

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

**TÜRK CEZA HUKUKU'NDA
TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ**

**Hazırlayan
Muhsin GENÇER**

**Danışman
Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

Yüksek Lisans Tezi

**Temmuz 2019
KAYSERİ**

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

**TÜRK CEZA HUKUKU'NDA
TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Hazırlayan
Muhsin GENÇER**

**Danışman
Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

**Temmuz 2019
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Muhsin GENÇER

İmza:



T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ REKTÖRLÜĞÜ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Tez Başlığı: TÜRK CEZA HUKUKU'NDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 204 sayfalık kısmına ilişkin 17/07/2019 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı: % 9 (Dokuz) dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Giriş dahil
- 2- Ana Bölümler dahil
- 3- Sonuç dahil
- 4- Alıntılar dahil/hariç
- 5- Kapak hariç
- 6- Önsöz ve Teşekkür hariç
- 7- İçindekiler hariç
- 8- Kaynakça hariç
- 9- Özet hariç
- 10- Yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. .../.../2019

Adı Soyadı : Muhsin GENCER
Öğrenci No : 4031531214
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Program Adı : Yüksek Lisans

Danışman: Adı/İmza
Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Öğrenci Adı/İmza
Muhsin GENCER

YÖNERGEYE UYGUNLUK

Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Muhsin GENÇER

Danışman

Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Kamu Hukuku ABD Başkanı

Doç. Dr. Cengiz GÜL

Doç. Dr. Fatih BİRTEK danışmanlığında Muhsin GENÇER tarafından hazırlanan “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

...25.../06/2019

JÜRİ:

Danışman: Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Üye : Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI

(Handwritten signatures of the jury members)

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun .16.07.2019 tarih ve ...29..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...16.../07.../2019

(Handwritten signature of the Enstitü Müdürü)
Enstitü Müdürü
Doç. Dr. Kenan GÜLEU
Enstitü Müdürü



ÖNSÖZ/TEŞEKKÜR

Ceza yargılamasının en önemli süjesi, faildir. Suç teşkil eden davranışı gerçekleştirdiği ileri sürülerek hakkında iddianame düzenlenen fail, yargılanmakta ve suçu sabit olursa cezalandırılmaktadır. Faile verilecek cezanın belirlenmesi ise önem arz etmektedir. Zira soyut ve genel nitelikte olan yasal düzenlemelerin herkes için aynı şekilde uygulanması birtakım haksızlıklara yol açabilir. Bu nedenle cezanın belirlenmesi sırasında suç işleyen failin geçmişi, ailevi, sosyal ve ekonomik durumu, yaşantısı, eylem sonrası ve yargılama sürecindeki davranışları gibi özelliklerinin dikkate alınması, cezanın failin durumuna uydurulması (bireyselleştirilmesi veya kişiselleştirilmesi) gerekmektedir. Ancak bu özellikler dikkate alınırsa aynı eylemi işleseler dahi farklı durumda olan faillelere yine farklı cezalar verilmesi söz konusu olacak ve cezai anlamda daha adil bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bugün itibariyle açılan davaların yüzde kırk oranında mahkûmiyetle sonuçlandığı dikkate alındığında cezanın bireyselleştirilmesinin ne derece önem arz ettiği ortadadır. Bu nedenle çalışmamızda failin birtakım özelliklerinin, cezanın belirlenmesi sırasında nasıl dikkate alınacağı ve cezanın tespitinde ne şekilde etkiye bulunacağı üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmanın önemini anlatan, tez konusunu belirleyen, bilgi birikimi ve sağladığı kaynaklar ile yol gösteren, tez yazım aşamasında yardımcı olan ve bu süreçte beni teşvik edip cesaretlendiren tez danışmanı saygıdeğer hocam Doç. Dr. Fatih BİRTEK'e her türlü katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Ayrıca, gerek ders döneminde gerekse tez yazım aşamasında bana her türlü desteği veren, bu sürecin sıkıntılarını benimle birlikte yaşayan çok değerli aileme ve nişanlıma da desteklerinden dolayı teşekkür ederim.

Muhsin GENÇER
Kayseri, Temmuz 2019

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

Muhsin GENÇER

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019

Danışman: Doç. Dr. Fatih BİRTEK

KISA ÖZET

Cezaların bireyselleştirilmesi, en kısa tabiriyle somut bir olayda soyut ve genel nitelikteki cezanın failin durumuna uydurulmasıdır. Takdiri indirim nedenleri de cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Mahkemeler ya da hâkimler, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ile cezanın fail üzerindeki olası etkileri gibi birtakım hususları dikkate almak zorundadır. Böylece, failin durumu ve özellikleri cezanın belirlenmesine daha çok yansıyacak ve adaletin tecellisine katkı sağlayacaktır. Bu müessesenin önemi ve değeri, uygulayıcı olan hâkimler tarafından anlaşılırsa somut bir olayda fail ve eylem yönünden daha sağlıklı değerlendirme yapılabilecektir. Böylece toplum nezdinde vicdanları yaralayan kararların önüne geçilerek toplumun adalete olan güven duygusu artacaktır. Bu müessesenin daha sağlıklı uygulanabilmesi de hâkimlerin mesleki bilgi ve tecrübesinin artırılması ile sağlanacaktır. Ayrıca, yüksek mahkemeler tarafından yapılan denetimler de bu konudaki sorunların çözümüne katkı sağlayacaktır. Ancak Yargıtay tarafından yapılan denetim sadece hukuki denetim ile sınırlı kalmalı ve hâkimlere ait olan, vicdani kanaate dayanan takdir hakkı kısıtlanmamalıdır.

Anahtar Sözcükler: Takdiri İndirim Nedenleri, Esbabı Muhaffife-i Takdiriye, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Takdir Yetkisi.

THE REASONS OF DISCRETIONARY REMISSION IN TURKISH CRIMINAL LAW

Muhsin GENÇER

Institute of Social Sciences of Erciyes University

Master Thesis, July 2019

Supervisor: Assoc. Prof. Fatih BİRTEK

ABSTRACT

Individualization of punishments is, in short, the adaptation of the abstract and general punishment to the situation of the perpetrator. The reasons for discretionary remission are also one of the means of individualizing the punishment. In determining and individualizing the sentence, the courts and judges must consider a number of issues such as the perpetrator's past, social relations, and his/her behavior after perpetration and during trial, and the possible effects of the sentence on the perpetrator. Thus, the perpetrator's attitude and characteristics will be more reflected in the determination of punishment and contribute to the administration of justice. If the importance and value of this is understood by the judges implementing it, a healthier assessment can be made in terms of perpetrator and perpetration in a certain event. In this way, the judgments that hurt conscience according to society will be prevented and the trust in justice will be increased. The healthier implementation of this institution will only be ensured by increasing the professional knowledge and experience of judges. Furthermore, the supervisions carried out by high courts will also contribute to the solution of the problems in this issue. However, the supervisions by the Supreme Court should only be limited to legal supervisions, and the courts and judges' discretion that depends on conscientious opinion should not be restricted.

Key Words: The Reasons of Discretionary Remission, Discretionary Commutating Reasons, Determination and individualisation of Punishment, Judicial Discretion.

İÇİNDEKİLER

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ İNTİHAL FORMU	ii
YÖNERGEYE UYGUNLUK	iii
ONAY	iv
ÖNSÖZ/TEŞEKKÜR	v
KISA ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

ŞI. GENEL AÇIKLAMALAR	5
ŞII. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİ KAVRAMI, AMACI VE ÖZELLİKLERİ	6
A. Hukuki Kavram	6
B. Amacı	7
C. Özellikleri	8
1. Takdiri Niteliktedir	8
2. Geneldir	10
3. Sınırlı Sayıda Değildir	12
4. İndirim Sebebidir	14
D. Tarihi Gelişimi	15
1. İlkel Dönemler	16
2. Roma Hukuku Dönemi	17
3. Orta Çağ Dönemi	19
4. Aydınlanma Çağı Dönemi	20
E. Takdiri İndirim Nedenleri ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	23

F. İslam Hukuku.....	27
G. Osmanlı Hukuku	29
H. Cumhuriyet Dönemi.....	30
1. Genel Olarak.....	30
2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	32
3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	38
4. Takdiri İndirim Nedenleri Bakımından 5237 Sayılı Kanun ve 765 Sayılı Kanun Arasındaki Farklar	41

İKİNCİ BÖLÜM

CEZALAR, ÖZELLİKLERİ VE CEZALARIN BELİRLENMESİ

§I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	44
§II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA YAPTIRIMLAR	46
A. Yaptırım Türleri: Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri	46
§III. CEZALARIN AMACI.....	47
A. Mutlak Ceza Teorisi	48
1. Kefaret Teorisi.....	49
2. Adalet Teorisi	50
3. Mutlak Ceza Teorisine Yöneltilen Eleştiriler.....	50
B. Nispi Ceza Teorisi	52
1. Özel Önleme Teorisi.....	53
2. Genel Önleme Teorisi	54
3. Nispi Ceza Teorisine Yöneltilen Eleştiriler.....	56
C. Karma Teori.....	56
§IV. CEZALARIN TÜRLERİ	58
A. Güvenlik Tedbirleri ve Dar Anlamda Cezalardan Farkları	59
B. Cezalarla İlgili Diğer Sınıflandırmalar	63
§V. CEZALARIN ÖZELLİKLERİ	64
A. Cezaların Şahsiliği İlkesi.....	64
B. Cezaların Kanuniliği İlkesi.....	67
C. Cezaların Orantılılığı İlkesi	69
D. Cezaların Bireyselleştirilmesi İlkesi.....	69
E. Cezaların Telafi Edilebilir Olması İlkesi	70
F. Cezaların İnsancıl ve Ahlaki Olması İlkesi	71

G. Cezaların Eşitliği İlkesi	73
H. Cezaların Etkililiği İlkesi	76
İ. Cezaların Fayda-Maliyet İlkesi.....	76
J. Cezaların Kamusalılığı İlkesi	77
§VI. CEZALARIN BELİRLENMESİ VE KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ	78
A. Cezaların Somut Olarak Belirlenmesi.....	80
1. Suçun İşleniş Biçimi	82
2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar.....	83
3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer	84
4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri	85
5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı	86
6. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı.....	87
7. Failin Güttüğü Amaç ve Saik	89
B. Cezaların Belirlenmesinde Önemli Bir Kriter: Çifte Değerlendirme Yasağı.....	90
§VII. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME.....	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZALARIN KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ VE KİŞİSELLEŞTİRME ARAÇLARI

§I. GENEL AÇIKLAMALAR	95
§II. CEZALARIN KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ	95
A. Takdiri İndirim Nedenleri	97
1. Unsurları.....	98
a. Failin Geçmişi	99
b. Failin Sosyal İlişkileri	102
c. Failin Fiilden Sonraki Davranışları	103
d. Failin Yargılama Sürecindeki Davranışları	106
e. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri.....	113
f. Diğer Nedenler	116
2. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışı.....	118
a. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışında Özel Durumlar	121
aa. Hapis ve Para Cezalarının Birlikte Uygulanışı.....	121
bb. Birden Fazla Takdiri İndirim Nedeninin Bulunması	122
cc. Birden Fazla Suçta Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışı	124
dd. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	127

ee. Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	128
ff. Suça İştirak ve Takdiri İndirim Nedenleri	130
gg. Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	132
hh. Takdiri İndirim Nedenleri ve Kazanılmış Hak Sorunu.....	134
ii. Takdiri İndirim Nedenleri ve Uygulanma Sırası	136
jj. Takdiri İndirim Nedenlerinin Özel Ceza Yasaları Bakımından Uygulanması.....	137
kk. Zincirleme Suçlarda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması.....	139
ll. Takdiri İndirim Nedenlerinin Savcılık Makamı Yönünden Bağlantısı	139
b. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanamayacağı İstisnai Haller.....	140
aa. Kanuni Hafifletici veya Ağırlaştırıcı Sebepler	140
bb. Güvenlik Tedbirleri	142
cc. Amme Hizmetlerinden Mahrumiyet Cezası	143
dd. Disiplin Hapsi, Nispi Para Cezaları ve Tazminatlar	146
ee. Doğrudan veya Dolaylı Yasal Düzenlemelerden Kaynaklı Engeller	149

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGISAL DENETİM, ELEŞTİRİLER, BELİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN TOPLUMSAL BAKIŞ VE YASAL DÜZENLEMELER

§I. GENEL AÇIKLAMALAR	152
§II. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN YARGISAL DENETİM.....	152
A. Takdir Yetkisi ve Denetimi	153
B. Gerekçe Sorunu	156
C. Takdiri İndirim Nedenleri Bakımından Takdir Yetkisi ve Gerekçe.....	157
D. Yargıtay Denetimi	163
1. Hukuki Denetimi Kabul Eden Görüş	164
2. Hukuki Denetimi Reddeden Görüş.....	166
3. Yargıtay Uygulaması.....	167
a. Lehte Denetim	170
b. Aleyhte Denetim	172
c. Dolaylı Denetim	173
§III. TAKDİRİ İNDİRİM MÜESSESESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER.....	175
§IV. BELİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN TOPLUMSAL BAKIŞ VE YASAL DÜZENLEMELER	178

SONUÇ.....	184
KAYNAKÇA.....	192
ÖZ GEÇMİŞ.....	204



KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASCK	: Askeri Ceza Kanunu
ASYDK	: Askeri Yargıtay Daireler Kurulu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	: Çeviren/Çevirenler
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK : Türk Ceza Kanunu
vd. : ve diğerleri
Y. : Yıl
YD : Yargıtay Dergisi



GİRİŞ

Hukuk, insan davranışlarını ele alan, bu davranışlara yön veren ve düzenleyen kurallar bütünüdür. İnsanın olduğu her yerde kaçınılmaz olarak karşımıza çıkan hukuk, bazen tek başına bazen de diğer davranış kurallarıyla birlikte hayatımızı oldukça yakından etkilemektedir. Bu etkileme, hem bu kuralların konulmasında hem de uygulanması sırasında kendini göstermektedir. Zira hukuk da beşeri bir bilim olup insanlar arasındaki ilişkinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. İnsanlar, birbirleriyle olan ilişkilerinde; düzen sağlama, menfaat çatışmalarının önüne geçme, insan onuruna yaraşır bir hayat sürme ihtiyaçlarının zorunlu bir sonucu olarak bir araya gelip kendilerini sınırlandıran birtakım düzenlemeler kabul etmişlerdir. Bu nedenle de daha bu ilk aşamada dahi hukuk insan davranışlarına sınırlama getirmiştir. Sadece ortaya çıkış anında insan davranışlarını etkilemekle kalmamış, asıl getiriliş amacına uygun olarak yaşamın her alanında belirlenen kurallarla insan davranışlarını etkilemiş ve yön vermiştir. Bu yön vermede de en önemli araç olarak, bir araya gelerek kabul edilen kurallara uyulmasını sağlamak için yaptırım mekanizmasını kullanmıştır. Zira yaptırım mekanizması, insan ilişkilerini düzenleyen ve beşeri bir nitelik taşıyan diğer toplumsal kurallardan farklı olarak hukuk kurallarına ayrı bir üstünlük sağlamıştır. Diğer toplumsal kuralların ihlali halinde de birtakım yaptırımlar bulunmaktadır. Ancak hukuk kurallarının ihlali halinde bu yaptırımlar, Devlet¹ adı verilen ve zor kullanma yetkisine sahip olan kamu gücü ile güvence altına alınmıştır.

İnsan davranışlarına yön veren ve düzenleyen hukuk, gerek doğrudan bireyler arasındaki ilişkileri gerekse de hukukun belli vasıflara veya organlara sahip olması halinde kişilik tanıdığı özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin kendi aralarındaki ya da bireylerle olan ilişkilerini düzenler. Bu sebeple, düzenlediği alandaki ilişkilere

¹ Devlet, belli bir arazi parçası ve belli bir topluluk üzerinde teşkilâtli zorlama gücüne sahip bir kurum olarak adlandırılabilir. Bu bakımdan devletin unsurları; ülke ve insan topluluğu ile hukuki ve siyasi teşkilâttir. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 113.

göre hukukun farklı olarak şekillenmesi kaçınılmazdır. Nitekim bireylerin diğer bireylerle olan ilişkileri gibi kamu gücüne sahip olan tüzel kişilerle olan ilişkilerinde de farklılıklar olacaktır. İşte bu nedenledir ki çeşitli aşamalardan geçerek bugün genel olarak kabul edildiği üzere özel hukuk ve kamu hukuku şeklinde iki alandan bahsedilmektedir. Konumuz gereği burada da kamu hukuku alanı olarak kabul edilen ve insanlar arasındaki cezai ilişkileri düzenleyen kurallar bütününe ve bu kuralların suç işleyen faile nasıl uygulanacağına değinilecektir.

Ülkemizde, insanlar arasındaki cezai ilişkileri düzenleyen en temel kanun olan 5237 sayılı TCK'nın amacı incelendiğinde de yukarıda belirtildiği üzere hukukun insan hayatının ne derece içinde olduğu anlaşılabilecektir. Zira Kanun'un 1. maddesinde kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek amaçları açıkça ortaya koyulmuştur. Getirilen bu düzenlemelerle bireylerin, insan onuruna ve varoluşuna uygun bir hayat sürmesi hedeflenmiş olup bizzat insanı en temel değer olarak kabul etmiş, bu amacın gerçekleştirilmesi için de aynı maddenin 2. cümlesinde ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, cezalar ve güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği belirtilmiştir. Sonraki maddelerde de yine bu amaçlara uygun olarak kişiler arasındaki ilişkilerde hangi davranışların suç teşkil edeceği, hangi davranışların yasaklanacağı ele alınmış, bunun ihlali halinde ise ne tür bir yaptırım uygulanabileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanun koyucu tarafından bireyler arasındaki cezai ilişkiler bu şekilde düzenlenirken her olaya uygun olarak bir düzenleme yapılması imkânsızlığından dolayı genel düzenlemeler yapılmıştır. Zira hayatın içinde karşılaşılabilecek her olayın öngörülmesi ve buna uygun düzenleme yapılması mümkün değildir. Sadece benzer olan olayların eşit konumda olan kişilere, yine aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için birtakım sınıflandırmalar kabul edilebilir. Bu da yapılan düzenlemelerin genel ve soyut nitelikte olması sonucunu doğurur ki eşit durumda olanların eşit uygulamalara tabi tutulması anayasal bir zorunluluktur. Ancak eşit durumda olanların her durumda aynı kurallara tabi tutulması veya cezalandırılması uygulamada haksızlıklara yol açabilir. Bu aşamada da kanun koyucu bu haksızlık ve adaletsizliğin önüne geçmek için birtakım düzenlemeler kabul etmiştir. Bu düzenlemeler de genel olarak *“cezanın bireyselleştirilmesi”* olarak adlandırılmaktadır.

Cezaların bireyselleştirilmesi en kısa tabiriyle soyut cezanın somut cezaya dönüştürülmesidir. Kanun koyucu tarafından sadece alt ve üst sınırlar arasında belirlenen soyut cezanın, hâkim tarafından somut olaya -suçun işleniş şekline ve kişinin özel durumuna- uygulanması ile somut ceza ortaya çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 3. maddesine göre *“suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”* denilmek suretiyle aslında cezanın bireyselleştirilmesinin de yasal dayanağı ortaya konulmuştur. Ayrıca Yargıtay'a göre de; *“Bütün suçların gerçekleştirilme şekli birbirinden farklı olduğu gibi, faillerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinin aynı değildir. Bu nedenledir ki, fiil ile karşılığı olan yaptırım arasında denge kurulabilmesi ve cezanın kişiselleştirilmesi bakımından hâkime bazı hukuki olanaklar sağlanmıştır. Bunlar; değişik yaptırımlardan birini seçebilme, yasa koyucunun alt ve üst sınırı gösterdiği hallerde temel cezayı bu sınırlar arasında belirleyebilme, hürriyeti bağlayıcı cezayı güvenlik tedbiri veya para cezasına dönüştürebilme gibi olanaklardır”*².

Kanun koyucu tarafından alt ve üst sınır arasında belirlenen cezanın gerek tespitinde gerekse de temel ceza belirlendikten sonra eylemi gerçekleştiren kişinin kendisinden kaynaklı bazı özel durumları uygulayıp uygulamama konusunda uygulayıcı olan hâkime birtakım haklar tanınmıştır. Bu haklardan biri de 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen ve sonuç cezanın belirlenmesi aşamalarında en son sırada yer alan takdiri indirimdir. Her ne kadar hâkime bu konuda geniş bir takdir hakkı tanınsa da her hakta olduğu gibi bu hakkın kullanımı da sınırsız değildir. Zira uygulamada dahi bu müessesenin uygulanması bakımından farklılıklar görülebilmektedir. Mahkemelerce yapılan bu farklı uygulamalar da toplum vicdanını rahatsız etmektedir. Bu nedenledir ki farklı ve çelişkili uygulamaların önüne geçmek adına son dönemlerde mahkemelerce bu konuda verilen kararların Yargıtay denetimine tabi olduğu içtihatlarla ortaya konulmuştur.

Bu çalışmada da cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden biri olan takdiri indirim nedenleri üzerinde durulmuştur. İlk aşamada bu müessese ve özelliklerinden genel hatlarıyla bahsedilmiş, tarihi gelişimi ile karşılaştırmalı hukuktaki yeri ele alınmıştır. Sonrasında ise ceza yaptırım sistemi içerisindeki yeri ile uygulanış şekli ve unsurlarından bahsedilmiş, en son olarak da uygulamada bazı suçlar yönünden

² Yargıtay CGK, T. 29/11/2005, E/K. 8/141-149. Karar Uyap'tan alınmıştır.

yaşanan sıkıntılar ve eleştiriler doğrultusunda değerlendirme yapılarak uygulamada ortaya çıkan aksaklıklara değinilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

Şİ. GENEL AÇIKLAMALAR

5237 sayılı TCK'nın düzenleniş sırasına bakıldığında Birinci Kitap Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümü cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi olarak düzenlenmiş; içeriğinde ise alt başlıklar olarak önce cezanın belirlenmesi, daha sonra da bireyselleştirme araçları olan takdiri indirim nedenleri ve mahsup hususu ele alınmıştır. Bu sıralama dikkate alındığında öncelikle kanun koyucu tarafından alt ve üst sınırları çizilen soyut cezada eyleme ilişkin özellikler ele alınarak temel ceza belirlenecek, daha sonra da eylemi gerçekleştiren kişinin kendisinden kaynaklı birtakım hususlar gözetilerek somut ceza tespit edilecektir. Bu durumda da cezanın bireyselleştirilmesi durumu ortaya çıkacaktır. Cezanın bireyselleştirilmesi kavramını cezanın belirlenmesinden ayıran temel husus, sadece belirli failler tarafından uygulanabilir olmalarıdır. Cezanın belirlenmesi ise ceza kanunlarında yer alan tüm cezalar için genel kurallar içerir. Örneğin takdiri indirim nedenleri, mahsup veya erteleme sadece yasal koşulları bünyesinde barındıran failler bakımından uygulanabilir³.

Takdiri indirim kurumu da cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Hâkimin, önüne gelen bir olayda eylemi gerçekleştiren kişi lehine şartları varsa uygulayabileceği ve cezasında indirim yapmasına imkân sağlayabilecek bir düzenlemedir. Ceza hukukunda son dönemlerde giderek önemi artan bu müessesenin yerinde ve doğru bir şekilde uygulanması ceza adaletini sağlama konusunda büyük önem taşımaktadır. Zira aynı eylemi gerçekleştiren iki kişi düşünüldüğünde sürekli bu eylemi tekrarlayan kişi ile bu eylemi ilk kez işleyen kişiye aynı ceza verilmesinin hiçbir

³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 732.

hukuki kaide ile izahı mümkün değildir. Aksi bir durum, haksızlığa ve adaletsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle bu müessesenin anlamı, getiriliş amacı ve özelliklerinin doğru bir şekilde ele alınıp uygulanması gerekmektedir.

ŞII. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİ KAVRAMI, AMACI VE ÖZELLİKLERİ

A. Hukuki Kavram

Takdiri indirim nedenleri, kanun koyucu tarafından alt ve üst sınırları çizilerek belirlenen soyut cezanın, somut cezaya uygulanması sırasında en son aşamada ele alınan, hâkimin takdirinde bulunan, genel nitelikte olan, verilen cezayı olaya ve suçlunun kişiliğine uyarlama amacı taşıyan, unsurları bakımından sınırlı sayıda olmayan bir indirim sebebidir. Daha çok özellikleri belirtilerek yapılan bu tanımın yanı sıra öğretide de takdiri indirim nedenlerinin tanımı konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Nitekim Dönmezer ve Erman’a göre; takdiri indirim nedenleri, “*Kanun tarafından belirlenmeyip, hâkimin göz önünde tutabileceği birtakım özellikler dolayısıyla, cezanın bir ölçüde indirilmesine imkân sağlayan ve kabul ile reddi yine hâkimin takdirine bırakılan hallerdir*”⁴.

Bakıcı da, benzer bir tanımda bulunarak takdiri indirim nedenlerini; “*Yasalar tarafından belirlenmeyip, kararı veren hâkimin sanığın kişiliği ve davranışlarını gözetenek cezasından, yasada belirtilen oranda indirim yapması*” olarak tarif etmektedir⁵.

Gözübüyük ise; daha sade bir tanımla takdiri indirim nedenlerini, “*Suçlu lehine mevcudiyeti ve mahiyeti hâkimin serbest takdirine bırakılmış cezayı indirici sebepler*” olarak belirtmektedir⁶.

⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C. II, 11. Baskı, İstanbul 1997, s. 361.

⁵ Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1197.

⁶ Abdullah Pulat Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, C. 1 (Madde 1-124), Genişletilmiş Dördüncü Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980, s. 251.

Metiner ve Koç'a göre ise, takdiri indirim nedenleri, “Suç işlemiş kişiye uygulanacak cezanın, olaya ve suçluya uydurulması suretiyle daha adil ve hakça bir cezaya hükmedilebilmesini sağlamaya yönelik olarak hâkime cezada indirim yapılabilmesi için tanınan serbestliktir”⁷.

Fransızca’da “*Circonstances Attenuantes*”, İngilizce’de “*Extenuating Circumstances*”, Almanca’da “*Strafmilde Rungsründe*”, İtalyanca’da “*Circostanze Attenuanticomuni*” deyimleri ile adlandırılan bu müessesenin getiriliş amacı ve özellikleri ise aşağıda ayrı başlıklar altında açıklanacaktır⁸.

B. Amacı

Cezanın bireyselleştirilmesinin araçlarından biri olan takdiri indirim nedenlerinin kabul edilmesindeki temel amaç ceza adaletini sağlamaktır. Zira her somut olay kendi içinde farklılık taşıyabileceği gibi kendilerinden kaynaklı birtakım durumlar da, kişilerin farklı muameleye tabi tutulmalarını gerekli kılabilir. Çünkü kanun koyucu tarafından her olayın önceden öngörülmesi ve tespit edilmesi imkânsızdır⁹. Kanun koyucu ancak genel ve soyut kıstaslar verebilir; oysa her olayın özelliği başka olduğu gibi, her failin kişiliği de farklılık arz etmektedir. Bunları önceden bilmeye, cezayı bu özellik ve kişiliğe uydurmaya imkân yoktur. Bu nedenle, konuyu hâkimin takdirine bırakmak ve önceden belirlenemeyen birtakım sebepler dolayısıyla hâkime cezayı indirmek hususunda yetki tanımak zorunludur. Kaldı ki, suçlara ilişkin cezaların aşağı ve yukarı sınırlarını gösteren ve hâkime bu sınırları aşma yetkisi vermeyen bir sistemde, takdiri hafifletici sebeplerin varlığına da ihtiyaç bulunmaktadır¹⁰.

Ceza hukukunun niteliği gereği, bireyler arası cezai ilişkileri düzenlerken getirilen yaptırımlarla aynı zamanda ceza adaletini de sağlamak zorundadır. Ancak ceza adaletinin tesisinde uygulayıcılara büyük bir görev düşmektedir. Zira cezayı

⁷ Haydar Metiner ve Emine Ahsen Koç, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, C. 2 (Madde 37-75), Ankara 2008, s. 1993.

⁸ Levent Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY. Md. 59.”, YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 626.

⁹ Durum bu şekilde olsa da geçmişte pek çok kanun kazuistik yöntem esas alınarak düzenlenmiş, yaşanması muhtemel her husus yasalarda düzenlenmeye çalışılmış, ayrıca cezalar sabit olarak belirlenmiş ve hâkime takdir hakkı tanınmamıştır. Hâkimlerin keyfi hareket etmesini engellemek adına 1791 sayılı Fransız Ceza Kanunu ve 17000 maddeden oluşan 1904 sayılı Prusya Devletleri Kanunu bu şekilde düzenlenmiştir. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi Ve Enrico Ferri”, İÜHFD, C. 7, S. 4, 1941, s. 29- 30.

¹⁰ Dönmezer ve Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 361.

belirleyecek olan hâkim, sadece yasa maddesini uygulamakla yetinemeyecektir. Olayı bütün yönleriyle ele alıp, gerek eylemin işlenişindeki hususları gerekse de eylemi gerçekleştiren kişinin sosyal durumu ile eylemden önceki ve sonraki davranışlarını değerlendirerek bir sonuca ulaşacaktır. Bunun sonucunda da eylemi gerçekleştiren kişi lehine indirim yapabileceği gibi somut olaya göre bu indirimin uygulanmasından da vazgeçebilecektir. Kanun koyucunun genel olarak belirlediği ve önceden tespiti mümkün olmayan bu hallerin tespit edilip, değerlendirilerek farklı durumda olanlar için farklı uygulama yapılması halinde cezalandırmadan beklenen adalet duygusu da sağlanmış olacaktır. Nitekim D. De. Vabre de, takdiri indirim müessesesi ile kanun koyucuların uzun sürecek olan bir müdahalesine gerek kalmadan ceza kanununun “*ammenin vicdanının icaplarına göre tadil edilmesinin*” mümkün olduğunu belirterek toplumun cezai anlamdaki adalet duygusu için takdiri indirim nedenlerinin önemine vurgu yapmıştır¹¹.

C. Özellikleri

Takdiri indirim nedenleri gerek tanımı gerekse de uygulanışı itibariyle birtakım özellikler taşımaktadır. Bu özellikler ayrı ayrı değerlendirildiğinde bu müesseseyi daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır. Takdiri indirim nedenlerinin özelliklerine geçmeden önce yukarıda belirtilen tanımına bir kez daha değinmekte fayda vardır. Bu tanıma göre takdiri indirim; kanun koyucu tarafından alt ve üst sınırları çizilerek belirlenen soyut cezanın, somut cezaya uygulanması sırasında en son aşamada ele alınan, hâkimin takdirinde bulunan, genel nitelikte olan, verilen cezayı olaya ve suçlunun kişiliğine uyarlama amacı taşıyan, unsurları bakımından sınırlı sayıda olmayan bir indirim sebebidir. Tanımdan yola çıkarsak takdiri indirim nedenlerinin özelliklerini; takdiri nitelik taşıması, genel olması, sınırlı sayıda olmaması ve cezada indirime yol açan bir unsur olması şeklinde sıralayabiliriz.

1. Takdiri Niteliktedir

Kanun koyucu tarafından yapılacak yasal düzenlemelerde uyulması ve yerine getirilmesi zorunlu haller bulunmakla beraber bazı durumlarda kanun koyucu bu

¹¹ Jale Güral, “Cezayi Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, ABD, C. 5, S. 64- 65, Ağustos 1949, s. 31.

durumdan özellikle kaçınmış olup, uygulayıcılara serbest hareket etmelerini teminen birtakım imkânlar tanımıştır. Kanun koyucunun iradesine bağlı olarak uygulanması zorunlu olan haller yasal düzenlemeden kaynaklandığından uygulayıcının iradesinin yerine geçmekte, uygulayıcıya tercih hakkı vermemektedir. Oysa bazı durumlarda bu zorunluluğu yerine getirmek beraberinde birtakım sıkıntılara da yol açabilmektedir. Zira her olay kendi içinde birtakım özellikleri barındırmakta, her olay diğerinden farklı hale gelebilmektedir. Bu durumdan kaynaklanabilecek sıkıntıları aşmayı hedefleyen kanun koyucu belli durumlarda bu zorunluluğu terk etmiş ve nasıl hareket edilmesi konusunda uygulayıcının iradesine değer vermiştir. Herhangi bir konuda geçerli olabilecek bu durum, ceza hukukunda da geçerli olabilmektedir. Zira cezayı belirleme konusunda hâkime görev veren kanun koyucunun bu belirleme sırasında onun elini güçlendirecek, belli konularda daha rahat hareket etmesini sağlayacak birtakım imkânları vermesi de doğaldır. Kanun koyucunun tanıdığı imkânlardan biri de 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde hâkime tanınan takdir hakkıdır¹².

Temel cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirlemek zorunda kalan ve bu sınırın dışına çıkamayacak hâkimin, temel cezayı belirledikten sonra somut olayın özellikleri ile bazı durumları dikkate alarak sonuç cezada indirim yapabilmesinin ceza adaleti bakımından kabulü gerekli ve mümkündür. Yapılacak bu indirim, herhangi bir yasal düzenlemeye değil, geçerli ve gerekli bir sebebin varlığına kanaat getiren hâkimin iradesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulayıcı olan hâkim, her somut olayı kendi içinde değerlendirip cezada indirim yapılmasını gerektirir bir kanaate varması durumunda bu müesseseyi uygulayacaktır¹³.

Hâkime tanınan bu takdir hakkı sadece uygulayıp uygulamama konusuyla sınırlı olmayıp aynı zamanda takdiri indirimin içeriğini belirleme yetkisini de kapsamaktadır. Zira hangi hallerin cezada indirim yapılması gerektirdiğini tespit etme yetkisi, onu uygulama imkânına sahip olan hâkime aittir. Bu belirlemeyi yaparken de yine somut olayın şartlarının göz önünde bulundurulması gerekir.

¹² Kanunun, uygulayıcı olan hâkimlere tanıdığı diğer bir imkân da belli suçlara ilişkin cezalarda indirim yapabilme veya hiç ceza vermeme yetkisidir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 129/3. maddesinde düzenlenen karşılıklı hakaret halleri ile 260/2. maddesinde düzenlenen kamu görevinin terki veya yapılmaması suçları bu duruma örnektir. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 734.

¹³ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları", AD, S. 30, Ocak 2008, s. 1.

Bunun yanında her ne kadar hâkime bu konuda takdir hakkı tanılsa da uygulayıcı olan hâkim tamamen serbest de değildir. Her şeyden önce takdir hakkının sınırsız bir yetki olmaması, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması¹⁴, makul ölçüde denetlenebilir olması, hakkaniyete ve adalete uygun olması gerekir. Zira sınırsız bir takdir hakkı keyfilik tehlikesini de barındırmaktadır. Bunun önüne geçmek isteyen kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın 61/2. maddesinde takdiri indirim nedenlerinin kararda gösterilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bu hüküm uyarınca takdiri indirim nedenlerine ilişkin uygulama kanun yolunda denetlenecektir. Hatta mahkemenin gerekçe gösterme yükümlülüğü, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmadığı hallerde de geçerlidir¹⁵. Bu sebeple, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması da uygulanmaması da denetim altındadır. İşte bu denetim kapsamında hâkimler tarafından verilen kararlardan sırf takdir hakkı nedeniyle Yargıtay tarafından bozulan karar sayısı azımsanamayacak boyuttadır. Yapılan denetimin nasıl ve ne şekilde olduğu aşağıda ilgili başlıkta ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2. Geneldir

Cezayı belirleme ve cezada indirim yapma konusunda takdir hakkına sahip olan hâkim için önem arz edecek hususlardan biri de bu hakkını hangi durumlarda ve hangi kişiler için uygulayacağıdır. Zira cezada indirim yapılması konusunda ceza hukukunda birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin bazıları belli suçlarda ve belli kişiler için uygulanabilir iken bazıları ise her suçta ve herkes için uygulanabilmektedir.

Takdiri indirim nedenleri de herkes için geçerli olan genel nitelikte bir müessesedir. Şartların bulunması halinde herkes açısından uygulanabilmektedir¹⁶. Hatta kişinin bu konuda bir talepte bulunmaması veya kendisinin kabul etmemesi gibi bir durum da söz konusu değildir. Kişinin iradesinden bağımsız olarak şartları varsa hâkim

¹⁴ Yargıtay: “Şikâyetçinin nişanlı ve reşit olan kızının daveti üzerine, komşusu olan sanık eve gelerek cinsel ilişkide bulunmuştur. Şikâyetçi aileyi ve mağdurenin nişanlısının ailesini güç durumda bırakan sanığın ahlaki redaeti ve eylemin yöresel boyuttaki etkinliği dikkate alındığında, konut dokunulmazlığını bozmak suçundan sanık hakkında takdiri indirim uygulanmamasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır” diyerek takdir hakkının, ahlaki anlayıştan da etkilenecek şekilde şekillenebileceğini ortaya koymuştur. Yargıtay CGK, T. 10/02/1992, E. 356, K. 15. Kararı nakleden Bakıcı, s. 1202.

¹⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 698.

¹⁶ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1478.

tarafından uygulanmasında hukuken bir engel bulunmadığı gibi uygulanması yönünde bir talep varsa hâkim tarafından muhakkak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu talep, doğrudan uygulanmasına yönelik bir istem şeklinde olabileceği gibi lehe olan hükümlerin uygulanması talebi olarak da karşımıza çıkabilir. Lehe olan hükümlerin uygulanması talebi, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesini de kapsayacağından her iki halde de bu müessesenin uygulanıp uygulanmayacağının ilgili kararda tartışılması¹⁷ gerekmektedir¹⁸.

Takdiri indirim nedenlerinin herkes için uygulanabilirliği, bu müessesenin şahsiliğini ortadan kaldırmayacaktır. Zira bu indirim sebebinden ancak şartları taşıyan kişiler yararlanabilecek, başkasına sirayet etmesi söz konusu olmayacaktır. Eğer iştirak halinde işlenen bir eylemden dolayı birden çok kişi yargılanıyor ise her bir kişi yönünden ayrı değerlendirme yapılması gerekecektir. Şayet faillerin her birini kapsayacak şekilde bir indirim nedeni varsa bunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁹. Ayrıca bu durum, takdiri indirim nedenlerinin her suç için de geçerli olması sonucunu doğurmaktadır. Gerek 5237 sayılı TCK'da sayılan suçlarda gerekse de bu Kanun'un 5. maddesinde yer alan *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”* hükmü gereği ceza normu içeren ceza yasalarının tamamında uygulanabilecektir. Terör suçları ve İnkılap Kanunları'nda düzenlenen suçlar ve askeri suçlar da dâhil her suç bakımından takdiri indirim nedenleri uygulanabilir²⁰. Asıl olan takdiri indirim nedenlerinin her suçta uygulanması ise de bazen kanun koyucu, yasal düzenlemelerle buna sınırlama getirebilir. Nitekim 14/11/1980 tarihli 2342 sayılı Kanunla 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasına getirilen ek düzenleme böyledir. Yasal düzenlemede *“Sanık*

¹⁷ Haydar Erol, Türk Ceza Kanunu (Gerekçeli Ve Açıklamalı), C. 1 (Madde 1-81), 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, 2009, s. 1262- 1263.

¹⁸ Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay: *“Sanık müdafinin lehe hükümlerin uygulanmasını talep ettiği ve bu talep 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesini de kapsadığı hâlde, mahkemece bu hususta herhangi bir karar verilmemesi bozmayı gerektirir”* diyerek açıkça bu talebin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 8. CD, T. 05/07/2006, E. 2006/2692, K. 2006/6083. Kararı nakleden Çolak ve Altun, *“Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”*, s. 12- 13; yine Yargıtay: *“Talep bulunmaması nedeniyle TCK'nın 62. maddesinin tartışılması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır”* diyerek bu hususu teyit etmiştir. Yargıtay 8. CD, T. 04/02/2013, E. 28174, K. 4131. Kararı nakleden Cengiz Otacı, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, Birinci Baskı, HUKAB Yayınevi, Ankara 2013, s. 1023.

¹⁹ Jale Güral, *“Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”*, ABD, C. 5, S. 63, Temmuz 1949, s. 16.

²⁰ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2 (Madde 45-85), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 2118.

hakkında, duruşmadaki iyi hali sebebine dayanılarak TCK'nın 59. maddesi²¹ hükmü uygulanamaz” denilerek açıkça Sıkıyönetim Kanunu'na tabi olan ve Sıkıyönetim Mahkemeleri'nce verilen kararlarda “*duruşmadaki iyi hali*” sebebine dayanılarak cezada takdiri indirim yapılması yasaklanmıştır²². Ancak düzenleme bu şekilde olsa da somut olayda takdiri indirim sebebinin olup olmayacağını takdir edecek olan hâkimin, duruşmadaki iyi hal dışında başka bir sebebe dayanarak cezada takdiren indirim yapabilmesi konusunda ise herhangi bir engel yoktur. Zira bu konuda hâkimi sınırlayacak aksi yönde herhangi bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Ayrıca 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu da 25/07/2018 tarihli 7145 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı için artık bu konuda da herhangi bir sınırlama ve yasak kalmamıştır.

3. Sınırlı Sayıda Değildir

5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde “*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir*” denilmek suretiyle hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceği konusunda örnekseme yoluyla belirleme yapılmış olup kanun koyucu tarafından bilinçli olarak kesin bir belirleme yapılmaktan kaçınılmıştır. Zira bu konuda kesin bir belirleme yapmak, hangi hallerin takdiri indirim olarak uygulanacağını belirlemek ceza hâkimini oldukça sınırlayacaktır. Ayrıca herhangi bir olayda, eylem öncesi ve sonrasında olumlu davranışlar gerçekleştiren, samimi beyanlarda ve davranışlarda bulunup her fırsatta pişmanlığını dile getiren failin, sırf kanunda sınırlı sayıda belirlenen halleri taşımadığı gerekçesiyle bu indirim sebebinden yararlanamaması ceza adaleti bakımından haksız sonuçlar doğuracaktır. İşte bu nedenledir ki kanun koyucu birtakım halleri indirim sebebi olarak belirledikten sonra “*gibi*” denilmek suretiyle başka hallerin de indirim sebebi olarak uygulanabileceğini kabul etmiştir. Yeter ki kabul edilen neden, aynı zamanda kanuni indirim sebebi olmasın²³. Kaldı ki takdiri indirim müessesesinin

²¹ Takdiri indirim nedenleri, 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde düzenlenmiştir.

²² Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer vd., Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, 1. Bası, İstanbul 2000, s. 187- 188.

²³ Yasal indirim sebebinin, takdiri indirim nedeni olarak uygulanması mümkün değildir. Çünkü şartların gerçekleşmesi halinde hâkim, yasal indirim nedenlerini uygulamak zorundadır ve bu konuda takdir yetkisi yoktur. Bu durum, takdiri indirim nedenlerinin takdiri niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bunun yanında daha sonra ayrıntılı olarak belirtileceği üzere “*çifte değerlendirme yasağı*” da, yasal indirim

menşei kabul edilen 1832 sayılı Fransız Ceza Kanunu’nu hazırlayanlar dahi bu sebeplerin gayri mahdud ve gayri muayyen olduklarını belirtmişlerdir. Kabul edilen kesin bir ölçüt ve tespitin olmaması nedeniyle bu konuda belirleme yapma yetkisi hâkime ait olup herhangi bir sebebi gerekçesini belirtmek suretiyle sanık lehine indirim sebebi olarak kabul edebilecektir. Bunu yaparken hâkime mesleki bilgileri, vicdanı, tecrübeleri, toplum bilgileri gibi hususlar rehberlik edecektir²⁴.

Durum ve koşullara göre hâkimin, somut olayda herhangi bir sebebi takdiri indirim sebebi olarak kabul edebileceği sonucuna varmış olsak da hâkimin bu konuda dikkat etmesi gereken durumlar vardır. Zira daha sonra ayrıntılı olarak anlatılacak olan çifte değerlendirme yasağı nedeniyle suçun unsuru ya da yasal indirim nedeni olarak kabul edilen bir hususun ayrıca takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi ve uygulanması mümkün değildir. 765 sayılı TCK’da bu husus açıkça düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK madde 59. hükmüne göre: *“Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir”*. Yasal düzenlemede *“kanuni tahfif sebeplerden”* ayrı olarak ifadesiyle takdiri indirim nedeninin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, teşebbüs gibi kanuni indirim sebeplerinden farklı olarak hem takdiri niteliği vurgulanmış hem de etkin pişmanlık, haksız tahrik arz edecek durumların takdiri indirim nedeni olarak uygulanmasının ve cezada indirim yapılmasının önüne geçilmiştir. Nitekim Yargıtay da *“zararın tamamen ödenmesinin yasal indirim sebebi teşkil ederek cezada indirim yapıldığı halde aynı sebebin takdiri indirim nedeni de kabul edilerek cezada tekrar indirim yapılmasını”* yasal düzenlemeye paralel şekilde bozma sebebi saymıştır²⁵.

5237 sayılı TCK’nın 62/5. maddesinde *“Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü,*

sebebinin ayrıca takdiri indirim nedeni olarak uygulanmasına engeldir. Zira bu husus, 5237 sayılı TCK’nın 61/3. maddesinde *“Birinci fıkroda belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz”* ve 61/10. maddesinde *“Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir”* şeklindeki yasal düzenlemeler ile açıkça belirtilmiştir.

²⁴ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 32.

²⁵ Yargıtay 4. CD, T. 09/09/1933, E. 8928, K. 6810. Kararı nakleden Fahrettin Kemal Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, AD, S. 16, Ekim 2003, s. 202.

akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir” denilerek önce yasada düzenlenen yasal indirim nedenlerinin ve daha sonra takdiri indirim nedenlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Aslında yasal düzenlemede üstü örtülü olarak yasal indirim nedenleri, takdiri indirim nedenlerinden ayrılmıştır.

4. İndirim Sebebidir

Takdiri indirim nedenlerinin en başta gelen özelliği onun bir indirim sebebi olmasıdır. Ne 5237 sayılı TCK’da ne de 765 sayılı TCK’da takdire bağlı olarak hâkimin cezayı artırabilmesi gibi bir yetkisi mevcut değildir. Zira 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin ilk cümlesinde geçen *“Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde...”* ve 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinde düzenlenen *“... mahkemeye her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse...”* ibareleri ile bu müessesenin bir indirim nedeni olarak düzenlendiği açıkça vurgulanmıştır.

Hâkimin alt sınırın üzerinde bir ceza belirlemesi, uygulamada bazı yazarlarca takdiri cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak nitelendirilse de *“kanunilik ilkesi”* ve *“vicdanî kanaatin”* geçerli olduğu bir hukuk dalında, takdire bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebep yaratılabilmesi mümkün değildir. Hâkim, somut bir olayda 5237 sayılı TCK’nın 61/1. maddesindeki hususları göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyebilir. Ancak, bunun gerekçesini hükümde göstermek zorundadır. Bu nedenle asgarî had üzerinde bir ceza tayini, *“takdire bağlı cezayı ağırlaştırıcı sebep”* olarak nitelendirilemez²⁶. Zira 5237 sayılı TCK madde 61/10. hükmüne göre: *“Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir”*.

Belirtilen bu özelliğin doğal sonuçlarından biri de bu müessesenin, sadece belirlenen cezada bir miktar azalmaya yol açmasıdır. Ancak cezada azalmayı sağlasa da takdiri indirim nedenlerinin, asla cezayı veya suçu tamamen ortadan kaldırması veya suçun niteliğini değiştirmesi mümkün değildir²⁷. Örneğin; kimi etkin pişmanlık hallerinde ceza tamamen ortadan kalkmakta, kimi hallerde ise cezada bir miktar indirim

²⁶ Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 11; Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 201; İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 186.

²⁷ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 17.

yapılmakta iken²⁸ takdiri indirim nedenlerin uygulanması sırasında niteliği gereği ceza miktarında sadece belli bir miktar indirim yapılmaktadır²⁹.

D. Tarihi Gelişimi

Hukuk kurallarının ortaya çıkışı ve gelişimi insanlık tarihi kadar eskidir. Zira hukuk, niteliği itibarıyla insanlar arasındaki ilişkileri ele alan bir müessesedir. Hukuk insanlığın ilk ortaya çıkışından günümüze kadar yaşamın her alanında var olmuş, çeşitli süreçlerden geçerek bugünkü şeklini almıştır. Çünkü insan nüfusu zamana bağlı olarak sürekli artmış, insanlar savaş, göç ve birtakım toplumsal ve sosyal olaylara bağlı olarak çeşitli yerlere göç etmiş; bu durum, insanlar ve toplumlar arası etkileşime yol açtığı gibi insan davranışlarında da farklılıklara neden olmuştur. Yaşanan bu değişimler paralelinde insanların yaşam tarzlarına, ilişkilerine, hayata bakış açılarına da yansımış, doğal olarak bu değişiklikler, kendi ilişkilerinden doğan hukuku da etkilemiş, insanların yaşanan bazı olaylara verdikleri tepkilerde de değişimler olmuştur.

Yaşanan bu gelişmeler kapsamında ceza hukukunda da zaman içerisinde değişimler ortaya çıkmıştır. Nitekim insanların hangi eylemleri suç kabul ettiği, bu eylemlere hangi müeyyideleri uygun gördüğü, bu müeyyidelerin nasıl tespit edilip, nasıl uygulandığı konusunda zamana bağlı olarak farklılıklar yaşandığı gibi aynı dönem içerisinde dahi sürekli etkileşim halinde olan insanlar arasında farklılıklar yaşanmış ve farklı uygulamalar yapıldığı görülmüştür. Bu bakımdan da günümüzde uygulanan kuralların hangi aşamalardan geçtiğinin konumuz bağlamında ele alınması, takdiri indirim nedenlerin nasıl ortaya çıktığı, eski toplumlarda ve devletlerde nasıl uygulandığının ortaya konulması gerekmektedir.

²⁸ Etkin pişmanlığın, tespit edilecek cezada ne gibi değişikliğe yol açtığı konusunda 5237 sayılı TCK'nın 192. ve 5607 sayılı Kanun'un 5. maddesi örnek gösterilebilir. Zira, ilgili maddelere göre resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce suça konu uyuşturucu veya kaçak eşyanın tesliminde faile ceza verilmemektedir (5237 sayılı TCK 192/2, 5607 sayılı Kanun 5/1-1. cümle). Resmi makamlarca haber alındıktan sonra teslimi halinde ise failin cezasında bir miktar indirim yapılmaktadır (5237 sayılı TCK 192/3, 5607 sayılı Kanun 5/1-2. cümle).

²⁹ Mehmet Gödekli, "Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 29, Ocak 2017, s. 346.

1. İlkel Dönemler

Yukarıda belirtildiği üzere hukuk ve onun bir dalı olan ceza hukukunun geçmişi oldukça eskilere dayanmaktadır. İlk dönemlerde insanlar klanlar ve küçük gruplar halinde yaşadıklarından uygulanan kurallar da bu klanlar ve kabile denilen küçük gruplar içinde uygulanmakta ve farklılıklar göstermektedir.

Bu dönemde henüz kamu otoritesi bulunmamaktadır. Bu nedenle ceza hukuku bakımından herhangi bir yaptırımı, zarar gören kişi kendisi uygulamaktadır. Yine zarar gören kişinin yakınları veya mensup olduğu klan ya da kabile de yaptırım uygulayabilmektedir. Bu dönemde cezalandırmadaki temel kriter, kişisel öç almaya dayanmaktadır³⁰. Ancak, kabileler ve klanlar halinde yaşanıldığı için kişisel öç alma diğer klan ve kabileye karşı gerçekleşmiş, suçu işleyen fail dışındaki kişiler de sorumlu tutulmuştur. Resmi bir kamu otoritesinin bulunmaması nedeniyle öç alma yaptırımının uygulanması ise bu nedenle çeşitli sorunlara yol açmış, uğranılan mağduriyetten çok daha fazla zarar verilmesi gibi durumlar yaşanabilmektedir³¹. Zamanla ortaya çıkan bu sakıncanın giderilmesi için failin eyleminden tüm kabilenin sorumlu tutulması anlayışı terk edilmiş ve klan dışı etme, kısas ve diyet verme gibi birtakım yöntemler geliştirilmiştir³².

Klan dışı etme ile toplumdan kovulan kişi bütün haklarını yitirmiş ve korumasız kalmıştır. Yine bu dönemde işkenceyle öldürme, suda boğma, diri diri gömme, kazanda kaynatma, hayvanlara parçalatma gibi yöntemler de uygulanmıştır³³. Cezanın gerçek anlamda kişiselleşmeye başladığı kısas usulü ise, uğranılan zararın birebir karşılığının verilmesi esasına dayanmaktadır³⁴. En kısa tabiriyle “Göze göz, dişe diş” anlayışı vardır. Bu anlayıştan hareketle Hammurabi Yasası’nda “*Hür insanın kemiğini kıranın kemiğinin kırılacağı, dişini kıranın da dişinin kırılacağı*” kabul

³⁰ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 14.

³¹ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 93- 94.

³² Sulhi Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 16.

³³ Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Birinci Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 35.

³⁴ Diğer bir adı da “*Talion Kanunu*” olan kısas usulü, cezalarda yumuşamaya başlamanın ilk dönemi olarak kabul edilmektedir. Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Kısım), 1. Kitap, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş Beşinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 38.

edilmiştir³⁵. Sonrasında ise suç işleyen kişi ile suçtan zarar görenin uzlaşması esasına dayanan diyet usulü uygulanmıştır. Fail, belli bir miktar para veya mal vererek suçtan zarar görenle uzlaşabilmektedir. Suçtan zarar görenin, diyeti kabul etmeyip kısasa başvurabilme hakkı olsa da zamanla suçtan zarar görene, diyeti kabul etme zorunluluğu getirilmiştir³⁶.

Bu dönemde cezaların tamamen klan ve kabile içi geleneksel uygulamalara dayanması ve sabit bir yaptırımın uygulanması nedeniyle yaptırımı uygulayacak kişi bakımından herhangi bir takdir hakkından bahsedilemezse de süreç içerisinde kısas yönteminden bedel ödeme yaptırımının tercih edilmeye başlamasıyla birlikte bir anlamda suçtan zarar gören için takdir hakkı doğmuş kabul edilebilir. Ancak sonrasında, kamu otoritelerinin devreye girmesi ve zamanla kısas usulünün tamamen terk edilmesiyle suçtan zarar görenin tercih hakkı sınırlanmıştır.

Süreç içerisinde suç işleyen fail lehine gelişen bu değişiklikler teknik anlamda cezada indirim sayılmasa da suç işleyen fail lehine cezai anlamda düzenlemelerin ortaya çıkışı bakımından önem arz etmektedir.

2. Roma Hukuku Dönemi

Günümüz itibarıyla hukuki anlamda yapılan sınıflandırmalardan en genel ve en önemlisi olarak kabul edilebilecek sınıflandırma özel hukuk-kamu hukuku sınıflandırmasıdır. Genel olarak bireyler arasındaki ilişkileri ele alan hukuk kuralları bir bütün olarak özel hukuk içinde değerlendirilirken, birey-devlet veya devletlerarası ilişkiler ise kamu hukuku içinde ele alınmaktadır. İşte bu şekilde yapılan sınıflandırmanın temelleri de Roma Dönemi'ne dayanmaktadır. Zira bu dönemde suçlar, kamuya (topluma) ve kişiye karşı işlenenler olarak ikiye ayrılmıştır³⁷. Kamuya karşı işlenen suçlar, aslında devlete karşı işlenen suçlardır. Ancak bireylere karşı işlense dahi kamu düzeninin ihlal edilmesine yol açacak suçlar için de kabul edilmiştir. Ayrıca bu suçlar re'sen kovuşturulmuş ve ayrı bir yargılama usulüne tabi tutulmuştur. Sadece kişilere karşı işlenen suçlar ise haksız fiiller olarak sınıflandırılmış, kamuya karşı

³⁵ Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s. 8; Mehmet Cemil Ozansü, Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 115- 116.

³⁶ Çınar, s. 9; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 15.

³⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, 14. Baskı (Onüçüncü Tıpkı Bası), Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 46.

işlenen suçlara nazaran tamamen özel hukuk kurallarına göre bu uyuşmazlıklar yürütülmüş³⁸, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı dönem içinde bu şekilde belirginleşmeye başlamıştır.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde³⁹ hukuki müesseseler yeni oluşmaya başladığı için bugün kabul edilen pek çok husus süreç içerisinde uygulanmaya başlanmıştır. Zira ilk dönemlerde geçerli bir kanunilik sistemi bulunmamaktadır. İmparatorluk Dönemi'nde hâkim, benzer olaylardan ve yasalardan hareketle ve kıyas yaparak cezayı belirlemektedir. Orta dönemlerde ise bir eylemin suç teşkil edip etmediğini hâkim, vicdani kanaatine göre tayin etmekte olup bu konuda keyfi hareket edebilmektedir. Hatta hâkimlerin kanun hükümleri dışına çıkarak takdire dayalı cezalar vermeleri oldukça yaygınlaşmış ve genel uygulama halini almıştır⁴⁰.

Milattan Önce 82-80 yıllarında artık kanuna göre cezalandırma yoluna gidilmeye başlanmış ve Ulpianus ve Paulus gibi hukukçular, suçun ancak kanunla gösterilen fiiller olduğunu ileri sürmüşlerdir⁴¹. Kanunilik ilkesinin belirginleşmesiyle birlikte toplumun ve devletin devamlılığı esas olduğundan kamuya karşı işlenen suçlarda katı bir uygulama benimsenmişti. Cezalar sabit bir şekilde belirlenmiş, bu konuda hâkimin takdir hakkından söz edilmemişti. Manevi sorumluluk kriterini benimsemeyen Eski Roma Hukuku, hâkime cezaları azaltma hususunda bir yetki tanımamıştı⁴².

Doğu Roma İmparatorluğu döneminde ise ceza hukuku sahasında modern hukuka bir anlamda esas teşkil edecek önemli usuller getirilmiştir. Cezayı gerektiren fiilleri inceleyen hâkime; saik, kişi, yer, suçun niteliği gibi etkenlere göre cezayı değiştirme ve azaltma yetkisi tanınmıştır. Ancak yetkinin kötüye kullanılması karşısında Justinyen zamanında cezada kanunilik ilkesi sert bir tarzda yürürlüğe konulmuştur⁴³. Ayrıca bu dönemde her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden biri olan

³⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 16.

³⁹ Roma siyasi tarihi dört dönemde ele alınarak incelenebilir. Krallık Dönemi (MÖ. 753-509), Cumhuriyet Dönemi (MÖ. 509-27), İlk İmparatorluk Dönemi (MÖ. 27-MS. 284), Son İmparatorluk Dönemi (MS. 284-476). Kavimler Göçü ile MS. 395 yılında ikiye bölünen Roma İmparatorluğu'ndan Batı Roma İmparatorluğu 476 yılında, Doğu Roma İmparatorluğu ise 1453 yılında yıkılmıştır.

⁴⁰ Dönmezer ve Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 47.

⁴¹ Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan", İÜHFD, C. 27, S. 1- 4, Y. 1961, s. 45.

⁴² Ünsal, s. 627.

⁴³ Ünsal, s. 627.

takdiri indirim müessesesine yer verilmese de zaruret hali, emrin yerine getirilmesi, yaş küçüklüğü gibi cezayı azaltan ya da cezanın ortadan kaldırılmasını sağlayan bireyselleştirme yöntemlerine başvurulmuştur⁴⁴.

3. Orta Çağ Dönemi

Hukuk içinde bulunduğu topluma göre şekillenir. Bu durum, hukukun insan etkileşiminden doğması ve insan ürünü olmasının doğal ve zorunlu bir sonucudur. Orta Çağ döneminde de merkezi bir otoritenin olmaması, daha çok parçalanmış ve her biri kendi içinde bağımsız feodal yapı ve toplum düzenine bağlı olarak hukuk kurallarında da yeknesaklık ortadan kalkmış ve farklı uygulamalar ve keyfilikler ortaya çıkmıştı⁴⁵. Ayrıca parçalanmış siyasi yapıya bağlı olarak kiliseler ön plana çıkmış, ilahi hukuk anlayışı ceza hukukunda da kendini göstermiştir. Tanrı tarafından belirlenen kuralların ihlali suç olarak kabul edilmiş, cezalandırma ile kişinin Tanrı tarafından affedileceği ve ayrıca bu şekilde toplumsal düzenin de sağlanacağı düşüncesi hâkim olmuştur⁴⁶.

Dönemin bu siyasi ve ekonomik yapısına bağlı olarak adalet ve hak kavramı ortadan kalkmış ve adalet sistemi, başta kilise olmak üzere asiller, zenginler, askeri güce sahip olan feodal beyler ve kral tarafından menfaatlerine uygun olarak işletilmiştir. Ayrıca bu dönemde eylemlerin cezasının ne olduğu da belli olmayıp kanunlar ve kurallar oldukça belirsizdir. Hâkimler de bu durumdan hareketle kanunları ve kuralları diledikleri şekilde yorumlayabilmişlerdir. Yine hâkimlere cezayı belirleme konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

Bu döneme hâkim olan cezaların keyfiliği sistemi, hâkimlere geniş ve mutlak bir takdir yetkisi vermişti. Buna göre hâkim, suça istediği cezayı vermekte ve bunu serbest takdirine göre çoğaltıp azaltabilmekteydi. Hatta hukukun üstünlüğüne göre değil kendi şahsi çıkarlarına göre kararlar verilmekteydi⁴⁷. Cezalar da oldukça ağır ve

⁴⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 17- 18.

⁴⁵ Bu dönemde hukuksal anlamda birlik yoktu ve toplumda belli sınıflar lehine yargısal anlamda imtiyazlar bulunmaktaydı. Örneğin toplumun önemli bir kesimini oluşturan Ruhaniler, cezai ve hukuki tüm uyuşmazlıklarda kendi Ruhani Mahkemeleri'nin yargılama usullerine tabiydi. Yine, asiller de ancak kendi sınıfından olan kişiler tarafından yargılanmakta olup başka kişiler tarafından yargılanmaları mümkün değildi. Ahmet Selçuk Özçelik, "Feodalitenin İçtimai Mahiyeti, Menşei, Avrupa'nın Medeni Ve Siyasi İnkişafındaki Rolü", İÜHFD, C. 17, S. 1- 2, Y. 1951, s. 351- 354.

⁴⁶ Bir Orta Çağ risalesi olan Sachsenspiegel'in mukaddimesinde hukuk ile Tanrı arasındaki ilişki şu şekilde tasvir edilir: "*Tanrı hukukun kendisidir. O, daima hukukun içinde vücut bulur*". Ozansü, s. 84.

⁴⁷ Osman Dolu, "Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Öleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi", Polis Bilimleri Dergisi, C. 11, S. 4, 2009, s. 92.

acımasız olup istenilen ifadelerin alınabilmesi için kişiler işkence, kırbaçlama dâhil her türlü muameleye tabi tutulmaktaydı⁴⁸.

Cezalardaki keyfiliği, hâkimlere tanınan bu sınırsız yetkiyi Bacon *“En iyi yasa, yargıcın takdirine en az payı bırakır”* diyerek eleştirmiştir⁴⁹. Benzer eleştirilerde bulunan Montesquieu’ya göre de; *“Yasalar keyfi olarak değiştirilmemeli, yasaların anlaşılması kolay olmalı ve hâkim, yasaya bağlı olmalıdır”*⁵⁰. Yine Beccaria da 1764’te yazdığı *“Suç ve Ceza Üzerine Bir Deneme”* adlı eserinde *“Sadece yasalar ceza koyabilir. Yasaların yorumu kanun koyucuya aittir. Hâkim, kanunları bir mantık içinde uygulamalı. Yorum yapmamalıdır. Ancak bu şekilde yurttaşlar güvence altına alınabilir”* demektedir⁵¹.

Aydınlanma Çağı döneminde yapılan kanunlaştırma hareketlerine kadar devam eden bu hukuk düzeninin belirgin özellikleri ise keyfilik, eşitlik ilkesine aykırı ve sert cezaları içeren düzenlemeleri barındırmasıdır⁵².

4. Aydınlanma Çağı Dönemi

Bu dönemde, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da toplum anlayışında önemli değişimler yaşanmıştır. Yaşanan Rönesans ve Reform hareketleri ile insanlar hukukun kaynağını dinde aramaktan vazgeçmiş olup; hukukun kendileri tarafından oluşturulması ve bu nedenle de akılcı olması gerektiğini savunur hale gelmişlerdir. Orta Çağ döneminin kendine özgü keyfi olan ve akli esas almayan hukuk düzeninin doğurduğu sıkıntılar nedeniyle daha katı düzenlemeler kabul edilmiş, kanunilik ilkesi esas alındığı gibi hâkimleri de katı uygulayıcılar olarak kabul etmiş ve hâkime, hukuku uygulama bakımından fazla yetki vermekten kaçınılmıştır.

Aydınlanma Dönemi’nde kabul edilen bu katı anlayış, bir önceki dönemin keyfi anlayışına karşı kabul edilmişse de zamanla beraberinde birtakım sorunları da getirmiştir. Zira her durumun önceden öngörülmesi mümkün olmadığından her ihtimali karşılayacak bir yasal düzenleme yapılmasının imkânsız olduğu ortaya çıkmıştır. Özellikle Fransız Hukukunda ortaya çıkan bu soruna çare olarak da failin durumuna ve

⁴⁸ Dolu, s. 92; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 35.

⁴⁹ Ünsal, s. 627.

⁵⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 23.

⁵¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 25- 26; Dolu, s. 97.

⁵² Dönmezer ve Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 49.

diğer koşullara göre uygulayıcı olan hâkimlere yasayla belirlenen cezalar arasında belirleme yapma ve cezayı takdir etme yetkisi verilmiştir.

Aydınlanma Çağı döneminde bir önceki döneme tepki olarak kabul edilen yasaya bağlılık ve kanunilik ilkesi ile bu müessesenin katı bir biçimde uygulanması nedeniyle doğan sıkıntılar Fransız Hukuku'nda yaşanan gelişmelerle paralel bir biçimde anlatılabilir. Zira bugünkü anlamıyla takdiri indirim kurumunun ilk oluşmaya başladığı yer Fransız Hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır.

Orta Çağ döneminde hâkimlere tanınan yetkiler oldukça fazla olduğu gibi Fransız Hukuku'nda da hâkimlere cezayı azaltma ve artırma konusunda geniş yetkiler verilmişti. Ancak zamanla bu yetkiler, keyfiliğe dönüşünce hukuki anlamda sıkıntılar ortaya çıktı. 1789 Fransız İhtilali'ne giden süreçte keyfiliğin, hâkimlerde bile tehlikeli olduğu, hâkimlerin de hata yapabileceği, çünkü bunların da birer insan olduğu ve bu itibarla bizzat hâkimleri dahi kanunun otoritesine tâbi kılmak gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur. Bu dönemde hâkimlerin, sadece kanunu tatbik etmesi, fakat kanunu yapmak hakkına asla haiz olmaması, yasa metinlerini harfiyen uygulaması esas kabul edilmiştir⁵³. Bu nedenlerle 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun kabul edildiği dönemde cezalandırmada sabit cezalar sistemi kabul edilerek hâkime cezayı belirleme konusunda hiçbir takdir hakkı bırakılmamıştır⁵⁴.

Zikrolunan bu durum bir süre sonra haksızlık ve adaletsizliklere yol açmış, uygulamada sıkıntılara neden olmuştur⁵⁵. Zira bu sistemde hâkime hiçbir iş bırakılmadığı, kanunun otomatik bir tetikçisi durumunda kaldığı, oysa her suçlunun, suçluluk derecesine göre cezayı takdir edebilmesi gerektiği ileri sürülmüş⁵⁶ ve bu nedenlerle daha sonra kabul edilen 1810 tarihli Ceza Kanunu, bütün muvakkat cezalar için, arasında hâkimin serbestçe hareket edebileceği bir azamî bir de asgari had tespit

⁵³ Emile Garçon, "Ceza Hukuku, Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti" (Çev. Naci Şensoy), İÜHFİM, C. 12, S. 2- 3, 1946, s. 759; Bu hususta ileri sürülen görüşler ve yapılan eleştiriler konusunda bkz. dn. 49- 51.

⁵⁴ Necdet Yalkut, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme", AD, S. 3- 4, Y. 1978, s. 324.

⁵⁵ Suç işleyen fail hakkında sabit bir ceza uygulanacağı için hâkimler ile jüri üyeleri, vicdanlarına aykırı olsa da daha fazla cezayı tercih etmek ya da beraat kararı vermek bakımından sahip oldukları tercih hakkını, daha çok beraat kararı vermek yönünde kullanmaları uygulamada sıkıntılara neden olmuştur. Garçon, "Ceza Hukuku, Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti", C. 12, S. 2- 3, s. 760

⁵⁶ Bülent Akmanlar, "Ceza Hâkiminin Takdir Selahiyeti", ABD, S. 2, 1960, s. 14.

etmiş, hâkime cezayı azaltabilme yetkisi vermiş, sabit cezalar sadece müebbet cezalar için uygulanmıştır.

Cezayı azaltıcı sebeplerin kabul edilmesi hâkimin, cezada indirim yapabilmesi açısından önemli bir gelişme olarak telakki edilebilir. Başlangıçta bu yetki, ilk defa kabul edilmesine bağlı olarak oldukça sınırlı ve dar kapsamlıdır. Zira cezayı azaltıcı bu sebepler, sadece cünha derecesindeki suçlarda ve cünha neticesi ortaya çıkan zararın 25 frangı aşmaması halinde uygulanmıştır. İlgili kanunun 463. maddesine göre; *“hapis cezasına hükmedilmesi icabeden her halde; eğer zararı ziyan 25 frangı geçmezse ve sebepler de tahfifi mahiyette görülürse mahkemeler hapis cezası için hatta 6 günden aşağı ve para cezası için de 16 franktan aşağı ceza vermek mecburiyetindedir”*⁵⁷. Buradan da anlaşılmaktadır ki zararın belirtilen miktarın altında olması ve cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebebin bulunması halinde hapis cezasında ya da para cezasında belirtilen sınırın altında ceza vermek zorunluluğu bulunmaktadır. Burada cezayı uygulamak durumunda olan hâkime, şartları varsa cezayı indirme yetkisi verilmesine rağmen cezanın belirlenen sınırın altında tespit edilmesi konusunda bir zorunluluk da getirilmektedir. Ancak belirlenen sınırın altında cezanın tespit edilmesi de yine hâkimin takdirinde sayılabilecektir.

