemezler.⁵¹⁹

⁵¹⁵ TEKİN: s. 53; ÖNDER: s. 669; GÜNAY: s. 42; DEMİRBAŞ: s. 570.

⁵¹⁶ MANZINI: Trattato, s. 479; TEKİN: s. 53; DEMİRBAŞ: s. 570.

⁵¹⁷ HAKER: s. 1599; TEKİN: s. 53.

⁵¹⁸ TEKİN: s. 53; DEMİRBAŞ: s. 570.

⁵¹⁹ ÖNDER: s. 823; EREM: TCK Şerhi, s. 946.

5. CD 23.1.1992, 4976/257: "Hükümlünün ırza geçmek suçundan verilen mahkumiyet hükmünün bihakkın tahliye tarihinden itibaren üç yıl içinde bir başka suçtan hüküm giydiği anlaşılmaması üzerine TCK'nun 122. maddesinde öngörülen şartların oluşmamasına rağmen yazılı şekilde memnu hakların iadesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (GÜNAY: s. 18).

Yasa ‘mükerrirlik’ terimini teknik anlamda kullanmıştır. Mükerrir sayılmak için birden çok suç işlemiş olmak yetmez, aynı zamanda bu suçların tekerrür süreleri (5-10 yıl) içinde işlenmiş olması ve mükerrirliğin yargısal bir kararla belirlenmiş olması gerekir.⁵²⁰

e.Mükerrirlerin Kefaletle Salıverilmeleri

Mükerrir kimseler hakkında kefaletle salıverilme olanağı yoktu.⁵²¹ Nitekim kefalete ilişkin olan CMUK’nun 2. fıkrası ‘... 200 üncü maddenin son fıkrasına göre hakkında tevkif kararı verilenlerle mükerrirler bu madde hükmünden istifa edemezler’ şeklindeydi. 1985 yılında yapılan değişikliklerle bu fıkra 117. maddeden çıkarıldı. Bu durumda mükerrirler için kefalet uygulaması olanağı da söz konusu oldu.

2.SADECE ÖZEL TEKERRÜR BAKIMINDAN SONUÇLARI

a.Özel Tekerrür Bazı Suçlarda Cezada İndirici Hükümlerin Uygulanmasını Engeller

Mala karşı işlenen cürümlerde, aynı tür cürümlerden mükerrir olanlar, meydana gelen zararın hafif veya pek hafif olması hallerinde cezada indirim yapılacağına dair hükümden istifade edemezler (TCK. m. 522/3).⁵²² Aynı şekilde

⁵²⁰ EREM: TCK Şerhi, s. 947.; Eski yasalar mükerrirlerin yasak haklarının geri verilmesini talep dahi edemeyecekleri şeklindeydi. Bu sertlik karşısında normal bekleme süresinin hiç değilse iki katı sürenin geçmesi koşulunun gerçekleşmesi halinde mükerrirlerin yasaklanan haklarını isteyebilme olanağı getirildi. TCK. bu sistemi benimsedi. Bkz. ÖNDER: s. 824.

⁵²¹ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 178; HAKER: s. 1599.

⁵²² 6. CD 10.10.1992, 7330/8919: “Özel nitelikli tekerrürden olan sabıkadan ötürü sanıklar için 522. madde ile indirim yapılamaz” (GÜNAY: s. 19).

genel sağığa karşı işlenen cürümlerde, suç söz konusu maddenin değerin az veya çok az olması halinde yapılacak olan indirimden mükerrir olanlar yararlanamaz. (TCK. m. 401/5).⁵²³

b.Zamanaşımı Süresinin Kesilmesi

Bir suçtan dolayı mahkum olan kimse, zamanaşımı süresi içinde mahkum olduğu suç türünden bir suç daha işlerse zamanaşımı kesilmiş olur (TCK m. 114/2).⁵²⁴ Önceki suçun zamanaşımı, suçun işlenmiş olduğu gün kesilmiş sayılır.⁵²⁵ Suçların aynı türden olup olmadıkları TCK. 86. madde hükmüne göre belirlenir. Sonraki suçun zamanaşımı süresi içinde işlenmiş olması, zamanaşımının kesilmesi açısından yeterlidir. İki suç arasında TCK.’nun 81. maddesinin aradığı anlamda tekerrür bağının olması zorunlu değildir.⁵²⁶ Çünkü bu bağ genellikle vardır.

C.TEKRRARLANAN ÖZEL TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

Genel ve özel tekerrüre ait bütün sonuçlar aslında ‘tekrarlanan özel tekerrür’ için de geçerlidir. Yani tekrarlanan özel tekerrürün temel sonucu cezanın artırılmasıdır.

6. CD 22.3.1983, 1114/2301: “Aynı suçtan mükerrir bulunan sanık hakkında TCK’nun 522. maddesinin indirici hükümlerinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir” (ÇAĞLAYAN: s. 1158).

⁵²³ TEKİN: s. 54

⁵²⁴ TEKİN: s. 54.

⁵²⁵ Zamanaşımının kesilmesi için aynı türden suç işlenmesi konusundaki sınırlama pozitivistlerce eleştirilmiştir; özellikle ağır cürümlerde zamanaşımını kesmek ölçütünü yalnız aynı türde olan suçlara özgüleştirilmesinin nedeni anlaşılamaz. Örneğin bir hırsızlık mahkumiyetinden dolayı zamanaşımı basit bir hırsızlık fiili ile kesildiği halde, adam öldürme suçundan dolayı kesilmez. Pozitivistlerin aynı türden suçlara ilişkin görüşü için bkz. MAJNO: s. 555

⁵²⁶ EREM: GH, s. 1083; ÖNDER: s. 806.

TCK'nun 85. maddesi ‘ ...göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkur ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapisteye otuz seneyi geçmemek üzere üçte biri nispetinde artırılır’ şeklindedir.

TCK'nun 85. maddesi artırmanın oranının belirlenmesi açısından bir ayırım yapmaktadır. Buna göre yargıç tekerrür hariç olmak üzere, TCK. m. 29’da gösterilen diğer nedenleri dikkate alarak belirledikten sonra yine 29. maddenin beşinci fıkrasına göre tekerrür nedeniyle cezayı artıracaktır. Fakat bunun için son suç için tekerrür hariç olarak belirlenmiş cezanın otuz aydan az verilip verilmediğine bakılarak artırım oranı belirlenecektir.⁵²⁷

1. CEZANIN OTUZ AYDAN AZ VERİLMESİ DURUMU

Bu durumda yeni suçun cezası tekerrür nedeni ile yarısı oranında artırılacaktır. Bu artırma bakımından önceki mahkumiyetlerin gerektirdiği cezalar her hangi bir sınır oluşturmayacaktır.⁵²⁸ Bu genel kural hürriyeti bağlayıcı cezaların hepsi için uygulanır ve bu nedenle tekrardan doğan artırımın önceki mahkumiyetin cezasını aşmama yolundaki 81. madde sınırlandırmasının tekrarlanan özel tekerrür bakımından etkisi yoktur.⁵²⁹ Yarıya kadar artırma sadece yeni suçun cezasının otuz ayı geçmemesi halinde söz konusu olduğuna göre, bu artırımın doğal sınırı otuz ayın yarısı olan on beş aydır. Bu durumda yargıcın en çok kırk beş aya hükmedebileceği açıktır.⁵³⁰

⁵²⁷ EREM: **Tekerrür Hakkındaki**, s. 215; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182; EREM: GH, s. 716.

⁵²⁸ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182; DEMİRBAŞ: s. 573.

⁵²⁹ MAJNO: s. 454

⁵³⁰ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182

2.CEZANIN OTUZ AYDAN FAZLA VERİLMESİ DURUMU

Cezanın otuz aydan fazla verilmesi halinde yargıç cezayı üçte bir oranında artıracaktır.⁵³¹ Ancak tekerrürden dolayı eklenen miktar da dahil olmak üzere ceza ağır hapiste ve hapiste otuz seneyi geçemez.⁵³² Yasa bu hükümle süreli cezaların müebbet sayılabilecek bir uzunluğa ulaşmasına engel olmak istemiştir.⁵³³ Son suçun hem hürriyeti bağlayıcı hem de para cezasını içermesi halinde hürriyeti bağlayıcı ceza hakkında 85. madde, para cezası hakkında ise 81. maddenin 2. fıkrası uygulanır. Zira 85. madde sadece hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulanır.⁵³⁴ Yeni suçun cezasının müebbet ağır hapis olması halinde, 85. maddenin uygulanması olanaksızdır. Bu durumda TCK.'nın 82. maddesi gereğince hücre süresi belirlenecektir.⁵³⁵

D.MÜEBBET AĞIR HAPİSTE TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

Müebbet ağır hapiste tekerrür uygulamasından bahsedebilmek için iki temel varsayım ileri sürülebilir: Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanın cezasını çekiyor olması hali ve kaçak olması hali.⁵³⁶ Bu durumda tekerrür hükümleri nasıl uygulanacaktır? Zira müebbet ağır hapis cezasının infazının tamamlanması olanaklı değildir.⁵³⁷ 84. madde cezanın müebbet olmasından dolayı genel ve özel tekerrür

⁵³¹ 6. CD 4.2.1992, 427/809: “Sanığa verilecek ceza otuz aydan aşağı bulunmadığından TCK’nun 85. maddesi ile yapılacak artırmanın 1/3 yerine 1/2 oranında yapılması suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır. (GÜNAY: s. 39).

