

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM
NEDENLERİ

Hüseyin Furkan ORAKÇI
2501210414

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Mehmet MADEN

İSTANBUL- 2024

ÖZ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

HÜSEYİN FURKAN ORAKÇI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 62’nci maddesinde düzenlenen “Takdiri İndirim Nedenleri” müessesesi, tez çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesi, bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde; ceza kavramı, ceza türleri, cezanın amacı, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konuları ele alınmıştır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbikinde, ceza hâkiminin takdir yetkisi öne çıkmaktadır. TCK m. 62 hükmü de incelendiğinde; oldukça genel ve soyut ölçütlerin belirlendiği görülmektedir. Bu nedenle çalışmamızın ikinci bölümünde; takdiri indirim nedenleri müessesesinin özellikleri, ceza hâkiminin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisi, bu takdir yetkisinin sınırları ve takdiri indirim nedenleri müessesesinin tarihi gelişimi ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde; takdiri indirim nedenleri müessesesinin muhtevası, tatbikinin kanun yollarında denetimi, diğer bazı ceza hukuku müesseseleri ile ilişkisi ve tatbikinde öne çıkan bazı özel hususlar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza, Cezanın Amacı, Takdiri İndirim Nedenleri, Takdir Yetkisi, Cezanın Bireyselleştirilmesi.

ABSTRACT
REASONS OF DISCRETIONARY MITIGATION IN TURKISH
CRIMINAL LAW
HÜSEYİN FURKAN ORAKÇI

Article 62 of the Turkish Penal Code No. 5237 regulates the “Reasons of Discretionary Mitigation”, which is the subject of this thesis.

Reasons of discretionary mitigation is an institution of individualization of punishment. Therefore, in the first part of our study; the concept of punishment, types of punishment, the purpose of punishment, determination and individualization of punishment are discussed.

The judicial discretion of the criminal judge is important in the application of the reasons of discretionary mitigation. When Article 62 of the Turkish Penal Code is analysed; it is seen that quite general and abstract criteria are determined. Therefore, in the second part of our study; the features of the reasons of discretionary mitigation, the judicial discretion of the criminal judge in the application of Article 62 of the Turkish Penal Code, the limits of this judicial discretion and the historical progress of the reasons of discretionary mitigation are discussed.

In the third part of our study; the content of the reasons of discretionary mitigation are discussed, the control of its application in legal remedies, its relation with some other criminal law institutions and some special issues that stand out in its application are discussed.

Keywords: Punishment, Purpose of Punishment, Reasons of Discretionary Mitigation, Judicial Discretion, Individualization of Punishment.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada TCK m. 62’de düzenlenen “Takdiri İndirim Nedenleri” müessesesinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Suç karşılığında hükmedilecek cezanın belirlenmesinde failin kişilik özellikleri oldukça önemlidir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi de bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olarak, somut cezanın belirlenmesinin son aşamasını oluşturmaktadır. Müessesesinin gerek düzenleniş biçimi gerekse de tatbik biçimi itibarıyla kamuoyunda ve hukuk camiasında derin tartışmalara yol açması, bizi bu konuda ayrıntılı bir çalışma yapmaya yöneltmiştir.

Gerek bu çalışmanın hazırlanmasında gerekse de mesleki ve kişisel gelişimimde büyük katkıları bulunan kıymetli hocam Doç. Dr. Mehmet Maden’e şükranlarımı sunarım. Tez savunmasında ve sonrasında değerli fikirleri ile çalışmaya katkı sağlayan Doç. Dr. Selman Dursun, Doç. Dr. Abdullah Batuhan Baytaç, Doç. Dr. İsmail Çınar ve Dr. Muhammed Buhari Çetinkaya hocalarıma ayrıca teşekkür etmek isterim. Tezin yazım sürecinde fikir teatileri ve destekleriyle ilerlediğim İKÇÜ Hukuk Fakültesi’nden Prof. Dr. Kerem Batır, Dr. Gizem Dursun Özdemir, Dr. Elif Çağla Yıldız Kızılkaya ve Dr. Gülden Çınarlı Özbilenler hocalarıma teşekkür ederim. Çalışmanın yazımı sırasında muhtelif konularda destek aldığım ve fikirlerine danıştığım meslektaşlarım ve dostlarım; Yusuf Ziya Akgün, Fatih Culhacılar, Kevser Çetin, Rüveyda Yavuz, İrem Yamaner, Ömer Fatih Yiğit, Aleyna Kaplan, Mustafa Yılmaz ve Osman Adsay’a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Bugün olduğum kişi olmamdaki en büyük pay şüphesiz aileme aittir. Kıymetli babam Ahmet Cihan Orakçı ve sevgili annem Neriman Orakçı özelinde tüm aileme teşekkür ederim, emekleri ve fedakarlıkları için minnettarım. Çalışmanın nihayete ermesini sağlayan en büyük destekçim ve motivasyon kaynağım olan sevgili eşim Ece’ye tüm kalbimle teşekkür ederim. Sevgisi ve sabrı, kalemi tekrardan elime almama vesile oldu. Çalışmayı, tezimle yakın zamanlarda dünyaya gelen oğlumuz Yusuf Kayra’ya ithaf ederim.

Hüseyin Furkan Orakçı

İstanbul, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI, CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

1.1. CEZA KAVRAMI.....	4
1.2. CEZA TÜRLERİ	8
1.2.1. Hukuki Nitelikleri Bakımından Cezalar	8
1.2.2. Konuları Bakımından Cezalar	9
1.2.2.1. Bedeni Cezalar (Hayata/Yaşama ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Cezalar)	10
1.2.2.2. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar	11
1.2.2.3. Malvarlığına Yönelik Cezalar	12
1.2.2.4. Şerefe Yönelik Cezalar	13
1.3. CEZANIN AMACI	14
1.3.1. Mutlak Adalet Teorileri	16
1.3.2. Faydacı Teori	19
1.3.3. Karma Teori	23
1.3.4. Türk Ceza Hukukunda Cezanın Amacı	24
1.3.5. Cezanın Amacının Gerçekleştirilmesi Bakımından Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi	29
1.4. CEZANIN BELİRLENMESİ	35

1.4.1. Ceza Türünün Belirlenmesi	37
1.4.2. Temel Cezanın Belirlenmesi.....	40
1.4.2.1. Somut Cezanın Belirlenmesi Esnasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlkeler	41
1.4.2.1.1. Kanunilik İlkesi.....	42
1.4.2.1.2. Kusur İlkesi.....	43
1.4.2.1.3. Mükerrer (Çifte) Değerlendirme Yasağı	45
1.4.2.1.4. Gerekçelilik.....	49
1.4.2.2. Temel Cezanın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler	52
1.4.2.2.1. Suçun İşleniş Biçimi.....	52
1.4.2.2.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar	54
1.4.2.2.3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer.....	55
1.4.2.2.4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri	56
1.4.2.2.5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı	59
1.4.2.2.6. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı....	62
1.4.2.2.7. Failin Güttüğü Amaç ve Saik.....	63
1.4.3. Sonuç Cezanın Belirlenmesi.....	64
1.5. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ	66
1.5.1. Genel Olarak	66
1.5.2. “Cezanın Belirlenmesi” ve “Cezanın Bireyselleştirilmesi” Kavramları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	68
1.5.3. Gerçekleştiren Organ Bakımından Bireyselleştirmenin Çeşitleri.....	70

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ MÜESSESESİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1. 5237 SAYILI TCK'DA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ MÜESSESESİ.....	73
2.1.1. Genel Olarak	73
2.1.2. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Özellikleri.....	74
2.1.2.1. Takdiri İndirim Nedenleri Geneldir	74
2.1.2.2. Takdiri İndirim Nedenleri Sınırlı Sayıdadır	77
2.1.2.3. Takdiri İndirim Nedenleri Takdiridir	81
2.1.2.4. Takdiri İndirim Nedenleri Şahsidir	81
2.1.2.5. Takdiri İndirim Nedenleri İndirim Nedenidir	82
2.1.2.6. Takdiri İndirim Nedenleri Cezalar Üzerinde Uygulanır	83
2.1.2.7. Takdiri İndirim Nedenleri Resen Dikkate Alınır	85
2.2. TCK M. 62'NİN TATBİKİ BAKIMINDAN CEZA HÂKİMİNİN TAKDİR YETKİSİ VE ÖLÇÜTLERİ.....	90
2.2.1. Hâkimin Takdir Yetkisinin Sınırları	93
2.2.1.1. Takdir Yetkisinin Kanunla Tanınmış Olması.....	94
2.2.1.2. Takdir Yetkisinin Kullanımının Kanunla Öngörülen Sınırlara Uygun Olması.....	96
2.2.1.3. Takdir Yetkisinin Kullanımının Kanunun Amacına Uygun Olması	98
2.2.1.4. Takdir Yetkisinin Gerekçeli Biçimde Kullanılması.....	99
2.3. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ MÜESSESESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	102
2.3.1. Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri	102
2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri.....	107
2.3.2.1. 765 Sayılı TCK'da Takdiri İndirim Nedenleri	107
2.3.2.2. 5237 Sayılı TCK'da Takdiri İndirim Nedenleri	111

2.3.3. Takdiri İndirim Nedenlerinin Zaman Bakımından Uygulanması	115

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜRÜRLÜKTEKİ TÜRK CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ, UYGULANMASI VE DENETİMİ

3.1. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ	121

3.1.1. Failin Geçmişi.....	123

3.1.1.1. “Failin Geçmişi”nin Zaman Yönünden Kapsamı	124

3.1.1.2. Failin Geçmişi Ölçütünün Kusur Kavramı ile İlişkisi.....	125

3.1.1.3. Önceden İşlenmiş Suç	127

3.1.1.4. Failin “Olumlu” Geçmişi.....	139

3.1.2. Failin Sosyal İlişkileri	140

3.1.2.1. “Failin Sosyal İlişkileri” ile “Failin Şahsi ve Sosyal Durumu” Kavramları Arasındaki İlişki	140

3.1.2.2. Genel Olarak “Failin Sosyal İlişkileri”	142

3.1.2.3. “Failin Sosyal İlişkileri” Ölçütünün Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi	155

3.1.3. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları	157

3.1.3.1. “Pişmanlığını Gösteren” İbaresinin Kanun Metnine Eklenmesinin Etkisi ve Değerlendirilmesi.....	159

3.1.3.2. Genel Olarak Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları.....	163

3.1.3.2.1. Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri.....	165

3.1.3.2.2. Yargı Kararlarına Yansımış Pişmanlığı (veya Pişman Olmayışı) Gösteren Davranışlar	172

3.1.3.2.3. Suçu İkrar veya İnkârın Kategorik Durumu	177

3.1.4. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri.....	189
3.1.5. Diğer Nedenler.....	193
3.2. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN TATBİKİNİN DENETİMİ	204
3.2.1. Sorunun Tespiti.....	205
3.2.2. Geniş Denetimi Kabul Eden Görüş.....	206
3.2.3. Dar Denetimi Kabul Eden Görüş.....	208
3.2.4. Görüşümüz.....	210
3.2.4.1. Denetimin Gerekliliği.....	210
3.2.4.2. Yargıtay'ın Denetim Yetkisinin Sınırları	211
3.2.5. TCK m. 62 ve Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	216
3.3. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN TATBİKİNDE BAZI ÖZEL HUSUSLAR	218
3.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi	218
3.3.2. Bir Takım Suçlar ve Nitelikli Hallerin Varlığı Hâlinde Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi.....	222
3.3.3. Kanunda Bir Suç İçin Birden Fazla Cezanın Öngörüldüğü Haller ve Birden Fazla Suçun İşlendiği Haller	226
3.3.4. Cezanın Bireyselleştirilmesi Vasıtaları ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi ile İlişkileri	228
3.3.4.1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	228
3.3.4.2. Hapis Cezasının Ertelenmesi	231
3.3.4.3. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar	234
3.3.5. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi.....	235
3.3.6. Takdiri Ceza İndiriminin Oran Yönünden Belirlenmesi.....	241
3.3.7. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sırasında Karşılaşılan Fiziki Sorunlar	250

3.3.8. Takdiri İndirim Nedenlerinin Tatbikinde Maddi Hatalar	256
3.3.9. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Kamuoyunda Algılanış Biçimi	261
SONUÇ.....	268
KAYNAKÇA.....	283



KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY	: Anayasa
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bs.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CGTİHK	: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
E.	: Esas
K.	: Karar
m.	: Madde
MTCK	: Mülga Türk Ceza Kanunu (765 Sayılı TCK)
Para.	: Paragraf
SEGBİS	: Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
v.d.	: Ve diğerleri
YTCK	: Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu (5237 Sayılı TCK)
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBĐ	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

İnsan sosyal bir varlıktır. Sosyal bir varlık olmanın gereği olarak ise toplum hâlinde yaşar. Bu toplumsal birlikler tarih boyunca aile, kabile, klan, site, şehir, feodal topluluklar veya devlet şeklinde vücut bulmuşlardır.¹ Toplumsal düzenin korunabilmesi içinse bir takım hukuk kurallarına gerek duyulmaktadır. Şüphesiz bu hukuk kurallarından ilk akla gelen, ceza hukuku kurallarıdır. Ceza hukuku kurallarının kapsamı, amacı, meşruiyeti, dayanağı ve bu kuralları uygulamaya kimin yetkili olduğu konuları ilk çağlardan beri tartışıl原因lagelmektedir. Nitekim bu kapsamda yapılan felsefi tartışmalar, mevcut toplumsal birliklerin suç karşı nasıl konumlandıkları hususunda belirleyici olmuştur.