1824 tarihli Kanun ile hâkime tanınan cezayı azaltma yetkisinin kapsamı genişletilerek cinayet suçlarında da uygulanır hale gelmiştir. Kabahatlerde ise ancak kanunda belirlenen hallerde (özel suç tiplerinde) uygulanması esası getirilmiştir. Bu suç tipleri; anneler tarafından gerçekleştirilen çocuk öldürme, 20 günden fazla iş kaybına yol açacak müessir fiiller, bazı nitelikli hırsızlık eylemleridir. Bunun yanında dilencilerin, serserilerin ve mükerrirlerin de bu düzenlemeden yararlanması mümkün değildir⁵⁸. Bu katı yaklaşım ve uygulamaya duyulan tepkiler ile takdiri azaltıcı sebeplerin önce 1832 yılında yapılan değişiklikle tüm cinayet suçlarında ve kabahatlerde⁵⁹, sonrasında ise 1928 yılında yapılan değişiklikle özel ceza kanunlarındaki cünhalarda da uygulanabileceği kabul edilmiştir⁶⁰. Son olarak ise, 1945

⁵⁷ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 13.

⁵⁸ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 13- 14.

⁵⁹ Yalkut, s. 325.

⁶⁰ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 241; Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 14.

yılında yapılan yasal düzenlemeler ile Fransa’da takdiri indirim nedenleri müessesesi son halini almıştır⁶¹.

E. Takdiri İndirim Nedenleri ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Takdiri indirim nedenlerinin ülkelere göre uygulanmasında farklılıklar olabilmektedir. Bu farklılıklar, özellikle takdiri indirim nedenlerinin kapsamının ne olduğu ve yasada açıkça düzenlenip düzenlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu tartışmalar ekseninde bugün itibarıyla bu konuda üç farklı kıstas geliştirilmiştir.

İlk grupta sayılacak olanlar; takdiri indirim nedenlerini sınırlı sayıda ve yasada açıkça düzenleyen ülkelerdir. 1862 tarihli Avusturya Ceza Yasası, 1870 tarihli İspanya Ceza Yasası, 1875 tarihli Şili Ceza Yasası, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası⁶², 1933 tarihli Danimarka Ceza Yasası ve 1938 tarihli İsviçre Federal Ceza Yasası bu şekilde düzenlenmiş olup; hâkime, hangi hallerin takdiri indirim sebebi olarak belirleneceği konusunda takdir hakkı tanınmamıştır. Bu durumda hâkim, ancak yasada öngörülen bir neden varsa bu indirimi uygulayabilecektir.

Diğer bir grup ise; ilk gruptaki ülkelerin aksine, hangi hallerin bu kapsama girdiği konusunda hâkime serbest yetki tanıyan ülkelerdir. Bu noktada hâkim, somut olayda eylemi gerçekleştiren fail lehine kanaat getirirse cezasında indirim yapabilecektir. Nitekim Fransız Ceza Yasası’nın 463. maddesi, Macar Ceza Yasası’nın 89. paragrafı, 1903 tarihli Rus Ceza Yasası’nın 53. maddesi, 1867 tarihli Belçika Ceza Yasası’nın 79. maddesi, 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası’nın 59. maddesi, 1932 tarihli Polonya Ceza Yasası’nın 54. maddesi ve 765 sayılı TCK’nın 59. maddesi bu sistemi kabul etmişlerdir⁶³.

Bu konuda hâkime en geniş yetkiler veren grup ise takdiri indirim sebeplerini yasada açıkça düzenlemese de genel olarak kabul eden ülkelerdir. Bu sistem İngiltere, Hollanda ve Amerika Ceza Yasası’nda uygulanmaktadır. Nitekim Amerika’da hâkimlerin ölüm cezaları hariç diğer cezalarda aşağı ve yukarı ceza miktarları arasında

⁶¹ Alahattin Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 61.

⁶² 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 62. maddesinde düzenlenen bu müessese, failin özel bir kıymeti haiz olan ahlaki veya sosyal saiklerle hareket etmesi, hükümden önce mağdurun zararını gidermesi gibi ancak belirli ve sınırlı bazı hallerin indirim sebebi olabileceğini kabul etmiştir. Açıklama için bkz. Yalkut, s. 325.

⁶³ Gözübüyük, s. 252.

dilediği bir cezayı tayin edebileceği kabul edilmiştir. Hatta cezanın uygulanmasını sonraya bırakabileceği gibi suçluyu probation (denetimli serbestlik) kurumunun gözetimi altına koyabileceği de kabul edilmiştir. Açıkça yasada düzenlenmemiş olan bu indirim sebeplerini uygulama konusunda hâkime oldukça geniş yetkiler verilmiştir⁶⁴.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından sadece bu müessesenin içeriğini belirlemek yeterli olmayacaktır. Zira takdiri indirim nedeni olarak bir husus kabul edildikten sonra uygulamanın nasıl yapıldığını da ortaya koymak gerekmektedir. Nitekim Fransa Eski Ceza Kanunu'nda takdiri indirim uygulanırsa o suç için öngörülen ceza, daha alt düzeydeki bir cezaya dönüşmektedir. Bu durum mevcut uygulamamızda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında takdiri indirim sonucu cezanın müebbet hapis cezasına dönüşmesi ile benzerlik göstermektedir. Yine eski düzenlemede para cezaları ve fer'i cezalar bakımından takdiri indirim yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için bu cezalarda takdiri indirim yapılması hususu tartışmalıdır. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'na göre ise süreli hapis ve para cezaları yönünden 1/6 oranında indirim yapılacağı düzenlenerek sabit bir oran kabul edilmiştir⁶⁵. İsviçre'de ise, takdiri indirim nedeni kabul edilip uygulanırsa o suç için kanunda öngörülen asgari hadde kadar cezada indirim yapılabilir⁶⁶.

İsviçre'deki uygulamada takdiri indirim halinde asgari hadde kadar indirim yapılacak olsa da bu sistemin kendine özgü diğer bir özelliği olan serbestçe indirim müessesesinden de bahsetmek yararlı olacaktır. Çünkü 1938 tarihli İsviçre Ceza Kanunu, hâkime cezada indirim yapabilme yetkisinin tanınması bakımından farklı bir sistemi benimsemiştir. Bazı hallerde cezalarda “*sadece indirim*” yapabileceği, bazı hallerde ise “*serbestçe indirim*” yapabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, aynı Kanun'un 65. maddesinde sadece indirimden neyin kastedildiği, 66. maddesinde ise serbestçe indirimin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. 65. maddeye göre ilgili maddede sadece indirim yapılabileceği düzenlendiği hallerde ancak kanunun o suç için öngördüğü asgari hadde kadar indirim yapılabilecektir. Oysa 66. maddede serbestçe indirimin yapılabileceğinin belirtildiği hallerde ise hâkim, suç için öngörülen cezanın türü ve aşağı sınırı ile dahi bağlı olmayıp cezanın türünü değiştirebilecek veya ceza için belirlenen alt sınırın altına inebilecektir. Serbestçe indirimin yapılmasında tek sınır ise

⁶⁴ Ünsal, s. 632- 633.

⁶⁵ Yalkut, s. 326- 327; Şimşek, s. 62; Ünsal, s. 628.

⁶⁶ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 39- 41.

ceza için kanunda kabul edilen genel aşağı sınır ile bağlı olmasıdır. Nitekim hukukumuzdan örnek verecek olursak 1-3 yıl hapis cezası içeren bir suçta serbestçe cezada indirim yapılması şartı varsa ceza 1 yılın altında da seçilebilecektir. Ancak hapis cezasının, aksine düzenleme yoksa 1 aydan aşağı olamayacağına dair genel kural nedeniyle 1 aya kadar indirim yapılabilecek, 1 ayın altında ceza tespit edilemeyecektir. Hâkime tanınan bu serbestçe indirim yetkisi, Lehistan Ceza Kanunu'nda "*fevkalade tahfif*" olarak adlandırılmış ancak tanınan yetkinin yerinde ve etkili olarak uygulanmaması halinde keyfiliğe yol açabileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir⁶⁷. Serbestçe indirim yapma yetkisi, takdiri indirim nedenleri bakımından ise geçerli değildir. Zira ilgili Kanun'un 9. maddesinde düzenlenen kısmi akıl hastalığı, 13. maddede düzenlenen hukuki yanılma halleri, meşru müdafaa ve zaruret halinde sınırın aşılması, yalan tanıklık ve yaralama eylemleri gibi kanunun açıkça kabul ettiği hallerde geçerli iken tam ve eksik teşebbüs, iştirak ve takdiri indirim nedenlerinde ise serbestçe indirim imkânı tanınmayarak cezada sadece indirim yapılabileceği kabul edilmiştir⁶⁸.

Alman Ceza Kanunu'nda ise takdiri indirim nedenleri 49. maddede düzenlenmiştir⁶⁹. Ancak bu düzenleme 5237 sayılı TCK'da düzenlenen takdiri indirim nedenlerine tam anlamıyla uymamaktadır. Zira Alman Ceza Kanunu'nun 49. maddesinde indirimin nasıl yapılacağı belirtilmiş, hâkime cezayı alt sınıra kadar indirme ya da hapis cezası yerine para cezasına hükmedebilme imkânları verilmiştir. Bunun yanında indirim nedenlerinin sınırlarını tespit etmek de oldukça güçtür. İndirim nedenlerinden anlaşılan teşebbüs, yorum hatası, aşırı saflık, aşırı güç kullanan görevliye direnme, kovuşturma aşamasına kadar etkin pişmanlık halleri gibi durumlardır⁷⁰. Yine

⁶⁷ Tahir Taner, "Yeni İsviçre Ceza Kanunu", İÜHFD, C. 6, S. 4, 1940, s. 742- 755.

⁶⁸ Taner, "Yeni İsviçre Ceza Kanunu", s. 742- 755; Güral, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2", s. 41.

⁶⁹ Alman Ceza Kanunu Madde 49- Cezayı indiren özel kanuni nedenler: "(1) Bu hüküm uyarınca bir indirme yapılması kanunen öngörülmüş veya hukuken kabul edilmişse, indirme hakkında aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. Müebbet hapis cezasının yerini, üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. 2. Süreli hapis cezasında, kanunda yazılı olan üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm, gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. 3. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı, aşağıdaki şekilde indirilir: On veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya, diğer hallerde, kanuni alt sınıra kadar indirilir. (2) Mahkeme, kanunun bu hükmüne yollama yapan bir maddesi uyarınca cezayı kendi takdirine göre indirebiliyorsa, cezayı kanunda yazılı cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir". Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 41- 42.

⁷⁰ Erdal Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 288.

Kanun'da takdiri indirim nedenlerinin kapsamı geniş tutulmamış ve bu müessesenin ancak belli suçlarda uygulanacağı kabul edilmiştir. Kabul edilen suçlar dışında kalan diğer suçlarda bu nedenle takdiri indirim yapılması mümkün olmayacaktır⁷¹.

Takdiri indirim nedenleri bakımından Almanya'daki uygulamada belirtilmesi gereken diğer bir husus da 5237 sayılı TCK'da düzenlenen takdiri indirim nedenleri unsurlarının, Alman Ceza Kanunu'nda cezanın belirlenmesi kriterleri arasında düzenlenmesidir. Zira Alman Ceza Kanunu'nun 46/2. maddesinde cezanın belirlenmesi kriterleri sınırlı sayıda belirtilmiştir ve hâkim tüm bu kriterleri esas alarak cezayı belirleyecektir. Bu kriterlerden *“failin fiil öncesi (sabıkası ve suça eğilimi) ve sonrası davranışları, kişisel ilişkileri, fiilin neticelerinin faili de etkilemesi halleri”* cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacağı için aynı zamanda cezada alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi de olabilecektir⁷².

Her ne kadar daha sonra ayrıntılı olarak belirtilecek olsa da takdiri indirim nedenlerinin içeriğinin belirlenmesi bakımından 5237 sayılı TCK'daki mevcut düzenleme dikkate alındığında 62. maddedeki düzenlemenin, ikinci grup kapsamında olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira, bizdeki düzenlemede 3. grup ülkelerden farklı olarak açıkça takdiri indirim nedenlerine ceza yasamızda yer vermiştir. Ayrıca yasal düzenlemede, kanunda sınırlı sayıda belirlenen birtakım hususlar (failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri) takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesine rağmen *“gibi”* denilmek suretiyle hangi hallerin takdiri indirim sebebi olarak kabul edilebileceği konusunda hâkime getirilen sınırlama da kaldırılmıştır. Bu sınırlamayı kaldırması bakımından ise birinci grup ülke ceza yasalarından ayrılmaktadır. Kabul edilen takdiri indirimde yapılacak uygulama bakımından ise, Fransız Ceza Kanunu'nda olduğu gibi ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezalarında bir alt derecedeki cezanın uygulanması mümkün olduğu gibi süreli hapis ve para cezalarında belli orana kadar indirim yapılması da mümkündür. Ayrıca Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak takdiri indirim nedenleri, istisnai düzeyde yasal engel olmadığı sürece tüm suçlar bakımından uygulanma alanına sahiptir.

⁷¹ Güral, “Cezayi Azaltıcı Takdiri Sebepler zerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 42.

⁷² Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 129.

F. İslam Hukuku

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukuku'nda da cezanın amacı bireyleri ıslah ederek toplum düzenini korumak ve bu şekilde bireyin ve toplumun devamlılığını sağlamaktır. Bu gaye doğrultusunda birtakım davranışlar suç olarak kabul edilmiş ve ihlali halinde ise bedeni, nefsi veya mali cezalar gibi çeşitli cezalar uygulanmıştır. İslam Hukuku'nda uygulanan cezalar ve bu cezaların uygulanmasına yol açan, suç olarak kabul edilen davranışlar ise oldukça çeşitli olup farklı kriterler esas alınarak sınıflandırılabilir.

İslam Hukukunda kabul edilen suçlar üç gruba ayrılmaktadır. Yalnız Allah (cc) hakkına (Hakk-ı Allah'a) giren suçlar, başka bir deyişle Kur'an ve Hadislerde unsurları açıkça belirtilen ve İslam camiasının menfaatlerine dokunan hadd suç ve cezaları (zina yapmak, şarap içmek, iffete iftira etmek, devlete isyan etmek, yol kesmek gibi) birinci grubu oluşturmaktadır. İkinci grupta ise; yalnız Hakk-ı Âdemi'ye giren suçlar (bu suçun işlenmesi ile sadece kişinin menfaati ihlal edilir) vardır. Son grupta ise hem Hakk Allah'a hem de Hakk-ı Âdemi'ye giren suçlar (zina iftirası gibi) bulunmaktadır⁷³.

Cezalar ise değişebilir ve değişmez nitelikte cezalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kur'an, Sünnet ve İcma-i Ümmet ile kabul edilmiş olan cezalar, değişmez nitelikteki cezalardır. Birinci grup suçlar için değişmez nitelikteki cezalardan hadd, ikinci grup suçlar için yani sadece Hakk-ı Ademi'ye karşı işlenen suçlar için değişmez nitelikte cezalardan kisas ve diyet uygulanmaktadır. Bunun yanında cezaların diğer kaynağı ise İslâm Devleti Reisi veya onun adına yargı yetkisini kullanan hâkimler tarafından belirlenen değişir nitelikteki ta'zir cezalarıdır⁷⁴.

Ta'zir sözcüğü yasaklamak, cezalandırmak, terbiye etmek veya reddetmek anlamlarında kullanılmaktadır. İslam Hukuku kaynaklarında gerek suç nedeniyle gerekse karşılığında cezası gösterilmiş olmamakla beraber kişilere ve kamuya zarar verdikleri için Ulu'l Emr tarafından cezalandırılan eylemler olarak geçmektedir. Devlet

⁷³ Ahmed Akgündüz, "İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer'îye Mahkemeleri Ve Şer'îye Sicilleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 14, 2009, s. 20.

⁷⁴ Çoşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", AÜHFD, C. 3, S. 1, 1946, s. 129- 130; Dönmezer ve Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 117- 119.

Başkanı veya ona vekâlet eden hâkim, suçluyu ve suçun toplumdaki durumunu göz önüne alarak cezayı tespit eder⁷⁵.

Ta'zir cezasını gerektiren suçların sayısı hadd, kısas ve diyet cezasını gerektiren suçlarda olduğu gibi sınırlı değildir. Bu suçları sınırlamak da mümkün değildir. Zira bu suçlar, toplum içinde gelişen ve ileride toplum açısından sakıncalı olabilecek birtakım durumlara karşı alınan tedbirler olarak uygulanmaktadır. Bu sebeple İslam Hukuku'nda ta'zir cezasını gerektiren suçların bir kısmı belirtilirken (faiz, emanete hıyanet, sövme ve rüşvet gibi) büyük bir kısmının tespit ve takdiri ise devlet başkanına bırakılmıştır. Devlet başkanı ise bu tespiti yaparken toplumun menfaati ve ıslahını esas alacaktır. Ta'zir cezası, duruma göre hapis, dayak, tokat, kulak çekme, azarlama veya hâkimin surat asarak bakması gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir. Dayak atmanın en azı üç, en çoğu ise otuz değnektir. Çünkü ta'zir cezalarında asıl olan, uygulanacak cezanın hadd cezaları derecesine ulaşmamasıdır. Hadd cezasının en az miktarı ise, kölelere tatbik edilen ceza olup kazf ve içkide kırk değnektir⁷⁶. Bu hususlar gözetildiğinde toplumun değişik ihtiyaçlarına göre devlet başkanı ve onun adına yargı yetkisini kullanan hâkimler tarafından tespit edilen, Kuran, Sünnet ve İcma-ı Ümmet kaynaklarına dayanmayan ve cezası değişir nitelikte olan ta'zir suçlarında hâkime geniş yetkiler verilmiştir⁷⁷. Hâkimin gerek eylemi gerekse uygulanacak cezayı tespitinde geniş yetkileri vardır⁷⁸. Ancak bu uygulamayı yaparken suçlunun durumu, toplum menfaati ve diğer suçlar için belirlenen ceza miktarlarını da gözetecektir. Bu kapsamda cezayı ağır olarak tespit edip herhangi bir indirimi uygulamayabileceği gibi tespit ettiği cezada belirtilen hususlar dikkate alınarak indirim yapabilecek veya daha hafif bir cezaya karar verebilecektir. Bu uygulama, bugünkü anlamda takdiri indirim nedenlerinin uygulanışına birebir benzememektedir. Ancak tanınan bu yetki, takdiri indirim nedenlerinin İslam Hukuku'nda uygulanış şekli olarak kabul edilebilecektir.

⁷⁵ İlhan Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003, s. 168.

⁷⁶ İbrahim Çalışkan, "İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1990, s. 376.

⁷⁷ Bu durumun istisnası ise ta'zir olarak ölüm cezasının verilememesidir. Ancak hâkimler için getirilen bu sınırlama İslam Devleti hükümdarları için geçerli değildir ve hükümdarlara siyaseten katl yetkisi verilmiştir. İçel ve Donay, s. 51- 52.

⁷⁸ Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", s. 179.

G. Osmanlı Hukuku

Osmanlı Devleti döneminde uygulanan hukuka bakıldığında şer’i ve örf’i hukuk olarak ikili bir ayrım görülmektedir. Zira Osmanlı Hukuk Sistemi de büyük ölçüde İslam Hukuku etkisinde kalmış ve İslam Hukuku için geçerli kurallar şer’i hukuk olarak Osmanlı Hukuk Sistemi’nde uygulanmıştır. Bunun yanında başlangıçta Padişah fermanları ve buyrukları olarak ortaya çıkan ancak daha sonra toplumun değişen ihtiyaçları doğrultusunda toplulaştırılarak bir araya getirilen bu ferman ve buyruklar ile Kanunnameler ortaya çıkmıştır. Kanunnameler, ilk olarak Fatih Sultan Mehmet döneminde şekillenmiş olup sonraki dönemlerde de Padişahlar bu Kanunnameler ile ta’zir suçlarını ve cezalarını belirlemişlerdir. Bu nedenle örf’i hukuk, bu Kanunnameler doğrultusunda ortaya çıkan ve ta’zir suçları ve cezaları ile şekillenen bir hukuk sistemidir.

Osmanlı Hukuk Sistemi’nde örf’i hukuku oluşturan ta’zir suç ve cezalarında da şer’i hukukta olduğu gibi kanunilik ilkesi hâkimdir. Zira ta’zir suçları, Padişah Kanunnameleri’nden kaynaklanmakta ve Kanunnameler’de açıkça düzenlenmekteydi. Bu nedenle ta’zir cezalarında kanunilik ilkesine uyulmasından devlet, yani Padişah sorumlu olarak kabul edilmekteydi. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus ise hâkime mutlaka bir takdir hakkının bırakılmasıydı. Dolayısıyla kanun ile düzenlenecek ta’zir cezalarının bir alt ve bir üst sınırı bulunacak ve hâkim, suça ve suçluya göre bunlardan birini tercih edecekti. Özellikle bütün Osmanlı Kanunnameleri’nde bu kurala uyulmuştu⁷⁹. Ancak buna rağmen kanunilik ilkesine açıkça yer verilen ilk düzenleme ise 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı, bir diğer adıyla Gülhane Hatt-ı Hümayün’dur. İslâm Hukuku’nun idarecilere verdiği “*siyaseten tecziye*” hakkı suistimal edilerek keyfi uygulamaların ortaya çıkmasıyla can ve mal güvenliğini güvence altına alabilmek için “*Umûmen emniyet-i cân-ü mâl ve mahfûziyet-i ırz-u nâmus (can, mal ve namus güvenliği)*” esası kabul edilmiştir⁸⁰.

Bu aşamaya kadar genel olarak değerlendirecek olursak Osmanlı Hukuk Sistemi’nde kanunilik ilkesi gerek şer’i gerekse de örf’i hukukta uygulanmış ve örf’i

⁷⁹ Yılmaz Yurtseven, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları”, SÜHFD, C. 9, S. 3- 4, 2001, s. 277.

⁸⁰ İbrahim Orkun Atalay, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3- 4, 2007, s. 270.

hukuku oluşturan ta'zir suç ve cezaları için hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Ancak hâkime tanınan bu hak, sadece belirlenen sınırlar içinde cezayı belirleme yetkisi şeklindedir. Zira hâkimin cezada indirim yapabilme yetkisi bu aşamada henüz kabul edilmemiştir.

Osmanlı Hukuk Sistemi, devletin belli ihtiyaçları ve zamanın değişen koşullarına ayak uyduramadığı için yetersiz kaldığından çare olarak kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı'ndan sonra ilk kanunlaştırma hareketi 13 Rebiülevvel 1256 yılında kabul edilen 1840 tarihli Ceza Kanunu'dur. Bu kanunda, suç ve cezalar açıkça yasada belirtilmişse de bazı suçlar için herhangi bir ceza öngörmediği gibi öngörülen cezalarda da sabit ceza sistemini benimsemiş ve hâkimin bu konuda herhangi bir takdir hakkından ve cezada indirim yapma yetkisinden söz edilmemiştir⁸¹. Daha sonraki süreçte de bu durum, belli bir süre daha devam etmiş ve ilk kez 4 Haziran 1911 tarihli Kanun ile hâkimlere cezalarda takdiren indirim yapma yetkisi verilmiştir⁸².

H. Cumhuriyet Dönemi

1. Genel Olarak

Hukuk sistemlerinde kabul edilen herhangi bir yasanın uzun süre yürürlükte kalması ve ihtiyaçlara cevap vermesi asıl olsa da toplumların değişen ve gelişen yapısı karşısında kendini yenilemesi ve birtakım değişikliklere uğraması da kaçınılmazdır. Aksi halde bir yasa metninin ihtiyaçlara cevap verebilmesi ve bu eksikliği karşılayabilmesi imkânsızdır. Ülkemizde de bu anlamda gelişen ve değişen koşullar nedeniyle yasal değişiklikler yapılmıştır. Nitekim ceza yasaları bakımından özellikle Tanzimat Dönemi'nden itibaren kanunlaştırma hareketleri kapsamında birçok düzenleme yapılmasının altında yatan gerekçe, mevcut ceza yasalarının çağın ihtiyaçlarına cevap verememesidir. Bu bakımdan Tanzimat'ın ilanından itibaren birçok ceza kanunu kabul edildiği gibi her bir ceza kanunu da kendi içinde birçok kez değişikliğe uğramıştır.

⁸¹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", Tarih Okulu Dergisi, S. 14, İlkbahar-Yaz 2013, s. 170.

⁸² Yalkut, s. 322.

Yapılan ilk yasal düzenleme, 1840 tarihli Ceza Kanunu'dur. Tanzimat'ın ilanından itibaren çok kısa bir süre sonra kabul edilen bu Kanun, reform ihtiyacı nedeniyle getirilse de alelacele oluşturulduğundan kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır. Buna bağlı olarak uygulamada yaşanan sıkıntılar nedeniyle birçok değişikliğe uğramış ve 1851 yılında kabul edilen Kanun-i Cedid ile yürürlükten kalkmıştır. 1851 tarihli Kanun-i Cedid ve onu takip eden 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi de aynı akıbete uğramış ve süreç içerisinde yaşanan sorunlar nedeniyle bu kanunlarda da pek çok kez değişiklik yapılmıştır. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, diğerlerine nazaran daha uzun süre yürürlükte kalmış olup 765 sayılı TCK'nın 1 Temmuz 1926 yılında yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkmıştır. Tanzimat'ın ilanı ile başlayan bu kanunlaştırma hareketlerinde mevcut hukuki altyapı ve donanımın eksik olması, yasal düzenlemelerin yapılmasındaki aciliyet, yapılan düzenlemelerde millilik unsurlarıyla yabancı ülke kanunlarının aynen alınması konusundaki belirsizlik ve tartışmalar nedeniyle istenilen hedeflere ulaşılamamış, ceza kanunlarında yapılan değişiklikler zamanın ihtiyaçlarına ve sorunlarına cevap verememiştir. Her ne kadar durum bu şekilde olsa da ülkemizde belli ölçüde kanunlaştırma hareketleri ve geleneğinin de yerleşmesine katkısı olmuştur.

Ceza hukuku bağlamında Cumhuriyet öncesi dönemde yaşanan sorunlar, Cumhuriyet Dönemi'nde de aynen devam etmiş olup yine bu dönemde de birçok değişiklik yapılmıştır. Öncelikle yaklaşık 100 yıllık süreçte iki ayrı ceza kanunu kabul edilmiştir. Cumhuriyet Dönemi'nin ilk ceza kanunu olan 765 sayılı TCK, yukarıda belirtildiği gibi 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı TCK'nın temel dayanağı 1889 tarihli (Zanardelli) İtalyan Ceza Kanunu'dur. Bu kanun ise, Klasik Okul'un etkisiyle ve bu okulun başlıca temsilcileri tarafından hazırlanmıştır. Bu anlayışla hazırlanan ve Klasik Okul'un etkileri görülen 765 sayılı TCK da ihtiyaçlara cevap verememesi nedeniyle yürürlükte kaldığı dönemde yaklaşık 62 kez değişikliğe uğramıştır⁸³. Hatta Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde değiştirilmesi ve yeni bir ceza

⁸³ Zira 08/06/1933 tarihli ve 2275 sayılı Kanun ile 84 madde, 11/06/1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanun ile 143 madde, 09/07/1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun ile 106 madde değiştirilmiştir. Ayrıca 13/07/1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ile 765 sayılı TCK'nın bazı maddeleri değişikliğe uğramış veya uygulanma şanslarını yitirmişlerdir. 21/11/1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun ile ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı azaltılmış, 03/08/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile Avrupa Birliği Uyum Yasaları doğrultusunda ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezalarına dönüştürülerek tamamen kaldırılmıştır. Mustafa Avcı, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve

kanununun kabul edilmesi için 1940, 1950, 1987, 1989, 1997 ve 2000 yıllarında kanun tasarıları hazırlanmış ancak sonuçlandırılmamıştır. Nihayetinde 2000 tasarısıyla oldukça benzer olan 2003 yılında hazırlanan tasarı TBMM’ye 12/05/2003 tarihinde sevk edilmiş ve sonuçlandırılarak 26/09/2004 tarihinde kabul edilmiştir⁸⁴. 12/10/2004 tarihli 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5237 sayılı TCK da, imar kirliliğine neden olma ve çevrenin kasten kirletilmesi suçları hariç 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine ve aradan geçen kısa süreye rağmen yaklaşık 26 kez değişikliğe uğramıştır. Kaldı ki bu sayıya, Anayasa Mahkemesi’nce verilen iptal kararları ile yapılan değişiklikler de dâhil değildir.

Tüm bu hususların belirtilmesinin nedeni ise yapılan değişikliklerin kendisini sadece diğer düzenlemelerde değil, konumuz olan takdiri indirim nedenleri kapsamında da göstermesidir. Zira daha önce belirtildiği üzere takdiri indirim nedenleri Ceza Kanunu’muza ilk olarak 1858 sayılı Arazi Kanunnamesi’nde 4 Haziran 1911 tarihli Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte girmiş, 1926 yılında kabul edilen 765 sayılı TCK’da da kabul edilmiş; ancak 1936 ve 1953 yıllarında değişikliğe uğramıştır. 5237 sayılı TCK döneminde de bu değişiklikler devam etmiş olup Cumhuriyet Dönemi’nde yapılan değişikliklerin her bir yasa dönemi içinde ayrıntılı olarak ele alınması ve düzenlemelerdeki farklılıkların ortaya koyulması, bugün gelinen noktada konuyu daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenleri, temel olarak 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinde düzenlenmiş olsa da bu konuyla ilgili olarak tek düzenleme 59. madde olmayıp, ayrıca takdiri indirim nedenlerinin, cezanın belirlenmesi sırasında hangi sırayı takip ederek uygulanacağını düzenleyen 29. maddesi de önem arz etmektedir. Zira bu müessesenin nasıl ve hangi sırayı izleyerek uygulanacağı ise 29. maddede anlatılmaktadır. Bu iki hususun birbiriyle oldukça bağlantılı olması nedeniyle ayrıca 29. maddeye de değinmek gerekmektedir. Ancak ilk olarak 59. maddede yapılan yasal değişiklikleri ortaya

Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 205.

⁸⁴ Devrim Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, 2004, s. 249- 252.

koymak daha uygundur. Bu kapsamada yapılan değişikliklere ilişkin aşamalar ise şu şekildedir:

Takdiri indirim nedenleri, 765 sayılı TCK'nın ilk kabul edildiği dönemde 59. maddede: "*Kanuni esbabı muhafifeden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek esbabı takdiriye kabul edilirse idam ve müebbed ağır hapse bedel 24 sene ağır hapis hükmolunur. Müebbet sürgün cezası 5 sene muvakkat sürgüne tebdil edilir. Diğer cezalar altıda birden üçte birine kadarı indirilir*" şeklinde düzenlenmiştir. İlk düzenlemede, o dönem yürürlükte olan idam cezası ile müebbet ağır hapis cezaları için aynı uygulama kabul edilerek her iki halde de takdiri indirim nedeninin varlığı halinde 24 sene ağır hapis cezasının uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın kabul edildiği ilk dönemde geçerli olan sürgün cezaları da göz önüne alınarak belirleme yapılmış ve müebbet sürgün cezalarının beş sene geçici sürgüne çevrileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer cezalar yönünden ise, kanun koyucu sabit bir oran belirlemekten ziyade, altıda birinden üçte birine kadar cezanın indirilebileceğini kabul ederek me'haz kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'ndan bu yönüyle ayrılmıştır. Zira böyle bir tercih ile takdiri sebeplerin olayın özelliğine daha kolay uyum sağlaması amaçlanmıştır. Kaldı ki, me'haz kanunun sabit bir indirim oranını kabul etmesi İtalyan müellifleri tarafından da eleştirilmiştir⁸⁵.

Her somut olayın kendi içinde birtakım özellikleri barındırması, aynı zamanda yapılacak indirimde de farklılığa yol açması doğaldır. Bu nedenle somut olayın özelliğine göre farklı oran uygulanmasının tercih edilmesi yerindedir. Cezayı tespit edecek hâkim tarafından olayın özelliği ve gerçekleşme şekline göre uygun bir oran belirlenerek cezada indirim sağlanması daha doğru olacaktır. Belirtilen bu hususların yanında ilgili yasal düzenleme incelendiğinde hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edildiğinin belirtilmediği görülmekle hâkimin, makul ve kabul edilebilir olması halinde herhangi bir hususu takdiri indirim nedeni olarak rahatlıkla tespit edebileceği anlaşılmaktadır. Yeter ki hâkimin kabul edeceği sebep, kanuni hafifletici sebeplerden olmasın. Zira kanun koyucu, bu hususa açıkça vurgu yaparak kanuni hafifletici sebeplerden ayrı olarak kabul edilebilecek takdiri bir sebep aramaktadır. Bu da 59. maddenin lafzından açıkça anlaşılmaktadır.

⁸⁵ Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Dördüncü Bası, Ankara 1958, s. 201.

765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde düzenlenen takdiri indirim konusunda yapılan ilk değişiklik ise 23/06/1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte 59. maddeye göre: “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ölüm cezası yerine 30 ve müebbet ağır hapis yerine 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezaların altında birinden üçte birine kadar indirilir*”. Burada önceki düzenlemeden farklı olarak göze çarpan ilk husus, sürgün cezasıyla ilgili düzenlemenin ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bunun yanında ölüm cezaları (önceki düzenlemede idam yazmaktadır) ile müebbet ağır hapis cezalarında aynı indirim oranının uygulanmasından vazgeçilmiş olup takdiri indirimin uygulanması halinde ölüm cezaları için 30 yıl, müebbet ağır hapis cezalarında ise 24 yıl ağır hapis cezası öngörülmüştür. Diğer cezalar yönünden ise herhangi bir farklılık yoktur.

765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde yapılan son değişiklik ise 15/07/1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişikliktir. Bu değişikliğin yapılmasındaki amaç artan suç oranlarıyla ve suçlulukla mücadele etmektir. Bu amaçla 6123 sayılı Kanun'la 765 sayılı TCK'da birtakım suçlarda cezalar artırılmış, infaz usulü ağırlaştırılmış, Kanun'un kabul edilmesindeki gayeye uygun olarak takdiri indirim nedenlerinde de değişikliğe gidilmiştir⁸⁶. Zira ilgili düzenlemede “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altında birden fazla olmamak üzere indirilir*” denilerek 3038 sayılı Kanun'a göre yapılan değişikliğe nazaran sanık aleyhine bir düzenleme getirilmiştir. Çünkü 3038 sayılı Kanun'da ölüm cezalarında takdiri indirim yapılırsa cezanın 30 seneye ineceği, müebbet ağır hapis cezalarında ise cezanın 24 sene olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Oysa 6123 sayılı Kanun ile ölüm

⁸⁶ Tahir Taner, “Türk Ceza Kanunu'nun 09/07/1953 tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, İÜHFD, C. 19, S. 3- 4, 1954, s. 524- 545. (Bu dönemde yapılan diğer değişiklikler başlıca şu şekildedir: Ağır hapis cezalarının tek başına hücrede infaz edileceği süreler artırılmış, cezaevinde iyi halli olarak geçirilecek sürelerde artış yaşanmış, koşullu salıverilme süreleri 1/2'den 2/3'e çıkarılmış, sürgün cezasının infazı için 60 kilometre şartı 500 kilometreye çıkarılmış, 12-15 ve 15-18 yaş aralığında olup suç işleyenlerin cezasında yapılacak indirim oranları düşürülmüş, cezai sorumluk yaşı 21'den 18 yaşına indirilmiş, 18 yaşını dolduranların cezai sorumluluklarının tam olduğu düzenlenmiş, 18-21 yaş aralığında olanlar için yapılacak cezai indirim bu nedenle kaldırılmış, zimmet, irtikap, rüşvet, suç işlemeye tahrik, uyuşturucu maddelere ilişkin cürümler, adam öldürme, müessir fiil, hakaret ve hırsızlık gibi pek çok suçun cezasında artırım yapılmıştır.)

cezalarında takdiri indirim halinde cezanın müebbet ağır hapse çevrileceği, müebbet ağır hapis cezalarında ise 30 sene ağır hapis cezasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durum, getirilen düzenlemenin açıkça takdiri indirimden yararlanacak olan failerin aleyhine olduğunu göstermektedir. Bu aleyhe düzenleme sadece ölüm cezaları ve müebbet hapis cezaları yönünden olmayıp ayrıca bu cezalar dışında kalan süreli cezalar ve para cezaları için de geçerlidir. Zira diğer cezalar bakımından gerek yasal düzenlemenin ilk halinde gerekse de 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle yapılacak indirimin 1/6 ile 1/3 arasında uygulanabileceği ve bu aralıkta indirim yapılabileceği kabul edilmesine rağmen son düzenlemede yapılacak indirimin en çok 1/6 olarak uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde 59. maddede yapılan yasal değişiklikler bu şekilde olsa da sadece bu madde ile sınırlı kalmamış ve bu maddenin uygulanmasıyla bağlantılı olan 29. maddede de değişiklikler yapılmıştır. Zira 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği ilk hali ile 29. madde: *“Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir. Kanunun muayyen bir nispet dairesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan teşdit veya tahfif edici sebepler nazara alınmaksızın o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse tezyit ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur. Eğer birçok esbap içtima etmiş olursa artırıp eksiltme hususu, ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder. Eğer içtima eden sebeplerden bazıları artırmayı ve bazıları eksiltmeyi müstelzim olursa ilk önce artırmakla işe başlanır. Bütün hallerde mücrimin yaşı, akli haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerriir hususları bu sıra takip olunmak şartile en sonra nazara alınır. Ceza artırılır veya eksiltilirken kanunun sureti mahsusada tayin ettiği ahval müstesna olmak üzere her nevi ceza için muayyen olan hudut tecavüz edilemez”* şeklinde düzenlenmiştir. Sonraki dönemlerde ise bu maddede ilk değişiklik 03/02/1937 tarih ve 3112 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılmış olup “adli tevbih” müessesesi getirilmiştir. Ancak bu madde kapsamında bizi asıl ilgilendiren değişiklik 21/11/1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile getirilen ek fıkra hükmüdür. Zira bu kanun değişikliği ile ek fıkra kabul edilmeden önce 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde temel cezanın nasıl belirleneceği ve hangi kriterlerin esas alınacağı konusunda bir düzenleme

bulunmamaktaydı⁸⁷. Bu da uygulamada çeşitli sorunlara yol açmakta ve hatta bazen hâkimin alt ve üst sınırlar arasında cezayı serbestçe belirleyebileceği ileri sürülmekteydi⁸⁸. Oysa bu durum, cezanın tespiti bakımından oldukça adaletsiz kararların çıkmasına ve uygulamaların yapılmasına sebep olduğundan tartışmalara yol açmıştı. İşte bu nedenle var olan sorunu ortadan kaldırmak isteyen kanun koyucu, 3679 sayılı Kanun ile 29. maddede ek 8. fıkrayı kabul etmiştir⁸⁹. Getirilen yasal düzenlemeye göre: *“Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve Saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari hadden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir”*. Bu düzenlemeyle Yargıtay CGK’nın 18/06/1984 tarihli kararında belirtilen hususlarla paralel bir şekilde cezanın belirlenmesindeki kriterler yasalaştırılmıştır.

Kabul edilen bu düzenleme, Alman Ceza Kanunu’nda kabul edilen sisteme de oldukça benzemektedir. Zira Alman Ceza Kanunu’nun 46/2. maddesinde sanığın amacı, iradesi, eylemin gerçekleştiriliş şekli ile sonuçlarının yanında *“failin önceki hayatı, kişisel ve ekonomik durumları, olaydan sonraki tutumu, özellikle zararı ortadan kaldırmak için gösterdiği çaba ve mağdur ile uzlaşmak için gösterdiği çaba”* gibi hususlar da temel cezanın belirlenmesi kriterleri arasında düzenlenmiştir⁹⁰. Ancak

⁸⁷ Doğan Gedik, “Basamaklı (Alt – Üst Sınırlı) Ceza Sisteminde Temel Cezanın Tayini ve Türk Ceza Kanunu’nun 29/son Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Temel Ceza)”, AD, S. 15, Nisan 2003, s. 361.

⁸⁸ Yargıtay CGK, T. 18/06/1984, E. 1984/3-104, K. 1984/230 sayılı kararına göre: *“Kanunumuz istisnai haller dışında sabit bir ceza belirtmeyip, aşağı ve yukarı basamaklı cezalar sistemini kabul ederek, aşağı ve yukarı sınırlar içinde cezayı belirlemek yetkisini hâkime tanımak suretiyle suç, ceza ve suçlu kişi arasında uygun dengeyi sağlamayı amaçlamıştır. İki sınır arasındaki somut olayda uygulayacağı ceza miktarını belirlerken, hâkimin hangi esasları göz önünde bulunduracağı 647 sayılı Kanun’un 5/2. maddesinde gösterilen para cezalarının tayini hakkındaki hüküm müstesna, kanunda gösterilmiş değildir. Buna karşılık bazı kanunlarda ve özellikle İtalyan Ceza Kanunu, takdir hakkını kullanan hâkimin, cezayı belirlerken göz önünde tutacağı esasları tespit etmiştir. Bu Kanun’un 133. maddesine göre, hâkimin; fiilin niteliği, nevi, vasıtaları, konusu, işleniş, zamanı ve yeri ile diğer vasıflarından suçtan zarar görene verilen zararın veya yaratılan tehlikenin ağırlığından ve kastın yoğunluğu ile taksirin derecesinden anlaşılan, suçun ağırlığını ve suç saikleriyle, suçlunun mizacından, suçlunun adli geçmişi ile genel olarak suçtan önceki yaşayış tarzından, suçla birlikte ve sonraki tavır ve hareketlerinden, nihayet kişisel, ailevi ve sosyal hayat şartlarından anlaşılacak cürmi ehliyetini nazara alarak aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanır. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber aynı ölçülerin göz önünde tutulduğu suç ile suçlunun kişiliğinin takdir yetkisinin kullanılmasında rehberlik ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır”*. Karar Uyap’tan alınmıştır.

⁸⁹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 555- 556.

⁹⁰ Gedik, s. 361.

cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınan “*failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*” kriterleri işlenen fiilin haksızlık içeriği bakımından dikkate alınabilecek konular olmayıp sadece bireyselleştirme kapsamında göz önüne alınabilir. Durum bu şekilde olmakla birlikte yasa koyucunun bu kriterleri de cezanın belirlenmesi kriterleri arasında düzenlemesi çifte değerlendirme yasağına yol açmıştır. Çünkü bu kriterlerin bazıları aynı zamanda takdiri indirim nedenleri olarak 59. madde kapsamında dikkate alınmakta, bu durum uygulamada çelişkilere neden olmakta ve mahkemelerce verilen pek çok karar sırf bu sebeple bozulmaktaydı⁹¹. Daha sonra 5237 sayılı TCK ile yapılan yasal düzenlemede bu kriterler doğrudan takdiri indirim nedenleri kapsamına alınmış olup bu konudaki sorun çözülmüştür⁹². Bu durum, daha sonra ayrıntılı ele alınacak olsa da takdiri indirim nedenleri konusunda 765 ve 5237 sayılı TCK’lar arasındaki farklılıklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Takdiri indirim nedenleriyle 765 sayılı TCK’nın 29. maddesi arasındaki diğer bağlantı ise cezanın belirlenmesinde takdiri indirim nedenlerinin hangi sırayı takip ederek uygulanacağını düzenleyen 29. maddenin beşinci fıkrasıdır. Zira ilgili maddede “*Bütün hallerde mücrimin yaşı, akli haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerrür hususları bu sıra takip olunmak şartile en sonra nazara alınır*” denilmek suretiyle somut bir olayda 59. maddeye göre takdiri indirimin uygulanmasına karar veren hâkime temel cezayı belirlerken bu kriteri hangi esaslara göre uygulayacağı konusunda yol göstermektedir. Bu nedenle hâkim, temel cezayı tespit ettikten sonra 29. maddede belirtilen kriterlerden önce failin yaşını, akli durumunu, takdiri indirim nedenlerini ve en son tekerrür durumunu dikkate almak zorundadır. 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde ise takdiri indirim nedenlerinin tekerrürden önce uygulanması durumu

⁹¹ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 168- 169.

⁹² Her ne kadar bu konudaki sorun çözülmüş olsa da uygulamada bu kez takdiri indirim nedenleri yönünden uyarılma yargılaması yapılması sorunu gündeme gelmiştir. Zira takdiri indirim olarak kabul edilebilecek unsurların değişmesi, buna bağlı olarak cezada yeniden değerlendirme yapılması gerekliliğini de ortaya çıkarmıştır. Nitekim Yargıtay CGK, T. 29/12/2005, E/K. 8-141/149 sayılı kararına göre: “*Sanık hakkında hüküm kurulurken, 765 sayılı TCK’nın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kıstaslara ilişkin 29. maddesi göz önünde bulundurularak temel ceza asgari düzeyde belirlenmiş, ancak aynı Yasa’nın cezada takdiri indirimi düzenleyen 59. maddesi uygulanmamıştır. 5237 sayılı Yasa ile getirilen yeni düzenlemede, temel cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin kurallarda değişiklikler yapılmış olması ve önceki düzenlemede temel cezanın tayininde kullanılan bazı kıstasların bu yasal düzenlemede takdiri indirim nedeni olarak belirlenmesi karşısında, 5237 sayılı Yasa’nın 62. maddesinde öngörülen takdiri indirim hükmünün somut olayda sanık bakımından uygulanmasının gerekip gerekmediğinin öncelikle yerel mahkemece değerlendirilip tartışılmasında zorunluluk bulunmaktadır*”. Karar için bkz. Parlar ve Hatipoğlu, “5237 sayılı TCK’da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları”, s. 1484- 1485.

değiştirilmiş olup sonuç cezanın belirlenmesinde en son uygulanacak kriter olarak kabul edilmiştir. Bu durum, 5237 sayılı TCK'da tekerrür müessesesinin hukuki niteliğinde yapılan değişiklikten kaynaklanmıştır. Zira 5237 sayılı TCK'da tekerrür, cezanın artırım sebeplerinden ve bu anlamda cezanın belirlenmesi kriterlerinden biri değil, güvenlik tedbiri olarak ele alınmıştır⁹³.

3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Takdiri İndirim Nedenleri

765 sayılı TCK kapsamında takdiri indirim müessesesinin nasıl uygulanacağı anlatılırken belli ölçüde ve kısmen 5237 sayılı TCK dönemine de değinilmiş ise de bu dönemde getirilen düzenleme ve yapılan uygulamaya ayrıca değinmek gerekmektedir. Zira mevcut düzenlemede takdiri indirim nedenlerinin ne olduğu, hangi kriterin benimsendiği, yasal düzenlemede ne gibi değişiklik yapıldığı veya ne yapılmaya çalışıldığını açıklamamız gerekmektedir. Çünkü bu konuda hazırlanan tasarı ile kabul edilen metin arasında bariz farklar bulunmaktadır.

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nce 12/05/2003 tarihli B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı TBMM Başkanlığı'na sunulan 5237 sayılı TCK'ya ilişkin tasarı incelendiğinde, aslında 765 sayılı TCK'daki sisteme benzer bir düzenlemenin hazırlandığı ve sunulduğu anlaşılmaktadır. Zira Tasarı'nın 79. maddesinde temel cezanın belirlenmesi başlıklı düzenlemeye göre: *“Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç nedenleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri, kişisel ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Takdirin nedenleri kararda gösterilir”*.

Cezaların belirlenmesi başlıklı 80. maddenin 5. fıkrasında *“Bütün hallerde yaş, akli durum, takdire bağlı hafifletici nedenler ve tekerrür, bu sıra izlenerek en son uygulanır”* ve 33. maddesinde *“Kanunda belirtilen hafifletici nedenlerden ayrı olarak fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenler kabul edildiğinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis, müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl*

⁹³ Çetin Arslan ve Murat Kayañççek, Suçta Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 43- 51.

hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir”⁹⁴ denilmek suretiyle takdiri indirim nedenleri ve cezanın belirlenmesi konusundaki yasal düzenlemeler hazırlanmıştır. Yapılan bu düzenlemeler değerlendirildiğinde 765 sayılı TCK’daki düzenleme gibi olduğu, halihazırda takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen kriterlerin temel cezanın belirlenmesinde esas alındığı ve hâkimin takdiri indirim nedenlerine sahip olup uygulayabileceği ve uygulamayı yaparken de yine 765 sayılı TCK’da kabul edilen sırayı takip edeceği belirtilmiştir. Ancak Tasarı’da süreli hapis ve para cezaları bakımından 23/06/1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe geri dönülerek 765 sayılı TCK’dakinden farklı bir oran kabul edilmiştir.

Tasarı, yukarıda belirtilenler de dâhil olmak üzere mevcut düzenlemeleri ile 12/05/2003 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulduktan sonra 21/10/2003 ve 12/05/2004 tarihleri arası Adalet Alt Komisyonu’nca yapılan çalışmalardan sonra gerekçeleriyle birlikte 348 maddeye indirilmiştir. Genel Kurul’da 26/09/2004 tarihinde kabul edilmiş olan 5237 sayılı TCK, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanun’un ilk halinde takdiri indirim nedenleri Birinci Kitap Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümde “*Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*” alt başlıklı kısımda, 62. maddede düzenlenmiştir. Kabul edilen metnin ilk haline göre: “*Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir*”. Ancak Kanun’un kabul edilmesinden sonra henüz yürürlük tarihi olan 01/06/2005 tarihinden önce 31/03/2005 gün ve 5328 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle 62. maddenin 1. fıkrasında yer alan “beşte” ibaresi “altıda” olarak değiştirilmiş ve madde metnine işlenmiştir⁹⁵.

⁹⁴ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic

⁹⁵ Yapılan bu değişiklikle uyarılama yargılaması konusunda mahkemeler açısından doğabilecek sıkıntıların önüne geçilmiştir. Zira ceza mahkûmiyeti içeren kararların yaklaşık % 95’in de takdiri indirim nedenleri ile indirim yapıldığı düşünülürse bu durum daha iyi anlaşılacaktır. Nitekim Kanun’un genel gerekçesinde: “*Nisan 2005 tarihinden itibaren, Kanunun 62, 90, 116, 184 ve 235. maddelerinin uygulanmasında ciddi sorunların ortaya çıkabileceği değerlendirilmiş olup, bu maddelerde uygulamada çıkabilecek tereddütlerin ve sorunların önüne geçmek amacıyla, değişiklik yapılması zarurî görülmüştür*” ve madde gerekçesinde ise “*765 sayılı TCK’nın 59. maddesinin*

Madde gerekçesinde yapılan değişiklik şu şekilde açıklanmıştır: “*Takdiri indirim nedenlerinin varlığı durumunda tasarıda kabul edilen indirim oranlarında kısmen değişiklik yapılmıştır. Ayrıca, takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar, maddenin ikinci fıkrasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikle, mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir*”. Bu değişiklikle Tasarı’da bütünüyle farklı bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

5237 sayılı TCK’da kabul edilen düzenlemeyle kanun koyucu, 62. madde ile hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak uygulanacağını açıkça düzenlemiş ve ilgili maddede “*gibi*” denilmek suretiyle belirlenen bu hususları örnek olarak saymıştır. Bu durumda hâkim, sadece maddede yazılı olan sebepler ile sınırlı olmayıp bunun dışında uygun düştüğü ölçüde birtakım hususları da takdiri indirim nedeni olarak kabul edip uygulayabilecektir. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, 5237 sayılı TCK’da takdiri indirim nedenleri bakımından serbest takdir sistemini benimsemiş olmaktadır⁹⁶.

Takdiri indirim nedenlerinin 5237 sayılı TCK’da ne şekilde düzenlendiği belirtildikten sonra ayrıca cezanın belirlenmesi sırasında nasıl uygulanacağını ve bu konuda nasıl bir belirleme yapıldığının da ortaya konulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinin 5. fıkrasıyla: “*Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile*

karşılığı olarak düzenlenen, 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin diğer cezalardaki indirimi öngören birinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen indirim oranının, uygulamada surf bu değişiklik nedeniyle hükme bağlanmış birçok dava dosyasının yeniden ele alınıp incelenmesini gerektirecek bir sürecin ciddi sıkıntılara sebebiyet verebileceği düşünüldükçe, 765 sayılı TCK’daki şekliyle muhafaza edilmesiyle bu sorunların giderilebileceği sonucuna varılmış olmakla bu değişiklik yapılmıştır” denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır. Konya Milletvekili Kerim Özkul’un Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi; Malatya Milletvekili Muharrem Kılıç ile 29 Milletvekili ve Trabzon Milletvekili Cevdet Erdöl ile 5 Milletvekilinin, Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (2/402, 2/406, 2/408), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 842, s. 1; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 654.

⁹⁶ Bakıcı, s. 1198.

takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir” düzenlemesi getirilmiştir. Maddeye göre; yapılan sıralamada sonuç ceza belirlenirken takdiri indirim nedenleri en son aşamada uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinde düzenlenen tekerrür müessesesi artık cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler arasından çıkarıldığından takdiri indirim nedenlerinden önce veya sonra uygulanması söz konusu değildir.

Dikkat edilmesi gereken bir husus da yasal düzenlemelerin kaleme alınış şeklidir. Zira 765 sayılı TCK’da olduğu gibi 5237 sayılı TCK’da da takdiri indirim nedenlerinin, takdire dayalı yapısına aykırı olarak yasal metinler kabul edilmiştir. İlgili maddeler, uygulayıp uygulamama konusunda hâkimin takdir hakkına sahip olmasına rağmen emredici bir yasal düzenleme şeklinde kaleme alınmıştır ki bu durum, takdiri indirim nedenleri müessesesinin ruhuna uygun düşmemektedir. Sadece 5237 sayılı TCK’nın 62/2. maddesinde hâkime tanınan takdir yetkisi ile bağdaşır bir şekilde yumuşak bir dil kullanılmış ve hâkimin takdiri indirim nedeni olarak hangi halleri göz önünde bulundurabileceği düzenlenmiştir. Kaleme alınış şekli takdiri indirim müessesesinin özüne uymasa da işin niteliği gereği hâkimin uygulayıp uygulamama konusundaki takdir hakkı kaçınılmazdır. Ancak bu takdir hakkı da daha sonra ayrıntılı açıklanacağı üzere birtakım sınırlamalara tabi tutulmakta ve özellikle Yargıtay tarafından takdir hakkının yerinde uygulanıp uygulanmadığı denetlenmektedir. Ayrıca hâkime tanınan bu takdir hakkı, sadece bu müesseseyi uygulayıp uygulamama noktasındadır. Hâkim, bu müesseseyi uygulamaya karar verdikten sonra kanunda belirlenen yasal indirim oranlarına uymak zorundadır. Bu konuda hâkime tanınan bir takdir hakkı söz konusu olmayıp sadece süreli hapis ve adli para cezaları yönünden yapılacak indirimi en fazla “1/6” oranına kadar belirleyebilme imkânı tanınmış, ancak bu oranı aşabilme hakkı verilmemiştir.

4. Takdiri İndirim Nedenleri Bakımından 5237 Sayılı Kanun ve 765 Sayılı Kanun Arasındaki Farklar

Yukarıda her iki kanun yönünden takdiri indirim nedenlerinin düzenlenişi ve uygulamasından bahsederken iki kanunun aynı konuya ilişkin farklılıklarından kısmen bahsedilse de aralarındaki farklılıkların konunun daha iyi anlaşılması için ayrıca ortaya konulması gerekmektedir. Zira 5237 ve 765 sayılı TCK’lar bakımından indirim oranları,

sebeplerin açıkça belirtilip belirtilmediği ve ne şekilde uygulanacağı konusunda birçok fark bulunmaktadır ki bu farkları şu şekilde tarif edebiliriz.

İki temel kanun arasındaki ilk fark, takdiri indirim nedenleri yönünden kabul edilen sistem bakımındandır. Her ne kadar her iki kanun da serbest takdir sistemini kabul etse de dayanan nedenler yönünden aralarında farklar bulunmaktadır. Zira 765 sayılı TCK'nın gerek ilk halinde gerekse de 21/11/1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe rağmen hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edileceği konusunda herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. 3679 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede ise, aslında takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek veya nitelendirilebilecek hususlar, takdiri indirim nedeni olarak değil cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek unsurlar arasında sayılmıştır. Bu bakımdan 765 sayılı TCK, belirsiz sebeplere dayalı serbest takdir sistemini kabul etmiş denilebilir. 5237 sayılı TCK'da da serbest takdir sistemi geçerlidir, ancak 5237 sayılı TCK'da hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceği açıkça belirtilmiş ve örnek kabilinden sayılmıştır. Cezayı tespit edecek hâkimin bu sayılanlar dışında da birtakım hususları takdiri indirim nedeni olarak kabul edip uygulamasına bir engel bulunmamaktadır.

İndirim oranları bakımından da aralarında farklılık bulunmaktadır. Nitekim yapılan değişiklikler sonucunda en son haliyle 765 sayılı TCK'da takdiri indirimi uygulayacak hâkime ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında müebbet hapse, müebbet hapis cezalarında ise 30 sene ağır hapis cezasına çevirme, süreli hapis ve para cezalarında ise cezada en fazla "1/6" oranında indirim yapabilme yetkisi tanınmıştı. 5237 sayılı TCK'nın son halinde de benzer şekilde düzenleme yapılmıştır. Tek farklılık ise müebbet hapis cezaları yönündendir. Zira 5237 sayılı TCK'da müebbet hapis cezalarının 25 yıla indirileceği hüküm altına alınarak 30 yıl öngören 765 sayılı TCK'dan bu yönüyle de ayrılmıştır.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanma sırasına göre de her iki kanun arasında fark bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'da daha önce belirtildiği üzere takdiri indirim nedenleri, sonuç cezanın belirlenmesinde en son uygulanacak kriterdir. Tüm artırım ve indirimler uygulandıktan sonra takdiri indirim yapılmasına karar veren hâkim, 62. maddede düzenlenen takdiri indirim nedenlerini de uygulayarak sonuç cezayı

belirleyecektir. 765 sayılı TCK'da ise farklı bir düzenleme kabul edilmiştir. Zira 765 sayılı TCK'da 29. maddeye göre takdiri indirim nedenleri, cezanın belirlenmesinde en son sırada olan ve cezanın artırımı sebeplerinden biri olan tekerrürden önce uygulanacaktır.

Bir diğer farklılık da cezaların içtimalı meselesinden kaynaklanmaktadır. Zira 765 sayılı TCK'da cezaların içtimalı müessesesi kabul edilerek uygulanmaktadır. Bu kanuna göre her bir suç için belirlenen cezalar içtima edilmektedir. Takdiri indirim nedenleri ise cezaların içtimalından önce uygulanmakta, her bir suç için ayrı ayrı uygulanıp sonuç cezalar belirlendikten sonra cezalar içtima edilmektedir. Yani cezaların içtimalı, takdiri indirim nedenleri uygulandıktan sonra belirlenen ceza miktarları toplanarak gerçekleştirilmektedir. Bu durum cezayı azaltan takdiri sebebin, her suça doğrudan doğruya bağlı bir sebep olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁷. 5237 sayılı TCK ise cezaların içtimalı müessesesine yer vermemiştir⁹⁸. Her bir suç için öngörülen cezada takdiri indirim hükümleri uygulanarak sonuç cezalar belirlenmiş, ayrıca ortaya çıkan cezalar içtima ettirilmemiştir. Aslında bu farklılık takdiri indirim nedeninin uygulanmasındaki farklılıktan değil, cezaların içtimalı müessesesine ilişkin iki kanunun farklı yaklaşımından kaynaklanmaktadır.

Son farklılık ise takdiri indirim nedenlerinin, kararda gösterilmek zorunluluğu ile ilgilidir. Zira 765 sayılı TCK'da takdiri indirimi düzenleyen 59. maddede bu yönde herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Oysa 5237 sayılı TCK'nın 62/2. maddesinde "Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir" denilerek bu konuda 765 sayılı TCK'dan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir⁹⁹.

⁹⁷ Faruk Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", AÜHFD, C. 3, S. 2, 1946, s. 364.

⁹⁸ Cezaların içtimalı müessesesi, 5275 sayılı CGTİHK'nın 99. maddesinde düzenlenmiştir ve koşullu salıverilme bakımından önem arz etmektedir. Maddede: "Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107 nci maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir" denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır.

⁹⁹ Güral, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2", s. 37.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZALAR, ÖZELLİKLERİ VE CEZALARIN BELİRLENMESİ

Şİ. GENEL AÇIKLAMALAR

Takdiri indirim nedenleri, suç işleyen faile uygulanacak cezanın tespitinde en son aşamada dikkate alınan ve cezayı bireyselleştiren müesseselerden biridir. Bu nedenle takdiri indirim nedenleri uygulanmadan önce yasada belirlenen kurallar doğrultusunda cezanın belirlenmesi ve sonrasında takdiri indirim nedenleri ile cezanın bireyselleştirilmesi gerekmektedir. Önceki bölümde her ne kadar takdiri indirim nedenlerine genel olarak değinilmiş, bu müessesenin doğuşu ve özellikleri ile gerek ülkemizde gerekse karşılaştırmalı hukuktaki uygulanişından bahsedilmiş ise de, bu müessesenin ayrıntılı incelemesine geçmeden önce cezanın ya da yaptırımların ne olduğunun ve nasıl belirlendiğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Ancak bu sayede takdiri indirim nedenlerinin cezalandırmadaki işlevi daha iyi anlaşılacaktır. Bu bölümde de somut cezanın tespitinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasından önceki aşama olan ceza ya da yaptırımlar konusuna değinilmesi amaçlanmıştır.

Tüm anayasalarda ve anayasalara bağlı olarak yapılan kanuni düzenlemelerde devletlere verilen öncelikli görev, her şeyden önce bireyi korumaktır. Hatta çağdaş anayasalarda devletin varoluş amacının bireyin korunması, onun hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması olarak kabul edilmektedir. Kendisine böyle bir görev yüklenen devlet, vatandaşı olan bireyin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi için gerekli tedbirleri almakta ve ona sosyal ve ekonomik haklar tanımaktadır. Sırf insan olduğu için vatandaşının sahip olduğu hak ve özgürlükleri kabul edip bu hak ve özgürlüklere başkalarının yapılacak tecavüzleri engelleyerek hem vatandaşını (birey) korumakta hem

de toplumsal düzeni sağlamaktadır¹⁰⁰. Getirilen yasal düzenlemelerde hangi davranışın hukuka aykırı olduğunu, hangi davranışın suç teşkil edeceğini belirleyen devlet, tespit ettiği bu kurallara uyulmasını teminen birtakım kurallar da kabul etmektedir. İşte devletin, bireyin sahip olduğu bu hak ve özgürlükleri korumak, ihlal edenleri ise cezalandırmak adına kabul ettiği düzenlemeler cezai yaptırımların konusunu oluşturmaktadır.

Yaptırım, suç teşkil eden bir davranışta bulunan, kanunun suç saydığı bir eylemi gerçekleştiren kusurlu kişiye karşı uygulanan bir müeyyidedir. 5237 sayılı TCK'da suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar, dar anlamda cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak düzenlenmiştir. Ancak daha sonra ayrıntılı olarak belirtileceği üzere dar anlamda cezalarla güvenlik tedbirleri arasında önemli farklar vardır. Zira belirtilen bu tanım daha çok dar anlamda cezalar için geçerlidir. Dar anlamda cezaların da mahkeme kararına bağlı olarak uygulanması, hangi davranışa ne şekilde uygulanacağını önceden belirli olması, infazının yine belirlenmiş kurallara göre yetkili organlarca gerçekleştirilmesi gibi birtakım özellikleri bulunmaktadır. Mahkeme kararına bağlı olarak uygulanacağı için de yaptırımın nasıl tespit edilip belirlendiğinin (cezanın belirlenmesi), hangi kriterlerin esas alınarak suç işleyen kişiye uygulandığının (cezanın kişiselleştirilmesi) ve uygulanmasında neyin amaçlandığının ortaya konulması gerekmektedir. Cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi sürecinde bu noktada takdiri indirim nedenleriyle bağlantısı da ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle takdiri indirim nedenlerinin uygulanması konusuna geçmeden önce dar anlamda cezanın gerçekte ne olduğunun ve güvenlik tedbirlerinden farkının ortaya konulması, özelliklerinden ve amacından kısaca bahsedilmesi, daha sonra cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi araçlarından ve en son aşamada ise bu hususların 5237 sayılı TCK'daki düzenlenişinden bahsedilmesi gerekmektedir. Ancak konumuzun asıl olarak takdiri indirim nedenleri olması ve özellikle cezalarla ilgili bu kısmın oldukça geniş bir alanı içermesi nedeniyle bu hususlara belirli ölçüde değinilecektir.

¹⁰⁰ 1982 Anayasası'nın 12. maddesinde "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" denilerek "*tabii hak*" anlayışı benimsenmiştir. Ancak başlangıç bölümünde ise, "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" belirtilmiştir. Metinde geçen "*Bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden*" ibaresi "*pozitivist hak*" anlayışını yansıtmaktadır ve bu durum, tabii hak anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 98.

ŞII. TÜRK CEZA HUKUKUNDA YAPTIRIMLAR

Yukarıda belirtildiği üzere 5237 sayılı TCK'da suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar, dar anlamda cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak düzenlenmiştir. Ancak dar anlamda cezalarla güvenlik tedbirleri arasında önemli farklar bulunmaktadır. Özellikle güvenlik tedbirlerinin niteliği ve ortaya çıkış şekli, dar anlamda cezalardan oldukça farklıdır. Bu nedenle bundan sonraki süreçte dar anlamda cezalarla güvenlik tedbirlerinin nitelikleri, aralarındaki farklar ve 5237 sayılı TCK'daki düzenleniş şekilleri ele alınacağı gibi zaman içerisinde birbirleriyle olan ilişkileri de anlatılacaktır.

A. Yaptırım Türleri: Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK'da yaptırım sistemi bakımından ikili bir düzenleme kabul edilerek cezai yaptırımlar; dar anlamda cezalar (Kanun'un Birinci Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölümünde, Madde 45-52), ve güvenlik tedbirlerini de içerecek şekilde geniş anlamda cezalar olarak (İkinci Bölümde, Madde 53-60) düzenlenmiştir. Dar anlamda cezalar, hapis ve para cezaları olarak ikiye ayrılırken; geniş anlamda cezanın bir kolu olan güvenlik tedbirleri ise belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere, çocuklara, akıl hastalarına ve tüzel kişilere ilişkin tedbirler ile tekerrür¹⁰¹ ve suç işleyen yabancının sınır dışı edilmesi¹⁰² olarak düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nda kabul edilen bu sistem aslında basit bir ikili ayırım gibi görünse de ceza hukukunda aslında uzun yıllar devam eden bir tartışma ve mücadelenin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Zira önceleri dar anlamda cezalar yaygın olarak uygulanırken zamanla suç ve suçlulukla mücadelede yetersiz kaldığı ileri sürülerek, amaç ve uygulanışı tamamen farklı, güvenlik tedbirleri olarak adlandırılan birtakım tedbirler kabul edilmiştir. Ne yazık ki getirilen tedbirlerin de tek başına suç ve suçlulukla mücadelede yeterli olmayacağı ortaya

¹⁰¹ Tekerrürün hukuki mahiyetinin tartışmalı olduğu konusunda bkz. dn. 93.

¹⁰² Her ne kadar suç işleyen yabancının sınır dışı edilmesi, 5237 sayılı TCK'nın 59. maddesinde güvenlik tedbiri olarak düzenlense de aslında bu tedbirler İçişleri Bakanlığı'nca icra edilmektedir ve idari tedbir kapsamındadır. Zira maddeye göre: "İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir". Maddenin kabul edilen ilk halinde bu görev mahkemelere verilmiş olsa da sonrasında 31/03/2005 tarihli 5328 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle bu durum düzeltilmiş ve yasal düzenleme bugünkü şeklini almıştır. Mevcut düzenlemeye göre bu tedbirlerin, artık güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara 2012, s. 492- 493; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 737.

çıkmiş ve nihayetinde birlikte uygulanmasının kararlaştırılmasıyla modern ceza yaptırım sistemi ortaya çıkmıştır.

Modern yaptırım ceza sistemine uygun olarak 5237 sayılı TCK'da kabul edilen düzenleme de son derece yerindedir. Zira dar anlamda cezalar kusura göre belirlenmektedir. Suç işleyen kişiye kusur izafe edilemediği durumlarda ise dar anlamda cezalar yerine güvenlik tedbirlerinin uygulanması daha doğru olacaktır. Örneğin; algılama ve hareketleri yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde etkileyen akıl hastalığında kişi, suç teşkil edecek bir davranış gerçekleştirdiğinde davranışlarını yönlendirme yeteneği olmadığı için kusurlu sayılamayacak, hapis veya para cezasına tabi tutulamayacaktır. Bu kişiye karşı uygulanacak tedavi tedbiri ile ancak cezalandırmadan beklenen fayda sağlanacak ve failin toplum bakımından tehlikeliliği azaltılmaya çalışılacaktır. Bu nedenle kusurlu iradesiyle suç işleyen kişiye karşı dar anlamda ceza ve güvenlik tedbirleri birlikte uygulanabilecek iken; kusurundan bahsedilemeyecek ve kusurlu sayılamayacak kişiye sadece güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir¹⁰³.