⁵³² 1. CD 14.6.1949, 1938/1185: “85. madde hükümleri gözetilmeksizin 30 seneden fazla ceza hükmedilmesi yolsuzdur” (GÖZÜBÜYÜK: s. 353).

⁵³³ EREM: GH, s. 716; ÖNDER: s. 674; DEMİRBAŞ: s. 573; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182.

⁵³⁴ EREM: GH, s. 716; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182

⁵³⁵ DEMİRBAŞ: s. 573; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 182

⁵³⁶ MANZINI: *parte generale*, s. 170.

⁵³⁷ EREM: *Tekerrür Hakkındaki*, s. 77.

arasında bir ayrım yapmamıştır. 84. madde hükmü ancak ceza şiddetini yeni cürüm ile artırmak şeklinde gerçekleşmektedir.⁵³⁸

Müebbet ağır hapis cezasına mahkum olanların iyi hallileri 647 sayılı yasanın 19. ve ek 2. maddelerine göre belli süreler sonunda şartla tahliye edilmektedirler. Şartla salıverilip de deneme süresi içinde yeni bir suç işleyen ve bundan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza alan müebbet ağır hapis cezası mahkumunun geri alınacak süresi TCK.'nın 17/2. maddesi hükmüne göre 36 yıl üzerinden hesap edilir. Bu durumdan anlaşıldığı üzere müebbet ağır hapis mahkûmunun cezasının tamamen çekilmesinin beklenmesi gerekmeyecektir.⁵³⁹

TCK.'nın 82. maddesinin içeriğine göre müebbet ağır hapis cezasına mahkum olan kişi, bir veya birkaç cürüm işlediği takdirde mahkûmun geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılması süresi, eğer sonraki cürüm veya cürümlerde muvakkat ağır hapis cezası uygulanacak ise bu cezanın veya cezalar toplamının sekizde birine, hapis cezası uygulanacak ise onda birine karşılık gelen süredir.⁵⁴⁰ Ancak eklenecek hücre süresi ağır hapislerde üç yıldan, hapiste iki yıldan fazla olamaz (TCK. m. 82/2).

TCK.'nın 82/3 hükmü, müebbet ağır hapis cezası mahkûmunun işlediği yeni suçun cezasının müebbet ağır hapsi gerektirmesi halinde tekerrür uygulamasının nasıl yapılacağını düzenler. Bu durumda olan mahkuma altı aydan az üç yıldan fazla olmamak üzere hücre cezası uygulanır (TCK. m. 82/3).⁵⁴¹

⁵³⁸ MAJNO: s. 470

⁵³⁹ GÜNAY: s. 82.

⁵⁴⁰ GÜNAY: s. 82.

⁵⁴¹ Bu fıkra 3038/3679 no'lu yasa ile değiştirilmeden önce, müebbet ağır hapis cezasına mahkum olan yeni suçunun da bu cezayı gerektirmesi halinde ölüm cezasına çarptırılıyordu.

82. madde, suçun hafif cezayı gerektirmesi halinde ne yapılacağına dair bir düzenleme getirmemiştir. Ancak zaten kabahatler, cürümler arasında tekerrür hükümleri işlemeyeceğine göre böyle bir hükme de gereksinim yoktur.⁵⁴²

CİHK ağır hapis cezasındaki hücreye koyma devresini kaldırmış ve bu yönden TCK m. 13'ü değiştirmiştir. Bu değişiklikle hürriyeti bağlayıcı cezalar infaz yönünden birleştirilerek hücre devresi kaldırılmış olduğundan 82. maddenin uygulanma olanağının olup olmadığı tartışmalıdır. Değişiklikten sonra 82. maddenin uygulanma olanağının kalmadığı görüşü yanında⁵⁴³, tekerrür nedeniyle oluşan özel durum nedeniyle hücreye koyma olanağının halen söz konusu olabileceğinin kabulü gereklidir görüşü de mevcuttur. Bu görüş taraftarlarına göre, aksi halde müebbet ağır hapse mahkum olan kimse hakkında tekerrür hükümlerinin işlemeyeceğinin kabulü gerekir ki böyle bir sonuç yasanın 82. maddesine aykırı olacaktır.⁵⁴⁴ Yargıtay uygulamaları da tekerrür bakımından hücre cezasının uygulanabileceği yönündedir.⁵⁴⁵

⁵⁴² DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 177.; YİCY'ye göre müebbet ağır hapis cezası mahkumu sadece para cezası ile cezalandırılabilen bir veya daha çok sayıda suç işlerse veya bir veya daha çok sayıda kabahat işlerse (tekerrüre esas alınmayan) bu durumda mahkumun cezasının infaz şekline ilişkin disiplin cezaları uygulanır. Bkz. MANZINI: **Parte Generale**, s. 170.

⁵⁴³ EREM: GH, s. 712.; Ancak Erem'in bu yöndeki görüşüne aynı kitabın EREM/DANIŞMAN/ARTUK tarafından yapılan ortak baskılarında yer verilmemiş ve hatta 82. madde hükmünün uygulanabilirliği konusunda Yargıtay kararlarından örnekler verilmiştir. Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s. 674 ve 677.

⁵⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 177

⁵⁴⁵ 1. CD 10.10.1974, 2006/4673: "Sanık kesinleşen müebbet ağır hapis cezasını çekmekte iken adam öldürme suçunu işlemiş olduğuna göre TCK.'nun 82. maddesinin uygulanması gerekir" (GÜNEY: s. 54).

1. CD 18.5.1995, 1055/1336: "TCK.'nun 82. maddesinin kesinleşmiş bir hükümler müebbet ağır hapse mahkum olan kişilerin yeniden suç işlemeleri halinde uygulanabileceğinin göz önünde tutulmaması yasaya aykırıdır" (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: s. 1473).

II.CEZANIN BELİRLENMESİNDE TEKERRÜR (TCK. m. 29/5)

Ağırlıklı olarak ceza yasaları ve özelde TCK. suçlar için sabit cezalar belirlemezler. Suça aynı nitelik ve nicelikte olduğu sürece asgari ve azami (maksimum ve minimum) sınırlar içinde kalacak bir marja göre ceza verilir.⁵⁴⁶ Yasa her suçun cezasını alt ve üst sınırlar arasında göstermiştir. TCK. bu hususu 29. maddesinde hüküm altına almıştır.

Alt ve üst sınırlar arasında derecelendirilmiş ceza oranları arasında, var olan hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri dikkate almaksızın belirlenen cezaya temel ceza denir.⁵⁴⁷ Temel ceza belirlenirken 29. maddeye 3679 sayılı yasa ile 1990 yılında eklenen fıkradaki ölçütler ve benzerleri göz önünde bulundurulur.

Temel ceza belirlemesinden sonra varsa ağırlaştırıcı nedenler birbiri ardınca temel ceza üzerinden uygulanacak ve ceza artırılacaktır. Daha sonra varsa hafifletici nedenler birbiri ardınca uygulanarak ceza indirilecektir.⁵⁴⁸ 29. maddenin 5. fıkrasına göre ceza tekerrür dışında ağırlaştırıcı nedenlerden dolayı artırılacak daha sonra varsa yaş, akli halet, takdiri indirim nedenleri dışarıda kalmak üzere indirilecek, elde edilen sonuç yaş, akli halet ve takdiri indirim nedeni (varsa) uygulanarak tekrar ceza azaltılacak ve tekerrürün koşulları olması halinde tekerrürden dolayı artırılacaktır.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ ANTOLISEI: s. 717.

⁵⁴⁷ EREM, Faruk: “**Türk Ceza Kanununun 29 uncu Maddesi**”, AD,1949, S. 11, s. 1162.

⁵⁴⁸ EREM: **TCK 29 uncu Madde**, s. 1167.