Bu süreç içerisinde; toplumsal birliklerin suç ve ceza anlayışları değişmiş, bu değişikliğe hukuki müesseseler de eşlik etmiştir. Bu değişimin sonuçlarından bir tanesi de “Takdiri İndirim Nedenleri” müessesesi olmuştur. Bilindiği üzere ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi üzerine Cumhuriyet Savcısı derhal işin gerçeğini araştırmaya başlar. Araştırma nihayetinde kanuni şartların sağlanması hâlinde iddianame hazırlanılarak kovuşturma aşamasına geçilir. Ceza muhakemesi hukuku kuralları gereğince yürütülen kovuşturma faaliyeti nihayetinde, sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması hâlinde sanık hakkında mahkûmiyet kararına hükmedilir.² Hükümün içeriğinde, verilen ceza miktarının da açıkça gösterilmesi gerekmektedir.³ Hükmedilen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” başlıklı Üçüncü Bölümü uyarınca yapılacaktır. İlgili bölümde temel cezanın ve sonuç cezanın belirlenmesi sürecinde göz önünde bulundurulacak kriterler ve sıralama kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu kriterlerden biri olan takdiri indirim nedenleri,

¹ Duygun Yarsuvat, “Ceza ve Yeni İctimai Müdafaa Doktrini”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, No: 1, 1966, s. 93.

² **CMK m. 223/5-** “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.”

³ **CMK m. 232/6-** “Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.”

sonuç cezanın belirlenmesinde son aşamayı oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenmiş olan takdiri indirim nedenleri müessesesi hem Türk hukuk doktrininde hem de toplumun ceza hukukuna karşı bakış açısında tartışmalı bir konumdadır. TCK m. 62'ye göre:

“Takdiri indirim nedenleri

Madde 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. (Ek cümle:12/5/2022-7406/1 md.) Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

Tez çalışmamız “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri” başlığı altında, önsöz ve girişi takip eden üç ayrı bölümden oluşmaktadır.

Şüphesiz ki bir takdiri ceza indiriminin uygulanabilmesi için öncelikle bir suçun ve ceza hükmünün mevcudiyeti gerekir. Çalışmamızın birinci bölümünde ceza kavramına, çeşitli ceza türlerine, cezalandırmanın amacı üzerine ileri sürülen teorilere ve en nihayetinde Türk ceza hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinin muhtevasına değineceğiz. Her ne kadar çalışmamızın başlığı “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri” olsa da bu müessesenin arka planında yatan felsefi fikri değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda cezanın amacı ve takdiri indirim nedenleri müessesesi arasındaki ilişki incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde takdiri indirim nedenleri müessesesinin hukuki niteliği, konumuz bakımından öncelikli önem taşıyan “takdir yetkisi” kavramı ve bu müessesesinin ülkemizdeki tarihi gelişimi incelenecektir. Esasında çalışmamızın konusunu oluşturan müessese, oldukça tartışmalı bir müessesedir. Bu nedenle belli bir

kalıp dahilinde incelenmesi bakımından bünyesinde kendine özgü zorluklar barındırmaktadır. Zira takdiri indirim nedenleri müessesesi, hem özünde oldukça soyuttur hem de cezanın miktarı ve cezanın infazı üzerindeki etkisi oldukça büyüktür. Bünyesinde barındırdığı soyutluk; ilgili kararın gerekçesi bakımından, verilen kararın denetimi bakımından, hem de yargı organlarına karşı mevcut olan toplumsal beklenti ve kamuoyu baskısı açısından değerlendirmeyi zorlaştırmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde; değişiklik öncesi hâli ve kanunda düzenlenmiş son hâliyle (içtihatlar ışığında) takdiri indirim nedenleri müessesesinin muhtevası, tatbiki, denetim hususu, diğer ceza hukuku müesseseleri ile ilişkisi ve tatbiki sırasında ortaya çıkabilecek olası problemler üzerinde durulacaktır.

Kamuoyunda genellikle “iyi hal indirimi” veya “kravat indirimi” olarak bilinen takdiri indirim müessesesi, -bilhassa bazı suçlar özelinde daha da büyüyen- medyatik tartışmalara yol açmıştır, görünen o ki açmaya da devam edecektir. Öyle ki; 27 Mayıs 2022 tarihli, 7406 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un kanunlaşması sırasında hazırlanan komisyon raporlarında⁴ dahi “kravat indirimi”, “kılık kıyafet indirimi” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Kamuoyundaki tartışmalar doğrultusunda TCK’nın 62. maddesinde kanun değişikliğine gidilmiştir. Literatürde, takdiri indirim nedenleri müessesesinin incelendiği iki farklı yüksek lisans tez çalışması bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; çalışmamız kanun değişikliği sonrasında yazılan ve takdiri indirim nedenleri müessesesinin ayrıntılı olarak incelendiği ilk tez çalışması olacaktır.

⁴ Ankara Milletvekili Lütfiye Selva Çam ve 109 Milletvekilinin Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4290) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları- Sıra Sayısı: 323, (Çevrimiçi) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss323.pdf>, 29 Mart 2023, “Yıllarca erkeklere kravat ve erkek bakış açısıyla haksız tahrik indirimine karar veren”, s. 45. “Maddede yapılan düzenleme ile “kravat ya da saygın tutum indirimleri”nin önüne geçmek gerekçesiyle kelime oyunları yapılmaktadır.”, s. 76.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI, CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

1.1. Ceza Kavramı

Ceza, tarihin her döneminde karşımıza çıkan bir olgudur. Zaman içerisinde uygulanan ceza türleri değişse de ceza müessesesi, toplumsal yaşamın sürdürülmesinde kullanılan bir araç olarak daima karşımıza çıkmaktadır. Zira ortak sosyal yaşamın ve toplumsal barışın sağlanması ancak belli normlara uyulması ve bu normlara uyulmaması sonucunda bazı yaptırımların uygulanması yoluyla mümkündür.¹ Eski topluluklarda “zarar verici hareketlere karşı gösterilen tabi ve içgüdüsel bir tepki”² olan ceza, zamanla sistematik bir hal almıştır.

Ceza, nitelik olarak bir yaptırım türüdür. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun Üçüncü Kısım “Yaptırımlar” başlığını taşımaktadır. Bu başlığın altında cezalar, güvenlik tedbirleri ve sair müesseseler düzenlenmektedir.³ Esasında TCK’da suçlar için “iki izli” bir yaptırım sistemi öngörülmüştür.⁴ “İki şerit” olarak da ifade edilen⁵ ceza ve güvenlik tedbirleri, bir suç karşılığında uygulanacak olan hukuki yaptırımları ifade etmektedirler. Ancak mağdurların korunmasına ilişkin olarak da “üçüncü iz” denilen hukuki müesseseler de geliştirilmektedir.⁶ Örneğin kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi ve cezanın ertelenmesinin

¹ Veli Özer Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., İzmir, 2023, s. 42-43.

² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, 5. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1974, s. 594.

³ Yaptırım ve müeyyide kavramları arasındaki farklar için Bkz.: Mehmet Maden, **İnfaz Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 17.

⁴ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 569; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 615.

⁵ Rukiye Özel, “Ceza Hukukunda Üçüncü Şerit Yaptırım Olarak Mağduriyetin Giderilmesi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 29.

⁶ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 530.

mağdurun suçtan gördüğü zararın tazmini şartına tâbi tutulabilmesi; “üçüncü iz” olarak adlandırdığımız mağdurun korunmasına ilişkin hükümlerin görünümüdür.⁷

Anayasa’nın 38. maddesine göre:

“C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar

Madde 38 – Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...”

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke anayasamızda olduğu gibi TCK’da da açıkça zikredilmiştir:

“Suçta ve cezada kanunilik ilkesi

Madde 2- (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Bu ilke doğrultusunda, kişilere verilecek cezalar ve kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri açıkça kanunla belirlenmiş olmalıdır. TCK’da cezalar “hapis cezası” ve “adli para cezası” olarak belirlenmiştir. Güvenlik tedbirleri ise belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya ve kazanç müsaderesi, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü güvenlik tedbirleri, sınır dışı edilme, tüzel

⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 569; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 530.

kişiler hakkında güvenlik tedbirleri olarak düzenlenmiştir. TCK'nın üçüncü kısmının ikinci bölümünde “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında sayılan bu tedbirlerin haricinde 58. maddede “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular”a ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Her ne kadar tekerrür düzenlemesi başlık olarak güvenlik tedbirleri başlığı altında bulunsada hukuki nitelik olarak maddi ceza hukuku ve infaz hukukuna ilişkin karma bir kurum olarak nitelendirilmiştir.⁸

Bir cezaya hükmedilebilmesi için; kanunda belirtilen tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu ve cezalandırılabilirlik şartlarını taşıyan bir fiil gerekir.⁹ Güvenlik tedbirleri ise tamamlayıcı birer nitelik taşıyan ceza hukuku araçlarıdır. Bu araçlar ile suç işleyen kişinin korunması, iyileştirilmesi, eğitilmesi amaçlanırken, fiilden ve failden kaynaklanan tehlikelilik hali de önlenmeye çalışılır.¹⁰ Güvenlik tedbirlerine tek başına hükmedilebileceği gibi, ceza ile birlikte de uygulanmasına karar verilebilir.¹¹ Takdiri indirim nedenleri müessesesi “ceza” yaptırım bağlamında uygulama alanı bulduğundan, çalışmamız kapsamında güvenlik tedbirleri konusu ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Bunun yerine çalışmamızın devamında ceza kavramı, ceza türleri, cezanın amacı gibi hususları incelemeyi amaçlamaktayız.

Ceza kelimesi köken olarak Arapça bir kelimedir.¹² Arapça manası “iyi veya kötü karşılık”¹³ anlamına gelen “ceza” kavramı günümüzde genel olarak suça karşı verilen ve bünyesine kınama yargısı bulunduran, olumsuz bir karşılık anlamıyla kullanılmaktadır.¹⁴

⁸ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 688.

⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 571; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 647.

¹⁰ Mehmet Emin Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 989.

¹¹ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 631; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 989.

¹² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1**, 7. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 7-8.

¹³ Luggat Osmanlıca-Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <https://www.luggat.com>, 01 Şubat 2023.

¹⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 843.

Ceza kavramı doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki ceza ve suç gibi kavramları tanımlamak oldukça güçtür.¹⁵ Bir kavramın tanımlanması, ilgili kavramın tasavvur edilmesine dair ilk sınırları çizeceğinden oldukça önem arz eden bir süreçtir. Bir tanımın taşıması gereken en önemli özellik kendisine ait olanları toplaması, olmayanları ise dışarıda bırakmasıdır.¹⁶ Bir kavramın tanımı kendisinden daha kapalı bir şey kullanarak yapılmamalıdır.¹⁷ Şüphesiz ki ceza, suç karşılığında hükmedilen yaptırımın adıdır. Ancak bu anlatım, net bir tanım olmasına rağmen belirleyici olmaktan uzaktır. Zira suçu tanımlarken kullanılan “cezaya layık haksızlık”¹⁸ tanımlaması ile bir kısır döngü¹⁹ meydana gelmektedir.²⁰ Aynı zamanda ceza kavramını tanımlarken cezadan beklenen amaçların tanıma dahil edilmesi, iyi bir cezanın özelliklerinin sayılması da tanım tekniği açısından sakıncalıdır.

Kanaatimizce MADEN tarafından yapılan; “*Ceza, suçun işlenmesindeki kusurun karşılığı olan; olumsuz değer yargısı içeren, yoksun kılıcı niteliğe sahip; uygulanmasında sebep gözetilen, kasıtlı ve zecrî bir uygulamadır.*”²¹ şeklindeki ceza tanımı isabetlidir.

¹⁵ Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları, 2010, s. 7; Yarsuvat, “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, s. 81.

¹⁶ “Efradını câmi, ağıyârını manî” Luggat Osmanlıca-Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <https://www.luggat.com>, 19 Haziran 2023.

¹⁷ Abdullah Demir, “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, No: 3, 2016, s. 3224.

¹⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 42.

¹⁹ “Tanımlarda kısır döngü (fasid daire) olmamalıdır. Yani bir şeyi bilinmesi kendisine bağlı başka bir şeyle tanımlamamaktır. Mesela hükmü, “İki kavram arasında bir bağ kurmaktır” diye tanımladıktan sonra kavramı “Kavram hükmün bir bölümüdür” diye tanımlarsak kısır döngü (fasid daire) olur.” Demir, “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi”, s. 3226.

²⁰ “Suç kavramıyla ilişki kurmadan ceza hiçbir zaman tanımlanamaz. Fakat, bu suretle biz bir fasit daire içine düşmekte, iki belirsiz ile bir eşitlik sağla(mış ol)maktayız: Cezayı gerektiren (her fiil) suç, suç mukabil görülen (müeyyide de) ceza olarak telâkki edilecektir.” Wilhelm Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları (Suç Kavramı Üzerine Düşünceler)”, Çev. İzzet Özgenç, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 306.