Cezanın kanunun suç saydığı bir eylemi gerçekleştiren kusurlu kişiye karşı uygulanan bir müeyyide şeklindeki tanımının, aslında dar anlamda cezalar için geçerli olduğunu yukarıda belirtmiştik. Zira güvenlik tedbirlerinde faile bir müeyyide uygulamaktan daha ziyade onun ıslahı ve topluma kazandırılması düşüncesi vardır. Dar anlamda cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de failin yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi amacı bulunsa da uygulanan yöntemler farklıdır. Burada yapılacak tespitler daha çok dar anlamda cezalar için geçerlidir. Ancak ilgisi olduğu ölçüde güvenlik tedbirlerine ve bu tedbirlerin hangi amaçla dar anlamda cezalarla bir araya geldiklerine de değinilecektir. Dar anlamda cezalar ortaya koyulurken de öncelikle cezaların amacının ortaya koyulması ve özelliklerinin belirtilmesi ile sonrasında daha sağlıklı bir tanım yapılması söz konusu olacaktır.

§III. CEZALARIN AMACI

Cezanın amacı konusunda süreç içerisinde kimi yazarlarca değişik fikirler ileri sürülmüş, cezaya farklı anlamlar ve görevler yüklenmiştir. Yazarlar, cezanın ne

¹⁰³ Koca ve Üzülmüş, s. 558.

olduğunu tanımlarken de bu konuda daha önce ileri sürülen görüşlerin eksik yönlerini eleştirerek ve ortaya koyarak bir sonuca varmaya çalışmışlardır. Ancak bugün gelinen noktada ileri sürülen görüşlerden hareketle ortak bir sonuca varılmış olup, bu sonuca göre cezanın iki türlü amacı olduğu kabul edilmektedir. Bu sonuca göre cezanın ilk amacı; haklı olan kişiye hakkını vermek, haksız olana da haddini bildirmek düşüncesidir. İkinci amacı ise; hem suç işleyen kişinin hem de toplumun diğer fertlerinin yeniden suç işlemesinin önüne geçmek, suç işlemekten çekinmelerini sağlamaktır¹⁰⁴. Bu iki amaç doğrultusunda ileri sürülen farklı görüşlerin sınıflandırılmasına aşağıda değinilecektir.

A. Mutlak Ceza Teorisi

Klasik Okul tarafından ileri sürülen bu teoriye göre; kusurlu hareketiyle hukuku ihlal eden failin cezalandırılması esastır. Fail, kusurlu iradesiyle böyle bir davranışta bulunduğundan kınanmakta ve cezalandırılmaktadır. İradesi özgür olan failin, iyiyi seçmek yerine kötü ve yanlış olanı tercih etmesi cezalandırılmasındaki ana sebeptir¹⁰⁵. Cezalandırmada herhangi bir amaçtan daha ziyade bizzat cezalandırmanın kendisi hedeflenmektedir. Burada kusurlu hareket eden faile bir nevi bu davranışın bedeli ödetilmekte, kefarete amaçlanmaktadır. İradesiyle hukuku ihlal eden failin bu davranışından sorumlu olduğu kabul edilmekte, kusurlu ve sorumlu olan failin cezalandırılması ile bozulan adaletin yeniden tesisine çalışılmaktadır¹⁰⁶. Bunu yaparken de faili, sadece kusurlu eylemi ile ele almakta, onu suç işlemeye sevk eden sosyal ve psikik etkenleri kapsam dışı bırakmaktadır.

Fail, kusurlu davranışının zorunlu sonucu olarak ceza tehdidi ile karşı karşıya olup kusuru ölçüsünde sorumludur ve kendisine kusuruyla orantılı ceza verilmektedir. Bu anlayış, Klasik Okul taraftarlarının manevi sorumluluğa ilişkin düşüncesinin temel taşıdır. Zira Klasik Okul taraftarları, suç işleyen bir kimseye sorumluluğuyla orantılı bir ceza uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁷. 5237 sayılı TCK'nın 3/1. maddesinde

¹⁰⁴ Mustafa Artuç ve Tahir Hırsılı, Hüküm Kurma Sanatı, Beşinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 114; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 282.

¹⁰⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 111.

¹⁰⁶ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 363.

¹⁰⁷ Burhan Köni, "Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi", AÜSBFD, C. 1, S. 1, 1943, s. 48; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 425- 426.

kabul edilen failin, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine tabi tutulması anlayışının temeli de bu düşüncede yatmaktadır. Bu teoride en önemli unsurlar manevi sorumluluğa dayanan kusurlu irade, kusur ölçüsünde cezanın kefareti ve ceza ile yeniden adaleti sağlama düşüncesidir¹⁰⁸. Bu teoriyi savunanlar da zaman içinde bu unsurlardan bazılarına daha fazla önem atfetmiş olduğundan kendi içlerinde kefareti teorisini savunanlar ve adalet teorisini savunanlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

1. Kefaret Teorisi

Kefaret; bir hatanın, kusurlu davranışın ya da bir kabahatin affı için ödenen karşılık demektir. Bu teoriyi savunanlara göre de kefareten asıl kastedilen, bedel ödetmedir. Kusurlu hareket eden kişiye yaptığıının bedelini ödetme amacı vardır. Ödetici ceza anlayışının bir sonucu olarak kusurlu hareket eden faile yaptığı davranışın bedeli ödetilerek cezalandırmada hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁹.

Bu teoriyi savunanlardan bazıları kefareti dini açıdan; bazıları ise, ahlaki açıdan ele almaktadır. Zira kefareti dini düşüncelerle ele alan yaklaşıma göre suç işleyerek dini kuralları ihlal eden fail, Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi olan devletin yetkili organları aracılığıyla bu cezasını çekmekte, davranışının kefareti ödeyerek kötü duygulardan arınmaktadır. Ahlaki yaklaşımı ele alanlara göre ise; cezalandırmada bozulan ahlaki düzeni yeniden tesis etmek amacı vardır¹¹⁰.

Kefaret teorisine farklı açılardan yaklaşan başka yazarlar da bulunmaktadır. Zira Hegel, kefareti “*mantıki diyalektik*” olarak kabul etmektedir. Ona göre suç işleyen bir kimse aynı zamanda hukuku inkâr etmekte olduğundan bu kişiye ceza verilmekte; cezasının kefareti ise bu inkârının inkâr edilmesi olmaktadır. Böylece inkâr edilen ve bozulan hukuk düzeni yeniden sağlanacaktır. Herbart ise, kefareti işlenen suçun estetik olarak bir zorunluluğu olarak ele almaktadır¹¹¹.

¹⁰⁸ Klasik Okul'un ceza ile ilgili temel görüşü şudur: İnsanlar, kendi çıkarlarını düşünür ve bencildir. Kendi zevklerini düşünceleri ve bu zevkleri, hazlarını artırmaya çalışmaları bakımından hedonistler. Ayrıca rasyonalistlerdir, zira kâr-zarar hesabı yaparak hareket ederler, özgür iradeleriyle seçecekleri eylemin olumsuz neticeleri ile kendilerine sağladığı faydayı karşılaştırırlar. Bu durumda insanların suç işlemesini önlemek için seçtikleri davranışın sonucunda uygulanacak cezayı, kendilerine sağlayacağı faydadan daha yüksek seviyelere getirerek suçu kârlı bir eylem olmaktan çıkarmaktır. Dolu, s. 96.

¹⁰⁹ Çınar, s. 10.

¹¹⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 558-559.

¹¹¹ Önder, s. 479; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 558- 559.

2. Adalet Teorisi

Adalet Teorisi'ni savunanlara göre cezalandırmadaki temel amaç, suç işlenerek bozulan adalet düzeninin yeniden sağlanmasıdır. Zira işlenen her suç ile bu düzen bozulmaktadır. Bu teoriye göre; cezalandırmadaki başlıca amaç adaletin tesisidir. Cezaya başka bir amaç için değil, sırf bu amaçla başvurulmaktadır¹¹². Nitekim Kant'a göre cezanın ne kadar faydası olursa olsun asla bu fayda, cezalandırmayı haklı kılmayacaktır. Cezalandırmada başka herhangi bir fayda olmasa dahi suçlunun yine de cezalandırılması gerekmektedir. Bir arada yaşayan topluluğun dağılmaya karar vermesi halinde cezaevinde kalan son mahkûmun cezasının, topluluğun dağılmasından önce infaz edilmesi gerekir ki böylece herkes, hak ettiği muameleye tabi tutulacak ve yaptıklarının bedeli diğer insanların üzerinde kalmayacaktır. Aksi bir durumda diğer insanlar da, adaletin ihlal edilmesinde suç işleyen kişiyle işbirlikçi olarak değerlendirilebilecektir¹¹³.

3. Mutlak Ceza Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Cezanın amacını kefarete ve adalet düşüncesinde arayan Mutlak Teori'ye yöneltilen eleştiriler de oldukça fazladır. Özellikle bu eleştirilerin başı, Mutlak Teori'yi savunanların kusurlu iradeyi kabul etmeleridir. Zira Mutlak Teori'yi savunanlara göre fail, kusurlu davranışının kefareti cezalandırılarak ödemektedir. Karşıt görüşte olanlar ise; bir kimsenin kusurundan bahsedebilmek için öncelikle o kişinin iradesini kabul etmek gerektiği, irade sahibi olmayanların ise herhangi bir kusurundan bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Ayrıca böyle bir irade özgürlüğünün varlığının dahi belli olmadığını, varlığı belli olmayan bir unsura dayanarak da cezalandırmanın gerekçesini ve amacını açıklamanın mümkün olmadığını söylemektedirler¹¹⁴. Ayrıca insanlar arasındaki ilişkilerde kusurlu hareketlerin çoğunun da cezalandırılmadığını, kusurun ceza ile yok edileceği düşüncesinin bu nedenle gerçeği yansıtmadığını iddia etmektedirler¹¹⁵.

¹¹² Çınar, s. 10.

¹¹³ Musa Kaya, "Türk Ceza Adaleti Sisteminde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma", GÜSBE, Ankara Eylül 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 425.

¹¹⁴ Önder, s. 479- 480.

¹¹⁵ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 559.

Mutlak Teori'ye getirilen diğer bir eleştiri ise, bu Teori'deki cezalandırma ile bedel ödetilmesi ve bozulan hukuk düzeninin ceza ile yeniden sağlanması düşüncesine ilişkindir. Oysa aksi görüşte olan kişilerce bir kez suç işlenmesiyle hukuk düzeni bozulduktan sonra onun tekrar eski hale getirilmesinin mümkün olmadığı dile getirilmektedir. Suç işlenmesiyle bozulan ve dağılan hukuk düzeni, ceza ile yeniden tesis edilemeyeceğinden cezanın asıl amacının olsa olsa yeni bir haksızlığın ortaya çıkmasını önlemek, yeni bir suçun işlenmesini engellemek olduğu belirtilmiştir¹¹⁶. Bu anlayışa göre; ayrıca suçun işlenmesiyle bozulan hukuk düzenini yeniden tesis etmek için cezalandırma seçilirse, hangi eylemin suç teşkil ettiğini belirleme konusunda devlete oldukça geniş ve sınırsız bir yetki bahşedilmiş olacaktır¹¹⁷. Bedel ödetme anlayışının yol açtığı diğer bir kötülük de toplumdaki intikam duygusunu beslemesi ve hukukun, intikam aracı gibi kullanılmasıdır¹¹⁸.

Teori'ye, adalete ilişkin bakış açısından dolayı da eleştiri getirilmektedir. Zira cezanın amacının bizzat adaleti gerçekleştirme düşüncesinde aranamayacağını, cezada öncelik ve asıl olanın toplumun huzur ve güven içerisinde bir arada yaşamak olduğunu¹¹⁹, bunun da ancak toplumu, ileride işlenecek suçlara karşı koruyarak gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır. Bunun yanında adalet düşüncesine ilişkin olarak toplumların bakış açılarının zamanla değişebileceği, zira aynı suçlara farklı cezaların verildiğinin görüldüğü, bu anlamda kesin bir ölçüt koymanın ve sınır çizmenin mümkün olmadığı da belirtilmektedir¹²⁰.

Mutlak Teori'ye yöneltlen diğer bir eleştiri ise; suç işleyen failin durumunu dikkate almaması noktasındadır. Zira bu teoride, faili içinde bulunduğu şartlarla birlikte değerlendirme ve suçun işlenmesinden sonraki süreci dikkate alma anlayışı bulunmamaktadır. Teori'nin, suç işleyen faili ıslah etme ve toplumu koruma amacı

¹¹⁶ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım 1 (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış Ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı) (Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 11.

¹¹⁷ Önder, s. 479; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 43.

¹¹⁸ Mehmet Arıcan, Ceza Adaleti, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 73.

¹¹⁹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 728; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 559.

¹²⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 533- 534; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 44.

olmadığı için suçlunun iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması konusunda çözüm üretmediği ileri sürülmektedir¹²¹.

Son bir eleştiri olarak ise; cezanın asıl amacının ceza adaletini sağlamaktan daha ziyade insanların barış içinde bir arada yaşayabilmelerini temin etmek için hukuksal değerleri korumak ve güvence altına almak olduğu düşüncesidir. Zira salt adalet düşüncesiyle hareket edilip hukuksal yararları koruma işlevi bir kenara bırakılırsa cezanın meşruluk temelini yitirebileceği eleştirisi yapılmaktadır¹²².

B. Nispi Ceza Teorisi

Mutlak Teori'yi savunan yazarlarca cezanın amacı konusunda ileri sürülen görüşler tatmin edici olmamış ve bu Teori'ye karşı birtakım eleştiriler getirilmişti. Zira bu görüşü savunanlar bizzat cezayı bir amaç olarak algılamış, ceza sistemini bedel ödetme, hesap sorma anlayışı üzerine kurgulamış ve failin suç işlemesi ile ihlal edilen hukuk düzenini yeniden tesis etme için cezalandırmayı kabul ederek geçmişe yönelik bir cezalandırma anlayışı ile hareket etmişlerdir. Oysa Nispi Teori taraftarlarına göre; ceza, asla bir amaç değil, ancak bir araç olarak kullanılabilir. Cezalandırma, faydası olduğu ölçüde kabul edilip uygulanmalıdır. Bu nedenle bu teoriler, Faydacı Teoriler olarak da adlandırılmaktadır. Nitekim Bentham, cezayı özünde kötü bir edim olarak kabul etmekte, ancak *“Eğer ceza ile daha büyük bir kötülük ortadan kaldırılıyorsa ve ceza böyle bir fayda sağlıyorsa kabul edilebilir”* demektedir¹²³. Bentham’a göre ceza temelsizse, etkisizse, faydasızsa ve gereksizse uygulanmamalıdır¹²⁴.

Nispi Teori’de cezalandırmada amaçlanan husus ise; yeniden suç işlenmesini önlemektir. Çünkü bu teoriyi savunan Pozitivistlere göre suçun, soyut bir şekilde suçludan ayrı olarak ele alınması ve değerlendirilmesi mümkün değildir. Faili suç

¹²¹ Kaya, s. 18; Toroslu ve Toroslu, s. 364.

¹²² Öztürk ve Erdem, s. 426.

¹²³ Bentham, fayda ile ceza ilişkisini açıklarken cezanın aslında fayda sağlayan unsurlardan sadece biri olduğunu kabul eder. Zira Bentham: *“Ahlakta olduğu gibi hukukun da temel hedefi mutluluğu sağlamaktır. Hukuk, bu hedefini toplumun mutluluğunu sağlamak için gerekli şartları sağlayarak pozitif anlamda yerine getirdiği gibi topluma zarar veren davranışları önleyerek mutsuzluğu azaltma şeklinde negatif işlevi ile de yerine getirir. Pozitif işlev medeni hukuka, negatif işlev ise ceza hukukuna aittir”* demektedir. Cezanın, medeni hukukla bir bütün olarak mutluluğu artırmak amacıyla kullanılan bir araç olduğunu belirtmektedir. Elif Çağla Yıldız, “Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi”, AÜSBE, Ankara 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 55- 56.

¹²⁴ Emine Cengiz, “Jeremy Bentham’da Fayda İlkesi Temelinde Hukuk Ve Ahlak”, GÜSBE, Ankara Haziran 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 93- 94; Kaya, s. 22.

işlemeye iten kişisel ve sosyal birtakım etmenler vardır ve failin iradesi bu unsurlar tarafından sınırlandırılmıştır¹²⁵. İşte, failin iradesini sınırlandırarak suç işlemeye iten bu unsurların ortadan kaldırılması, önlenmesi gerekmektedir¹²⁶. Bunu sağlayacak araç olan cezalandırma ile hem failin yeniden topluma kazandırılması ve ıslah edilmesi sağlanacak hem de başkalarının suç işlemesinin önüne geçilecektir¹²⁷. Bu nedenle bu Teori'ye göre cezanın amacı geleceğe yöneliktir. Suç işlemesinin önüne geçilmeye çalışılacak kişiler yönünden ise bu Teori de kendi içinde özel önleme teorisi ve genel önleme teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1. Özel Önleme Teorisi

Nispi Teori'nin temelde, suç işlenmesini önlemeye yönelik, geleceğe ilişkin bir cezalandırma sistemini kabul ettiğini belirtmiştik. Zira bu teoriyi savunanlarca suç işlenmesiyle birlikte hiçbir şey geri getirilemez. Aksine, suçlu sürekli hareket halinde olan bir varlık olduğu için yeni suçlar işleyebilir. Bunun önüne geçmek için de suçluyu ıslah ederek suçun tekrarı ortadan kaldırılmalıdır¹²⁸.

Buradan hareketle bu Teori, suç işleyen failin ıslah edilmesi ile yeniden topluma kazandırılmasını ve iyileştirilmesini, ayrıca caydırıcılık ile yeniden suç işlemesinin önlenmesini, ıslah edilemeyen kişilerin ise tasfiye edilip toplumdan uzaklaştırılarak toplumun korunması düşüncesini savunmaktadır¹²⁹.

Günümüz çağdaş ceza hukukunda hâkim olan ilkelere suç işleyen kişinin ıslahı ve yeniden topluma kazandırılması düşüncesi, kaynağını “*Özel Önleme Teorisi*”nden almıştır denilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus; ıslahı, sadece cezalandırma ile gerçekleştirmekten daha ziyade cezalandırmanın yanında kabul

¹²⁵ Doğan Soyaslan, *Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)*, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 40- 41; Toroslu ve Toroslu, s. 366.

¹²⁶ Köni, “Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi”, s. 49.

¹²⁷ Nispi Teori taraftarlarınca cezalandırma, suçun işlenmesinin önlenmesi için başvuru araçlarından sadece biridir. Ayrıca, doğrudan ve dolaylı önleme tedbirleri de bulunmaktadır. Suçlunun, suç işlemesine sebep olacak unsurları ve bu şekilde suçun işlenmesi konusunda uygun bir ortamı ortadan kaldırmak amaçlı tedbirler dolaylı önleme tedbirleridir. Eğitim düzeyinin yükseltilmesi, refahın artırılması, sağlık şartlarının iyileştirilmesi örnek gösterilebilir. Doğrudan önleme tedbirleri adı altında ikiye ayrılan polisiye tedbirler (Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’ndan kaynaklı görevler) ve ıslah ve tedaviyi esas alan güvenlik tedbirleri (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve mükerrir suçlulara uygulanacak tedbirler) de aynı amaçla başvuru diğer yöntemlerdir. Köni, “Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi”, s. 52- 53; Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s. 156.

¹²⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C. I, s. 650.

¹²⁹ Heinrich, s. 13; Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, s. 46.

edilen birtakım tedbirlerle destekleyerek sağlama amacının olduğudur. İşte bu noktada yaptırımlar konusunda kabul edilen ve ikili sistemin bir unsuru olan güvenlik tedbirlerinin dar anlamda cezalarla bir araya gelişi söz konusudur¹³⁰. Bu anlayışa göre; suç işleyen fail, cezalandırma ve uygulanacak tedbirler ile ıslah edilecek, toplum için tehlikeliliği ortadan kalkana kadar kendisine ceza ve tedbirler uygulanacak ve bu şekilde suç işleme eğilimi ortadan kalkarak failin yeniden suç işlemesinin önüne geçilecektir. Ancak fail, cezalandırma ve tedbirler ile ıslah edilemiyor ve topluma kazandırılmıyorsa bu kez kendisinin tasfiye edilmesi veya toplumdan dışlanması gündeme gelecektir¹³¹. Durum bu şekilde olmakla birlikte artık suç işleyen failin topluma kazandırılması ve iyileştirilmesi esas olduğundan failin toplumdan tasfiyesi ve uzaklaştırılması yöntemi büyük ölçüde terk edilmiştir¹³².

2. Genel Önleme Teorisi

“Özel Önleme Teorisi” için geçerli olan hususlar “Genel Önleme Teorisi” için de geçerlidir. Zira burada hedeflenen, suç işleyen failden ziyade toplumun diğer bireyleridir. Cezalandırma ile failin ıslah edilip yeniden suç işlemesinin önüne geçilmeye çalışılsa da asıl amaç toplumu oluşturan diğer bireylerin ıslahı ve suç işlemekten uzaklaştırılmalarıdır. Bu durumu, cezanın diğer bireyler üzerindeki korkutucu etkisi ile de açıklayabiliriz. Zira suç işleyen bir faile uygulanan cezayı gören diğer bireyler, kendilerinin de böyle bir eyleme kalkışması halinde aynı akıbete uğrayacaklarını bilecek ve bu nedenle suç işlemekten sakınacaklardır. Bu noktada da suçların ve bu suçlara uygulanacak cezaların ilan edilmesi ve başkaları tarafından bilinmesi önem arz etmektedir¹³³.

Başkalarının suç işlemesini önlemek amacıyla başvuru yöntemleri bununla da sınırlı değildir. Nitekim birtakım suçlar vardır ki işlendiği takdirde çok büyük toplumsal zarara yol açmasa da daha büyük suçların işlenmesine yol açabilir. Bu

¹³⁰ Elif Tüfekçi, “Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, GÜSBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 32.

¹³¹ Dönmezer ve Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 654. Benzer görüşleri savunan İtalyan Mektebi ise bu konuda uygulanacak tedbirleri daha da artırmış ve ıslah edilemeyen faillerin ortadan kaldırılması ve hatta yok edilmesini savunmuştur. “*Vebalı bir insanın nasıl yok edilmesi gerekiyorsa ıslah edilemeyen fail de ortadan kaldırılmalıdır*” diyerek günümüz ceza anlayışı ile uygun olmayan yöntemleri dile getirmişlerdir. Raymond Saleilles, “İtalyan Mektebi” (Çev. Saim Apay), AÜHFD, C. 13, S. 1, 1956, s. 52.

¹³² Ahmet Vedat Dilberoğlu, “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı Ve Niteliği”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 1525- 1526.

¹³³ Bakıcı, s. 928.

nedenle bazı basit eylemler suç haline getirilerek başkalarının daha önemli ve büyük suçların işlenmesi de engellenmiş olur. Örneğin, 6136 sayılı Kanun’a tabi bir silahın bizatihi bulundurulması suç olarak düzenlenerek bu silahla daha büyük nitelikte suçların işlenmesinin önüne geçilme amacı vardır. Aynı durum uyuşturucu ve uyarıcı maddeler için de geçerlidir¹³⁴.

Cezanın korkutucu etkisi ile başkalarının suç işlemesinin önüne geçilmesi hedefine uygun olarak Garçon da, cezada suç işleyen failin ıslahından daha ziyade ibret verici ve başkalarına ilişkin korkutucu niteliğinin gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde cezada ıslah etme amaçlanırsa yeniden suç işleme durumu olmayanların cezalandırılmalarına gerek kalmayacağını savunmaktadır¹³⁵. Bu görüşlerden hareketle cezanın, diğer bireylerin suç işlemesini önlemek amacıyla bir araç olarak kullanılmasını Alman Ceza Hukukçusu Feuerbach “*psikolojik zorlama*” diyerek tanımlamaktadır. Cezaların bugün itibariyle artırılması düşüncesi de bu psikolojik etkiden kaynaklıdır. Zira suç işleyen faile uygulanan ceza arttıkça diğer kişiler nazarında da psikolojik etkisi çok daha fazla artacaktır¹³⁶.

Beccaria, yukarıda zikrolunan görüşe karşı çıkmaktadır. Zira Beccaria’ya göre ceza, ancak başkalarını suç işlemekten vazgeçirecek, suç işlemelerini önleyecek kadar ağır olmalıdır. Önleyicilik bakımından da cezaların şiddetinden ve ağırlığından daha ziyade kesinliğine ve uzun süreli olmasına önem atfetmektedir¹³⁷. Bu konudaki görüşünü de: “*Zihnımızde en büyük etkiyi bırakan, cezanın verdiği acının yoğunluğu değil, süresi bakımından uzunluğudur. Çünkü zayıf ve tekrar eden izlenimler, duyarlılığımızı, şiddetli ve anlık dürtülerden daha kolay ve daha güçlü bir biçimde etkiler*” diyerek açıkça ortaya koymaktadır. Ona göre; diğer kişileri suç işlemekten alıkoyacak nitelikte ve ağırlıkta olan cezalar adildir¹³⁸.

¹³⁴ Ersoy, s. 156.

¹³⁵ Emile Garçon, “Ceza Hukuku, Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti” (Çev. Naci Şensoy), İÜHFM, C. 12, S. 4, 1946, s. 1208.

¹³⁶ Haluk Toroslu, “Ceza Müeyyidesi”, AÜSBE, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 41; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 560; Öztürk ve Erdem, s. 427.

¹³⁷ Sırf cezalardaki artışın önleyicilik bakımından yeterli olamayacağına ilişkin örnek ise, Amerika Birleşik Devletleri’nin Teksas Eyaleti’dir. Zira 2008 yılında ülkede 37 mahkûm idam edilirken bunun 18’i Teksas’ta gerçekleşmiştir. Buna rağmen Teksas, halen suç oranları en yüksek eyaletlerden biridir. Arıcan, s. 75.

¹³⁸ Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, EÜHFD, C. 13, S. 1- 2, 2009, s. 5- 6; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 45.

3. Nispi Ceza Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Mutlak Teori'ler gibi Nispi Teori'ler de çeşitli nedenlerle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başı “*Özel Önleme Teorisi*”nin kabul ettiği suç işleyen failin ıslahı düşüncesidir. Zira suç işleyen her failin ıslah amacıyla birtakım tedbirlere tabi tutulması doğru değildir. Özel durumları gereği suç işleyen fail için ıslah amacıyla birtakım tedbirlerin uygulanmasına gerek olmayabileceği gibi ıslah amacıyla tedbirlere tabi tutulan bazı kişiler içinse bu uygulamanın toplumda birtakım yanlış algılara neden olabileceği ileri sürülmektedir¹³⁹.

Genel Önleme Teorisi tarafından kabul edilen bireyin cezalandırılması ve ıslahı düşüncesiyle toplumun diğer bireylerinin suç işlemesinin önüne geçilmesi ve engellenmesi düşüncesi de eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu eleştiriye yapanlara göre ise birçok suç, ani gelişen bir olaya ilişkin olarak aniden alınan kararlar ile işlenmektedir¹⁴⁰. Bu durumda suç işleyen bir kişinin, bu suçu işlemeyen önce aynı suçu işleyen kişilerin uğradığı muameleyi düşünmesi, değerlendirmesi ve buna göre bir karar vermesinin beklenemeyeceği, bu Teori'nin, ani olarak işlenen suçları açıklamakta yetersiz kaldığı eleştirisi getirilmiştir¹⁴¹.

Yukarıda belirtildiği üzere Genel Önleme Teorisi'nde hâkim olan psikolojik zorlama anlayışı ve buna bağlı olarak cezalardaki artış da doğal olarak eleştiri konusu olmaktadır. Zira bu Teori'ye nazaran aksi görüşleri savunan Mutlak Teori'lere getirilen eleştirilerden birisi de devletin müdahalesine açık olması, devlete müdahale konusunda herhangi bir sınır getirmemesi düşüncesi idi. Oysa bu Teori'ye getirilen eleştiri üzerinden yükselen ve Mutlak Teori'yi kabul etmeyen Nispi Teori taraftarları da genel önleme etkisi bakımından cezaların şiddetini ve buna bağlı olarak devletin çok daha fazla müdahalesini açıklayamadıkları için eleştirilmiştir¹⁴².

C. Karma Teori

Cezanın amacı konusunda tarihi süreç içerisinde getirilen farklı görüşlere rağmen yukarıda belirtilen eleştirilerden de anlaşılacağı gibi tam manasıyla bir görüş

¹³⁹ Önder, s. 481; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 561.

¹⁴⁰ Heinrich, s. 12.

¹⁴¹ Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 48.

¹⁴² Öztürk ve Erdem, s. 428.

birliği sağlanamamış, ileri sürülen teorilerce cezanın amacının gerçekte ne olduğu tek başına ortaya konulamamıştır. Ancak ileri sürülen her bir teori kendinden önceki teorinin aksayan yönlerini ele almış ve bu konuda yaşanan tartışmalara çözüm getirmeye çalışmıştır. Bu nedenle Mutlak Teori’yi savunanlarca ileri sürülen görüşler ile ona karşı Nispi Teori taraftarlarının görüşleri bir araya getirilerek cezanın amacı konusunda uzlaşmacı bir çözüm ortaya konulmaya çalışılmıştır. Karma Teori adı verilen bu görüşe göre cezanın amacı bir yönüyle kefaret, diğer bir yönüyle önlemedir¹⁴³. Zira kefaret ile suç işleyen bir kişi kusuru oranında cezalandırılacak, ancak sadece cezalandırmayla yetinilmeyecek, ayrıca suç işleyen failin ıslahı ile iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması sağlanırken aynı zamanda başkalarının suç işlemesinin de önüne geçilecektir.

Bu Teori’ye göre; uzlaşmacı bir tavırla cezanın amacı açıklanmaya çalışılsa da hangi amacın ne şekilde belirleneceği, kefaret veya önleme amacının eşit olarak ya da hangisinin öncelikle temel değer olarak alınıp uygulanacağı hususu tartışmalıdır. Zira bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüş, tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmalarda kefareti öne alanlar cezalandırmada “*toplumsal fayda ile sınırlı adalet*” düşüncesinde toplanırken Rossi başta olmak üzere bazı hukukçular ise “*toplumsal fayda ve sınırlı adalet*” diyerek cezanın asıl amacını ve sınırını ortaya koymaya çalışmışlardır¹⁴⁴. Bu tartışmalara paralel olarak bazı ülke mahkemelerince bu amaçlardan birine daha fazla önem verildiği görülmüştür. Örneğin, Alman Ceza Mahkemeleri tarafından önceden verilen kararlarda suç işleyen fail cezalandırıldığında asıl amaçlanan husus kefaret olup, kusuru doğrutusunda failin cezalandırılması esas iken önleme amacı ikinci planda deđerlendirilmiştir¹⁴⁵.

Karma Teori’de cezanın tespiti sırasında suç işleyen failin kişiliğinin dikkate alınması, kusur ile ceza arasında adil bir dengenin kurulması ve failin yeniden topluma kazandırılması esastır. Bu Teori’nin, cezaların yumuşaması, takdiri hafifletici sebeplerin genişlemesi ve hâkimlere, yasal sınırın altında ceza verebilmesi imkânını tanıması gibi birtakım yararları olmuştur¹⁴⁶.

¹⁴³ Önder, s. 482.

¹⁴⁴ Kaya, s. 28- 29; Koca ve Üzülmöz, s. 562.

¹⁴⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 543.

¹⁴⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 38; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 51.

Uzlaştırmacı bir görüşle cezanın amacını açıklamaya çalışan bu Teori'ye de birtakım eleştiriler yöneltmiştir. Bu eleştirilerin başında, cezalandırmanın amacında bu şekilde birleştirme yapmanın ve koalisyon oluşturma cezanın amacının sapmasına neden olacağı düşüncesi gelmektedir. Ayrıca bu durumda cezalandırmanın hangi esasa göre belirlendiğinin anlaşılamayacağı ve gerekçesinin de açıklanamayacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Bunun yanında sadece temyiz kudretine sahip olanların cezalandırılacağını kabul ederek manevi sorumluluğa göre cezalandırmayı benimsemesinin, cezalandırmayı zayıflatığı, bunun da suç işleme ve tekrür oranlarını artırdığı eleştirisi yapılmıştır¹⁴⁸. Yine takdiri hafifletici sebeplerin kötüye kullanılması ile sık sık başvuru kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların korkutma ve ıslahı sağlayamamasının suç oranlarını ve tekrürü artıran diğer nedenler olduğu belirtilmiştir¹⁴⁹.

Yöneltelen bu eleştirilerle birlikte bugün geline noktada bu teorilerin birleştirilmesi düşüncesi de terk edilmiş ve daha çok “*sosyal savunma*” adı verilen bir anlayış ön plana çıkmıştır. Bu anlayışta, artık cezanın kefareti içeren bir müeyyide olduğu anlayışı terk edildiği gibi Nispi Teori'deki gibi sorumlu olmayan fail anlayışı da terk edilmiştir. Yeni anlayışta asıl hedeflenen mümkün olduğu kadar yumuşak bir ceza sistemi yaratmak ve cezanın en geniş ölçüde suçluya uydurulabilmesini sağlamaktır. Kefarettten ziyade, suçlunun uslanması ve iyileştirilmesi hedeflenmektedir. Suçlunun kişiliği de göz önünde tutulacak ve yerine göre uygulanacak cezalar ile güvenlik tedbirleri birbirini tamamlayacaktır¹⁵⁰.

ŞIV. CEZALARIN TÜRLERİ

5237 sayılı TCK'da yaptırımlar, teknik manasıyla dar anlamda cezalardan (hapis ve para cezaları) ve güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır. İkili bir sistemi kabul eden Kanun, modern ceza sisteminde olduğu gibi sadece dar anlamda cezalar ile yetinmemiş ve ayrıca güvenlik tedbirlerini de yaptırımın bir alt türü olarak kabul etmiştir. Bu nedenle öncelikle yapılan bu sınıflandırmadan bahsetmek ve sonrasında

¹⁴⁷ Önder, s. 433.

¹⁴⁸ Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 51.

¹⁴⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 39.

¹⁵⁰ Dönmezer ve Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 635.

konumuz itibariyle ve asıl önemli olan dar anlamda cezalar ile ilgili yapılan sınıflandırmalara ve diğer hususlara değinmek daha uygun olacaktır.

A. Güvenlik Tedbirleri ve Dar Anlamda Cezalardan Farkları

Suç ve suçlulukla mücadele bakımından dar anlamda cezaların yanında uygulanan ve niteliği itibariyle dar anlamda cezalardan farklı olan birtakım tedbirler bulunmaktadır ki; bu tedbirlere güvenlik ya da emniyet tedbirleri adı verilmektedir. Bu tedbirler, dar anlamda cezaların yanında suçlulukla mücadelede ele alınan önleyici savunma vasıtalarıdır ve bu tedbirlerin uygulanmasında suçlunun, uygulanacak tedbirlerle zararsız hale getirilmesi ve topluma yeniden kazandırılması amacı vardır¹⁵¹. Pozitivistler tarafından ortaya atılan bu tedbirler, suç işleyerek toplum için tehlikeliliğini ortaya koyan faile karşı aslında toplumun kendisini korumak amacıyla başvurduğu savunma mekanizmalarıdır¹⁵².

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Zira bir kısım yazarlarca güvenlik tedbirleri, yaptırım türlerinden biri olarak kabul edilirken; bazıları ise bu tedbirleri idari ve polisiye tedbirler olarak ele almaktadır¹⁵³. Bu tedbirlerin idari tedbir olarak kabul edilmesindeki neden ise, devletin burada bir hak nedeniyle doğan uyuşmazlığı çözmekten daha ziyade failin tehlikelilik hali nedeniyle hareket ettiği, bu nedenle devletin bu faaliyetinin yargısal yetkilerinden sayılamayacağı gerçeğine dayanmaktadır¹⁵⁴.

Güvenlik tedbirlerinin, failin toplum açısından tehlikeliliğini esas alarak toplumu koruma amacı bulunmaktadır. Bu nedenle, dar anlamda cezalardan farklı olarak failin kusurunun olup olmadığı hususuyla ilgilenmemektedir. Ayrıca bu tedbirler sadece fail üzerinde değil, suçun konusu üzerinde ya da suçun işlenmesinde kullanılan araçlar yahut suçtan elde edilen unsurlar üzerinde de uygulanmaktadır¹⁵⁵. Bu haliyle güvenlik tedbirlerinin dar anlamda cezalardan farklı olduğu açıkça ortada olup bu farklılıklar sadece bunlarla da sınırlı değildir. Bu nedenle aralarındaki başlıca farklar şu şekilde belirtilebilir:

¹⁵¹ Francesco Antolisei, “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri” (Çev. Yılmaz Günel), AÜSBFD, C. 20, S. 2, 1965, s. 715.

¹⁵² Köni, “Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi”, s. 53.

¹⁵³ Dilberoğlu, s. 1521.

¹⁵⁴ Hafizoğulları ve Özen, s. 464.

¹⁵⁵ Özgenç, s. 609.

1.) Ceza suç işleyen failin kusurlu davranışına karşılık uygulanan, kusurlu ve suç teşkil eden davranışı takip eden bir ödetmedir. Oysa güvenlik tedbiri ile suç işleyen bireyin ıslahı ile topluma yeniden kazandırılması ve yeniden suç işlemesi önlenerek aynı zamanda toplumun korunması amacı vardır¹⁵⁶. Bu özelliğin bir sonucu olarak dar anlamda cezalarda bozulan toplumsal düzeni yeniden tesis etme amaçlı, ödetme esasına dayalı ve geçmişe etkili olan bir ceza anlayışı vardır. Güvenlik tedbirlerinde ise failin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması ve fail tarafından yeni bir suçun işlenmesinin önüne geçilmesi hedeflendiği için amaç geleceğe yöneliktir¹⁵⁷.

2.) Dar anlamda cezaların geçmişe yönelik olma ile acı ve ıstırap verme özelliği gereği ceza, yanlış ya da hukuka aykırı olarak uygulandığında belli bir acıya, ıstıraba maruz kalan kişi açısından bu haksız ve hukuka aykırı durumun geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılması ve telafi edilmesi gündeme gelecektir. Bu bakımdan dar anlamda cezaların bir kısmı düzeltilebilir niteliktedir. Güvenlik tedbirlerinde ise zaten amaç, faile bir acı ve ıstırap vermektan daha ziyade onu ıslah ve tedavi etmektir ve bu amaç da geleceğe yöneliktir. Dolayısıyla bu tedbirlerin düzeltilebilir niteliğe sahip olması beklenemeyecektir¹⁵⁸.

3.) Cezanın temelinde, Klasik Görüş'ü savunanlarca dile getirilen manevi sorumluluk esasına bağlı kusur sorumluluğu vardır. Suç işleyen fail kusurlu davranışı sonucu cezalandırılır. Oysa Pozitivistler, failin kusurluluğundan daha ziyade tehlikeliliğini ele alırlar ve fail kusurlu olmasa dahi toplum için tehlikeliliği ortadan kalkana kadar bu tedbirlerin uygulanmasını savunurlar. Kısacası, dar anlamda cezalar için failin kusurlu olması şart iken güvenlik tedbirleri, kusurlu iradeye sahip olanlar yanında kusuru olmayan (cezai ehliyetten yoksun küçükler ve akıl hastaları vb.) kişilere de uygulanmaktadır¹⁵⁹.

4.) Dar anlamda cezalar sadece suç işleyen fail hakkında uygulanabilir iken güvenlik tedbirleri suçun konusu (uyarıcı madde ya da kaçak eşyanın müsaderesi gibi) veya suçta kullanılan (hırsızlık suçunda kullanılan araçlar vb.), suça tahsis edilen ya da

¹⁵⁶ Faruk Erem, "Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri", AÜHFD, C. 1, S. 3, 1944, s. 352.

¹⁵⁷ Hafizoğulları ve Özen, s. 457; Öztürk ve Erdem, s. 505.

¹⁵⁸ Dilberoğlu, s. 1542.

¹⁵⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 456; Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 659- 660; Önder, s. 546.

suçtan elde edilen unsurlar (uyuşturucu satışından ya da dolandırıcılıktan elde edilen para vb.) hakkında da uygulanabilmektedir¹⁶⁰.

5.) Dar anlamda cezalar, kusurlu davranışın bir sonucu olarak uygulandıkları için kendisine kusur izafe edilebilen gerçek kişiler için uygulanabilir iken farazi iradeye sahip olan ve gerçek bir kusurundan bahsedilemeyecek olan tüzel kişiler için uygulanamazlar. Oysa güvenlik tedbirlerinin, tüzel kişiler için de uygulanabilmesi hukuken mümkündür¹⁶¹.

6.) Dar anlamda cezalar bakımından uygulanma süreleri bellidir. Kusurlu davranış için belirlenen cezanın infazı ile ceza sona ermektedir. Ceza süresi belli olduğundan sınırsız bir şekilde cezanın infazı mümkün değildir. Oysa güvenlik tedbirleri, kusurdan daha ziyade failin tehlikeliliğini ele aldığı için bu tehlikelilik hali devam ettiği sürece uygulamaktadır. Bu yönüyle de önceden ne kadar bir süre uygulanacağını belirlemek mümkün olmayabilir¹⁶².

7.) Dar anlamda cezalarda amaçlanan adalet olmasına rağmen güvenlik tedbirlerinde fayda esas alınmaktadır¹⁶³.

8.) Dar anlamda cezalarda işlenen kusurla orantılı olarak cezanın belirlenmesi/tespit edilmesi esastır. Alt ve üst sınırları belirlenmiş olan cezada suç işleyen failin kusuruna uygun bir ceza tespit edilip uygulanacaktır. Oysa güvenlik tedbirlerinin kusurla orantılı olması söz konusu değildir. Zira her şeyden önce güvenlik tedbirleri için kusur dahi şart değildir. Uygulanacak tedbirin ölçüsü, kusurun ağırlığından daha ziyade failin tehlikeliliğinin ağırlığına göre belirlenecektir. Bunun sonucu olarak güvenlik tedbirlerinin kusura göre derecelendirilmesi ve alt-üst sınırının belirlenmesi mümkün değildir¹⁶⁴.

9.) Dar anlamda cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de cezanın özel önleme amacı vardır. Zira her ikisinde de failin yeniden suç işlemesinin önüne geçme

¹⁶⁰ Fatih Birtok, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 471.

¹⁶¹ İsmail Ercan, Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 5. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, 2009, s. 358; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 284; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 92.

¹⁶² Hakeri, s. 689; Antolisei, s. 728- 729.

¹⁶³ Köni, "Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi", s. 54.

¹⁶⁴ Erem, "Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri", s. 353.

amacı vardır. Güvenlik tedbiri bu amacı, failin ıslahı ve tedavisi ile sağlarken dar anlamda cezalar ise cezalandırma ile gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Ancak güvenlik tedbirlerinde genel önleme amacı yoktur. Zira bu tedbirin mahiyetine de aykırıdır. Tedbir, sadece tehlikeli olan faile uygulanacaktır. Bu nedenle tedbirin, ibret ve caydırıcılık ile başkalarının da suç işlemesini önleme gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁶⁵.

10.) Cezalarda lehe kanun ilkesi geçerli olup yapılacak sonraki yasal düzenlemeler lehe ise uygulanacak ve aleyhe olan düzenlemelerin ise geçmişe uygulanması mümkün olmayacaktır. Güvenlik tedbirlerinde ise muhakeme hukukunda olduğu gibi derhal uygulanabilirlik ilkesi geçerlidir. Lehe-aleyhe karşılaştırılması yapılmaksızın derhal uygulanır¹⁶⁶.

11.) Cezaların geçmişe ilişkin niteliği ile affa konu olabilmesi ve af ile ortadan kaldırılması mümkünken tehlikeliliği esas alan güvenlik tedbirlerinin af ile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Zira af, failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmaz. Hatta bu durum, ceza ile birlikte hükmedilen güvenlik tedbirlerinde de geçerli olup ceza af ile ortadan kalksa dahi güvenlik tedbirleri devam eder¹⁶⁷. Af konusunda olduğu gibi zamanaşımı ve erteleme müesseseleri bakımından da aynı hususlar geçerlidir¹⁶⁸.

12.) Cezalar objektif bir nitelik gösterir ve infazı da ancak kanunda belirtildiği şekliyle yapılmaktadır. Suç işleyen failer için birtakım durumlar dışında benzer şekilde infaz edilir. Oysa güvenlik tedbirleri niteliği gereği subjektiftir ve faile göre uygulanan tedbir değişebilir. Ayrıca, failin verdiği tepkiye göre bu tedbirler devam ettirilebilir veya faile başka tedbirler de uygulanabilir¹⁶⁹.

Belirtilen bu farklılıkların yanı sıra cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de kanunilik, şahsilik ve insan onuruna uygun olma ilkeleri geçerlidir. Ayrıca her ikisi için de bir suçun işlenmesi gerekli olduğu gibi¹⁷⁰ her ikisi de kişi

¹⁶⁵ Dilberoğlu, s. 1542.

¹⁶⁶ Doğan Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", SÜHFD, C. 11, S. 1- 2, 2003, s. 34.

¹⁶⁷ Tüfekçi, s. 33; Önder, s. 548.

¹⁶⁸ Kaya, s. 51; Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", s. 35; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 92.

¹⁶⁹ Önder, s. 548.

¹⁷⁰ Soyaslan, güvenlik tedbirleri için bir suçun işlenmesini şart koşturmakta ve tehlikelilik halini yeterli kabul etmektedir. Örnek olarak da başkaları için tehlikeli olan alkolik bir kişinin tedavi edilerek bağımlılıktan kurtarılmasını göstermektedir. Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", s. 34. Ancak,

hürriyetini kısıtlamakta veya malvarlığına yönelik bir etkide bulunmaktadır. Yine özel önlemeyi amaç edinmeleri, suç işleyen failin yeniden topluma kazandırılmasını ve iyileştirilmesini hedeflemeleri bakımından da benzer özellikler taşımaktadırlar¹⁷¹.

B. Cezalarla İlgili Diğer Sınıflandırmalar

Yaptırımların bir kolu olan güvenlik tedbirlerine yukarıda olduğu gibi değinildikten ve dar anlamda cezalar ile aralarındaki farklar ortaya konulduktan sonra cezalar ile ilgili olan diğer sınıflandırmalara da kısaca değinmek yararlı olacaktır. Zira bu konuda çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır.

İlk olarak hukuki niteliklerine göre yapılan sınıflandırmada cezalar, asıl ceza ve ek ceza olarak ikiye ayrılmaktadır. Asıl cezaya bağlı olan ve asıl cezanın yanında kanunen veya hâkim tarafından uygulanan cezalar vardır ki bunlara ek ceza denilmektedir. 5237 sayılı TCK'da bu ayrım kaldırılmış, ancak ek cezalar güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir ki yukarıda dar anlamda cezaların yanında güvenlik tedbirlerinin de yaptırımların bir çeşidi olduğu belirtilmiştir.

Yöneldikleri değerler tarafından cezalar, özgürlüğe yönelik (hapis cezaları), yaşama yönelik (ölüm cezaları)¹⁷², malvarlığına yönelik (para cezaları) ve şerefe yönelik (mahkûmiyet hükmünün yayınlanması)¹⁷³ cezalar şeklinde sınıflandırılabilir¹⁷⁴.

Soyaslan'ın bu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Zira yazarın belirttiği tehlikelik haline ilişkin önlemler güvenlik tedbiri kapsamında değil, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında alınan tedbirlerdir. Nitekim 4721 sayılı Kanun'un 406. maddesine göre: "*Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır*". Yine kişisel özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin 432. maddesine göre de: "*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir*". Yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere kişinin tehlikelik hali nedeniyle uygulanan bu tedbirler zaten 4721 sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktadır ve cezai anlamda güvenlik tedbiri niteliği bulunmamaktadır.

¹⁷¹ Domenico Rende, "Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri Ve Bunların Şahsileştirilmesi" (Çev. Burhanettin Köni), İÜHFM, C. 2, Ocak 1936, s. 8; Kaya, s. 49- 50; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 284.

¹⁷² Ölüm cezaları, yapılan yasal değişikliklerle Ceza Kanunu'muzdan çıkarılmış ve uygulanabilirliği kalmamıştır. Bu konuda yapılan yasal düzenleme için bkz. dn. 83, 205 ve 486.

¹⁷³ Bu ceza türüne örnek olarak 5237 sayılı TCK'nın 267/9. maddesi gösterilebilir. Maddede: "*Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilan olunur. İlan masrafı, hükümlüden tahsil edilir*" denilmektedir. Verilen cezai

Özgürlüğe yönelik olan hapis cezaları da kendi içerisinde ömür boyu ve süreli olarak ikiye ayrılmaktadır. Ömür boyu devam edecek olan hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet¹⁷⁵ ve müebbet hapis cezası olarak ikiye ayrılırken süreli hapis cezaları da kısa ve uzun süreli hapis cezası olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir yıl ve daha az süreli hapis cezaları kısa süreli iken, bir yıl üzeri ve yirmi yıl arası hapis cezaları ise uzun süreli hapis cezalarıdır.

ŞV. CEZALARIN ÖZELLİKLERİ

Cezalandırma ile tek başına cezadan beklenen amacın elde edilmesi mümkün değildir. Ayrıca cezanın her şeyden evvel amaca uygun bir niteliğe sahip olması da gerekir. Zira bir cezada bulunması gerekli özellikler yoksa suç işleyen failin nasıl ve ne şekilde cezalandırıldığına bir önemi olmayacaktır. Çünkü bu durumda cezalandırma ile istenilen amaç gerçekleşmeyecektir. Örneğin; suç işleyen faile verilecek cezanın eyleme göre çok daha hafif olması halinde mağdur ve suçtan zarar görenin vicdanında derin yaralara yol açabileceği gibi insanların adaletle olan güveni azalacak ve aynı zamanda cezaların hafifliğini gören diğer kişilerin de benzer eylemlere kalkışmasına ortam hazırlayabilecektir. Bu nedenlerle modern ceza hukukunda cezaların belirli özelliklere sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumdan hareketle bu kısımda cezaların özelliklerden bahsedilecektir. Bahsedilen bu özellikler ise, teknik anlamda ceza niteliği taşımayan güvenlik tedbirlerinden ziyade dar anlamda cezalar için geçerlidir.

A. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Cezanın tarihi gelişimi bakımından en önemli değişikliklerin yaşandığı ilkelerden biri de cezaların şahsiliği ilkesidir. Zira cezanın ilk uygulanmaya başladığı ilkel toplumlardaki ceza anlayışında bir kimsenin gerçekleştirilmesine hiçbir katkısı ve dahili olmadığı bir eylemden dolayı sorumlu tutulabilmesi söz konusu olmaktaydı.

kararın, kanuni bir sonucu olarak aynı zamanda yayımlanması öngörülmüştür. Hakeri, s. 667; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 81.

¹⁷⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 557.

¹⁷⁵ Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarını, müebbet hapis cezalarından ayıran unsur infaz edilme şeklinin farklı olmasıdır. Zira ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazında, hükümlü tek kişilik odada kalır, hükümlüye günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır, belirli derecede yakınları on beş günde bir olmak ve bir saati geçmemek üzere hükümlüyü ziyaret edebilir ve yine on beş günde bir süresi on dakikayı geçmemek üzere hükümlü telefonda konuşabilir, hükümlünün cezasının infazına hiçbir şekilde ara verilmez. Halil Polat ve Aynur Arslan Polat, Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 22.

Mensup olduğu grubun bir üyesi olmak, başlı başına cezalandırılması için yeterliydi. Nitekim bir kabile üyesinin eyleminden tüm kabilenin sorumlu tutulması anlayışı vardı¹⁷⁶. Bu durum, kabile sisteminde bireyler arasındaki bağın yansıması olarak müteselsil sorumluluk diyebileceğimiz bir sorumluluk anlayışından kaynaklanmaktaydı. İlkel toplumlarda cezalandırmada intikamın esas alındığı dönemlerde geçerli olan bu anlayış kabile içi bağların zayıflaması ile zamanla terk edilmeye yüz tutmuş ve kısas usulünde “*göz çıkaranın gözünün çıkarılması*” gibi şahsi cezalandırma kabul edilmişti¹⁷⁷. İlk defa cezada şahsılık anlayışı bu şekilde doğmuş olup zaman içerisinde de herkesin kendi eyleminden sorumlu olması anlayışı yerleşmiştir. Bu anlayış ile suçu kim işlemişse cezayı artık o kişinin çekmesi söz konusu olacak ve faille akrabalığı ya da herhangi bir nedenle yakınlığı bulunan kişilerin hukuki hak ve menfaatleri ihlal edilmeyecektir¹⁷⁸.

İslam Hukuku’nda da şahsılık ilkesi geçerlidir. Ancak bu kurala aykırı olan “*Akile*” ve “*Kasame*” adı verilen iki husus vardır. Akile, kasıt içermeyen yaralama ve öldürme eyleminde fail yerine bazı kişilerin diyet ödemesidir. Akile’ye göre kişilerin ödeyeceği miktar ekonomik ve sosyal durumlarına göre hâkim tarafından belirlenir. Kasame ise, faili meçhul bir cinayetin gerçekleştiği yer bakımından bunu önleme ve bu olayı kontrol etme imkânı olan kişilerin belli şartlar dâhilinde diyet ödemeye mecbur olmalarıdır¹⁷⁹.

Cezanın şahsi olması genel kural ise de verilen bu cezanın suç işleyeninin yakın çevresini etkilemesi de kaçınılmazdır. Bu durum, cezaların şahsiliği ilkesini ihlal etmeyecektir. Bu haller, cezanın yan etkileridir ve önlenmesi mümkün değildir. Cezayı tespit edecek hâkimin bu durumu da dikkate alarak cezayı belirlemesi gerekmektedir¹⁸⁰.

Cezanın şahsiliği ilkesinin diğer bir sonucu da ceza yaptırımlarının muhatabının sadece gerçek kişiler olduğu, tüzel kişiler hakkında dar anlamda cezaların

¹⁷⁶ Nevzat Toroslu, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, YD, C. 16, S. 1- 2, Ocak-Nisan 1990, s. 121.

¹⁷⁷ Vasfi Raşid Sevig, “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD, C. 12, S. 3, 1955, s. 41.

¹⁷⁸ Hafızoğulları ve Özen, s. 438.

¹⁷⁹ Örneğin bir kasaba civarında bir kişinin cesedi bulunduğunda ölen kişinin mirasçıları, civarda oturan elli kişiyi seçerek katil ya da katillerin kendileri olmadığına dair yemin ettirirler. Bu elli kişi, katilin kendileri olmadığını ve katili de bilmediğine dair yemin ederlerse ölen kişinin diyeti o kasaba halkı arasında paylaşılır. Dönmezer ve Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 118- 119; Tüfekçi, s. 11; Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, s. 172- 173.

¹⁸⁰ Bakıcı, s. 929.

uygulanmasının mümkün olmadığıdır¹⁸¹. Her ne kadar tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulansa da¹⁸² bu ilkenin sonucu olarak hapis ya da para cezaları sadece gerçek kişilere uygulanacak¹⁸³, tüzel kişilerin bu yaptırımlara tabi tutulması mümkün olmayacaktır¹⁸⁴. Ancak Ceza Kanunu’nda hâkim olan şahsılık ilkesine rağmen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda bu ilkeye aykırı hükümler mevcuttur. Nitekim Kanun’un 8/1. maddesinde *“Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir”* denilerek hem tüzel kişilerin kendisi adına görev üstlenen kişilerin eyleminden sorumlu olduğu hem de tüzel kişilerin cezai yaptırıma muhatap olabileceği kabul edilmiştir¹⁸⁵.

Şahsılık ilkesine aykırı diğer bir durum da doktrinde *“objektif sorumluluk”* ya da *“dolayısı ile sorumluluk”* diye adlandırılan failin, mensup olduğu grubun diğer bir üyesinin eyleminden sorumlu olması halidir. Fail, böyle bir durumda diğer üyenin eylemini kolaylaştırması veya önlememesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Bu hususa örnek ise 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11/3-4. maddeleridir¹⁸⁶. Nitekim maddede, eser

¹⁸¹ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2002, s. 153.

¹⁸² Yapılan yasal düzenlemede tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak Centel, yapılan yasal düzenlemenin çelişki arz ettiği gerekçesiyle bu hususa karşı çıkmaktadır. Gerekçe olarak ise “Tüzel kişilerin cezai yaptırıma tabi tutulmamasındaki nedenin tüzel kişilerin iradesinin olmadığı, bir varsayım olduğu ve ceza işlemeyecekleri düşüncesidir. Failin tehlikeliliğini esas alan güvenlik tedbirlerinin tüzel kişiler hakkında uygulanması kabul edildiğinde ise bu kez tüzel kişilerin tehlikeli olduğu ve iradeye sahip olduğu durumu ortaya çıkmaktadır ki bu durum açıkça çelişki arz etmektedir. En azından uygulanan yaptırımların güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmemesi gerekir” diyerek tüzel kişilerle ilgili yasal düzenlemedeki çelişkiyi ortaya koymuştur. Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, Türk Ceza Kanunu Sempozyumu 05/03/2005”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2005, s. 365-366.

¹⁸³ Yasal düzenlemeye göre cezalar, ancak gerçek kişiler hakkında uygulanacak olsa da 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu yönünden yapılan başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin T. 16/06/1964, E. 1963/101, K. 1964/49 sayılı kararında tüzel kişiler için getirilen cezai sorumluluğun Anayasa’ya aykırı olmadığını belirterek aksi yönde bir karar vermiştir. Kararı nakleden Toroslu ve Toroslu, s. 381. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, oldukça eski bir döneme ilişkin olsa da benzer bir düzenleme halen yürürlüktedir. Zira 1567 sayılı Kanun’un 3/6. maddesi: *“Bu kabahatlerin bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişiye de aynı miktarda idarî para cezası verilir”* şeklindedir. Maddeye göre tüzel kişiler hakkında idari para cezası verilebilecektir. Bu durum, 5326 sayılı Kanun’da kabul edilen düzenlemeye benzemektedir. Bkz. dn. 185.

¹⁸⁴ Ercan, s. 42; Hakeri, s. 37.

¹⁸⁵ Mustafa Albayrak, Türk Ceza Kanunu (Notlu-Atıflı-Uygulamalı), 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 55; Birtok, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 72.

¹⁸⁶ 5187 sayılı Kanun madde 11: *“(3) Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın*

sahibinin cezalandırılmaması halinde diğer kişilerin cezai sorumluluğuna gidilebileceği düzenlenerek yine şahsilik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁸⁷.

B. Cezaların Kanuniliği İlkesi

Bu ilkeden kasıt cezalandırmada kanuni güvenceye dayanılmasıdır. Zira bu ilkeye göre suç ve cezalar ancak kanunla koyulabilir ve kanunla kaldırılabilir. Bu nedenle kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı kimse suçlu kabul edilerek cezalandırılmayacaktır. Suçun işlendiği tarihte suç teşkil etmeyen bir eylemin daha sonra yapılan yasal düzenleme ile suç haline getirilerek failin cezalandırılması mümkün değildir. Bu ilkeye göre bir eylemin suç teşkil edip etmediği suçun işlendiği tarihteki mevcut yasal düzenlemelere göre belirlenecektir¹⁸⁸. Bu ilkenin yansımaları ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaması, kanunda düzenlenmiş bir eylemin kanunda düzenlenmeyen benzer bir olaya uygulanamaması, yani kısas yasağı ile suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde genişletici yoruma tabi tutulamamasıdır¹⁸⁹.

Cezanın kamusalılığı ilkesinin yansıması ise belirlilik ilkesidir. Zira cezanın kamusalılığı ilkesi gereği hangi eylemlerin cezaya yol açacağı ve bu eylemlerin ihlali halinde hangi cezanın uygulanacağını kanunda açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bu durum da cezaların belirli ve önceden öngörülebilir olmasını, suç işleyen kişilerin kendilerine hangi yaptırımların uygulanacağını bilmelerini ve sonuçta da hukuki güvenliği sağlayacaktır¹⁹⁰. Zira bu ilke, cezanın genel önleme amacına da uygundur.

yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürünün ve sorumlu müdürünün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

(4) Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur”.

¹⁸⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 292- 293.

¹⁸⁸ Kanunilik ilkesi, Hamurabi Kanunu ve Roma Ceza Hukuku döneminde de karşımıza çıkmaktadır ve ilkenin, bu dönemlerde de uygulandığı anlaşılmaktadır. Ancak ilke, metin olarak ilk kez 1789 tarihli İnsan Ve Vatandaş Hakları Bildirgesinde ortaya konulmuştur. Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, s. 20.

¹⁸⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, C. 2, s. 1426; Özbek ve Tangal’a göre ise bu ilkenin unsurları; belirlilik, kıyas yasağı, örf-adet hukuku yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılması yasağı ile geçmişe uygulama yasağıdır. Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 74; Zeynel T. Tangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, CHD, Y. 6, S. 17, Ağustos 2011, s. 63.

¹⁹⁰ Albayrak, s. 172.

Çünkü bir eylemin, suç teşkil edip etmediği belli değilse korkutma etkisi de olmayacaktır¹⁹¹.

Kanun koyucu, cezaların alt ve üst sınırlarını belirleyerek ve bu konuda birtakım kıstaslar kabul ederek cezanın belirlenmesi görevini hâkime bırakmıştır. Hâkim de, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirtilen ölçütler doğrultusunda bu belirlemeyi yapacaktır. Ancak hâkim bu belirlemeyi yapacak olsa da ceza aralığının çok geniş tutulması belirlilik ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından oldukça sakıncalıdır¹⁹². Zira ceza aralığının geniş tutulması, hâkimler arasında yorum ve değerlendirme farklılığına yol açabilir. Bunu sonucunda da eşitlik ilkesine aykırı ve keyfi uygulamalar söz konusu olabilecektir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında: *“Yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Yaptırımın alt ve üst sınırının çok geniş, sınırsız ve ölçüsüz olması, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecektir”* diyerek bu hususu vurgulamıştır¹⁹³.

Her ne kadar konu başlığında cezanın kanuniliği ilkesi olarak belirtsek de aslında suç ve cezada kanunilik ilkesi olarak ifade etmek daha doğru olacaktır. Çünkü bu ilke sadece cezalar için değil aynı zamanda bu cezalara konu suçlar için de geçerlidir. Zira bugün birçok ülke ceza kanunu, hem suçların hem cezaların kanuniliği ilkesi üzerine oluşturulmuştur. Bunun tek istisnası ise 1919 tarihli Alman Weimar Anayasası'dır. Bu Anayasa'nın 116. maddesine göre sadece kanundaki suç teşkil eden eylemlerden dolayı cezalandırma kabul edilmiş, cezalar yönünden ise bu ilkeyi benimsememiştir. Bu şekilde olunca da kanunda belirlenen suçu işleyen faile, hâkimin takdirine göre belirleyeceği bir cezanın uygulanması söz konusu olmuştur¹⁹⁴.

Kabahatler hukukunda ise cezalar yönünden kanunilik ilkesi geçerlidir ve sadece kanunda belirtilen idari yaptırımlar uygulanabilecektir. Ancak idari suçlar

¹⁹¹ Tangal, s. 64- 65.

¹⁹² Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 77; Tangal, s. 78.

¹⁹³ Anayasa Mahkemesi T. 17/04/2008, E. 2005/5, K. 2008/93. Kararı nakleden Birtek, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 49- 50.

¹⁹⁴ Hasan Dursun, “Suç Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi”, AD, S. 59, Eylül 2017, s. 220- 221.

yönünden bu ilkeye tam olarak uyulduğu söylenemez. Zira hangi eylemlerin kabahat oluşturduğu kanunda belirtilebileceği gibi bunun tespiti idareye de bırakılmış olabilir. İdare de genel ve düzenleyici işlemleri ile kabahat teşkil eden eylemleri belirleyebilecektir¹⁹⁵. Her ne kadar idare, kanunun verdiği yetki ve çizdiği sınırlar içerisinde bu yetkiyi kullanacak olsa da bu, idari suçlarda kanunilik ilkesinin var olduğu anlamına gelmeyecektir.

C. Cezaların Orantılılığı İlkesi

Bu ilke, daha önce de belirtildiği gibi ilk olarak Mutlak Teori taraftarlarınca ileri sürülmüş olup suç işleyen failin kusuruna uygun bir cezaya çarptırılması anlayışına dayanmaktadır. Çünkü Klasiklerce failin kusurlu eylemi nedeniyle ne dereceye kadar sorumlu tutulabileceği belirlenmeye çalışılmış ve kusura uygun ceza verilmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu düşünceye göre; suç ile ceza arasında belli bir oranın olması, ağır suçlara ağır cezalar, hafif suçlara ise daha hafif cezaların verilmesi öngörülmüştür. Kefaret Teorisi'nin bir sonucu olan bu özellik aynı zamanda cezanın etkili olmasıyla da alakalıdır¹⁹⁶. Zira daha ağır suçları işleyenlere hafif suçları işleyenlerde olduğu gibi aynı cezaların verilmesi halinde insanlar ağır suçları işlemekten çekinmeyecek, bu durum cezanın başkalarının suç işlemesini önleme etkisini de ortadan kaldıracaktır. Bu bakımdan cezalar aynı zamanda başkalarını suç işlemekten caydırıcı nitelikte ve ağırlıkta olmalıdır¹⁹⁷. Bunun yanında cezanın sadece işlenen suçlara nazaran orantılı olması ile de yetinilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca cezaların uygulanması ile ilgili olarak da yine orantılılık ilkesine dikkat edilmesi gerekmektedir¹⁹⁸. Aksi halde uygulanan cezalandırma, zulmetmekten başka bir sonuca yol açmayacaktır¹⁹⁹.

D. Cezaların Bireyselleştirilmesi İlkesi

Bu ilke ile anlatılmak istenen husus, cezanın failin durumuna uydurulabilir olmasıdır. Nasıl ki işlenen her bir suçta somut olay diğerine benzemiyor ise suç işleyen failin de durumu diğer kişilere benzemeyebilir. Çünkü Pozitivistler'in savunduğu gibi her bir suçlunun özellikleri farklı olup, cezanın suçlunun içinde yaşadığı toplumdan

¹⁹⁵ Koca ve Üzülmüş, s. 58- 59; Birtek, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 44; Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 82.

¹⁹⁶ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 13.

¹⁹⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 738.

¹⁹⁸ Dilberoğlu, s. 1532.

¹⁹⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 437.

dışlanarak belirlenmesi mümkün değildir. Yasa koyucu tarafından getirilecek olan genel ve soyut düzenlemelerin failin kişiliğine, özelliklerine uydurulabilir olması gerekmektedir. Bu ilkenin doğuşu, sabit cezalar sisteminden alt ve üst sınırları belirlenen ceza sistemine geçilmesi ile sadece suçun değil aynı zamanda suçlunun kişiliği ve özelliklerinin de dikkate alınması düşüncesine dayanmaktadır²⁰⁰.

Cezanın bireyselleştirilmesi yöntemi olarak ise alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi, yaş, akıl durumu, takdiri indirim nedenleri gösterilebilir. Ayrıca hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi, hapis cezasının ertelenmesi de başvuru yöntemlerdendir²⁰¹. 5237 sayılı TCK'da cezaların alt ve üst sınırları arasında önemli miktarda farkın bulunması da bu ilkenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰².

E. Cezaların Telafi Edilebilir Olması İlkesi

Ülkemizde yürütülen pek çok faaliyette olduğu gibi yargısal faaliyetlerde de birtakım aksaklıklar, ihmaller ya da hatalar meydana gelebilmektedir. Uygulanan yaptırımların niteliği gereği yargısal faaliyette meydana gelen herhangi bir aksaklık istenmeyen sonuçlara yol açabilmektedir. Zira uygulanan yaptırıma bağlı olarak kişiler özgürlüklerinden mahrum kalabilmekte ya da malvarlığı itibariyle büyük bir yükümlülük altına girebilmektedir. Bu nedenle yapılabilecek bir hata ya da yaşanacak bir aksaklık kişi mağduriyetine yol açabilecektir. Bunun önüne geçebilmek adına suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların da geri dönülebilir, düzeltilebilir ve telafi edilebilir olması gerekir²⁰³.

Durum bu şekilde olsa da cezaların olması gereken bu özelliği, bir dönem ülkemizde de uygulanmış olan ölüm cezaları ile bağdaşmamaktadır²⁰⁴. Zira bu cezaların suç işleyen failin durumuna uydurulabilmesi, yani bireyselleştirilmesi mümkün olmadığı gibi infaz edilmesi halinde telafisi de mümkün değildir²⁰⁵. Ancak ölüm

²⁰⁰ Burhan Köni, "Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti", AÜSBFD, C. 11, S. 3, 1956, s. 52.

²⁰¹ Artuç ve Hırsılı, s. 115.

²⁰² Çınar, s. 16; Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 77.

²⁰³ Ercan, s. 337; Tüfekçi, s. 13; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 283.

²⁰⁴ Çınar, s. 18.

²⁰⁵ Ölüm cezalarının bu niteliği gereği pek çok ülke tarafından uygulanması terk edilmiştir. Ülkemizde de 07/05/2004 tarih ve 5179 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklikle ölüm cezaları kaldırılmış ve bu değişikliğin gereği olarak mevcut yasalarda da değişikliğe gidilmiş, 14/07/2004 tarih ve 5218 sayılı Kanun ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çevrilmiştir. Özgenç, s. 533.

cezasının uygulanması gerektiği savunanlar, ölüm cezasının infaz edilemez oluşunun diğer cezalar için, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezalar için de geçerli olduğunu dile getirmektedirler ki bu savunma bir nevi haklılık payı da içermektedir²⁰⁶. Zira hürriyetinden yoksun bırakılan bir kişiye uygulanan cezanın da artık geri dönüşü olmayacaktır. Bugün böyle bir durumla karşılaşan kişilerin mağduriyetinin tazminat davası açılarak kısmen de olsa giderilmesi²⁰⁷ hedeflense de bu şekilde yapılan tazmin, kişinin yaşadığı mağduriyetin tam karşılığı olamayacaktır²⁰⁸. Bahsedilen bu hususlar gözetildiğinde cezaların telafi edilebilir olması bakımından adli para cezalarının bu amaca daha uygun olduğu görülecektir²⁰⁹.