⁵⁴⁹ 29 uncu maddenin gerekçesinde tekerrürün en son dikkate alınmasının nedeni olarak, müebbet ağır hapis suçlusunun hücre süresinin cezanın süresi belli olmadan artırılmasına olanak olmayışı olarak gösterilmiştir. Gerekçenin tam metni ve ilgili hususlar için bkz. ÖMER, Erdem: “**Temyiz Tevhisi İçtihat Heyeti Kararı, Temel Ceza- Cezanın Tayininde Sıra- En Son Nazara Alınacak Haller**”, KİD, 1956, S. 2, s. 17-19.

6. CD 15.9.1995, 8267/8567: “TCY’nin 81 inci maddesinin 59 uncu maddeden önce uygulanması yasaya aykırıdır” (YKD, 1996, S. 3, s. 483).

3. CD 20.4.1945, 3802/3734: “Sanığın hırsızlıktan infaz edilmiş eski mahkûmiyeti tekerrüre esas tutulduğu halde aynı mahkûmiyetin cezayı artırıcı sebep olarak kabulü ile cezanın artırılması yolsuzdur” (ALİCANOĞLU: s. 315).

Tekerrürün takdiri indirim nedenleriyle bir arada bulunması takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz.⁵⁵⁰ 1990 yılında TCK'nun 29. maddesine eklenen son fıkra ile yargıcın temel cezayı belirlerlemede, takdir hakkını kullanırken yararlanacağı ölçütler örnek kabilinden gösterilmiştir. İtalyan Ceza Yasasının 133. maddesinden alınan bu ölçütler aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesinde ve failin tehlikeli halinin belirlenmesinde kullanılır. Bu ölçütlerden birisi 'failin geçmiş yaşantısı'dır. Bu durumdaki kişinin mükerrir suçlu olması halinde, yargıç geçmiş yaşantısındaki bu hali gözeterek temel cezayı yüksek bir noktadan belirleyebilecek ve daha sonra mükerrir olmasından kaynaklı olarak cezayı artıracaktır. Acaba bu durum aynı nedenin birden çok kez dikkate alınmasını yasaklayan temel ilkeye bir aykırılık oluşturmaz mı? Bize göre yargıç temel cezayı belirlerken asgari haddin üstündeki cezayı geçmişteki suçluluğundan ve bunu gerekçede gösteriyorsa ve bir de tekerrürden dolayı artırıyorsa bozma nedeni olacaktır.

III.DİĞER TEHLİKE HALLERİ

A.TEHLİKELİ HAL KAVRAMI

Ferri, Garofalo, Lombroso gibi İtalyan ceza hukukçularının önderliğini yaptığı pozitivist okula göre suçluya cezanın verilmesinde kullanılacak ölçüt 'tehlikeli hal'dir. Suç sosyal ve biyolojik etkenlerle işlenir. Bu etkenler sonucunda suçluda serbest irade ve sonucunda manevi sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorun serbest iradenin ortadan kalkması halinde sorumluluğun nasıl belirlenebileceğidir. Suç topluma karşı yöneltilmiş tehlikedir. Bu anda yapılacak olan, suçun vahametini, işleniş tarzına, suçlunun amacına, geçmişine bakılarak tehlikeli halin derecesini belirlemektir. Tehlike hali kişiyi suç faili olma olasılığının

⁵⁵⁰ VIDAL/MAGNOL: s. 337; BELTRANI/MARINO/PETRUCCHI: s. 412

ne olduğunu gösterir. Bir kimsenin herhangi bir suç işleme konusundaki eğiliminin yoğun olmasıdır. Kişisel bir durum olan tehlikeli halin süreklilik arz etmesi gerekir.⁵⁵¹

Ferri'ye göre ceza suçun ağırlığı ya da hafifliğine göre değil, suçlunun doğasına göre uygulanmalıdır.⁵⁵² Ferri'ye göre bütün suçlular bir suç işlemiş olmaları nedeniyle tehlikelidirler.⁵⁵³ Tehlikeli hal kavramı, bir kimsenin ister doğuştan olsun, ister çevreden gelen etkenlerle olsun, ceza yasasına aykırı fiiller işlemek hususundaki eğilimi olarak tanımlanabilir.⁵⁵⁴

Suçun yarattığı tehlike suçun sonucundan değil, onun sosyal psikolojik ve antropolojik yapısından ileri gelebilir. Yeni İtalyan Ceza Yasası bu temel ilke üzerine kurulmuştur.⁵⁵⁵

Tehlikeli halin, ceza sorumluluğu bakımından ölçü olarak alınmasının bazı sakıncaları vardır. Tehlikeli halin yasalarda ve teoride kesin bir şekilde tanımlanmasına olanak yoktur ve tehlikeli halin belirlenmesinde yargıca verilen takdir yetkisi keyfiyet yaratır.⁵⁵⁶

Keyfiyetten kaçınmak için emniyet tedbirlerinin ve yargıç tarafından alınabilecek diğer bazı önlemlerin kriter ve ölçüsü olarak tehlikeli hali esas alan

⁵⁵¹ KÖNİ: s. 54-55; TANER: s. 67.; ANTOLISEI: s.647-648

⁵⁵² VELDET: s. 25

⁵⁵³ DÖNMEZER, Sulhi: “Tehlikeli Hal Meselesi”, İÜHFM, 1944, S. 1-2, s. 184.

⁵⁵⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 121.

⁵⁵⁵ CASABLANCA: s. 119-121. Yeni İtalyan Ceza Yasası'nın pozitivist okul etkisi ile oluşturulmasının nedeni Fransız Devrimi'nin etkisi ile liberal bir felsefi düşünce ile hazırlanmış Zanardelli Yasası'nın toplumun ve özellikle devletin çıkarlarını koruyamaz hale gelmesi ile Birinci Dünya Savaşı sonrası suç işleme oranının aşırı derecede artması sonucunda suçluya karşı yeni önlemler alma gereksiniminin ortaya çıkmasıdır. Bkz. RENDE: s. 185-186.;ANTOLISEI: s.716.

⁵⁵⁶ Neo klasiklerin bu eleştirileri ve pozitivistlerin bu eleştirilere yanıtları için bkz. DÖNMEZER: **Tehlikeli Hal**, s. 185-186.

yasalar tehlikeli halin unsurlarını belirlemeye çalışırlar. Bu bakımdan yeni İtalyan Ceza Yasası'nın 133. maddesi unsurları belirlemeye çalışmıştır.⁵⁵⁷

Tehlikeli suçlu karşısında uygulanacak emniyet tedbirleri belirli süreler dahilinde uygulanır. Emniyet tedbirlerinin aşağı sınırı sabittir (İCY m. 207). Yukarı sınır ise belli değildir. Emniyet tedbirleri, tehlikeli halin devamı süresince uygulanır. Emniyet tedbirleri suçlunun ıslah olduğuna (asgari süre geçtikten sonra) yargıcın kanaat getirmesi ile sona erer.⁵⁵⁸

Ferri yasa tarafından yapılacak 'suçlu ayırımı' olarak dahilinde görmüş ve Ceza Sosyolojisi adlı eserinde suçluları; a) deli suçlular b) doğuştan suçlular c) alışmış suçlular d) rastlantısal suçlular ve e) tutkun suçlular diye ayırmıştır.⁵⁵⁹

Yeni İtalyan Ceza Yasası ise suçluları a) normal suçlular b) çocuklar c) anormal suçlular olarak ayırdıktan sonra normal suçluları i) ilk suçlu ii) mükerrerler⁵⁶⁰ iii) suç işlemeyi meslek edinenler iv) itiyadi suçlular v) eğilimli suçlular olarak sınıflandırmıştır.⁵⁶¹ Ceza yasamız suçlular bakımından bir sınıflandırma da bulunmamıştır. Ancak TCK'nun suçlarla ilgili çeşitli hükümleri bir arada incelendiğinde şöyle bir sınıflandırma yapmak olanaklıdır. a) küçük suçlular b) akıl hastası suçlular c) sağır ve dilsiz suçlular d) mükerrer suçlular e) normal suçlular.

⁵⁵⁷ DÖNMEZER: **Tehlikeli Hal**, s. 185. ; İCK'nun 133. maddesi 1990 yılında yapılan değişikliklerle TCK'nun 29. maddesinin son fıkrası haline getirilmiştir.

⁵⁵⁸ RENDE: s. 85.

⁵⁵⁹ VELDET: s. 29-30; ANTOLISEI: s. 598.

⁵⁶⁰ Mükerrerlik konusuna bu bölümde değinilmeyecektir.

⁵⁶¹ RENDE: s. 90.; Ferri'nin yaptığı başka bir ayrıma göre suçlular a) gerçek suçlular b) rastlantısal suçlular ve c) kriminaloidlerdir. Asıl suçlular tesadüfi suçlulardır ve normal insanlardır. Bkz. RENDE: s. 90-91.