²¹ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 20.

1.2. Ceza Türleri

Cezalar hukuki niteliklerine ve yöneldikleri değerlere göre çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.

1.2.1. Hukuki Nitelikleri Bakımından Cezalar

Hukuki niteliklerine göre cezalar; asli cezalar ve ek cezalar olmak üzere ikiye ayrılır. Asli cezalar, suç için doğrudan doğruya öngörülmüş, tek başına uygulanma kabiliyeti olan cezalardır.²² Ek cezalar ise asli cezanın daha etkili olması amacıyla hükmedilen, suçluyu bazı sosyal, siyasal veya mesleki haklardan yoksun bırakan cezalardır.²³ Ek cezalar, fer'i cezalar ve mütemmim cezalar olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılır.²⁴

Fer'i cezalar; asli cezanın zorunlu bir sonucu olarak hükmedilmesi veya kendiliğinden uygulanması zorunlu olan cezalardır.²⁵ Fer'i cezalara 765 sayılı MTCK m. 31 gereğince; 5 yıldan fazla ağır hapse mahkûm edilen kişilerin ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklanması, 3 yıldan 5 yıla kadar ağır hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin ceza süresi kadar bir süre boyunca kamu hizmetlerinden yasaklanması yaptırımı örnek gösterilmiştir.²⁶ Fer'i cezalara; asli cezalara hükmedilmesiyle birlikte kendiliğinden hükmedildiği için mahkumiyetin kanuni neticeleri de denmiştir.²⁷

Mütemmim cezalar; hâkimin hükmedip hükmetmeme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu cezalardır.²⁸ Bu cezaların -fer'i cezaların aksine- mutlaka

²² Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 624; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 638; Özge Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 34.

²³ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 559.

²⁴ Fer'i ve mütemmim cezaların tanımlanmasındaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Elvan Keçelioğlu, "Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası", Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 12-16.

²⁵ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 624.

²⁶ Demirbaş, **a.e.**; Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 560.

²⁷ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 85.

²⁸ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 624.

hükümde gösterilmesi gerekmektedir.²⁹ Mütemmim cezaya örnek olarak MTCK m. 278³⁰ ve MTCK m. 552³¹ hükümleri örnek gösterilmiştir.³²

5237 sayılı TCK döneminde asli ceza-ek ceza ayırımından vazgeçilmiştir. Bu durum YTCK'nın 45. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir.³³ Ancak MTCK'da ek ceza olarak belirlenen bazı yaptırımların YTCK döneminde güvenlik tedbiri olarak sistem içerisindeki varlığı korunmuştur.³⁴

1.2.2. Konuları Bakımından Cezalar

Doktrinde bulunan diğer bir sınıflandırma ise “yöneldikleri değerler açısından” cezaların sınıflandırılmasıdır.³⁵ Bu sınıflandırmaya göre cezalar, konuları veya

²⁹ İrmak Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Ankara, Seçkin, 2022, s. 91; Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 35.

³⁰ “**MTCK m. 278- Devlet memurlarına intisap iddiasıyla menfaat temin eyliyenler-** “(2) Fail milletvekili veya siyasi parti kademelerinde fiili vazife almış olduğu takdirde yukarıdaki cezalar üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmolunur. Ayrıca faile amme hizmetlerinden memnuiyet cezası da verilebilir.”

³¹ “**MTCK m. 552- Bina yıkılması ve tameratta ihmal-** “(1) Bir kimsenin planını tanzimde veya inşasında iştirak etmiş olduğu bir bina kendi dikkatsizliği veya maharetsizliği neticesi olarak başkasına tehlike vermeksizin yıkılırsa o kimse yirmi beş liradan aşağı olmamak üzere hafif cezayı nakdiye mahkûm olur ve buna meslek ve sanatın tatili cezası da ilave olunabilir.”

³² Keçelioğlu, “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”, s. 16.

³³ 5237 Sayılı TCK m. 45'in gerekçesi: “**Madde 45.-** Kabahatlerin ceza kanunundan çıkarılmasının kabul edilmesi, Tasarıda benimsenen yaptırım sistem ve türlerinin değişmesini sonuçlamıştır. Suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. Ceza olarak ise sadece hapis ve adli para cezası uygulanacaktır. Böylece cezalar bakımından sade, basit ve uygulanması kolay bir sistem oluşturulmuştur.

Bir suç karşılığında kanunda ceza olarak sadece hapis cezası öngörülebileceği gibi, hapis cezası adli para cezası ile seçenek olarak veya bu cezaların her ikisi birlikte de öngörülebilir.

Bu düzenlemeyle, “asli ceza” ve “fer'i ceza” ayırımı kaldırılmıştır.” Her ne kadar kanunun gerekçesinde “fer'i ceza” terimi kullanılmış olsa da burada kastedilenin “ek cezalar” olduğu ifade edilmiştir. Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 560.

³⁴ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s. 560-561; Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul, Legal, 2010, s. 80; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, US-A Yayınları, 2021, s. 470.

³⁵ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 561; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 604.

nitelikleri yönünden dörde ayrılır.³⁶ Bunlar bedeni cezalar, hürriyeti bağlayıcı cezalar, malvarlığına yönelik cezalar, şerefe yönelik cezalardır.³⁷

1.2.2.1. Bedeni Cezalar (Hayata/Yaşama ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Cezalar)

Hayata/yaşama yönelik ceza, ölüm cezasıdır. Ölüm cezası, ceza hukuku ve hukuk felsefesi alanlarındaki en tartışmalı konulardan birisidir. Ölüm cezası halen bazı ülkelerde uygulanmaktaysa da genel eğilim ölüm cezasının yürürlükteki hukuk sistemlerinden kaldırılması yönündedir.³⁸ Türkiye’de ise 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanun ile AY m. 38’e “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.” hükmü eklenmiştir. 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanun ile barış zamanları ile sınırlı olmak üzere idam cezaları kaldırılmış, TCK’da ve çeşitli kanunlarda öngörülen idam cezası hükümleri ağır müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. 07.05.2005 tarih ve 5170 sayılı kanun ile ise AY m. 38’e “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.” hükmü eklenmiştir. 14.07.2004 tarih ve

³⁶ DÖNMEZER/ERMAN tarafından yapılan farklı bir tasnife göre cezalar; ölüm, dayak, katıksız hapis, kısırlaştırma ve hadım etme gibi bedeni cezalar; hapis cezaları gibi hürriyeti bağlayıcı cezalar; sürgün, oturma yasakları gibi hürriyeti kısıtan cezalar; kamu hizmetlerinden yasaklanma, ticaretten yasaklanma gibi hakları sınırlandıran ya da kaldıran cezalar; para cezaları, müsadere cezaları gibi mala ilişkin cezalar; mahkumiyet hükmünün ilanı gibi şeref kırıcı cezalar olmak üzere beşe ayrılır. Şeref kırıcı cezalara damgalama ve teşhir cezaları da örnek olarak gösterilebilir. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 641. Bu doğrultuda MTCK döneminde kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi hak yoksunlukları ceza niteliğinde iken YTCK döneminde güvenlik tedbiri niteliğindedir. Yine benzer şekilde Alman Ceza Hukukunda sürücü belgesine el konulması yaptırımı ek ceza olarak düzenlenmiştir. Erdal Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi :Türk ve Alman Uygulaması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 15. DEMİRBAŞ da TCK m. 53’te düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” müessesesinin güvenlik tedbiri yerine ek ceza olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 674. DÖNMEZER/ERMAN’ın yapmış olduğu sınıflandırmada hürriyeti kısıtan cezalardan sayılabilecek “çalışma cezası” ise müstakil bir ceza türü olarak değerlendirilebilir. Tarihsel süreçte de bilhassa mağdurun zararının karşılanması veya mahkûm olunan para cezasının karşılanması amacıyla hapis cezasına zorla çalıştırmanın eşlik ettiği bilinmektedir. Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 202. Yürürlükteki Türk Ceza Hukukunda kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan biri olarak düzenlenen “kamuya yararlı işte çalıştırılma” Belçika Ceza Hukukunda hapis ve adli para cezasının yanında müstakil bir ceza türü olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Burhan Alıcı, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, No: 3, 2011, s. 131-164.

³⁷ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 561; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 854.

³⁸ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 649-652; Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 36; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 80-81.

5218 sayılı “Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile de TCK’da ve çeşitli kanunlarda öngörülen idam cezası hükümleri istisnasız şekilde ağır müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür.³⁹ Ancak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 20. maddesinde bulunan ölüm cezasına ilişkin düzenleme halen yürürlüktedir. Uygulanma imkânı bulunmayan bu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰

Bedeni cezalardan; kırbaç cezası, dayak cezası, uzuv kesme, kastrasyon (hadım etme) gibi cezalar ise kişilerin vücut bütünlüğüne ve maddi varlığına yönelik cezalardır.⁴¹ Bu cezalar günümüzde tamamen olmasa da büyük ölçüde ortadan kalkmıştır.⁴²

1.2.2.2. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar

Hürriyeti bağlayıcı cezalar, hapis cezalarıdır.⁴³ Hapis cezası, kişinin yer değiştirme hürriyetinden mahrum bırakılmasını ifade eder.⁴⁴ TCK m. 46 uyarınca hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezasından ibarettir.

TCK m. 48’e göre müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise kanun ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre infaz edilir.

Süreli hapis cezaları; kısa süreli hapis cezası ve uzun süreli hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılır. Kısa süreli hapis cezası bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını ifade eder (TCK m. 49). Kanunda uzun süreli hapis cezası ifadesi kullanılmamışsa da

³⁹ İdam cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar hakkında bilgi için Bkz.: İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 693-695.

⁴⁰ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 37.

⁴¹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 116.

⁴² Toroslu, **a.e.**

⁴³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 18; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 116. **DÖNMEZER/ERMAN** sürgün cezasını hürriyeti kısıtlayan cezalar arasında saymış, ancak bu cezanın bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 641-664.

⁴⁴ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 23.

bir yıldan uzun süreli hapis cezaları için bu terim kullanılabilecektir.⁴⁵ Kısa süreli hapis cezalarının, TCK m. 50’de sayılan şartların varlığı hâlinde çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

1.2.2.3. Malvarlığına Yönelik Cezalar

Malvarlığına yönelik cezalara; genel müsadere cezası ve para cezası örnek gösterilebilir.

Genel müsadere cezası, suçlunun bütün malvarlığının devletin mülkiyetine geçirilmesidir.⁴⁶ Genel müsadere cezasının uygulanması 1924, 1961, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında yasaklanmıştır.⁴⁷ Genel müsadere cezasının cezanın şahsiliği, eşitlik ve orantılılık ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸ Türk ceza hukukunda genel müsadere cezası mevcut olmasa da; özel müsadere olarak ifade edilen kazanç müsadere ve eşya müsadere müesseseleri, güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.

Malvarlığına yönelik cezalardan en yaygın olanı adli para cezasıdır. TCK m. 52’ye göre adli para cezası, işlenen bir suçun cezası olarak belli bir meblağ paranın hükümlü tarafından Devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir. MTCK döneminde “klasik para cezası” sistemi benimsenmiş iken 5237 sayılı TCK’da “gün para cezası” sistemi benimsenmiştir.⁴⁹ Buna göre adli para cezasının miktarı; tespit edilen gün sayısının, her bir gün için tespit edilen para miktarıyla çarpılması suretiyle hesaplanır.

Adli para cezası ile idari para cezası ve tazminat yaptırımları arasında belirli farklar mevcuttur. Adli para cezasına bir suç karşılığında ceza mahkemesi tarafından hükmedilir. İdari para cezası ise bir kabahat karşılığında idare tarafından idari işlemle

⁴⁵ Maden, **a.g.e.**, s. 23-24; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 638.

⁴⁶ Aysun Dalkılıç, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 21.

⁴⁷ Her ne kadar yürürlükteki Türk Hukukunda genel müsadere cezası yasaklanmış olsa da 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 78. Maddesinde yer alan “Düşman tarafına, yabancı memlekete kaçanlar hakkında mali ve fer’i cezalar” hükmünde bulunan cezanın, genel müsadere cezası niteliğinde olduğu, anılan nedenlerle anayasaya aykırı olduğu ifade edilmektedir. Dalkılıç, **a.g.e.**, s. 22.

⁴⁸ Dalkılıç, **a.g.e.**, s. 22.