F. Cezaların İnsancıl ve Ahlaki Olması İlkesi

Çağdaş ceza hukukunda suç işleyen faile verilecek cezalarda bulunması gerekli en önemli özelliklerden birisi de verilen cezanın insancıl olması, yani suç işleyen failin insan onuruna ve değerine uygun olmayan cezalara ve muamelelere tabi tutulmaması anlayışıdır²¹⁰. Tarih boyunca yaşanan mücadelenin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu anlayış, insanı en yüce varlık olarak kabul etmektedir. Oysa geçmişte uygulanan yaptırımlara, verilen cezalara bakıldığında bu cezaların günümüzde insana ilişkin hâkim olan bakış açısıyla ifade edilebilmesi mümkün değildir. Çünkü geçmiş dönemlerde insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde işkenceye tabi tutma, belli suçlar için uzvun kesilmesi, kırbaçlama, aleni bir şekilde dayak atılması ve hadım etme gibi birtakım cezaların uygulandığı bir gerçektir. Bunun önüne geçebilmek adına İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra çeşitli uluslararası belgelerle insan onuru ile bağdaşmayacak cezaların ortadan kaldırılması hedeflenmiştir²¹¹.

Uluslararası anlamda bu konuda yaşanan gelişmelere paralel olarak ülkemizde de gerek yasal düzenlemelerle gerekse de mahkeme kararları ile cezaların insanileştirilmesi adına gelişmeler yaşanmaktadır. Bu konuda en önemli sayılabilecek gelişme daha önce de belirtildiği gibi ölüm cezalarının kaldırılması olmuştur. Yasal olarak yapılan bu değişiklikte olduğu gibi mahkeme kararları ile yapılan iyileştirmeye

²⁰⁶ Hakkı Demirel, “Ölüm Cezası”, AÜHFD, C. 12, S. 1, 1955, s. 170; Kaya, s. 44.

²⁰⁷ Ersoy, s. 159.

²⁰⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C. II, s. 655.

²⁰⁹ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 563- 564; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 737.

²¹⁰ Ercan, s. 337; Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, s. 283.

²¹¹ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 563; Bakıcı, s. 929.

örnek ise ASCK'nın 35. maddesinin son fıkrasının iptaline ilişkin karardır. Kararda özetle; birtakım askeri suçlardan mahkûm olan erbaşların rütbe sökme cezalarının mensup olduğu kıtası önünde infaz edilmesi, cezanın teşhir edilmesine yol açacağından insan onuruyla bağdaşmadığı belirtilerek ilgili yasal hüküm iptal edilmiştir²¹². Buna rağmen yine de mevzuatımızda cezanın insancıl olması ilkesi ile bağdaşmayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim iftira suçunda uygulanan mahkûmiyet hükmünün ilanı bu duruma örnektir²¹³.

Cezaların insancıl olması ilkesinin diğer bir yansıması ise failin ömür boyu haklarından mahrum edilememesidir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde belli cezalar yönünden kabul edilen ömür boyu haklardan mahrumiyet hali 5237 sayılı TCK döneminde terk edilmiş ve haklardan mahrumiyetin sadece cezanın infazı ile sınırlı olduğu kabul edilmiştir²¹⁴.

Her ne kadar ceza, niteliği itibarıyla suç işleyen faille istemediği yükümlülükler getirir ve failde birtakım acılara sebebiyet verse de bu, cezanın insancıl olmasına aykırı değildir. Çünkü bu ilke ile asıl amaçlanan husus, cezanın zorunlu olarak kişide yol açtığı acı dışında bedensel bir cezaya ve muameleye tabi tutulmamasıdır²¹⁵. Cezanın bu insancıl olma özelliğinin yanında aynı zamanda ahlaki bir niteliğe de sahip olması gerekmektedir. Çünkü toplumda belli bir düzeye erişen ahlak duyguları ile cezaların uyumlu olması ve birbiriyle çelişmemesi şarttır²¹⁶. Cezanın ahlaki ve insani olma ilkesinden hareketle ölüm cezalarının da artık uygulanmasının savunulabilir bir tarafı kalmamıştır. Her ne kadar bazı ülkelerce halen uygulanıyor olsa da bu cezanın insan onuruyla bağdaştığı söylenemez²¹⁷.

Bu konuyla ilgili olarak söylenecek son husus ise sadece cezaların insani ve ahlaki olarak belirlenmesinin yeterli olmadığıdır. Ayrıca verilen cezaların infazının da yine insani değerlere uygun olması gerekmektedir. Denetimli serbestlik uygulamaları ile hükümlülerin topluma kazandırılması, ev hapsi uygulaması, cezaevi şartlarına ilişkin olarak mahkûmların şikâyetinde bulunabilme hakkı, hapishanelerin kapasitesi, tedavi ve

²¹² Anayasa Mahkemesi T. 25/11/2005, K. 91. Kararı nakleden Hakeri, s. 35.

²¹³ Soyaslan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), s. 267.

²¹⁴ Hakeri, s. 35.

²¹⁵ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 8.

²¹⁶ Önder, s. 486.

²¹⁷ Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", s. 82- 83.

sağlık hakları, başkalarıyla iletişim kurabilme ve benzeri düzenlemelerin temelinde yatan gerçek de cezanın infazının yine bu ilkeye uygun olmasıdır. Hatta uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların insan onuruyla bağdaşmadığı gerekçe gösterilerek mahkûmlara, yeniden başvuru imkânının tanınması da bu ilkenin doğal bir sonucudur diyebiliriz. Nitekim AİHM, Vinter/Birleşik Krallık davasında²¹⁸ müebbet hapis cezasıyla mahkûm edilen bir kişiye cezanın yeniden gözden geçirilmesi ve özgürlüğüne kavuşabileceği konusunda somut bir olasılığın sunulmasının kanunen teminat altına alınması gerektiğini belirtmektedir. Aksi halde müebbet hapis cezası mahkûmunun yeniden özgürlüğüne kavuşacağı konusunda hiçbir umudunun bulunmamasının insan onuruyla bağdaşmayacağı açıkça ifade edilmektedir²¹⁹.

Yine AİHM, Öcalan/Türkiye davasında²²⁰ da benzer bir içtihatla bulunmuştur. Vinter/Birleşik Krallık davasına atıf yaptığı bu kararında da: *“Müebbet hapis cezalarının indirim imkânı olmadan uygulanmasının AİHS’nin 3. maddesine²²¹ aykırılık taşıdığını, bunun önüne geçmek için şartlı tahliye amacıyla bu cezaların gözden geçirilmesi gerektiğini, oysa ülkemizdeki yasal düzenlemelerin böyle bir imkânı tanımadığını, müebbet hapis cezası infaz edilen başvuranın, cezasını belli bir süre çektikten sonra hükümlü olarak kalması gerektiğine ilişkin meşru gerekçelerin halen varlığını devam ettirip ettirmediğinin değerlendirilmesini öngören bir sistemin bulunmadığını”* belirterek başvuruyu, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle kabul etmiştir.

G. Cezaların Eşitliği İlkesi

Eşitlik düşüncesinin bir fikir olarak ortaya atılması ve ileri sürülmesi Fransız İhtilali’ne dayanmaktadır²²². Zira başta Fransız İhtilali olmak üzere Aydınlanma

²¹⁸ AİHM, T. 09/07/2013, 66069/09, 130/10 ve 3896/10 başvuru numaralı kararı. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22V%C4%B0NTER%22\],\[%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],\[%22appno%22:\[%2266069/09%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-148616%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22V%C4%B0NTER%22],[%22languageisocode%22:[%22TUR%22],[%22appno%22:[%2266069/09%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-148616%22]}) (Erişim Tarihi 18/06/2019)

²¹⁹ Emilio Dolcini, “Ceza İnfazı Meselesi: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço” (Çev. Duygu Çağlar Doğan), AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3362- 3363; Toroslu, “Ceza Müeyyidesi”, s. 82.

²²⁰ AİHM, T. 18/03/2014, 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07 başvuru numaralı kararı. [file:///C:/Users/acer/Downloads/CASE%20OF%20_CALAN%20v.%20TURKEY%20\(No.%20\)%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf](file:///C:/Users/acer/Downloads/CASE%20OF%20_CALAN%20v.%20TURKEY%20(No.%20)%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf) (Erişim Tarihi 18/06/2019)

²²¹ AİHS madde 3: *“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”*.

²²² Dönmezer ve Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 638.

Dönemi’nde Avrupa’da yaşanan ihtilallerin hukuki anlamda temel amacının cezalardaki keyfiliği ve şiddeti ortadan kaldırarak eşitliği sağlamak olduğu söylenebilir. Çünkü bu ihtilallerden önce uygulanan cezalarda keyfilik had safhada olup kişilerin sosyal statüsüne bağlı olarak ağır ya da hafif cezaların verilmesi söz konusu olmaktadır²²³. Nitekim İhtilal’den hemen sonra kabul edilen 1791 sayılı Fransız Ceza Kanunu’nda sabit cezalar sistemi getirilerek hem keyfiliği önlemek hem de aynı suçu işleyen herkese aynı cezaların verilmesini sağlamak hedeflendi²²⁴.

Yaşanan bu gelişmeler sonucunda günümüz ceza hukukunda kabul edilen eşitlik ilkesi cezalandırma yetkisine ilişkin temel ilkelerden biri haline gelmiştir. Ancak burada kastedilen eşitlik fiili olmaktan daha ziyade hukuksal eşitliktir. Soyut ve genel olarak belirlenen cezaların, kişilerin sosyal statüsüne, ekonomik ve sosyal durumuna bakılmaksızın herkese eşit şekilde uygulanabilir olmasıdır²²⁵. Ancak cezanın daha önce de belirtildiği gibi bireyselleştirilmesi, yani soyut cezanın somut olaya ve failin durumuna uydurulabilmesi amacıyla yapılan işlemler bu ilkeye aykırılık teşkil etmeyecektir²²⁶. Bunun yanında yasama dokunulmazlığı, görevleri ile bağlantılı suç işleyen kamu görevlileri için getirilen soruşturma izni gibi kabul edilen muhakeme şartları da bu ilkeye aykırı değildir. Zira bu şartlar, yasama faaliyetinin sağlıklı bir şekilde devamını ve işlemlerini sağlamak ve görevini yerine getiren kamu görevlilerinin ise her türlü baskı ve tehditten uzak, belirli bir güvence altında sağlıklı bir şekilde vazifelerini ifa etmesini sağlamaya yöneliktir. Bu durum, ilgili kişilere ceza verilmeyeceği ya da bu konuda ilgili kişilere imtiyaz verilmesi anlamına gelmeyecektir²²⁷.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında²²⁸ Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlikten kastedilenin yasa önünde eşitlik olduğunu, bu ilkenin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğunu

²²³ Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 27.

²²⁴ Fransız Ceza Hukuku’nda, bu konuyla alakalı olarak getirilen eleştiriler ve daha sonra yapılan düzenlemeler konusunda bkz. dn. 53- 61.

²²⁵ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 10.

²²⁶ Albayrak, s. 172.

²²⁷ Ersoy, s. 159.

²²⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 17/03/2011, E. 2009/47, K. 2011/51; T. 22/12/2011, E. 2010/118, K. 2011/170; T. 22/07/2008, E. 2008/64, K. 2008/129; T. 13/01/2011, E. 2009/21, K. 2011/16; T. 29/09/2004, E. 2004/86, K. 2004/110. Kararlar için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi 18/06/2019)

belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nce aslında burada kastedilen “yatay eşitlik”tir. Ancak Mahkeme; yasa önünde eşitliğin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediğini, durum ve konumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabileceğini de kabul etmektedir. Burada kastedilen ise “dikey eşitlik”tir. Mahkeme’ye göre; aynı hukuksal durumlar aynı (yatay eşitlik), ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara (dikey eşitlik) bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Cezanın kişiselleştirilmesi de farklı durumda olan faillerin farklı muameleye tâbi tutulmalarını, cezanın faillerin kişisel durum ve özelliklerine uydurulmasını gerektirir ki bu husus, Mahkeme’ce kabul edilen yatay eşitlik-dikey eşitlik ayrımı ile çelişmez.

Durum bu şekilde olsa da Özbek, bazı konularda yapılan pozitif ayrımcılığın ceza hukukunda geçerli olmadığını ve bu konuda yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu savunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 5275 sayılı CGTİHK’nın 110/2. maddesinin²²⁹ Anayasa’ya aykırı olmadığına ilişkin kararının²³⁰ yanlış olduğunu, pozitif ayrımcılığın amacının kadınlara, cinsiyet farklılığına rağmen erkeklerle aynı hakları talep etme imkânının sağlanmasına ilişkin olduğunu, pozitif

²²⁹ 5275 sayılı Kanun madde 110/2: “(Değişik: 6/4/2006 – 5485/1 md.) Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere; a) Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları altı ay, b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları bir yıl, c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları üç yıl, veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hüküm veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir”.

²³⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 08/12/2010, E. 2005/86, K. 2010/111 sayılı kararında: “Maddede, hapis cezalarının mahkeme tarafından konutta çektirilmesine karar verilebilmesi için hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları yıla göre ayrımlar yapılmak suretiyle gerekli olan şartlar belirlenmiştir. Bu şartlar, maddenin itiraz konusu kuralı da içeren ikinci fıkrasında, hükümlünün kadın olması, hükümlü erkek ise altmışbeş yaşını bitirmiş olması ile hükümlünün altı ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olması şeklinde öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralda, hapis cezasının konutta çektirilmesine karar verilebilmesi için hükümlünün kadın olması ve altı ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olması koşullarının varlığı yeterli olup, maddede erkek mahkûmlar için öngörülen yaşa ilişkin koşul kadın mahkûmlar için aranmamaktadır. Yasa koyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği ve cezaların ne şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yerine getirileceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kuralda yasa koyucunun, toplumsal yarar gözetilerek cezaların infaz biçimine ilişkin, hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları yıla göre mahkeme tarafından farklı uygulamalar yapılmasına imkân tanınması, takdir yetkisi içinde bulunduğundan Anayasa’nın hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel ilkelere aykırılık yoktur”.

ayrımcılık gerekçe gösterilerek erkeklerin kadınlarla aynı haklardan yararlanmasının engellenmesinin eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir²³¹.

H. Cezaların Etkililiği İlkesi

Cezanın etkililiği ilkesi, cezanın amacı yönünden değerlendirilmesi demektir. Bu bakımdan cezanın etkili olması demek, suç işleyen faile bu davranışının ödetilmesi ve ayrıca failin ıslah edilerek iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması demektir. Bunun yanında cezanın korkutucu etkisi ile failin ve diğer kişilerin yeniden suç işlemesini engellemek amacı da aynı şekilde etkililik ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. O halde cezanın ıslah edici, korkutucu ve caydırıcı niteliğe sahip olması halinde etkili olduğu ifade edilebilir²³².

Cezanın, üçüncü kişiler yönünden suç işlenmesini engelleme ve onlar nezdindeki etkililiği ile cezanın sonuçlarından üçüncü kişilerin de etkilenmesini birbirine karıştırmamak gerekir. Zira cezaların şahsiliği ilkesi ile her ne kadar ceza doğrudan suç işleyen fail üzerinde etkili olsa da dolaylı bir şekilde failin yakınları da bu cezadan etkilenmektedir²³³. Örneğin; failin cezaevine girmesi halinde aile üyeleri de maddi ve manevi olarak zarar görmektedir. Ancak bu cezanın dolaylı da olsa doğal sonucudur. Cezaların etkililiğinde ise suç işleyen failin cezalandırılması ile başkalarının suç işlemesinin önüne geçilmesi hedefi vardır. Dolayısıyla aralarında bu yönüyle herhangi bir bağlantı ve çelişki bulunmamaktadır.

İ. Cezaların Fayda-Maliyet İlkesi

Kanunda suç işleyen faile verilebilecek cezalar çeşitlidir. Önceleri idam ve sürgün cezası da dâhil birtakım cezalar uygulanmakta iken artık genellikle hapis ve para cezaları tercih edilmektedir. İşte kanun koyucunun bir eyleme uygulanacak cezayı tercih ederken kendisine en az yük getirecek ve en az maliyetli olacak tercihi yapması gerekecektir. Tercih edilebilecek ve kendisine en az yük getirecek bir ceza ile cezanın amacına yine de ulaşılabiliriyorsa bu cezanın seçilmesi daha yerinde olacaktır. Cezanın etkililiği ile maliyet unsurlarının karşılaştırılması, maliyet-fayda analizi doğrultusunda ceza türünün seçilmesi anlamına gelecektir. Bu bakımdan özellikle hafif nitelikte

²³¹ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 87- 88.

²³² Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 77.

²³³ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 563.

diyebileceğimiz suçlarda para cezaları ile cezada hedeflenen amaca ulaşılabiliriyorsa artık burada hapis cezasının verilmesinin herhangi bir faydası olmayacaktır²³⁴. Çünkü hapis cezası sonucunda kişinin cezaevine girmesiyle çalışma hayatından uzaklaşması ekonomik kayba yol açacak, bakımı ve beslenmesi de ekonomik bir yük getirecektir. Bunun yanında cezaevine giren kişinin ailesi ve yakın çevresine ilişkin devletin bakım ve gözetim yükümlülüğü de devletin yükünün artmasına neden olacaktır.

Hapis cezalarının infazı bakımından tercih edilen yöntemlerin de bu ilkeye uygun olması gerekmektedir. Çünkü hapis cezalarının kapalı cezaevlerinde infazının devlete getireceği yükü, maliyeti artıracak bilinen bir gerçektir²³⁵. Son dönemlerde cezanın büyük bölümünün, açık ceza infaz kurumlarında ya da denetimli serbestlik adı altında birtakım yöntemlerle infaz edilmesinin altında yatan sebeplerden biri de devlet üzerindeki bu ağır yükün hafifletilmesi düşüncesidir. O halde hapis cezasına, eğer son çare ise başvurulmalı, aksi halde hapis cezası tercih edilmek zorunda kalınıyorsa bu kez de bu cezanın infazında devlete en az yük getiren ve en az maliyetli olan yöntem ve kurumların tercih edilmesi gerekmektedir²³⁶.

J. Cezaların Kamusalılığı İlkesi

Çalışmanın başında hukuk kurallarının diğer toplumsal kurallardan farklı olarak ihlal edildiğinde uygulanacak yaptırımın farklı olduğunu, zira bu yaptırımın devletin yetkili organlarınca belirli usullere göre tespit edilip uygulandığını ve zor kullanma yetkisine sahip kamu gücü ile güvence altına alındığını dile getirmiştik. İşte hukuk kurallarındaki bu özellik aynı zamanda cezaların diğer bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza her şeyden önce devletin yetkili organlarınca belirlenip suç işleyen faile uygulanan bir kötülüktür²³⁷. Bu özellik cezayı, özel hukuk alanında ve toplumsal yaşamda geçerli olan diğer yaptırımlardan farklı kılmaktadır. Ancak devlet ve kamu gücüne sahip diğer idare ve kurumlar da birtakım cezalar uygulayabildiğinden idari

²³⁴ Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, s. 78; Önder, s. 487.

²³⁵ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 13.

²³⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 552.

²³⁷ Bu tanım Bentham'ın cezanın ne olduğuna ilişkin görüşünü yansıtmaktadır. Zira Bentham'a göre ceza: *"Siyasal otorite tarafından suç niteliğinde bir eyleme, eylemin doğal sonuçlarına benzer vakaların yaşanmaması için bağlanmış olan yapay bir sonuçtur ve kendinde kötü veya zararlı bir edimdir"*. Yıldız, "Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi", s. 79.

cezalarla ceza hukukunda kabul edilen cezaların birbirinden ayırt edilmesi ve farkının ortaya konulması gerekmektedir. Bu ayırt etme de cezaların kanuniliği ilkesine dayanılarak yapılabilir²³⁸. Zira bu ilkeye göre suç işleyen failin hangi davranışının bu kapsamda sayılacağı, bu davranışına karşı hangi yaptırımın uygulanacağı, davranışının ve sorumluluğunun hangi usullere göre tespit edilip ne şekilde infazının sağlanacağı önceden bellidir. Belirlenen bu unsurlara göre fail hakkında devletin yetkili organlarınca yasal düzenlemeler esas alınarak gerekli araştırmalar yapılacak, suç işlendiği hususunda yeterli şüphe ve delile ulaşırsa hakkında yine yetkili organlarca dava açılacak, yargısal makamlarca belli usullere göre yapılacak yargılama ile hakkında karar verilecektir. Eğer eyleminin suç teşkil ettiği sonucuna varılırsa mahkûmiyetine karar verilen failin cezasının infazı da yine daha önceden belirlenen infaz usullerine göre yerine getirilecektir. İşte bütün bu süreç, devlet adı verilen kamu gücünü kullanma yetkisine sahip üstün otorite tarafından belirlenip takip edilmekte ve teminat altına alınmaktadır.

Açıklanan bu özellikler değerlendirildiğinde cezanın geniş bir tanımını şu şekilde yapabiliriz: *“Ceza, kanunda önceden belirlenmiş ve suç teşkil eden bir davranışa tepki olarak bizzat bu eylemi gerçekleştiren faile karşı uygulanan, bir yandan bu kusurlu davranışının bedelini ödetme ve ıslahı ile faili yeniden topluma sağlıklı birey haline getirmeyi diğer yandan hem kendisinin hem de başkalarının suç işlemesini engelleyici ve caydırıcı nitelikte olmayı hedefleyen, zorunlu haller dışında etkisini bizzat failin üzerinde gösteren, failin kusurlu davranışı ile orantılı, failin ve somut olayın özelliklerine göre bireyselleştirilebilen, insani değerlere ve ahlaka uygun, yeri geldiğinde telafi edilebilir ve devlete en az yükü getirecek ve en az maliyete yol açacak nitelikte, önceden belirlenmiş ve devletin yetkili organlarınca belirli usuller izlenerek tespit edilip uygulanacak ıstırap verici, belli bir kötülüğü ve zararı içeren bir müeyyidedir”*.

ŞVI. CEZALARIN BELİRLENMESİ VE KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ

Suç teşkil eden davranışlar ve bu davranışa uygulanacak cezalar kanunlarda genel ve soyut olarak belirlenmektedir. Bu soyut belirleme, aslında bireyin yaptığı bir davranışa uygulanacak cezayı önceden bilme ve tahmin etme isteğinden ve ayrıca cezaların keyfi olarak belirlenip uygulanmasının önüne geçilmesini sağlama

²³⁸ Hafizoğulları ve Özen, s. 450.

düşüncesinden doğmuştur²³⁹. Zira bu istek ve düşünce, hayatın karmaşıklığı ve tahmin edilemeyecek nitelikte ve sayıda olayların yaşanmasından doğmaktadır. Çünkü her bir olay kendi içerisinde birtakım özellikleri barındırmakta, her bir olay diğerinden farklı hale gelmektedir. Bütün bu olayların önceden tahmin edilmesinin mümkün olmaması ve bu nedenle suç ve cezaların keyfi olarak belirlenip uygulanmasının önüne geçmek amacıyla belli olaylardan hareketle sınıflandırmalar yapılmakta ve bu sınıflandırmalar doğrultusunda da genel nitelikte düzenlemeler belirlenmektedir.

Cezanın belirlenmesi de yasada genel ve soyut olarak belirlenen cezanın kabul edilen birtakım kıstaslara göre tespit edilmesi demektir. Bu tespiti yaparken de öncelikle somut olay ele alınarak olayın, soyut tipe uygun olup olmadığı, soyut tipin asgari kurucu unsurlarını taşıyıp taşımadığı (suçun kanuni tanımı) belirlenecektir ki bunu araştırmak ve belirlemekle yükümlü olan kişi hâkimdir²⁴⁰. Bu şekilde bir belirleme yaparken hâkim, failin eyleminden hareket etmekte ve bu eyleme göre tespit yapmaktadır. Daha sonra ise hâkim, bizzat failin durumunu, onun özelliklerini ele alarak cezanın kişiselleştirilmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi işlemleri birbirini tamamlayan iki unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesinin bu ayrılmaz ikili yapısı tarihi süreç içerisinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Zira tarihi sürece bakıldığında hâkimin cezayı belirlemesi bakımından dört farklı sistem bulunmaktadır. İlk sistem, sınırsız serbestlik sistemidir ve bu sistemde hâkim, aynen kanun koyucu gibi cezayı belirleyebilmekte ve serbestçe takdir edebilmektedir. İkinci sistem ise, sabit ve değişmez cezaların uygulandığı ve hâkime hiçbir takdir hakkının tanınmadığı sistemdir. Hâkim, bu sistemde sadece cezanın uygulayıcısı konumundadır. Günümüzde uygulanan sisteme benzer olan üçüncü sistemde ise, cezalar nispi olarak belirlenmekte ve hâkimin bu cezaları takdiri ile belirlemesi kabul edilmektedir. Dördüncü sistem ise, Pozitivistler tarafından ortaya atılmış olup suçlunun ıslahı amacıyla uygulanacak yaptırımlar konusunda hâkimin oldukça yetkili olduğu sistemdir.

İlk sistem on sekizinci yüzyıl sonuna kadar devam etmiştir. Daha sonra Fransız İhtilâli ve hemen ardından kabul edilen 1791 sayılı Ceza Kanunu ile sabit cezalar

²³⁹ Andre Rouast, “Hukukta Mücerretlik Ve Müşahhaslık” (Çev. Sulhi Dönmezer ve Mahmut R. Belik), İÜHFD, C. 8, S. 3- 4, Y. 1942, s. 999.

²⁴⁰ Selâhattin Keyman, “Tipiklik Ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. 37, S. 1, 1980, s. 99.

sistemi kabul edilerek hâkimleri sadece cezaların bir uygulayıcısı olarak gören ikinci sistem başlamıştır. Ancak Klasik Görüş’ü savunanların aksine, sadece suçun değil suçlunun kişiliği ve özelliklerinin de dikkate alınması anlayışı ile üçüncü dönem ortaya çıkmıştır. Bu dönemde cezalar basamaklı bir şekilde alt ve üst sınırlı olarak belirlenmiş, hâkimin bu cezaları takdir hakkına bağlı olarak belirleyebileceği ve cezanın kişiselleştirilmesi araçlarından olan takdiri indirim nedenleri kabul edilmiştir. 1870’li yıllardan itibaren ise Pozitivistler tarafından ortaya atılan failin tehlikeliliğini esas alan dördüncü sistem uygulanmıştır²⁴¹.

Üçüncü dönemle beraber hâkime cezanın belirlenmesinde tanınan takdir hakkı ve yine bu dönemde kabul edilen cezanın kişiselleştirilmesi yöntemleri ile cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi sağlanmaktadır. Takdiri indirim nedenleri cezanın kişiselleştirilmesi yöntemlerinden biri olmakla beraber bu kişiselleştirme yöntemine geçmeden önce birbiriyle oldukça bağlantılı olması nedeniyle öncelikle cezanın belirlenmesi aşamasına değinmek daha doğru olacaktır.

A. Cezaların Somut Olarak Belirlenmesi

Somut cezanın belirlenmesi demek, yasa koyucu tarafından belirlenen genel ve soyut nitelikteki cezaların yine yasa koyucunun belirlediği kriterler doğrultusunda somut olaya uyarlanması ve uygulanması demektir. Zira yasa koyucu, bu belirlemenin nasıl yapılacağını ve hangi kriterlerin esas alınacağını açıkça düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK’nın 61. maddesine göre: “*Suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*”. Bu unsurlardan failin kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığına ilişkin kriter faile ilişkin olup diğerleri ise işlenen failin haksızlık içeriğine ilişkindir²⁴².

²⁴¹ Köni, “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, s. 52- 55.

²⁴² Koca ve Üzülmüş, s. 673; Zafer ise, failin kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı ile birlikte failin güttüğü amaç ve saiki de, faile ilişkin kriterler arasında saymakta ve diğer hususların ise faile ilişkin olduğunu belirtmektedir. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 6. Baskı, Beta Basım Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 545; Her ne kadar kast ve taksir, bu düzenlemede faile ilişkin bir unsur olarak kabul edilse de bazı hallerde failin subjektif bir unsuru olarak da karşımıza

Cezaların belirlenmesinde esas alınan bu unsurlar 5237 sayılı TCK’da kabul edilenlerden kısmen farklı olmakla beraber hukukumuzda ilk olarak 765 sayılı TCK’nın 29. maddesinde 21/11/1990 tarihli 3679 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile yapılan değişiklik ile girmiştir. Daha sonra birtakım değişikliklerle birlikte 5237 sayılı Kanun’da da kabul edilmiştir²⁴³. Daha önce bu konuyla ilgili olarak süreç içerisinde yapılan değişikliklerden bahsedildiği için ayrıca yeniden bu hususlara değinilmemiştir²⁴⁴. Ancak arz ettiği önem dolayısıyla iki hususa değinmekte fayda vardır. İlk olarak 5237 sayılı TCK’nın aksine 765 sayılı TCK’da, cezayı belirlerken uygulanacak kriterler sınırlı sayıda değildir. Zira kanun koyucu “gibi” ibaresini kullanarak bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemiş, kabul edilen kıstaslar uygulamada hâkime yol gösterici olarak tasarlanmıştır²⁴⁵. Ayrıca 765 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında gösterilen “*failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*” gibi unsurlar çifte değerlendirme yasağına yol açtığı gerekçesiyle 5237 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri arasından çıkartılmış ve takdiri indirim nedenlerinin bir unsuru olarak düzenlenmiştir²⁴⁶.

Bu konuda değinilmesi gereken bir husus da hâkimin bu kriterler arasında yapacağı belirlemede takdir hakkını kullanırken sınırının ne olduğudur. Çünkü hâkime bu konuda hiçbir kısıtlama getirilmemiş olabileceği gibi hâkimin takdir hakkı sınırlandırılmış da olabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK’da hâkime bu konuda sınırlama getirilmesi esası kabul edilmiştir. Bu sınırlama ilk olarak cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kıstasların tahdidi olarak sayılmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü hâkim, belirlenen bu kıstaslar dışında cezanın belirlenmesinde başka bir unsuru dikkate alamayacaktır. Ayrıca alt ve üst sınırları olan bir cezada temel cezayı nasıl ve ne şekilde

çıkabilmektedir. Bu durum, “*kastın veya taksirin çifte fonksiyonu*” görüşü ile açıklanmaktadır. Bu görüşe göre kast veya taksir, bir yönüyle tipikliğin subjektif yönü olarak bir davranış şekli (suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve istenmesi ya da dikkat ve özenin gösterilmemesi), diğer yönüyle kusurluluk türü olarak failin kınanabilmesidir. Kaçınılmaz hata hali dışında tipikliğe dâhil olan kastın varlığı, aynı zamanda kusur şekli olan kastın da varlığı anlamına gelir. Bu görüşten hareketle cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kast veya taksir, hem tipiklik bakımından davranış şekli olarak ele alınacak hem de kusur çeşidi olarak karşımıza çıkacaktır. Davranış şekli olarak ele alınması bakımından da fiile ilişkin unsurlar arasında düşünülebilecektir. Örneğin kasten yaralama suçunun tasarlanarak işlenmesi halinde kast, fiilin subjektif bir unsuru olduğu gibi tasarlamaya ve eylemin işlenişine ilişkin kastının yoğunluğu bakımından ise bir kusur şeklidir. Bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 263- 264 ve s. 715- 716.

²⁴³ Tüfekçi, s. 36; Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, SÜHFD, C. 20, S. 2, 2012, s. 108.

²⁴⁴ Bu konuyla alakalı olarak bkz. dn. 87- 93.

²⁴⁵ İlhan Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C. 10, S. 3- 4, 2006, s. 207; Gedik, s. 365.

²⁴⁶ Koca ve Üzülmöz, s. 673- 674; Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, s. 111.

tespit ettiğini de gerekçesinde belirtmek ve tartışmak zorundadır. Hatta bu zorunluluk, somut olayın özelliğine göre temel cezayı tespit ederken alt sınırdan belirleme yapılması halinde de geçerlidir. Bu hususlar gözetildiğinde hâkimin temel cezayı belirlerken sahip olduğu takdir hakkının sınırsız olmayıp, belli ölçütlere bağlı ve denetlenebilir niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Yapılan bu kısa açıklamalardan sonra cezanın belirlenmesinde ele alınan kriter yahut kıstasları aşağıda ayrı başlıklar altında kısaca açıklayacağız.

1. Suçun İşleniş Biçimi

Suçun gerçekleştirilme şekli, temel cezayı tespit ederken dikkate alınabilecek unsurlardandır. Örneğin; yakınlarının gözü önünde bir kimsenin feci şekilde dövülerek yaralanmasında eylemin gerçekleştiriliş şekli temel cezada oldukça belirleyici olacaktır.

Suçun işleniş biçiminin temel cezada dikkate alınması da çeşitli şekillerde olabilmektedir. Nitekim bu husus failden kaynaklı olabileceği gibi alkollü olan bir kişinin bu durumundan yararlanarak özel hayatına ait görüntülerinin temininde olduğu gibi mağdurdan da kaynaklanabilir. Bunun yanında kullanılan araçlar ve eylem sonrası davranış biçimi de etkili olabilir. Bu konuda özellikle tek kişi tarafından işlenebilecek bir suçun iştirak halinde işlenmesi²⁴⁷, aynı eylemde birden çok nitelikli hali ihlal edilmesi, seçimlik hareketlerin hepsinin gerçekleştirilmesi, fikri içtima hali²⁴⁸, suçun mağdur ve üçüncü kişiler üzerindeki etkileri gibi hususlar suçun işleniş biçimine dâhil sayılmaktadır²⁴⁹. Yargıtay’a göre; “*Aynı fıkra içinde yer alan nitelikli hallerin bir kaçının somut olayda gerçekleşmesi halinde de fail hakkında 149. madde bir kez uygulanacağından, bu durum 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın tespiti aşamasında, cezanın asgari haddin üzerinde tayini suretiyle değerlendirilmelidir*”²⁵⁰.

Bunun yanında suçun işlendiği zaman aralığı ile fiilin tekrar ve sayısına göre de suçun işleniş şekli önem arz edebilir. Örneğin Yargıtay; “*Suçta konu birden fazla*

²⁴⁷ Artuç ve Hırslı, s. 116. Ancak tehdit ve cinsel saldırı suçlarında olduğu gibi bazı hallerde eylemin birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Böyle bir durumda sırf birden fazla kişi ile işleniş şekli, cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma sebebi olarak dikkate alınamayacaktır.

²⁴⁸ Fatih Selami Mahmutoglu ve Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1383.

²⁴⁹ Koca ve Üzülmüş, s. 674- 675.

²⁵⁰ Yargıtay CGK, T. 27/01/2009, E. 2008/6-203, K. 2009/3. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 125.

sahte belgenin farklı zamanlarda düzenlendiği konusunda yeterli delil bulunmaması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını, ancak bu durumda temel cezada alt sınırdan uzaklaşılabilirliğini” belirtmiştir²⁵¹. Ceza normu içeren özel bir kanundaki suçun işlenmesi ise cezada alt sınırdan uzaklaşılması için yeterli değildir. Zira kanunun aradığı yasal unsurların gerçekleşmesi alt sınırdan uzaklaşma sebebi değildir²⁵².

2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Bazen gerçekleştirilen bir eylemde kullanılan araçlar da temel cezada belirleyici olacaktır. Zira öldürme eyleminin bıçakla ya da tabancayla gerçekleştirilmesine nazaran bir araçla maktulün üzerinden geçme ya da kemik kırığına yol açacak yaralamada sopa yerine metalden bir cisimle vurma eyleminde kullanılan vasıtaların temel cezayı etkilemesi kaçınılmaz olacaktır. Yine düğün yerinde havaya ateş eden kimse ile bomba türü bir cisim kullanarak genel güvenliği kasten tehlikeye sokan kişinin kullandığı araçlar aynı değerde kabul edilemeyecektir ve bu kullanılan araçlar arasındaki farka bağlı olarak temel ceza da değişecektir²⁵³. Bu bakımdan suçun bir araç kullanılarak işlenmesi halinde dahi kullanılan aracın niteliği ve kullanılış şekli de temel cezada dikkate alınacaktır²⁵⁴. Yargıtay bir kararında “...suçta kullanılan araç, tehlikenin ağırlığı ve sanığın geçmişi dikkate alındığında, sanığa asgari haddin üzerinde ceza tayin edilmesinin cezaların kişiselleştirilmesi ilkesine, adalet ve nesafet kurallarına daha uygun düşeceği gözetilmeden alt sınırdan ceza tayin edilmesinde isabet görülmemiştir” diyerek suçta kullanılan araçların da cezanın belirlenmesindeki önemini ortaya koymuştur²⁵⁵.

Suçun işlenmesi sırasında kullanılan araçlar, somut bir eylemde doğrudan kullanılabileceği gibi mağdurun direncinin kırılması veya suçtan korunmasına engel olunması, suçta kullanılan aracın mağdura gösterilmesi, böyle bir aracın varlığından

²⁵¹ Yargıtay 11. CD, T. 05/02/2015, E. 2013/2820, K. 2015/1308. Kararı nakleden Gökhan Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, ABD, S. 3, 2016, s. 147- 148.

²⁵² Koca ve Üzülmöz, s. 675.

²⁵³ Polat ve Polat, s. 75.

²⁵⁴ Artuç ve Hırsılı, s. 126.

²⁵⁵ Yargıtay CGK, T. 04/06/1996, E/K. 123/126. Kararı nakleden Üzülmöz, s. 208.

mağdurun haberdar edilmesi ya da var olduğuna inandırılması gibi yöntemlerle dolaylı olarak da kullanılabilir²⁵⁶.

Kullanılan aracın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilmesi için ayrıca kanunda bu hususun cezaya etki eden bir neden olarak düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Örneğin; yaralama suçlarının silahla işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olduğu için ayrıca suçun silahla işlenmesi temel cezada dikkate alınmayacaktır²⁵⁷. Ancak bu durumda dahi kullanılan aracın niteliği ile eylemin birçok kez tekrarlanması gibi haller göz önüne alınarak diğer unsurlar (örneğin kusurun ağırlığı, kastının yoğunluğu vb.) kapsamında yine temel cezada alt sınırdan uzaklaşılabilir. Örneğin Yargıtay’a göre; *“Sanığa müessir fiil suçundan ceza tayin edilirken temel cezanın, suçta ateşli silah kullanılması, tek atışla yetinilmeyip müteaddit el ateş edilmesi, mağdurun hayati organlarının hedef alınması gibi nedenlerle ceza adaletini temin gayesiyle asgari haddin üzerinde tayini gerekir”*. Bu kararda Yargıtay, suçun silahla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilse dahi silahın kullanılış şekli ve diğer unsurlar kapsamında temel cezada alt sınırdan uzaklaşılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir²⁵⁸.

3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

Temel cezanın belirlenmesi sırasında suçun işlendiği yer ve zamanın, tek başına belirleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Zira suçlar herhangi bir zaman diliminde ve herhangi bir yerde işlenmektedir. Suçun işlendiği yerin ve zamanın temel cezada belirleyici olabilmesi için, suç işlendiği sırada yer ve zaman unsurundan yararlanılıyor olması, yani yer ve zaman unsurlarının suçun işlenmesini kolaylaştırıyor olması gerekmektedir. Hırsızlık eyleminin cenaze ya da düğün evinde gerçekleştirilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir²⁵⁹. Yine hürriyetten yoksun bırakma eyleminin yerleşim yerlerinden uzak ve ıssız bir yerde gerçekleştirilmesi de bu duruma örnektir²⁶⁰. Ayrıca yer ve zaman unsuru, bazen suçun işlenmesinde herhangi bir kolaylık sağlamasa da başlı başına suç teşkil eden davranışta bulunan failin kusuruna etki ederek temel cezada belirleyici olabilmektedir. Örneğin; alkollü bir şekilde trafikte araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suç teşkil etse de bu eylemin, trafiğin çok

²⁵⁶ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1384.

²⁵⁷ Tüfekçi, s. 53.

²⁵⁸ Yargıtay 1. CD, T. 10/11/1992, E/K. 2255/2421. Kararı nakleden Üzülmaz, s. 209.

²⁵⁹ Üzülmaz, s. 209.

²⁶⁰ Albayrak, s. 259.

yoğun olduğu bir saatte ya da trafiğin oldukça fazla olduğu bir ana yolda gerçekleştirilmesi durumunda eylemin zamanı ve yeri failin kusuruna etki ederek temel cezada belirleyici olacaktır. Nitekim Yargıtay’a göre de; *“Gece sabaha karşı 03:00 sıralarında mağdurun evinde işlenen yaralama suçunda, olayın başlama saati ve olay mahalline göre cezanın asgari haddin üstünde takdir edilmesi gerekmektedir”*²⁶¹.

5271 sayılı CMK’nın 232. maddesinde düzenlendiği üzere; suçun işlendiği yer, tarih ve zaman diliminin gerekçeli kararda gösterilmesi zorunludur. Hatta bu zorunluluğun ihlali hukuka aykırı olup Yargıtay’a göre bozma sebebidir²⁶².

4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri

Bu unsur, özellikle maddi değeri olan suçlarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin uyuşturucu ticareti, yağma, hırsızlık ve dolandırıcılık gibi maddi değerlerin ön planda olduğu suçlarda suça konu eşyanın ya da elde edilen menfaatin değerinin fazlalığı temel cezada etkili olacak, eşyanın ya da menfaatin değeri arttıkça temel cezada alt sınırdan uzaklaşılması söz konusu olacaktır²⁶³. Maddi konunun değerinden kastedilen ise piyasa rayiç değeridir. Tarafların, kendilerinin kabul ettiği değer değildir²⁶⁴. Bazen de suçun konusu bu belirlemede etkili olabilecektir. Tek geçim kaynağı emekli maaşı olan bir kimsenin bu parasının çalınması durumunda suçun konusunun öneminin temel cezada dikkate alınması gerekecektir²⁶⁵.

Suç ile korunan hukuki değer aynı olsa da haksızlık değeri aynı değildir. Örneğin, değerleri arasında önemli miktarda fark olan iki ayrı eşyanın çalınmasında hukuki değer aynıdır. Ancak haksızlık değeri, miktarı yüksek olan eşyada çok daha

²⁶¹ Yargıtay 1. CD, T. 14/05/2001, E/K. 1038/2054. Kararı nakleden Toroslu, “Ceza Müeyyidesi”, s. 132.

²⁶² Yargıtay 8. CD, T. 25/09/2006, E/K. 5808/6936. Kararı nakleden Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 713.

²⁶³ Yargıtay 13. CD, E. 2012/10893, K. 2013/23770 sayılı ilamında: *“Hırsızlık aracın mülkiyetine yönelik olup hırsızlık suçuna konu eşyanın önem ve değeri, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”* denilerek suça konu eşyanın önem ve değerinin cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Kararı nakleden Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. 2, 2. Bası, TBBY, Ankara 2015, s. 733.

²⁶⁴ Artuç ve Hırsılı, s. 128.

²⁶⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 713.

fazladır ve değeri yüksek olan eşya için haksızlık değeri arttıkça cezada alt sınırdan uzaklaşılabilir²⁶⁶.

Yasal düzenlemelerin korumayı amaçladığı hukuki varlık ya da menfaatin ortadan kalkması, başka bir deyişle kanunun güvence altına aldığı hukuki yararın suçun işlenmesiyle ihlal edilmesi hallerinde ise alt sınırdan uzaklaşamaz. Örneğin; insan öldürme suçlarında kişinin ölmesi ile hukuki yarar ihlal edilse de bu durum zaten işlenen suçun doğal bir uzantısı olup alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olamayacaktır²⁶⁷. Bunun yanında suçun konusunun önem ve değerinin nasıl ve neye göre belirleneceği hususu da tartışmalıdır. Zira bu tespit objektif olarak ya da mağdura göre yapılabilir. Taneri'ye göre; suçun konusunun önem ve değeri, hem objektif olarak hem de mağdura göre belirlenmelidir²⁶⁸.

5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı

Bu unsurun temel cezada dikkate alınması için zarar veya tehlikenin, suçun kurucu unsuruna dâhil olmaması gerekir. Başka bir deyişle, zarar veya tehlike suçlarının meydana gelebilmesi için kanunun aradığı zarar veya tehlike hali, işlenen suçun bir unsuru ve doğal sonucu olduğu için sırf bu sebeple temel cezada alt sınırdan uzaklaşılması mümkün değildir. Örneğin mala zarar verme suçunda zararın gerçekleşmesi halinde sırf bu sebeple cezada alt sınırdan uzaklaşamaz. Ancak kanunun aradığı ve suçun unsuru olan tipik sonuç gerçekleşmekle birlikte zararın ya da tehlikenin büyüklüğü bu noktada önem kazanacaktır²⁶⁹. Örneğin, yakarak gerçekleştirilen mala zarar verme eyleminde mağdurun zararının oldukça fazla olması, düğün alanında havaya ateş edilmesi, cinsel saldırı mağdurunun intihara teşebbüs etmesi, kasten öldürmeye teşebbüs eyleminde mağdurun hamile olması, bıçakla yaralama eyleminde

²⁶⁶ Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 764.

²⁶⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 577; Koca ve Üzülmmez, s. 677.

²⁶⁸ Taneri, s. 150.

²⁶⁹ Yargıtay 1. CD, T. 09/03/2007, E/K. 7735/1282 sayılı kararında: “Mağdurdaki öldürücü nitelikteki yara sayısı ve yaralanma sonucu mide, karaciğer, kalın ve ince bağırsaklarda meydana gelen harabiyetlerin niteliği nazara alındığında meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre 35. maddenin uygulanmasında Yargıtay CGK’nın Dairemizce de benimsenen uyarlama yargılamasında ceza miktarı yönünden kazanılmış hak olmayacağına ilişkin kararı da dikkate alınarak cezanın üst sınırdan tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde alt sınırdan hüküm kurulması” bozma sebebi kabul edilmiştir. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 129- 130.

aynı zamanda ceninin de ölmesi durumlarında zarar ve tehlikenin büyüklüğü ön planda olup temel cezada belirleyici olacaktır²⁷⁰.

Zararın maddi, manevi, bedensel veya ruhsal olması önemli değildir²⁷¹. Ancak insanın değeri, yaşı ve mağdurun fahişe olması gibi unsurlar ise zarar kapsamında değerlendirilmemektedir²⁷². Ayrıca bu zarar veya tehlikenin büyüklüğü esas alınırken sadece doğrudan zararlar değil dolaylı zarar veya tehlikenin de dikkate alınması gerekmektedir²⁷³. Fakat failin öngörüsünün dışında kalan zarar veya tehlikelerden failin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bu tespiti de objektif olarak mahkeme yapacaktır²⁷⁴. Yine zararın büyüklüğü bakımından mağdurun sosyal yönden önemli özellikleri dahi dikkate alınabilecektir²⁷⁵.

Zarar belirlenirken suçun işlendiği tarihin esas alınması gerekmektedir. Suçun işlendiği an ile hüküm tarihi arasında önemli sayılabilecek bir süre geçmişse bu durumda suçtan zarar gören özel hukuk hükümleri doğrultusunda zararın giderilmesini isteyebilir²⁷⁶.

6. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Kasta dayalı kusurun ağırlığı, suç teşkil eden davranışta bulunan failin o eylemi gerçekleştirme yönündeki yoğun istek, arzu ve sonuca ulaşmadaki azmini ifade etmektedir²⁷⁷. Bir suçun işlenmesinde fail tarafından aşılın zorluklar ve gösterilen çaba arttıkça failin de bu zorluk ve çabayı aşarak suçu işlemedeki azmi, kastının ve kusurunun yoğunluğunu ortaya koymaktadır. Bu istek ve arzu, doğal olarak temel cezada etkili olacaktır. Kasten yaralama suçunun tasarlanarak işlenmesi veya bir tanesi hayati tehlikeye yol açan sekiz bıçak darbesinin temel cezada uzaklaşma sebebi sayılması bu duruma örnek verilebilir²⁷⁸. Aksi bir durum olarak irade zayıflığı, uzun

²⁷⁰ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 832.

²⁷¹ Polat ve Polat, s. 76; Koca ve Üzülmüş, s. 677; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1386.

²⁷² Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 832.

²⁷³ Metiner ve Koç, s. 1922; Tüfekçi, s. 56.

²⁷⁴ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1387.

²⁷⁵ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, “Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler”, AD, S. 29, Eylül 2007, s. 19.

²⁷⁶ Özen, s. 765.

²⁷⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, C. 2, s. 2050.

²⁷⁸ Yargıtay 1. CD, T. 19/12/2005, E/K. 3515/4494. Kararı nakleden Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 716; Yargıtay 1. CD, T. 04/04/2006, E/K. 591/1149 sayılı benzer bir kararında: “Sanık Murat Kuşcu’nun maktul Murat Demirtaş’ı geç saatte ve olaydan önce telefonla arayarak olay yerine getirdiği,

sürelî uyuşturucu bağımlılığı gibi haller ise kusurun ağırlığını azaltacağı için temel cezada yine belirleyici olabilecektir²⁷⁹.

ASYDK, T. 07/06/2007, E. 2007/72 ve K. 2007/74 sayılı kararında, kasta dayalı kusurun ağırlığının tespitinde suç işleyen failin önceki sabıkasının da dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Nitekim kararda: “Tekerrür konusunda gerek 765 sayılı TCK, gerek 5237 sayılı TCK’dan farklı bir sistemi benimseyen ASCK’nın 42. maddesi hâlen yürürlükte olup, Askeri Mahkemece de 5237 sayılı TCK’nın 58. ve 5275 sayılı CGTİHK’nın 108. maddelerinin uygulanması söz konusu olmadığından, aynı suçtan daha önce cezalandırılmış olan sanığın bu durumunun temel cezanın belirlenmesinde kasta dayalı kusurluluğunun ağırlığı bağlamında değerlendirilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır”²⁸⁰ denilmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira cezanın belirlenmesi sırasında esas alınan kriterler, failin haksızlık içeriği ile ilgilidir. Geçmiş sabıkası, sosyal ilişkiler gibi faile ilişkin hususlar yapılan yasal düzenlemede 5237 sayılı TCK’nın 62/2. maddesi kapsamına alınmıştır. Bu nedenle failin önceki sabıkasının cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması mümkün değildir. Kaldı ki failin sorumluluğu da eyleme göre belirlenecektir. Yaşam kusuru denilebilecek geçmiş sabıkasının bu sorumluluğun belirlenmesi sırasında değil, cezanın kişiselleştirilmesi sırasında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır²⁸¹.

Taksire dayalı kusurun yoğunluğu ise neticenin fail tarafından ne kadar öngörülebilir olduğu anlamına gelmektedir²⁸². Zira suçun gerçekleşebileceğinin kolaylıkla öngörülebilir olması durumunda artık cezanın alt sınırdan belirlenmesi doğru olmayacaktır. Örneğin; hiçbir önlemin alınmadığı bir inşaat alanında meydana gelen ölüm ya da yaralama eyleminde taksirin (kusurun) ve sorumluluğun ağırlığı kabul edilebilecektir. Yargıtay’ın bir kararına göre: “Gerek trafik tespit tutanağı, gerekse de bilirkişi raporunda, sanığın çarpma öncesinde herhangi bir tedbire başvurmamış,

arabadan indirerek dere kenarına götürdüğü ve orada öldürdüğüünün anlaşılması karşısında, olayın cereyan tarzına göre haksız tahrikin bulunmadığı gibi taammüt koşulları kanıtlanamamakla birlikte oluşa göre açığa çıkan yoğunlaşan kastı nedeniyle cezanın teşdiden tayini hususunun düşünülmemesi ve tatbik yeri bulunmadığı halde haksız tahrik hükmünün uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...” gerekçe gösterilerek kastın yoğunluğuna rağmen alt sınırdan temel cezanın belirlenmesini eleştirmiştir. Kararı nakleden Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1 (Madde 1-140), Yayın Matbaacılık, Ankara 2007, s. 550.

²⁷⁹ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 223; Koca ve Üzülmüş, s. 679.

²⁸⁰ <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/579863fdb45405050cdff77f> (Erişim Tarihi 31/03/2019)

²⁸¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 349.

²⁸² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 892; Albayrak, s. 260.

çarpma sonrasında fren yaptığı ve fren izi ile yerleşik yer koşullarına göre süratinin çok fazla olduğu belirtilmektedir. O halde, sanığın açıklanan taksirli davranışlarının yoğunluğu nazara alındığında dosya kapsamına uygun olarak ve öznel ve nesnel ölçütler gözetilerek alt sınırdan altı ay ayrılmak suretiyle cezayı belirleyen yerel mahkeme kararı isabetli olup, gösterilen gerekçe yasal ve yeterlidir”²⁸³.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus da burada kastedilenin kast ya da taksirin kendisi değil kast veya taksire dayanan kusurun yoğunluğu olduğudur²⁸⁴. Bunun yanında kast veya taksirden asla bilinçli taksir veya olası kast anlaşılmamalıdır. Zira bilinçli taksir ve olası kast temel cezanın belirlenmesinde değil, temel cezadan sonra sonuç cezanın tespiti sırasında dikkate alınacaktır²⁸⁵. Son olarak, kasta veya taksire dayalı kusurun ağırlığı tespit edildikten sonra kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin dikkate alınması da bu aşamada olacaktır²⁸⁶.

7. Failin Güttüğü Amaç ve Saik

Temel cezanın belirlenmesinde son kriter, failin güttüğü amaç ve saiktir. Kanun koyucu, amaç ve saik demek suretiyle aslında ikisinin farklı unsurlar olduğunu belirtmek istemiştir. Zira amaç, failin suçla elde etmek istediği çıkar olup bu niteliği itibarıyla geleceğe yöneliktir. Saik ise, faili suç işlemeye iten nedendir ve geçmişe yöneliktir²⁸⁷. Bir kişinin, rakip firmanın yapılan anlaşma gereğince belli bir süre içerisinde teslim etmesi gereken bir malını çalarak bu malın teslimini engellemesi ve rakip firmanın ticari itibarını zedelemesindeki saikinin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması kaçınılmazdır.

Belli suçlar için kanun koyucu, saik ve amacı suçun işlenmesinde özellikle düzenlemiş ve unsur haline getirmiştir. Hırsızlık suçunda ağır ve acil bir ihtiyacı karşılama amacı ve bir alacağı ispatlamak amacıyla gerçekleştirilen sahtecilik

²⁸³ Yargıtay CGK, T. 27/02/2001, E. 2001/2-26, K. 2001/34. Kararı nakleden Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 671.

²⁸⁴ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 832.

²⁸⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 716- 717; Çolak ve Altun, “Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler”, s. 20; Özen, s. 767.

²⁸⁶ Koca ve Üzülmüş, s. 680.

²⁸⁷ Metiner ve Koç, s. 1924.

suçlarında amaç ve saik, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır²⁸⁸.

Bunun yanında failin güttüğü amaç ve saik kriteri, taksirle işlenen suçlarda uygulanmayacaktır. Zira taksirli suçlar istem dışı bir davranışla ve istenmeyerek işlendiği için herhangi bir amaç ve saikten bahsedilemez²⁸⁹.

B. Cezaların Belirlenmesinde Önemli Bir Kriter: Çifte Değerlendirme Yasağı

Cezanın belirlenmesi işlemi soyut ve genel nitelikteki yasal düzenlemenin, somut olaya ve failin durumuna uydurulması niteliği taşır. Bu işlem yapılırken de belli ilkelere göre hareket edilmesi gerekmektedir. Bu ilkeler ise; gerekçe gösterilmesi, kusur ilkesi ve suçun unsurlarının iki kez değerlendirilmesi yasağıdır²⁹⁰. 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre; kast ya da taksire dayalı kusurun ağırlığı belirtilerek kusur ilkesi ve mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması kuralıyla da gerekçe ilkesi kabul edilmiştir. Ancak cezanın belirlenmesinde asıl dikkat edilmesi gereken ilke, çifte değerlendirme yasağıdır.

Çifte değerlendirme yasağı, cezanın belirlenmesi sırasında esas alınan hususların suçun unsuru ve nitelikli halleri kapsamında ayrıca dikkate alınmaması kuralına dayanmaktadır. Zira suçun unsuru ile nitelikli haller, cezanın belirlenmesinde dikkate alınan unsurlar ile aynı olabilir. Bu durumda aynı kriterlerin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi durum, çifte değerlendirme yasağını ihlal edecektir²⁹¹. Bu ilke 5237 sayılı TCK'nın 61/3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre: “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurlarını oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz*”. Bu hükümde aynı hususların cezanın belirlenmesinde yeniden dikkate alınmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca, her ne kadar sadece birinci fıkrada

²⁸⁸ Polat ve Polat, s. 77.

²⁸⁹ Yargıtay CGK, T. 07/07/2009, E. 2009/9-62, K. 191. Kararı nakleden Taneri, s. 153; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1389.

²⁹⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 572- 573; Bakıcı, s. 1161. Demirbaş ve Gedik ise, kusur ilkesi ve suçun unsurlarının iki kez değerlendirilmesi yasağının yanında lehte ve aleyhte olan hallerin tartışılmasını cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak ilkeler olarak kabul etmektedir. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 668; Gedik, s. 364- 365.

²⁹¹ Koca ve Üzülmüş, s. 683.

belirtilen hususların, sadece suçun unsurlarını oluşturduğu halde çifte değerlendirme yasağı olacağı düzenlense de aynı yasak suçun nitelikli hallerinde de geçerlidir²⁹².

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde cezanın belirlenmesinde esas alınan kriterlerden bazıları uygulamada aynı zamanda takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmiştir. Çifte değerlendirme yasağının aksine cezanın belirlenmesinde bu şekilde hareket edilmesi ise cezada fazladan indirim yapılmasına neden olmuş ve birçok karar sırf bu nedenle bozulmuştur. Bu durumu gören kanun koyucu, “*failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*” gibi hususları cezanın belirlenmesi kriterleri arasından çıkararak takdiri indirim nedenleri arasında düzenlemiş ve çifte değerlendirmenin ortadan kaldırılmasını amaçlamıştır.

Bu ilke aslında ceza hukukunda hâkim olan “*nonbis in idem*” kuralıyla benzerlik göstermektedir. Zira nasıl ki fail tek bir eylemi için birden fazla cezalandırılmayacaksa, bu ilkeye göre de temel cezanın belirlenmesinde esas alınan unsurların, ayrıca suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak ikinci kez değerlendirilememesi ve sadece bir kez ele alınması gerekecektir²⁹³.

Örneğin; gece vakti konut dokunulmazlığını ihlal ya da hırsızlık suçlarında eylemin gece vakti işlenmesi, suçun unsuru ve ağırlaştırıcı nedeni olduğundan ayrıca gece vaktinin temel cezada ele alınması mümkün değildir. Ayrıca bu ilke bazı hallerde etkin pişmanlık hallerinde de uygulanabilir. 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesindeki “...*mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa...*” ibaresi bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Bu halin gerçekleştiği olayda “*failin mağdura zarar vermeden onu güvenli yere bırakmış olması*”, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacak ve yasal olan bu pişmanlık maddesi nedeniyle failin cezasında indirime gidilecektir²⁹⁴. Aynı durum 5237 sayılı TCK'nın 192. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık halleri için de aynen geçerli olacaktır.

²⁹² Çolak ve Altun, “Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler”, s. 8.

²⁹³ Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, s. 113- 114.

²⁹⁴ Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, s. 117.

ŞVİİ. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

İkinci bölümde bu aşamaya kadar cezaların özellikleri, amaçları ve cezanın belirlenmesi aşamaları ele alınmış ve ortaya konulmuştur. Bu belirleme yapılırken de bazı konularda 5237 sayılı TCK esas alınarak anlatılmaya çalışılmış, ancak belli konular yönünden ise 5237 sayılı TCK’da kabul edilen anlayışa değinilmemiştir. Bu nedenle bu bölümde belirtilen hususların mevcut ceza kanunumuzda nasıl ele alındığını tekrara mahal bırakmayacak şekilde ortaya koymak gerekmektedir.

5237 sayılı TCK’da cezanın amacı, birinci maddede: “*Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek*” şeklinde düzenlenmiştir²⁹⁵. Bu amaçlar içerisinde konumuz bağlamında bizi ilgilendiren husus, suç işlenmesini önlemektir. Zira cezanın genel ve özel önleme ile tasfiye özelliği vardır. Ceza kanunları koymuş oldukları suç ve yaptırımlar ile özel ve genel önlemeyi sağlayarak suç işlenmesini önlemek amacını güder²⁹⁶. Ayrıca cezaların tasfiye edici özelliği de vardır. Ancak cezanın bu özelliği, daha önce belirtildiği gibi modern ceza hukukunda büyük ölçüde terk edilmiştir.

5237 sayılı TCK’da cezanın amacı olarak, genel ve özel önleme amacı esas alınmıştır denilebilir. Cezalarda alt ve üst sınırlar arası farkın oldukça fazla olması ve bu şekilde cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine önem verilmesi ile cezanın özel önleme

²⁹⁵ 5237 sayılı TCK’da cezanın amacının belirtildiği 1. maddeye yönelik birtakım eleştiriler de yapılmıştır. Zira Toroslu ve Ersoy’a göre: Bir kanunun amacı, tüm maddelerinin değerlendirilmesi ile anlaşılabilir. Bu nedenle böyle bir maddeye gerek yoktur. Nevzat Toroslu ve Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 6; Artuk ve Çınar’a göre ise: Amaca ilişkin düzenleme, Rusya Ceza Kanunu’nun 2. maddesinden alınmıştır. Ancak Rusya dışında diğer ülke ceza kanunlarında amaca ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Mehmet Emin Artuk ve Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 69- 70; Centel’e göre ise: Böyle bir maddeye Anayasa’da yer verilmesi daha doğrudur. Zira bu noktada hedeflenen unsurlar bakımından yasa koyucuya ışık tutabilir. Ceza kanunları önleyici değil, bastırıcı bir nitelik taşır. Suç işlendikten veya suça teşebbüs edildikten sonra ortaya çıkar. Bu nedenle maddede belirtilen suçun önlenmesi amacı yerinde değildir. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 4- 5.

²⁹⁶ Ahmet Taşkın, “Türk Ceza Kanunu’nun Amacı”, AD, S. 30, Ocak 2008, s. 78.

amacı ön planda tutulmuştur²⁹⁷. Bu durumdan da anlaşılacağı üzere 5237 sayılı TCK’da “Nispi Teori” ve “Pozitivist” anlayışın etkileri bulunmaktadır²⁹⁸.

Cezanın bu özelliği, sadece mevcut kanunumuzda değil aynı zamanda İnfaz Kanunu’nda da kabul edilmiştir. Nitekim 5275 sayılı CGTİHK’nın “İnfazda temel amaç” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasında: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde bir hükme yer verilerek suçluyu ıslah ederek topluma kazandırma, onun yeniden suç işlemesini önleyerek tekerrür halini ortadan kaldırma ve yine bu sayede aynı zamanda toplumu koruma amaçları ortaya konulmuştur²⁹⁹.

Doktrinde ise; cezanın amacı olarak genellikle Karma Teori’nin esas alındığı görülmektedir. Zira Önder’e göre; cezanın kefaret amacı, ceza ne kadar insanileştirilse de terk edilemeyecektir. Ancak ceza, suçluyu toplum kurallarına uyum sağlayan bir kişiliğe sahip hale getirmelidir³⁰⁰. Dönmezer ve Erman’a göre ise; cezalar çeşitleri itibarıyla korkutucu, uslandırıcı ve tasfiye edici niteliğe sahip olmalı, yerine göre bu amaçlardan bazıları üstünlük göstermelidir³⁰¹.

Cezanın amacı bu şekilde belirtilmekle birlikte cezaya ilişkin yapılan sınıflandırmalarda ise, öncelikle 5237 sayılı TCK’da yaptırımlar konusunda ikili bir sistem benimsenmiş; yaptırımlar, dar anlamda cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak iki

²⁹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 544.

²⁹⁸ 765 sayılı TCK ise bilindiği üzere Mutlak Teori ve Klasik Okul’un etkilerini taşımaktadır. Çünkü 765 sayılı TCK, 1889 sayılı İtalyan Ceza Kanunu’ndan iktibas edilmiştir. 1889 sayılı İtalyan Ceza Kanunu ise Klasik Okul’un ve bu okulun önemli temsilcilerinden olan Francesco Carrara’nın fikirlerinden etkilenecek oluşturulmuştur. İtalya’da Pozitivist Okul’un etkileri ile 1930 yılında yeni bir kanun kabul edilse de 765 sayılı TCK’nın sistemi üzerinde 1889 sayılı İtalyan Ceza Kanunu etkisini sürdürmüştür. Bu nedenle 765 sayılı TCK’da sadece fiil odaklı hareket edilerek suçlu ikinci planda tutulmuş ve suçlunun kişiliği önemsenmemiş, itiyadî suçlu, akıl hastası gibi suçlulara yer verilmemiş, toplum bakımından tehlike arz eden suçlular için güvenlik tedbirleri gibi önlemler kabul edilmemiştir. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 70- 72.

²⁹⁹ Toroslu, “Ceza Müeyyidesi”, s. 56.

³⁰⁰ Önder, s. 483; Aynı yönde bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 562.

³⁰¹ Dönmezer ve Erman, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 654.

kısımda düzenlenmiştir³⁰². Dar anlamda cezalar ise, hapis ve para cezaları olup yöneldiği değerler açısından malvarlığına, kişi özgürlüğüne ve şerefe karşı cezalar olarak üç temel esastan hareketle düzenlenmiştir³⁰³.

Cezaların özellikleri ve cezanın belirlenmesi kriterleri bakımından ise zaten bu konuda 5237 sayılı TCK esas alınarak izah edilmeye çalışılmıştır. Cezaların şahsiliği ve kanuniliği ilkeleri, Kanun'un 7. ve 20. maddelerinde ve ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Yine işlenen suçla orantılı cezaya hükmedilmesi ile eşitlik ilkesi, Kanun'un 3. maddesinde, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi 50, 51. ve 62. maddelerinde, insan onuruyla bağdaşır bir ceza uygulanması Anayasa'nın 17. maddesinde ve 5275 sayılı CGTİHK'da pek çok hükümde düzenlenmiştir. Bunun yanında cezanın hangi kriterler esas alınarak belirleneceği ve suç işleyen failin durumuna uydurulabileceği de Kanun'un 61-63. maddelerinde düzenlenmiştir.

³⁰² Güvenlik tedbiri kapsamında hangi hususların yer aldığı daha önce belirtildiğinden ayrıca değinilmemiştir. Bkz. dn. 101- 102.

³⁰³ Bkz. dn. 172- 175.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZALARIN KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ VE KİŞİSELLEŞTİRME ARAÇLARI

ŞI. GENEL AÇIKLAMALAR

Cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi yöntemleri, bir cezanın tespiti sırasında dikkate alınacak ayrılmaz unsurlardır. Zira bu iki unsur, suç işleyen faile uygulanacak cezanın tespiti bakımından birbirini tamamlamaktadır. Bu nedenle bir önceki bölümde bu iki unsur arasındaki irtibata değinilmiş ve sonrasında cezanın belirlenmesi hususu anlatılmıştır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu bölümde de 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesindeki esaslara göre belirlenen cezanın kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezanın, faillerin durumuna uydurulması ve buna ilişkin yöntemlere değinilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan üçüncü bölümde öncelikle cezanın kişiselleştirilmesinin ne olduğu ve kişiselleştirme araçlarından bahsedilecek ve sonrasında da kişiselleştirme araçlarından olan takdiri indirim nedenleri ele alınacak, bu müessesenin unsurları, uygulanış şekli ve diğer müesseselerle olan irtibatından bahsedilecektir.

ŞII. CEZALARIN KİŞİSELLEŞTİRİLMESİ

Cezaların kişiselleştirilmesi, cezanın suç işleyen failin durumuna uydurulması, faile ait birtakım özellik ve durumların cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmasıdır. Cezanın amacının anlatıldığı bölümde belirtildiği gibi Klasik Teori'yi savunanlarca suçludan daha ziyade suç ele alınmış, faili suç işlemeye iten psikik veya toplumsal etmenler üzerinde durulmamıştır. Ancak bu teoriye itibar etmeyen Pozitivistler ise failin aynı zamanda sosyal bir birey olduğunu, içinde yaşadığı toplumdan etkilendiğini ve onu suç işlemeye iten birtakım etmenlerin olduğunu kabul

ederek cezanın belirlenmesi sırasında bu etmenlerin de dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır³⁰⁴.

Bu düşünceden hareket eden Enrico Ferri de cezanın kişiselleştirilmesini, cezanın sadece suça değil aynı zamanda suçluya uydurulması olarak tarif etmektedir. Ferri, bu durumu hastalara uygulanan tedavilerin farklılığı ile anlatmaktadır. Nasıl ki aynı hastalığa yakalanan kişilerin yaşlarına, fiziksel gücüne, hastalığın durumuna ve seyrine göre farklı tedavilerin uygulanması gerekiyorsa aynı şekilde ceza belirlenirken de faili suç işlemeye iten eğilimleri, toplumsal ve psişik şartları, suç işleme nedenlerini ve suçun ne şekilde işlendiğini dikkate almak gerektiğini ifade etmektedir. Ferri, Klasik Teori'yi savunanların “suç var, suçlu yok” yaklaşımını “hasta var, hastalık yok” diyerek eleştirmektedir³⁰⁵.

Bu görüşlerden etkilenen modern ceza sistemi de cezanın bireyselleştirilmesi ya da başka bir deyişle kişiselleştirilmesinin önemini kabul etmiş ve birçok ülke kanununda cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin uygulamalara ya da müesseselere yer verilmiştir.

Bugün itibariyle cezaların kişiselleştirilmesi yasal, yargısal ve idari kişiselleştirme olarak üç farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Yasa koyucu, cezaları alt ve üst sınırlar arasında belirlemede hâkime takdir hakkı vererek cezanın faile göre belirlenmesine imkân tanımıştır. Yasa koyucu tarafından bu imkân tanınmadan yargısal kişiselleştirmenin yapılması mümkün değildir. Bu durumda bu tarz düzenlemeler ile bir yandan yasal kişiselleştirme yapılırken diğer yandan bu düzenlemelere dayanarak hâkimin cezayı failin durumuna göre belirlemesiyle yargısal kişiselleştirme gerçekleşmekte ve ayrıca verilen cezanın yine failin kişiliğine ve özelliklerine uygun bir şekilde idare tarafından infaz edilmesiyle de idari kişiselleştirme sağlanmaktadır³⁰⁶.