1. İLK SUÇLU

Özel tehlikeli hal teorisini esas alan yasalarda ve genel bütün yasalarda ilk suçluyu tanımlayan bir madde yoktur. Ancak yasanın düzenleniş mantığından çıkan anlama göre ilk suçlu suç işlemeye eğilimi olmayan ve ilk defa suç işleyen kimsedir.⁵⁶²

2. İTİYADİ SUÇLU

Pozitivist okulun suçtan çok suçluyu ön plana çıkaran genel suç teorisi itiyadi suçlu kavramının da ortaya çıkmasına neden olmuş ve özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren suç işleme itiyadı gösteren failer hakkında uygulanacak yaptırımlar sisteminin neler olabileceği yasalara girmeye başlamıştır.⁵⁶³

Suçta itiyadın varlığı için belirli bir ağırlıkta birkaç suçtan dolayı failin kesin şekilde mahkum olması gerekir. Objektif nitelikteki bu koşulun yanında, suçta itiyadı kabul eden yasaların bir çoğu objektif ölçüt ile yetinmemekte ve bu yasalar failin suç işlemeye devamlı eğilimini yani failin yeniden suç işleme ihtimalini gösteren sübjektif esasları da aramaktadırlar.⁵⁶⁴

İtiyadın belirlenmesi açısından kabul edilen sübjektif ölçüt sayesinde, mükerrirlik ile itiyat arasında bir ayırım yapılabilmektedir. Aksi halde her mükerriri itiyadi suçlu her itiyadi suçluyu da mükerrir kabul etmek gerekecektir. Mükerrir bir çok suç işleyebilir ve hepsinden de kesin hükümle mahkum olmuş olabilir. Ancak

⁵⁶² RENDE: s. 91.

⁵⁶³ ÖNDER: s. 675; DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 123.; Yeni İtalyan Ceza Yasası m. 102: “İtiyadi suçlu on sene içinde ve değişik dönemlerde aynı nitelikte taksir haricinde üç cürümden dolayı toplu olarak beş seneden fazla hapse mahkum olduktan sonra bu cürümlerin sonuncusundan itibaren on sene zarfında aynı nitelikte taksir haricinde bir cürümden dolayı tekrar mahkum olan kimsedir” Bkz. RENDE: s. 91.

⁵⁶⁴ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 125.

suç itiyadını elde etmedikçe itiyadi suçlu sayılmaz.⁵⁶⁵ Tekerrür halinde söz konusu olan failin kişisel durumudur. Bu varlık koşulu ilk mahkumiyetle sonraki mahkumiyeti bir arada dikkate alır ve sonuç olarak ceza artırılır. İtiyadi suçluda ise daha önceden ilan edilmiş koşulların varlığı aranır. Temel sorun failde olan tehlikelilik halinin giderilmesidir.⁵⁶⁶

Suç itiyadı konusunda dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Yasa bazı suçların meydana gelebilmesi için bazı fiillerin tekrarlanmasını aramıştır. Bu durumda itiyat suçun unsuru haline gelecektir. Bu unsur yoksa fiil suç oluşturmayacaktır. Halbuki itiyadi suçla ifade edilmek istenen birbirinden ayrı ve bağımsız fiillerin oluşturduğu topluluk olmasıdır. Yani itiyadi suçlarda cezalandırılan tek bir fiil değildir.⁵⁶⁷

Ayrıca bazı hallerde yargıcın takdiri itiyadi suç olup olmadığını belirleyecektir. Buna göre yargıç suçların türü ve ağırlıklarını, işlendikleri zamanı, suçlunun davranışlarını, yaşayışını ve benzer durumları göz önünde tutarak suçlunun cürüm işlemeye alışkın olduğuna kanaat getirirse suçluyu itiyadi suçlu kabul edebilir (YİCY m. 103).⁵⁶⁸

TCK suçta itiyattan genel hükümler kısmında söz etmemektedir. Ancak TCK'nun özel hükümler bölümünde 512/2, 567 ve 572. maddelerinde suçun itiyat etmiş olması haline değinilmekte, bunun cezayı artırıcı bir neden olduğu belirtilmektedir.⁵⁶⁹

Bu anlamda TCK'nun 572. maddesinin ikinci fıkrası '*sarhoşluğu itiyat derecesine vardırıranlar altı aydan az olmamak üzere hafif hapse mahkum olurlar*' ve

⁵⁶⁵ DÖNMEZER/ERMAN: c. III, s. 125.

⁵⁶⁶ MANZINI: **Parte Generale**, s. 168. Florian'ın bu görüşü için bkz. EREM: GH, s. 688.

⁵⁶⁷ EREM: GH, s. 688.

⁵⁶⁸ PISAPIA: s. 216.

⁵⁶⁹ ÖNDER: s. 676.

üçüncü fıkrası ‘iki defa mahkum olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler o fiili itiyat etmiş sayılırlar’ diyerek itiyadın objektif koşullarını göstermiştir.⁵⁷⁰ Ancak yine itiyada ilişkin düzenleme içeren TCK.’nın 512. (cürüm eşyasını satın almak ve saklamak) ile 567. (kumar oynatmak suçu) maddelerinde mahkûmiyet ile ilgili bir sayı verilmeksizin yalnızca bu fiillerin itiyat edilmiş olması halinden söz eder. Bu maddelerde önceki mahkumiyetlerle ilgili itiyadın objektif şartına ilişkin bir açıklık yoktur. Objektif koşulun (daha önceki mahkumiyet) bu suçlar için aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Kesin hükümlü mahkumiyet koşulu arayanlar yanında, failin daha önce bu maddelerde belirtilmiş olan fiilleri işlediğini mahkemenin belirlemesi halinde itiyat hükümlerinin işletilebilmesi gerektiği görüşünde olanlar da vardır.⁵⁷¹ Bizce de bu suçlar bakımından itiyadın varlığı ayrıca araştırılmalıdır.

Yargıtay itiyadı bir tekerrür şekli olarak kabul etmiştir.⁵⁷² Ancak itiyat özel tekerrür hali olmayıp fiile ilişkin ağırlatıcı nedendir. İtiyada ilişkin olan 512 ve 517. maddeler cezanın bir oran dahilinde artırılacağını belirtmemişlerdir. Sadece cezanın alt sınırını oluşturan basit şekline göre artırmakla yetinmişlerdir.⁵⁷³ İtiyadın özel tekerrür şekli olmadığını gösteren bir önemli nokta da itiyadın varlığı halinde dahi, tekerrür nedeniyle ceza artırılabilmesidir. Eğer İtiyat özel bir tekerrür şekli olsaydı, ayrıca cezanın tekerrür nedeni ile artırılması yerinde olmazdı.⁵⁷⁴

İtiyat özel bir tekerrür hali olamaz. Bir tekerrür çeşidine benzetilecekse bu ‘tekrarlanan özel tekerrür’ hali olabilir. Zira itiyat iki kesinleşmiş mahkûmiyetten sonra üçüncü defa aynı türde bir suçun işlenmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bu şekildeki bir durum ise tekrarlanan özel tekerrüre benzemektedir. Ancak bu durumda dahi

⁵⁷⁰ ÖNDER: s. 676.

⁵⁷¹ ÖNDER: s. 678.

⁵⁷² ÖZEK, Çetin: “Suçta İtiyad-Tekerrür- Sarhoşluk”, İÜHFM, 1962, c. 18, s. 248; 4. CD 30.11.1950, 10602/928 sayılı karar (ÖZEK: s. 248, 1 no’lu dpn.).

⁵⁷³ ÖZEK: Suçta İtiyad, s. 248.

⁵⁷⁴ ÖZEK: Suçta İtiyad, s. 249.

itihadın bir tekerrür şekli olduğu kabul edilemez. Çünkü tekrarlanan özel tekerrür halinde cezanın itiyada oranla daha ağır cezalandırılması olanağı söz konusudur.⁵⁷⁵

İtiyat iptila derecesine varmış ise failin fiil nedeniyle ceza sorumluluğu yoktur. İtiyadi, iptila derecesine varmış olanlar, durumları tıbben belirleninceye kadar bir hastanede muhafaza ve tedavi edilirler. Failin iptila derecesinde olup olmadığına mahkeme karar verir (TCK. m. 404/4).⁵⁷⁶

3.SUÇ İŞLEMİYİ MESLEK EDİNMIŞ SUÇLU

Suç meslek edinme, söz konusu olan itiyadi suçluluğun daha yoğun olmasıdır. Mesleki suçlu açısından suç bir yaşama aracıdır. Mesleki suçlu adeta belli suç alanlarında ‘uzmanlaşmış’ suçludur. Suçlu diğer yaşam alışkanlıklarını normal bir insan gibi sürdürdüğü halde belirli bir alanda işlediği fiilin kötülüğünü anlama yeteneğini kaybederek o fiili normal bir etkinlik olarak tekrarlar.⁵⁷⁷

İCK’nun 105 inci maddesi: ‘İtiyadi suçlu olabilmek için gerekli olan koşulları taşıyan kimse, diğer bir suçtan dolayı mahkum olur ve işlenen suçların niteliklerine, suçlunun ahlak ve yaşayış biçimine ve 133. maddenin ilk kısmında gösterilen diğer haller nazaran kısmen dahi olsa suçtan temin ettiği para ile geçinmeyi alışkanlık haline getirdiği anlaşılırsa mesleki suçlu (profesyonel suçlu) kabul edilir.’ hükmündedir.