⁴⁹ Her ne kadar 5237 sayılı TCK’da gün para cezası sistemi benimsenmişse de daha sonra yürürlüğe giren kanunlarda nispi para cezalarına yer verildiği ifade edilmiştir. Oğuz Bandır, **Türk Ceza Hukukunda Adli Para Cezası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 205-206.

düzenlenir. Tazminat yaptırımına ise hukuk mahkemeleri tarafından mağdurun zararını karşılamak amacıyla hükmedilir.⁵⁰

1.2.2.4. Şerefe Yönelik Cezalar

Mahkûmiyet hükmünün ilanı, damgalama, teşhir gibi cezalar şerefe yönelik cezalardır.⁵¹ 765 sayılı MTCK döneminde kanunun 43. maddesinde mahkûmiyet hükmünün ilanı müstakil bir ceza olarak düzenlenmiş idi.⁵² 5237 sayılı TCK'da ise hükmün ilanı müessesesine yer verilmemiştir.⁵³ Ancak iftira suçunun düzenlendiği TCK m. 267/9 hükmüne göre “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.” Şerefe yönelik cezalar ile hükümlünün onurunun kırılacağı ve herkese örnek bir ceza verileceği kamuya gösterilmekte, bu gösteri bir önleme tedbiriymişçesine işlev kazanmaktadır.⁵⁴ Şerefe yönelik diğer bir ceza⁵⁵ ise MTCK'da düzenlenen “adli tevbih” kurumu idi. MTCK m. 29/7'ye göre “cezası hafif olan suçlarda cezanın infazından yargı kararıyla vazgeçilerek, suçlunun işlediği eylemin ahlaki kötülüğünün hâkim tarafından hükümlünün huzurunda ve alenen açıklanarak, onun kınanması ve azarlanması”⁵⁶ adli tevbih olarak adlandırılmaktaydı. YTCK'da adli tevbih müessesesine yer verilmemiştir.

⁵⁰ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 26.

⁵¹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 118.

⁵² **MTCK m. 43-** “Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya müebbet ağır hapis cezalarını mutazammın olan hüküm ilamının hulasası hükmün sadır olduğu ve cürmün işlendiği ve mahkûmualleyhin en son ikamet ettiği mahalle veya kariyenin münasip mahallerine asılarak ilan olunur.”

⁵³ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 604.

⁵⁴ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 752. Benzer yönde bir uygulamanın özellikle suçun önlenmesi amacıyla ABD’de yürürlükte olduğunu söylemekte fayda vardır. Cinsel suç faillerinin isimleri ve adreslerinin kamuya açık bir sicile işlenmesinin öngörüldüğü bu “uygulama”nın bir tedbir mi yoksa ceza mı olduğu ABD mahkemelerince tartışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.:Selman Dursun, “Megan Kanunu (ABD’nde Cinsel Suç Faillerinin Sicile Kaydı ve Bilgilerinin Kamuya Açıklanması)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 1-2, 2004, s. 233-262.

⁵⁵ Adli tevbih kurumunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde seçenek yaptırım olarak adlandırılan adli tevbihin onur kırıcı bir ceza niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 754.

⁵⁶ Koray Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, No: 4, 2007, s. 282.

1.3. Cezanın Amacı

Cezalandırmanın amacının ne olduğu hususu eski zamanlardan beri tartışıl原因 gelen kadim bir sorudur. Cezanın tanımına ilişkin dahi birçok farklı tanımın yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda; cezanın amacına dair mutlak bir görüş birliğine bugün itibarıyla varıldığı söylenemeyecektir. Ancak ortak bir nokta olarak; cezanın suç karşılığında devlet tarafından verilen bir tepki olduğu söylenebilir.⁵⁷ Genel olarak belirtmek gerekirse; ceza hukuku sisteminin ana amacı, suçluluğun azaltılması ve adaletin sağlanması ile toplumsal hayatın sürdürülebilmesine hizmet etmektir.

Bu hizmet etme sürecinin ve cezanın amacının ne olduğuna dair farklı teoriler ve farklı sınıflandırmalar doktrinde mevcuttur. Bu sınıflandırmalardan ilki “irade problemi” tartışmalarını merkez alan Klasik Okul, Pozitivist Okul ve Üçüncü Okul mücadelesini esas alan sınıflandırmadır.⁵⁸ İnsanın iradesinin ne kadar “hür” olduğuna dair tartışma, bu konuyu aynı zamanda felsefe ve sosyoloji alanları ile de ilgili hale getirmektedir.⁵⁹

Klasik Okul taraftarlarına göre; kişiler fiillerinin sonuçlarını hesap ederek hareket etmektedirler. Kişinin sonuçlarını göz önünde bulundurarak özgür iradesi ile bir hareketi gerçekleştirmesi, kişilerin hareketlerinden sorumlu olması gerektiği sonucunu doğurur. Bu husus, cezanın amacı bakımından ise değişik sonuçlara ulaşılmasını sağlar. Kişilerin bilinçli iradeleriyle hukuk düzenini ihlal etmeleri sonucu bir tepki ile karşılaşmaları ile adaletin ve düzenin sağlanması, cezanın amaçlarından bir tanesidir.⁶⁰ Diğer yandan; insanların, hareketlerinin sonuçlarını önceden hesaplaması ve sonuçların kendilerine sağlayacağı yarar/zarar dengesini göz önünde

⁵⁷ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 16.

⁵⁸ Ertuğrul Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 4, No: 9, 2009, s. 20.

⁵⁹ Yarsuvat, “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, s. 80.

⁶⁰ İlhan Üzülmöz, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, No: 1-4, 2001, s. 266.

bulundurması düşüncesi, cezanın amaçlarından bir tanesinin de caydırıcılık olacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır.⁶¹

Pozitivist Okul taraftarlarına göre ise; suçlu davranışı psikolojik, biyolojik ve toplumsal etkenler sonucu ortaya çıkar.⁶² Bu ön kabulün sonucu ise cezanın esas amacının toplumun korunması olduğudur. Öyle ki Pozitivist Okul taraftarları “ceza” kavramı yerine “yaptırım” kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir.⁶³ Bu kavramın tercihinde bilhassa determinist bakış açısı etkilidir.

Klasik Okul ile Pozitivist Okul arasındaki farkları aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.⁶⁴

İlk olarak; Klasik Okul taraftarları *a priori* bilgiye ulaşmayı ve akılcı yöntemi benimserken, Pozitivist Okul taraftarları deneye ve gözleme dayanan ampirik yöntemi benimsemişlerdir.

İkinci olarak; Klasik Okul taraftarlarına göre kişiler eylemlerini gerçekleştirme konusunda özgür irade sahibi iken, Pozitivist Okul taraftarlarına göre kişiler iç ve dış etkenler neticesinde hareketlerini gerçekleştirmektedirler.

Üçüncü olarak; özgür iradeye dair bu fikir farklılığı neticesinde, Klasik Okul taraftarları kusurun varlığı hâlinde ve kusurla orantılı biçimde ceza verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁶⁵ Pozitivistlere göre ise suçlu kişi tehlikelidir ve bu tehlikenin toplum bakımından bertaraf edilmesi cezanın asıl amacıdır. Verilecek ceza da suçlunun tehlikeliliğine ve kişiliğine göre değişecektir.

Bu sınıflandırmalardan ikincisi ise; ilk sınıflandırmada Klasik Okul başlığı altında incelenen mutlak, nispi (sosyal fayda teorisi) ve karma teorilerin incelendiği

⁶¹ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 20.

⁶² Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, s. 20.

⁶³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 87.

⁶⁴ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94.

⁶⁵ Derya Altınok Villem, “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2017, s. 156.

sınıflandırma biçimidir.⁶⁶ Tez çalışmamız kapsamında ikinci sınıflandırma doğrultusunda bir yazım tercihi benimsenmiştir.⁶⁷ Bu tercihin nedeni ise “ceza” kavramına karşı bahsi geçen ekollerin bakış açısıdır. Pozitivist Okul taraftarlarının ceza değil müeyyide kavramını kullanmayı tercih etmesi ve bu tercihin sonucu olarak “cezanın amacı”ndan ziyade “cezanın işlevi”ne odaklandıkları görülmektedir. Halihazırda mevcut bulunan düzenlemeler ile gelecekte işlenecek bir suçun failinin uslandırılabilceğini kabul etmenin, hastayı muayene etmeden ilaç vermek gibi olduğunu belirten⁶⁸ pozitivistler, cezayı kendilerince bir kalıba sokmuşlardır. Mevcut hukuk sistemleri tarafından kişilerin irade hürriyetinin varlığı kabul edildiğinden çalışmamız kapsamında bu tartışmaya girilmemiş, onun yerine tez konumuzla ilgili olduğu kısımlarla sınırlı kalmak üzere çeşitli teorilere de çalışmamız kapsamında değinilmiştir.

1.3.1. Mutlak Adalet Teorileri

Mutlak adalet teorileri cezanın uygulanmasını başlı başına bir amaç olarak görmektedir.⁶⁹ Doktrinde mutlak adalet teorileri; adalet teorisi ve kefarete teorisi olmak

⁶⁶ Mutlak ve nispi teorilerin Türk ceza hukuku doktrinindeki kavramsallaştırılmasının Latince kullanımları ile ilgili olduğu ifade edilmiştir. “*Türk literatüründe cezanın amacı ve ontolojisi üzerine geliştirilen kuramlar “mutlak” ve “nisbi” başlıklarıyla ifade edilmektedir. Anılan tanımları açıklamak bakımından şu hususa değinelim: Teorilerin adında yer alan Latince “absolut” toplumsal bağlamından ayrılmış/kopmuş anlamındayken, “relativ” ise toplumsal ve bireysel “bağlamına işaret eden” manasındadır.*” Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 84.

⁶⁷ Çalışmamızda “Nispi Teori” yerine “Faydacı Teori” başlığını kullanmayı tercih ettik. Bu tercihin sebebi 38. Dipnotta bahsedilen çevirinin doktrinde olan etkisidir. “Relative Theory of Punishment” başlığının doğrudan kelime çevirisi yapılarak “Nispi Ceza Teorisi” olarak çevrilmesi yerine “Faydacı Teori” şeklinde kullanılması hâlinde anlamsal olarak daha iyi bir anlatım sağlanabileceği kanaatindeyiz.

⁶⁸ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1**, s. 102.

⁶⁹ Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, No: Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 337; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 845; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 531; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 90.

üzere iki farklı başlık altında incelenmektedir.^{70,71} Doktrinde “mutlak ceza teorileri”⁷² olarak da ifade edilen bu teorilerin önde gelen savunucuları arasında Immanuel Kant ve George Friedrich Hegel bulunmaktadır. Mutlak adalet teorilerine göre -faydacı ceza teorilerinin aksine- ceza ile geleceğe yönelik bir fayda amaçlanmaz. Aksine geçmişte gerçekleşmiş bir kötülüğün cezasının verilerek adaletin sağlanması ve telafinin sağlanması amaçlanır.⁷³

Cezanın uygulanmasında geleceğe dönük bir fayda aranmamasının temel sebebini KANT şu cümlelerle ifade etmiştir:

*“Yargısal ceza asla bir suçlu ve sivil toplum için diğer iyiliği teşvik etme amacıyla bir araç olarak kullanılamaz, bunun yerine ceza her zaman sadece suçluya, onun ihlali nedeniyle verilir. Bunun nedeni bir insanın hiçbir zaman başka birinin amaçları için araç olarak kullanılamaması ve eşya hukukunun nesneleri içinde görülmemesidir.”*⁷⁴

KANT’ın ifadelerinden anlaşıldığı üzere; suçluların cezalandırılması, toplumdaki diğer kişilerin korkutularak suç işlemekten caydırılması veya suçlunun ıslah edilmesi amacıyla gerçekleştirilemez. Aksi takdirde insan bir nesne konumuna düşmüş olacaktır. KANT’ın ahlâk felsefesinin de temelini oluşturan ve araçsallaştırma yasağı olarak ifade edilen bu ilkeye göre, insan başkaca bir yararın elde edilmesi amacıyla araç statüsüne indirgenemez.⁷⁵ Ceza yalnızca adaletin sağlanması için verilir. Bu bağlamda KANT’ın genel felsefesi ile ceza hukukuna dair görüşlerini bir arada

⁷⁰ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 338; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 42.

⁷¹ Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar bu ikili başlıklandırmayı kullansa da tez çalışmamızda “mutlak adalet teorisi” şeklinde tek bir başlık altında ilgili fikirleri incelemeyi tercih ettik. Zira “adalet” ve “kefare” kavramları, fikirleri mutlak adalet teorisine kaynak teşkil eden teorisyenlerin tercih ettiği bir sınıflandırma biçimi değildir. Kişinin yaptığı ile maruz kaldığı arasında bir ilişkinin olması gerektiğini ifade eden kefaretin sağlanması ile adaletin yerini bulduğu düşüncesi söz konusu teorisinin ana fikridir. Bu bağlamda kefare ile adaleti cezanın birbirini tamamlayan iki fonksiyonu olarak da ifade etmek mümkündür. Bu nedenle konunun tek bir başlık altında incelenmesi tarafımızca tercih edilmiştir.

⁷² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 845; Altınok Villemin, “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, s. 154.

⁷³ Söz konusu düşünürlerin cezanın amacına dair görüşlerini incelemeye geçmeden önce, bu fikirleri kendi felsefi paradigmaları içerisinde uyumlu birer parça haline getirdiklerini ifade etmek gerekir. Bu nedenle ilgili düşünürlerin genel felsefi yaklaşımlarının bilinmesi cezanın amacına dair görüşlerinin anlaşılmasını daha kolay hale getirecektir.

⁷⁴ Immanuel Kant, **Ahlâkın Metafizik Hukuk Öğretisi**, Çev. Altan Heper, Ankara, Fol Kitap, 2022, s. 193-194.