Konumuz gereği burada yargısal kişiselleştirme yöntemlerine ve onun alt unsurlarından olan takdiri indirim nedenlerine değinilecektir. Zira takdiri indirim nedenleri, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde kişiselleştirme araçlarından biri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca konumuz kapsamında olmasa da aynı kanunun 63. maddesinde

³⁰⁴ Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 30.

³⁰⁵ Velidedeoğlu, s. 29.

³⁰⁶ Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 27- 28; Rende, s. 89- 90.

düzenlenen mahsup ile yine cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin bölümde yer almayan kısa süreli hapis cezasını seçenек tedbire çevirme ve cezanın ertelenmesi müesseseleri de kişiselleştirme araçları olarak kanunda düzenlenmiştir³⁰⁷.

A. Takdiri İndirim Nedenleri

Suç işleyen kişiye uygulanacak olan cezanın, olaya ve suçluya uydurulması suretiyle daha adil ve hakça bir cezaya hükmedilebilmesini sağlamaya yönelik olarak hâkime cezada indirim yapabilmesi için tanınan serbestliğe takdiri indirim nedenleri denilmektedir³⁰⁸. Bu müessese, cezanın sanığa uydurulmasına ve bireyselleştirilmesine daha fazla olanak sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Zira alt ve üst sınırları çizilen bir ceza, belli kriterler esas alınarak belirlense de tespit edilen bu cezanın tam anlamıyla suç işleyen failin kişiliğine ve özelliklerine uygun olduğu söylenemez. Bu noktada takdiri indirim nedenlerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Hatta bu önem, cezaların sabit bir şekilde belirlendiği durumlarda daha da artmaktadır³⁰⁹.

Cezanın, failin durumuna uydurulmasını sağlama bakımından önemli bir işlevi olan takdiri indirim nedenleri birtakım özellikler taşımaktadır. Birinci bölümde ayrıntılı olarak anlatılmış olsa da bu özelliklere yeniden kısaca değinmek yararlı olacaktır. Nitekim takdiri indirim nedenleri, her şeyden evvel adından da anlaşılacağı üzere takdiri bir nitelik taşır. Uygulayıp uygulamama bakımından hâkimin takdirinde olup cezanın belirlenmesi sırasında en son aşamada uygulanır. Herkes için ve her suçta uygulanma bakımından genel nitelikte olan bu müessese, kanunda düzenlendiği şekliyle sınırlı sayıda olmayan bir indirim sebebidir.

Konuya ilişkin birinci bölümde özelliklerinin yanı sıra amacı ve tarihi gelişiminden de bahsedilmiştir. Bu hususlara bu nedenle ayrıca değinilmeyecek olup, bu bölümde daha ziyade takdiri indirim nedenlerinin unsurları ve 5237 sayılı TCK bakımından uygulanış şekli ele alınacak, denetimi ve bu müesseseye getirilen eleştiriler ise, daha sonra anlatılacaktır.

³⁰⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 732.

³⁰⁸ Metiner ve Koç, s. 1993.

³⁰⁹ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 286.

1. Unsurları

5237 sayılı TCK'nın 62/2. maddesinde: “*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir*” denilerek hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre cezayı belirleyecek olan hâkim, suç işleyen failin geçmişini, sosyal ilişkilerini, fiilden sonraki ve yargılama sürecine ilişkin davranışlarını ve ayrıca cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerini dikkate alabilecektir. Yalnız, hâkim uygulama sırasında sadece bu unsurlarla bağlı olmayıp uygun düştüğü ölçüde kanunda sayılanlardan başka birtakım halleri de yine takdiri indirim nedeni olarak ele alıp uygulayabilecektir.

Gerek kanunda açıkça zikredilen unsurlar olsun gerekse de kanunda belirtilenlerin dışında herhangi bir unsur takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiş olsun her iki durumda da cezaya etkisi suç işleyen failin cezasında indirim yapıp yapılmaması noktasında olacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesi, sadece bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir³¹⁰. 765 sayılı TCK döneminde cezanın belirlenmesi kriterleri arasında düzenlenen unsurlar (*failin geçmiş, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*)³¹¹ yönünden değerlendirildiğinde bu unsurların varlığı halinde aynı zamanda cezada alt sınırdan uzaklaşarak belirleme yapılması mümkün olmaktaydı. Oysa takdiri indirim nedenleri arasında düzenlenmekle bu unsurların bir indirim sebebi olduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak bu unsurlar, şartları varsa cezada indirim yapılmasını sağlayacaktır. Aksi halde en fazla suç işleyen failin bu indirimden yararlanamaması söz konusu olacaktır ki bu da cezanın artırımı sayılamayacaktır.

³¹⁰ Bkz. dn. 26- 29.

³¹¹ Belirtilen bu üç unsur, 765 sayılı TCK'da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılmıştır. “*Failin yargılama sürecindeki davranışları*” ise cezanın belirlenmesinde ve takdiri indirim nedenlerinde bir unsur olarak düzenlenmemiştir. Sadece duruşmadaki iyi halin cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği doktrinde savunulmaktaydı. Diğer üç unsur gibi failin yargılama sürecindeki davranışları da 5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 7- 8.

a. Failin Geçmişi

Pozitivist Teori'yi savunanlar, faili suç işlemeye iten nedenler olabileceğini, bu nedenlerin failin içinde bulunduğu toplumsal şartlardan, geçmişteki yaşantısından, alışkanlıklarından, benzer olaylar karşısındaki tutumundan kaynaklanabileceğini, bu nedenle failin cezası belirlenirken bu şartların da göz önüne alınması gerektiğini iddia etmektedirler. İşte bu anlayışın bir yansıması olarak, suç işleyen failin geçmiş yaşantısının da cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerekecektir³¹². Failin, geçmiş yaşantısında suça eğilimli bir kişi olup olmadığı, geçmişte neler yaptığı, mevcut cezasında lehine bir indirim yapıp yapılmayacağı konusunda etkili olacaktır. Failin geçmişte pek çok suç işlemesi, bu suçlar arası benzerlikler, çıkar karşılığında kolayca suç işlemesi gibi hususlar bu konuda olumsuz bir değerlendirmeye neden olabilecektir³¹³. Ancak, failin ısrarla aynı tür suçları işlememesi şartıyla sırf daha önceden suç işlediğine dair sabıkasının olması mutlaka takdiri indirim nedenlerinden yararlanamayacağı anlamına gelmemelidir. Zira bu durum fail hakkında olumsuz değerlendirmeye yol açabilecek olsa da diğer indirim nedenleri varsa failin yine de bu indirimden yararlanmasına engel bulunmamaktadır. Bu nedenle her somut olay bakımından bu hususun değerlendirilmesi gerekmektedir³¹⁴.

Failin geçmiş sabıkasının yeni işlediği suç bakımından dikkate alınması, aslında failin suç işleme konusundaki kusurlu tutumunun (hayat kusurunun) tespitine ilişkindir. Çünkü birçok kez suç işleyen fail, bu konudaki aldırılmaz ve ısrarlı tutumunu devam ettirmektedir. Bu durum, ayrıca masumiyet karinesine ve bir eylemin iki kez cezalandırılmaması ilkesine de aykırı değildir. Zira önceki sabıkalar sadece failin kişiliği hakkında uygulayıcı olan hâkime yol göstermektedir³¹⁵. Ancak failin geçmişteki sabıkasının takdiri indirim nedenleri bakımından ne kadar süre etkili olabileceği hususu ise tartışmalıdır. Zira failin çok önceki bir döneme ilişkin sabıkasının takdiri indirim nedenleri bakımından aleyhine değerlendirilmesi mümkün müdür?

³¹² İddia makamı ve savunma makamının delilleri bir jüri önünde ortaya koyup tartışması ve kendi haklılıklarını jüri önünde ispat etmeye çalışmasına ilişkin Taraf Ceza Sistemi'nde failin geçmişi ile ilgili hususlar yargılama sırasında dikkate alınamaz ve bu konuda faile soru sorulamaz. Ayrıca bu sistemde failin, yargılamanın tamamlanmasında aktif rol alması beklenmez ve yargılama makamına yardımcı olacak davranışlarda bulunmak zorunluluğu da bulunmamaktadır. Arıcan, s. 55.

³¹³ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 844.

³¹⁴ Artuç ve Hırsılı, s. 243.

³¹⁵ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 291.

Bu konuda Mahmutoğlu ve Karadeniz: “Geçmiş sabıkaların takdiri indirim nedenlerine etkisi bakımından tekerrür için öngörülen üç ve beş yıllık süreler düşünülebilir. Ancak bu konuda kesin bir belirleme yapmak mümkün değildir. Bu süreler sadece hâkime yol gösterici olabilir. Failin geçmişi bakımından değerlendirilen tek husus, suçun ne zaman işlendiği veya cezanın ne zaman infaz edildiği değildir” demektedirler³¹⁶. Yargıtay da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarından olan “*kasıtlı suçtan mahkûmiyetin bulunmaması*” unsurundan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir kararında özetle: “Hak yoksunlukları, cezanın infazı ile sınırlıdır. Doğmuş hak mahrumiyetlerini kaldırmak için yasaklanmış hakların iadesi müessesesi getirilmiştir. Tekerrür süreleri için üç ve beş yıllık süreler öngörülmüştür. Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetinden olumsuz olarak etkilenmesi düşünülemez. Tekerrür için belirlenen süreler, kasıtlı suçtan mahkûm olmama şartı için de uygulanabilir ve bu durum, hakkaniyete daha uygundur. *Ancak bu sabıkalar, sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınabilir*” demektedir³¹⁷.

Bu konuda 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’na da değinmek gerekmektedir. Zira Kanun’un 13/A. maddesinde yasaklanmış hakların iadesi³¹⁸ ve 12. maddesinde³¹⁹ ise

³¹⁶ Mahmutoğlu ve Karadeniz, s. 1419.

³¹⁷ Yargıtay CGK, T. 03/02/2009, E. 2009/4-13, K. 2009/12. Kararı nakleden Artuç ve Hırsılı, s. 390-399.

³¹⁸ Madde 13/A – “(Ek: 6/12/2006-5560/38 md.) (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir. (2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz”.

³¹⁹ Madde 12- “(1) (Değişik: 5/4/2012-6290/2 md.) Arşiv bilgileri; İlginin ölümü üzerine, b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren; 1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle, 2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle, c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle, tamamen silinir. (2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir. (3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir. (4) (Ek: 24/11/2016-6763/40 md.) Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kayıtlar, infazının tamamlanmasıyla tamamen silinir”.

adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi düzenlenmiştir. Belli süreler geçtikten sonra sabıkası olan kişi, yetkili mahkemeye başvurarak yasaklanmış hakların iadesini talep edebilir. Sonrasında da yine şartları varsa mevcut sabıkası Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce sicilden silinebilir. Bu açıklamalar ışığında, suç işleyen failin geçmiş sabıkasının etkili olacağı süreyi sadece tekerrür süreleri ile sınırlandırmak doğru değildir. Aksi takdirde failin suça eğilimin tespiti bakımından değerlendirme alanı oldukça daraltılmış olur. Ancak failin geçmiş sabıkalarının olumsuz etkilerinin, fail üzerinde sınırsız bir şekilde devam etmesi de beklenemez. Bu durumda adli sicilde gözüken sabıkaların dikkate alınması daha uygun olacaktır. Ancak adli sicilde gözüken sabıkaların eğer sicilden silinme şartları oluşmuşsa, sicilden silinip silinmediğine bakılmaksızın failin suça eğilimi bakımından dikkate alınmaması gerekir.

Bunun yanında failin sabıkasına ilişkin önceki eylem suç olmaktan çıkarılırsa geçmiş sabıkası, yine suç işleyen failin aleyhine değerlendirilmemelidir. Çünkü yapılan yasal düzenleme ile eylemin suç olmaktan çıkarılması ile artık kınanabilirliği kalmamış ve toplumca kabul edilebilecek bir davranış haline gelmiştir³²⁰. Ancak mahkûmiyetle sonuçlanmasa dahi fail hakkında daha önce yürütülen ve çeşitli nedenlerle verilen ceza verilmesine yer olmadığı veya davanın düşmesine ilişkin kararlar sanığın geçmişinde dikkate alınabilecektir. Yeter ki işlenen suçlar arasında bağlantı bulunsun ve bu bağlantı, failin kişilik yapısı ile suça karşı eğilimini göstere³²¹. Yine genel af ile ortadan kalkan bir suç da takdiri indirim bakımından failin geçmiş sabıkası olarak dikkate alınabilecektir. Çünkü genel af ile eylem suç olmaktan çıkarılsa da bu durum sadece kayden yapılan bir işlem olup aslında eylemin hukuken kınanabilirliği mevcuttur ve af olmadığı takdirde benzer eylemlerin tekrarı yine suç olmaya devam edecektir³²². Özel af ise, sadece cezanın infazı ile ilgili olup eylemin zaten suç vasfı devam ettiği için failin geçmişinde sabıkası olarak dikkate alınabilecektir.

Ayrıca failin geçmişi, sadece mevcut sabıkasıyla da sınırlı değildir. Zira failin geçmişi değerlendirilirken sabıkasının yanında geçmişteki başarıları, çalışmaları, nasıl bir hayat sürdüğü gibi yaşamına dair geçmişteki tüm hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu değerlendirme yapılırken failin yaşam tarzlarının, cinsel

³²⁰ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 290.

³²¹ Çolak ve Altun, "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vastası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları", s. 5.

³²² Şimşek, s. 84- 85.

tercihlerinin, siyasi, felsefi ve dini düşüncesinin toplumda kabul edilen hâkim anlayışa aykırı olması, başka bir deyişle failin belirtilen bu hususlar bakımından atipik bir hayat ve düşünce yapısına sahip olması, onun aleyhine değerlendirilmemelidir³²³. Günümüzde hâkim olan çoğulcu ve demokratik anlayış ile insanların bu düşünce ve yaşam tarzlarına karşı var olan hoşgörü gözetildiğinde takdiri indirim nedenleri bakımından da bu konuda değerlendirme yapılırken oldukça dikkatli davranılması gerekmektedir.

Bunun yanında failin geçmişi, sadece aleyhe değerlendirilmemelidir. Aksine, suç işleyen failin geçmişi lehine de değerlendirilerek fail takdiri indirimden yararlandırılabilir. Örneğin; tüm yaşam boyunca hiç suç işlememiş olma, geçmişte faydalı ve başarılı çalışmalar yapma, uzun yıllar araç kullanan kişinin ilk kez trafik kazası yapması gibi geçmişe ilişkin bu olumlu haller, failin cezasında takdiri indirim yapılmasının gerekçesi olabilir³²⁴.

b. Failin Sosyal İlişkileri

Failin cezasının tespiti sırasında dikkate alınabilecek bir diğer unsur ise failin sosyal ilişkileridir. Failin sosyal ilişkileri, aslında onun toplum içerisindeki konumunu ifade etmektedir. Failin mesleği, geliri, eğitimi, medeni hali ve benzeri unsurlar kişinin toplum içindeki konumunu belirler. Takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda olmamasından hareketle failin psikolojik ve sosyo-psikolojik durumu ile alakalı olan şahsi durumun da sosyal durum ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira sosyal ve şahsi duruma ilişkin tüm bu unsurlar, failin kusurunun değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir³²⁵. Bu kapsamda failin iş arkadaşlarıyla, aile bireyleriyle veya yaşlılarla ilişkileri, sağlık durumu ve engelli olması gibi hususlar dikkate alınabilir³²⁶. Ayrıca failin toplum içindeki saygınlığı, mesleği, medeni hali, çalıştığı yer, aile kurması, sabit bir iş edinmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak bu tespit ve değerlendirmelerde ayrıca bölgesel farklılıklar, gelenek ve görenekler ile örf ve adet kuralları da dikkate alınmalıdır. Yargıtay'ın bir kararına göre: *“İncelenen olayda Asiye davet etse bile sanık yakinen görüştüğü komşusu müştekinin güvenini kötüye kullanarak onun nişanlı kızıyla cinsel ilişkide bulunup müşteki aileyi ve Aysel'in nişanlısının*

³²³ Şimşek, s. 83- 84.

³²⁴ Üzülmüş, s. 229; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 5- 6.

³²⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 588.

³²⁶ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 845.

ailesini güç duruma düşürmüştür. Bu oluş sanığın ahlaki redaeti ve eylemin yöresel boyuttaki etkinliği nazara alındığında hakkında TCK'nın 59. maddesinin uygulanmamasında bir isabetsizlik yoktur". Bu karar karşısında işlenen eylemin yöresel anlamdaki etkisinin takdiri indirim bakımından etkili olduğu vurgulanmıştır³²⁷.

Takdiri indirim nedenlerinin lehe hüküm doğurması nedeniyle failin sosyal ilişkileri dikkate alınarak sadece cezasında lehine indirim yapılabileceği ve sosyal ilişkilerin aleyhe değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir³²⁸. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira sürekli ailesiyle ya da komşularıyla sorun yaşayan ve olumsuz davranışlarda bulunan bir kişinin yine bu sorunlara bağlı olarak işlediği bir suçta, bu davranışları dikkate alınarak cezasında indirim yapılmaması mümkün olabilecektir³²⁹.

Bu konuyla alakalı olarak değinilmesi gereken bir husus da failin sosyal ilişkilerini oluşturan şahsi ve sosyal durumuna göre cezanın belirlenmesinin, başka bir deyişle cezanın belirlenmesinde suç işleyen failin şahsi ve sosyal durumunun dikkate alınmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı hususudur. Zira 5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedenleri arasında sayılan failin sosyal ilişkileri, 765 sayılı TCK'nın 29. maddesinde cezanın belirlenmesi kriterleri arasında yer almaktaydı. Bu husus, Düzköy Asliye Ceza Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yasa yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve verilen kararda kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır³³⁰.

c. Failin Fiilden Sonraki Davranışları

Suç işleyen fail lehine takdiri indirim nedenlerini uygulayabilmek için onun suç teşkil eden eylemden sonraki davranışlarına da bakmak gerekmektedir. Zira yaşanan

³²⁷ Yargıtay CGK, T. 10/02/1992, E. 1992/356, K. 1992/15. Kararı nakleden Şimşek, s. 87.

³²⁸ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 295.

³²⁹ Polat ve Polat, s. 94.

³³⁰ Tüfekçi, s. 104- 105; Yaşar, Gökcan ve Artuç, C. 2, s. 2062- 2067. Anayasa Mahkemesi, T. 20/06/1995, E. 1994/92, K. 1995/14 sayılı kararında, şahsi ve sosyal durumun cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan biri olduğunu, bu hususun yasal düzenlemelerden kaynaklandığı, bu nedenle cezayı belirleyecek hâkimin de dikkate alması gerektiğini, eşitlikten kastedilenin ise yasa önünde eşitlik olduğu; durum ve konumlardaki farklılık, hukuki statülerdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kıldığını, cezadan beklenen amacın kişiyi topluma kazandırmak olup kişinin şahsi ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi halinde cezadan beklenen amaca da uygun hareket edileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Çolak ve Altun, "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları", s. 6- 7.

olaylara bakıldığında işlenen suçların büyük bölümünün ani gelişen olaylara bağlı olarak işlendiği görülmektedir. Bu durumda da böyle bir eylemi gerçekleştiren failin, eylemden sonraki olumlu davranışlarının dikkate alınmaması adalet ve hakkaniyetle de bağdaşmayacaktır.

Eylem sonrası failin davranışları olumlu ya da olumsuz olmak üzere çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bu davranışları, failin fiiline ve onun haksızlık içeriğine ilişkin iç dünyası konusunda sonuç çıkarmaya elverişli ise takdiri indirim sebebi olarak cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Sadece cezanın bireyselleştirilmesine hizmet ettiği için değil aynı zamanda mağdurun zararlarının giderilmesi, eylemin muhtemel yan zararlarının belirlenmesi ve önlenmesi, yine daha sonra değinilecek olan yargılama sürecindeki davranışlarla birlikte yargılamanın daha kolay ve çabuk yürütülmesi gibi katkıları bakımından oldukça önemli bir ölçüt olarak kabul edilmektedir³³¹.

Failin suç sonrası davranışlarından ortaya çıkan zararı gidermek için çaba harcaması, etkin pişmanlık sayılmayan hallerde zararı gidermesi, mağdurun hastane masraflarını karşılaması, tedavisiyle ilgilenmesi³³² ve ayrıca bir daha suç işlemekten kaçınmaya yönelik davranışlar sergilemesi, örneğin uyuşturucu bağımlısı olan bir kişinin uyuşturucu ile yakalandıktan sonra tedavi olmaya yönelik girişimde bulunması gibi davranışlar onun lehine değerlendirilebilecek ve takdiri indirim nedenlerinden yararlanması mümkün hale gelebilecektir. Ancak taksirli eylem sonucu mağduru olay yerinde bırakıp kaçma, suç sonrası eylemle aynı veya benzer yeni suçlar işleme veya bu yönde girişimde bulunma, eylem sonrası zarara uğrayan mağdurla ilgilenmeme ve mağdura karşı duyarsız davranma gibi hallerde ise bu unsura bağlı olarak suç işleyen failin cezasında bir indirim yapılması mümkün olmayacaktır.

Suç sonrası davranışlar yönünden dikkat edilmesi gereken bir husus da gösterilen davranışların cezanın belirlenmesi sırasında daha önceden dikkate alınmamış olmasıdır. Zira çifte değerlendirme yasağı nedeniyle aynı unsurun birçok kez ele alınarak cezada belirleyici etkide bulunması mümkün değildir³³³. Bu konuda özellikle suç sonrası mağdurun zararının giderilmesi hali önem arz etmektedir. Zira malvarlığına

³³¹ Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 7.

³³² Üzülmmez, s. 230.

³³³ Koca ve Üzülmmez, s. 697.

karşı işlenen suçlarda mağdurun zararının giderilmesi etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmiştir³³⁴. Zararı gideren fail, 5237 sayılı TCK'nın m. 61/5. hükmüne göre; cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebe ilişkin bu yasal düzenlemeden yararlanacak ve takdiri indirimden önce zaten cezasında indirim yapılacaktır. Zararı gidermeye yönelik davranışın, sonraki aşamada suç sonrası davranış kapsamında değerlendirilip bu kez takdiri indirim nedeni olarak yeniden failin cezasında indirim yapılması ise hukuken mümkün olmayacaktır³³⁵. Bu durum çifte değerlendirmeye yol açacak diğer unsurlar ve davranışlar yönünden de geçerlidir. Örneğin; kaçakçılık suçlarında eylemin haber alınmasından sonra failin, eylemin bütünüyle ortaya çıkmasına yönelik hizmet ve yardım içeren davranışlarda (suça konu eşyanın yerini göstermesi, eşyanın ve diğer suç ortaklarının ele geçirilmesini veya yakalanmasını sağlayıcı davranışlarda bulunması vb.) bulunması halinde cezasında indirim yapılacağı düzenlenmiştir³³⁶. Böylece failin suç sonrası bu davranışları yeniden cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.

Alman Ceza Kanunu'nda failin fiilden sonraki davranışları cezanın belirlenmesi kriterleri arasında düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesi kriteri failin *“fiilden sonraki davranışı, özellikle zararı gidermek için verdiği çaba, zarar görenin tatminini sağlama anlamındaki çabaları”* olarak ifade edilmiştir. Teşebbüs durumunda iken suçtan isteyerek vazgeçme halinde o ana kadar gerçekleştirilen eylem suç oluşturmuyorsa failin cezalandırılması mümkün değilken, tüm çabalarına karşın failin suçun oluşmasını engelleyememesi halinde ise suçu engellemek adına gösterdiği çabalar cezanın belirlenmesinde indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir³³⁷.

³³⁴ 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesine göre: *“Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir”*.

³³⁵ İsmail Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, (Genel Hükümler 1-75, Özel Hükümler 76-169, İlgili Diğer Mevzuat), Birinci C., Malkoç Kitabevi Yayınları, 2005, s. 224.

³³⁶ 5607 sayılı Kanun'un 5/1. maddesine göre: *“3 üncü maddede tanımlanan suçlardan (...) birine iştirak etmiş olan kişi; resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, fiili, diğer failleri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin, faillerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza üçte iki oranında indirilir”*.

³³⁷ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 296.

d. Failin Yargılama Sürecindeki Davranışları

Suç işleyen failin suçtan sonraki davranışları gibi yargılama sürecinde gösterdiği davranışlar da önem arz etmektedir³³⁸. Aslında yargılama sürecindeki davranışlar da suç sonrası davranışlar kapsamındadır. Ancak bu davranışlar, yargılama faaliyetine ilişkin ya da doğrudan onunla bağlantılı olması nedeniyle suç sonrası davranışlardan ayrı olarak değerlendirilmiştir.

Failin eylem sonrası gösterdiği davranışlar gibi yargılama sürecindeki olumlu ya da olumsuz sayılabilecek davranışları kendisi hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmaması bakımından belirleyici olabilecektir. Mahkeme heyetine saygısızlık yapma, duruşma sırasında mahkeme heyeti ve diğer kişilerle polemige girme, uyarıları dikkate almama, söz verilmediği halde konuşma ya da konuşanlara müdahale etme gibi hallerde³³⁹ failin takdiri indirimden yararlanması güçleşecekken; suçu kabul etmek, delillerin toplanmasına, duruşmaların kısa sürede sona ermesine katkıda bulunmak, mahkeme heyetine ve sanıklara saygılı davranmak, mağdurdan özür dilemek³⁴⁰, suç ortaklarının ortaya çıkmasını sağlayıcı bilgiler vermek³⁴¹, eylemden pişmanlık duymak gibi davranışlar ise lehine değerlendirilerek failin cezasında takdiren indirim yapılabilir.

Yargılama sürecinde sergilenecek bu olumlu ve olumsuz davranışlardan bir kısmının ise takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınıp alınmayacağı hususu tartışmalıdır. Örneğin; suçun ikrarı halinde sırf bu davranışın yargılama sürecindeki olumlu davranış sayılarak failin cezasında takdiren indirim yapılması mümkün müdür? Bu konuda uygulamaya bakıldığında mahkemelerin suçu ikrar eden faille daha az ceza verdikleri bilinmektedir³⁴². Suçu ikrar etmek, failin hatasını gördüğünün ve

³³⁸ Suç işleyen failin, yargılama sürecindeki davranışları ve takındığı tavra ilişkin hususlar, sadece takdiri indirim nedenleri yönünden değil kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi halleri için de geçerlidir. Zira ilgili müesseseler, yargılama sürecindeki pişmanlığı esas almaktadır. Takdiri indirim nedenleri bakımından yargılama sürecindeki olumlu davranışlar karşımıza daha çok pişmanlık arz eden davranışlar olarak çıktığı için bu unsur yönünden benzer özellikler taşıdıkları söylenebilir. Albayrak, s. 203.

³³⁹ Polat ve Polat, s. 94.

³⁴⁰ Malkoç, s. 224.

³⁴¹ Taraf Ceza Sistemi'nde failin, yargılamanın tamamlanmasında aktif rol almasının beklenmediği ve yargılama makamına yardımcı olacak davranışlarda bulunmak zorunluluğunun da bulunmadığına ilişkin bkz. dn. 312.

³⁴² İkrarın, cezada indirim sebebi olmasına ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. İkrar ile failin toplumun sempatisini kazandığı için toplumun da minnettarlık göstererek karşılık verdiği ileri sürülmüştür. Yine ikrarın soruşturma ve kovuşturma makamlarının işlerini azaltarak yargılamanın

yeniden sosyalleşeceğinin bir belirtisi olsa da bunu her durum için geçerli saymak sağlıklı ve doğru bir anlayış olmayacaktır. Çünkü failin suçu kabullenmesi onun kusurunu azaltmadığı gibi bu durum, failin tekrar suç işleyip işlemeyeceği konusunda da bir belirti teşkil etmeyecektir. Ayrıca suçun ikrarı halinde sırf bu nedenle cezada takdiren indirim yapılması susma hakkı veya failin suçu inkâr etme hakkıyla da bağdaşmayacaktır. Zira kanuna göre suç işleyen failin susması veya eylemini inkâr etmesi fail için yasal haktır. Oysa ikrar halinde cezanın indirimi, bu hakların da etkisiz kalmasına ve uygulanmamasına yol açacaktır ki bu durum da yargılamada fail lehine tanınmış haklara ve yargılamanın temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenlerle ikrar halinde cezada indirim yapılması hususuna daha dikkatli yaklaşılmalı ve sanığın sahip olduğu diğer haklar ihlal edilmemelidir³⁴³.

Ayrıca failin ikrarının samimi olup olmadığı da iyi değerlendirilmelidir. Zira eylemi işlediği başka delillerden anlaşılacak olan fail, bu durumda suçu ikrara yönelerek takdiri indirimden yararlanmak isteyebilir. Yargıtay'ın bir kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: *“Parmak izinin tespit edilmesi sonucunda suç konusu eylemi sebebiyle hakkında soruşturma başlatılan ve adli sicil kaydında hırsızlık suçu da dâhil olmak üzere pek çok suçtan sabıkası bulunan sanığın, önceki ifadelerinde suçlamayı kabul etmeyip kovuşturma aşamasında aleyhindeki deliller sebebiyle suçu işlediğini beyan etmesi samimi ikrar olarak kabul edilemeyeceği gibi, yerel mahkeme iradesinin sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmamasına yönelik bulunduğu ve bu tercihin dosya kapsamı ile de uyumlu olduğu anlaşıldığından hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilen sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmaması ile bu konuda gösterilen gerekçe arasında çelişki bulunduğu söylenemeyecektir”*³⁴⁴. Bu bakımdan failin ikrarının, takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilmesi genellikle ikrar dışında olayın aydınlatılabilmesi için başkaca delil bulunmayan hallerle sınırlı tutmak

kısalmasını sağladığı veya ikrarın yegâne delil olduğu ayrıca ikrar ile failin kusurunu anladığı ve böylece failin ıslahı söz konusu olduğu için cezada indirim yapıldığı ileri sürülmüştür. Ayrıntılı açıklama için bkz. Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 160.

³⁴³ Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 8; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 589- 590.

³⁴⁴ Yargıtay CGK, T. 17/06/2014, E. 2013/6-301, K. 2014/329 K. Uyap Mevzuat Programı (Erişim Tarihi 31/03/2019)

gerekir. Çünkü bu durumda fail maddi gerçekliğin ortaya çıkmasına samimi ikrarı ile katkı sağlamaktadır³⁴⁵.

Yargıtay’a göre: “Görgü tanığı bulunmayan ve sanığın açıkça ikrarından başkaca delil olmayan olayda, sanığın olayın hemen akabinde polis karakoluna giderek atılı suçu işlediğini belirtmesi, suç aletinin yerini göstermesi ve hazırlık soruşturması sırasında alacağı cezayı azaltıcı herhangi bir savunmada bulunmaksızın eylemini ne suretle işlediğini açıkça anlatması ve sabıka kaydına göre hak, adalet ve nesafet kuralları da nazara alınarak TCK’nın 62. maddesinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması gerekirken TCK’nın 62/1. maddesi uygulanmaksızın karar verilmesi hukuka aykırıdır”³⁴⁶.

“Hakkın kullanılması aleyhe sonuç vermez” ilkesi gereğince failin, yargılama sırasında susma hakkını kullanması veya suçu inkâr etmesi halinde bu durum aleyhine değerlendirilemeyecektir³⁴⁷. Zira aksi yönde bir davranış ile susma hakkını kullanan ya da suçu inkâr eden faili sırf bu nedenle takdiri indirimden yararlandırmamak yukarıda belirtildiği gibi faile tanınan haklarla ve yargılamaya hâkim olan ilkelerle çelişecektir³⁴⁸. Bilindiği üzere susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamaması; ikinci yönü ise, susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilmemesidir³⁴⁹. Nasıl ki susma hali failin aleyhine değerlendirilemiyor ve susması suçu kabullenmesi anlamına gelmiyorsa aynı şekilde susmanın aleyhe değerlendirilememe hususu takdiri indirim nedenleri için de geçerli olacak ve susma hakkını kullanan kişinin bu indirimden yararlanması engellenemeyecektir. Üzerine atılı suçlamayı kabul etmeyen ve inkâr eden fail yönünden de bu durum geçerli olacak ve sırf bu nedenle takdiri indirimin

³⁴⁵ Hâkimin, ikrarın samimi olduğuna kanaat getirmesi halinde yapacağı indirim takdire bağlıdır. Zira hâkim, failin bu durumunu lehine sayarak takdiren cezasında indirimde gidebilir. Ancak bazı sistemlerde ikrar, özel ve yasal bir indirim nedeni olarak uygulanmaktadır. Pazarlık sisteminin geçerli olduğu İngiliz ve Amerikan Hukuku’nda pazarlık aşamasında yapılan ikrar ile cezada indirim yapılmaktadır. Jürili yargılamada ise ikrarın indirimde yol açıp açmadığı hâkimin takdirindedir ve hâkim, failin karakterini dikkate alarak bu belirlemeyi yapacaktır. Bu ülkelerde ikrarın yapıldığı aşamaya göre cezada yapılan indirim oranı da değişmektedir. Alman Ceza Kanunu’nun 46/2. maddesine göre ise; ikrar, ülkemizde uygulandığı gibi ancak takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir. Birtek, Ceza Muhakemesinde İkrar, s. 163- 165.

³⁴⁶ Şimşek, s. 94- 95.

³⁴⁷ Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, Ankara, s. 159; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 8- 9.

³⁴⁸ Bakıcı, s. 1201; Malkoç, s. 224.

³⁴⁹ Çağrı Kan Aydın, “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, TBBD, S. 91, 2010, s. 163.

uygulanmaması yoluna gidilemeyecektir. Yargıtay’a göre: “*CMUK’un 135. maddesine göre susma hakkı bulunan sanık hakkında (suçunu açıkça ikrar etmediği) biçimindeki gerekçeyle TCK’nın 59. maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır*”³⁵⁰ ve yine “*CMK 147/1-e maddesine göre susma hakkı bulunan sanığın savunmasının inkâra yönelik olduğu biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmaması*”³⁵¹ Yargıtay’ca bozma sebebi kabul edilmektedir³⁵². Yargıtay’ın susma hakkı ve inkâr etmeye ilişkin olarak bu yöndeki içtihatlarına rağmen aksi yönde kararları da mevcuttur. Örneğin Yargıtay’ın bu doğrultudaki bir kararında: “... *yasa dışı silahlı bir terör örgütünün üyeliğine zorladığı mağduru, terör örgütüne girmedigi için öldürmeye teşebbüs ettiği gibi diğer delillerle ispat edilen suçunu kabul etmeyerek de mahkemeye yardımcı olmadığı anlaşılan sanık hakkında takdiri indirim maddesinin uygulanmaması gerektiğinin gözetilmemesi*”³⁵³, suçu inkar etme ve susma hakkı ile bağdaşmayacak şekilde takdiri indirimin uygulanmamasına gerekçe gösterilmiştir.

Suçun inkâr edilmesi halinin takdiri indirim bakımından failin aleyhine değerlendirilemeyeceği belirtildikten sonra işlenen suçla ilgili olarak failin yalan beyanda bulunması, olayla ilgili gerçeğe aykırı savunma yapması veya mahkemeyi yanlış yöneltmesi durumunda takdiri indirim nedenleri bakımından ne şekilde değerlendirme yapılacağının da açıklanması gerekmektedir. Bu halde failin gerçeğe aykırı davranışlarının olumsuz tutum ve davranış olarak değerlendirilerek takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağı, failin doğruyu söylemesinin asıl vazifesi olduğu, hatta bu durumda 5237 sayılı TCK’nın 206. maddesinde düzenlenen yalan beyan suçunun oluşabileceğini iddia edilmektedir³⁵⁴. Yalan beyanda bulunulması halinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağına ilişkin ASYDK’nın bir

³⁵⁰ Yargıtay 4. CD, T. 21/04/1998, E/K. 3126/3840. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 206.

³⁵¹ Yargıtay 4. CD, T. 06/07/2010, E. 2009/2458, K. 2010/13113. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 301.

³⁵² Yargıtay 9. CD, T. 21/04/2005, E. 2004/9825, K. 2005/1718 sayılı benzer kararında: “*Sanığın suçunu inkârının savunma hakkı kapsamında bulunduğu gözetilmeksizin, bu hususun TCK’nın 59. maddesinin uygulanmamasına gerekçe yapılması kanuna aykırıdır*”. Kararı nakleden Erdal Noyan, Ceza Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 183; “*Sanıkların geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurularak sanık hakkında takdiri indirimine dair TCK’nın 62. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken, ‘katılana vurduğunu baştan beri inkâr etmesi, maddi gerçeğin aydınlanmasında hiçbir katkısının olmaması...*’ biçimindeki yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile sanıklar hakkında TCK’nın 62. maddesinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 3. CD, T. 17/01/2018, E. 2016/18689, K. 2018/349 K. Uyap Mevzuat Programı (Erişim Tarihi 31/03/2019)

³⁵³ Artuç ve Hırslı, s. 276.

³⁵⁴ Şimşek, s. 93.

kararında şu gerekçelere yer verilmiştir: *“Uygulamada sanığın suçunu ikrar etmesi, genel olarak anılan maddenin uygulanması nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ancak bunu, suçunu itiraf eden her sanığın bu indirimden yararlanacağı şeklinde bir kural hâline getirmek mümkün olmadığı gibi, aynı şekilde suçunu inkâr etmeyen bir sanık hakkında da sadece bu nedene dayanılarak takdirin aleyhe kullanılması doğru değildir. Her olayın özelliğine ve suçlunun kişiliğine göre hâkimin takdir yetkisini kullanması gerekmektedir. Ancak, burada zikredilmesi gereken bir husus, sanığın suçunu gizleme amacıyla yalan söylemesinin, usul yasaları ile tanınmış ‘susma hakkı’ gibi bir hak olmadığıdır. Diğer yandan, TCK’nın 59. maddesinin uygulanması ile ilgili istemler, sebebi gösterilmeden yapılmaktadır. Bu gibi hâllerde hâkimden, uygulamada takdiri indirime neden olarak kabul edilen hâllerin hepsini tek tek ele alarak bu nedenlerin bulunmadığını veya takdiri indirim nedeni olarak görülmediğini açıklaması beklenilemez. Bu çerçevede somut olay incelendiğinde; Askerî Mahkemece gösterilen ‘sanığın suçunu ikrar etmemesi ve başkaca da takdiri tahfif sebebi olarak uygulanabilecek herhangi bir neden bulunmaması’ şeklindeki TCK’nın 59. maddesinin uygulanmayış gerekçesinin, sanığın kişiliğine ve eyleme bağlı tüm nedenler yönünden cezanın azaltılmasını gerektirecek bir neden bulunmadığını belirtmeye yönelik olduğu, dosya kapsamı itibarıyla da bu takdirde yanılğı veya çelişki olmadığı sonucuna varılmıştır”*. Bu kararda, yalan beyan halinin susma hakkı ile sanığa tanınan hak kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir³⁵⁵.

Zikrolunan görüşe ve karara katılmak mümkün değildir. Zira her şeyden önce sanık 5271 sayılı CMK’nın 147/1-a³⁵⁶ maddesi gereğince sadece kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlüdür³⁵⁷. İsnat edilen suçlamaya ilişkin olarak doğru cevaplar verme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Savunma hakkı gereği suçlamayı inkâr edebileceği gibi isnat edilen suçlara ilişkin gerçeğe aykırı beyanlarda da bulunabilir. Hatta gerçeğe aykırı beyanda bulunma hali, inkâr etmeye ilişkin sahip olduğu bu hakkın da doğal bir uzantısıdır. Aksi bir durumda fail, işlediği suça ilişkin

³⁵⁵ ASYDK, T. 02/04/1998, E. 1998/49, K.1998/53. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 9.

³⁵⁶ 5271 sayılı CMK madde 147 – “(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür”. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>. (Erişim Tarihi: 30/12/2018)

³⁵⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 164.

bilgiler vererek kendi aleyhine olacak şekilde üzerine atılı suçun sübut bulmasına yardımcı ve hatta neden olacak ve cezalandırılacaktır ki asla failden böyle bir davranışta bulunması beklenemez. Bu yöndeki davranışları, failin lehine değerlendirilerek takdiri indirim nedenleri uygulanabilecek olsa da aksi davranışında takdiri indirimin uygulanmaması savunma ve inkâr etme hakkı ile bağdaşmayacaktır. Çünkü maddi gerçekliğe ulaşma görevi yargılama makamlarına aittir. Suç işleyen failden böyle bir davranış beklemek onun savunma hakkı ile çelişecektir. Bunun yanında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması halinde 5237 sayılı TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluşacağını kabul etmek de mümkün değildir. Bu yöndeki davranış, kabul edilsin ya da edilmesin suç işleyen failin iradesini baskı altına alacaktır ki bu durum failin savunmasına etki edecek ve savunma hakkı ile yine bağdaşmayacaktır. Kaldı ki bu durumda resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu da oluşmayacaktır. Zira ilgili maddenin getiriliş amacına³⁵⁸ bakıldığında bir resmi belge düzenleme yetkisine sahip olan kamu görevlisi, sadece beyanla yetinmeyip bunu inceleme ve araştırma yetkisine sahip veya bu konuda yükümlü ise sırf gerçeğe aykırı beyan bu suçu oluşturmayacaktır. Maddi gerçeğe ulaşmakla yükümlü olan mahkemenin failin yaptığı savunma ile de yetinmeyip maddi gerçeğe ulaşmak için diğer araştırma ve tedbirlere de başvurmak zorunda olduğu bilinen bir gerçektir. Nitekim suçun üstlenilmesi hali böyledir. O halde maddi gerçekliğin amaçlanması ve savunma hakkının dokunulmazlığı gereği bu hakkın bir yansıması olan failin gerçeğe aykırı beyanda bulunma davranışlarının da takdiri indirim bakımından olumsuz tutum ve davranışlar olarak kabul edilip aleyhe değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'a göre: *“Sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmamasına ilişkin gösterilen -meşru müdafaaaya yönelik savunmasıyla mahkemeyi yanıltma gayreti içine girmek, maktulün silahını tutmaya çalışma iddiasında bulunmak, diğer sanık tarafından kullanılan silahta karışıklık yapma gayretine girip, kendi kullandığı silahı düşürüp gittiği yönünde beyanda bulunmak- ve olaydan sonraki davranışları gibi gerekçelerin, savunma hakkını kısıtlayacak, denetime imkân vermeyecek şekilde ve yasal dayanaktan yoksun olması”*³⁵⁹ takdiri indirimin uygulanmamasının gerekçesi olamaz.

³⁵⁸ Albayrak, s. 935- 936.

³⁵⁹ Yargıtay 1. CD, T. 20/06/2008, E/K. 5820/5213. Kararı nakleden Otacı, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, s. 1018.

Failin yargılama sürecindeki davranışlarını değerlendirerek takdiri indirim bakımından karar verecek hâkim, yargılama boyunca faili hiç görmemiş ise ne şekilde hareket edecektir? Bilindiği üzere ceza yargılamasında asıl olan yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalıktır³⁶⁰. Bu ilkeler doğrultusunda yargılamayı yürüten hâkimin bizzat faili görmesi ve yargılama boyunca davranışlarını izleyerek fail hakkında bir kanaat edinmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde failin davranışlarını bir bütün halinde sağlıklı bir şekilde değerlendirebilir ve takdiri indirim konusunda doğru kararı verebilir.

Ceza yargılamasında esas olan yargılamanın tek celsede bitirilmesi ilkesi olsa da çeşitli nedenlerle uzun süren yargılamalar bu hususa engeldir. Bu durumda faili bizzat gören hâkim/heyetle fail hakkında karar verecek olan hâkim/heyet farklı olabilir. Ya da aynı hâkim/heyet karar verse de naip hâkimlik veya istinabe uygulamaları nedeniyle faili bizzat görmemiş de olabilirler. Bu durumda takdiri indirim konusunda hâkim/heyetin sağlıklı bir karar verebilmeleri oldukça güçleşecektir. Bugün için bu sakıncaların bir ölçüde giderilmesi için Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla doğrudan faille bağlantı kurulabilmesi mümkün ise de yasal zorunluluk halleri dışında mahkemelerce bu yöntemin pek tercih edilmediği de bilinen bir gerçektir. Yine naip hâkim ya da istinabe talebinde bulunulan mahkemece belirtilen ve duruşma zaptına geçen hususlar da tam bir kanaat oluşturmayacaktır. Kaldı ki bu tarz durumlarda sadece duruşma tutanaklarından bir kanaat edinilmesi mümkün olmadığı gibi doğru da değildir.

O halde failin davranışlarını inceleyerek bir değerlendirme yapmak zorunda olan hâkim/heyetin, mümkün olduğunca yargılamada yüz yüzelik ilkesini uygulaması, bütün tarafları tek celsede dinleyip ve yargılamayı da tek celsede sonlandırması daha doğru olacaktır. Failin duruşmaya katılamaması halinde ise öncelikle SEGBİS ve benzeri yöntemlerle yine failin bizzat yargılamayı yapan mahkemece dinlenmesi ve savunmasının alınması gerekmektedir. Yargılamanın tek celsede bitmemesi durumunda ise bizzat faili gören hâkim/heyetin faili gözlemlemesi ve yargılama sürecindeki tutum

³⁶⁰ Bu iki ilke, eş anlamda kullanılsa da aslında birbirinden farklıdır. Yüz yüzelik ilkesi duruşmanın tarafı olan iddia ve savunma tarafının yargılama makamı ile birlikte duruşmada hazır olması, iddia ve delillerin birlikte ortaya konulup duruşmada tartışılması ve çelişme yönteminin uygulanmasına ilişkindir. Doğrudan doğruyalık ilkesi ise; hâkimin delillere bizzat ulaşması, delilleri görmesi, delillerin huzurunda tartışılması ve bu şekilde delilleri değerlendirmesine ilişkindir. Bu bakımdan bu iki ilke birbirini tamamlamaktadır. Fatih Birtek, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 473- 474.

ve davranışlarını sağlıklı bir şekilde tutanağa geçmesi sonraki hâkim/heyet açısından faydalı olacaktır. Ancak bu durumda dahi yine çok sağlıklı bir değerlendirme olamayacağından sonraki hâkim/heyetin; yine de faili görmesi, bizzat dinlemesi, onun davranışlarını izlemesi ve değerlendirmesi daha doğru olacaktır.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken bir husus da, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin halk nezdindeki olumsuz yaklaşımdır. Zira bu konuda yaşanan tartışmalara ve yapılan eleştirilere ayrı bir başlık altında daha sonra değinilecek olsa da ilgisi nedeniyle bu bölümde de bu tartışma ve eleştirilerden kısaca bahsetmek gerekir. Özellikle toplumda infial uyandıran kimi davalarda kravat takılması, takım elbise giyilmesi gibi nedenlerle failerin cezasında takdiri indirim yapıldığı eleştiri konusu olmaktadır. Hatta takdiri indirim nedeniyle yapılan indirim, “*kravat indirimi*” tabiriyle ifade edilmektedir. Uygulamada bu eleştirilere sebep olan bazı istisnai haller olsa da takdiri indirim nedenlerini sadece giyilen kıyafetler üzerinden değerlendirmek de doğru değildir. Zira bu aşamaya kadar takdiri indirim nedenlerinden bahsederken hangi hususlara dikkat edildiği ayrıntılı bir biçimde anlatılmıştır. Sadece failin geçmişini, sosyal ilişkilerini, fiilden sonraki davranışlarını değerlendirmekle yetinmeyen hâkimler, bizzat faili gözlemleyerek davranışlarını değerlendirmekte ve sonrasında edindikleri vicdani kanaatle bu konuda karar vermektedir. Sadece kravat takılması ya da takım elbise giyilmesi nedeniyle değil; failin bir bütün halinde yargılama sürecindeki davranışları, sosyal ilişkileri ve geçmişi değerlendirilerek bir sonuca varılmaktadır.

e. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmaması konusunda etkili olabilecek, kanunda açıkça belirtilen unsurlardan sonuncusu ise cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileridir. Cezanın niteliği itibarıyla suç işleyen failin yaşantısında birtakım değişikliklere yol açacağı muhakkaktır. Bu değişiklikler, sadece suç işleyen failin kişisel özgürlüğünde değil; aynı zamanda eğitim durumu, mesleği, siyasi hayatı, aile bireyleri ve yakın çevresinin ekonomik ve sosyal durumu gibi pek çok alanda etkisini gösterecektir. İşte failin sosyal, siyasi, ailevi ve ekonomik durumu verilen cezadan ve bu cezanın infazından çok olumsuz etkilenecekse bu olumsuzluğun

etkilerinin hafifletilmesi için takdiri indirim nedenleri uygulanabilecektir³⁶¹. Nitekim bir Yargıtay kararında: “...işlediği suç nedeniyle aile düzeninin de bozulacağı anlaşılan sanık hakkında ayrıca TCK 62. (mülga TCK 59.) maddesinin uygulanmak suretiyle cezada şahsileştirme amacının da gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı...” denilerek suç işleyen failin aile düzeni gözetilerek verilen cezada takdiren indirim yapılabileceği açıkça vurgulanmıştır³⁶².

Burada hedeflenen husus cezaya bağlı ortaya çıkacak olumsuz etkilerin bir nevi takdiri indirim nedenleriyle azaltılmasıdır. Ancak takdiri indirim nedenleriyle suç işleyen faile ceza verilmekten vazgeçilmesi mümkün değildir. Çünkü takdiri indirim nedenleri bir cezasızlık nedeni değildir. Ceza miktarına göre suç işleyen failin geleceği olumsuz yönde etkilenecektir. Ancak takdiri indirim uygulandığı halde cezaya bağlı olarak ortaya çıkacak etkilerin azaltılması ihtimali varsa bu durumda suç işleyen fail lehine uygulama yapılması yerinde olacaktır³⁶³. Zaten takdiri indirim nedenlerinin, suç işleyen failin geleceği üzerindeki cezaya bağlı olumsuz etkileri tamamen bertaraf etmesi yasal olarak da mümkün değildir. Zira takdiri indirim halinde yapılabilecek indirimin şartları ve sınırları yasa koyucu tarafından çizilmiştir.

Cezanın failin meslek yaşantısına ilişkin etkileri de geleceğine ilişkin olası etkiler kapsamındadır. Bu kapsamda verilecek ceza nedeniyle yürütülen bir kamu görevinin kaybedilmesi, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun izniyle icra edilen meslek ve sanatı failin icra edemeyecek hâle gelmesi gibi durumlar da dikkate alınmak suretiyle cezada takdiren indirim yapılabilir³⁶⁴. Örneğin 657 sayılı Kanun’un 48/5. maddesinde düzenlenen “*kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmama*” şartı memuriyete atanma şartıdır. Ayrıca bu şart, memuriyetin devamı sürecince de geçerli olacaktır. Çünkü aksi bir durumda bir yıl ve üzeri mahkûmiyet, memuriyete ilişkin atanma şartlarını ortadan kaldıracaktır. Bu bakımdan suç işleyen faile verilecek ceza miktarının tespiti sırasında diğer unsurlarla çelişmeyecek şekilde takdiri indirim

³⁶¹ Malkoç, s. 224.

³⁶² Yargıtay CGK, T. 28/01/1980, E/K. 1/459-33. Kararı nakleden Cengiz Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, AD, S. 26, Eylül 2006, s. 117.

³⁶³ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 734; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 9- 10.

³⁶⁴ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 846; Koca ve Üzülmüş, s. 697; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 10.

uygulanması halinde ceza miktarı bir yılın altına düşmekte ise bu indirim yapılmalı, suç işleyen failin gerek herhangi bir kamu görevine girmesi engellenmemeli veya kamu görevinde bulunmasından mahrum bırakılmamalıdır.

Cezanın olası etkileri değerlendirilirken sadece ceza hukukuna ilişkin etkiler değil, fail açısından tüm etkili durumların değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Cezanın uygulanması ile failin hukuken karşılaşabileceği ve hukuki durumuna etki edebilecek tüm ihtimaller bu kapsamdadır³⁶⁵. Örneğin; suç işleyen faile verilen yüksek miktardaki para cezası nedeniyle failin ekonomik yaşantısında bozulmalar meydana gelmesi ve bunun sonucunda işini yürütemeyecek duruma düşmesi halinde kendisi ile birlikte aile bireylerinin de bundan oldukça olumsuz etkileneceği muhakkak olup tüm bu hususların göz önüne alınması gerekmektedir.

Cezanın kişilerin geleceği üzerindeki olası etkilerinin değişiklik arz edebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Zira bu durum failin cezaya duyarlılığı ile yakından ilgilidir. Geçmişinde birçok sabıkası bulunan kişiye verilecek cezayla daha önce hiç suç işlememiş kişiye verilecek cezada kişilerin göstereceği tepkiler de farklı olacaktır. Bu durumda hâkim, cezaya bağlı olası etkileri değerlendirirken bu tarz durumları da dikkate almalıdır. Ayrıca suç işleyen failin yaşlı veya ölümcül bir hastalığa yakalanmış olması, yaşamdan beklentisinin olmaması, cezaevinde yaşamaya uygun olmayan fiziksel veya psişik bir engelinin bulunması ve benzeri haller de bu kapsamda dikkat edilmesi gereken unsurlardandır³⁶⁶. Çünkü yaşlı ya da ölümcül hastalığı olan bir faili ele aldığımızda bu özelliklerine oldukça dikkat edilmesi gerekecektir. Zira fail, bu özelliği nedeniyle artık hayattan bir beklentisi kalmayacağını düşünerek yeniden suç işleyebilir. Yahut bu durumu faili, son günlerini rahat geçirmek bakımından suçtan uzak da tutabilir. Bu bakımdan duruşmada faili bizzat gören ve değerlendiren hâkimin tüm bu olası etkileri hesaba katarak fail hakkında takdiri indirim konusunda karar vermesi gerekecektir³⁶⁷.

Cezanın olası etkileri ile ilgili tüm bu hususlar dikkate alındığında ise şu sonuca ulaşılabilecektir: Bu sebebe dayanarak sanık lehine sadece indirim yapılabilir. Cezanın, suç işleyen fail yönünden olası etkileri değerlendirilerek aleyhe kullanılması

³⁶⁵ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 303.

³⁶⁶ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 302.

³⁶⁷ Şimşek, s. 96.

mümkün değildir. Nitekim Yargıtay’a göre: “*Cezanın olası etkisi denilmesinin ancak sanık lehine indirim uygulanmasının gerekçesini oluşturacağı ve aleyhe kullanılamayacağı gözetilmeden sanıklar hakkında takdiri indirim hükümleri uygulanmayarak fazla ceza tayini bozma sebebidir*”³⁶⁸.

f. Diğer Nedenler

Takdiri indirim nedenlerinin bu aşamaya kadar belirtilen unsurları kanunda sayılanlardan ve açıkça belirtilenlerden ibarettir. Ancak ilk bölümde takdiri indirim nedenlerinin özelliklerinden bahsederken belirtildiği gibi bu unsurlar sadece kanunda sayılanlarla sınırlı değildir ve bu husus kanunda açıkça vurgulanmıştır³⁶⁹. Zira 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinde birtakım hususlar örnek kabilinden sayılmış, sonrasında “*gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir*” denilerek başkaca hallerin de bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Bu durumda hâkim somut olayın şartlarına, mesleki bilgisine, tecrübesine dayanarak ve uygun düşmesi şartıyla bazı hususları da takdiri indirim nedeni olarak kabul edip uygulayabilecektir. Bu nedenler; suçun işlenmesine eşlik eden (yoğun ve güçlü bir ihtirasın etkisi, sarhoşluk, gençlik heyecanı, cahillik, tecrübesizlik, korku ve acıma duygusu, mağdurun da kusurlu olması gibi) veya suçun işlenmesinden önce var olan (failin iyi koşullarda yaşaması, topluma hizmetleri, önemli bir hastalığa yakalanmış olması gibi) ya da suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan (failin pişmanlık duyması, suçunu ikrar etmesi, mağdurun zararını karşılaması, suçtan doğan zararın azlığı, failin yargılama konusu olayla ilgili haklılığını ortaya koyan veya güçlendiren başka mahkemelerce verilen kararlar³⁷⁰, duruşma sırasında sükûnetli bir şekilde iyi hal göstermesi gibi) nedenler olabilir³⁷¹.

Yukarıda belirtilenlerin yanında re’sen soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi olan suçlarda mağdurun şikâyetini geri alması da fail açısından takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir. Çünkü takdiri indirim nedenleri kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sadece failin yargılama sürecindeki davranışları ele alınmış ve

³⁶⁸ Yargıtay 1. CD, T. 08/03/2012, E. 2011/5225, K. 2012/1482. Kararı nakleden Artuç ve Hırsılı, s. 275.

³⁶⁹ Bkz. dn. 23- 25.

³⁷⁰ “...hukuk mahkemesinden verilen karar ancak takdiri indirime neden olabilir. Suçluluğu bertaraf etmez”. Yargıtay 6. CD, T. 26/03/1980, E/K. 2258/2304. Kararı nakleden Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 117.

³⁷¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 901; Artuç ve Hırsılı, s. 244; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 10.

mağdurdan bahsedilmemiştir. Mağdurun şikâyetten vazgeçmeye ilişkin bu davranışı ise, fail için kabul edilen yargılama sürecindeki davranış kapsamında değerlendirilemez. Ancak bu durum, cezanın olası etkileri unsuru kapsamında değerlendirilebilir ve takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilir³⁷².

Burada dikkat edilmesi gereken husus, hâkimin kabul edebileceği bir nedenin çifte değerlendirmeye yol açabilecek bir sebep olmamasıdır. Zira kabul edilen bir neden cezanın belirlenmesi aşamasında takdiri indirim nedeninin uygulanmasından önce suçun unsuru, nitelikli hali, etkin pişmanlık, zorunluluk hali veya şahsi cezasızlık hali olarak ele alınıp uygulanmış olabilir. Bu hallerden biri olarak uygulanan bir neden, daha sonra takdiri indirim nedeni olarak uygulanırsa çifte değerlendirme yasağına aykırı hareket edilmiş olacaktır³⁷³.

Bu konuda tartışılması gereken diğer bir husus da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek bir sebebin failin kişiliğiyle ilgili olması gerekip gerekmediğidir. 5237 sayılı TCK'nın cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin düzenlemelerine bakıldığında 61. maddenin failden daha çok fiile ilişkin olduğu ve fiili esas olarak temel cezanın tespitine çalışıldığı ortadadır. Takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği 62. maddede ise fiilden daha ziyade failin kişiliği ve onun özellikleri dikkate alınarak belirleme yapılmıştır³⁷⁴. Bu durumda kabul edilebilecek bir nedenin de daha çok failin kişiliğiyle ilgili olması gerektiği düşünülebilir. Nitekim Yargıtay'a göre: *"Sırf suçun işleniş biçiminin ağırlığından söz edilerek TCK 59. maddesinin uygulanmasından vazgeçilemeyeceğini, aksi halde olaya göre değil kişiliğe göre uygulanması gereken 59. maddenin amacına aykırı düşecektir"*³⁷⁵. Ancak her durumda bu şekilde hareket edilmesi doğru olmayacaktır. Yargıtay CGK'nın, bu konuda daha önce verdiği aksi yönde kararları da mevcuttur. Nitekim Kurul'un T. 08/05/1978, E/K. 7-133/158 sayılı kararına göre: *"Profesyonel ehliyetnamesi bulunan sanık şoförün B ehliyetnamesi ile kamyon kullanması halinde, hiç ehliyetli olmayanlara göre durumunda bir özellik gözetilmesi ve cezasında indirim yapılmasının düşünülp tartışılması gerekir"*. Bu kararda Yargıtay, failin karşılaştırmaya konu diğer kişilere

³⁷² Özen, s. 780- 781.

³⁷³ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 305.

³⁷⁴ Koray Doğan, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 296.

³⁷⁵ Yargıtay CGK, T. 02/04/1990, E. 1990/81, K. 1990/103. Kararı nakleden Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 242.

göre kusurunun daha az oluşu gözetilerek takdiri indirim uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Takdiri indirim nedenlerini sadece failin kişiliğiyle ilgili olarak kabul etmek takdiri indirim nedenlerinin alanını oldukça daraltacaktır ki bu durum da cezanın bireyselleştirilmesi amacı ile bağdaşmayacaktır. O halde cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında en önce fail dikkate alınacak ve sonrasında fail lehine olabilecek bir husus failden ya da fiilden kaynaklı olmasına bakılmaksızın takdiri indirim nedeni olarak alınıp uygulanabilecektir³⁷⁶. Kaldı ki yasa metninde de zaten bu konuda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Metinde “*gibi nedenler*” denildiğinden uygun düşmesi doğrultusunda fiile ilişkin nedenlerin de takdiri indirim nedeni olarak uygulanması mümkündür.

Yukarıda belirtildiği üzere herhangi bir husus takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilecektir. Ancak bu konuda birtakım sınırlamalar da bulunmaktadır. Nitekim daha sonra anlatılacağı üzere bu müessesenin uygulanmasına ilişkin yasadan veya müessesenin niteliğinden kaynaklı birtakım engeller bulunmaktadır. Örneğin; kanuni ağırlaştırıcı bir sebebin, takdiri indirim nedeni olarak ele alınıp uygulanması mümkün değildir. Yine kabul edilen bir nedenin, hukuka ve ahlaka da aykırı olmaması gerekmektedir. Bunun yanında kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek haller de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez. Eğitim durumu, cinsiyet, yaşanılan yer vb. nedenlerle kişiler arası farklılıklar olsa da bu hususlar gerekçe gösterilerek takdiri indirim nedenleri yönünden kişiler arasında kanun önünde eşitliğe aykırı uygulamalar yapılamayacaktır³⁷⁷. Zira sırf kadın olması veya eğitim durumunun çok daha iyi olması nedeniyle bir kişiyi takdiri indirimden yararlandırmak kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacağından takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

2. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışı

5237 sayılı TCK’nın 62/1. maddesinde: “*Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların*

³⁷⁶ Şimşek, s. 98.

³⁷⁷ Birtak, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 469- 470.

altıda birine kadar indirilir” denilerek fail lehine takdiri indirim yapılmasına karar veren hâkimin, bu indirimi ne şekilde ve ne miktarda yapacağı düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK döneminde ne şekilde uygulandığı ve yaşanan değişiklikler ayrıntılı olarak belirtildiği için bu kısımda sadece 5237 sayılı TCK açısından uygulama anlatılacaktır³⁷⁸. Yine bu kısımda takdiri indirim nedenlerinin cezanın belirlenmesi sırasında mevcut ceza miktarında ne gibi değişikliğe yol açtığına değinilecek ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanışı ile ilgili bazı özel durumlar ise daha sonra anlatılacaktır.

Kanun koyucu ilk olarak süreli olmayan hapis cezaları yönünden bu konuda bir belirleme yapmaktadır. Somut bir olayda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılan failin, şartları varsa cezasında takdiri indirim nedeni uygulanacak ve cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından, müebbet hapis cezasına çevrilecektir. Yine müebbet hapis cezası ile cezalandırılacak olan fail içinse takdiri indirim nedenleri uygulandığında bu kez cezası süreli hapis cezasına çevrilecek ve yirmi beş yıl hapis cezası uygulanacaktır. Burada yapılacak ceza indirimleri cezanın niteliğine göre sabit bir indirimin yapılması esasına dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak bu tür cezalarda takdiri indirim nedeniyle cezada indirim yapacak olan hâkimin yapılacak indirimi belirlemesi ve değiştirmesi mümkün olmayacak ve hâkim kanundaki emredici düzenlemeye uymak zorunda kalacaktır.

Süreli olmayan hapis cezaları yönünden bu şekilde belirleme yapan kanun koyucu, süreli hapis cezaları ve adli para cezaları içinse farklı bir düzenleme getirmiştir. Zira düzenlemede diğerinden farklı olarak sabit bir ceza indirimi kabul edilmemiş, aksine failin cezasında 1/6 oranına kadar indirim yapılabileceği belirtilerek oransal bir indirim kabul edilmiştir³⁷⁹. Burada tespit edilen oransal indirim de en fazla 1/6 oranında olup belirlenen cezada 1/7 veya 1/8 gibi daha az oranda indirim de yapılabilecektir.

³⁷⁸ Bkz. dn. 85- 93.

³⁷⁹ 1889 sayılı İtalyan Ceza Kanunu’nda ise sabit bir oran olarak 1/6 esas alınmıştır. Bizde ise en fazla 1/6 oran uygulanabilecektir ve bu konuda 765 sayılı Kanun’un me’hazı olan İtalyan Ceza Kanunu’ndan farklı bir düzenleme kabul edilse de uygulamaya bakıldığında sabit bir oranmış gibi hareket edilerek sadece 1/6 uygulanmakta ve İtalya’daki uygulamaya benzemektedir. Yalkut, s. 326-327; Alman Ceza Kanunu’nda ise indirim oranı belirlenmemiş olup sadece hâkime cezayı alt sınıra kadar indirebilme ve hapis cezası yerine para cezasına hükmedebilme yetkisi verildiğine dair bkz. dn. 69.

Ancak 1/6 oranından daha yukarıda örneğin 1/3 veya 1/5 gibi bir indirim oranının uygulanması ise mümkün değildir³⁸⁰.

5237 sayılı TCK'nın kabul edilen ilk halinde süreli hapis ve adli para cezaları yönünden bu oran 1/5 olarak kabul edilmesine rağmen yasa yürürlüğe girmeden önce 30/03/2005 tarihli 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi³⁸¹ ile 1/5 olarak kabul edilen oran, 1/6 olarak değiştirilmiş ve 765 sayılı TCK'nın 59. maddesi ile paralellik sağlanmıştır³⁸². Belirtilen bu hususlara dikkat edilmeden yapılan hesap hataları ise ceza miktarını değiştireceği için Yargıtay'ca bozma sebebi yapılmaktadır. Ancak eksik ceza tayini, karşı temyiz olmadığı takdirde bozmaya konu olmamakta ve sadece Yargıtay'ca eleştirilmektedir³⁸³.

Takdiri indirim nedenleri, 765 sayılı TCK'ya nazaran 5237 sayılı TCK'da sonuç cezanın tespiti bakımından en son sırada ele alınıp uygulanacaktır. Somut bir olayda uygulayıcı olan hâkim temel cezayı belirledikten sonra kanuni artırım ve indirimleri yapacak, daha sonra 5237 sayılı TCK'nın 61/5. maddesinde sayılan teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümleri uygulayacak ve en son takdiri indirim nedenlerini uygulayarak sonuç cezayı belirleyecektir³⁸⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ile ortaya çıkan sonuç cezanın, o suç için kanunda öngörülen asgari haddin altına düşmesi zorunluluğunun bulunmamasıdır. Zira hâkim 61. maddede temel cezanın belirlenmesi için kabul edilen unsurları gözeterek asgari haddi uzaklaştırarak da ceza belirleyebilecek ve tespit edilen bu cezada en son aşamada takdiri indirim nedenini uygulayarak sonuç cezayı belirleyecektir. İşte bu noktada ortaya çıkan sonuç ceza ise

³⁸⁰ Artuç ve Hırslı, s. 245.

³⁸¹ Madde gerekçesi ile ilgili olarak bkz. dn. 95.

³⁸² Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Birinci Basım, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 154- 155.

³⁸³ Buna göre hesap hatası sonucu fazla ceza tayini, aleyhe bozma yasağına girmemekte ve her halde karar bozulmaktayken; eksik ceza tayini aleyhe bozma yasağı kapsamındadır ve aleyhe temyiz yoksa bozma sebebi yapılmamaktadır. Yerli, "Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme", s. 206.

³⁸⁴ Yargıtay'a göre: "Temel ceza belirlendikten sonra, takdiri indirim nedeniyle yapılan uygulamanın belirlenen bu ceza üzerinden yapılması gerekirken, doğrudan sonuç cezanın tayini bozma sebebidir". Yargıtay 8. CD, T. 07/03/2006, E/K. 635/1756. Kararı nakleden Parlar ve Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1 (Madde 1-140), s. 551.

kanunun o suç için belirlediği asgari haddin üzerinde kalabileceği gibi altına da inebilecektir³⁸⁵.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin yasal düzenlemeye bakıldığında ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezaları yanında diğer cezalar için de düzenleme yapılmıştır. Kanun’da diğer cezalardan kastedilen süreli hapis ve adli para cezalarıdır. Zira 765 sayılı TCK’daki asli-feri ceza ayrımının terk edilerek 5237 sayılı TCK’da cezaların, sadece hapis ve adli para cezaları olarak kabul edilmesinden bu durum rahatlıkla anlaşılabilmektedir. O halde diğer cezalardan süreli hapis veya adli para cezası ister tek başına isterse birlikte uygulandığında takdiri indirim nedenlerine konu olması ve tespit edilen cezalarda indirim yapılması mümkündür. Burada herhangi bir ayırım yapılmadığı için bu indirimin kanunda o suç için belirlenen tüm cezaları kapsayarak uygulanması, hem hapis cezasında hem de para cezasında indirim yapılması gerekmektedir. Aksi bir uygulamanın hukuka uygun olmayacağı Yargıtay’ca da kabul edilmektedir³⁸⁶.

a. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışında Özel Durumlar

Yukarıda takdiri indirim nedenlerinin 5237 sayılı TCK’da düzenlenişi ve genel olarak uygulanışından bahsettikten sonra bu müessese ile ilgili bazı özel düzenlemelere de değinmekte fayda bulunmaktadır. Zira bu müessesenin niteliği ve getiriliş amacı değerlendirildiğinde diğer müesseseler ile uygulanışında bazı özel durumlar ortaya çıkabilmektedir. Hatta bazı müesseseler ile takdiri indirim nedenlerinin bir araya gelmesi ve birlikte uygulanması ise mümkün olmamaktadır. Bu kısımda da bu hususlara ayrı başlıklar altında değinilecektir.

aa. Hapis ve Para Cezalarının Birlikte Uygulanışı

Takdiri indirim nedenlerinin özel olarak uygulanışı konusunda ilk bahsedilmesi gereken husus adli para ve hapis cezalarının birlikte uygulanması halinde takdiri indirim nedenlerinde nasıl bir uygulama yapılacağı hususudur. Kanuni düzenlemede bir suça ilişkin cezai yaptırım olarak hapis ve adli para cezasının birlikte uygulanması kabul edilmişse böyle bir durumda takdiri indirime bağlı olarak hem hapis hem de adli para

³⁸⁵ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 362.