Her türlü mesleki suçlu belirlemede itiyadlık için aranan koşullar aranır. Kişinin mesleki suçlu olduğunun ilanı her zaman hatta cezanın infazından sonra dahi yapılabilir. Bu ilan diğer hallerde olduğu gibi yargıç kararı ile ortadan kalkar.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ ÖZEK: Suçta İtiyad, s. 249-250.

⁵⁷⁶ ÖNDER: s. 678.

⁵⁷⁷ EREM: GH, s. 690.

⁵⁷⁸ PISAPIA: s. 217.

Mükerrirlik ile suçu meslek edinmiş suçlu arasındaki en temel farklılık, suçu işlemeyi meslek edinmiş olan kimsede bulunan devamlı suç işleme eğilimidir. Yani İtiyadi suçlu ile mükerrir suçlu arasında bahsettiğimiz farklar mükerrir suçlu ile suçu meslek edinmiş suçlu arasında evleviyetle söz konusudur.

4.EĞİLİMLİ SUÇLU

Bir kimsenin eğilimli suçlu kabul edilmesi için, bir insanın yaşamına ve vücut bütünlüğüne karşı taksirli olmayan bir cürüm işlenmiş ve bu cürmün, suçlunun yaratılıştan kötü bir doğaya sahip olduğunu ve bu kimsenin özel olarak suç işlemeye eğilimli olduğunu göstermiş olması gerekir.⁵⁷⁹

İCK'nun 108. maddesi: *'Mükerrir, itiyadi ve profesyonel mücrim olmasa dahi, bir kimsenin yaşam ve bütünlüğü aleyhine taksir dışında bir cürüm işleyen ve kendi kişiliği ile 133. maddenin ilk kısmındaki haller dışında, özellikle kötü ahlaki yapısını ve doğasını ortaya çıkaran ve suça özel bir eğilim gösteren kimse eğilimli suçludur.'*

Bir kimsenin eğilimli suçlu sayılabilmesi için 'mükerrir' ya da itiyadi suçlu ilan edilmesine gerek yoktur. Ancak suçlunun doğasında kötülüğü aramak, uygulamacıları doğruluğu tartışmalı sonuçlara götürür. Bu nedenden ötürü eğilimli suçlu örneği ile çok nadir olarak karşılaşılır.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ PISAPIA: s. 217.

⁵⁸⁰ PISAPIA: s. 217.

B.TEHLİKELİ HAL UYGULAMASINDA İCK'NUN TEMEL KURALLARI⁵⁸¹

Bu durumlarda tehlikeli halin belirlenmesi için başkaca incelemeye gerek kalmaz; Ceza, tekerrür söz konusu ise, tekerrür nedeniyle artırılır (İCK m. 99, 169).Tehlikeli hallerin olması durumunda yargıcın uygulayacağı emniyet tedbiri, tarımda veya ev işinde çalıştırma, itiyadi suçlularda bir, suçu meslek edinenlerde üç, eğilimli suçlularda dört senedir (İCK m. 217, 218).Yasaklanmış hakların geri verilmesi ve zamanaşımına ilişkin uygulamada tekerrür için yapılacak uygulama esas alınır (İCK m. 172, 173).

⁵⁸¹ RENDE: s. 94-95.

SONUÇ

Bir kimsenin gerek aynı zamanda gerekse farklı zamanlarda birden çok sayıda suç işlemesi halinde toplumun bu kimseye karşı, ‘ilk kez ve tek sefer’ suç işlemiş kimselere oranla daha ‘farklı’ ve ‘ağır’ müeyyideler sistemi geliştirilmesi talebi, ceza hukuku tarihinin önemli karakteristik özelliklerindendir. Ancak birden çok suç işlenmesi haline ilişkin olan tekerrür kurumunun bir suç politikası ve dolayısı ile cezaların bireyselleştirilmesinin önemli araçlarından birisi haline gelmesi 19.yüzyıla rastlar. Bu zamana kadar, tekerrür halinde olan kimselerin durumu suçların içtimai kurumunun içinde değerlendirilmiştir.

Tekerrür kurumunun ceza yasalarına girmeye başlaması ile birlikte, kurum hakkında yapılan tartışmalar yoğunlaşmıştır. Tartışma, son suça verilecek cezanın artırılıp artırılmaması ana ekseninde, artırılabaksa neden ve neye dayanılarak artırılacağı noktasında gelişmiştir. Tekerrür kurumunun varlığını gereksiz gören ve hatta mükerrir kişi hakkında verilen ikinci suçtan kaynaklanan cezanın artırılması değil, tersine azaltılması yönündeki görüşlere topluca ‘ilga teorisi’ denir. İlga teorisi kendisine pek fazla destekçi bulamamakla birlikte tekerrür kurumuna yönelttiği eleştirilerle, tekerrürü kabul eden görüşlerin tutarlı hale gelmesine yardımcı olmuştur. Tekerrürü kabul eden ceza hukukçuları, kurumu bağlı oldukları ceza hukuku okullarının, temel hareket noktaları üzerinden açıklamaya ve sistematize etmeye çalışmışlardır.

Klasik okul taraftarlarına göre tekerrür kurumu, cezada genel eksikliğin varlığını değil, o suçlu ile ceza arasında bulunan yetersizliği gösterir. Onlara göre tekerrürün nedeni ‘cezanın yetersizliği’ dir. Neo-klasiklerin ‘suçun ağırlığı teorisi’ne göre ceza, toplum düzenine aykırı hareket eden kişinin, ikinci suçu işleyerek, yoğun bir suç işlemek iradesinde olduğunu göstermesi ve adalet sistemine karşı uzlaşmaz bir tavır içersinde olması nedeniyle artırılır. Pozitivistler ise sosyal ve biyolojik etkenler sonucunda işlenen suçtan dolayı, suçluda serbest irade ve manevi sorumluluğun olamayacağı görüşündedirler. Bu durumda suçu, topluma karşı yöneltilmiş bir tehlike olarak gören pozitivistler, suçun vahametini, işleniş biçimine,

suçlunun suç işleme amacına, geçmişine bakarak tehlike halinin derecesini belirler. Bu anlamda mükerrirler için, ilk suçlulardan ayrı değerlendirme yapılabilmesi, yargıç takdir yetkisi içerisinde durumu değerlendirebilmelidir.

TCK bakımından kabul edilen teori, kaynak yasa tarafından da kabul edilen neo-klasiklerin ‘isnadiyetin ağırlığı’ teorisidir. Kaynak yasanın gerekçesinde hangi teorinin kabul edildiği açıkça yazılmamış olsa da kişinin içinde bulunduğu ahlaki durumun derecesini dikkate alınmıştır. Bu anlamda isnadiyetin ağırlığı teorisinin kaynak yasa ve dolayısı ile TCK bakımından, benimsenen teori olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ayrıca Zanardelli Yasası tamamen neo-klasik okuldan etkilenecek hazırlanmıştır.

Tekerrür, işlenen suçun niteliğinden bağımsız olarak, failin kişiliğine bağlı olan ‘kişisel’ artırım nedenidir. Tekerrür suç işleyen kişiye bağlı ve ondan ayrılmaz bir bütündür.

TCK’nun 81. maddesinin birinci fıkrası genel, ikinci fıkrası özel tekerrürü düzenlemiştir. Genel tekerrür, özel tekerrür ayırımı önceki suçla sonraki suçun aynı türden olup olmamasına göre yapılır. TCK. 87. maddede aynı türden ne anlaşılması gerektiği tek tek sayılarak belirtilmiş ve bu anlamda objektif ölçü benimsenmiştir. Ancak suçlunun, suç işleme saikini öne çıkaran sübjektif ölçüt, ‘aynı türün belirlenmesinde kullanılması tekerrür kurumunun genel mantığına daha uygundur. Nitekim mevcut İtalyan tekerrür uygulaması bu doğrultudadır. Pozitivistler ise genel-özel tekerrür ayırımı eleştirmişlerdir. Onlara göre yargıç, tekerrür nedeniyle cezanın artırılması oranını, takdir yetkisi dahilinde, tehlikelilik derecesini dikkate alarak somut olaya göre belirlemelidir.