⁷⁵ Melike Belkıs Aydın, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1, 2020, s. 129.

incelemek gerekir. Burada ise öne çıkan bir kavram olan “kategorik emperatif” veya “koşulsuz buyruk” olarak ifade edilen kavramı incelemek gerekir. *KANT*’ın felsefe sisteminde koşulsuz buyruk; insana akli tarafından yüklenen belirli ahlaki görevlere karşılık gelir.⁷⁶ Buna göre koşulsuz buyrukların gerçekleştirilmesinde bir amaç güdülmez, zira bu eylemler “kendinde iyi”dir.⁷⁷ Koşulsuz buyruğun nasıl tespit edileceğini ise *KANT* şu cümle ile açıklar:

*“Ancak aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun.”*⁷⁸

Bu sistematığın bir sonucu olarak; suçlu kişi, aklın emri olan bir koşulsuz buyruk neticesinde cezaya katlanmakla yükümlüdür.⁷⁹ Devlet de hiçbir -suçluların caydırılması veya ceza vasıtasıyla ıslah edilmesi gibi- yararı olmasa dahi cezayı uygulamak durumundadır. Bu konuda *KANT*’ın meşhur ada örneğinden bahsetmek gerekir. Ada örneğine göre; bir adada yaşayan topluluk tüm üyeleriyle beraber adada yaşamaktan vazgeçse ve dünyaya dağılmaya karar verse dahi hapishanede bulunan son katil idam edilmelidir. Aksi takdirde halk cinayete iştirak etmiş gibi olur.⁸⁰

Ada örneğinden de anlaşılacağı üzere mutlak adalet teorisinin temsilcilerinden olan *KANT* cezanın amacını toplumla veya faydayla ilişkilendirmez. Cezanın olası faydaları, gelecekteki olumlu veya olumsuz etkileri, toplum açısından oluşturacağı caydırıcılık etkisi gibi hususlar cezanın amacından ayrık tutulmuştur.

HEGEL ise cezanın amacını felsefî bir yöntem olarak belirlediği diyalektik anlayış şemasına göre açıklamıştır.⁸¹ Basitçe tez-antitez-sentez olarak ifade edilen diyalektik anlayış, “ceza” kavramı açısından da kendisini göstermektedir. Buna göre

⁷⁶ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1**, s. 66.

⁷⁷ Fatih Güneş, “Kant’ın Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Cezanın Amacı”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 20.

⁷⁸ Immanuel Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İonna Kuçuradi, 3. bs., Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2002, s. 38.

⁷⁹ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1**, s. 66.

⁸⁰ Kant, **Ahlâkın Metafiziği Hukuk Öğretisi**, s. 196.

⁸¹ *HEGEL*’in felsefesinde bilgi, irade, mantık, hukuk gibi alanlarda bütünlüğün sağlanması amacıyla, bunların tek bir kavram altında toplanması çabasına dair Bkz.: Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 8. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2009, s. 219.

ceza “olumsuzlamanın olumsuzlanması”dır.⁸² İşlenmiş bir suç ile hukuk inkâr edilmiş ve tez ortaya çıkmıştır. Suça karşılık cezanın verilmesiyle antiteze, nihayetinde adaletin sağlanmasıyla senteze ulaşılmış ve toplumsal düzen sağlanmış olur.⁸³

HEGEL’in anlayışına göre suça karşı verilen bu tepki (antitez) cezanın “kefare” amacının gerçekleştirilmesini sağlar. Kişinin cezasını çekmesi toplumla arasındaki hesabın kapatılması işlevini görür.⁸⁴ Kefaret esasında din menşeli bir kavramdır. İşlenen günahın cezasının çekilmesiyle kefare”t ödenmiş ve kişi günahlarından temizlenmiş olur. Öyle ki cezanın amaçlarından birinin kefare”t düşüncesi olması hususu bu yönden eleştirilmiştir. Kişinin acı çekerek veya kötülüğe maruz bırakılarak günah veya suçtan “arınması”⁸⁵ fikrinin aydınlanma dönemi sonrası cezalandırma faaliyetinin rasyonelleşmesi ile uyumlu olmadığı ifade edilmiştir.⁸⁶ *HEGEL*’in görüşüne göre de cezanın çekilmesi adaletin sağlanması amacının yanında suçlunun onurlandırılması imkanını da sağlar. Bu bağlamda ceza aynı zamanda suçlunun hakkıdır.⁸⁷ Hatta öyle ki irade sahibi rasyonel bir varlık olarak cezalandırılması aynı zamanda onurlandırılmasıdır.⁸⁸

1.3.2. Faydacı Teori

Mutlak adalet teorisinin karşıtı olarak ifade edilen teori “Faydacı Teori”dir. Doktrinde “Neticeci Teoriler”⁸⁹, “Nispi (Nisbi) Teoriler”⁹⁰, “Sosyal Fayda Teorisi”⁹¹ olarak da adlandırılan teoriler -mutlak ceza teorilerinden farklı olarak- cezanın bir

⁸² Georg Wilhelm F. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çev. Cenap Karakaya, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1991, s. 98; Birden Güngören, “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 1, 2010, s. 992.

⁸³ Altınok Villemine, “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, s. 845; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 573.

⁸⁴ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 531.

⁸⁵ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 19.

⁸⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 846; Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 23.

⁸⁷ Güngören, “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı”, s. 992.

⁸⁸ Aydın, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, s. 135.

⁸⁹ Mehmet Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

⁹⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 847; Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 19; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 531; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 618.

⁹¹ Pirali Çağrı Şensoy, **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 28.

amacı gerçekleştirmek üzere araç olarak kullanılması fikrini bünyelerinde barındırırlar. Bu fikre göre cezadan beklenen amaç uygulanmasındaki toplumsal faydadır.⁹² Bu toplumsal fayda; “genel önleme” veya “özel önleme” amaçlarının gerçekleştirilmesi aracılığıyla sağlanır. Caydırıcılık ve ıslah amacını kendine esas alan teoriler, kişilerin karar verme yeteneğine sahip varlıklar olduğu ön kabulüne dayanır. Bu teorilere göre kişiler, harekete geçmeden önce eylemlerinin getireceği kazanç ve kayıpları hesaplayan rasyonel varlıklardır. Hatta öyle ki *BENTHAM*’a göre kâr-zarar analizini yapamayacak durumda olan kişilerin cezalandırılmasında bir fayda yoktur. Çünkü gerçekleştirdiği fiilin kötülük içerdiğini bilemeyecek kişilerin caydırılması mümkün değildir.⁹³

Önleyici teoriler tarafından benimsenen toplumsal fayda anlayışı, esasında faydacı ahlâk ve hukuk teorisinin ceza hukukuna yansımasıdır. Faydacı hukuk teorisinin önde gelen isimlerinden Jeremy Bentham ve ceza hukukunun fayda ilkesi çerçevesinde düzenlenmesi gerektiğini⁹⁴ ifade eden Cesare Beccaria faydacı teorisinin önde gelen savunucularındandır.⁹⁵ Faydacı hukuk teorisine göre, hukukun görevi toplumda en yüksek sayıda kişinin mutluluğunun sağlanmasıdır.⁹⁶ Bu fikir Bentham’ın siyaset ve hukuk felsefesine dair düşüncelerinde “en büyük sayının en büyük mutluluğu” olarak kendine yer bulmuştur.⁹⁷ Söz konusu düşüncenin sonucunda; cezanın geleceğe yönelik bir fayda sağlaması gerektiği iddiası ileri sürülmüştür. Zira halihazırda gerçekleştirmiş olan bir fiilin sonucu geri alınamayacağından, cezanın geçmişe yönelik bir amaç taşıması vasıtasıyla bir fayda sağlanması mümkün değildir. Cezanın geleceğe yönelik faydası ise ancak cezaların önleyici bir etki yapmasıyla gerçekleşir. Bu önleyici etki; “genel önleme” ve “özel önleme” olmak üzere ikiye ayrılır.

⁹² Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 618.

⁹³ Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Batoche Books, Kitchener, 2000 (1789), s.134-139; Elif Çağla Yıldız, “Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 80; Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, No: 1-2, 2009, s. 13.

⁹⁴ Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 237.

⁹⁵ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 601.

⁹⁶ Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 237.

⁹⁷ Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, s. 8.

Genel önleme teorisine göre; bir cezanın kanundaki varlığı, suç işlenmesi hâlinde cezanın tatbik edileceğinin bilinmesi⁹⁸, cezanın miktarı ve infaz usulü, potansiyel suçluları korkutarak suç işlemekten alıkoyacaktır. Ceza ile korkutmanın yanı sıra toplum tarafından onaylanmama durumunun da genel önlemenin bir işlevi olduğu⁹⁹, etkili caydırmanın sağlanabilmesi içinse cezanın infazının şiddetli ve azap verici olmasının önemli olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁰ Ancak cezanın kendisinin mi yoksa ibret teşkil etmesinin mi genel önlemeyi sağlayacağı konusunda kesin bir tespitle bulunmak mümkün değildir, zira bu durum suçtan suça da değişkenlik gösterebilir.¹⁰¹ Kişilerin ceza yoluyla maruz kalacakları acının (zarar) suçtan elde edecekleri mutluluktan (fayda) daha fazla olması sayesinde genel önleme sağlanabilecektir.¹⁰² Genel önleme; negatif genel önleme ve pozitif genel önleme olarak ikiye ayrılmaktadır. Negatif genel önleme prensibi kişilerin korku mefhumu üzerinden caydırılmasına, pozitif genel önleme prensibi ise ceza ile hukuk düzeninin devam ettiği ve bu düzene uyulması gerektiği yönünde toplumun bireylerine karşı bir uyarıda bulunulmasına hizmet eder.¹⁰³

Cezanın özel önleme fonksiyonu ise suç işleyen kişinin şahsında gerçekleşir. Özel önlemenin üç temel amacı vardır: failin ceza vasıtasıyla korkutularak bir daha suç işlememesinin sağlanması, cezanın infazı sırasında failin yeniden sosyalleştirilerek topluma kazandırılması, cezanın infazı sırasında failin toplumdan uzaklaştırılmasıyla toplumun geçici veya sürekli korunması.¹⁰⁴ Bu amaçların her biri cezanın geleceğe

⁹⁸ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 847; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 44.

⁹⁹ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 20; Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, s. 118.

¹⁰⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 108.

¹⁰¹ Kayıhan İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s. 37.

¹⁰² Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, s. 2.

¹⁰³ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 11-12; Şensoy, **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler**, s. 58; Ahmet Gökçen, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı ve İnfazı Sistemleri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 1-2, 2000, s. 214; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 602.

¹⁰⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 848; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 601.

yönelik bir amaç taşımaya işaret etmektedir.¹⁰⁵ Özel önleme teorisinin kusuru değil, tehlikelilik ve zararlı olma durumlarını dikkate aldığı ifade edilmektedir.¹⁰⁶

BECCARÍA cezanın amacına dair görüşlerini “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinde şu şekilde ifade etmiştir:

*“O halde, cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir.”*¹⁰⁷

BECCARÍA’nın görüşlerini yaşamış olduğu çağın şartları bağlamında değerlendirmek gerekir. *BECCARÍA*, yaşamış olduğu dönemde cezaların keyfiliği ve vahşiliğine karşı, daha hafif cezaların, eşitlik ilkesi çerçevesinde tatbik edilmesi gerekliliğini savunmuştur.¹⁰⁸ Bu nedenle suçların önlenmesi için cezaların ağırlığının değil, kaçınılmazlığının en önemli etkiyi doğurduğu öne sürülmüştür. *BECCARÍA*’ya göre hafif dahi olsa bir cezanın kaçınılmaz olması, uygulanmaması ihtimali bulunan görece ağır bir cezadan daha büyük bir etki doğuracaktır.¹⁰⁹ Hatta öyle ki cezaların canavarca olması, bu cezalardan kurtulmak için başkaca suçların işlenmesine sebep olabilir.^{110,111} Ek olarak cezaların ağırlığı ve orantısızlığı, suçluyu halkın gözünde haksızlığa uğramış bir kahraman haline getirebilecektir.¹¹² Gerçekten de kişilerin cezalandırılması sırasında salt caydırma amacı gözetilerek ağır cezalar verilmesi, cezanın ıslah amacını gerçekleştirmede olumsuz etkiler yaratabilir.¹¹³ Kişi haksızlığa

¹⁰⁵ Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, s. 2.

¹⁰⁶ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 108.

¹⁰⁷ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2016, s. 69-70.

¹⁰⁸ Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, s. 5.

¹⁰⁹ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, s. 129.

¹¹⁰ Beccaria, **a.g.e.**, s. 130.

¹¹¹ MONTESQUIEU da “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserinde cezaların sertliğini şu cümlelerle eleştirmiştir: “Bir devlette birtakım sakıncalı hareketler mi baş gösterdi? Şiddet kullanan bir yönetim bunları anında ıslah etmek ister. Eski kanunları uygulamak yerine, kötülüğü anında durduran zalim bir ceza koyar. Ancak böyle yapılırsa devlet mekanizması yıpratılmış olur. Hayal gücü daha hafif cezalara nasıl alışmışsa bu müthiş cezaya da öyle alışır. Daha hafif cezalar karşısında duyulan korku azalacağından, kısa süre sonra her olayda en ağır cezaya başvurmak gerekir.” Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Berna Günen, 6. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021, s. 106.

¹¹² İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 35; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 615.