³⁸⁶ Bkz. dn. 388.

cezasında indirim yapılması gerekecektir. Sadece hapis cezasından indirim yapılarak adli para cezasında indirim yapılmaması veya tam tersi bir uygulama çelişki oluşturacaktır. Suçun yaptırımı olan hapis cezasından indirim yapılırken gösterilen gerekçeyle para cezasından indirim yapılmaması kabul edilemeyecektir³⁸⁷. Nitekim bu konuyla alakalı olarak Yargıtay: “59. maddeye tevfikan hapis cezasından yapılan tenzilatın ağır para cezasına teşmili lüzumunda huzul edilmesi”ni hukuka aykırı bulmuştur³⁸⁸. Maddede açıkça herhangi bir ayırım yapmaksızın cezanın indirilmesinden söz edilmekte olup aynı suçtan dolayı verilen cezalardan birinin indirilmesi ve diğerinin indirilmemesi mümkün değildir³⁸⁹.

Ayrıca adli para cezalarında yapılacak indirimin nasıl belirleneceği hususunda ise yasal değişiklikten önce belirsizlik bulunmaktaydı. Ancak 29/06/2005 tarihli 5377 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesine getirilen ek 8. maddede “*Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur*” denilerek indirimin gün üzerinden yapılması gerektiği kabul edilmiştir³⁹⁰.

bb. Birden Fazla Takdiri İndirim Nedeninin Bulunması

Somut bir olayda suç işleyen fail için birden fazla takdiri indirim nedeni bir arada bulunabilir. Nitekim failin daha önceki sabıkasız geçmişi veya duruşmadaki iyi hali yahut failin yargılama sürecindeki olumlu katkıları söz konusu olduğunda takdiri indirim nedenleri uygulanabilecek olsa da bu uygulama nasıl yapılacaktır? 5237 sayılı TCK, takdiri indirim nedenlerinin somut olayda birden fazla gerçekleşmesi halinde dahi bir kez uygulanmasına müsaade etmektedir³⁹¹. Bu durumda birden fazla takdiri indirim nedeni bulunsa dahi bir kez uygulamakla yetinilmelidir³⁹². Ancak bu durum, birden fazla indirim sebebinin hiç dikkate alınamayacağı anlamına da gelmemelidir. Zira

³⁸⁷ Bakıcı, s. 1200; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 844; Koca ve Üzülmöz, s. 698.

³⁸⁸ Yargıtay 4. CD, T. 23/12/1959, E/K. 14882/5780. Kararı nakleden Mehmet Handan Surlu, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY. M. 59.)”, AD, S. 11, Kasım 1970, s. 685; Yalkut, s. 324.

³⁸⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 735.

³⁹⁰ Şimşek, s. 131.

³⁹¹ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda 14/09/1944 tarihli Kanunla eklenen madde gereğince birden fazla takdiri indirim sebebinin, bir tek sebep olarak uygulanacağı açıkça kabul edilmiştir. Gözübüyük, s. 253.

³⁹² Öztürk ve Erdem, s. 498; Malkoç, s. 224; Metiner ve Koç, s. 1997.

Soyaslan'a göre birden fazla takdiri indirim nedeninin varlığı halinde temel cezanın daha alt sınırdan belirlenmesine bir engel bulunmamaktadır³⁹³. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü cezanın belirlenmesinin düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi daha çok fiil odaklıdır ve fiile ilişkin durumlar dikkate alınarak ceza belirlenir. Oysa takdiri indirim nedenlerinin unsurları ise, fiilden daha ziyade faile ilişkindir. Kaldı ki cezanın belirlenmesinde esas alınan unsurlar da 61. maddede sınırlı sayıda belirlenmiştir ve bu bakımdan da takdiri indirim nedeni sayılabilecek bir hususun yine cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir. Ancak 5237 sayılı TCK'da süreli hapis ve adli para cezaları için indirim oranının en fazla 1/6 olarak uygulanması kabul edilmiştir. İşte bu noktada birden fazla indirim sebebinin olması uygulanacak oranın tespiti bakımından da önem arz edebilir. Zira indirim nedeni çok olsa da tek bir kez bu indirimi yapacak olan mahkemenin bu durumda indirim oranını en üst sınırdan uygulaması gerekir. İndirim nedenlerinin çokluğu halinde her bir nedene dayalı olarak ayrı ayrı indirim yapılamayacak ise de üst sınırdan belirleme yapılarak cezada indirim yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır³⁹⁴.

Yargıtay'a göre de: *“Cezayı azaltıcı takdiri sebeplerin küll halinde mütalâa edilerek 59. maddenin bir defa uygulanması gerekir. Ölen çocuğun direğe çarpması ihtimalinden bahis ile 59. madde uygulandıktan sonra, ayrıca sanığın maişetini hamallık ile temin edip iyi huy sahibi olduğu ileri sürülerek maddenin ikinci defa uygulanması yolsuzdur”*³⁹⁵. Bir başka karara göre de: *“Muayyen bir hal takdiri hafifletici sebep kabul edilerek cezadan indirme yapıldıktan sonra, başka bir halin takdiri hafifletici sebep olduğundan bahisle, cezadan ikinci bir indirme yapılamaz”*. Bu sebeple, takdiri indirim nedenine bağlı olarak aynı cezada iki kez indirim yapılmasını açıkça yasaklamıştır³⁹⁶. Zikrolunan bu uygulama, süreli hapis ve adli para cezaları için geçerli olsa da müebbet hapis ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında sabit bir indirimin kabul edilmesi nedeniyle uygulanması mümkün olmayacak ve birden fazla neden olsa dahi cezada sabit bir indirim yapılacaktır. Bu durum, tek veya birden fazla

³⁹³ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 482.

³⁹⁴ İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 190.

³⁹⁵ Yargıtay 1. CD, T. 27/02/1962, E. 1962/425, K. 1962/60. Kararı nakleden Önder, s. 569; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 15- 16.

³⁹⁶ Yargıtay CGK, T. 02/09/1953, E/K. 4/158. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 205- 206.

indirim nedenini taşıyan müebbet hapis cezası suçlularının cezasının tespitinde adil olmayan bir uygulamaya yol açacaktır.

Öğreti de, takdiri indirim nedenlerinin bir kez uygulanabileceği konusundaki Yargıtay uygulamasını isabetli bulmaktadır. Ancak, birden fazla takdiri indirim nedeninin olması halinde yalnız cezada bir kez indirim yapılmasının haksızlığa yol açabileceği, takdiri nedenlerin varlığında cezada sadece 1/6 oranında indirim yapılmasına ilişkin kanun hükmünün takdir hakkının etkisini gereksiz yere daralttığı belirtilerek bu konudaki yasal düzenleme eleştirilmiştir³⁹⁷.

Her ne kadar uygulanan oranın yeterli olmadığı ve belirlenen oransal sınırın takdir hakkını kısıtladığı ileri sürülse de bu görüşe ve eleştirilere katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce bu oran artırıldığında sınırın ve uygulanacak olan yeni oranın ne olacağı belli değildir. Zira ucu açık bir düzenleme kabul edilemeyeceğinden belirlenecek oran da yine takdir hakkını kısıtlamış olacaktır. Kaldı ki 1/6 oranı, hiç de azımsanamayacak bir indirim oranıdır. Özellikle ceza miktarı arttıkça cezada sağladığı indirim miktarı da artmaktadır. Genellikle mahkemelerce indirim oranı 1/6 olarak uygulanmaktadır. Ancak bu durum cezanın kişiselleştirilmesi ilkesinin cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmaması hatasından kaynaklanmaktadır ve cezalandırmada adaletsiz sonuçlara neden olmaktadır. Oysa birden fazla takdiri indirim nedeni olması gibi ancak bazı hallerde üst sınır olan 1/6 oranı uygulanarak cezada indirim yapılması daha doğru olacaktır. Belirlenen sınır aralığı da takdir hakkının, failin durumuna göre ayarlanabilmesine uygundur. Aslında bu şekilde oransal bir artıştan daha ziyade Alman Ceza Kanunu'nun 49/2. maddesinde düzenlendiği gibi takdiri indirimin, belli ağırlıktaki suçlar için ceza vermekten vazgeçme ya da diğer bir tedbir ya da yaptırım uygulama şeklinde uygulanması ve hâkime böyle bir imkânın tanınması daha doğru olacaktır. Böylece takdir hakkının kısıtlandığı iddiaları bir ölçüde azalacaktır.

cc. Birden Fazla Suçta Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanışı

Fail, birden fazla suçtan dolayı yargılanabilir. Bu durum, aynı zaman diliminde failin birden çok suç işlemesi halinde olabileceği gibi farklı zamanlarda suç işleyen

³⁹⁷ Surlu, s. 688.

failin bu eylemlerine ilişkin yargılamaların birlikte yürütülmesinden kaynaklanabilir. Bu halde failin işlediği ve yargılaması yürütülen suçların her biri yönünden takdiri indirim nedenlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir³⁹⁸. Zira bazı takdiri indirim nedenleri failin yargılandığı tüm suçlar için bir indirim nedeni olarak kabul edilebilecekken bazıları ise diğer suçlarda uygulanmayabilecek veya uygulanması suçun niteliğine uygun düşmeyecektir. Örneğin fail, ruhsatsız bir silah ile bir kişiyi yaraladıktan sonra yaralıyı hastaneye götürmekte, ancak ruhsatsız silahı bir yere saklamaktadır. Bu durumda hâkimin suç sonraki davranışları, yaralama suçu açısından takdiri indirim olarak kabul etmesi mümkünken aynı gerekçeye dayanarak 6136 sayılı Kanun'a muhalefet suçu açısından takdiri indirim uygulaması hukuken doğru olmayacaktır³⁹⁹.

Her bir suç açısından takdiri indirim nedenlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekle birlikte bazı takdiri indirim nedenleri ise niteliği itibariyle failin işlediği tüm suçlara uygulanabilecektir. Örneğin; failin sabıkasız geçmişi veya duruşmadaki iyi hali, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilirse bu nedenin niteliği itibariyle failin yargılandığı tüm suçlarda takdiri indirim nedeni olarak uygulanması ve cezasında indirim yapılması gerekmektedir⁴⁰⁰. Aksi uygulama hükümde çelişki olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay'a göre: “...öldürmek suçundan dolayı verilen cezadan, sanığın duruşmadaki hal ve tavrı gerekçesiyle indirim yapan mahkemenin, bu maddeyi 6136 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan verilen cezalara teşmil etmemesi durumunda bunun gerekçesini kararında açıklaması gerekir”⁴⁰¹. Bu sebeple ortak olarak uygulanabilecek bir takdiri indirim nedeninin failin yargılandığı tüm suçlarda uygulanabileceği, aksi bir durumda ise bunun gerekçesinin açıkça ve birbiriyle çelişmeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. O halde kabul edilen bir takdiri indirim nedeninin, bütün fiiller için

³⁹⁸ Koca ve Üzülmüş, s. 698; Özbek, Doğan, Bacaksız vd., s. 735; Metiner ve Koç, s. 1996.

³⁹⁹ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 310.

⁴⁰⁰ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 844.

⁴⁰¹ Yargıtay 4. CD, T. 15/09/1997, E. 1997/6525, K. 1997/6993. Kararı nakleden Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 310.

müşterek bir hafifletici sebep teşkil ettiği ve fiiller arasındaki sıkı irtibatın bunu zorunlu kıldığı durumlarda tüm suçlar için uygulanması gerektiği söylenebilir⁴⁰².

Bu konuda vurgulanması gereken bir husus ise birden çok suçta takdiri indirim nedeni uygulanırken bu uygulamanın nasıl yapılacağı hususudur. Zira bu durum, 765 sayılı TCK'da kabul edilen suçların içtima müessesesi bakımından önem arz etmekteydi. İçtima müessesesi ile farklı suçlar için belirlenen ceza toplanmakta ve sonuç ceza belirlenmekteydi. İşte bu durumda takdiri indirim nedenlerinin nasıl uygulanacağı, her bir suç açısından mı yoksa toplam ceza üzerinden mi uygulanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda kabul edilen husus, takdiri indirim nedeniyle yapılacak indirimin her bir suç açısından uygulanması ve bu şekilde ortaya çıkan ceza miktarlarının içtima edilmesidir. Yani, takdiri indirim nedeniyle yapılacak indirim toplam ceza miktarı üzerinden yapılmayacak, cezaların içtimaidan önce takdiri indirim nedenleri uygulanacaktır⁴⁰³. Nitekim Yargıtay da: *“TCK'nın 59. maddesi cezaların toplamı üzerinden değil, her suç için ayrı ayrı uygulanmalıdır”* diyerek takdiri indirim nedenine dayanarak yapılacak indirimin, cezanın içtimaidan önce olacağını belirtmiştir⁴⁰⁴. 5237 sayılı TCK'da ise cezaların içtima müessesesi kaldırıldığı için bu konuda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Yeni düzenlemede cezaların içtima müessesesi, 5275 sayılı CGTİHK'da ele alınmıştır⁴⁰⁵. Koşullu salıverilme kararı bakımından cezalar içtima edilmektedir. Ancak içtimaya dâhil olan cezalar, zaten takdiri indirim yönünden olumlu ya da olumsuz değerlendirme ve uygulama yapılarak kesinleşmiş olan cezalar olduğu için takdiri indirim nedenlerinin içtimadan önce mi yoksa sonra mı uygulanacağı tartışması bulunmamaktadır.

⁴⁰² Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 205; Surlu, s. 687- 688; Yargıtay 16. CD, T. 01/11/2017, E. 2015/6886, K. 2017/5567 sayılı kararına göre: *“Sanık hakkında silahlı terör örgütü üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçundan hüküm kurulurken, yargılama aşamasındaki olumlu tutum ve davranışları gerekçesiyle 5237 Sayılı TCK'nın 62. maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılmasına rağmen, silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçu yönünden yargılama aşamasındaki olumsuz tutum ve davranışları gerekçe gösterilerek TCK'nın 62. maddesi uyarınca uygulama yapılmayarak çelişkiye sebebiyet verilmesi bozmayı gerektirmiştir”*. Uyap Mevzuat Programı (Erişim Tarihi 31/03/2019)

⁴⁰³ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 844; Surlu, s. 688.

⁴⁰⁴ Yargıtay 2. CD, T. 08/04/1976, E. 1976/1646, K. 1976/3322. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 16; yine Yargıtay 5. CD, T. 16/02/1993, E/K. 135/605 sayılı benzer kararında: *“TCK'nın 59. maddesinin her bir suç için tayin edilen cezaya ayrı ayrı uygulanması gerekirken cezaların içtimaidan sonra uygulanması bozmayı gerektirmiştir”* diyerek bu hususu vurgulamıştır. Karar için bkz. Ünsal, s. 639.

⁴⁰⁵ Yasal düzenleme için bkz. dn. 98.

dd. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri

Haksız tahrik ve takdiri indirim nedenlerinin her ikisi de 5237 sayılı TCK’da düzenlenen ve ceza indirimi yapılabilen “*genel*” indirim sebepleridir. Ancak haksız tahrik müessesesi, failin psikik durumuna bağlı olarak suça etki eden bir neden olup bu özelliği itibariyle failin kusurluluğunu azaltmakta ve cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır. Haksız tahrik, bir hukuka uygunluk nedeni olmadığından eylemi suç olmaktan çıkarmamakta, eylem yine hukuka aykırı ve suç teşkil etmekte, ancak haksız tahrik halinde suç işleyen failin kınanabilirliği azalmakta olduğundan cezada indirime yol açmaktadır. Bu nedenle haksız tahrik, bir indirim nedeni olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁶.

Takdiri indirim nedenleri de cezada bir indirim nedenidir ve haksız tahrikte olduğu gibi genel hafifletici nedenler arasındadır. Ancak takdiri indirim nedenleri, daha önce de belirtildiği gibi cezanın kişiselleştirilmesi araçlarından biridir. Bu nedenlerle haksız tahrik 5237 sayılı TCK’da cezai sorumluluğu (kusurluluğu) azaltan nedenler arasında; takdiri indirim nedenleri ise, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bölümünde düzenlenmiştir.

Her iki müessese de cezada genel bir hafifletici neden olması bakımından ortak özellik⁴⁰⁷ taşısa da bu müesseseler arasında farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin; takdiri indirim nedenleri cezada sadece indirime yol açabilecekken 5237 sayılı TCK’nın 129/1. maddesinde düzenlenen haksız tahrik altında işlenen hakaret suçlarında olduğu gibi bazı haksız tahrik halleri cezayı tamamen de kaldırabilecektir. Bunun yanında haksız tahrik her suçta uygulanmayabilir. Nitekim tartışmalı olmakla beraber taksirli suçlarda⁴⁰⁸, ruhsatsız silah bulundurma, karşılıksız çek keşide etme gibi şekli suçlarda

⁴⁰⁶ Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFD, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 272- 273.

⁴⁰⁷ Cezada indirime yol açma, genel hafifletici nedenlerden olma gibi ortak özelliklerinin yanı sıra takdiri indirim nedenlerinde olduğu gibi haksız tahrik müessesesi de uygulanma bakımından talebe bağlı değildir. Yargıtay CGK, T. 10/06/2003, E. 2003/1-143, K. 2003/183 sayılı kararında vurgulandığı gibi şartları varsa hâkim, somut olayda haksız tahriki uygulamak zorundadır. Kararı nakleden Noyan, s. 167.

⁴⁰⁸ Centel’e göre; taksirli hareket de kusurludur ve haksız tahrike yol açabilir. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 438; Demirbaş ise, bu görüşe karşı çıkmıştır. O’na göre; suç işleyen failin objektif özen yükümlülüğüne uygun davranması halinde taksirli eyleminden kaynaklı bir zarar doğsa bile bu durum, karşı taraf yönünden haksız tahrike yol açacak davranış olarak kabul edilemez. Timur, Demirbaş, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985, s. 406; Yargıtay 1. CD, T. 16/05/2007, E. 2703, K. 3776 sayılı kararında: “*Maktuldeki yaraların 5237 sayılı TCK’nın 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2. maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle işlenen*

tahrik hükümleri uygulanmaz⁴⁰⁹. Oysa takdiri indirim nedenleri daha çok faille ilgili olduğundan her suçta uygulanabilmektedir. Bunun yanında haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir neden iken takdiri indirim nedenleri cezanın bireyselleştirilmesi araçlarındandır.

Yukarıda belirtildiği gibi farklı özellikler taşıyıcılar da cezanın tespiti sırasında bu iki müessesenin birlikte uygulanmalarına da bir engel bulunmamaktadır⁴¹⁰. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 61/5. maddesinde *“Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir”* denilerek bu şekilde uygulamaya engel bir durumun bulunmadığı belirtilmektedir. Bu durumda hâkim somut olayda yasal düzenlemede öngörülen sıraya göre şartları varsa önce haksız tahriki, daha sonra da takdiri indirim nedenini uygulayabilecektir⁴¹¹. Hatta haksız tahrik oluşturan bir hareket, takdiri indirim nedeni sayılabilir. Ancak aynı davranışın hem haksız tahrik olarak hem de takdiri indirim nedeni olarak uygulanması mümkün değildir. Farklı nedenlerin ise aynı suçta takdiri indirim nedeni ve haksız tahrik olarak uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Örneğin; mağdurun haksız hareketi sonucu suç işleyen failin suçunu ikrar etmesi halinde hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni uygulanabilir⁴¹².

ee. Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenlerinde olduğu gibi hapis cezasının ertelenmesi müessesesi de cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Bu bakımdan aynı amaca hizmet etseler de bu iki müessese, özde birbirinden farklıdır. Her ne kadar takdiri

adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmek suretiyle sanığa eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir” denilerek taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmiştir. Kararı nakleden Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları Ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1327- 1328.

⁴⁰⁹ Cengiz Otacı, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Ve Uygulaması”, AD, S. 15, Nisan 2003, s. 234.

⁴¹⁰ Koca ve Üzülmüş, s. 699.

⁴¹¹ Devrim Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 1341; Özen, s. 781.

⁴¹² Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK M. 51), Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan, Birinci Basım, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 518; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 17.

indirime konu sabıkasız geçmiş, yargılama sürecindeki davranışlar ve cezanın olası etkileri unsurları hapis cezasının ertelenmesine ilişkin unsurlarla benzerlik taşısa da gerçekte unsurların değerlendirme anına ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. Zira takdiri indirime konu unsurlar hüküm anına kadar olan haliyle etkilidir. Hâkim ya da mahkeme, bu unsurları karar vereceği ana kadar olan haliyle ele almakta ve ona göre değerlendirip uygulamaktadır. Oysa hapis cezasının ertelenmesinde yapılan değerlendirme geleceğe yöneliktir. Suç işleyen failin mevcut durumu ve yargılama sürecindeki pişmanlığı gözetilerek gelecekte yeniden suç işleyip işlemeyeceğine dair bir değerlendirme yapılmaktadır⁴¹³.

Aralarındaki bu farklılığa rağmen takdiri indirim nedeni olarak kabul edilecek bir unsurun aynı zamanda hapis cezasının ertelenmesine engel olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Yargıtay da bu konuda farklı kararlar verebilmektedir. Nitekim Yargıtay CGK, T. 23/09/1985, E. 1985/1-777, K. 1985/474 sayılı kararında: “... 59. maddenin uygulanmasına dair gerekçe anlatımı itibariyle geçmiş zaman ile karar anındaki hali içermektedir. Tecile yer olmadığına ilişkin gerekçe ise geleceğe yöneliktir. Bu sebeple bu tür bir kararda çelişkinin varlığından söz edilemez” demekle bu konuda bir çelişkinin olamayacağını ve takdiri indirim uygulansa dahi hapis cezasının ertelenmemesinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁴¹⁴.

Yargıtay başka bir kararında ise bu konuda farklı bir sonuca varmıştır. Takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen bir halin, hapis cezasının ertelenmesi için de ortak bir neden olarak kabul edilip ertelemenin şartlarını da kapsadığı takdirde aynı doğrultuda hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda takdiri indirim yapılırsa aynı nedene bağlı olarak hapis cezası da ertelenecektir⁴¹⁵. Örneğin; Yargıtay CGK’nın bir kararında: “İncelenen dosyada yüklenilen suçu adı tahrik altında işlediği saptanan, duruşmadaki hal ve tavrı nedeniyle hakkında TCK’nın 59. maddesi uygulanan, sabıkası bulunmayan, yargılama aşamasında olumsuz davranışları gözlenmeyen, evli ve 5 çocuklu sanığın yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda kişiliği, aleyhe özellikler ve geçmişteki olumlu davranışlarına gelecekte de devam etmeyeceğine ilişkin somut

⁴¹³ Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 212- 213; Özen, s. 781.

⁴¹⁴ İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 191.

⁴¹⁵ Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 120; Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 206- 207.

nedenler gösterilip açıklanmadan mücerret ‘verilen cezanın ertelenmesi halinde suç işlemekten çekineceği yolunda kanaate varılmıştır’ şeklindeki yasal ve yetersiz gerekçeyle erteleme isteminin reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden (...) yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” denilerek duruşmadaki hal ve tavrı nedeniyle takdiri indirim uygulayan mahkemenin, failin olumsuz davranışlara sonra da devam edeceğine dair bir tespitin de olmamasını dikkate alarak aynı zamanda erteleme hükümlerini de uygulaması gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁶. Bu durumda her iki müessesenin uygulanışı bakımından benzer unsurlar konusunda hükümde çelişkinin olmaması gerekir.

Belirtilen bu haller dışında her iki müessese yönünden somut bir olayda farklı değerlendirme yapılması bakımından bir engel bulunmamaktadır. Örneğin; kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla süreyle mahkûmiyeti bulunan failin, hapis cezasının ertelenmesinden yararlanması yasal olarak mümkün değilken; özellikle fiilden sonra olumlu davranışlarda bulunan, olayın açığa çıkmasını sağlayan, mağdurun tüm zararlarını gidermek için uğraşan ve onunla ilgilenen fail için bu davranışları lehe değerlendirilebilecek ve takdiri indirim uygulanabilecek veya aynı yahut farklı gerekçelerle her iki müessesesinin birlikte uygulanması ya da uygulanmaması da mümkün olabilecektir⁴¹⁷.

ff. Suça İştirak ve Takdiri İndirim Nedenleri

İştirak halinde işlenen suçlar birden çok failin katılımı ile gerçekleştirilen ve birden çok failin sorumlu tutulduğu suçlardır. Toroslu, suça iştiraki: *“Soyut olarak bir tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçu birden çok kişinin birlikte gerçekleştirmesi”* olarak tanımlamaktadır⁴¹⁸. Birtek ise iştiraki: *“Ceza kanunlarında belirtilen ve gerçekte bir kimse tarafından işlenebilen bir suçun, birden çok kimsenin katılımı/katkısı ile işlenmesi”* olarak tanımlamaktadır⁴¹⁹. Bir eylemde sorumlu birden çok failin bulunması aynı zamanda birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira işlenen bir suçta ağırlaştırıcı bir nedenin veya cezayı azaltan yahut kaldıran bir sebebin

⁴¹⁶ Yargıtay CGK, T. 25/05/1992, E. 1992/4-96, K. 1992/160. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 17.

⁴¹⁷ Şimşek, s. 134.

⁴¹⁸ Toroslu ve Toroslu, s. 306.

⁴¹⁹ Birtek, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 396.

iştirak halinde hareket eden faillerin hepsine uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tespiti gerekmektedir. Örneğin; eyleme iştirak eden faillerin bir kişiye yumrukla vurmak suretiyle gerçekleştirdikleri darp eyleminde bu faillerden birinin eylem sırasında bıçak kullanması veya faillerden biri için haksız tahrik arz edecek bir davranışın bulunması hallerinde bu hususların diğer şeriklere sirayet edip etmeyeceği hususu önem kazanmaktadır.

Cezaya etki eden bu sebepler niteliği itibarıyla cezayı indirme, artırma veya tamamen kaldırma şeklinde karşımıza çıkabilir. Cezaya etkili olan bu unsurlar failin şahsından kaynaklanabileceği gibi işlenen eylemin bütününden de kaynaklanabilir. Bu bakımdan etkili olan bu unsurlar ya şahsi ya da fiili bir durum arz edebilmektedir⁴²⁰. Yine bu unsurlar daimi (yaş küçüklüğü) veya geçici (haksız tahrik) olabileceği gibi kanuni (etkin pişmanlık) veya takdiri (takdiri indirim nedenleri) bir nitelik de taşıyabilir. İşte bu unsurların iştirak halinde hareket eden diğer faillere sirayetini tespit etmek gerekmektedir.

Konumuz olan takdiri indirim nedenleri de cezada indirime yol açan kişisel bir nedendir. Bu bakımdan cezayı azaltıcı veya ortadan kaldıran bir nedenin diğer şeriklere sirayeti konusuna değinmek gerekmektedir. 765 sayılı TCK döneminde cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerin diğer şeriklere sirayeti konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. Aksine bir düzenleme de bulunmadığı için bu unsurların şahsi olduğu kabul edilmekteydi. Hatta haksız tahrikte olduğu gibi tüm faillere karşı gerçekleştirilen haksızlık arz eden eylemde her fail bundan yararlansa da bu durum, haksız tahrikin tüm faillere sirayetinden değil her bir fail için ayrı ayrı haksız tahrikin uygulanması olarak kabul edilmekteydi⁴²¹. 5237 sayılı TCK döneminde ise iştiraki düzenleyen 40/1. maddesine göre: “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*” denilerek cezalandırılmayı önleyen veya azaltan kişisel nedenin sadece o şerik için geçerli olduğu kabul edilmiştir⁴²².

⁴²⁰ Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 638.

⁴²¹ Faruk Erem, “Suça İştirak”, AÜHFD, C. 3, S. 1, 1946, s. 100.

⁴²² Şahin, s. 668- 669.

Takdiri indirim nedenleri de kişisel bir indirim nedenidir. Bu durumda takdiri indirim nedenleri, birden çok failli suçlarda her bir şerikin kişisel durumuna göre değerlendirilecek, şeriklerden yalnızca takdiri indirim nedenlerini taşıyan bundan yararlanacak ve herhangi bir fail için kabul edilen bir nedenin şartları yoksa diğer fail için de uygulanması söz konusu olmayacaktır⁴²³. Ancak suçun niteliğini ve işleniş şeklini ilgilendiren objektif bir durum takdiri hafifletici sebep sayıldığında, özel nedenler bulunmadıkça, bunun bütün şeriklere uygulanması gerekecektir⁴²⁴. Nitekim Yargıtay da bir kararında: “Mümeyyizlerin arkadaşı bulunan diğer sanık hakkında hafifletici sebep olarak kabul edilen cihet fiili olup, şahsi olmasına nazaran mümeyyizler hakkında dahi bu sebebin tatbiki icap eder” diyerek takdiri hafifletici neden olarak kabul edilen bir hususun fiile ilişkin olduğu ve şahsi bir nitelik arz etmediği gerekçesiyle tüm şerikler için uygulanabileceğini kabul etmiştir⁴²⁵.

gg. Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri

5237 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi sırasında takdiri indirim hükümlerinden önce değerlendirilmesi gereken bir diğer müessese de etkin pişmanlık halidir. Etkin pişmanlık en sade tabiriyle; suç işleyen failin, suçun tamamlanmasından sonra meydana gelen zararları veya tehlikeli etkilerini azaltmak yahut ortadan kaldırmak için aktif bir çaba içerisine girmesi olarak anlatılabilir. Hafızoğulları ve Özen’e göre ise etkin pişmanlık ya da kendilerinin tarif ettiği şekliyle eylemli pişmanlık; “İcra hareketlerini tamamlayan ve kararını değiştirmesi mümkün olmayan failin sadece neticenin gerçekleşmesini önlemeye çabalaması halidir”⁴²⁶.

5237 sayılı TCK’da failin, daha icra hareketleri aşamasındayken eylemden vazgeçmesi veya icra hareketlerini sonuna kadar devam ettirip eylemi gerçekleştirmesine rağmen suçun tamamlanmasını yahut neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi gönüllü vazgeçme olarak kabul edilirken; suçun tamamlanmasından sonraki aşamada ortaya çıkan sonuçları azaltma veya ortadan

⁴²³ Artuç ve Hırslı, s. 245; Metiner ve Koç, s. 1996; Yalkut, s. 323.

⁴²⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 483; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 243; Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 16.

⁴²⁵ Yargıtay CGK, T. 13/10/1930, K. 185. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 211.

⁴²⁶ Hafızoğulları ve Özen, s. 344.

kaldırma adına olumlu çabaları ise fail lehine etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'da kabul edilen bu ikili ayırım ise 765 sayılı TCK'da yer almamaktadır. Zira 765 sayılı TCK'da faal nedamet adı da verilen etkin pişmanlık, icra hareketlerini sonuna kadar devam ettiren failin neticeyi engellemek adına aktif bir çaba içine girmesi olarak düzenlenmiştir⁴²⁷. Bu durumun doğal sonucu olarak, suçun tamamlanmasından sonra failin neticeyi önlemek veya azaltmak için çaba göstermesi halinde yine de cezalandırılması mümkün olmakta, bu nedenle cezanın ortadan kaldırılması veya daha az ceza verilmesi ise mümkün olmamaktaydı. Ancak bu durum, suç işleyen fail lehine suçtan sonraki olumlu davranışlar arasında sayılmakta ve fail lehine takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip failin cezasında indirim yapılabilmekteydi⁴²⁸.

765 sayılı TCK'da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek suç sonrası davranışlar 5237 sayılı TCK'da ise etkin pişmanlık halleri olarak düzenlenmiş ve takdiri indirime konu olabilmesinin önüne geçilmiştir. Ancak bu durum bu iki müessesenin birlikte uygulanma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Zira çifte değerlendirme yasağı nedeniyle buradaki tek kısıtlama kanunda özel olarak etkin pişmanlık hali sayılan bir hususun aynı zamanda takdiri indirim nedeni konusu yapılamayacağıdır. Aynı unsura dayanılmadığı sürece etkin pişmanlık halleri ile takdiri indirim nedenlerinin bir arada uygulanması mümkündür. Örneğin; hırsızlık eylemini gerçekleştiren failin bu konuda herhangi bir delil olmamasına rağmen suçu kendisinin işlediğini itiraf edip olayı açığa çıkarması ve soruşturma aşamasında zararı gidermesi halinde işlenen hırsızlık eylemi için zararı gidermesi nedeniyle etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecekken aynı zamanda yaptığı olumlu davranışlar nedeniyle cezasında takdiri indirim nedenine bağlı olarak da indirim yapılabilecektir.

Çifte değerlendirme yasağı dışında birlikte uygulanmasına yasal olarak başkaca bir engel bulunmayan bu iki müessesenin aralarında ise bazı farklar bulunmaktadır. Bu hususta ilk farklılık takdiri indirim nedenlerinin niteliği gereği takdiri bir nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır. Zira ilk derece mahkemelerince somut bir olayda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının veya aksi yöndeki bir davranışın yerinde

⁴²⁷ Köksal Bayraktar, "Faal Nedamet", İÜHFD, C. 33, S. 3- 4, 1967, s. 123.

⁴²⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 471.

olup olmadığının üst mercilerce denetimi mümkün olsa da bu durum, müessesenin takdire bağlı niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Etkin pişmanlık halleri ise kanunda açıkça belirtilmiş olup şartların gerçekleşmesi halinde hâkim tarafından mutlaka uygulanmak zorundadır ve bu konuda hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir farklılık ise, takdiri indirim nedenlerinin cezada sadece bir indirim sebebi olarak uygulanabilmesidir. Oysa etkin pişmanlık halleri, bazı durumlarda cezada indirim yapılmasını sağladığı gibi bazen de cezayı tamamen ortadan kaldırabilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 168/5. maddesine göre karşılıksız yararlanma suçlarında soruşturma aşamasında zararın tamamen giderilmesi halinde faile ceza verilemeyeceği kabul edilmektedir. Son farklılık ise, takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda olmaması, somut olaya ve şartlara uygun düştüğü ölçüde yasada sayılanlar dışında bazı hallerin de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip cezada indirim yapılabilmesidir. Buna bağlı olarak da her suçta uygulanması mümkündür. Oysa etkin pişmanlık hallerinin neler olduğu ve hangi suçlarda uygulanacağı hususu yasa koyucu tarafından açıkça (özel hüküm olarak) düzenlenmiş olup kanunda düzenlenmeyen bir suçta etkin pişmanlığın uygulanması mümkün değildir⁴²⁹.

hh. Takdiri İndirim Nedenleri ve Kazanılmış Hak Sorunu

Takdiri indirim nedenleri konusunda tartışılması ve çözülmesi gereken hususlardan biri de yapılan yargılama sırasında suç işleyen fail hakkında verilen cezada takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına rağmen, kararın bozulmasından sonra yeniden yapılan yargılamada takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının zorunluluk arz edip etmediği sorunudur. Bu konuya ilişkin genel görüşe göre, takdiri indirim sanık lehinedir ve bir kez sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulandıktan sonra eğer hüküm, sadece sanık tarafından temyiz edilirse veya onun lehine kanun yolu incelemesi ile bozulmuşsa artık bu durum sanık açısından kazanılmış hak teşkil edecektir. Aleyhe temyiz olsa dahi takdiri indirim nedenleri dışında başka bir sebepten karar bozulmuş ve takdiri indirim nedenleri bozma sebebi yapılmamışsa yine aynı durum geçerli olacaktır. Tüm bu hallerin sonucunda ise, bozma sonrası yeniden yapılan yargılamaya ilişkin verilecek cezada takdiri indirim nedeninin uygulanması gerekecektir⁴³⁰.

⁴²⁹ Gödekli, s. 346- 347.

⁴³⁰ Bakıcı, s. 1200; Öztürk ve Erdem, s. 498- 499.

Nitekim konuya ilişkin bir kararında Yargıtay: *“Sanık hakkında kasten yaralama ve 6136 sayılı Kanun’a muhalefetten hüküm kurulurken tüm suçlarda 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin uygulandığı, sanık müdafî ve müdahiller vekilinin temyiz istemi Daire’mizin T. 27/10/2010 ve E/K. 2384/7012 numaralı ilamında sanık hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında isabetsizlik görülmediği, bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında da sanığın herhangi bir olumsuz tavrının duruşma tutanaklarına yansımadağı anlaşılmakla yetersiz gerekçeyle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını”* bozma sebebi saymıştır⁴³¹. Daha önce hakkında takdiri indirim uygulanan kişi hakkında sonraki aşamada sanık lehine yapılan yargılamada takdiri indirim nedeninin uygulanmaması halinde bunu bozma sebebi yapan Yargıtay’ın tam tersi bir durumda da yine bozma kararı verdiği görülmektedir. Ancak bu durum kazanılmış hak ilkesinden dolayı değil mahkeme kararlarının çelişkili olamamasından kaynaklıdır⁴³².

Bu konudaki tartışmanın seyri, aslında bozmanın mahiyetine göre değişecektir. Nitekim bozma ilamında Yargıtay takdiri indirim nedenlerine değinmemiş ve bozma başka konuları kapsıyorsa sonradan kurulacak hüküm için TCK’nın 59. maddesi sanık yararına kazanılmış bir hak teşkil edecektir. Ancak kanuni hafifletici neden olacak bir hususun, örneğin haksız tahrik halinin, takdiri indirim nedeni olarak kabulü Yargıtay’ca bozma nedeni yapılmışsa, bozmadan sonra verilecek yeni kararda dayanan nedenler kanuni hafifletici neden olarak değerlendirildiğinden artık 59. madde kazanılmış hak olarak düşünülemez⁴³³.

Takdiri indirim nedenleri bakımından kazanılmış hakkın, aleyhe bozma yasağı yönünden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira aleyhe bozma yasağı, cezalar için geçerlidir ve takdiri indirim nedenleri yönünden yapılan uygulama da ceza miktarında değişikliğe neden olmaktadır. Bu açıklamalar ışığında takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin fail yararına bir kazanılmış hak doğmuş olmasına rağmen bu

⁴³¹ Yargıtay 1. CD, T. 08/05/2012, E. 2012/952, K. 2012/3605. Kararı nakleden Artuç ve Hırsılı, s. 276.

⁴³² Yargıtay’ın bir kararında: *“Sanıklar hakkında bozmadan önceki kararda fiilden sonraki ve yargılama sürecinde olumlu davranışta bulunmadığı gerekçesiyle takdiri hafifletici nedenlerin uygulanmasına yer olmadığına karar verildiğinin belirtilmesi ve 5237 sayılı Kanun’un 62. maddesinin uygulanmamasının, Daire’mizin T. 15/06/2011, E. 2010/7359, K. 2011/2877 sayılı ilamıyla kabul görmesi karşısında, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada verilen kararda somut gerekçesi açıklanmadan benzer gerekçeyle bu kez takdiri indirim nedeninin uygulanmasına karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştır”* denilerek çelişkili tutum eleştirilmiş ve karar bozulmuştur. Yargıtay 1. CD, T. 26/09/2012, E. 2012/3682, K. 2012/6921. Kararı nakleden Artuç ve Hırsılı, s. 276.

⁴³³ Surlu, s. 689.

durum dikkate alınmadan hüküm verilmişse belirlenen ceza miktarı daha yüksek olacağı için burada fail lehine hareket edilerek karar bozulacaktır. Ancak verilen ilk kararda uygulanan takdiri indirimine ilişkin karar bozulmuşsa, bu durumda yeniden yapılan yargılamada geçerli başka bir sebep ortaya çıkmadıkça takdiri indirimine gidilemez. Buna rağmen takdiri indirim uygulanırsa faile eksik ceza verilmiş olur. Bu noktada artık bu hukuka aykırı durum, ancak aleyhe temyiz varsa düzeltilecek; aksi halde aleyhe bozma yasağı kapsamında sadece eleştiri konusu yapılacak ve sonuç cezaya dokunulmayacaktır⁴³⁴.

ii. Takdiri İndirim Nedenleri ve Uygulanma Sırası

Takdiri indirim nedenleri cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınırken diğer unsurlar ile birlikte uygulanmaktadır. Bu durum da bize takdiri indirim nedenlerinin diğer müesseselerle birlikte nasıl uygulanacağı ve hangi sıranın izlenmesi gerektiği tartışmasına götürmektedir. 765 sayılı TCK'nın 29/5. maddesinde; *“Bütün hallerde mücrimin yaşı, akli haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerrür hususları bu sıra takip olunmak şartile en sonra nazara alınır”* hükmü bulunmaktaydı. 765 sayılı TCK'ya göre; takdiri indirim müessesesi, tekerrürden önce uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK'da ise, bu sıralama değişerek takdiri indirim müessesesinin cezanın belirlenmesinde en son aşamada uygulanacağı kabul edilmiştir. Kanun'un 61/5. maddesine göre: *“Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir”*.

Yasal düzenlemede belirtilen bu sıralamanın ihlali ise Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre: *“29. maddedeki sıraya aykırı olarak 59. maddenin, 55. maddeden önce uygulanması yolsuzdur”*⁴³⁵.

Sıraya uyulmamasını bozma sebebi yapan Yargıtay, bazı kararlarında ise sıraya uyulmama halinin sonuç cezayı değiştirmemesi durumunda kararı bozmamakta, sadece eleştiri konusu yapmaktadır. Örneğin; Yargıtay bir kararında: *“TCK'nın 29.*

⁴³⁴ Bkz. dn. 383.

⁴³⁵ Yargıtay 1 CD, T. 12/03/1951, E/K. 554/497. Kararı nakleden Gözübüyük, s. 120; ayrıca Yargıtay 5. CD, T. 24/05/1960, E/K. 1935/2701 sayılı benzer kararı için bkz. Surlu, s. 685.

maddesindeki sıraya uyulmayarak, aynı Yasanın 59. maddesinin 81. maddesinden sonra uygulanması, sonuç cezayı değiştirmediğinden, bozma nedeni yapılmamıştır” diyerek bu durumu sadece eleştirmiştir⁴³⁶.

jj. Takdiri İndirim Nedenlerinin Özel Ceza Yasaları Bakımından Uygulanması

Takdiri indirim nedenleri ile ilgili olarak ortaya konulması ve tartışılması gereken bir diğer husus da bu müessesenin sınırlarının ne olduğudur. Zira 5237 sayılı TCK’nın genel hükümler kısmında düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin sadece 5237 sayılı TCK’da düzenlenen suçlarla mı sınırlı olduğu; yoksa özel ceza yasaları ya da ceza içeren kanunlarda düzenlenen suçlar için de uygulanıp uygulanmayacağı, başka bir deyişle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını engelleyen özel bir düzenlemenin varlığı halinde nasıl hareket edileceği meselesi önem kazanmaktadır.

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinde genel hükümler bakımından 5237 sayılı TCK ile diğer özel kanunlar arasında bir farklılık olduğunda nasıl hareket edileceği düzenlenmiştir. Maddede *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”* denilerek ceza kanunu ile özel kanunlardaki suçlarda genel hükümler bakımından fark olması halinde 5237 sayılı TCK’nın esas alınacağı hükme bağlanmıştır. 765 sayılı TCK’nın 10. maddesinde ise bu husus: *“Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu iki hüküm arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Zira 765 sayılı TCK döneminde özel ceza yasalarında genel hükümler bakımından farklı düzenlemeler getirilebilmekte ve uygulanabilmekteyken 5237 sayılı TCK’ya göre artık genel hükümler bakımından farklı düzenlemeler uygulanamayacaktır⁴³⁷.

Takdiri indirim nedenleri bakımından bu hususu değerlendirecek olursak 765 sayılı TCK döneminde özel kanunlarda düzenlenen suçlarda da 10. madde gözetildiğinde takdiri indirim nedenleri uygulanabilecektir⁴³⁸. Hatta özel ceza kanunları

⁴³⁶ Yargıtay 6. CD, T. 13/03/1984, E/K. 7582/1870. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 204- 205.

⁴³⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 80.

⁴³⁸ Gözübüyük, s. 253; Gural, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 41; İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 187.

veya ceza içeren kanunlarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye de gerek bulunmamaktadır⁴³⁹. Ancak özel ceza yasalarında buna ilişkin özel bir düzenleme varsa bu durumda artık takdiri indirim nedenlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanun'unun 17. maddesinin 2. fıkrasında “*Sanık hakkında, duruşmadaki iyi hali sebebine dayanılarak Türk Ceza Kanununun 59. maddesi hükmü uygulanamaz*” düzenlemesi karşısında Sıkıyönetim Kanunu'ndan kaynaklı suçlarda iyi hal sebebine dayanarak takdiri indirim yapılması mümkün olmayacaktır⁴⁴⁰.

Belirtilen bu yasal düzenleme 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra da varlığını devam ettirmiş, ancak 25/07/2018 tarihli 7145 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. O halde 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile 7145 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi arasındaki dönemde uygulamanın ne şekilde yapılacağına da ortaya konulması gerekmektedir. Bu hususta da 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinde yer alan “*Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır*” düzenlemesi gereği 31 Aralık 2008 tarihine kadar işlenen suçlarda varlığını devam ettirecek, ancak bu tarihten sonra 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi gereği takdiri indirim nedenlerinin uygulanamaması konusunda artık bir etkisi kalmayacaktır⁴⁴¹.

Ancak bu noktada belirtilmesi gerekli olan bir husus da 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin özel ceza yasaları yönünden bağlayıcılığının 31/12/2008 tarihine kadar geçerli olduğudur. Bu nedenle 31/12/2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan özel ceza yasaları için 5. madde bağlayıcı iken bu tarihten sonra çıkan özel ceza yasaları için bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Çünkü normlar hiyerarşisine göre 5. maddenin ceza normu içeren diğer yasalara karşı herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle 31/12/2008 tarihinden sonra 5. maddeye aykırı düzenleme yapılırsa bu durumda 5. madde değil özel ceza yasalarındaki düzenleme geçerli olacaktır⁴⁴². Bu durum takdiri

⁴³⁹ Surlu, s. 689- 690.

⁴⁴⁰ Bkz. dn. 21- 22.

⁴⁴¹ Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 11; Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 119.

⁴⁴² Birtok, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 36.

indirim nedenleri için de geçerli olduğundan 31/12/2008 tarihinden sonra özel bir düzenleme yapılarak herhangi bir suç yönünden takdiri indirim nedenlerinin uygulanması yasaklanabilir ve bunun önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

kk. Zincirleme Suçlarda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç, failin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla kez işlemesi halidir. Fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı birçok kez suç işlemekte, ancak faile bu eylemden dolayı tek bir ceza verilmektedir⁴⁴³. Faile tek bir ceza verilse de bu durum işlenen birçok suçun sadece farazi olarak birleştiği gerçeğini değiştirmeyecektir. O halde bünyesinde birden çok suçu barındıran zincirleme suçlarda her bir suç ayrı ayrı değerlendirilecek, teselsüle dâhil olan suçların herhangi birinde veya birkaçında bulunan takdiri indirim nedenleri gözetilerek cezada indirim yapılabilecektir⁴⁴⁴. Zincirleme suçlarda tek bir ceza verildiği için takdiri indirim de bir kez yapılacaktır⁴⁴⁵. Ancak, teselsüle dâhil birden çok suçta indirim nedeni varsa yapılacak indirimde üst sınırdan bir belirleme yapılabilecektir.

Aynı suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi suretiyle gerçekleştirilen zincirleme suçlarda (aynı nev'iden fikri içtima halinde) ise, zaten eylemin tek olması ve aynı amaçla işlenmesi dikkate alındığında takdiri indirim nedenleri de yine bir kez uygulanacak, alt veya üst sınırdan indirim yapılması hususunda ise somut olayın şartları gözetilecektir.

II. Takdiri İndirim Nedenlerinin Savcılık Makamı Yönünden Bağlantısı

Bilindiği üzere takdiri indirime karar verme yetkisi hâkim veya mahkemeye aittir. Ancak bu durum, müessesenin uygulanmasında iddia makamının herhangi bir etkisinin olmayacağı anlamına da gelmemelidir. Kamu adına hareket eden iddia makamı gerek iddianameyi düzenlerken gerekse duruşma sırasındaki esasa ilişkin savunmasında 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasını veya uygulanmamasını talep

⁴⁴³ Toroslu ve Toroslu, s. 355.

⁴⁴⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 483; Yerli, "Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme", s. 211.

⁴⁴⁵ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 243.

edebilir. Bu talebin ise hâkim ya da mahkemelerce değerlendirilmesi ve uygulanıp uygulanmama gerekçesinin belirtilmesi gerekmektedir. Her ne kadar bu talep bakımından kararı verecek olan merci, hâkim ya da mahkeme heyeti olsa da bu konuda talepte bulunma ve bu talebe riayet edilmemesi halinde ise hükme karşı sırf bu yönüyle dahi olsa yasa yollarına başvurma hakkına sahip merci iddia makamıdır. İddia makamı olan Cumhuriyet Savcılığına bu konuda denetim yetkisinin tanınması da takdiri indirim müessesesinin, daha yerinde uygulanmasını sağlayacak ve adaletin daha iyi tecelli etmesine vesile olacaktır⁴⁴⁶.

a. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanamayacağı İstisnai Haller

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel birtakım durumlar vardır. Bu engeller; yasal düzenlemelerden, takdiri indirim nedenlerinin ve belli müesseselerin kendine özgü yapısından veya hukuki niteliğinden ya da yargısal içtihatlardan kaynaklanabilmektedir. Bu durum gözetilerek takdiri indirim nedenlerinin uygulanamayacağı belli durumların da kapsamlı bir şekilde ortaya konulması mahkemelerce yapılan uygulamalar açısından oldukça faydalı olacaktır ki bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

aa. Kanuni Hafifletici veya Ağırlaştırıcı Sebepler

Bir hususun takdiri azaltıcı sebep olarak kabul edilip uygulanmasında engel olan ilk husus, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek bir unsurun kanun koyucu tarafından cezayı etkileyecek veya cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak bir yasal düzenleme olarak kabul edilmesi halidir. Daha önce de çifte değerlendirme yasağı kapsamında belirtilen bu türden hallerde; suçun unsuru veya ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenleri olarak kabul edilen bir hususun, ayrıca takdiri indirim nedeni olarak hâkim tarafından kabul edilmesi ve uygulanması mümkün değildir⁴⁴⁷. Bu durum, 5237 sayılı TCK'nın 61/3. maddesinde *“Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz”* denilerek açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar kanun metninde sadece suçun unsuru olan hususların yeniden dikkate alınamayacağından bahsedilse de suçun

⁴⁴⁶ Yalkut, s. 328; Ünsal, s. 640.

⁴⁴⁷ Surlu, s. 681; Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 34; Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 361.

ağırlaştırıcı ya da hafifletici halini oluşturan nitelikli halleri de cezanın belirlenmesinde ayrıca takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacaktır⁴⁴⁸. Esasen buna engel olan husus genel norm-özel norm çatışmasında özel normun önceliği ilkesidir. Böylelikle bu tarz bir çatışmada özel norm ile işlem yapılacak ve genel norm niteliğinde kalacak olan takdiri indirim nedeni uygulanmayacaktır⁴⁴⁹.

Örneğin; suça konu malın değerinin azlığı, hırsızlık ve yağma suçları bakımından cezayı hafifleten bir nitelikli hal olarak kabul edildiği için ayrıca değer azlığı nedeniyle takdiren failin cezasında indirim yapılamayacaktır⁴⁵⁰. Yargıtay da bir kararında: “...silahla mukavemet suçunda failin, kendisini veya akrabasını kurtarmak maksadı varsa 765 sayılı TCK’nın 258/4. maddesine göre indirim yapılabileceği ve bu nedenin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip cezada indirim yapılamayacağını” belirtmiştir⁴⁵¹.

Kanuni ağırlaştırıcı sebeplere (cezayı ağırlaştıran nitelikli hallere) örnek olarak ise kan gütme saikiyle işlenen öldürme suçu gösterilebilir. 5237 sayılı TCK’nın 82/1-j maddesine göre; kasten öldürme suçlarının kan gütme saikiyle işlenmesi halinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Kan gütme saiki hukukumuzda ilk olarak 15/07/1953 tarihinde yayımlanan 6123 sayılı Kanun’la girmiştir. Zira kan gütme olaylarının önlenmesi amacı ile 765 sayılı TCK’nın 450. maddesine 10. bent eklenmiş ve cezası da idam olarak belirlenmiştir⁴⁵². Bu düzenlemeden önce ise, kan gütme saikiyle işlenen suçlar taammüden adam öldürme suçları kapsamında ele alınmaktaydı ve kan gütme ihtirası kişinin iradesini etkileyen, zayıflatan bir hal olarak takdiri indirim nedeni kabul edilebilmekteydi. Ancak bu saikle işlenen cinayetlerdeki artışı önlemek adına yapılan yasal düzenleme ile artık kan gütme ihtirası veya saiki, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip cezada indirim yapılamayacaktır⁴⁵³.

Yargıtay’a göre: “Kan gütme saiki ile işlenen suçlarda yasal indirimden, hatta bu gerekçe ile takdiri indirimden dahi söz edilemez. Kanun, kan gütmeyi özel bir

⁴⁴⁸ Öztürk ve Erdem, s. 494- 495.

⁴⁴⁹ İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 191; Üzülmüş, s. 231; Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 119.

⁴⁵⁰ Birtek, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s. 470.

⁴⁵¹ Yargıtay. 4. CD, T. 02/09/1953, E. 1953/6173, K. 1953/8145. Kararı nakleden Önder, s. 570.

⁴⁵² Leyla Çakıcı, “Kan Gütme Saiki İle İşlenen Adam Öldürme Suçu”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 1, 2005, s. 2.

⁴⁵³ Sulhi Dönmezer, “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki”, İÜHFD, C. 42, S. 1- 4, 1976, s. 11.

ağırlatıcı neden olarak kabul etmiş olduğundan artık bu halin ayrıca hafifletici bir sebep sayılması mümkün değildir. Babasının öldürülmesi nedeniyle maktulleri öldürmüş olması kan gütme saikinin varlığını göstermektedir. Böyle olunca bir bakıma unsur niteliğinde olan bir halin ayrıca indirici bir neden sayılması olanaksızdır". Bu sebeple kan gütme hali, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez⁴⁵⁴.

Suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul edilen bir hususun her ne kadar yukarıda örneklerle belirtildiği üzere ayrıca takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanması mümkün değilse de bu nitelikli hallerin varlığı ayrıca takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel değildir⁴⁵⁵. Örneğin; hırsızlık suçlarında değer azlığı nedeniyle suç işleyen failin cezasında bu yasal hafifletici neden ile indirim yapılabileceği gibi failin geçmişinde başkaca sabıkasının bulunmaması ve duruşmadaki olumlu tavırları ile de ayrıca hakkında takdiri indirim nedenleri uygulanabilecek ve cezasında takdiren indirim yapılabilecektir. Yine kan gütme saikiyle işlenen suçlarda sabıkasız geçmiş ya da cezanın fail üzerindeki olası etkileri gibi herhangi bir husus takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanabilir. Yeter ki kabul edilen bu husus, kan gütme saikiyle çelişmesin. Zira suç işleyen failin babasının, maktul tarafından daha önce öldürülmesi takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez. Çünkü bu hal, zaten suçun unsuru olarak kabul edilmiştir ve yeniden takdiri indirime konu olamaz⁴⁵⁶.

bb. Güvenlik Tedbirleri

Takdiri indirim nedenleri, cezanın kişiselleştirilmesi yöntemlerinden biridir. Bu yönüyle sadece cezalar bakımından uygulanması mümkün olup cezai bir nitelik taşımayan güvenlik tedbirlerinde uygulanması söz konusu olmayacaktır⁴⁵⁷. Gerek 765 sayılı TCK'da gerekse de 5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedeniyle yapılacak indirimin sadece cezalarda olabileceği kabul edilmekle cezai bir niteliği bulunmayan güvenlik tedbirlerinde takdiri indirim yapılması kabul edilmemiştir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Yargıtay 1. CD, T. 06/11/1986, E/K. 3092/3944. Kararı nakleden Çakıcı, s. 14.

⁴⁵⁵ Koca ve Üzülmüş, s. 698; İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 190.

⁴⁵⁶ Dönmezer, "İçtihatlarla Kan Gütme Saiki", s. 12; Çakıcı, s. 14.

⁴⁵⁷ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 483; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 243; Gözübüyük, s. 253.

⁴⁵⁸ Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 310; Surlu, s. 687; Çolak ve Altun, "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları", s. 11.

Nitekim bu hususla ilgili olarak Yargıtay: “Güvenlik tedbiri olan sürücü belgesinin geri alınması ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesine göre takdiri indirim hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi bozma sebebi oluşturmaktadır” diyerek güvenlik tedbirlerinde takdiri indirim yapılamayacağı belirtilmiştir⁴⁵⁹.

Durum bu şekilde olmakla birlikte geçmişte Yargıtay’ın bu konuda farklı kararları da mevcuttur. Zira Yargıtay: “Kanuni sebepler haricinde fail lehine cezayı azaltıcı takdiri sebeplerin varlığı halinde kanun, hâkime bazı cezaları değiştirme veya belli bir oran dâhilinde indirim yapma yetkisi vermekte olup somut olayda Kanun’un 191/2. maddesinde düzenlenen fer’i ceza bakımından da takdiri indirim yapılması gerekmekte iken, takdiri indirimin düzenlendiği 59. maddenin sadece aynı kanunun 11. maddesinde yazılı cezalarla sınırlandırılması suretiyle mutlak olan bir yetkisinin kullanılmaması yolsuzdur” diyerek 765 sayılı TCK’nın 191/2. maddesinde⁴⁶⁰ de takdiri indirim yapılabilirliğini kabul etmiştir. 765 sayılı TCK döneminde fer’i cezalarda da takdiren indirim yapılması mümkündür. Ancak 191/2. maddesi niteliği itibarıyla bir fer’i ceza olmaktan daha ziyade güvenlik tedbiri niteliğindedir. Yüksek Mahkeme, kararında fer’i cezada da takdiren indirim yapılması gerektiğini belirtse de bu durum aslında Yüksek Mahkeme’nin 765 sayılı TCK’nın 191/2 maddesini güvenlik tedbiri olarak değil fer’i ceza olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶¹. Bu kararıyla Yargıtay, gerçekte güvenlik tedbiri olan bir müessesede takdiren indirim yapılması gerektiğini belirtmekle bu konuda takdiri indirim nedenlerinin sadece cezalarda uygulanacağı kuralıyla çelişen bir uygulamaya yol açmıştır.

cc. Amme Hizmetlerinden Mahrumiyet Cezası

Yukarıda belirtildiği üzere 765 ve 5237 sayılı TCK’larda takdiren yapılacak indirimlerin sadece cezalarda uygulanması mümkün olup ceza dışında diğer müesseselerde uygulanması mümkün değildir. Takdiri indirime konu olabilecek cezalarda ise kanun koyucu herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu sebeple 765 sayılı TCK

⁴⁵⁹ Yargıtay 12. CD, T. 19/11/2012, E. 2012/11744, K. 2012/24389. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 248.

⁴⁶⁰ 15/04/1987 tarihli 3352 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi 765 sayılı TCK’nın 191/2. maddesi: “Eğer tehdit fiili yüz seksen sekizinci maddenin üçüncü fıkrasında gösterilen suretlerden biriyle yapılır ise failin göreceği hapis cezası altı aydan iki seneye kadardır ve buna bir sene müddetle emniyeti umumiye nezareti altında bulunmak cezası dahi tam ve ilave olunabilir”.

⁴⁶¹ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 363.

bakımından ceza niteliği taşıyan asli veya fer'i tüm cezalarda takdiren bu indirimin yapılması söz konusu olacaktır⁴⁶².

5237 sayılı TCK'da asli ve fer'i ceza ayrımı ortadan kalktığı için bu husus özellikle 765 sayılı TCK bakımından önem arz etmektedir. Günümüzde hala 765 sayılı TCK döneminde işlenen suçlardan dolayı yargılamaların sürdüğü dikkate alındığında bu hususun da belirtilmesinde fayda bulunmaktadır.

765 sayılı TCK döneminde uygulanan "*Hidematı Ammeden Memnuiyet*" cezası da niteliği itibariyle bir fer'i ceza niteliğindedir. Bu durumda kamu hizmetinden yasaklılık fer'i cezası için de takdiren indirim yapılması gerekmektedir. Ancak bu cezanın, suç işleyen failin alacağı hapis cezası miktarına göre tayin edilmesi ve bu cezada kanunen ne miktarda indirim yapılacağına gösterilmemesi nedeniyle takdiri indirime konu olması ve bu surette cezada takdiren indirim yapılması mümkün değildir⁴⁶³.

Kamu hizmetinden yasaklılık fer'i cezası, 765 sayılı TCK'nın 31. maddesinde "*Beş seneden fazla ağır hapse mahkûmiyet müebbeden ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkûmiyet hükmolunan cezaya müsavi bir müddetle, hidematı ammeden memnuiyeti müstelzimidir*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; müebbeden kamu hizmetinden yasaklılık hali beş seneden fazla ağır hapis cezalarında uygulanacak, süreli kamu hizmetinden yasaklılık ise üç seneden beş seneye kadar ağır hapis cezalarında uygulanacaktır. Kamu hizmetinden yasaklılık, her iki halde de alınacak cezaya göre belirlenecektir ve her ikisinde de yapılacak indirim miktarının gösterilmemesi nedeniyle takdiri indirime konu olması mümkün değildir⁴⁶⁴.

Bu konuda aksi görüşler öne sürülmekte ve özellikle müebbeden veya başka bir deyişle sürekli kamu hizmetinden yasaklılık halinin takdiri indirime konu olabilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim Erem: "*Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde ölüm cezasında dahi takdiri indirim nedeniyle indirim yapılmasını kabul etmesine rağmen amme hizmetlerinden müebbed memnuiyet cezasından indirim yapılmasını kabul etmemesi anlaşılamamaktadır*" diyerek bu konudaki eleştirel tavrını ortaya

⁴⁶² Surlu, s. 685; Güral, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2", s. 41.

⁴⁶³ Surlu, s. 686; Gözübüyük, s. 253.

⁴⁶⁴ Adil Sanal, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", AD, S. 9, Eylül 1965, s. 101; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), s. 310.

koymaktadır⁴⁶⁵. Benzer görüşte olan Taner de: *“Müebbeden amme hizmetlerinden memnuiyet cezasına gelince, her ne kadar madde metninde bahis yoksa da bu ceza, fer’i olduğu hallerde, zaten asli cezaya göre tespit edileceğinden (m. 31), bazı hallerde dolayısı ile indirilmek lazım gelir”* demektedir⁴⁶⁶. Yine Önder de takdiri indirim nedeniyle yapılacak indirimin asli cezada olduğu gibi memuriyetten sürekli olarak yoksun kılma cezasında da uygulanması gerektiği belirterek bu konuda Yargıtay’ın bir kararını örnek göstermektedir⁴⁶⁷. İtalyan Yargıtay’ı da bu konuda benzer düşünmekte ve takdiri hafifletici nedenin bulunması halinde sadece şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın değil amme hizmetlerinden memnuiyet cezasının da indirileceğini kabul etmektedir⁴⁶⁸.

Yargıtay da kamu hizmetinden sürekli yasaklılığa ilişkin fer’i cezalarda takdiri indirim yapılabileceğini kabul etmektedir. Nitekim yukarıda belirtilen kararda: *“TCK’nın 59. maddesi ile asli cezadan yapılan indirim, memurluktan sürekli olarak yoksun kılma cezasına da uygulanması gerekir”* denilmektedir⁴⁶⁹. Yine Yargıtay’a göre: *“TCK’nın 59. maddesi, memurluktan yoksun kılınma cezasında da uygulanmalıdır”*⁴⁷⁰. Bununla birlikte Yargıtay CGK, süreli kamu hizmetinden yasaklılık hallerinde takdiren indirim yapılamayacağını belirtmiştir. Bu durumda süreli kamu hizmetinden yasaklılık hali Yargıtay CGK kararına göre takdiri indirime konu yapılamayacaktır⁴⁷¹.

5237 sayılı TCK bakımından ise, yukarıda belirtildiği üzere asli ceza-fer’i ceza ayrımının ortadan kalkması ve kamu hizmetinden yasaklılık halinin 53. maddede güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi ve güvenlik tedbirlerinin de niteliği itibariyle takdiri indirime konu olamaması gözetildiğinde bu konuda herhangi bir sorun bulunmamaktadır⁴⁷².

⁴⁶⁵ Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 200- 201.

⁴⁶⁶ Şimşek, s. 125.

⁴⁶⁷ Yargıtay 5. CD, T. 08/12/1982, E. 1982/4412, K. 1982/4605. Kararı nakleden Önder, s. 571.

⁴⁶⁸ Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 199.

⁴⁶⁹ Yargıtay 5. CD, T. 08/12/1982, E. 1982/4412, K. 1982/4605. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 204.

⁴⁷⁰ Yargıtay 4. CD, T. 03/07/1995, E/K. 853/5042. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 204.

⁴⁷¹ Yargıtay CGK, T. 21/04/1998, E/K. 1-13/132. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 204.

⁴⁷² Şimşek, s. 125- 126.

dd. Disiplin Hapsi, Nispi Para Cezaları ve Tazminatlar

Takdiri indirim nedenleri, daha önce belirtildiği üzere sadece cezalarda uygulama alanı bulabilmektedir. Ceza niteliği taşıdığı sürece asli veya fer'i ceza olduğuna bakılmaksızın tüm cezalarda uygulanmaktadır. Ancak cezai bir nitelik taşımayan disiplin hapsi ile nispi para cezaları ve ayrıca tazmini nitelikteki para cezalarında ise takdiri indirim yapılması mümkün değildir⁴⁷³. Çünkü disiplin hapisleri, özgürlüğü bağlayıcı hapis cezası değildir ve niteliği gereği takdiri indirime uygun değildir. Bunun yanında tazminat niteliğindeki para cezaları ve nispi para cezaları ise, niteliği itibariyle kişiler hukukuna ilişkin bir alacak mahiyetindedir. Bu cezaların infazı ancak ilgili idareler tarafından yapılmakta⁴⁷⁴ ve hatta bazen ilgili idarelere bu konuda alacaktan vazgeçme yetkisi dahi verilmektedir. Bu nedenlerle bu cezalarda takdiri indirim yapılması müessesenin niteliğine uygun düşmemektedir⁴⁷⁵. Bu görüşe paralel olarak Yargıtay da: *“Tazmini para cezalarında yaş küçüklüğü ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi bozma sebebidir”* diyerek tazminat niteliğindeki para cezalarında takdiren indirim yapılmasını kabul etmemiştir⁴⁷⁶.

Her ne kadar durum bu şekilde olsa da Yargıtay'ın bu konuda daha önceki dönemlerde farklı kararları da mevcuttur. Nitekim aksi yöndeki bir kararında: *“Sanığın tazmini nitelikteki para cezasını ödemekten aczi halinde, çevrilecek hürriyeti bağlayıcı ceza miktarının karar yerinde gösterilmesi zorunludur”* diyerek tazmini nitelikte para cezalarının ödenmemesi durumunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanabileceği kabul

⁴⁷³ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 844; İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 192; Önder, s. 571.

⁴⁷⁴ 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 29/8/1956 tarihli 6829/1. maddesi ile değişik 56. maddesi: *“Kaçakçılıktan dolayı gerek bu Kanuna ve gerekse hususi kanunlara göre hükmolunan para cezalarına ait ilam Cumhuriyet Müddeiummiliği tarafından resen alakalı idarelere verilir. Bu ilamlarda gümrük komisyonlarınca verilip katileşen kararların taalluk ettikleri para cezalarını ödemeleri bu idarelerce Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanununa göre çıkarılacak bir ödeme emri ile mahkûma tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren 15 gün zarfında para ödenmediği takdirde, aynı Kanunun hükümleri dairesinde mahkûmun mallarına müracaatla infazı yoluna gidilir. Mahkûmun haczi ve satılması caiz malları bulunmaz veya bu suretle aczi tahakkuk ederse ve bu para cezası alakalı idarece aynı kanunlara göre tescil edilmezse ilam hapse çevrilip infaz edilmek üzere Cumhuriyet Müddeiummiliğine iade olunur”*.

⁴⁷⁵ Sanal, s. 1016- 1017.

⁴⁷⁶ Yargıtay 7. CD, T. 21/06/2010, E. 2008/18304, K. 2010/9337. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 303.

edilmiş, ancak bunun için ödenmeyen adli para cezası karşılığı uygulanacak hapis cezası miktarının hükümde gösterilmesi gerekecektir⁴⁷⁷.

Yargıtay'ın aksi yöndeki bu içtihadının kabul edilmesi halinde ise bu durum sadece tazmin niteliğindeki para cezaları için değil özellikle kanunda hem hapis cezasının hem de tazmin niteliğindeki para cezasının birlikte düzenlendiği hallerde de önem arz edecektir. Bu içtihat doğrultusunda yapılacak uygulamada yalnız hapis cezasında takdiren indirim yapılabilecek, para cezası ise ödenmediği takdirde hapse çevrilirken takdiri indirime konu olabilecektir. Özellikle mülga 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkındaki Kanun'da hem hapis hem de tazminat kabilinden para cezası öngörüldüğünden bu Kanun doğrultusunda hükmedilecek cezada takdiri indirim yapılacaksa bu şekilde uygulama yapılması gerekecektir. Bunun yanında hükmolunan tazmini para cezasının ödenmesinde acze düşülmesi halinde hapse çevirme işlemi yapılırsa o tarihte yürürlükte olan yeniden değerlendirme oranına göre infaz sırasında hesaplama yapılması gerektiği gözetilmelidir. Bu hesaplama yapıldığı sırada hapis cezası için belirlenen indirim oranının hapse çevrilen para cezasında da aynı şekilde uygulanması ve bu durumun hükümde belirtilmesi gerekmektedir. Bu şekilde uygulama yapılmaksızın çevrili hapis süresinin gösterilmiş olması infazı sınırlandıran bir hüküm haline gelecektir⁴⁷⁸.