TCK’nun kabul ettiği tekerrür sistemi ‘varsayılan tekerrür’ sistemidir. Bu anlamda tekerrür uygulaması için cezanın çekilmiş olması gerekmez, mahkumiyetin varlığı yeterlidir. Bu sistem Zanardelli Yasası’nın uygulandığı dönemde, İtalyan ceza hukukçularınca ve İtalyan Yargıtay’ı içtihadınca en küçük bir tartışmaya dahi konu edilmeksizin benimsenmişti ki mevcut İtalyan uygulaması da bu yöndedir.

Tekerrür için kabul edilmiş olan sürelerin varlığını merkez alan cezanın çekilip çekilmemesi gerektiği tartışması açısından, TCK'nun kabul ettiği sistem açıktır. Tekerrür uygulaması, kesin hüküm tarihinden başlayarak infazın tamamlanması ya da düşmesine kadar geçen sürede olabileceği gibi, bu tamamlanma ya da düşme anından itibaren beş veya on yıllık süreler dahilinde de söz konusu olabilecektir. Bu sürelerin geçmesinden sonra artık tekerrür nedeniyle cezada artırım yapılamayacaktır. İlgili sürelerden bunun dışında bir anlam çıkarılarak tekerrür uygulaması için cezanın çekilmesi gerektiği yönünde bir sonuca ulaşılmaması gerekir. Tekerrür uygulaması için mahkumiyetin yeterli olduğu ; TCK'nu hazırlayanların kendi ifadelerinden anlaşılacağı gibi, 85. madde tekerrür uygulaması için yalnızca mahkûmiyetten bahsetmektedir. Müebbet ağır hapiste bir kimsenin suç işlemesi halinde tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağından ise 82. madde bahsetmektedir. Bir kimsenin müebbet ağır hapis cezasının tamamen infaz edilmesinin olanaksız olduğu açıktır. Mahkûmiyetin yeterli olduğunun bir diğer göstergesi de 94. maddenin, 'yargıç cezanın ertelenmesinden yararlanan suçluya, tekrar suç işlemesi halinde cezasının tekerrür nedeniyle artırılacağını bildirir' yönündeki hükmüdür. Para cezalarının tahsil edilmesinde yaşanan güçlükler, çoğu zaman bu cezanın yerine getirilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu durumda asli ceza olan para cezasının tahsil edilmiş olunması gereği tekerrür uygulanması bakımından aranacak mıdır? Bir kısmını aktarabildiğimiz tüm bu nedenlerden dolayı tekerrür uygulaması bakımından 'mahkumiyet hükmü' nün yeterli kabul edilmesi gerekir. Özellikle 1940'lı ve 1950'li yıllarda, cezanın çekilmesinin gerekip gerekmediği yönünde yoğun tartışmalar yapılmıştır. Ancak Yargıtay tekerrür uygulaması bakımından, cezanın çekilmesini veya düşmesini aramaktadır. Yargıtay, bu yöndeki yerleşik hale gelmiş uygulamasını, TCK'nun sistematğine uygun olacak biçimde değiştirmelidir.

Yasanın 81. maddesinde ifade edilen mahkumiyet, ceza mahkumiyetidir. Bu anlamda TCK'nun sadece mahkumiyetten bahsedip, kesinleşmesinden bahsetmemesinin nedeni bu belirtmeyi gereksiz görmesidir. Zira ceza hukuku mahkumiyetten 'kesinleşmiş mahkumiyeti' anlar. Ancak bu mahkumiyetin etkilerinin sürüyor olması gerekir. Belirli bir neden (örneğin genel af) mahkumiyetin

bütün neticelerini ortadan kaldırıyorsa, artık bu mahkumiyet, tekerrür nedeniyle de hesaba katılmayacaktır.

3038 sayılı yasa ile 1936 yılında yapılan değişiklik sonucunda 81. maddede yer alan ‘cürüm’ terimi çıkarılarak yerine ‘suç’ terimi konmuştu. Ancak değişiklik sırasında TCK’nun 8. babının başlığı cürümde tekerrür olarak kalmıştır. Bu farklılığın giderilmesi gerekir. Ayrıca kabahatler arasında tekerrürün esas alınamayacağı görüşü 8. bab başlığından kaynaklanır. Ancak suç kavramı içine kabahat kavramını da alır. Bu anlamda yasa kabahatler arasında tekerrür uygulamasını kabul etmiştir. Nitekim bu yönde CGK kararları da vardır.

TCK. sistematığı açısından tekerrür uygulaması zorunludur. Cezanın bireyselleştirilmesi ve failin kişiliğini uydurulması bakımından isteğe bağlı tekerrür uygulamasının daha doğru olabileceği savunulabilir: TCK genel tekerrür bakımından üst sınırı belirlemiş ama alt sınırı belirlememiştir. Bu durumda yargıç cezayı altıda bire kadar artırabilecektir. Özel tekerrürde ise altıda birden üçte bire kadar artırabilecektir. TCK zorunlu tekerrür sistemini kabul ederek olası keyfi uygulamaların önüne geçmiş, aynı zamanda oran konusunda yargıca takdir hakkı tanıyarak cezanın bireyselleştirilmesinin yolunu açmıştır. Bu takdir hakkının, ‘bağlı takdir hakkı’ olarak kabul edilmesi ve dolayısı ile yargıcın hangi oranı neden uyguladığını hükmün gerekçesinde göstermesi gerekir. Bu uygulama aynı zamanda TCK’nun 29. maddesinin son fıkra hükmüne de uygun olacaktır. Cezanın artırılması konusunda genel ve özel tekerrür açısından ortak sınır olan altıda bir oranının genel tekerrür için uygulanmaması gerekir. Aksi durumda genel ve özel tekerrür ayrımının anlamı kalmayacaktır. Yargıtay her iki tür tekerrür için de altıda bir oranının uygulanabilir olduğu görüşündedir: Ancak genel tekerrür halinde, bunun nedeni Yargıtay’a göre gerekçelendirilmelidir.

TCK’nun 81 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre tekerrür durumunda ikinci suça eklenecek ceza önceki suçlara verilmiş cezaların en ağırından fazla olamaz. Amaç önceki suça sahip olduğu değerden daha üstün bir değer tanımamaktır. Önceki suçlara verilecek cezanın para cezası ve hapis cezası olması durumunda ağır olan

hapis cezasıdır. Ancak Yargıtay para cezalarını hapis cezasına, hapis cezalarını para cezasına çevirerek tekerrür durumunda artırılacak ceza miktarını belirlemektedir.

TCK' nun 88. maddesi, bir cezanın diğer bir cezaya çevrilmesi halinde tekerrür uygulaması bakımından, failin gerçekte mahkum olduğu ceza değil bu cezanın yerine geçmiş bulunan ceza esas alınır hükmünü içermektedir. Kaynak yasada yer almayan bu hükmün TCK'de yer alması bir takım sakıncalara yol açabilir. Şöyle ki özel af halinde ceza bir miktar indirilirse sorun yoktur, tekerrür süresi ona göre hesaplanacaktır. Ancak özel af cezayı tamamen kaldırmış ise ne olacaktır? Özel af mahkumiyeti kaldırmadığına göre tekerrür süresi nasıl hesaplanacaktır? Bu konuda yasal düzenlemeye gereksinim vardır. Bu anlamda tekerrür sürelerinden kısa olanının yani beş yıllık sürenin tekerrür süresi olarak kabul edilmesi hem tekerrür uygulaması bakımından hem de bu sürenin on yıllık süreye göre, failin lehine olması bakımından uygun olacaktır.

Tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasının belli sürelerle kısıtlanması doğrudur. Süresiz tekerrür sistemi kabul edilemez, keza uzun bir süre suç işlemeyen kimseyi, tekrar suç işlemesi halinde, TCK'nun anladığı anlamda mükerrer kabul etmemek gerekir. Çağdaş ceza yasalarının ve TCK'nun kabul ettiği uygulama da süreli tekerrür sistemidir. Uzun süre süresiz tekerrür sistemini kabul eden İtalyan uygulaması da 1974 değişikliğinden sonra bütün tekerrür türleri açısından belli süreleri öngörmüştür.

Temelde ulusal tekerrür sistemini kabul eden TCK, bazı istisnai durumlarda uluslararası tekerrür sisteminin de uygulanabileceğini göstererek belirtmiştir. Günümüz dünyasında egemenlik kavramının içeriğinin farklılaşması, suçun ve suçlunun çok değişik alanlarda, ulusal sınırları tanımaksızın hareket edebilmesi sonucunda, tekerrür uygulaması ile elde edilecek amaç da gözetilerek uluslararası tekerrür uygulamasına yasal düzenlemede daha geniş yer verilmelidir.