¹¹³ Cezanın “damgalama” etkisi üzerine Bkz.: Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 17-18; Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2010, s. 131.

uğradığı düşüncesi ile kendini “kader mahkûmu” olarak görebilir. Bu durum cezalandırılan kişinin ıslah düşüncesine olumsuz bakmasına neden olabileceği gibi caydırıcılığı da azaltabilecektir.¹¹⁴

1.3.3. Karma Teori

Mutlak adalet teorisi ve faydacı teorilerin belirli yönlerinin benimsenmesi ile oluşturulan teoriler “Karma Teori” olarak adlandırılmıştır. Doktrinde “bağdaştırıcı teori”¹¹⁵, “uzlaştırıcı teori”¹¹⁶, “birleştirici teori”¹¹⁷, “eklektik teori”¹¹⁸ gibi adlandırmalar da kullanılmaktadır.¹¹⁹ Karma teoriye göre ceza hem geçmişe hem de geleceğe yöneliktir. Kişilerin cezalandırılmasında adaletin sağlanması amacından vazgeçilemeyeceği gibi, cezanın sağlayacağı birtakım faydalar da göz önünde bulundurulmalıdır. Yani cezaya adil ve faydalı olması kaydıyla hükmedilebilecektir.¹²⁰ Ancak bu amaçların birinin diğerine göre daha fazla benimsenmesi teorisinin savunucuları arasında ikili bir ayrıma yol açmıştır. Bu doğrultuda “toplumsal fayda ile sınırlı adalet” ve “adaletle sınırlı toplumsal fayda” görüşleri ile sürülmüştür.¹²¹ ROSSI’ye göre; “ceza vermek hakkı adaletten doğar”

¹¹⁴ Havva Begüm Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, No: 1, 2020, s. 450.

¹¹⁵ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 547.

¹¹⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 849; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 50; Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 22.

¹¹⁷ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 22.

¹¹⁸ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 574.

¹¹⁹ MADEN eserinde izah ettiği teorisinin “bütüncül teori” olarak adlandırılmasını tercih etmektedir. Bu tercihin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: “Cezalandırmadaki amaç bakımından ileri sürülen ve yukarıda açıklanan teorilerin hiçbiri, yalın haliyle konuyu kuşatmaya yeterli değildir. Kanaatimizce, aslında, bu teoriler, bir bütünün değişik veçhelerden görünümleriyle ilgilidir. Bu yaklaşımların isabetli bulunan yönlerinden müteşekkil olup, doktrinde karma teoriler olarak adlandırılan teoriler de bulunmaktadır. “Karma” kelimesi, en az iki unsurun mezc edilmesini ifade etmekle, kendisinden önce bulunan en az iki unsura işaret eder. Duruma tersinden bakıldığında, aslında, -”karma” teoriler de dahil olmak üzere- teoriler, bir bütünün çözümleme çalışmalarıdır. Bu bakımdan, bizim isabetli bulduğumuz bütüncül teorisinin karma teori olarak adlandırılması, gerçeği yansıtmamaktadır.” Bu yönden bakıldığında; doktrinde sıklıkla karma teori olarak anılan fikri sistemin iki farklı cüzün birleşmesinden meydana gelmediği, esasında cezanın ve cezalandırmanın külli bir şey olduğu, mutlak adalet ve faydacı teoriler olarak adlandırdığımız teorileri halihazırda bünyesinde barındırdığı ifade edilmiştir. Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 57.

¹²⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 83.

¹²¹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 574; Şensoy, **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler**, s. 65; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 50; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 83.

ancak bu hak toplumsal fayda ile sınırlanır.¹²² LUCAS'a göre ise; ceza vermek hakkı toplumsal faydadan doğduğu için gözetilmesi gereken birinci ilke toplumsal çıkarların korunmasıdır.^{123,124} Karma teorisinin hangi tarafının ağır basacağı somut olaya göre de değişkenlik gösterebilir. İlgili durumun koşullarına göre bazen cezanın kefaret amacı, bazense önleme amacı öne çıkabilecektir.¹²⁵

HART'a göre de cezalandırmanın meşrulaştırılması karma görüşün benimsenmesi yoluyla olur. AKTAŞ, HART'ın cezanın meşrulaştırılması bağlamında cezanın amacını inceleme yöntemini şu şekilde¹²⁶ aktarmıştır:

“Hart, cezalandırmanın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak temelde üç soru ortaya atar. Birinci soru, “genel ceza uygulamasını meşrulaştıran nedir?” İkincisi, ceza kime uygulanabilir?” Üçüncü soru ise, “ne kadar şiddette ceza verebiliriz?” biçimindedir. Sorulardan birincisi, cezalandırma amacının genel haklılaştırması ile ilgilidir. İkincisi, sorumlulukla ilgilidir. Üçüncüsü cezanın miktarı/şiddeti ile ilgilidir. Hart'a göre birinci soru faydacılık açısından cevaplandırılmalı ve cezalandırmanın meşrulaştırılması suçların önlenmesi gibi sosyal sonuçlarına göre yapılması gerekir. İkinci soru ise, Hart'a göre, kefareti (retribution) esas alan anlayışa göre cevaplandırılmalı ve dolayısıyla ceza, suç işleyen kişiye tatbik edilmelidir. Üçüncü soru ise kısmen kefaretçi yaklaşıma göre cevaplanmalı ve hiç kimseye hak ettiğinden daha fazla ceza verilmemelidir.”

Çalışmamızın konusu bağlamında; karma teorilerin takdiri indirim sebeplerinin genişlemesini sağlamış olduğu belirtilmiştir.¹²⁷

1.3.4. Türk Ceza Hukukunda Cezanın Amacı

TCK'nın “Ceza Kanununun amacı” başlıklı 1. maddesine göre;

“Ceza Kanununun amacı

¹²² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 83; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 520; René Garraud, **Traite Theorique et Pratique Du Droit Penal Français**, C.1, 1913, s.86. Aktaran: M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, s. 32. “Rossi 1829 da çıkardığı Ceza Hukuku (Traité de droit pénal) adlı kitabında nazariyesini şu formül ile anlatıyor: <Ceza vermek hakkının esası içtimâî fayda ile mahdud adalettir.>”

¹²³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 83.

¹²⁴ Cezanın birden çok amacının cezanın belirlenmesi sırasında oluşturabileceği çelişkiler için Bkz.: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 112-113.

¹²⁵ Altınok Villemin, “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, s. 159.

¹²⁶ Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, s. 23.

¹²⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 849; Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, s. 51; Tokgöz, “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopylar Üzerine Bir Değerlendirme”, s. 451.

Madde 1- (1) Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

Aynı zamanda TCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasına göre;

“Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi

Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur...”

CGTİHK’nın “İnfazda temel amaç” başlıklı 3. maddesine göre de;

“İnfazda temel amaç

Madde 3- (1) 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.”

Türk ceza hukuku mevzuatı incelendiğinde kanun koyucunun karma teoriyi benimsediği görülmektedir.¹²⁸ Mevzuatta genel itibarıyla suçun önlenmesi ve toplumsal düzenin sağlanması temel amaç olarak belirlenmiştir. Suç işleyen kişi hakkında fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde ceza verilmesi kuralı mutlak adalet teorisinden, genel¹²⁹ ve özel önlemeyi sağlama amacının açıkça zikredilmesi ise faydacı teorilerden ilham alındığının göstergesidir.¹³⁰ Diğer yandan “Cezanın

¹²⁸ Aksi yönde görüş için Bkz.: Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 549.

¹²⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT’a göre infazın insancıl olması esas olduğundan ve infaz sırasında muhatabın iyileştirilmesi bir amaç olarak kanunda gösterildiğinden infazın amaçları arasında özel önleme amacının bulunması yerindedir. Ancak kanun koyucunun infazın amaçları arasında genel önleme amacını göstermesi yerinde değildir. Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **a.e.**

¹³⁰ MADEN’e göre infazın amaçları arasında genel ve özel önlemenin zikredilmiş olması cezanın amaçları bakımından mutlak teorilerin dışlanmış olduğunu göstermez. Zira cezalandırmanın amacı ile

belirlenmesi” başlıklı TCK m. 61’de “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı”nın da temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir ölçüt olarak zikredilmesi cezanın kefarete amacına bir naziredir.¹³¹ Doktrindeki çoğunluğun görüşü ise; her iki teorinin de belirli yönlerinin alınması vasıtasıyla karma teorinin benimsenmiş olduğudur.¹³²

Yargı kararlarında da cezanın amacına değinildiği görülmektedir. Ancak bu değinmeler arasında bir birlik sağlandığı söylenemez. Bu durumun nedenlerinden bir tanesi de mahkemelerin önlerine gelen olay bağlamında cezanın amacını değerlendirmeleridir. Somut olaya göre yapılan bu değerlendirmeler bizi; cezanın amacına dair nihayete varmış ve her durumda uygulanabilecek bir görüşün yargı makamlarınca benimsenmediği sonucuna ulaştırmaktadır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önüne gelen bir olayda 18 yaşından küçük olan sanık hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi hususunda değerlendirme yaparken; cezanın amaçlarından hükümlünün ıslahı amacına bilhassa dikkat çekmiştir.¹³³ Fakat 12 Eylül olaylarına dair sanıkların

cezanın infaz edilmesindeki amaç birbirini tamamen kapsayan kümelerden müteşekkil değildir. Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 55-56.

¹³¹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 848.

¹³² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT’a göre; “Taner, Dönmezer/Erman, Yüce, Önder, Yarsuvat, İçel/Donay, Artuk/Gökçen/Yenidünya tarafından cezanın amacının genel ve özel önleme olduğu vurgulanmakta, kısmen kefarete ve tasfiye amaçlarına da değinilmektedir. Buna karşılık, Erem/Danışman/Artuk cezanın tek açıklamasının ıslahatda toplandığını, Hafizoğulları cezanın bizzat kendisinin ödetme, işlevinin ise önleme olduğunu, Sokullu-Akıncı ise cezanın amacının toplumsal bilincin devamının sağlanması olduğunu, genel ve özel önlemenin ise cezanın sonuçları olarak ortaya çıktığını belirtmektedir.” Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 552.

¹³³ “Geçerli bulunan hukuk kurallarına göre suç oluşturan fiili işlediği sabit olan kişiye verilecek cezanın amacı başlangıçta kefarete (ödetme) anlayışına dönük iken, zaman içerisinde bu anlayıştan vazgeçilerek hükümlünün ıslahı ve topluma kazandırılması hedeflenmiştir. 5275 sayılı Kanunun 3. maddesinde de ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, 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 hayat biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu açıklanmıştır.” Ceza Genel Kurulu, E.2013/816, K.2015/39, 10/03/2015. Benzer yönde Bkz.: Ceza Genel Kurulu, E.2014/180, K.2014/324, 10/06/2014. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından kullanılan ifadeler incelendiğinde cezanın amacı yönünden tartışılmaz ve kesin bir dönüşüme işaret edilmektedir. Ancak biz bu ifadelere katılmamaktayız. Zira cezanın amacının ne olduğunun tespit edilmesi ve ilgili somut olay özelinde uygulanması birçok farklı yönü bulunan karmaşık bir meseledir. Bazı olaylarda cezanın faydacı fonksiyonu öne çıkarken, bazı olaylarda ise adaletin sağlanması fonksiyonu öne çıkabilecektir. Bu durumu görmezden gelerek toptancı bir görüşün “tartışmaya kapalı” ve kesin bir biçimde sunulması bizce yerinde değildir.

Çalışmamızdaki bazı metinlerin üzerindeki vurgular ve çift köşeli parantez [] içerisindeki düzeltmeler tarafımızca yapılmıştır.

yargılanmasına ilişkin davada Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından cezanın amacı konusunda uzunca bir değerlendirme yapıldıktan sonra; bilhassa adaletin sağlanması ve cezanın önleyici etkisine vurgu yapılmıştır.¹³⁴ Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda “*teorik olarak ceza yargılaması hukukunda, yaptırımın **birinci amacının ödetme, ikinci amacının ise faili ıslah etme ve yeniden topluma kazandırmak olduğu, demokratik hukuk devletinde yaptırımın başka bir amacının olamayacağı,***” hususu vurgulanmıştır.¹³⁵

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bazı eski tarihli kararlarda cezanın amacına dair bir “dönüşüm”ün gerçekleştiğinden bahsedilmiştir:

“Cezaların yerine getirilmesine, **toplumun öç alma duygularını doyurmayı ve ceza yaptırımlarının etkili bir ibret olması esasını** benimseyen eski Ceza Hukuku anlayışı, toplumların uygarlık düzeyinin büyük ölçüde geliştiği ve insan haysiyetinin daha çok gözetlediği zamanımızda hemen hemen tüm olarak terkedilerek, yerine suç işleyenleri, **kişiliklerine uygun eğitim, öğretim ve çalıştırma yolları ile düzeltme ve kendilerini topluma tekrar yararlı bireyler haline getirme** gibi, hem insanca nem de toplumsal ilke ve amaçlara dayanan yeni bir sistem, bütün batı ülkelerince öngörülmüş bulunmaktadır. Ceza evlerinden çıktıktan sonra, pişman olmuş ve artık düzelmiş bulunan hükümlü 'kişilerin toplum içinde, yeniden suç işlemelerine engel olunması yönünden izlenmeleri ve hatta bir bakıma suçluluğa karşı korunmaları da bu yeni ve insan haysiyetine daha uygun düşen çağdaş yerine getirme sisteminin kapsamı içine girmektedir.’”¹³⁶

¹³⁴ “**Yaptırımların amaç ve faydalarını açıklayan düşüncelerdeki ana fikir, cezanın kefaret olduğu gibi suuç işlenmesini önleyici etki de yaptığıdır.** Suuçun işlenmesiyle bozulan hukuk düzeninin yeniden tesis edilmesi için, bu düzenin hamisi olan suçluyu cezalandırır. Ceza, toplumun kendisini savunmak için başvurduğu bir önlemdir. **Toplumdaki adalet duygusunun tatmin edilmesi gereklidir.** Adalet ise; suç teşkil eden hareketin bir ceza ile karşılanmasını gerektirir. Suç tarihi itibarıyla, ülkemizde çok partili hayata geçişinden sonra, köklü temelleri olmayan demokrasi serüveninde, henüz demokrasi kültürünün oluşmasına fırsat vermeden darbe yapma alışkanlığını sıradanlaştıranların, ünvan ve statüleri ne olursa olsun, ihlal edilen hukuk düzeninin tesisi, toplumun demokratik geleceğinden emin olması ve mukadderatını tayin hakkının korunması bakımından, her suçlu gibi cezai bir yaptırıma tabi tutulması hukuk devleti olmanın gereğidir. Ceza hukuku açısından, halkın iradesine en ağır müdahalelerden olan darbe suçunu yaptırımsız bırakmak cezanın önleyiciliğini etkisiz kılacağı gibi, sonradan işlenebilecek suçlar yönünden teşvik edici olacaktır. Toplumun kendisini ve demokratik hayatını savunmak için yaptırım uygulanması, demokratik toplum bakımından zorunlu görülmelidir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2015/5829, K.2016/4175, 21/06/2016.