Tazmini nitelikteki para cezalarında⁴⁷⁹ olduğu gibi nispi para cezalarında da Yargıtay, aynı uygulamayı kabul etmektedir. Yargıtay'a göre: "*Nispi para cezaları 59. madde ile tenzilatı tabi değildir. Ancak hapse çevrilmesi halinde tenzilat yapılır*". Bu

⁴⁷⁷ Yargıtay 7. CD, T. 07/01/1976, E/K. 408/374. Kararı nakleden Yerli, "Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme", s. 203; Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 201.

⁴⁷⁸ Yerli, "Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme", s. 203.

⁴⁷⁹ Tazmini nitelikte para cezalarının uygulamasını oluşturan 1918 ve 4926 sayılı Kanun'lar yürürlükte olmadığı için günümüzde tazmini nitelikte para cezası bulunmamaktadır. Ancak 5275 sayılı CGTİHK'nın 106. maddesinde adli para cezalarının infazı düzenlenmektedir. Ödenmeyen adli para cezası, önceden doğrudan hapse çevrilmekte iken mevcut düzenlemede kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilmektedir. Eğer kamuya yararlı işte çalışmaz ise hükümlünün cezası hapse çevrilerek açık ceza infaz kurumunda infaz edilir. Bu şekilde infaz edilen hapis cezası, tazyik hapsi niteliğindedir ve zorlama amacı taşır. Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır. Bu şekilde infaz edilen adli para cezaları da tazmini nitelikteki adli para cezaları ile benzerlik göstermektedir.

kararda, nispi para cezalarının da ancak hapse çevrilmesi halinde takdiri indirime konu olabileceği açıkça belirtilmiştir⁴⁸⁰.

Yargıtay'ın tazmini ve nispi nitelikteki para cezalarına ilişkin bu tutumunu kabul etmeyen ve eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Erem; tazmini ve nispi nitelikteki para cezalarının ancak hapse çevrilmesi halinde takdiri indirime konu olabileceği şeklindeki sınırlamayı kabul etmemektedir. Çünkü nispi ve tazmini nitelikteki para cezalarının ancak hapse çevrilmesi durumunda takdiri indirime konu olabilecekken aksi durumda takdiri indirimin uygulanamamasının sebebinin açıklanamayacağını belirtmektedir. Ayrıca bu para cezalarının sadece aşağı ve yukarı sınırlarının bulunmadığını, bu husus dışında diğer para cezalarından bir farkının olmadığını, hapse çevrilmeseler dahi takdiri indirime konu olması gerektiğini savunmaktadır⁴⁸¹.

Tazmini ve nispi nitelikteki para cezalarında takdiri indirim nedeninin ancak paraya çevrilmesi halinde uygulanabileceğine ilişkin içtihatlar terk edilmiş ve yukarıda belirtildiği üzere tazmini ya da nispi para cezalarında takdiri indirim yapılması artık bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. Hatta bu hususta Yargıtay CGK'nın bir kararı önem arz etmektedir. Bilindiği üzere nispi para cezası sistemini esas alan 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK'da gün para cezası sistemi kabul edilmiştir. Bu nedenle artık para cezaları alt ve üst sınır arasında belirlenen tam gün sayısının, suç işleyen failin sosyal ve ekonomik durumuna göre 20 ve 100 TL arasında takdir edilecek bir miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanacaktır. 5237 sayılı TCK'da bu konudaki tek istisna ise nitelikli dolandırıcılık suçunda kabul edilen nispi para cezası uygulamasıdır⁴⁸². Zira 5237 sayılı TCK'nın 158/1-2. cümlesinde nitelikli dolandırıcılığın belli hallerinde hükmedilecek adli para cezasının suçtan elde edilen menfaatin iki katından daha az olamayacağı düzenlenmiştir⁴⁸³. Bu durumda adli para cezasının nasıl belirleneceği konusunda çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay Cumhuriyet

⁴⁸⁰ Yargıtay 3. CD, T. 06/03/1948, E/K. 1974/2200. Kararı nakleden Gözübüyük, s. 255; Güral, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2", s. 41.

⁴⁸¹ Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", s. 362.

⁴⁸² Nispi para cezaları, üst sınırının belli olmaması ve hâkimin takdir yetkisinin bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Koca ve Üzülmüş, s. 617.

⁴⁸³ 5237 sayılı TCK madde 158: "(1) Dolandırıcılık suçunun; İşlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/19 md.; Değişik: 3/4/2013-6456/40 md.) Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hâllerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz".

Başsavcılığı'na takdiri indirimin, haksız menfaatin iki katına çıkarılan sonuç ceza üzerinden yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Her ne kadar Yargıtay CGK, değişik gerekçeyle itirazın kabulüne karar verse de Başsavcılığın bu yöndeki itirazını kabul etmeyerek yine nispi para cezasında takdiren indirimine gitmemiştir. Kararın son kısmında: *“Bu durum karşısında 5377 sayılı Kanun’un 19. maddesinin gerekçesi de göz önüne alınarak, dolandırıcılık suçundan adli para cezasına karar verilirken, TCK’nın 158. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hükmolunan gün karşılığı para cezası, şartların varlığı halinde takdiri indirim uygulaması da yapıldıktan sonra aynı kanunun 52. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilecek, ulaşılan cezanın suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olması durumunda adli para cezası, anılan kanunun 158. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca suçtan elde edilen menfaatin iki katına çıkarılacaktır”* denilerek takdiri indirimin gün para cezası üzerinden yapılması öngörülmüş ve nispi para cezası olarak uygulanacak miktardan takdiren indirim yapılamayacağı belirtilmiştir⁴⁸⁴.

ee. Doğrudan veya Dolaylı Yasal Düzenlemelerden Kaynaklı Engeller

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel olan haller, bazı durumlarda yasal düzenlemelerden de kaynaklanabilir. Bu engelleme, takdiri indirim nedenlerinin uygulanamayacağının açıkça yasal düzenlemelerde belirtilmesi halinde doğrudan olmaktadır. Bazı hallerde ise takdiri indirim nedenlerinin uygulanamayacağı konusunda doğrudan açık yasal bir düzenleme bulunmasa da işlenen suçun ağırlığı ve önemi bakımından yorumla bu sonuca ulaşılabilmektedir.

İlk hususta daha önce belirtildiği gibi 14/11/1980 tarihli 2342 sayılı Kanunla 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 17. maddesinin 2. fıkrasına getirilen ek düzenleme örnek gösterilebilir. Zira maddede: *“Sanık hakkında, duruşmadaki iyi hali sebebine dayanılarak Türk Ceza Kanunu’nun 59. maddesi hükmü uygulanamaz”* denilerek açıkça Sıkıyönetim Kanunu’na tabi olan ve Sıkıyönetim Mahkemeleri’nce verilen kararlarda duruşmadaki iyi hali sebebine dayanılarak cezada takdiren indirim yapılması yasaklanmıştır⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Yargıtay CGK, T. 12/02/2013, E. 2012/15-1364, K. 2013/51. Kararı nakleden Artuç ve Hırslı, s. 211-220; Hakeri, s. 686.

⁴⁸⁵ Bkz. dn. 21- 22.

Takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasının yasal düzenleme ile doğrudan engellendiği bir diğer durum ise “4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”⁴⁸⁶ ile kabul edilen düzenlemedir. Zira bu düzenleme ile 765 sayılı TCK, 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nda yer alan idam cezaları kaldırılarak müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. Bu dönüşüm yapılırken de başta takdiri indirim nedenleri olmak üzere bazı hükümlerin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Nitekim takdiri indirim nedenleri, haksız tahrik ve diğer müesseseler, uygulama yapılırken idam cezası varmış gibi uygulanacaktır. Bu durumda idam cezasına mahkûm olan bir kimse için somut olayda takdiri indirim nedeni varsa uygulanmayacak, idam cezası uygulanacak gibi işlem yapılacaktır ve bu ceza zaten yasal olarak müebbet ağır hapse çevrilecektir⁴⁸⁷.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının dolaylı olarak engellendiği haller ise işlenen suçun ağırlığı ve önemi nedeniyle kanun koyucunun takdiri indirim yapılmasını istemediğinin ve bu amaçla hareket ettiğinin yasal düzenlemenin içeriğinden açıkça anlaşılması durumudur. Zira bazı yasal düzenlemeler doğrudan takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını yasaklamamakta, ancak diğer yasal düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanma imkânı kalmamaktadır. Bu konuda da mülga 1918 sayılı Kanun’un 6829 sayılı Kanun’la değişik 40. maddesi⁴⁸⁸ örnek gösterilebilir. Zira maddede “Bu kanuna göre 6 ay veya daha yukarı hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûmiyet halinde sürgün cezası verilebileceği” düzenlenmiştir. Bu durumda kaçakçılık eyleminin karşılığı olan hapis cezasının belirlenmesi bakımından 765 sayılı TCK’nın 29. maddesi dikkate alınacak,

⁴⁸⁶ Madde 1 — “A) Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hâllerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 07/01/1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31/08/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.

Şu kadar ki,

a) Türk Ceza Kanununun 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 102, 112, 451, 452, 462 ve 463. maddeleri ile 07/11/1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 12. maddesinin idam cezasına ilişkin hükümleri,

b) Türk Ceza Kanununun 17. maddesi ile 13/07/1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 ve Ek 2. maddelerinin TBMM tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri saklıdır”.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/08/20020809.htm#1> (Erişim Tarihi: 23/03/2019)

⁴⁸⁷ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 237- 238; Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 202.

⁴⁸⁸ 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 38. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle 40. maddenin de uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

29. maddeye göre yasal artırım ve indirimlerden sonra ortaya çıkan ceza miktarı 6 ay veya daha fazla süreli olursa sürgün cezası uygulanacaktır. Sürgün cezasının uygulanmasıyla artık bu eylem nedeniyle tespit edilen 6 ay ve daha uzun süreli cezada takdiri indirimin dikkate alınamayacağı bir durum ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁹.



⁴⁸⁹ Sanal, s. 1017.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGISAL DENETİM, ELEŞTİRİLER, BELİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN TOPLUMSAL BAKIŞ VE YASAL DÜZENLEMELER

ŞI. GENEL AÇIKLAMALAR

Takdiri indirim nedenlerinin, adından da anlaşılacağı üzere özelliklerinden biri de takdiri bir niteliğe sahip olmasıdır. Bu nedenle somut bir olayda uygulanıp uygulanamayacağı hâkimin takdirindedir. Ancak takdiri indirim nedenlerinin bu niteliği bazı sorunlara da yol açabilmektedir. Zira takdir yetkisinin sınırının ne olduğu, denetime tabi olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bunun yanında takdiri bir niteliğe sahip olması hâkimler arasında yorum ve uygulama farklılıklarına da neden olabilmektedir. Bu farklılıklardan kaynaklı olarak uygulamada sıkıntılar doğmakta, adaletin sağlanması mümkün olmadığı gibi yapılan farklı uygulamalar eleştiri konusu olmaktadır. Bunun sonucunda ise toplumun adalete olan inancı sarsılmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde de bu hususlara değinilmeye çalışılacaktır. Öncelikle hâkimlere tanınan takdir yetkisinin ne olduğu, bu yetkinin nasıl ve hangi şartlarda kullanılabileceği ve yetkiye dayanılarak verilen kararların denetime tabi olup olmadığı ortaya konulacaktır. Sonrasında ise takdiri bir nitelik taşıyan takdiri indirim nedenleri bakımından bu uygulamaların nasıl yapıldığı ortaya koyulacaktır. Ayrıca son kısımda bu müessesenin niteliğine ve uygulamasına ilişkin olarak yapılan eleştiriler alt başlıklar halinde anlatılacaktır.

ŞII. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN YARGISAL DENETİM

Takdiri indirim nedenleri bakımından belirtilmesi gereken ve önem arz eden bir husus da yapılacak uygulamanın denetimi meselesidir. Zira takdiri indirim

nedenlerinin; şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, uygulanması veya aksi yöndeki kararın makul ve yerinde olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Ancak bu denetimin yapılması beraberinde tartışmalara da yol açmakta ve bu denetimin, takdiri bir nitelik taşıyan bu müessesenin varlığına ters olduğu da iddia edilmektedir. Her ne kadar bu tartışmalar olsa da kanun yolu mercilerince bu denetimin yoğun bir şekilde yapıldığı da göze çarpmaktadır. Bu bakımdan bu konuda yaşanan tartışmaların ve hâlihazırda yapılan denetimin ne şekilde olduğunun ortaya koyulması gerekmektedir. Ancak bu konuya geçmeden önce takdiri indirim nedenlerinin niteliği itibariyle takdiri özelliği ve mahkemelerin takdir hakkı ve ayrıca denetime esas alınan kararlardaki gerekçe hususlarına da değinmek gerekecektir.

A. Takdir Yetkisi ve Denetimi

Günlük yaşamda karşımıza çıkacak olaylar oldukça değişik ve sınırsız olabilmektedir. Bütün bu olayların karmaşıklığı nedeniyle yasa koyucunun bunu düşünerek yasal düzenleme yapması beklenemez. Bu durumdan hareketle ancak genel ve soyut nitelikte kurallar konulmakta ve bu kuralların somut olaya uygulanması ise hâkime bırakılmaktadır. Ayrıca hayatın gelişen ve değişen ihtiyaçları karşısında mevcut yasal düzenlemeler yetersiz kalmakta, ihtiyaçlara cevap verememektedir. İşte bu nedenle yasa koyucu, hâkimlere takdir yetkisi vermekle bu konuda yaşanabilecek aksaklıkları ortadan kaldırmayı düşünmektedir.

Hâkimlere tanınan bu takdir yetkisi sınırsız değildir veya keyfilik anlamına gelmemektedir. Hâkim, bu takdir yetkisini ancak yasa tarafından kendisine tanınması halinde kullanabilir. Yasanın imkân tanımadığı bir durumda hâkimin takdir yetkisinden bahsedilemez. Ayrıca sadece yasanın bu yetkiyi tanıması yeterli olmayıp hâkimin bu yetkiyi yine yasa tarafından çizilen sınırlara uygun olarak kullanması da gerekmektedir. Takdir yetkisinin, yasaların belirlediği esasa ve yasanın getirilişindeki gayeye uygun olarak kullanılması gerekmektedir⁴⁹⁰.

Takdir yetkisine sahip olan hâkim, bu yetkiyi kullanırken yukarıda belirtilen genel kurallara uymak zorunda olduğu gibi belli ilkelere de uygun hareket etmek zorundadır. Her şeyden önce takdir yetkisine sahip olana hâkim önyargılarından

⁴⁹⁰ Abdullah Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak ve Nisfet”, YD, C. 19, S. 3, Temmuz 1993, s. 216- 218.

kurtulmak zorundadır. Takdir yetkisini; kişisel eğilim, heves ve isteklerine göre değil somut olayın gereklerini dikkate alarak kullanmalıdır. Bunun yanında hâkim, taraflar arasındaki menfaat dengesini de sağlamalıdır. Bu dengeyi de tarafların menfaatlerinden hangisinin korunmaya değer olduğunu araştırarak bulacak, bu konuda toplumun sosyal, ekonomik ve psişik durumu ile tarafların gerçek durumlarını dikkate alacaktır⁴⁹¹.

Bazı yazarlara göre; takdir yetkisinin denetlenmesi mümkün değildir⁴⁹². Ancak bugün genel olarak kabul edilen görüşe göre takdir yetkisi denetime tabidir. Özellikle yetki aşımı, yetki saptırması ve takdir yetkisinin kullanımında gerekçenin bulunmaması halinde bu denetimin varlığı ve gerekliliği kabul edilmektedir. Yetki aşımı halinde hâkime yasal olarak takdir yetkisi ve imkânı verilmemiş olmasına rağmen somut olayda hâkim takdir yetkisini kullanmaktadır.

Yetki saptırması olarak nitelendireceğimiz durumlar ise hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini getiriliş amacına aykırı kullanmasıdır. Zira kanun koyucu takdir yetkisini hâkime tanıyarak ondan bir konuda çözüm getirmesini istemektedir. Getiriliş amacına aykırı hareket edildiğinde ise bu durum takdir yetkisinin mahiyetiyle bağdaşmamaktadır.

Son olarak ise takdir yetkisini kullanan hâkim, bu yetkinin kullanımına ilişkin yasal dayanakları göstermeli ve bulduğu çözümün hakkaniyete uygun olup olmadığını gerekçelendirmelidir. Aksi halde hâkimin keyfî olarak hareket etmesi, verdiği kararın tarafların vicdanında tatmin edici olmaması ve kararın içeriğinin sorgulanması gibi olumsuz sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu sakıncaların bertaraf edilmesi bakımından da takdir yetkisinin denetimi kabul edilmektedir⁴⁹³.

Zikrolunan bu denetim yapılırken oldukça dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira verilen hükümlerin sadece hukuka aykırı -bir hukuk kuralının yanlış veya eksik uygulanması veya hiç uygulanmaması- olup olmadığını incelemekle görevli olan üst yargı merci Yargıtay'ın, incelemesini sadece bu kapsamla sınırlı tutması ve bizzat takdir yetkisi sahibi hâkimin yerine geçerek karar vermemesi gerekmektedir. Ortada ihlal edilmiş bir kanun yoksa ve hâkim, kendisini çevreleyen hukuk kaidelerinden hiçbirini

⁴⁹¹ Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, s. 178- 181.

⁴⁹² Akmanlar, s. 17; Surlu, s. 681- 682.

⁴⁹³ Edis, s. 192- 193.

ihlal etmeyerek belirli bir olay üzerinde kendi görüşlerine göre durumu serbestçe takdir ederek davranmış ve gereken tedbirleri almışsa (yani hâkim takdir yetkisine göre davranmışsa) bu durumda Yargıtay'ın bu takdir yetkisine müdahale etmemesi gerekir. Aksi halde kendi takdirini dayatmış olacaktır. Nitekim Yargıtay, bu konudaki denetimini genişleterek sadece hukuki denetim yapmakla yetinmemiş ve içerik bakımından da takdir yetkisini denetleyerek kararları bozmuştur. Bu durum Yargıtay'ın istinaf mahkemelerinin olmayışından ve onlar yerine geçerek vakıa incelemesi de yapmasından kaynaklanmıştır⁴⁹⁴. Oysa doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince delillere doğrudan ulaşmayan, delil toplama yetkisi bulunmayan ve sadece dosya üzerinden denetim yapan Yargıtay'ın suçun sübutu ve maddi deliller yönünden ilk derece mahkemesi kararını denetlemesi doğru değildir. Yargıtay sübut konusunda kanunların doğru uygulanıp uygulanmadığını, sübut konusundaki kanaatin yeterince gerekçeli karara yansıtılıp yansıtılmadığını, delillerin tartışılıp tartışılmadığını, delillerin değerlendirilmesinde ve takdirinde hukuk kurallarına, akıl ve mantık kurallarına ve yaşam tecrübelerine uygun davranılıp davranılmadığını denetlemelidir. Ancak maddi vakıanın ispatı hakkında bir değerlendirme yapmamalı, inceleme yaptığı hususlar bakımından çelişki ya da eksiklik görürse kararı bozup ilk derece mahkemesine göndermelidir⁴⁹⁵. Kaldı ki, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ile birlikte artık bu konuda Yargıtay'ın sadece hukuki denetim yapması gerekecek, takdir yetkisinin yerinde olup olmadığı hususu vakıa incelemesi de yapacak olan istinaf mahkemelerince denetlenecektir.

Kanun yolu merciince yapılan denetim sonucu ilk derece mahkemelerince bu denetime uyulması hukuki eşitliği ve hukuk birliğini sağlasa ve mahkeme kararlarındaki çelişkiyi giderse de başka bir tehlikeli sonuca da yol açabilecektir. Zira aksi bir durum takdir yetkisinin niteliği ile bağdaşmayacak, bu durum adalet duygusunu incitebileceği gibi hak ve nısfete uygun bir karar verilmesine de engel olacaktır⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 1- 3, 1995, s. 151- 152.

⁴⁹⁵ Birtok, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, s. 575- 577.

⁴⁹⁶ Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi", s. 154- 155.

B. Gerekçe Sorunu

Mahkeme kararlarının yerinde ve hukuka uygun olup olmadığını anlayabilmek için o karara nasıl ulaşıldığını, hangi esaslara dayanıldığını görmek ve anlayabilmek gerekir. Bunun için de verilen kararın doyurucu ve ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulması yani kısacası gerekçesinin anlatılması gerekmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunlu bir unsurdur. Kararların gerekçeli oluşu, eski deyimiyle esbab-ı mucibe Türk Hukuku'na ilk olarak 1961 Anayasası'yla girmiş ve her türlü kararın gerekçeli olarak yazılacağı vurgulanmıştır. 27 Mayıs 1960 Darbesi'nden sonra oluşturulan İlim Komisyonu'nun hazırladığı taslakta *“her türlü kararın gerekçeli verileceği”* belirtilmiş, ancak bu durum uygulamada sıkıntılara neden olacağı düşüncesiyle *“gerekçeli olarak yazılacağı”* şeklinde değiştirilerek kabul edilmiştir⁴⁹⁷. Mevcut Anayasamızın 141/3. maddesinde de *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”* denilerek yine gerekçeyi mahkeme kararları için zorunlu bir unsur olarak kabul etmiştir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, aynı zamanda adil yargılanma ilkesinin de bir gereğidir. Her ne kadar mahkeme kararlarının gerekçeli oluşu adil yargılanma ilkesini düzenleyen AİHS'nin 6. maddesinde açıkça sayılmasa da bu, kararların gerekçesiz olacağı anlamına gelmeyecektir. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinde *“hakkaniyete uygun yargılanma hakkından”* bahsedilmektedir. AİHM, hakkaniyete uygun yargılama hakkı kapsamında 6. maddede belirtilmese dahi adil yargılanma hakkının zımni gerekleri sayılabilecek bazı unsurları tespit etmiştir. Bu hakkın zımni gereklerinden biri de mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralıdır⁴⁹⁸. Ancak AİHM yargılamaya ilişkin bütün hususlara ve sorulara gerekçede ayrıntılı olarak yer verilmesini aramamaktadır. Gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların *“esasa ilişkin”* savlarına cevap verilmemesi, hukuki ve mantıki yönden yetersiz gerekçenin bulunması, gerekçenin yasal dayanaktan yoksun olması ve savunmanın anlamsız kılınması hallerinde adil yargılanma ilkesi bakımından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir⁴⁹⁹. Ancak AİHM, bireysel başvurular yönünden ise temyiz mahkemesi durumuna gelmemek için gerekçeli karar denetimi yapmamaktadır. Bunun

⁴⁹⁷ Tahsin Türkçapar, “Mahkeme Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu Ve Takdir”, YD, C. 3, S. 3- 4, Temmuz-Ekim 1977, s. 255- 256.

⁴⁹⁸ Hüseyin Turan, “Adil Yargılanma Hakkının Bir unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekçe”, YD, C. 31, S. 3, Temmuz 2005, s. 398- 399.

⁴⁹⁹ Birtok, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, s. 539.

istisnası ise, gerekçede açıkça keyfilik bulunması ve makul olmayacak şekilde kararda gerekçenin bulunmaması halleridir⁵⁰⁰.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının pek çok nedeni ve faydası bulunmaktadır. Her şeyden önce mahkeme kararlarının gerekçeli oluşu aynı zamanda hâkim için etik bir yükümlülüktür. Tarafların kendileri hakkında verilen kararın nedenlerini bilme isteği, gücünü öncelikle ahlaki değer yargılarından alır ki hâkim de etik olarak bu bilgiyi verme yükümlülüğündedir. Ayrıca hâkimler, kararlarında hata yapabilir ya da keyfi hareket edebilir. Oysa kararların gerekçeli oluşu aynı zamanda karar veren hâkimi daha dikkatli davranmaya zorlayacak ve keyfi hareket etmesini engelleyecektir ki gerekçe, bu bakımdan taraflara hukuki güvence de sağlayacaktır. Gerekçe ile verilen kararın denetimi de kolaylaşacak, üst yargı organlarınca daha sağlıklı değerlendirme ve inceleme yapılacaktır⁵⁰¹. Gerekçe ile verilen kararın hangi yasal ve hukuki nedenlere dayanıldığı anlatılacak, tarafların adaletin tecelli ettiği konusundaki kanaati güçlenecek ve yargıya olan güvenleri ile verilen karardaki tatmin duyguları artacak, hâkimlerin ve mahkemelerin tarafsızlığına dolaylı olarak katkı sağlayarak adil bir yargılama yapıldığını ve doğru bir karar verildiğini gösterecektir⁵⁰². Tanör ve Yüzbaşıoğlu da bu açıklamalara paralel bir şekilde gerekçenin bu faydalarını kabul etmekte ve gerekçenin üç temel işlevi olduğunu belirtmektedirler. Bu işlevler: *“Keyfiliği önleme, tarafları tatmin ve kararı temyiz edecek taraflar için kanun yolu denetimine dayanak olmadır”*⁵⁰³.

C. Takdiri İndirim Nedenleri Bakımından Takdir Yetkisi ve Gerekçe

Takdir yetkisinden ve gerekçeden yukarıda genel hatlarıyla bahsedilmiş olup bu hususların takdiri indirim nedenleri bakımından nasıl uygulandığını da ortaya koymak gerekecektir. Zira takdiri indirim nedenlerinin özelliklerinden bahsederken adından da anlaşılacağı üzere onun takdiri bir nitelik taşıdığını, bu konuda uygulama yapma veya yapmama bakımından hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştik.

⁵⁰⁰ Birtek, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, s. 539- 540.

⁵⁰¹ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, TBBD, S. 48, 2003, s. 111- 112; Zafer, s. 551.

⁵⁰² Turan, s. 413.

⁵⁰³ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), 4. Baskı, İstanbul 2002, s. 457.

Ancak takdiri özelliği nedeniyle bu hakkın kullanımında uygulayıcı olan hâkim serbest olsa da bu serbestliğin keyfilik anlamına gelmeyeceği de aşîkârdır.

Bilindiği üzere cezai anlamda takdir yetkisi, modern kanunların olmadığı dönemde mutlak bir nitelik taşımaktaydı. Uygulayıcı olan hâkim olayın niteliğine ve emsale göre, hatta keyfî olarak da cezaları tayin edebilmekteydi. Bunun sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda sabit cezalar sistemi kabul edilmişti. Ancak bu durum da hâkimi, kanunun otomatik bir uygulayıcısı haline getirmesi nedeniyle eleştirilmiş ve ilk kez 1810 tarihli Yasa ile alt ve üst sınırları bulunan cezalar getirilmiş ve hâkime de sınırlı da olsa belli konularda cezada indirim yapma yetkisi verilmişti. Ancak 1824 tarihli Yasa ile bu hak genişletilmiş ve en son olarak ise 1832 sayılı Yasa ile cinayet, cünha ve kabahat suçlarında cezayı azaltıcı takdiri nedenler kabul edilmişti. Fransız Ceza Hukuku'ndaki gelişim süreci ile bağlantılı olarak diğer modern dünya mevzuatında da cezayı azaltıcı takdiri indirim nedenleri kabul edilerek yaygınlaştı ve takdiri indirim nedenleri müessesesi bu şekilde ortaya çıktı⁵⁰⁴.

Bu durumdan hareketle cezai anlamda takdir yetkisi, alt ve üst sınırlar arasında cezayı belirleyebilme ve şartları varsa somut olaya göre suç işleyen failin cezasında indirim yapabilme yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Günlük yaşamda karşılaşılabilecek olayların karmaşıklığı ve kanun koyucunun bütün bu durumları öngörmesinin imkânsızlığı sonucu olarak ortaya çıkan genel ve soyut nitelikteki kuralların somut olaya uygulanması ve bu şekilde tespit edilecek cezanın failin durumuna uydurulması yani ferdileştirilmesi takdiri indirim nedenlerinin kabul edilmesindeki temel amaçtır.

Soyut cezayı somut olayın özelliklerine göre uyarlayıp cezayı tespit eden hâkimin, sonrasında tespit ettiği bu cezayı failin durumuna uyarlaması ve cezayı kişiselleştirmesi gerekecektir. Cezayı kişiselleştirme yöntemlerinden biri de takdiri indirim müessesesidir. Uygulayıcı olan hâkim bu kişiselleştirmeyi yaparken takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir, sadece takdiri indirimi uygulayıp uygulamama bakımından değil aynı zamanda takdiri indirimin içeriğini belirleyebilme şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde serbest takdir sisteminin bir gereği olarak

⁵⁰⁴ Ünsal, s. 627- 628.

hangi hallerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanacağı konusunda hâkime bir sınırlama getirilmemiştir. 5237 sayılı TCK’da ise birtakım unsurlar örnek olarak sayılsa da “*gibi*” denilmek suretiyle başkaca hususlar da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanacaktır. Bu konuda hâkime serbestlik tanınsa da bu serbestlik keyfilik anlamına gelmeyecektir. Her şeyden önce takdir yetkisinin kullanımı konusunda daha önce belirtildiği üzere işin doğasından veya yasal düzenlemelerden kaynaklı birtakım sınırlamalar bulunmaktadır. Örneğin yasal bir indirim nedeninin, takdiri indirim olarak kabul edilip uygulanması mümkün değildir. Yine hâkimin, somut olayda bir unsuru takdiri indirim sebebi olarak kabul edip uygulamasının ya da aksi yöndeki davranışının da somut olayın şartlarına, niteliğine uygun düşmesi, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu durum da yapılan uygulamanın yerinde olup olmadığının tespiti için kanun yolu mercilerinin denetimine yol açmaktadır.

Takdiri indirim nedenlerin uygulanması konusunda hâkime tanınan yetkinin keyfilik anlamına gelmemesi, bu yetkinin kullanımında gerekçesinin ortaya koyulması ile ortaya çıkacaktır. Nitekim Erem de bu görüşe paralel olarak mutlak ve gerekçesiz bir takdir yetkisinin kabul edilemeyeceğini, hâkime tanınan takdir yetkisinin de bir gerekçesi olduğunu, takdir yetkisinin verilisindeki gerekçeye uygun olup olmadığını denetleme bakımından gerekçeyi bilmenin şart olduğunu belirtmektedir⁵⁰⁵. Çünkü gerekçe ile yapılan uygulamanın yerinde olup olmadığı denetlenecektir. Takdiri indirimi uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisine sahip olan hâkimin, keyfi bir şekilde hareket edemeyeceğinden kararının mutlaka bir gerekçesi bulursa da bu gerekçenin kararda gösterilmesi hususu ise önceleri tartışma konusu olmuştur. Nitekim Fransız hukukçularca ileri sürülen görüşe göre; takdiri indirimin gerekçesinin kararda gösterilmesini aramak takdir hakkıyla bağdaşmamaktadır. Bu görüşe paralel olarak İtalyan Temyiz Mahkemesi de geçmişte aynı düşüncüyü savunmuştur. Ancak Ceza Kanunu’nun değişmesiyle birlikte İtalya’da ve ayrıca İsviçre’de takdiri indirim nedenlerinin neler olduğunun kararda gösterilmesi zorunluluk arz etmektedir⁵⁰⁶.

765 sayılı TCK’nın 59. maddesinde ise; takdiri indirim nedenlerinin kararda gösterilmesine dair bir düzenleme bulunmadığından bu konuda tartışma yaşanmıştır. Akmanlar, takdiri indirimi uygulamak yetkisine sahip olan yargı mercilerinin kabul

⁵⁰⁵ Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 563.

⁵⁰⁶ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 36- 37.

ettikleri nedenleri kararda belirtmesine gerek olmadığını ve bu noktada soyut bir beyanın yeterli olacağını belirtmektedir⁵⁰⁷. Taner gibi kimi yazarlar ise, bu konuyla ilgili olarak kanunda böyle bir zorunluluğun olmamasını yerinde bulmakta, ancak hâkimin yine de mümkün mertebe takdiri indirim nedenlerini kararda göstermesi gerektiğini kabul etmektedirler⁵⁰⁸. Yargıtay da önceleri takdiri indirim nedenlerinin kararda gösterilmesini aramamaktaydı. Ancak daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve gerekçenin kararda belirtilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak verdiği bir kararın gerekçesinde: *“Anayasa ve gerekse yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmamıştır. Bununla beraber gösterilecek gerekçenin, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etme niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir”* diyerek gerekçenin önemine vurgu yapmış ve kararlarda belirtilmesini esas almıştır⁵⁰⁹.

5237 sayılı TCK’da ise 765 sayılı TCK’dan farklı olarak takdiri indirim nedenlerinin kararda gösterilmesi zorunluluk arz etmektedir. Nitekim bu hususu düzenleyen Kanun’un 62/2-son cümlesinde *“Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir”* denilerek bu zorunluluğa açık vurgu yapılmıştır. Bu bakımdan mevcut düzenlemeye göre; artık takdiri indirim nedenlerinin uygulanması veya uygulanmaması kararda belirtilir.

Yargıtay lehe uygulama için failin geçmişi, duruşmadaki iyi hali gibi hususlara dayanılarak takdiren denilmesini yeterli kabul etmektedir. Hatta bu hususa aleyhe temyiz yoksa dokunmamakta ve eleştiri konusu dahi yapmamaktadır⁵¹⁰. Ancak, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması noktasında bunun gerekçesinin mutlaka ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında: *“Sanık hakkında takdiri indirime yer olmadığına karar verilirken yasal ve yeterli gerekçe gösterilmemesi bozma sebebidir”* diyerek bu hususu belirtmiştir⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Akmanlar, s. 15.

⁵⁰⁸ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, s. 37.

⁵⁰⁹ Türkçapar, s. 259- 260.

⁵¹⁰ Surlu, s. 689.

⁵¹¹ Yargıtay 4. CD, T. 11/11/2009, E. 2008/4129, K. 2009/18404. Yine Yargıtay 4. CD, T. 30/03/2009, E. 2008/20635, K. 2009/6039 sayılı benzer kararında: *“Sanıklar hakkında takdiri indirim nedeni tespit*

Yukarıda belirtilen kararlardan anlaşılacağı üzere Yüksek Mahkeme, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması halinde bunun mutlaka kararda gösterilmesi ve uygulanmama gerekçesinin açıklanmasını istemektedir. Ancak bazı kararlarda ise yerel mahkeme kararının gerekçesini bir bütün olarak değerlendirmekte ve sadece takdiri indirim için ayrı bir gerekçe aramamaktadır. Bu durum özellikle takdiri indirimin uygulanmaması gerekçesinin, diğer müesseseler için kabul edilen gerekçelerden anlaşılması haline münhasırdır. Nitekim Yargıtay CGK'nın bir kararında özetle: “Yerel mahkemece ‘*takdiri indirim nedenlerinin uygulanmama gerekçesi olarak sanık hakkında takdiren başkaca artırım ve indirime yer olmadığına şeklinde belirleme yapıldığını*’, yine sabıkalı kişilik yapısı nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek tedbir ve hapis cezasının ertelenmesi müesseselerinin de uygulanmadığını, adli sicil kaydına göre sanığın birçok suçtan sabıkalarının olduğunun tespit edildiğini, suçunu kabul etmeyen sanığın hakkında lehe hükümlerin uygulanması yönünde bir talebinin olmadığını, ‘*takdiri indirim nedenlerinin yasada sayılanlarla sınırlı olmadığını*’, mevcut yasal düzenlemelere göre takdiri indirim nedenleri yönünden serbest değerlendirme sisteminin geçerli olduğunu, ‘*serbest takdir sisteminin bir gereği olarak da olayda sanık yararına takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisinin yargılamayı yapan hâkime ait olacağını*’, hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi verildiğini, *ancak hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin sınırsız olmadığını, bütün kararlarda olduğu gibi takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararların da gerekçeli olması gerektiğini, ayrıca gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nesafet kurallarıyla dosya içeriğine uygunluğunun Yargıtay denetimine tabi olacağını*’, bu doğrultuda sabıka kaydında birden fazla geçmiş hükümlülüğü bulunan, yargılama sürecinde de pişmanlık gösterdiğine ilişkin herhangi bir söylem veya eylemi dosya içeriğine yansımayan sanık hakkında kendisini yargılama sürecinde bizzat gözlemleyen yerel mahkemece diğer müesseseler için gösterilen gerekçenin yerinde olduğu gibi bu gerekçelerin, takdiri indirimin uygulanmaması için de geçerli olduğunu” belirtmiştir⁵¹². Yargıtay CGK, bu

olunmadığından denilmek suretiyle gerekçe gösterilmeden TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi... “bozma sebebi kabul edilmiştir. Kararı nakleden Yaşar, Gökcan ve Artuç, C. 2, s. 2133- 2134.

⁵¹² Yargıtay CGK, T. 27/03/2012, E. 2011/4-253, K. 2012/117. Kararı nakleden Bayram Yüksekaya, Ceza Yargılamasında İyi Hal İndirimi/Takdiri İndirim Nedenleri TCK. Md. 62 Üzerine Bir İnceleme, <https://docplayer.biz.tr/54358472-Ceza-yargilamasinda-iyi-hal-indirimi-takdiri-indirim-nedenleri-tck-md-62-uzerine-bir-inceleme.html> (15/10/2018)

kararı ile erteleme, seçenek yaptırıma çevirme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinin uygulanmamasına ilişkin gerekçede aynı zamanda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmama gerekçesi de yer aldığından ayrıca bu konuda bir gerekçe belirtilmesine gerek olmadığını kabul etmiştir⁵¹³.

Bu konuda bahsedilmesi gereken bir diğer husus da kabul edilen gerekçelerin cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınan diğer unsurlar ile çelişemeyecek olmasıdır⁵¹⁴. Örneğin; Yargıtay'ın bir kararında: *"TCK'nın 62/1. maddesi uygulanırken sanığın duruşmadaki olumlu tutum ve davranışlarından söz edilerek cezasında indirim yapılmasına karşın, aynı yasanın 50. ve 51. maddelerinin uygulanma olanağı tartışılırken sanığın yargılama sürecinde gözlenen olumsuz kişiliğinden bahisle anılan maddelerin uygulanmasına yer olmadığına karar verilerek, gerekçede çelişkiye ve dolayısıyla gerekçesizliğe yol açılması"* bozma sebebi kabul edilmiştir⁵¹⁵.

Mahkeme kararları ve takdiri indirim nedenlerinin gerekçesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. Zira takdiri indirim nedenleri bakımından mahkemelerce gösterilen gerekçeler yetersiz ve keyfi olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali olarak Anayasa Mahkemesi'ne götürülmektedir. Anayasa Mahkemesi ise, somut olayla bağlantı kurularak açıklanması ve hükme esas teşkil eden unsurların gösterilmesi halinde gerekçeyi yeterli kabul etmektedir ve gerekçenin keyfi ve yetersiz olduğu iddiasını ise adil yargılanma hakkı kapsamında dikkate almamaktadır. Hatta ilk derece mahkemelerince verilen kararları denetleyen kanun yolu mercilerinin kararlarındaki gerekçe için de bu durum geçerlidir⁵¹⁶.

⁵¹³ Yargıtay CGK, T. 31/01/2012, E. 2011/8-280, K. 2012/13 sayılı benzer kararı için bkz. Artuç ve Hırslı, s. 252- 256.

⁵¹⁴ Zafer, s. 551.

⁵¹⁵ Yargıtay 4. CD, T. 05/11/2008, E. 2008/13623, K. 2008/19815. Kararı nakleden Polat ve Polat, s. 95.

⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin T. 13/06/2013, K. 2013/1235 sayılı başvuruya ilişkin kararına göre: *"Anılan kurallar uyarınca, ilke olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açıkça bir keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalden söz edilemez. Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada*

D. Yargıtay Denetimi

Takdiri indirim nedenleri, hâkimin takdir yetkisi kapsamında tespit ettiği ve uyguladığı bir hukuki müessesedir. Takdir yetkisine bağlı olarak hâkim, bu müesseseyi uygulama ve uygulamama hakkına sahiptir. Ancak hâkime tanınan bu takdir yetkisi de asla keyfî ve sınırsız kullanılamayacaktır. Bu doğrultuda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması veya uygulanmaması konusundaki kararların da denetime tabi olması doğaldır. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme tarafından verilmiş pek çok bozma kararı bulunduğu gibi kararı bozmasa da eleştiri konusu yaptığı kararlar da azımsanamayacak miktardadır. 20/07/2016 tarihinden önce iki dereceli yargılama sistemi olduğundan, Yargıtay tarafından bu denetim yapılmış olsa da bu tarihten sonra faaliyete geçen bölge adliye mahkemeleri de artık bu konuda denetim ve kanun yolu merci olarak inceleme ve değerlendirme yapacaktır.

Her ne kadar takdiri indirim nedenleri konusunda üst yargı mercileri tarafından bu denetim yapılıyor olsa da aslında bu konu tartışılan bir husustur⁵¹⁷. Zira takdiri indirim nedenlerinin takdiri özelliği ile başka bir merciin denetimine tabi tutulmasını

usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur. Bununla birlikte derece mahkemelerinin, taraflarca ileri sürülen tüm iddialara cevap verme zorunluluğu bulunmayıp, hükme esas teşkil eden gerekçelerin nelerden ibaret olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Diğer taraftan kanun yolu mercilerince; onama, itiraz veya başvurunun reddi kararları verilmesi hâlinde alt derece mahkemelerinin kararlarında gösterdikleri gerekçeler kabul edilmiş olacağından, anılan kararlarda ayrıca gerekçe gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim AİHM içtihatları da bu yöndedir. (Van de Hurk/Hollanda, B.No: 16034/90, 19/4/1994, § 61) Başvuru konusu olayda, ilk derece mahkemesi kararında, indirim yapılırken 1/6 oranının belirlenmesinin gerekçesi somut olayla da bağlantı kurularak açıklanmış, itiraz merci tarafından da ilk derece mahkemesinin kararı hukuka aykırı bulunmayarak kararın gerekçesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararlarında yer verilen gerekçenin yetersiz veya keyfî olduğu söylenemez. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddialar çerçevesinde bir temel hak ihlalinin olmadığı anlaşıldığından, başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin ‘açıkça dayanaktan yoksun olması’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1235?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1235>
(Erişim Tarihi 30/03/2019)

⁵¹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin T. 23/01/2014, E. 2013/1948, K. 2013/1948 sayılı kararına göre: “Bireylerin cezai sorumluluklarının kapsamının belirlenmesine yönelik hukuki sorunların incelenmesi kural olarak Anayasa Mahkemesi’nin yetkisi kapsamında olmayıp, suçluların tespiti ve cezalandırılması derece mahkemelerin görev ve yetkisindedir. Ancak yukarıda belirtilen yaşam hakkına yönelik müdahaleleri, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği yönünden Anayasa Mahkemesince incelenmelidir” diyerek cezalandırma ile ilgili hususların mahkemelerin yetkisinde olduğunu ve kendisi tarafından denetlenemeyeceğini belirtmiştir. Takdiri indirim nedenleri de cezalandırmaya ve cezanın tespitine ilişkin olduğu için Anayasa Mahkemesi’nin denetiminin dışındadır. Kararı nakleden Yüksekaya, s. 4.

çelişki sayan yazarlar mevcuttur⁵¹⁸. Bu nedenle öncelikle bu konuda farklı görüşlerin ortaya konulması ve sonrasında Yargıtay'ın uygulaması ile denetimin ne şekilde yapıldığının açıklanması gerekmektedir.

1. Hukuki Denetimi Kabul Eden Görüş

Takdiri indirim müessesesinin takdiri bir nitelik taşımasına rağmen yine de denetlenmesi gerektiğini ileri sürenlerin dayandığı temel gerekçe yasal eşitliği sağlama düşüncesidir. Zira aynı konumda olan iki kişi hakkında farklı kararlar verilmesi keyfiliğe yol açabileceği gibi adalete olan inancı da zayıflatacaktır. Bu keyfiliğin engellenmesi için de denetimin yapılması ve eşit durumda olanların aynı yasal düzenlemeye tabi tutularak hukuki eşitliğin gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Diğer bir gerekçe ise Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği üzere hâkimlerin de yanılabilirliği düşüncesine dayanmaktadır. Zira kararda: “... *hâkimler de her insan gibi yanılabilir, usule ve yasaya aykırı kararlar verebilir veya hâkimlerin verdikleri kararlar, taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum, mahkeme kararına karşı mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelettirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur....*” denilerek karar merci olan hâkimlerin yanılabilirliği ve hata yapabileceği ihtimali gözetilmiş ve takdir yetkisi olan konularda dahi verilen kararların denetime tabi olması gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁹.

Yukarıda belirtilen görüşler hâkime tanınan takdir yetkisinin denetlenmesine ilişkin genel olarak kabul edilen görüştür. Bu görüşlerde ileri sürülen hususlar takdiri bir niteliğe sahip olan takdiri indirim nedenleri için de geçerlidir. Ayrıca takdir yetkisinin neden denetime tabi tutulması gerektiğini bizatihi takdiri indirim nedenleri ile ilgili ileri sürülen görüşlerle de açıklamak mümkündür. Örneğin; bu konuda ileri sürülen başka bir görüşe göre; takdiri indirim nedenleri maddesinin bir atıfet maddesi olmadığından, bu yüzden yapılan atıfların değerlendirilmesi gerekir. Takdiri indirim nedeni olarak ele alınacak hususların makul ve geçerli sebepler olması gerektiği ifade edilmektedir. Seçilen takdiri indirim nedenlerinin, hukuk kurallarını zedelemeyecek nitelikte olması ve kanunların amacı ile çelişecek nitelikte olmaması gerekir. Seçilecek sebeplerin toplum vicdanında kabul görebilecek hak ve nısfet kurallarına uygun olarak seçildiğinin

⁵¹⁸ Akmanlar, s. 17; Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 360.

⁵¹⁹ Anayasa Mahkemesi T. 12/06/1969, E. 1968/38, K. 1969/34. Kararı nakleden Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, s. 147- 148.

açıkça anlaşılabilir olması gerektiğinden bu yetkinin denetime tabi tutulması gerekmektedir⁵²⁰. Ayrıca kararlar, hâkimlerce fiili durumlar göz önüne alınarak yorumlanmalı ve tesis edilmelidir. Bunun da Yargıtay tarafından gerekçe yönüyle de olsun denetlenmesi gerekmektedir⁵²¹.

Dönmezer ve Erman bu görüşte olduğu gibi Yalkut ve Gözübüyük de takdiri indirim nedenlerinin denetiminden yana olduklarını ifade etmişlerdir. Yazarlara göre, takdiri indirim konusunda hâkimlere bu yetki tanınmış olsa da bu yetkinin yerinde ve makul olmayan bir şekilde kullanılması halinde çelişkilere yol açacak ve bu durum da hukuki tatminsizlikler yaratacaktır. Oysa yargılamadaki temel amaç adaletin en iyi şekilde tecellisini sağlamaktır. Bu amaçla Yargıtay'ın bu konuda denetim hakkını kullanması gayet doğaldır. Bu nedenle takdiri indirim nedenlerinin şartları olmasına rağmen uygulanmaması veya tam tersi bir uygulama denetim merci olan Yargıtay'ca değerlendirilebilecek ve kararlar bozulabilecektir⁵²².

Güral ise, takdiri indirim nedenlerine ilişkin uygulamanın ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde denetime tabi olabileceğini kabul etmektedir. İlk şart; takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen bir sebebin, öncesinde zaten kanuni indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmasıdır. Diğer bir şart ise, aynı sebebin somut bir olayda hem kanuni indirim nedeni hem de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanarak çifte değerlendirme ve uygulama yapılması halidir. Son olarak ise, takdiri indirim nedenleri olarak kabul edilebilecek bir hususun suçu ortadan kaldıran neden olarak

⁵²⁰ Bu hususla ilgili olarak Yargıtay CGK, T. 04/03/2008, E/K. 13-41 sayılı ilamında: “Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin gerekçe hak, adalet, nesafet kuralları ile dosya içeriğine uygun olmalıdır. Uzun yıllar otobüs şoförlüğü yapması nedeniyle mesleğinin insanların can ve mal güvenliği açısından önemini yakinen bilebilecek tecrübeye sahip olması beklenen sanığın, olay tarihinde kar yağışlı olan hava koşulları ile eğimli, karlı ve buzlu olan zemin koşullarını dikkate almadan içinde onlarca yolcu bulunan kullandığı otobüsü kaydırıp devirmesi, olaydan önce yolcuların kendisine yaptığı uyarıları dikkate almaması, kazada ölen ve yaralananların zararını giderme yolunda hiçbir çabasının bulunmaması, alınan bilirkişi raporlarına göre kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğunun tespit edilmesine karşın son savunmasına kadar tüm aşamalarda kusurunun olmadığını belirtip suçu bazı kurumlara yükleme gayreti içine girişi göz önüne alındığında sanık hakkında geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarını gerekçe göstererek takdiri indirim uygulanmamasına karar veren mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”. Karar için bkz. İhsan Akçin, Kemalettin Erel, Yüksel Fazla vd., Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2012), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 315-316.

⁵²¹ Şimşek, s. 112; Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, s. 367.

⁵²² Yalkut, s. 325- 326; Gözübüyük, s. 253; Ünsal, s. 642.

kabul edilip uygulanmasıdır. Bu şartların varlığı halinde takdiri indirim nedenleri konusunda yapılan uygulamanın denetime tabi olabileceğini belirtmektedir⁵²³.

2. Hukuki Denetimi Reddeden Görüş

Takdiri indirim konusunda yargısal denetimi reddedenlerin dayandığı temel nokta ise yapılacak bu denetimin takdir hakkının mahiyetiyle bağdaşmayacağı düşüncesidir. Zira takdir hakkının mutlak olduğu, herhangi bir sınırlamaya ve bu konuda yargısal denetime de tabi tutulamayacağı, aksi bir durumda takdir hakkından bahsedilmesinin mümkün olmayacağı dile getirilmektedir.

Nitekim bu görüşte olanların başında Taner gelmektedir. Taner'e göre; takdiri indirim nedenlerini belirlemek ve uygulamak yetkisi, somut olayı hem maddi hem de hukuki yönden inceleyen hâkime aittir. Oysa Yargıtay'ca sadece hukuki denetim yapılmaktadır. Kararı sadece hukuki açıdan ele alıp inceleyecek olan Yargıtay'ın bu konuda müdahalede bulunması mümkün değildir⁵²⁴. Yine Akmanlar'a göre; gerekçe gösterilmesi mecburiyetini takdiri indirim nedenleri bakımından da geçerli saymak ve takdiri indirim nedenlerine ilişkin uygulamayı denetime tabi tutmak doğru değildir. Zira takdir yetkisinin bazı hallerde denetime tabi tutulması, bazı hallerde ise denetim dışı bırakılması mümkün değildir. Bu durum, uygulayıcı olan hâkimi zor durumda bırakacak ve içtihatlarda istikrarsızlığa yol açacaktır. Bunun yanında suç işleyen faili gören ve bizzat gözlemleyen, delillere doğrudan ulaşan hâkime göre sadece evrak üzerinden inceleme yapacak olan Yargıtay'ın takdir yetkisine müdahale etmesi de doğru olmayacaktır. Bu bakımdan hâkimin takdir yetkisi mutlak⁵²⁵.

Surlu da benzer düşüncelerden hareketle konuyu şu şekilde açıklamıştır: Temyiz yasa yolu ile dosyayı inceleyecek olan Yargıtay'ın, takdiri indirim nedenlerinin varlığını ya da yokluğunu tartışma olanağına sahip olması takdir yetkisi ile bağdaşmaz. Zira denetimli bir takdir yetkisinden bahsedilmesi ve bunun açıklanması kolay değildir⁵²⁶. Kaldı ki bu tür bir denetimin yapılması ve bu denetimin artması halinde bu karara uymak bakımından manevi baskı hissedecek olan yerel mahkemelerin sırf takdire

⁵²³ Güral, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2", s. 33.

⁵²⁴ Ünsal, s. 641.

⁵²⁵ Akmanlar, s. 17.

⁵²⁶ Surlu, s. 681- 682.

dayanılarak gerekçesiz bir şekilde cezalarda indirim yapmaları tehlikesi de ortaya çıkacaktır⁵²⁷.

Erem ise, bu konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın denetim yaparken makul sebep gerekçesine dayanmasını eleştirmektedir. Zira Yargıtay'ın, takdiri indirime konu edilebilecek halleri makul sebep olması halinde kabul etmesi ve makul olmayan sebeplerin takdiri indirime konu olamayacağı düşüncesi kabul edilemez. Bu yöndeki içtihat takdir yetkisi bakımından ciddi bir tehlikedir. Çünkü neyin makul, neyin gayri makul olduğu yolunda bir münakaşa takdir yetkisini ortadan kaldırılabir. Kaldı ki tüm delillere doğrudan vakıf olmuş ve davanın tüm aşamalarında bulunan bir hâkime makul ve yerinde gözüken bir nedenin sadece dosya üzerinden inceleme yapacak olan merci için makul olmaması doğaldır. Bu sebeplerle takdir hakkının bu yönüyle denetime tabi tutulması da doğru değildir⁵²⁸.

Hukuki denetimi kabul eden ve reddedenlerin dayandığı gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay'ın belli ölçüde de olsa denetim yapması daha faydalı olacaktır. Ancak Yargıtay bu incelemeyi dosya üzerinden yapacağı için faili bizzat görme ve onun davranışlarını değerlendirme imkânına sahip olamayacaktır. Bu nedenle Yargıtay, hâkimlerin takdir yetkisine çok fazla müdahale edecek şekilde yerindelik denetimi yapmamalı ve ancak zorunlu ve istisnai hallerde bu yola başvurulmalıdır. Bu da, ancak hukuki denetim kapsamında hareket etmesi ile olacaktır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında yapılan hesap hataları, diğer müesseseler ile birlikte uygulanmasındaki çelişkiler, açık ve bariz bir biçimde bu konuda yapılan keyfilikler ve gerekçenin bulunmaması gibi hukuka aykırılıklar yönünden yapılacak denetim aynı zamanda bu müessesenin daha etkin ve faydalı olarak kullanılmasına da katkı sağlayacaktır.

3. Yargıtay Uygulaması

Takdiri indirim nedenlerinin denetimi konusunda doktrinde bu tarz görüş farklılıkları bulunduğu gibi Yargıtay da bu konuda süreç içerisinde farklı kararlar

⁵²⁷ Surlu, s. 684.

⁵²⁸ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 360; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 14; Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 118.

vermiştir. Zira takdiri indirim nedenlerinin takdiri meselesinin, davaya bakan hâkime ait olduğunu kabul eden kararları olduğu gibi bu kararları denetime tabi tuttuğu kararları da mevcuttur⁵²⁹.

Bu konuda Alman İmparatorluk Mahkemesi ve İtalyan Temyiz Mahkemesi ise, hâkime tanınan takdir yetkisinin mutlak olduğunu ve üst yargı organlarınca denetime tabi tutulamayacağını kabul etmiştir⁵³⁰. Yargıtay'ın da önceki dönemlerde bu anlayışa paralel kararları mevcuttur. Yargıtay bu dönemde: *“Takdire bağlı hafifletici sebeplerin mevcut olup olmadığının takdiri mahkemeye aittir”* diyerek takdir hakkının mutlaklığını ve denetlenemeyeceğini kabul etmiştir⁵³¹. Yine başka bir kararda da: *“Hâkim her olayda, sanığı suça götüren nedenleri, olay öncesi ve sonrası, onun kişisel durumunu göz önünde tutarak, takdiri azaltıcı nedenin bulunup bulunmadığını belirtecektir. Yasaya kesin aykırılık olmadıkça bu takdire karışılmaz. Yerel mahkemenin bu kurala uygun biçimde takdir hakkını kullanarak TCK'nın 59. maddesiyle idam cezasını yaşam boyu ağır hapis cezasına çevirmesine ilişkin verdiği karar kesindir”* diyerek takdir yetkisinin yine yerel mahkemeye ait bir hak olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu kararda, diğerinden farklı olarak takdir yetkisi mutlak olarak kabul edilmemiş ve ancak açık hukuka aykırılık varsa bu yetkinin denetlenebileceği belirtilmiştir⁵³².

Yargıtay bu kararında, yerel mahkemelere ait olan takdiri indirim yetkisini ancak açık hukuka aykırılık varsa denetleyebileceğini belirtse de zamanla bu konudaki denetim yetkisini sadece hukuki denetim ile sınırlı tutmamış ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmamasının yerinde ve uygun olup olmadığını da denetime tabi tutmuştur. Hatta bu konuda Yargıtay'ca birtakım kriterler de kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması kapsamında yerel mahkemece indirim sebebi olarak kabul edilen bir unsurun *“makul”* ve *“makbul”*

⁵²⁹ Surlu, s. 682.

⁵³⁰ Akmanlar, s. 16; Türkçapar, s. 262.

⁵³¹ Yargıtay 1. CD, T. 30/12/1943, E/K. 2015/3120. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 13; yine bu karara benzer şekilde takdiri indirim nedenlerinin şartlarının olup olmadığını, yargılama sürecinin her aşamasında bulunan ve suç işleyen faili bizzat gözlemleyen yerel mahkemenin yapması gerektiğine ilişkin Yargıtay CGK, T. 29/11/2005, E. 2005/8-141, K. 2005/149 sayılı kararında, Yargıtay tarafından hükmün düzeltilerek onanmasında 62. maddenin uygulanmasına karar verilemeyeceği, bunu yerel mahkemenin yapması gerektiğini belirtmiştir. Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 299; Ayrıca karar için bkz. Albayrak, s. 288.

⁵³² Yargıtay CGK, T. 29/09/1986, E. 1986/1-219, K. 1986/398. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 13.

olması, hukuk kurallarını zedelememesi, yasaların maksat ve amacına aykırı olmaması ve vicdanları rahatsız edici bir sebep olmamasını aramaktadır⁵³³. Bu konuyla bağlantılı olarak Yargıtay bir kararında: *“Takdir hakkını kullanırken gösterilen gerekçenin makul olması ve hukuk kaidelerini zedelemeyecek bir nitelik taşıması, kanunların esas maksat ve amacına aykırı olmaması, vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması gerekir. Dört yaşındaki bir kız çocuğunun ırzına geçtikten sonra bu suçun delil ve emarelerini ortadan kaldırmak için onu öldüren sanığa 59. maddenin uygulanması Kanun’a uygun görülmemiştir. TCK madde 59. bir atıfet maddesi değildir. Denetime tâbidir. Bu maddenin uygulanması mahkemenin takdirine ait olmakla beraber, bu takdir hakkı kullanılırken gösterilen sebeplerin makul ve makbul olması gerekir”*⁵³⁴ diyerek yukarıda belirtilen şekilde davranan failin cezasında takdiren indirim yapılmasını, toplum ve tarafların vicdanını rahatsız edecek bir niteliğe haiz olduğu gerekçesiyle kabul etmemiştir.

Bu hususta Yargıtay’ın başka bir kararında da aynı ilkeler kabul edilmiştir. Zira ilgili kararda: *“Türk Ceza Yasası, takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil, serbest değerlendirme sistemini benimsemiştir. Bu sistemde takdiri azaltıcı nedenlerin bulunup bulunmadığının takdir yetkisi yargılamayı yapan hâkime bırakılmıştır. Hâkim bu yetkisini kullanırken yasal kurallarla çatışmamak, gerekçelerle çelişkiye düşmemek koşuluyla, olay nedenini, saiklerini, olay öncesi ve sonrası sanığın davranışlarını, suçun işlenmesindeki özellikleri, sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları ile benzeri durumları değerlendirerek, bu hususta hak adalet ve nesafet kurallarına uygun bir değerlendirme ve uygulama yapmalıdır. Bu husustaki takdirde bir zafiyet veya yanılğı bulunup bulunmadığının Yargıtay tarafından denetleneceği kuşkusuzdur”* diyerek yine belirlenen amaçlar doğrultusunda denetimin yapılabileceğini kabul etmektedir⁵³⁵.

Bu kararlardan hareketle takdiri indirim nedenlerinin denetlenmesi bakımından Yüksek Mahkeme’nin geçmişte çelişkili hareket ettiği söylenebilir. Ancak günümüzde artık bu çelişki ortadan kalktığından Yüksek Mahkemece bu denetim yetkisinin varlığı

⁵³³ Ünsal, s. 643.

⁵³⁴ Yargıtay CGK, T. 15/12/1980, E. 1980/225, K. 1980/428. Kararı nakleden Önder, s. 568- 569.

⁵³⁵ Yargıtay CGK, T. 28/12/1999, E. 1999/1-311, K. 1999/325. Kararı nakleden Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 13.

kabul edilerek takdiri indirim nedenleri bakımından verilen kararlar denetime tabi tutulmaktadır. Yargıtay, bu denetimi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirmektedir. Aşağıda bu yöntemler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Lehte Denetim

Yargıtay'ın takdiri indirim nedenleri konusunda yapmış olduğu lehte denetim; yerel mahkemece somut olayda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına rağmen bunun şartlarının var olduğunu, suç işleyen fail lehine takdiri indirim yapılması gerektiğini belirterek kararı bozmasıdır. Burada lehe olan husus, takdiri indirim nedenlerinin varlığına ve suç işleyen faile ilişkindir. Yargıtay'ın bu denetimi işin esasına ilişkin olduğundan hukuki denetimden yana olan görüşle paralellik göstermektedir.

Lehte denetime örnek bir Yargıtay kararında: *“Sanığın olayın başından itibaren suçunu samimi olarak ikrar ederek pişmanlığını belirtmesi, yargılama sırasında da olumsuz bir davranışının tutanaklara yansımaması göz önüne alındığında sanığın olay sırasındaki davranışları, olayın işleniş şekli ve kastının yoğunluğu şeklinde yasal olmayan gerekçelerle TCK'nın 62. maddesinin uygulanmaması”*⁵³⁶ bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kararda da görüleceği üzere yerel mahkemenin aksine somut olayda suç işleyen fail için takdiri indirim nedeninin var olduğu kabul edilerek kararı bozmuştur. Yine Yargıtay'ın başka bir kararında: *“...suç tarihinde 73 yaşında bulunup geçmişte sabıkası bulunmayan sanığın suçunu ikrarı da nazara alınarak hakkında takdiri indirim sebebi ve cezasının 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre ertelenebilirliği tartışılıp değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi ...”*⁵³⁷ bozma nedeni yapılmıştır. Bu kararda Yargıtay, suçu ikrar eden sanık için somut olayda takdiri indirim nedenlerinin uygulanabileceğini kabul etmiş ve takdiri indirim nedenlerinin somut olayda uygulanabileceği konusunda lehte denetim yapmıştır.

Görüldüğü üzere Yargıtay, somut olayda şartların varlığına rağmen takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını bozma sebebi yapmaktadır. Yargıtay bu denetimi sadece yargılamaya konu olay için yapmakta ve değerlendirmektedir. Ancak

⁵³⁶ Yargıtay 1. CD, T. 26/05/2010, E. 2010/2502, K. 2010/3895. Kararı nakleden Otacı, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, s. 1018.

⁵³⁷ Yargıtay 3. CD, T. 26/03/2009, E. 2007/4070, K. 2009/5734. Yaşar, Gökcan ve Artuç, C. 2, s. 2136

bazı haller var ki Yargıtay bu halleri her durumda takdiri indirimine konu yapmaktadır. Lehte denetimden farklı olarak sadece yargılamaya konu bir olayda değil aynı duruma ilişkin başka bir olayda da mutlaka takdiri indirimin uygulanmasını aramakta ve bu konuda yerel mahkemelerin de uygulamasını istemektedir. Yargıtay bu nedenleri, kanuni indirim sebebi olarak kabul edip cezada indirim yapılabilecek nitelikte unsurlar olarak kabul etmektedir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde hırsızlık suçunda tazmin veya geri verme, zimmete geçirilen paranın bir kısmının ödenmesi, kaçırmada evlenme amacı, yakına ait ruhsatlı tabancayı izinsiz taşıma halleri böyledir ve bu şartların varlığı halinde her olay bakımından takdiri indirim yapılması gerektiği Yargıtay’ca kabul edilmiştir⁵³⁸. Lehte denetimden farklı olarak; örneğin, kaçırma suçlarında evlenme amacı varsa bu durumun, aynı amaçla işlenen tüm kaçırma olaylarında indirim nedeni olarak uygulanmasıdır.

Bazen de Yargıtay bu yöneme ceza adaletini sağlamak amacıyla başvurmaktadır. Zira bazı cezalarda başkaca hiçbir indirim nedeni kabul edilmediğinden maddenin mevcut haliyle uygulanması ceza adaletine uymamaktadır. Yargıtay’ın bu konuyla ilgili 2 ayrı kararında; 765 sayılı TCK’nın 430/2. maddesinde⁵³⁹ yazılı hallerde 432. maddesinin⁵⁴⁰ uygulanması halinde, ceza oranları arasındaki eşitsizliği gidermek için mutlak surette 765 sayılı TCK’nın 59. maddesinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Çünkü 430. maddenin 1. ve 2. fıkraları ceza müeyyidesi bakımından farklı olmasına rağmen 432. maddedeki belirtilen şartlar oluşursa 430. maddenin 1. ve 2. fıkrasındaki cezalar aynı hale gelmektedir. Örneğin; 430/2. maddesinde yazılı eylemi işleyen kişinin, 432. maddeye göre mağduru serbest bırakması halinde 430/1. maddesinde belirtilen suçu işleyen faille cezası aynı olacaktır. Bu da 430/1. maddesinde belirtilen suçu işleyen failer için haksız bir duruma yol açmaktadır. Yargıtay da, işte bu

⁵³⁸ Surlu, s. 690- 692.

⁵³⁹ 765 sayılı TCK madde 430 – “(1) Kaçırılan kimse, erkek olupta on beş yaşını doldurmamış ise faili iki seneden üç seneye kadar hapsolunur. (2) Kız veya kadın olduğu takdirde faili muvakkaten ağır hapse konulur. (3) Kaçırılan kimse, erkek olsun kadın olsun filişeni vukubulmuş ise faili hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hüküm olunur”.

⁵⁴⁰ 765 sayılı TCK madde 432 – “Cürmün faili kaçırdığı kimseyi nihayet yirmi dört saat zarfında ve bir güne tecavüz bulunmaksızın kaçırıldığı haneye veya ailesinin hanesine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir mahalle getirip bilihtiyar serbest bırakırsa kaçırılan kimse kaç yaşında olursa olsun ceza bir aydan bir seneye kadar hapidir”.

haksızlığı bertaraf etmek için 430/1. maddesindeki suçu işleyen failler için ceza adaletini sağlamak adına cezalarında takdiren indirim yapılmasını kabul etmiştir⁵⁴¹.

b. Aleyhte Denetim

Yargıtay'ın yapmış olduğu aleyhte denetim, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen bir unsurun makul olup olmadığı yönünden yapılan denetimdir. Zira kabul edilen bir indirim nedeninin; makul olması, hukuk kurallarını zedelemeyecek olması, kanuni düzenlemenin kabul edilmesindeki amaca aykırı düşmemesi, vicdanları rahatsız etmeyecek bir nitelik taşıması gerekmektedir⁵⁴².

Yargıtay'ın bu uygulaması öğretilerde eleştirilmektedir. Nitekim Erem, bir sebebin makul olup olmadığı tartışmasının takdir hakkını ciddi bir tehlikeye sokacağını, ayrıca yerel mahkeme ile denetim merci arasında da bu konuda görüş farklılıkları olabileceğini, delillere doğrudan ulaşan yerel mahkeme ile dosya üzerinden inceleme yapan Yargıtay arasında bu bakımdan bir farklılığın olmasının doğal olduğunu kabul etmektedir⁵⁴³. Karşıt görüş taraftarlarına göre ise, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek olan bir hususun makbul olması ve mantığa uyması gerekmektedir. Tamamen hayali veya mantık dışı birtakım unsurların takdiri indirim sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁴⁴.

Bu tartışmalar bir yana bırakılıp aleyhte yapılan denetime ilişkin örnek verecek olursak Yargıtay; *“Dört yaşındaki bir kız çocuğunun ırzına geçtikten sonra bu suçun delil ve emarelerini ortadan kaldırmak için onu öldüren”* sanık hakkında, yine *“...altı yaşındaki maktuleyi hayvani duygularla ve amca yapma acıyor demesine rağmen ırzına geçen, sonuçta işlediği suçu örtmek için ufacık kızın başını taşla ezen”* sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanarak cezasında indirim yapılmasını, işlenen olayın

⁵⁴¹ Yargıtay 5. CD, T. 11/01/1990, E. 1990/5426, K. 1990/169 ve T. 13/09/1989, E. 1989/2286, K. 1989/3874. Kararı nakleden Önder, s. 570; Ünsal, s. 644- 645; Yalkut, s. 326; İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 190.

⁵⁴² İçel, Özgenç, Sözüer vd., s. 188.

⁵⁴³ Bkz. dn. 528.

⁵⁴⁴ Surlu, s. 683.

vahameti ve gerçekleştiriliş şekli gözetildiğinde vicdanları rahatsız edeceğini belirterek kabul etmemiş ve verilen kararları bozmuştur⁵⁴⁵.

c. Dolaylı Denetim

Yargıtay'ın takdiri indirim nedenleri konusunda yapmış olduğu diğer bir denetim de dolaylı denetim olarak adlandırılmaktadır. Bu denetimin temelinde takdiri indirim nedenlerin uygulanması ile ilgili olarak çelişki oluşturabilecek nitelikteki davranışların önüne geçilmesi düşüncesi vardır. Zira yerel mahkemece takdiri indirim nedenleri ile ilgili uygulama yapıldığında bizzat takdiri indirim müessesesinin kendi içinde ya da diğer müesseselerle birlikte uygulandığı anda çelişki arz eden durumlar ortaya çıkabilir. İşte bu takdirde tezat oluşturacak halleri Yargıtay dolaylı olarak denetlemektedir.