1990 yılında TCK'nun 29. maddesine eklenen son fıkra ile yargıcın temel cezayı belirlerlemede, takdir hakkını kullanırken yararlanacağı ölçütler örnek kabilinden gösterilmiştir. İtalyan Ceza Yasasının 133. maddesinden alınan bu ölçütler aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesinde ve failin tehlikeli halinin belirlenmesinde kullanılır. Bu ölçütlerden birisi 'failin geçmiş yaşantısı'dır. Bu durumdaki kişinin mükerrir suçlu olması halinde, yargıç geçmiş yaşantısındaki bu hali gözeterek temel cezayı yüksek bir noktadan belirleyebilecek ve daha sonra mükerrir olmasından kaynaklı olarak cezayı artıracaktır. Acaba bu durum aynı nedenin birden çok kez dikkate alınmasını yasaklayan temel ilkeye bir aykırılık oluşturmaz mı? Yargıç temel cezayı belirlerken asgari haddin üstündeki cezayı geçmişteki suçluluğundan ve bunu gerekçede gösteriyorsa ve bir de tekerrürden dolayı artırıyorsa bozma nedeni olacaktır.

Sonuç olarak yeniden suç işleyen hükümlünün ilk defa suç işleyene göre daha tehlikeli olduğu tamamen bir varsayımdır. Belki de zorunlu olan bu varsayımın her suçluluk olayında, suçlunun kişiliğine, sosyal ve psikolojik açıdan yapılacak değerlendirmelere göre kanıtlanması gerekir. Önemli olan suçun toplumsal yapısından kaynaklı mükerrirliğin oluşumunu tetikleyen, yoksulluk, eğitimsizlik gibi etmenlerin giderilmesidir. Sadece mükerriri cezalandırmak üzerinden toplumsal yaşama düzen getirilemez. Mükerriri cezalandıran toplum bir anlamda kendi kusurunu cezalandırmıştır.

ÖZET

Cezanın sadece işlenen suça göre değil, aynı zamanda suçlunun kişisel özelliklerine göre de belirlenmesi gerekir. Bu anlamda cezanın miktar ve ağırlığının nasıl belirleneceği konusu ceza hukukunun en önemli tartışmalarındandır.

Daha önce işlediği suç veya suçlardan ötürü mahkum olan kişinin yeni bir suç veya suçlar işlemesi halinde yeni suçun cezası artırılır. İşte bu artırmanın, niye ve nasıl olduğunu açıklayan kuruma tekerrür denir.

Bu çalışma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde kurum hakkında yapılan tartışmalara değinilmiştir. İkinci bölümün konusu ise tekerrür sistemlerinin açıklanması, Türk Ceza Yasası bakımından koşullarının neler olduğudur. Üçüncü bölümde tekerrürün sonuçları ve diğer benzer suç durumları hakkında bilgi verilmiştir.

Sonuç olarak tekerrür suçun niteliğinden kaynaklı bir artırım nedeni değildir. Suçu işleyen kişiye bağlı bir artırım nedenidir. Aslında cezanın verilebilir olması ile tekerrür nedeni ile cezanın artırılmasının nedeni aynıdır. Tekerrür nedeni ile yapılacak bütün tartışmalarda unutulmaması gereken suçun toplumsal niteliğidir. Bu nitelik gözetilmeden yapılacak bir değerlendirme eksik bir değerlendirme olacaktır.

ABSTRACT

The punishment must be determined according to the personality of the criminal, not the crime itself . How to determine the quantity or weight of the crime is one of the most important discussions about the penal code.

Therefore, if a person, who is convicted before of a crime or a number of crimes, commits a new crime or crimes, then the punishment of the crime increases. The concept which defines the reason and the sort of this increase is called ‘recidivism’

The study consists of three parts. In the first part, the theoretical discussions about the concept are mentioned. In the second part, the recidivism systems and the conditions about recidivism in the Turkish Criminal Law are explained. In the last part, information about consequences of relapse, and criminal conditions like recidivism is given. In our study we resulted to the fact that, the recidivism is not an increase in the punishment according to the quality of the crime, but the reason of increase depends on the person.

The reason of being able to punish a person, and increasing the punishment due to recidivism is the same. Apart from that, during the discussions about relapse, the social aspect of the crime shouldn’t be forgotten. An evaluation without considering the social aspect of the crime would be deficient.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur : **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara 1958.
- ALİCANOĞLU, Mahmut : **Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu**, İstanbul 1951.
- AMBROSETTI, Enrico : **Recidiva e Recidivismo**, Padova 1997.
- ANCEL, Marc : **Muassır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi** (Çev. S. Tüzel), AD., s.1344-1356, 1938.
- ANTOLISEI, Francesco : **Manuale di Dritto Penale, Parte Generale**, Quattordicesima edizione, Milano 1997.
- ARCAK, Ali : **“Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesi ve Şümulu Meselesi”**, AD, S. 8. s.872-887. 1952.
- ARDALI, Çetin : **Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?**, AD, S. 12, s.1009-1013, 1944.
- ARDALI, Çetin : **Müeccel Cezalardan Bir Tavzif ve Bir Dilek**, AD, S. 6, s.577-582, 1945.
- ARDALI, Çetin : **“Müeccel Cezalarda İçtima ve Tekerrür”**, AD, S.6, s.505-508, 1944.
- ARSAL, Sadri Maksudi : **Umumi Hukuk Tarihi**, Ankara 1942.
- ARTUK, Emin : **Ceza Hukuku El Kitabı**, s.97-110, İstanbul 1989.

- AYGÜN, Nevzat : **TCK'da Tekerrür (81-88) ve Tecil (89-95)**, AD, S.7, s.39-55,1987.
- BARZILAI, Slvatore : **La Recidiva e il Motodo Sperimentale**, Roma 1883.
- BAYRAMOĞLU, Reşat : **Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Mıdır Değil Midir?**, AD, S.12, s.1002-1008, 1944.
- BECCARIA : **Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi** (Çev. M. Göklü), İstanbul 1964.
- BELLONI, Julya Andrea : **Cezanın Şahsileştirilmesi** (Çev. Halit Natık), İzmir İBD, S.1, s.40-44,1935.
- BELTRANI, Sergio : **Codice Penale Commentato**, Napoli 1998.
- MARINO, Raffaele
- PETRUCCI, Rossana
- BETTIOL, Giuseppe : **Diritto penale , parte generale**, dodicesima edizione, Padova 1986
- MANTOVANİ, Luciano
- CARACCIOLI, Ivo : **Manuale di Diritto Penale**, parte generale, Milano 1998.
- CENTEL, Nur : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2001.
- ÇAĞLAYAN, Mahmut : **Türk Ceza Kanunu**, Ankara 1969.
- DELL'ANDRO, Renato : **La Recidiva**, Palermo, Tarihsiz

- DEMİRBAŞ, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2002.
- DİRİL, Ziya : **‘Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Tekerrüre Esas Tutulan Cezanın Çektirilmiş Olması Şart Mıdır?’**, AD. S.3, s.229-231, 1945.
- DÖNMEZER, Sulhi : **Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler**, İstanbul 1998.
- YENİSEY, Feridun
- DÖNMEZER, Sulhi : **Ceza Mesuliyetinin Esası**, İstanbul 1949.
- DÖNMEZER, Sulhi : **Tecil Olunan Cezalar ve Tekerrür**, İHFM, s.805-809, 1943.
- DÖNMEZER, Sulhi : **“Tehlikeli Hal Meselesi”**, İÜHFM, S. 1-2, s.179-187, 1944.
- DÖNMEZER, Sulhi : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, c. III, İstanbul 1997.
- ERMAN, Sahir
- DÖNMEZER, Sulhi : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, B.9, C.II., İstanbul 1986
- ERMAN, Sahir
- ERDURAK, Yılmaz Güngör : **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, B.1, Ankara 1984
- EREM, Faruk : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997.
- DANIŞMAN, Ahmet
- ARTUK, M. Emin
- EREM, Faruk : **Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir**, AD, S. 10.s.815-819, 1944.