¹³⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2012/1644, K.2013/2810, 23/01/2013. Kararı aktaran: Erdal Yerdelen, **Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 311.

¹³⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1970/42, K.1971/30, 09/03/1971. Kararı aktaran: Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 550.

Ancak yine de düzenli biçimde tek bir teoriye ağırlık verildiği söylenemeyecektir. 1992 yılında önüne gelen bir anayasaya aykırılık nedeniyle iptal davasında Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır:

“Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu oransallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir.

*Yasakoyucu, cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken **mutlak adalet ölçülerini** izlemek zorundadır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel esaslarındandır. Sosyal düzen ve toplum yararı amacı ile genel kurala aykırı kurallar konulması zorunluluğu ortaya çıkmış ve yasakoyucu yetkisini kullanmıştır.”¹³⁷*

Yine Anayasa Mahkemesince verilen farklı kararların karşı oy yazılarında cezanın kefaret amacına değinilmiştir:

*“Ceza, adli ilgili makamlarca hukuka aykırı kusurlu harekete uygulanan, **kefaret**, önleme, ıslah amaçlı bir yaptırımdır.”¹³⁸*

*“Amaç suç teşkil eden haksızlığa kusuru ile sebep olan **eylemin kefaretini ödetmek** olduğunda, kamu malına ya da kamu adına yararlanan bir mala gelecek küçük bir zararın bile alt sınırdan bir yıllık özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile tecziyesi, hukuk devleti teorisinde gereğinden fazla otoriter ve totaliter çağrışımlı, insan hakları ve değerlerini dışlayan ayrımcı bir yaklaşım olup kişi hak ve özgürlüğü ile kamu yararı arası dengeyi suçla oluşan zararın nitelenmesi yönünden gözetmeyen ölçüsüz bir yaklaşımdır.”¹³⁹*

*“Hapis, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Amaç, suç teşkil eden haksızlığa kusuru ile sebep olanın eylemin **kefaretini ödetmek**, sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunu hissettirmek, toplumun diğer fertleri üzerinde ikaz ve suç işleyeni toplum için yeniden zararsız güvenilir hale getirmek ise...”¹⁴⁰*

Yukarıda bahsi geçen içtihatlar da görüldüğü üzere yargı makamları belirli hallerde cezanın farklı amaçlarına atıfta bulunabilmektedir. Ancak genel itibarıyla; cezanın hem kefaret amacına hem de genel önleme ve özel önleme amacına nazire yapılması, karma teorinin benimsendiği fikrini uyandırmaktadır.

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1992/45, K.1992/51, 03/12/1992.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2014/124, K.2015/24, 05/03/2015.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2015/47, K.2016/11, 10/02/2016.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2013/119, K.2013/141, 28/11/2013.

1.3.5. Cezanın Amacının Gerçekleştirilmesi Bakımından Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi

Çalışmamızın ilk bölümünde ceza ve cezanın amacına ilişkin tartışmaları inceleme amacımız, en nihayetinde bu tartışmaların takdiri indirim nedenleri müessesesinin oluşumuna ve gelişimine gösterdiği fikrî katkıyı ortaya çıkarmaktır. Sadece konumuz bakımından değil, diğer birçok ceza hukuku sistemi ve aracı, temelini belirli fikrî hareketlerden ve bu hareketlerin çatışmasından almaktadır.¹⁴¹ Ceza ve cezanın amacına dair tartışmalar, “hukuk uygulayıcısının elindeki malzemenin biçimine büyük ölçüde etki edecektir.”¹⁴² Bu husus çalışmamızın niteliği bakımından da bir zorluğu ortaya çıkarmaktadır. Zira eski zamanlardan bugüne kadar “cezanın amacı”na dair tartışılan bu kadim soru, birçok düşünür tarafından inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmamızın doğrudan hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, işbu eser seviyesinde ilgili teorisyenlerin görüşlerinin derinlemesine incelenip, tasnif edilmesi ve en nihayetinde nihai bir fikir oluşturacak biçimde analizi mümkün görünmemektedir. Diğer yandan, yukarıda açıklanmaya çalışılan mutlak ve faydacı yaklaşımların her ikisinden de özellikler barındıran uzlaştırmacı görüşlerin yaygın kabul gördüğü ifade edilmektedir.¹⁴³ Bunun doğal bir sonucu ise; çoğu ceza hukuku kavramının doğrudan bir teoriden yola çıkılarak hayata geçirilmediği, bugüne kadar yapılan tartışmaların karma bir şekilde hukuk sistemlerine etkide bulunduğuudur. Örneğin içtimai müdafaa doktrininin, güvenlik tedbirleri müessesesinin ceza hukukunda yer bulmasında etkili olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁴ Yine “Düşman Ceza Hukuku” teorisinin, terörle mücadele kanunlarının gelişimine etki ettiği ifade edilmiştir.¹⁴⁵ Benzer şekilde de takdiri indirim nedenlerinin oluşumunda birçok fikrî hareketin etkisinin olduğu/olabileceği kanaatindeyiz. Bu

¹⁴¹ Üzülmaz, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, s. 260.

¹⁴² Uzun, “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, s. 117.

¹⁴³ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 603; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 620; Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 574.

¹⁴⁴ Şensoy, **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler**, s.46.

¹⁴⁵ Denizer Şanlı, **Düşman Ceza Hukuku -Kaynaklar, Kuramsal Çerçeve, Eleştiriler-**, 2. bs., Notabene Yayınları, 2020, s.12-26. Şensoy, **a.g.e.**, s. 56.

etkiler, teorilerin çalışmamızdaki incelenme sırasına göre bu başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın ilgili kısmında da belirttiğimiz üzere, mutlak adalet teorileri genel olarak adalet ve kefarete teorileri olarak adlandırılmaktadır.¹⁴⁶ Bu teoriler cezayı en genel manada; suçun bir “karşılığı” ve başlı başına bir amaç olarak görmektedirler.

Genel olarak mutlak ceza teorilerine karşı getirilen eleştirilerden bir tanesi; bu teorilerin cezaların şiddetlenmesine yol açacağı yönündedir. Bu eleştirilerin doğal sonucu olarak, takdiri indirim nedenleri müessesesi ile mutlak adalet teorilerinin teorik düzlemde örtüşmeyeceği düşünülebilir. Ancak biz bu eleştirilerin belirli yanılsamalar nedeniyle oluştuğu kanaatindeyiz. Sosyal fayda teorisi ile birlikte okunan bir “karşılıklı teoriler değerlendirmesi”nde ortaya çıkan tek sonuç çoğu zaman şu olmuştur: mutlak ceza teorileri cezayı başlı başına bir amaç olarak görür, sosyal fayda teorileri ise cezayı genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleştirilmesi adına bir araç olarak görür. Ancak bu görüşün yanında cezanın miktarına ilişkin de incelemelerin yapılması gerekmektedir. *H.L.A. HART*, bu tartışmanın nihayete erebilmesi için “cezanın meşruiyetini sağlayan amacı ile cezanın miktarı mevzularının birbirlerinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini” ileri sürmüştür.¹⁴⁷

Aynı zamanda “Faydacı Teori” başlığı altında sayılan düşünürlerin fikirleri cezanın ölçütüne dair net fikirler barındırmaktadır. Örneğin *BECCARIA* cezanın amacı ile miktarı arasında doğrudan bir ilişki kurmuştur.¹⁴⁸

Sözünü ettiğimiz bu durum cezanın amacına karşı bahsi geçen teorilerin bakış açılarıyla da doğrudan ilgilidir. Öyle ki mutlak adalet teorilerine getirilen eleştirilerden bir tanesi de bu teorilerin yalnızca cezanın zaruriliğini öne çıkarmalarıdır.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 337.

¹⁴⁷ H.L.A. Hart, **Punishment and Responsibility**, 2. bs., Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 230. Aktaran: Fatih Güneş, “Kant’ın Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Cezanın Amacı”, İstanbul, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, 2017, s. 63-64.

¹⁴⁸ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, s. 131.

¹⁴⁹ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 338.

Ancak bunun yanında; cezanın ölçütüne dair mutlak ceza teorilerinin nasıl bir eğilimde olduğu konusunda değerlendirmeler yapmak lazım gelir. Zira takdiri indirim nedenleri müessesesi; hem yargılama ve sonrasına dair birtakım amaçlara, hem de faile verilecek cezanın miktarına dair birtakım ölçütlere içkindir.

Bu doğrultuda orantılılık ilkesinin muhafazası hâlinde, cezanın bir amaç olması “cezaların artırılması yönünde bir görüş benimseme” sonucunu kendiliğinden doğurmaz.¹⁵⁰ Bu nedenle müstahak olduğu ölçüde, orantılılık ilkesinin muhafaza edildiği, yargı kararlarında da işaret edildiği üzere “hak ve nesafet ilkesi”nin gözetildiği hallerde “adaletin sağlanması” amacı; mutlaka en ağır cezanın tatbik edilmesi anlamına gelmeyecektir.

Konumuz bakımından benzer bir değerlendirme *MADEN* tarafından “hapis cezasına seçenek yaptırımlar” bağlamında tartışılmıştır:

*“Hapis cezası dışındaki alternatifleri neticeci yaklaşımlarla temellendirme/ haklılaştırma yönünde yukarıda belirttiğimiz gibi bir eğilim bulunsa da bu alternatiflerin neticeci olmayan yaklaşımlarla temellendirilmesinde/ gerekçelendirilmesinde en azından teorik olarak, bir sorun yoktur. Von Hirsch/ Wasik’in belirttiği gibi, “müstahak olma” rasyoneli, cezaların türüne değil, onların şiddetine ilişkindir.”*¹⁵¹

Takdiri indirim nedenleri de hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi birer “cezanın bireyselleştirilmesi” aracıdır. Benzer biçimde -*MADEN*’in “neticeci yaklaşım” olarak sınıflandırdığı- “faydacı ceza teorileri”nin takdiri indirim nedenleri yönünden de esas fikrî altyapıyı oluşturduğu düşüncesi ilk başta akla gelebilir. Ancak takdiri indirim nedenlerinin, cezanın orantılılığını sağlamada bir araç olarak kullanılması hâlinde “mutlak ceza teorileri” ile de temellendirilmesi mümkündür. **Zira takdiri indirim nedenleri müessesesi, mevcut hukuki niteliği ile bir bireyselleştirme aracı olarak “müstahak” olan cezayı belirlemede bir vasıtaadır.** Sonuç olarak; mutlak ceza teorisi ile bireyselleştirme araçlarından biri olarak ifade edilen takdiri indirim nedenlerinin teorik olarak uyuşmadığı¹⁵² ilk bakışta düşünülse

¹⁵⁰ Maden, *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, s. 43.

¹⁵¹ Maden, *a.e.*, s.7.

¹⁵² DÖNMEZER/ERMAN bu hususu şu cümlelerle ifade etmiştir: “...Gerçekten cezada bulunan kefalet teşkil edici vasıf ve gene cezanın kanunî oluşu ve suç ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı

de biz bu görüşte değiliz. Zira mutlak ceza teorilerinin bünyesinde barındırdığı “müstahak olma” düşüncesi cezanın şiddeti ile ilgili bir durumdur.¹⁵³ Bu nedenle, işlenen bir suçta; olayın ve failin belirli özellikleri nedeniyle, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında bir takım ceza indirimlerinin olmasının mutlak ceza teorisi ile örtüşmeyeceği düşüncesi kanaatimizce yerinde değildir.