Yargıtay'ın takdirde tezat saydığı hususların başında temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşılması ile takdiri indirim uygulayarak cezada indirim yapılması gelmektedir. Bazı yazarlarca çelişkiye yol açtığı gerekçesiyle bu durum kabul edilmediği⁵⁴⁶ gibi Yargıtay da bu durumu takdirde tezat olarak kabul etmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü temel cezanın belirlenmesi ve alt sınırdan uzaklaşılması için dayanan gerekçelerle takdiri indirim nedenlerinin uygulanması için dayanan gerekçeler tamamen farklıdır. Zira bu iki müessese, birbirinden oldukça farklı olup aynı olayda bir arada bulunmalarına ve uygulanmalarına engel herhangi bir husus bulunmamaktadır. Temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşılabilirken takdiri indirim yapılarak da cezada indirim uygulanabilir⁵⁴⁷. Ayrıca bu durum kabul edilirse cezada indirime yol açacak olan diğer yasal indirimlerde de alt sınırdan uzaklaşmadan uygulama yapılması gerekecektir ki bu durum, cezayı bireyselleştirerek suçlu için en uygun cezanın tespit edilmesi ihtimalini yok edecek ve takdir yetkisini ortadan kaldıracaktır⁵⁴⁸. Kaldı ki

⁵⁴⁵ Yargıtay CGK, T. 15/12/1980, E/K. 225/428 ve Yargıtay 1. CD, T. 18/06/1986, E. 1986/1805, K. 1986/2470. Kararı nakleden Otacı, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, s. 118.

⁵⁴⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 586; Yalkut, s. 327; Öztürk ve Erdem, s. 497; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 242- 243.

⁵⁴⁷ Koca ve Üzülmüş, s. 698- 699; Çolak ve Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, s. 18; Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 196; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 843; Özen, s. 781.

⁵⁴⁸ Surlu, s. 684- 685.

somut bir olayda takdiri indirimin varlığını kabul etmek demek, takdire bağlı olarak tespit edilecek diğer tüm unsurlarda (erteleme, haksız tahrik vb.) da suç işleyen fail lehine hareket etmek demek değildir. Zira İtalyan Yargıtay'ı somut bir olayda takdiri indirim uygulayan mahkemenin, hapis cezasının ertelenmesi talebini reddetmesine ilişkin uygulamasını çelişkili saymamıştır⁵⁴⁹.

Bunun yanında Yargıtay'ın, takdiri indirimin uygulanması sırasında çelişki olarak kabul edip kararı bozduğu başka durumlar ise; bir unsurun failin yargılandığı birden fazla suçta ayrı ayrı yasal indirim ve takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip cezada indirim yapılması, ilk verilen kararda takdiri indirim yapıldığı hallerde sonrasında yasal ve yeterli bir neden gösterilmeden takdiri indirim uygulanmaması veya aksi yönde hareket edilmesi yahut ortak bir indirim nedeninin failin yargılandığı diğer suçta uygulanmaması halleridir. Bu konuda Yargıtay bir kararında; hakaret suçu için haksız tahrik kabul edilen bir halin yaralama suçunda takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesini çelişki saymıştır⁵⁵⁰. Başka bir kararında ise; daha önce sanık hakkında takdiri indirim uygulanmasına rağmen sonraki kararda gerekçe gösterilmeksizin verilen cezada takdiri indirimin yapılmamasını kabul etmemiştir⁵⁵¹. Yine aynı olay sırasında gerçekleşen hakaret ve yaralama eylemleri nedeniyle verilen cezalardan birinde takdiri indirim yapılırken diğerinde gerekçesi belirtilmeden indirim yapılmamasını da takdirde tezat olarak kabul etmiştir⁵⁵². Yargıtay'ın daha yakın tarihli bir kararında ise; mahkemece verilen mahkûmiyet kararında takdiri indirimin uygulanmama gerekçesinin temyiz incelemesinde kabul edildiğini, suçların ikrar dışındaki kanıtlarla ortaya çıktığını, ancak bozmadan sonra yapılan yargılamada mahkemece, sanıkların ikrarı ile duruşmadaki iyi halleri gerekçe gösterilerek takdiri indirimin yapıldığı, bu uygulamanın mahkemenin önceki hükümlerindeki gerekçesiyle çeliştiğini, sanıkların kişilik özellikleri ve suçun işleniş şekilleri göz ardı edilerek takdiren indirim uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu kabul ederek verilen kararı bozmuştur⁵⁵³.

Yargıtay'a göre; takdiri indirim uygulanırken kısa kararla gerekçe arasındaki çelişki de bozma sebebidir. Zira Yargıtay'ın bir kararında: “*Gerekçeli kararın gerekçe*

⁵⁴⁹ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 360.

⁵⁵⁰ Yargıtay 2. CD, T. 13/09/1962, E/K. 7212/10397. Kararı nakleden Ünsal, s. 652.

⁵⁵¹ Yargıtay CGK, T. 06/02/1984, E/K. 253/50. Kararı nakleden Ünsal, s. 652.

⁵⁵² Yargıtay 2. CD, T. 25/03/1976, E/K. 1505/2708. Kararı nakleden Ünsal, s. 653.

⁵⁵³ Yargıtay 1. CD T. 06/07/2009, E. 2009/2848, K. 2009/4198. Uypap Mevzuat Programı. (Erişim Tarihi 31/03/2019)

kısımında TCK'nın 59. maddesinin uygulanmaması yönünde gerekçe gösterilmesine karşın, hükmün esasını oluşturan kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasında TCK'nın 59. maddesinin uygulanması karışıklığa ve çelişkiye yol açtığından yasaya aykırıdır” denilerek kısa kararla gerekçe arasındaki çelişki vurgulanmış ve karar eleştirilmiştir⁵⁵⁴.

Şİİİ. ..TAKDİRİ İNDİRİM MÜESSESESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Takdiri indirim nedenleri daha önce de belirtildiği üzere ilk olarak Fransız Hukuku'nda kabul edilmiştir. 1791 tarihli Ceza Kanunu'nda belirlenen sabit cezalar sisteminin sakıncaları zamanla ortaya çıkınca 1810 tarihli Ceza Kanunu'nda alt ve üst sınırları olan cezalar belirlenmiş, belli suçlarda hâkime cezalarda indirim yapma imkânı tanınmış, 1832 yılında yapılan değişiklikle takdiri indirime konu suçların kapsamı genişletilmiştir. Bu durumdan da anlaşılacağı üzere takdiri indirim müessesesinin ortaya çıkış gayesi cezaların sabit olarak uygulanmasının önüne geçmek ve cezanın failin durumuna daha iyi bir şekilde uydurulabilmesini temin etmektir. Zira bu müessese ile cezada şahsileştirme sağlanacak, genel ve soyut olarak belirlenen yasal düzenlemelerin somut olaya uygulanması ile ceza adaleti de gerçekleşmiş olacaktır.

Takdiri indirim nedenlerinin ortaya çıkış gayesi ve ceza adaletinin sağlanmasındaki faydasına rağmen bu müesseseye yöneltilen eleştiriler de bulunmaktadır. Zira bu müesseseye yöneltilen ilk eleştiri, takdiri indirim nedenlerinin kısa süreli cezalarda suistimale yol açtığı iddiasıdır. Ancak bu itiraz, müessesenin varlığına veya esasına değil daha çok takdir hakkının kötüye kullanılmasına; başka bir deyişle yerinde ve makul ölçülerde kullanılmamasına ilişkindir⁵⁵⁵. Bu görüşü savunanların başlıca dayandığı nokta, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması yönündeki yoğun ve yaygın anlayışın kısa süreli cezaların artmasına neden olacağıdır⁵⁵⁶. Oysa kısa süreli cezalar, suç işleyen failin ıslahında faydalı olmadığı gibi cezaevine giren bir kişinin bu süre içerisinde olumsuz olarak daha fazla etkilenmesi ve ahlaken de bozulma eğilimi içine girmesine sebep olacaktır⁵⁵⁷. Zira aynı ortamda

⁵⁵⁴ Yargıtay 9. CD, T. 18/12/1996, E/K. 5629/7959. Kararı nakleden Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 206.

⁵⁵⁵ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 357- 358; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 899.

⁵⁵⁶ Özen, s. 778.

⁵⁵⁷ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 18; Çınar, s. 35-36.

bulunan ve suç işleyen kişilerin birbirinden etkilenme ihtimali çok daha fazladır. Bu durum da, kısa süreli de olsa cezaevine giren kişinin ıslahından daha ziyade ahlaki olarak durumunu kötüleştirecek ve suç işleme eğilimini artıracaktır⁵⁵⁸. Ancak bu anlayışa tam olarak katılmak da mümkün değildir. Her şeyden önce kısa süreli hapis cezalarını, yasa koyucu kendisi düzenlemiş ve pek çok hafif suçta bu müeyyideyi kabul etmiştir. Dolayısıyla kısa süreli hapis cezalarının ortaya çıkışını takdiri indirim nedenlerine bağlamak doğru değildir. Bunun yanında bu müesseseyi bu şekilde eleştirmekten daha ziyade kısa süreli hapis cezalarının yoğun bir şekilde tercih edilmesinin önüne geçecek tedbirler de alınabilir. Bu noktada kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilebilir ya da hapse girmeyi önleyici başka tedbirler de mümkün olabilir. Bu yöntemler düşünülmeden ve araştırılmadan bu müesseseyi eleştirmek doğru değildir⁵⁵⁹.

Bu müesseseye yöneltilen diğer bir eleştiri ise; fonksiyon gaspına yol açtığıdır. Zira suç işleyen failin kanunda ne ceza alacağı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Hâkime düşen tek görev, yasada belirlenen cezayı suç işleyen fail hakkında uygulamaktır. Ancak hâkime cezayı belirleme konusunda bu şekilde takdir yetkisi tanınırsa bu görev paylaşımı bozulur ve hâkim, yasa koyucu yerine geçer. Zira yasalarda bulunan orantısızlıklar, sert ve katı düzenlemeler yine kanun koyucu tarafından düzeltiler. Takdiri indirim müessesesi ile hâkime böyle bir yetki verilemez. Kaldı ki uygulayıcı olan hâkimin bu konudaki gerekli düzenlemeyi kanun koyucudan daha iyi yapması da beklenemez denilmektedir⁵⁶⁰. Bu eleştiri yapanlar daha da ileri giderek takdir indirim müessesesinin aynı zamanda kanun koyucunun aczini gösterdiğini, zira bu müessese ile kanun koyucunun aslında kendisinin düzeltmediği bir alanda gerekli düzeltmeyi yapma konusunda hâkime yetki tanımak zorunda kaldığını belirtmektedirler⁵⁶¹. Bu yöndeki eleştirilere karşı olarak ise; kanunların soyut ve genel olarak belirlendiği, yasaların her durumu önceden öngörmesi ve düzenlemesinin mümkün olmadığı, her olayın birbirinden farklı olduğu gibi suç işleyen faillerin kişisel, sosyal ve psikik durumunun farklı olduğu, yasada belirlenen cezanın suç işleyen failin

⁵⁵⁸ Fahrettin Kemal Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesi Açısından 647 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin Uygulanması”, AD, S. 16, Temmuz 2003, s. 66.

⁵⁵⁹ Ünsal, s. 629- 630; Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 200; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 242.

⁵⁶⁰ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 17- 18.

⁵⁶¹ Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 199- 200; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 898- 899.

durumuna uydurularak ceza adaletinin sağlanması bakımından takdiri indirim nedenlerinin olması gerektiği savunulmuştur⁵⁶². Ayrıca, her durumu önceden öngöremeyecek olan yasaların böyle bir durumda değişen ihtiyaçlara ve durumlara uydurulması için değiştirilmesi gerekmektedir ki bu değişikliğin de öyle kolayca ve kısa süre içerisinde yapılması mümkün değildir⁵⁶³. Kaldı ki hâkimin bu konudaki yetkisi de yine bir kanun hükmüne dayanmaktadır. Bizzat yasa koyucunun tanıdığı imkân ve çizdiği sınırlar içerisinde bu yetki kullanılmaktadır⁵⁶⁴.

Takdiri indirim nedenlerinin yukarıda belirtilen ortaya çıkış gayesine yönelik olarak da eleştiri bulunmaktadır. Zira cezaların azami ve asgari haddinin belirlendiği durumlarda hâkimin temel cezayı belirleyebilme imkânı olduğu için ayrıca takdiri indirim müessesesine gerek olmadığı dile getirilmektedir. Ancak bu anlayış da belli noktalarda geçerliliğini yitirmektedir. Çünkü cezaların sabit olarak belirlendiği hallerde bu iddia yetersiz kalmaktadır. Örneğin; ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları ile nispi para cezalarında uygulayıcı olan hâkimin rahatça cezayı belirleyebileceği alt ve üst sınırlar bulunmamaktadır⁵⁶⁵.

Son olarak yapılan diğer bir eleştiri de takdiri indirim nedenlerinin hemen hemen her olayda kabul edilmesi ve uygulanmasına ilişkindir. Özellikle jürili davalarda takdiri indirim nedenlerinin hemen her olayda ileri sürülmesine rağmen pek az hallerde reddedildiği, bir akıl ve mantık işi olması gereken adalet dağıtımının bir kalp ve merhamet işi halini aldığı, bu durumun ise halkta ceza adaletine, bunun değişmez olmak niteliğine karşı güveni sarstığı iddiasıdır⁵⁶⁶. Oysa kanuni indirim sebebinin olduğu bir ceza sisteminde takdiri indirim müessesesinin adaletle olan güveni sarstığını iddia etmek çelişki oluşturacaktır. Kaldı ki takdiri indirim müessesesinin hangi durumlarda neden uygulandığı da ortadadır. Başkalarının bunu anlaması da gayet kolaydır. Gereksiz yere kullanılması ve adaletle olan güveni sarstığı iddiası bu nedenle yerinde değildir⁵⁶⁷.

⁵⁶² Surlu, s. 679; Ünsal, s. 629.

⁵⁶³ Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, s. 18.

⁵⁶⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 242.

⁵⁶⁵ Surlu, s. 679; Ünsal, s. 629; Şimşek, s. 39.

⁵⁶⁶ Tüfekçi, s. 101; Özen, s. 777.

⁵⁶⁷ Yerli, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, s. 199- 200.

ŞIV. BELİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN TOPLUMSAL BAKIŞ VE YASAL DÜZENLEMELER

Ülkemizde son dönemlerde mahkeme kararlarına karşı yapılan eleştirilerin başında iyi hal indirimi de denilen takdiri indirim müessesesinin uygulanmasına ilişkin eleştiriler gelmektedir. Özellikle artan kadın ve töre cinayetleri ile yine kadına ve çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda verilen hükümler medya tarafından gündeme getirilmekte ve mahkemelerce sanık hakkında ceza tayin edilirken iyi hal indirimi uygulandığı dile getirilerek yoğun eleştiriler yapılmaktadır⁵⁶⁸. Hatta bu doğrultuda yasal düzenlemeler yapılması dahi teklif edilmektedir. Bu eleştiriler ve yaşanan süreçler de göstermektedir ki iyi hal indirimi, başka bir deyişle takdiri indirim müessesesinin iyi anlaşılması ve belli suçlar bakımından uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekmektedir.

Belirli suçlarda basında dile getirilen tabiriyle iyi hal indirimi müessesesinin uygulanmasını eleştirilenlerin temel dayanağı, bu şekilde suç işleyen faillerin cezasında indirim yapılması ile daha az ceza alması, bunun sonucunda da az bir cezayla kurtulması nedeniyle benzer eylemlerini tekrarlaması ve ayrıca cezanın etkisizliği nedeniyle başka kişilerin de benzer eylemleri gerçekleştirme ihtimalinin varlığıdır. Ayrıca gerçekleştirilen eylemlerin ağırlığı karşısında bu eylemleri yapan kişilerin iyi hal gerekçesiyle daha az ceza almasının hem mağdurun hem de toplumun vicdanında derin yaralar açtığı ileri sürülmektedir.

Bu görüşte olanların aslında dikkat çekmek istediği nokta, toplumda kadınlara ve çocuklara karşı son dönemlerde gerçekleştirilen cinsel ya da fiziki şiddet eylemlerindeki artıştır. Aslında savunulan bu görüşün haklılık payı da bulunmaktadır. Zira son dönemlerde töre ve namus saikiyle işlenen cinayet suçları, çocuk ve kadınlara karşı işlenen cinsel suçlar ve bu suçlara bağlı insan öldürme suçları ile yine herhangi bir nedenle kadına ve çocuklara karşı işlenen şiddet suçlarındaki artış azımsanamayacak

⁵⁶⁸ Örneğin 9 ve 11 yaşındaki iki kızına cinsel istismarda bulunan babanın cezasını, mahkeme heyeti duruşmalardaki tutum ve davranışlarını dikkate alarak iyi hal indirimi uygulayarak 15 yıl 7 ay 15'er gün hapis cezasına indirdi. <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201807161034298475-cinsel-istismar-iyi-hal-indirimi/> (Erişim Tarihi 09/03/2019). Aksi yöndeki diğer bir kararda ise kayınvalidesiyle ilişki yaşayan sanık hakkında bu durumu öğrenen kayınbiraderini yaralama eyleminde kişiliği, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarını gözeten mahkeme heyeti iyi hal indirimi yapmadı. <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201901251037290126-damat-kaynana-aski-yuzunden-islenen-cinayete-dair-mahkemeden-karar/> (Erişim Tarihi 09/03/2019).

boyuttur. Nitekim yapılan bir araştırmada 2003 yılında töre ve namus saikiyle 159, 2004 yılında 204, 2005 yılında 201, 2006 yılında 233 ve 2007 yılında 231 kişi cinayete kurban gitmiştir. 2007 yılı sonrası ise bu sayı 120 olarak açıklanmış ve bu cinayetlere bağlı ölenlerin sayısında düşüş olduğu görülse de sayısal olarak yaşanan bu azalışın neden kaynaklandığı da bilinmemektedir. Bu azalışın işlenen cinayetlerin farklı sebeplerle gerçekleşmesi halinde bu kapsamda kayıt altına alınamamasından da kaynaklanabileceği belirtilmektedir⁵⁶⁹.

Töre ve namus cinayetlerine ilişkin tartışmalar devam ederken bu kez 2018 yılı başlarında küçük yaştaki çocukların kaçırılması ve tecavüz edilmesi olaylarına bağlı olarak bu tartışmalar iyice alevlenmiş, yazılı ve görsel basın tarafından yaşanan bu olaylar yoğun bir şekilde dile getirilmiş ve toplum bakımından gösterilen bu tepkilere duyarsız kalamayan siyasiler tarafından da bu konuda yasal düzenlemeler yapılması amaçlanmıştır.

İlk kez bu konuyla ilgili olarak Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanlığı adına İstanbul Milletvekili Gülay Yedekçi tarafından 05/04/2018 tarihli 1866 sayılı “TCK İle CGTİHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” verilmiştir. Teklifte “5237 sayılı TCK’nın 102. ve 103. maddeleri kapsamındaki suçlarda zamanaşımı, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, haksız tahrik ve iyi hal indirimi uygulanamaz” denilerek bu suçlar bakımından takdiri indirim ve sayılan diğer müesseselerin uygulanmaması teklif edilmiştir⁵⁷⁰. Teklif, Komisyon’da iken 26. dönem yasama yılının sona ermesiyle kadük olmuştur.

⁵⁶⁹ Ayten Buket Yüksel, “Kadına Yönelik Şiddet Ve Töre Cinayetleri”, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 7-8. Yazar, bu konuyla ilgili olarak töre cinayetlerini, “kadın cinselliğinin kontrol edilmesi amacıyla bireylerin yaşam haklarının yerleşmiş kurallar kapsamında aile kararı ile öldürülme onayı verildiği cinayetler” olarak tanımlamaktadır. Namus cinayetlerini ise, “kadının ahlaki değerlere bağlı olmadığı işlenen cinayetler” olarak adlandırmakta ve ikisi arasındaki farkı ise törede ailenin vereceği karara göre hareket etme olduğunu belirtmektedir.

⁵⁷⁰ Teklifin gerekçesinde: “Ülkemizin kanayan yarası olan pedofili ve enseste maruz kalan, çocuk yaşta evlendirilen ve cinsel istismara uğrayan çocuklarımızın yaşadığı vakalar gün geçtikçe artmakta ve toplum vicdanında derin bir yara açmaktadır. Cinsel istismar ve çocuklara yönelik cinsel istismar vakaları, ülkemizin öncelikli sorunlarının başında gelmekte ve toplum huzurunu bozmaktadır. Cinsel saldırı suçlarındaki bu artış insanlarımızın vicdanını sızlatmaktadır. Adalet Bakanlığı’nın 2016 yılı verilerine göre istismar vakaları hakkında açılan toplam dava sayısı 40266, karara çıkan dava sayısı 24825 ve mahkûmiyet kararı verilen dava sayısı 13968’dir. Bu sayılar yargının cinsel istismar davalarına karşı uyguladığı tutumu gözler önüne sermektedir. İstismar vakalarında uygulanan cezaların caydırıcılığı yetersizdir. Cinsel saldırı suçlarından hüküm giyenler hakkında hiçbir şartta

Bu tekliften yaklaşık 4 gün sonra ise bu kez kanun tasarısı hazırlanmıştır. TBMM Başkanlığı'na sunulan 09/04/2018 tarihli 31853594-101-1545-132 sayılı “TCK İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” ile toplum vicdanını derinden sarsan olaylarda takdiri indirim uygulandığında bunun gerekçesinin de gösterilmesi şartı getirilmek istenmiş ve mahkemelerin bu konuda keyfi kararlar vermesi engellenmek istenmiştir. Tasarının 2. maddesinde 26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasına “nedenleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “gerekçesiyle birlikte” ibaresi eklenmek istenmiş, ancak yasa teklifi gibi bu tasarı da yasama yılının sona ermesiyle kadük olmuştur⁵⁷¹.

2018 yılı sonlarına doğru da bu konuda çeşitli kanun teklifleri verilmiştir. Nitekim bu konuda yapılan bir teklif “*Kasten öldürme suçunun sırf kadın saiki ile işlenmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suça karşı indirim halleri uygulanmaz*” şeklindedir. Bu teklife göre; kadına karşı işlenen kasten öldürme suçlarında sadece takdiri indirim değil, yasal indirim nedenlerinin de uygulanmasının önüne geçilmek istenmiştir⁵⁷². 05/04/2018 tarihli teklifle benzer şekilde bu kez Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanlığı adına Hatay Milletvekili Mehmet Güzelmansur tarafından 14/11/2018 tarihli 400 sayılı “TCK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” verilmiştir. Teklifte “5237 sayılı TCK’nın 103. maddesi kapsamındaki çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçlarında takdiri indirim uygulanmaz” denilmektedir. Maddenin genel gerekçesinde: “2005 yılında yürürlüğe

hükümün açıklanmasının geriye bırakılması, haksız tahrik ve iyi hal indirimi uygulanmamalıdır”. <https://www.tbmm.gov.tr/d26/2/2-2282.pdf>. (Erişim Tarihi 09/03/2019)

⁵⁷¹ Madde 2. gerekçesi: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 62. maddesinde belirtilen takdiri indirim nedenlerinin uygulanması halinde, takdiri indirim nedenlerinin gerekçesiyle birlikte kararda gösterilmesi hükmüne bağlanmaktadır. Anayasa’nın 141. maddesi ile 5271 sayılı CMK’nın 34. maddesine göre mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu dikkate alınarak söz konusu düzenleme yapılmaktadır”. <https://www.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0935.pdf>. (Erişim Tarihi 09/03/2019).

⁵⁷² Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekili Mahmut Tanal’ın bu konuda verilen kanun teklifine ilişkin açıklaması şu şekildedir: “Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile de bağdaşacak şekilde yapılması planlanan kanun değişikliği ile kasten öldürme suçunun sadece mağdurun kadın olması saiki ile işlenmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması ve bu suça indirim nedenlerinin uygulanmaması amaçlanmıştır. Ülkemizde sırf kadın olduğu için bu suçun mağduru olan birçok kadın vatandaşımız vardır. Yaşanan bu elim olayların en aza indirgenmesi için kadın saiki ile işlenen cinayetlerde verilecek cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olması ve bu faillerin indirim nedenlerinden yararlanmalarına engel olunması için bu kanun teklifi hazırlanmıştır. Maalesef ki kadına şiddet artık daha belirgin ve saklanamayacak hal aldı. Kadın cinayetlerinin artışında kin ve nefret siyasetinin de payı büyüktür. Meclis’te, kamuoyu önünde, halkın gözü önünde kin ve nefret siyasetinin hâkim olması, vatandaşın gözünde kadın cinayetini olağanlaştırmakta, hırçın bir toplum yaratmaktadır. Kadın cinayetinin iyi hali olmaz, müebbetle yargılanmalıdır”. <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/kadin-cinayetlerinde-iyi-hal-indirimi-kaldirilsin-211254h.htm> (Erişim Tarihi 09/03/2019)

giren TCK'da çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle çocukların cinsel istismarına yönelik cezalarda artış öngörülmesine rağmen adliyelerdeki her 4 tecavüz vakasından biri çocuklarla ilgilidir. Yasalarda bu tür suçların cezalarında artış sağlanmasına rağmen çocuğa yönelik cinsel istismar vakalarında düşüş olmamasının başlıca nedenlerinden biri olarak faile verilen cezada basit gerekçelerle takdir indirimine gidilmesi gösterilmektedir. Ülkemizde çocuğun cinsel istismarı gibi ağır bir suçta, faillerin duruşmalarda sakın bir tavır sergilemesi, iyi giyimli olmaları, kravat takması, tıraş olması gibi basit nedenler takdiri indirim nedeni olarak kabul görmektedir. Örneğin 8 yaşındaki öğrencisini taciz eden sanığa verilen 22 yıl 6 ay hapis cezası duruşmalardaki iyi hal ve tutumu nedeniyle 18 yıl 9 aya düşürülmüştür. Yine 13 yaşındaki zihinsel engelli kız çocuğuna cinsel istismarda bulunan sanığa alt sınırdan verilen 11 yıllık hapis cezası da yine duruşmalardaki 'olumlu tutum ve davranışı' nedeniyle 9 yıla indirilmiştir. Bu tür vicdan yaralayan uygulamalar, bir yandan suçun cezasından kaçabilme ihtimalini yükselterek cezanın caydırıcı etkisini azaltırken, diğer taraftan da suçtan zarar gören kişileri failin hak ettiği cezayı almadığı düşüncesine sevk ederek adalet sistemine olan güveni zedelemektedir. Çocuğun cinsel istismarı ciddi travmalara neden olduğu ve en önemlisi de etkisini mağdurun tüm yaşamı boyunca devam ettirdiği için bu suçlarda takdiri indirim uygulanmasının tamamen kaldırılması en doğru yaklaşım olacaktır⁵⁷³ denilmektedir⁵⁷⁴.

Sunulan kanun teklifi ve tasarıları dikkate alındığında yukarıda vurgulandığı gibi daha çok kadın ve çocuklara karşı gerçekleştirilen fiziki veya cinsel şiddet kapsamındaki eylemlerde takdiri indirim hükümlerinin uygulanmaması ve bu eylemleri gerçekleştiren failler hakkında iyi hal indirimi yapılmaması amaçlanmaktadır. Ancak bazı suçlar bakımından takdiri indirim yapılmasını bu şekilde yasal düzenleme ile tamamen yasaklamak ne derece doğrudur?

⁵⁷³ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1352.pdf>. (Erişim Tarihi 09/03/2019)

⁵⁷⁴ Bu konuyla alakalı olarak ayrıca bkz. kadınlara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarında takdiri indirim uygulanmasının yasaklanmasına ilişkin Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanlığı adına İstanbul Milletvekili Sezgin Tanrıku tarafından sunulan TBMM Başkanlığına 02/07/2018 geliş tarihli 2/55 ve 2/111 sayılı kanun teklifleri ile cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlarda takdiri indirim uygulanmamasına ilişkin Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanlığı adına İstanbul Milletvekili Eren Erdem tarafından sunulan TBMM Başkanlığı'na 06/07/2018 geliş tarihli 2/382 sayılı kanun teklifleri.

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme?d_yy=999&taksim_no=0&y_d_d_k=0&esas_no=&genel_evrak_tarihi_basla=&genel_evrak_tarihi_bitis=&metin_arama=takdiri+indirim+&icerik_arama= (Erişim Tarihi 09/03/2019)

Takdiri indirim nedenleri daha önce de anlatıldığı üzere cezanın bireyselleştirilmesi yöntemi olup uygulayıcı olan hâkimin takdirinde olan bir konudur. Hâkim; mesleki bilgisine, tecrübesine, genel yaşam deneyimlerine, hukuka, ahlaka, kendisinin ve toplumun vicdanı ile somut olayın mahiyetine uygun düştüğü ölçüde bir unsur takdiri indirim sebebi olarak kabul edip cezada indirim yapabilir. Bu indirimi yapıp yapmama hususu her ne kadar hâkimin takdirinde olsa da görüldüğü üzere bizzat yukarıda sayılan unsurlarca zaten bu hakkın mahiyetinden kaynaklı sınırlar vardır. Hâkim, bu konuda tespitini yaparken kendi vicdanına uymayan bir hususu kabul edip indirim sebebi yapamayacağı gibi toplum vicdanında da yaralar açacak bir uygulama yapamayacaktır. Kaldı ki, hâkimin bu konudaki tutumunun da yargısal denetimi yapılmaktadır. Zira kararında takdiri indirim nedenini göstermek zorunda olduğu gibi bunun gerekçesini de ortaya koymak ve belirtmek zorundadır. Gerekçesi incelendiğinde yapılan uygulamanın yerinde mi ya da keyfi mi olduğu anlaşılacaktır. O halde yapılacak yasal düzenlemeler ile belli suçlarda takdiri indirim yapılmasını engellemekten daha ziyade uygulayıcı olan hâkimlerin bu konuda daha dikkatli olmalarını sağlayıcı yöntemler geliştirilmesi, bu konuda hâkimler ve onların kararları üzerinde baskı ve denetim kurmaksızın sivil toplum ve medya aracılığıyla bilinç düzeyinin artırılması, hâkimlere gerekli eğitimin sağlanması, hâkimlerin mesleki ve hukuki bilgisi ile tecrübesinin artırılması gibi yöntemler uygulanabilir.

Takdiri indirim bakımından her bir olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Sırf bir olayın toplumu derinden etkilemesi ve sarsması, bu eylemi işleyen fail lehine birtakım muhtemel indirim nedenlerinin uygulanmamasının gerekçesi olamaz. Örneğin; geçmişinde hiçbir olumsuz davranışı ve eylemi olmayan, duruşma sırasında samimi ve olumlu beyanlarda bulunup yargılamanın aydınlatılmasına katkı sağlayan, her fırsatta pişmanlığını dile getiren bir failin, anlık bir kararla bir kadına tecavüz etmesi ve sonrasında eyleminin ortaya çıkmasından korkup panikleyerek onu öldürmesi olayında sırf eylemin mahiyeti göz önüne alınarak takdiri indirimden yoksun bırakılması da adaletten beklenen amaca aykırı olacaktır. Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemeler ile bu müessesesinin belli suçlarda tamamen ortadan kaldırılmasından daha ziyade her olayın kendi içinde değerlendirilmesi; eylemin işleniş şekli, failin eylem öncesi, anı ve sonrası ile özellikle yargılama sürecindeki tutumu ve davranışlarının incelenmesi ve tüm bu hususların göz önüne alınarak bu konuda hâkim tarafından karar verilmesi daha sağlıklı

bir yargılama yapılmasını sağlayacak ve bu tarz bir uygulamanın adaletin tesisindeki katkısı daha büyük olacaktır.

Nitekim Şen de: “Mahkemelerin ve hâkimlerin kararlarında herkesi memnun etmek zorunda olmadığını, zaten bunun fiilen de mümkün olmadığını, yargılama taraflarının yanında yer almayan mahkemelerin ve hâkimlerin suçun önlenmesi veya işlenen suçtan dolayı en ağır cezaları vermek gibi görevlerinin olmadığını, mahkemeler ve hâkimler için önemli olanın bağımsız ve tarafsız hareket etmek suretiyle maddi hakikate ve adalete ulaşmak olduğunu, bu noktada mahkemelerin ve hâkimlerin rehberinin Anayasa, kanunlar ve vicdanları olduğunu, keyfi olmamakla beraber hâkimlerin kendi takdir ve değerlendirmesini katmak suretiyle ceza hukukunun öngördüğü müesseseleri tatbik edeceğini, davaya bakan mahkemenin ve karar veren hâkimin, takdiri indirim nedenleri konusunda yaptığı uygulama nedeniyle sorumlu tutulmasının ve acımasızca eleştirilmesinin doğru olmadığını, bir an için mahkemenin hatalı, somut gerekçeden yoksun veya keyfi bir değerlendirme yapması halinde bunun denetiminin kanun yolu olduğunu, 1926 yılından beri cezanın bireyselleştirilmesi yöntemi olarak uygulanan bu müessesesin yapılacak yasal düzenlemeler ile ortadan kaldırılmasının adalete aykırı sonuçlara yol açabileceğini, bir an duyulan kızgınlığa ve toplumsal tepkiye bağlı olarak sistemin ters yüz edilmesi ve kanunların değiştirilmesinin, bu değişiklikten beklenen sonuçları vermeyeceği gibi, insanı ve toplumu olduğundan farklı kılmaya yol açacağı ve suçları önlemeye de yetmeyeceğini” belirtmektedir⁵⁷⁵. Bu görüşten hareketle yazar da; takdiri indirim nedenleri konusunda verilen kararlara ilişkin zaten yasal denetimin yapıldığını, bu konuda acımasızca eleştirmenin doğru olmadığını, yasal düzenlemelerden daha ziyade somut olaya göre hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, bu konuda duyulan toplumsal baskı nedeniyle yasal düzenleme yapmaktan daha ziyade her bir olayın kendi içinde değerlendirilmesi, takdiri indirim müessesesi bakımından mahkemelerin ve hâkimlerin var olan takdir yetkisinin devam etmesi, kevfî bir uygulama varsa bunun yargısal mekanizmalar ışığında düzeltilmesi ile vicdanının rahatlatılması daha doğru olacaktır.

⁵⁷⁵ Ersan Şen. Saygınlık İndirimi Nedir? <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1640712-saygınlık-indirimi-nedir>. (Erişim Tarihi 10/03/2019)

SONUÇ

Geçmiş dönemlere bakıldığında suç işleyen bireylere uygulanan yaptırımların insan onuruna ve değerine uygun olduğu söylenemez. Yapılan eylem sonucunda klan başkanı tarafından uygulanan klan dışı etme yöntemi ile suç işleyen fail, tek başına bırakılmakta ve her türlü tehlikeye karşı korumasız kalmakta iken sonrasında, yapılan eylemin bire bir karşılığının verilmesi olan kısas yöntemi uygulanmış, daha sonra ise suçtan zarar gören ile suç işleyen fail arasında mal ya da para vermek suretiyle yapılan anlaşma ile diyet usulü uygulanmıştı. Zamanla cezalandırma yetkisi bireyden devlet denilen üstün otoriteye geçmiş, ancak bu cezalandırmadaki katılığı ve keyfiliği ortadan kaldırmamış, aksine suç işleyen faillere uygulanacak cezalar serbestçe ve bir sınırlama olmaksızın belirlenmişti. Cezalandırmadaki bu keyfilik ise Orta Çağ ve Aydınlanma Çağı dönemlerinde de devam etmiş ve Fransız İhtilâli süreci ile sona ermiştir. Bu dönemde cezayı verecek makam olan hâkimlerin de hata yapabileceği düşünülmüş ve hâkimlerin, sadece yasaların birer uygulayıcısı olması gerektiği savunularak sabit cezalar sistemi kabul edilerek yetkileri sınırlandırılmıştı. Ancak bu katı anlayış da birtakım sorunları doğurunca 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda alt ve üst sınırları olan cezalar belli suçlar için kabul edilmiş, hâkime cezayı bu sınırlar arasında belirleme yetkisi tanınmış, daha sonra bu suçların kapsamı genişletildiği gibi zamanla hâkime cezalarda takdiren de indirim yapma yetkisi verilmişti.

İşte bu aşamalardan geçerek ortaya çıkan takdiri indirim müessesesi, bugün ceza hukukunun en önemli müesseseleri arasında yer almaktadır. Özellikle Klasik Okul'un aksine Pozitivist Teori'yi savunanlarca suç yerine suçlunun ele alınmaya başlamasıyla birlikte faili suça iten ve failin kişiliğini etkileyip yönlendiren geçmişi, psişik, sosyal ve ekonomik etmenler ön plana çıkmış ve faili değerlendirirken tüm bu hususların dikkate alınması düşüncesi yerleşmiştir. Sonraki dönemlerde ise ortaya çıkan ceza anlayışı ile suç işleyen failin ıslah edilmesi ve topluma kazandırılması amaçlanmıştır. Bu düşünce ve anlayış doğrultusunda hazırlanan ceza kanunlarında suç işleyen fail lehine düzenlemeler getirilmiş, soyut olarak belirlenen cezaların failin

durumuna uydurulabilmesi ve adaletin daha mutlak bir şekilde tesis edilmesi için bireyselleştirme yöntemleri kabul edilmiş ve bu yöntemlerden biri olarak da takdiri indirim müessesesi ceza kanunlarındaki yerini almıştır.

Takdiri indirim müessesesi de ceza kanununda mahsup, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasını seçenek tedbirlere çevirme yöntemleri gibi cezayı kişiselleştirme ya da bireyselleştirme araçlarından biri olarak düzenlenmiştir. Soyut olarak belirlenen cezanın failin durumuna uydurulması, olayın özellikleri ile suçlunun kişiliğinin bağdaştırılması ve bu şekilde daha insancıl ve dengeli bir adaletin sağlanması temel hedef olarak belirlenmiştir. Zira bu şekilde her olay kendi içinde değerlendirilecek, suç işleyen her failin durumu her bir olay bakımından ele alınıp incelenecek, suçun işlenme şekli ile failin kendine özgü tüm durumları dikkate alınarak ceza tespit edilecek ve failden kaynaklı ve onun özelliklerini taşıyan lehe veya aleyhe olan tüm hususlar cezanın tespiti sırasında dikkate alınacağından tam anlamıyla bireyselleştirme de sağlanacaktır.

Bu bireyselleştirmeyi yapacak olanlar ise cezayı tespit edecek olan hâkimlerdir. Hâkimlere, bu tespiti yaparken rehberlik edecek olan ise genel yaşam deneyimleri, tecrübeleri, mesleki ve hukuk bilgisi ile vicdanları olacaktır. Bu bakımdan uygulayıcı olan hâkimlerin yaşam tecrübelerinin, meslek ve hukuk bilgilerinin yeterli olması gerekmektedir. Bu konuda sahip olduğu bilgileri vicdanı ile yoğurarak ceza adaleti tesisinde önemli bir görevi yerine getirmiş olacaklardır. Ancak bugün itibarıyla uygulayıcı olan hâkimlerin gerekli hukuki veya mesleki bilgi ve tecrübeye sahip oldukları da söylenemez. Ülkenin içinde bulunduğu şartlar, toplumsal olaylar ve aşırı iş gücünün varlığı buna sebep olan unsurların başında gelmektedir. Ancak şartlar bu şekilde olsa da bu aşamadan sonra yapılacak olan husus, uygulayıcı olan hâkimlere gerekli eğitim ve desteğin verilmesi ile bir an önce hâkimlerin eksikliklerin kapatılması olmalıdır. Bu konuda gerekli eğitimleri alan, suç işleyen faile nasıl yaklaşması gerektiğini bilen, faili sadece olay anı ile değerlendirmeyip tüm yönleri ile inceleyebilen ve tespit ettiği hususları kararına yansıtabilen hâkimler daha adaletli kararlar verecek ve bunun sonucunda da toplumun yargıya, hukuka ve adalet anlayışına karşı güvenleri artacaktır.

Uygulayıcı olan hâkimler, takdiri indirim nedeni olarak kanunda belirtilen failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerini dikkate almak zorundadır. Kanunda her ne kadar bu unsurlar kabul edilmiş ise de takdiri indirim nedenleri sadece kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Zira bu durum, kanun metninde birtakım hususlar sayıldıktan sonra “*gibi*” denilerek başkaca tespit edilen unsurların da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesine imkân vermesinden anlaşılmaktadır. Metnin kaleme alınış şekli dikkate alındığında bu konuda hâkimlere herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir.

Hâkimler, somut bir olayda takdiri indirim nedeni olarak herhangi bir hususu tespit edip uygulayabilir. Hâkim, bu konuda müessesesinin adından da anlaşılabileceği üzere takdir yetkisine sahiptir. Ancak hâkime tanınan bu takdir yetkisi sınırsız değildir ve yetkinin keyfi bir şekilde kullanılabileceği anlamına da gelmemelidir. Takdiri indirim sebebi olarak kabul edilebilecek bir unsurun, her şeyden önce hukuka ve ahlaka uygun olması gerektiği gibi olayın mahiyetine de uygun düşmesi, somut olay bakımından kabul edilebilecek makul bir sebep olması gerekmektedir. Yine kanundan kaynaklı yasal sınırlamalar da bulunabilir. Bu sınırlamalar da belli suçlarda takdiri indirim yapılmasının tamamen yasaklanması veya bazı unsurların takdiri indirim sebebi olarak kabul edilmesinin engellenmesi şeklinde olabilir. Örneğin; diğer yasal indirim nedenlerinden biri kapsamında sayılacak bir unsurun, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle cezanın tespiti sırasında son sırada ele alınacak olan takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip uygulanması mümkün olmayacaktır. Günümüzde takdiri indirim nedenlerine ilişkin yasal sınırlamalar genelde bu şekilde olup belli suçlarda takdiri indirimin tamamen yasaklanması durumu yoktur. Ancak daha önce belirtildiği üzere yaşanan bazı olaylardan sonra bu yasaklamalara ilişkin verilen kanun tasarıları ve teklifleri de oldukça ciddi sayıdadır. Gelecek dönemde de yine bu olaylara bağlı olarak bu yöndeki bir yasaklama ihtimali de toplum baskısı nedeniyle oldukça yüksektir.

Bazen de bu sınırlamalar, takdiri indirim müessesesinin bizzat kendisinden ve uygulanışından kaynaklanmaktadır. Zira takdiri indirim nedeni olarak bir unsur kabul edilip uygulandığında bunun muhakkak kararda gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca uygulayıcı olan hâkim, somut bir olayda neden takdiri indirim uyguladığının veya uygulamadığının gerekçesini göstermek ve açıklamak zorundadır. Hatta bu konuda bir

talep varsa bunu muhakkak tartışmak zorundadır. Bunun yanında ilk derece mahkemelerince verilen kararların yargısal denetimini de yapılmakta, verilen kararlar kanun yolu mercilerince denetlenmektedir. Bu denetimin kapsamında takdiri indirim bakımından yapılan uygulama da bulunmaktadır. Bütün bu denetim mekanizmaları ve araçları ile hâkimlerin takdiri indirim müessesesine daha dikkatli yaklaşımları sağlanmakta, keyfi bir şekilde hareket etmelerinin önüne geçilmektedir.

Takdiri indirim nedenleri bakımından getirilen bu sınırlar içinde kalmak şartıyla uygulayıcı olan hâkimler, herhangi bir sebebi takdiri indirim nedeni olarak kabul edip uygulayabilir. Her ne kadar durum bu şekilde olsa da uygulamaya bakıldığında daha çok kanunda misal olarak gösterilen unsurların hâkimler tarafından takdiri indirim nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu unsurlar bakımından yapılacak değerlendirmede ise en çok uygulanan failin geçmişi unsurudur. Geçmişinde sabıkası olan kişiler hakkında takdiri indirimin uygulanmadığı görülmektedir. Ancak bu hususa oldukça dikkat etmek gerekmektedir. Çünkü mevcut sabıkası oldukça eski bir döneme ilişkin olan, sonrasında pişman olmuş ve uzun bir dönem suç işlememiş olan kişi için sırf önceki sabıkasına dayanarak takdiri indirim yapılmaması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle önceki sabıkasının her bir olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Mevcut sabıkanın takdiri indirimi engellemesi, failin suç işlemekteki kararlı ve uslanmaz davranışını göstermesi halinde mümkün olabilecektir. Sosyal ilişkilerden kasıt ise suç işleyen failin eğitim, sosyal ve ekonomik durumu, mesleği, yakın çevresi ve ailesi ile ilişkileridir. Sosyal ve ekonomik anlamdaki farklılık asla birtakım kişiler lehine ayrıcalık anlamına gelmemelidir. Zira yasalar önünde herkes eşittir. Anayasa Mahkemesi, bu konuyla alakalı olarak verdiği bir kararda yasa önünde eşitliğin herkes için gerekli olduğunu, ancak sosyal ve ekonomik durumu farklı olanların farklı kurallara tabi tutulmasının esas olduğunu belirtmiştir. Nitekim böylesi bir anlayışın, ceza adaletine daha uygun olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Fiilden sonraki ve özellikle yargılama sürecindeki failin davranışları da dikkatle izlenmeli ve değerlendirilmelidir. Zira fiilden sonraki olumlu sayılabilecek bazı davranışlar kanunda başka bir yasal düzenleme kapsamında düzenlenmiş olabilir. Çifte değerlendirme yasağı bakımından bu hususa dikkat etmek gerekecektir. Yine uygulamada suçunu ikrar eden kişiye daha az ceza vermek için takdiri indirim yapılması, suçunu inkâr eden ya da susma hakkını kullananların ise takdiri indirimden

yararlandırılmaması gibi genel bir anlayış söz konusudur. Ancak susma veya inkâr hakkı, suç işleyen faile tanınan savunma hakkının doğal bir uzantısıdır. Sırf bu hakkın kullanımı, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasının gerekçesi olamayacaktır. Ayrıca, suçu ikrar da tek başına takdiri indirime yol açamayacaktır. Zira suçun ikrarı kusuru azaltmadığı gibi, failin sonraki dönemde yeniden suç işlemeyeceğinin göstergesi de olamayacaktır. Sayılan bu hususlar bakımından uygulayıcı olan hâkimlerin takdiri indirim yapıp yapmama konusunda oldukça dikkat etmeleri ve her bir olayın kendi içinde bu hususları değerlendirerek bir sonuca varmaları gerekmektedir.

Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri de takdiri indirime konu edilebilir. Burada hâkimlerin en çok dikkat etmeleri gereken hususların başında olası etkilerin sadece hukuki etkilerle sınırlı olmadığıdır. Verilen bir ceza, aynı zamanda failin ekonomik bir yıkımına sebep olacaksa yine bu indirim yapılabilir. Bunun yanında cezanın olası etkilerinin sadece fail üzerinde olması da şart değildir. Bu etki, failin yakın çevresi, örneğin; aile üyeleri üzerinde de olabilir. Bunun yanında cezanın fail üzerindeki olası etkilerinin de her bir fail yönünden ayrıntılı değerlendirilmesi gerekir. Zira zaten ölümcül bir hastalığa yakalanan kişi için sırf bu durumu nedeniyle cezada indirim yapılması söz konusu olursa bu durumda bu kişi rahatlıkla başka suçlar da işleyebilir. Bu nedenle hâkimin bizzat duruşmada faili gözlemleyerek sağlıklı bir karar vermesi ve sonuca ulaşması gerekecektir.

Takdiri indirim nedenleri bakımından hâkimlerce ve mahkemelerce yapılan uygulama ise yargısal denetim altındadır. Uygulamada Yargıtay tarafından sadece hukuki denetim değil aynı zamanda içerik denetimi de yapılmakta ve bu konuda hâkimlerin takdir hakkına müdahale edilmektedir. Bazı kararlarda kabul edilen sebeplerin makul olup olmadığını denetleyen Yargıtay, bazı kararlarında ise takdiri indirim nedenlerinin somut olayda gerçekleştiğini gerekçe göstererek uygulanmamasını bozma sebebi yapmakta veya tam tersi bir uygulama yapmaktadır. Bazı hallerde ise gösterilen gerekçeleri yetersiz olarak kabul ederek denetlemektedir. Yargıtay'ın bu şekilde içerik denetimi yapması eleştirilmekte ve bu denetimin takdir yetkisiyle bağdaşmadığı ileri sürülse de Yargıtay, bu konuda etkin bir şekilde denetimini devam ettirmektedir.

Bu müessesenin uygulanmasıyla ilgili olarak ise uygulamada birtakım sıkıntılar da baş göstermektedir. Her şeyden önce toplumda infiale yol açan birtakım olaylarda dahi ayrıntılı bir şekilde gerekçe gösterilmeksizin basit nedenlerle takdiri indirimine gidilmesi toplum vicdanını yaralamaktadır. Elbette ki olayın sırf bu niteliği takdiri indirimine engel değildir. Ancak toplumda infiale yol açan bu olaylarda ileri sürülen gerekçelerin doyurucu, kabul edilebilir ve makul olması gerekmektedir. Ancak bu durumda insanların adalete olan güveni pekişmiş olacaktır. Yine takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sırasında failin susması ya da suçu inkâr etmesi halinde failer aleyhine daha olumsuz bir yaklaşım sergilenmekte ve takdiri indirim nedenleri uygulanmamaktadır. Ancak bu durum daha önce de belirtildiği üzere savunma hakkı ile çeliştiğinden bu konudaki uygulamaya da oldukça dikkat etmek gerekir. Yine hâkimler ve mahkemelerin, takdiri indirim nedenlerini sadece kanundaki ibareleri tekrar ederek uyguladıkları da bilinmektedir. Sırf kanundaki ibarelerin tekrarı yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Yargıtay da takdiri indirimin yapıldığı hallerde bu duruma dokunmamakta ve sadece uygulanmaması halinde yeterli bir gerekçe aramaktadır. Ancak takdiri indirim uygulansa da uygulanmasa da kararda gösterilmesi ve gerekçenin ortaya koyulması gerekmektedir. Aksi halde sırf kanundaki ibarelerin tekrarı, bu müessesenin öneminin azalmasına yol açacağı gibi toplumda zaten suç işleyen failer lehine uygulanacağı düşüncesine de yol açabilir. Bu durum da suçun mağdurlarını rahatsız edebilir. Ayrıca kanunda süreli hapis ve adli para cezaları yönünden takdiri indirim oranı 1/6 olarak gösterilmekte ve uygulamada da hemen hemen her kararda bu oran esas alınmaktadır. Ancak bu oran yapılacak indirim için üst sınırdır. Bu oranı aşmamak şartıyla cezanın tespiti sırasında başka indirim oranları da kabul edilebilir. Nitekim cezanın bireyselleştirilmesinin bir gereği olarak suç işleyen failin cezasında somut olaya göre daha az bir indirim yapılması gerekebilir. Bu durumda dahi 1/6 oranında cezada indirim yapılması, cezanın bireyselleştirilmesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca yargılamada esas olan doğrudan doğruyalık ve yüz yüzelik ilkeleri dikkate alınmadan, yargılama sırasında bizzat faili görmeden hâkimlerin değerlendirme yaparak takdiri indirim konusunda karar vermeleri de yaşanan sıkıntılardan biridir. Uzun süren yargılamalarda hükmü veren hâkimle faili bizzat gözlemleyen hâkimin farklı olması ya da yaşanan hâkim değişikliklerinde sonraki hâkimin, sadece dosya üzerinden failin durumunu değerlendirmesi takdiri indirim nedenleri bakımından sağlıklı bir uygulama olmayacaktır. Bunun yanında yargılamada asıl olan yüz yüzelik

olsa da failin başka yerde bulunması halinde istinabe yapılmak zorunda kalındığında yine hükmü verecek hâkimin faili görmeden değerlendirme yapması söz konusudur. SEGBİS uygulamasıyla bu durumun sakıncaları hafifletilmeye çalışılsa da esas olan failin duruşmada bizzat bulunması ve hâkimin, faili bizzat gözlemlemesidir. Yargılama aşamasında yaşanan bu tür sıkıntılar da takdiri indirim nedenlerinin etkin ve verimli bir şekilde uygulanmasına engel olmaktadır.

Yine uygulamadaki aksaklıklar sadece ilk derece mahkemelerinin uygulaması ile sınırlı olmayıp Yargıtay uygulamasından da kaynaklanmaktadır. Yargıtay'ın yapılan eleştirilere rağmen takdiri indirim nedenleri yönünden mahkeme kararlarını içerik bakımından denetlemesi hâkimler üzerinde baskılara neden olmaktadır. Zira bu konuda Yüksek Mahkeme'nin verdiği karara uymak konusunda kendini zorunlu ve baskı altında hisseden hâkimler, gerekli değerlendirmeyi yapmadan bizzat Yüksek Mahkeme'nin kararı doğrultusunda hareket etmekte, bu durum da yine adalete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Zira bizzat faili gören, yargılamanın tüm süreçlerinde faili gözlemleyen hâkimlerin, sadece dosya üzerinden inceleme yapan Yüksek Mahkeme'ye nazaran bu konuda daha sağlıklı değerlendirme yapması mümkün iken, aksi bir şekilde davranmak zorunda kalmaları doğru değildir. Bunun sonucunda da hâkimler, genellikle suç işleyen failler lehine takdiri indirimi uygulamakta ve böylece cezanın bireyselleştirilmesinden beklenen amaç hâsıl olmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki denetiminin hiçbir faydasının olmadığı da söylenemez. Zira yapılan denetim, takdiri indirim nedenlerine ilişkin uygulamadaki keyfiliği azaltacağı gibi bu müessesenin yerinde ve etkin bir şekilde uygulanmasına da katkı sağlayacaktır. Ancak yine de Yargıtay, bu denetimi yaparken hukuki denetim sınırları içinde kalmalı, alt derece mahkemelerince takdiri indirim nedenleri uygulanırken gerekçesizlik, keyfilik ve çelişki gibi ancak açık ve bariz hukuka aykırılık halleri varsa istisnai ve zorunlu olarak bu denetimi yapmalıdır.

Bu noktada dikkat edilmesi ve eleştirilmesi gereken diğer bir husus da takdiri indirime ilişkin yasa metninin kaleme alınış şeklidir. Yasa metninde takdiri indirimle ilgili tüm ibareler emir kipi şeklinde kaleme alınmıştır. Sadece takdiri indirim nedenlerinin unsurları yönünden takdiri bir ibare kullanılmıştır. Bu şekilde düzenleme yapılması takdiri indirim nedenlerinin takdiri niteliğine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü bu ifade uygulayıcı olan kişilerde bir zorunluluk düşüncesine yol açabilir ki her

durumda cezada indirim yapılmasına neden olur. Bu nedenle yasal metnin, müessesenin niteliğine uygun olacak şekilde yeniden düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

Tüm bu belirtilen hususlar ve uygulamada yaşanan sıkıntılara rağmen takdiri indirim nedenleri, bundan sonra da cezanın tespiti sırasında dikkate alınması gereken önemli bir unsur olarak karşımıza çıkacaktır. Cezanın tespitindeki önemi nedeniyle bu çalışmada her ne kadar bu müessesenin daha iyi anlaşılması için birtakım hususlar anlatılmaya ve açıklanmaya çalışılsa da sürekli değişen ve gelişen şartlar karşısında bu anlatılanların yetersiz kalacağı da aşîkârdır. Bu nedenle bu konudaki çalışmaları daim kılmak, gelişen ve değişen koşullara göre uygulamada ortaya çıkacak aksaklıkları tespit edip gidermek, bu konuda uygulayıcı olan hâkimlere gerekli eğitimi vermek suretiyle bu müessesenin daha etkin ve yararlı olarak kullanılması sağlanacaktır. Bunun sonucunda da suç işleyen fail yönünden cezanın bireyselleştirilmesi daha sağlıklı yapılarak adil, hukuka ve hakkaniyete uygun bir cezalandırma tesis edilecek ve böylece hem suç işleyen fail yönünden hem de suçun mağduru ile toplum vicdanında adalete ve hukuka olan güven tesis edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Akbulut, İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003, s. 167- 181.
- Akçin, İhsan, Kemalettin Erel, Yüksel Fazla vd., Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2012), Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Akgündüz, Ahmed, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer’iye Mahkemeleri Ve Şer’iye Sicilleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 14, 2009, s. 13- 48.
- Akmanlar, Bülent, “Ceza Hâkiminin Takdir Selahiyeti”, ABD, S. 2, 1960, s. 12- 17.
- Aktaş, Sururi, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, EÜHFD, C. 13, S. 1- 2, 2009, s. 1- 25.
- Albayrak, Mustafa, Türk Ceza Kanunu (Notlu-Atıflı-Uygulamalı), 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Antolisei, Francesco, “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri” (Çev. Yılmaz Günal), AÜSBFD, C. 20, S. 2, 1965, s. 715- 733.
- Arıcan, Mehmet, Ceza Adaleti, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Arslan, Çetin ve Murat Kayañçiçek, Suçta Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Artuç, Mustafa ve Tahir Hırslı, Hüküm Kurma Sanatı, Beşinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Dokuzuncu Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Caner Yenidünya, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Müessesesi (TCK M. 51), Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan, Birinci Basım, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu

İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 37- 85.

Aşçıoğlu, Çetin, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, TBB, S. 48, 2003, s. 109- 116.

Atalay, İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3- 4, 2007, s. 239- 272.

Avcı, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 199- 232.

Aydın, Çağrı Kan, “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, TBB, S. 91, 2010, s. 146- 180.

Aydın, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 225- 254.

Aydın, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, 2004, s. 249- 263.

Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Bayraktar, Köksal, “Faal Nedamet”, İÜHFD, C. 33, S. 3- 4, 1967, s. 122- 154.

Birtek, Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Birtek, Fatih, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Birtek, Fatih, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Cengiz, Emine, Jeremy Bentham’da Fayda İlkesi Temelinde Hukuk Ve Ahlak, GÜSBE, Ankara Haziran 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

- Centel, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar Ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi, Türk Ceza Kanunu Sempozyumu 05/03/2005”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2005, s. 359- 368.
- Çakıcı, Leyla, “Kan Gütme Saiki İle İşlenen Adam Öldürme Suçu”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 1, 2005, s. 1- 29.
- Çalışkan, İbrahim, “İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1990, s. 367- 397.
- Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.
- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, AD, S. 30, Ocak 2008, s. 1- 19.
- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun, “Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler”, AD, S. 29, Eylül 2007, s. 3- 33.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Demirbaş, Timur, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, İstanbul 1985.
- Demirel, Hakkı, “Ölüm Cezası”, AÜHFD, C. 12, S. 1, 1955, s. 152- 171.
- Dilberoglu, Ahmet Vedat, “Cezalar Ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı Ve Niteliği”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 1517- 1544.
- Dinçkol, Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 1- 3, 1995, s. 143- 155.
- Dinçkol, Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak ve Nisfet”, YD, C. 19, S. 3, Temmuz 1993, s. 214- 230.
- Doğan, Fatma Karakaş, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Birinci Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

- Doğan, Koray, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 277- 299.
- Dolcini, Emilio, “Ceza İnfazı Meselesi: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço” (Çev. Duygu Çağlar Doğan), AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3355- 3374.
- Dolu, Osman, “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, Polis Bilimleri Dergisi, C. 11, S. 4, 2009, s. 89- 120.
- Dönmez, Burcu Demren, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFD, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 267- 294.
- Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.
- Dönmezer, Sulhi, “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki”, İÜHFD, C. 42, S. 1- 4, 1976, s. 1- 12.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. I, 14. Baskı (Onüçüncü Tıpkı Bası), Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C. II, 11. Baskı, İstanbul 1997.
- Dursun, Hasan, “Suç Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi”, AD, S. 59, Eylül 2017, s. 189- 226.
- Edis, Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, s. 169- 196.
- Ercan, İsmail, Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 5. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, 2009.
- Erem, Faruk, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, AÜHFD, C. 3, S. 2, 1946, s. 357- 364.
- Erem, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, Ankara.
- Erem, Faruk, “Suça İştirak”, AÜHFD, C. 3, S. 1, 1946, s. 62- 107.
- Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Dördüncü Bası, Ankara 1958.
- Erem, Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, C. 1, S. 3, 1944, s. 351- 378.

- Erol, Haydar, Türk Ceza Kanunu (Gerekçeli Ve Açıklamalı), C. 1 (Madde 1-81), 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, 2009.
- Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.
- Garçon, Emile, “Ceza Hukuku, Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti” (Çev. Naci Şensoy), İÜHFM, C. 12, S. 2- 3, 1946, s. 752- 764.
- Garçon, Emile, “Ceza Hukuku, Menşe, Tekamül ve Halihazır Vaziyeti” (Çev. Naci Şensoy), İÜHFM, C. 12, S. 4, 1946, s. 1193- 1217.
- Gedik, Doğan, “Basamaklı (Alt – Üst Sınırlı) Ceza Sisteminde Temel Cezanın Tayini ve Türk Ceza Kanunu’nun 29/son Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Temel Ceza”, AD, S. 15, Nisan 2003, s. 360- 373.
- Gödekli, Mehmet, “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 29, Ocak 2017, s. 277- 360.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. 1 (Madde 1-124), Genişletilmiş Dördüncü Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.
- Gümüş, Musa, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, Tarih Okulu Dergisi, S. 14, İlkbahar-Yaz 2013, s. 163- 200.
- Güral, Jale, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 1”, ABD, C. 5, S. 63, Temmuz 1949, s. 11- 19.
- Güral, Jale, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme 2”, ABD, C. 5, S. 64- 65, Ağustos 1949, s. 30- 42.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım 1 (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış Ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı) (Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek vd.), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- İçel, Kayıhan, İzzet Özgenç, Adem Sözüer vd., Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, 1. Bası, İstanbul 2000.

İçel, Kayıhan ve Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Kısım), 1. Kitap, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş Beşinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Kaya, Musa, Türk Ceza Adaleti Sisteminde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma, GÜSBE, Ankara Eylül 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Kazancı, Behiye Eker, “Mağdurun Davranışları Ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1309- 1357.

Keyman, Selâhattin, “Tipiklik Ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. 37, S. 1, 1980, s. 59-105.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Konya Milletvekili Kerim Özkul’un Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi; Malatya Milletvekili Muharrem Kılıç ile 29 Milletvekili ve Trabzon Milletvekili Cevdet Erdöl ile 5 Milletvekilinin, Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (2/402, 2/406, 2/408), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 842.

Köni, Burhan, “Ceza Hukukunda Tenkil Ve Önleme Meselesi”, AÜSBFD, C. 1, S. 1, 1943, s. 47- 55.

Köni, Burhan, “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, AÜSBFD, C. 11, S. 3, 1956, s. 49- 58.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, (Genel Hükümler 1-75, Özel Hükümler 76-169, İlgili Diğer Mevzuat), Birinci C., Malkoç Kitabevi Yayınları, 2005.

Metiner, Haydar ve Emine Ahsen Koç, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, C. 2 (Madde 37-75), Ankara 2008.

Noyan, Erdal, Ceza Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006.

Otacı, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Ve Uygulaması”, AD, S. 15, Nisan 2003, s. 228- 235.

Otacı, Cengiz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, Birinci Baskı, HUKAB Yayınevi, Ankara 2013.

Otacı, Cengiz, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulaması”, AD, S. 26, Eylül 2006, s. 116- 121.

Ozansü, Mehmet Cemil, Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Özçelik, Ahmet Selçuk, “Feodalitenin İçtimai Mahiyeti, Menşei, Avrupa’nın Medeni Ve Siyasi İnkişafındaki Rolü”, İÜHFD, C. 17, S. 1- 2, Y. 1951, s. 350- 387.

Özen, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK’da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1 (Madde 1-140), Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.

Polat, Halil ve Aynur Arslan Polat, Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

- Rende, Domenico, “Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri Ve Bunların Şahsileştirilmesi” (Çev. Burhanettin Köni), İÜHFM, C. 2, Ocak 1936, s. 68- 101.
- Rouast, Andre, “Hukukta Mücerretlik Ve Müşahhaslık” (Çev. Sulhi Dönmezer ve Mahmut R. Belik), İÜHFD, C. 8, S. 3- 4, Y. 1942, s. 994- 1014.
- Saleilles, Raymond, “İtalyan Mektebi” (Çev. Saim Apay), AÜHFD, C. 13, S. 1, 1956, s. 69- 85.
- Sanal, Adil, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebebler”, AD, S. 9, Eylül 1965, s. 1015- 1018.
- Sevig, Vasfi Raşid, “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD, C. 12, S. 3, 1955, s. 9- 49.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Soyaslan, Doğan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, SÜHFD, C. 11, S. 1- 2, 2003, s. 25- 49.
- Soyaslan, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Surlu, Mehmet Handan, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY. M. 59.)”, AD, S. 11, Kasım 1970, s. 677- 694.
- Şahin, Meral Ekici, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 637- 686.
- Şimşek, Alahattin, Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK M. 62), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Taner, Tahir, “Türk Ceza Kanunu’nun 09/07/1953 tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, İÜHFD, C. 19, S. 3- 4, 1954, s. 523- 575.
- Taner, Tahir, “Yeni İsviçre Ceza Kanunu”, İÜHFD, C. 6, S. 4, 1940, s. 737- 755.
- Taneri, Gökhan, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, ABD, S. 3, 2016, s. 127- 162.

- Tangal, Zeynel T., “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi”, CHD, Y. 6, S. 17, Ağustos 2011, s. 61- 106.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), 4. Baskı, İstanbul 2002.
- Taşkın, Ahmet, “Türk Ceza Kanunu’nun Amacı”, AD, S. 30, Ocak 2008, s. 56- 81.
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003.
- Toroslul, Haluk, Ceza Müeyyidesi, AÜSBE, Ankara 2007 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Toroslul, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, YD, C. 16, S. 1- 2 Ocak-Nisan 1990, s. 121- 125.
- Toroslul Nevzat ve Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar (Ed. Teoman Ergül), Birinci Baskı, TBBY, Ankara 2004, s. 1- 20.
- Toroslul, Nevzat ve Haluk Toroslul, Ceza Hukuku Genel Kısım, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- Tosun, Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, İÜHFD, C. 27, S. 1- 4, 1961, s. 45- 61.
- Turan, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Mahkeme Kararlarında Gerekçe”, YD, C. 31, S. 3, Temmuz 2005, s. 393- 414.
- Tüfekçi, Elif, Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi, GÜSBE, Ankara 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Türkçapar, Tahsin, “Mahkeme Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu Ve Takdir”, YD, C. 3, S. 3- 4, Temmuz-Ekim 1977, s. 255- 265.
- Üçok, Çoşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AÜHFD, C. 3, S. 1, 1946, s. 125- 146.
- Ünsal, Levent, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY. Md. 59.”, YD, C. 28, S. 4, Ekim 2002, s. 624- 655.

- Üzülmez, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C. 10, S. 3- 4, 2006, s. 203- 235.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi Ve Enrico Ferri”, İÜHFD, C. 7, S. 4, 1941, s. 23- 35.
- Yalkut, Necdet, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, AD, S. 3- 4, Y. 1978, s. 321- 328.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2 (Madde 45-85), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Yerdelen, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, SÜHFD, C. 20, S. 2, 2012, s. 105- 136.
- Yerli, Fahrettin Kemal, “Cezanın Kişiselleştirilmesi Açısından 647 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin Uygulanması”, AD, S. 16, Temmuz 2003, s. 63- 91.
- Yerli, Fahrettin Kemal, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”, AD, S. 16, Ekim 2003, s. 199- 229.
- Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Birinci Basım, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Yıldız, Elif Çağla, Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi, AÜSBE, Ankara 2014 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2002.
- Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığı Altında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. 2, 2. Bası, TBBY, Ankara 2015.
- Yurtseven, Yılmaz, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları”, SÜHFD, C. 9, S. 3- 4, 2001, s. 265- 292.

Yüksel, Ayten Buket, Kadına Yönelik Şiddet Ve Töre Cinayetleri, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale 2016 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

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

Sputnik Türkiye; “Damat-Kaynana Aşk Yüzünden İşlenen Cinayete Dair Mahkemeden Karar”, (25 Ocak 2019) <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201901251037290126-damat-kaynana-aski-yuzunden-islenen-cinayete-dair-mahkemeden-karar/> (Erişim Tarihi 09/03/2019)

Sputnik Türkiye; “İki Kızına Cinsel İstismardan Yargılanan Babaya İyi Hal İndirimi”, (16 Temmuz 2018), <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201807161034298475-cinsel-istismar-iyi-hal-indirimi/> (Erişim Tarihi 09/03/2019)

Şen, Ersan; “Saygınlık İndirimi Nedir?”, (7 Kasım 2015), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1640712-sayginlik-indirimi-nedir>. (Erişim Tarihi 10/03/2019)

Uyap Mevzuat Programı

Yüksekkaya, Bayram, “Ceza Yargılamasında İyi Hal İndirimi/Takdiri İndirim Nedenleri Tck Md. 62 Üzerine Bir İnceleme”, <https://docplayer.biz.tr/54358472-Ceza-yargilamasinda-iyi-hal-indirimi-takdiri-indirim-nedenleri-tck-md-62-uzerine-bir-inceleme.html> (Erişim Tarihi 15/10/2018)

[file:///C:/Users/acer/Downloads/CASE%20OF%20_CALAN%20v.%20TURKEY%20\(No.%202\)%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf](file:///C:/Users/acer/Downloads/CASE%20OF%20_CALAN%20v.%20TURKEY%20(No.%202)%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf) (Erişim Tarihi 18/06/2019)

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22V%C4%B0NTER%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22appno%22:\[%2266069/09%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-148616%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22V%C4%B0NTER%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2266069/09%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-148616%22]}) (Erişim Tarihi 18/06/2019)

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1235?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayii=1235>. (Erişim Tarihi 30/03/2019)

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi 18/06/2019)

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>. (Erişim Tarihi: 30/09/2018)

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>. (Erişim Tarihi: 30/12/2018)

<https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/579863fdb45405050cdf77f> (Erişim Tarihi 31/03/2019)

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/08/20020809.htm#1> (Erişim Tarihi: 23/03/2019)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic. (Erişim Tarihi: 19/12/2018)

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Muhsin GENÇER

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 10 Eylül 1985, Kayseri

Medeni Durumu: Bekâr

Tel: 0543 5685521

E-mail: mgencer_3866@hotmail.com

Yazışma Adresi: İstasyon Mahallesi, Erciş Yolu Bulvarı B Blok No:76/35 Tuşba/VAN

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2009
Lise	Kocasinan Lisesi (Y.D.A.), Kayseri	2004

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2013-Halen	Hâkimler Savcılar Kurulu	Adli Yargı Hâkimi
2011-2013	Adalet Bakanlığı	Adli Yargı Hâkim Adayı
2011 Şubat-Temmuz	Başbakanlık	Uzman Yardımcısı

YABANCI DİL

İngilizce