- EREM, Faruk : **Tekerrürün Esası**, AD, s.1417-1432, 1949.
- EREM, Faruk : **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Ankara 1993.
- EREM, Faruk : **Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki**, AÜHFM, C. II, S.2-3, s.191-222, 1945.
- EREM, Faruk : **Belçika Cezaevlerinde Mükerrirliğin Islahı**, AC, S.1, s.47-49, 1931.
- EREM, Faruk : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. I, B. 8, Ankara 1968.
- EREM, Faruk : **Suçların ve Cezaların İctimai Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki**, Ankara 1944.
- EREM, Faruk : **Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir II**, AD, S. 5, s.453-456, 1945.
- EREM, Faruk : **“Türk Ceza Kanununun 29. Maddesi”**, AD, S. 11. s.1159-1176, 1949.
- ERMAN, Sahir : **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul**, 7. Bası, İstanbul 1983.
- FINDIGİL, Yavuz : **Tekerrürde Cezanın Çekilmiş veya Düşmüş Olması Şart Mıdır?**, AD, S. 3, s.222-228, 1945.
- FLORIAN, Eugenio : **Trattato di diritto penale**, vol. I, seconda edizione, Milano Tarihsiz.

- FOUCAULT, Michel : **Hapishanenin Doğuşu**, 2. Baskı, Ankara 2000.
- GAROFALO, Baron Rafaele : **Criminologia ‘Suç, Suçlu ve Ceza’**, (Çev. Muhittin GÖKLÜ) İstanbul 1957.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat : **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, 4. Baskı, İstanbul 1980.
- GÜNAL, Yılmaz : **“Disiplin Cezaları”**, SBFD, S. 2, s.190-211, 1958.
- GÜNAY, Erhan : **Cezada Tekerrür Uygulaması**, Ankara 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki : **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki : **‘Cezanın Tayin Edilmesi’**, **Ceza Hukuku El Kitabı**, s.478-482, İstanbul 1989.
- HAKER, Hakkı : **Cürümde Tekerrür ‘Recidive’**, AD., S. 10, s.1587-1600, 1938.
- İÇEL, Kayıhan : **Suçların İçtimai**, İstanbul 1972.
- KAFES, Veli : **Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar**, Ankara 1998.
- KARAOK, Hasan : **Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Tekerrür Hükümlerinin Tatbikatı**, Elazığ 1952.
- KEYMAN, Selahattin : **Türk Hukukunda Af, Genel Af Özel Af**, Ankara 1965.

- KÖNİ, Burhan : **“Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”**, SBFD, S. 3, s.49-58, 1956.
- KÖSEOĞLU, Cemal : **Haşiyeli Türk Ceza Kanunu**, 8. Bası, İstanbul 1955.
- KUNTER, Nurullah : **‘Türkiye’de Mükerrirliğin Amilleri’** Muammer Raşit Seviğ’e Armağan, İstanbul 1956.
- KUNTER, Nurullah : **‘Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir.’** AD., S.1, s.3-17, 1945.
- KUNTER, Nurullah : **“Suçluların Terbiye ve Islahı”**, AC. S.7, s.660-667, 1943.
- MAJNO, Luigi : **Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, Ankara 1977.
- MALKOÇ, İsmail : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler C. I**,
GÜLER, Mahmut Ankara 1999.
- MANTOVANI, Ferrando : **Diritto Penale, parte generale**, terza edizione, Padova 1992.
- MANZINI, Vincenzo : **Trattato di Diritto Penale Italiano**, vol. III, secondo edizione, Torino 1926.
- MANZINI, Vincenzo : **Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Generale**, 9. Bası, Padova 1958.
- MENGÜÇ, Rıza : **Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri**, İstanbul 1975.

- MORAN, Yıldız : **Eşanlamlı Sözcükler ve Karşıt Anlamları Sözlüğü**, İstanbul 1992.
- NUHOĞLU, Ayşe : **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara 1997.
- OKAY, Sadık : **Tekerrürün Mahiyeti Hakkında Başlıca Nazariyeler ve Tatbikata Tesirleri**, AÜHFM, S.1-2, s.331-346, 1952.
- ÖMER, Erdem : **“Temyiz Tevhisi İçtihat Heyeti Kararı, Temel Ceza- Cezanın Tayininde Sıra- En Son Nazara Alınacak Haller”**, KİD, S. 2, s. 17-19, 1956.
- ÖNDER, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, c. II-III, B.2, İstanbul 1992.
- ÖNDER, Ayhan : **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İstanbul 1963.
- ÖNDER, Orhan K : **“Türk Ceza Kanununun 81 inci maddesinin 3 üncü fıkrası”**, AD, S. 8, s.504-509, 1960.
- ÖNDER, Orhan K : **“Tatbikatta ‘Mutlak ve Mukayyet Tekerrürün’ İçtimar”**, AD, S.2, s.173-177, 1960.
- ÖZEK, Çetin : **“Umumi Af”**, İHFM, S.1-4, 1959.
- ÖZEK, Çetin : **“Suçta İtiyat-Tekerrür- Sarhoşluk”**, İÜHFM, s.252-255, 1962.

- ÖZGEN, Eralp : **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara 1968.
- ÖZGEN, Eralp : **Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi**, Eskişehir 1988.
- ÖZTÜRK, Bahri : **Uygulamalı Ceza Hukuku**, B. 4, İzmir 1998.
- PISAPIA, Gian Domenico : **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri**, Genel Kısım (Çev. Atıf Akgüç), Ankara 1971.
- RENDE, Domenico : **Yeni İtalyan Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi** (Çev. Burhanettin Köni), İHFM S. 7-8, 1938.
- RICCIO, Stefano : **Recliva, Novissimo Digesto Italiano**, secondo edizione, C. XIV, s.1051-1060, Torino 1958.
- SAVAŞ, Vural : **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3. Bası, Ankara MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık 1999.
- SANCAR YALÇIN, Türkan : **‘23 Nisan 1999 tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları**, Anayasa Yargısı, S.18, (ayrı bası) Ankara 2001
- SANCAR YALÇIN, Türkan : **Müteselsil Suç**, Ankara 1995

- SAYDAM, Nasır : **“Ceza Kanununun 81 inci Maddesinin 3 üncü ve Son Fıkraları Üzerine Bir İnceleme”, AD, S.9, s.912-915, 1945.**
- SİMAV, Şefik : **TCK’da Tekerrür, AD, S.12, s.1309-1321, 1945.**
- SİMAV, Şefik : **Müeccel Cezalarda (İçtima ve Tekerrür) Hakkında T.M. Ceza ve Tevhidi İctihat Heyeti Umumilerinden Çıkan İki Karar Üzerine Bazı Düşünceler, AD, S.12, s.1048-1051, 1943.**
- SOKULLU AKINCI, Füsün : **Kriminoloji, B.2, İstanbul 1999**
- SOYASLAN, Doğan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1998.**
- TAN, Hadi : **‘Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır’, AD, S.4, s.336-345, 1945.**
- TAN, Hadi : **Yine Tekerrür Meselesi, AD, S.8, s.775-777, 1945.**
- TANER, Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım, B. 3, İstanbul 1939.**
- TEKİN, Nuh : **Tekerrür, AD, S.1, s.45-46, 1986.**
- TOROSLU, Nevzat : **‘Ceza Hukukunda Okullar’, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, s.367-377, İstanbul 1998.**

- TOROSLU, Nevzat : **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, Ankara 1987.
- TOROSLU, Nevzat : **Ceza Hukuku**, B.5, Ankara 2001
- TÜRDÜ, Ahmet Kemal : **“Kabahatler Arasında Tekerrür Meselesi”**, AD, S.10, s.987-999, 1955.
- UZUNHASANOĞULLARI Sırrı : **Tekerrür ve İlgili Af, Adli Sicil, Sabıka, Eşkal ve Hüviyet Tespit Müesseseleri**, Ankara 1961.
- VELDET, Hıfzı : **Ceza Sosyolojisi, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri**, İÜHFM, S.VI, s.440-446, 1940.
- VERDİ, Bahir : **Tekerrürü Cürüm**, İÜHFM, S.39, s.65-71, 1928.
- VIDAL, Georges : **Ceza Hukuku** (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara 1946.
- MAGNOL, Josephe
- ˙İSMARA, Antonio : **Recidiva Nei Reati**, Floransa 1871.
- YENİSEY, Feridun : **Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**, İstanbul 1988.
- YENİSEY, Feridun : **İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, s.237-261, Ankara 2000.
- YURTCAN, Erdener : **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul 1996.
- YÜCE, Turhan Tufan : **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985.

- YÜCEL, Mustafa T. : **‘Mükerrirliğin Görünümü’ (Bilimsel Bir Yaklaşım Doğru)**, YD, S.1-4, s.55-66, 1976.
- YÜCEL, Mustafa T. : **Kriminolojik Toplum, Suçlu ve Ötesi**, Ankara 1971.
- YÜCEL, Mustafa T : **Türk Ceza Siyaseti&Kriminolojisi**, 2. Baskı Ankara 1997.