Faydacı ceza teorisinde, mutlak ceza teorilerinden farklı olarak cezanın bir amacı gerçekleştirmek üzere araç olarak kullanılması fikri hakimdir. Yani cezadan beklenen amaç uygulanmasındaki toplumsal faydadır.¹⁵⁴ Bu bağlamda genel itibarıyla cezadan iki büyük fonksiyonu yerine getirmesi beklenir: genel önleme ve özel önleme. Ceza kanunlarının varlığı ve suç işleyenler üzerinde uygulanması ile genel önleme amacı sağlanır. Zira ceza kanunlarının mevcudiyeti ve bunların infazı toplum üzerinde caydırıcı bir etki yapacaktır. Bu önermenin yerindeligi başka bir tartışmanın ve çalışmanın konusu olmakla birlikte; tez çalışmamız bakımından genel önleme amacı ile takdiri indirim nedenlerinin teorik altyapıda uyuşmadığı kanaatindeyiz. Çünkü genel önleme ve bu vesileyle caydırıcılığın sağlanmasındaki önermenin dayanak noktası cezaların ağırlığı ve infazının aleniyeti ile ilgilidir. Aynı zamanda genel önleme teorisinin kabulü cezaların ağırlaşması sonucunu beraberinde getirir.¹⁵⁵

bulunuşu gibi özellikleri ferdileştirme esasına aykırıdır.; buna karşılık cezanın izlediği gayelerden korkutma-usandırma, ferdileştirme ile yalnızca bağdaşabilir olmakla kalmaz ve fakat aynı zamanda bunu gerekli kılar.”

KORUCULU ise bu hususu şu cümlelerle ifade etmiştir: “...[C]ezanın, kanunda suçun karşılığı olarak öngörülen alt ve üst sınırlı cezalar arasında belirlenmesinin de cezanın suçlunun şahsında tam olarak bireyselleşmesine yetmediği görülmüş, bunun sonucunda da cezanın ertelenmesi, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi bireyselleştirme araçları ortaya çıkmıştır. **Tüm bu gelişmelerde cezanın amacını açıklayan mutlak teorilerden nispi teorilere geçişin de etkisinin olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Suçun ve suçlunun özellikleri ne olursa olsun bir suçu işlemiş olan herkese aynı cezanın verildiği sabit cezalar sistemi kefarete anlayışının bir yansıması olup, suçlunun şahsi özelliklerine bakılmaksızın aynı suçu işleyen herkese aynı cezanın verilmesi kefarete anlayışını yansıtmaktadır. Diğer yandan, cezanın öncelikle alt ve üst sınırlı cezalar arasında hakim tarafından belirlenmesi, ardından suçlu hakkında diğer bireyselleştirme araçlarına başvurulabilmesi hususunda hakime takdir yetkisi verilmesi, suçlunun verilen cezanın infazı ile topluma yeniden kazandırılmasının sağlanması, eğer bireyin işlediği suç ve bu suç karşılığında aldığı ceza onun cezaevine girmeden de topluma yeniden kazandırılmasını sağlayabilecekse bu durumda denetim altında ancak cezaevine girmeden cezasının infaz edilmesi imkanı cezanın önleme (faydacı) amaçlarını yansıtmaktadır.” Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 24.**

¹⁵³ Andrew Von Hirsch, Martin Wasik, “Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert”, The Criminal Law Review, September 1988, ss. 555-572, s. 557. Aktaran: Mehmet Maden, a.g.e., s. 8.

¹⁵⁴ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 619.

¹⁵⁵ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 355.

Konumuz bağlamında da değerlendirilecek olursa, bir kişinin işlediği bir suçtan sonra geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin göz önünde bulundurularak cezasında bir indirim yapılmasının genel önleme amacına hizmet etmeyeceği açıktır. Hatta tam tersine cezada bir indirimin varlığı, cezanın miktar yönünden kaçınılmazlığının kısmi bir istisnasıdır. Cezanın pozitif genel önleme prensibini ifade eden hukuk düzeninin devam ettiğine dair toplumun bireylerine karşı yapılacak uyarı niteliği, ilgili cezada bir indirimin yapılması olgusunun karşısında zayıflayacaktır. Benzer şekilde; cezanın azaltılması neticesinde, negatif önleme prensibini ifade eden korku mefhumu ile caydırma amacı yönünden, korkutmanın etkililiğini azaltacaktır. Somut bir olayda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması kamuoyunda cezanın esnetildiği veya kısmen uygulanmadığı algısı yaratmaya muktedirdir. Açıklanan nedenlerle; genel önleme amacı ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin teorik ölçüde uyuşmadığı kanaatindeyiz.¹⁵⁶ Çeşitli yargılamalarda TCK m. 62 uyarınca ceza indirimi yapılmasının toplumda yarattığı cezasızlık algısı, bu görüşümüzü destekler nitelikte somut bir örnek olarak gösterilebilir.

Ancak cezanın özel önleme amacı bakımından bu hususun tartışılması faydalı olabilecektir. Cezanın özel önleme fonksiyonu, suç işleyen kişinin şahsında gerçekleşir. Özel önlemenin üç temel amacı vardır. Bunlardan ilki; failin, ceza vasıtasıyla korkutulması ve bir daha suç işlememesinin sağlanmasıdır. Somut bir olayda TCK m. 62 tatbik edilirken; failin cezasında indirimle gidilmeyerek -indirimli cezaya nazaran- daha ağır bir cezaya hükmedilmesi yoluyla, bu amacın gerçekleştirilmesi mümkündür.¹⁵⁷

Özel önlemenin ikinci amacı; cezanın infazı sırasında failin yeniden sosyalleştirilerek topluma kazandırılmasıdır. Cezanın özel önleme fonksiyonu icra edilirken, iyileştirici bir değişikliğin sağlanabilmesi için cezanın adil olduğu

¹⁵⁶ Bu görüşe belki de şu yönden bir şerh düşülebilir: Eğer kanun koyucu, belirli bir suç yönünden takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme yaparsa, o suçun cezasının diğer suçların cezasına aksine indirimle tâbi olmayışı, cezanın genel önleme amacına hizmet edebilir.

¹⁵⁷ Ancak bu kabul; “daha ağır cezaya hükmedilmesinin daima daha caydırıcı olduğu” şeklinde anlaşılmamalıdır.

düşüncesinin suçlunun bünyesinde uyanması gerekir.¹⁵⁸ Takdiri indirim nedenleri müessesesi, bu adillik duygusunun sağlanmasında kullanılabilecek bir araçtır. Söz gelimi, iki fail tarafından işlenmiş bir suçta faillerden birinin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösterir davranışları mevcutken, diğerinin işlemiş olduğu suçla gurur duyar bir pozisyonda olması hâlinde her ikisine de aynı cezanın verilmesi adalet ve nefaset duygularını zedeleyebilecektir. İşte bu gibi bir durumda takdiri indirim nedenleri vasıtasıyla uygulanacak ceza indirimi, failin daha adil bir ceza aldığına inanmasına ve dolayısıyla ıslah ve rehabilitasyon sürecine katkıda bulunabilir.

Uygulamada failin suçu ikrârı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olması, suç nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermesi gibi hususlar da takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir.¹⁵⁹ Hiç şüphesiz kişinin işlemiş olduğu eylemin sorumluluğunu üstlenmesi ve hakkında hükmedilen cezaya “razı” gelmesi suçlunun ıslahı bakımından önemli bir etkidir.¹⁶⁰ Aynı zamanda; failin adli makamlarla iş birliği içinde oluşunun lehine olacak şekilde değerlendirilmesi, faydacı teorilerin özünde bulunan “fayda prensibi” ile de uyumaktadır. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla geleceğe yönelik toplumsal bir fayda sağlanacaktır. Failin bu ve benzeri olumlu davranışları göz önünde bulundurularak cezasında indirime gidilmesi, failin ıslahına ve topluma yeniden kazandırılmasına katkı sağlayacaktır.

TCK m. 62’de; takdiri indirim nedeni olarak “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” de sayılmıştır. Bu ölçüt ile faydacı teorilerin “cezanın amacının geleceğe yönelik” olması nosyonu arasında bir benzerlik vardır. Çalışmamızın ilgili bölümünde de incelediğimiz üzere faydacı veya neticeci teoriler olarak adlandırılan bu teoriler, adlarından da anlaşılacağı üzere geleceğe dönük bir işlev taşırlar. Faydacı teoriye göre; cezanın amacı, gelecekte elde edilebilecek yararın mevcudiyetidir. Bu yönden; “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” ölçütü

¹⁵⁸ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s.21

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: “3.1.3.Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları”.

¹⁶⁰ ÖZGENÇ’e göre: “belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır.” Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 687.

ile faydacı teori arasında teorik temelde bir örtüşme söz konusudur. Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararın karşı oy yazısında, takdiri indirim nedenleri müessesesi ile cezanın özel önleme amacı arasındaki ilişkiye atıfta bulunulmuştur:

*“hükmün gerekçesinde yine TCK’nın 62 maddesi uygulanmamasına ilişkin olarak sanıkların geçmiş halleri, suçtan sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, suçtan pişmanlık duyduğu hallerin gözlemlenmemesi nedeni ile haklarında takdiri indirim nedenleri uygulanmadığına ilişkin gerekçede çelişki olmadığı gibi, **cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkisinin cezanın özel önleme amacına ilişkin olduğu da düşünüldüğünde** gösterilen gerekçeler uzun yıllar itibarıyla Yargıtayın yerleşik içtihatlarına uygun ve dosya kapsamı ile uyumlu olduğu”¹⁶¹*

Özel önlemenin üçüncü amacı, cezanın infazı sırasında failin toplumdan uzaklaştırılmasıyla toplumun geçici veya sürekli olarak korunmasıdır. Somut bir olayda TCK m. 62 tatbik edilirken; failin cezasında indirime gidilmeyerek -indirimli cezaya nazaran- failin daha fazla süre cezaevinde kalması sağlanabilir. Bu vesileyle “olanaksızlaştırma” amacının kısmen de olsa gerçekleştirilmesi mümkündür. Özet olarak; “fayda prensibinin” genel mantığı gereğince, özel önleme teorisi ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin teorik olarak uyuşabileceği kanaatine ulaşmaktayız.

1.4. Cezanın Belirlenmesi

Cezanın belirlenmesi; “suç tipi hakkında soyut olarak belirlenmiş olan cezanın, gerçekleştirilen bir fiil neticesinde, fail bakımından somutlaştırılmasını; failin, bu fiili neticesinde maruz kalacağı cezanın niteliğinin ve niceliğinin tespitini” ifade eder.¹⁶²

Cezanın belirlenmesi; soyut cezanın belirlenmesi ve somut cezanın belirlenmesi olarak ikiye ayrılır. Soyut cezanın belirlenmesi ise kendi içerisinde genel soyut belirleme ve özel soyut belirleme olarak tasnif edilmiştir.¹⁶³ Genel soyut cezanın belirlenmesi; kanun koyucu tarafından yapılan TCK’da bulunan cezanın çeşitlerine ve miktarlarına ilişkin genel çerçevenin çizilmesini ifade eder.¹⁶⁴ Özel soyut cezanın belirlenmesi, her bir suçun karşılığında hükmedilebilecek cezayı ve miktarını ifade

¹⁶¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/986, K.2018/1740, 30/05/2018.

¹⁶² Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 27.

¹⁶³ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 571; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 533; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 701.

¹⁶⁴ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 533. Genel soyut cezanın belirlenmesine örnek olarak TCK m. 45-52 maddeleri örnek gösterilebilir.

eder. Örneğin TCK m. 125’te düzenlenen hakaret suçunun cezasının “üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası” olarak öngörülmesi bir özel soyut belirleme örneğidir.

Bazı suçlar bakımından cezanın alt ve üst sınırı arasındaki aralığın geniş bir şekilde belirlenmesinin kanunilik ilkesine ve bu ilkenin görünümülerinden bir tanesi olan belirlilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁵ Örneğin taksirle öldürme suçunun nitelikli halinin cezasının TCK m. 85/2’de iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Diğer bir görüşe göre ise belirlilik ilkesi, “kanunda düzenlenen ve suçun unsurlarına ilişkin sözcüklerin doğru seçilmesi” olduğundan soyut cezanın belirlenmesinde ceza aralığının geniş tutulması belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹⁶⁶

Somut cezanın belirlenmesi; somut olayın mahkemenin önüne gelmesi sonucunda yapılan ceza yargılamasında suçun sübuta erdiğine kanaat getirilmesi ve diğer yasal şartların da varlığı hâlinde fail hakkında kanunda öngörülen biçimde cezaya hükmedilmesini ifade eder.¹⁶⁷ Bu cezanın nasıl belirleneceği hususu ise “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” başlığı altında, TCK’nın birinci kitabının üçüncü bölümünde üç madde hâlinde düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi süreci; temel cezanın belirlenmesi ile başlar, sonuç cezanın belirlenmesi ile sona erer.¹⁶⁸ Bilindiği üzere TCK’da çeşitli yaptırım türleri ve ceza miktarları öngörülmüştür. 765 sayılı MTCK’da suçlar kabahat ve cürüm olarak ikiye ayrılmış, bu ayrıma bağlı olarak ağır hapis cezası, hapis cezası ve hafif hapis cezası öngörülmüş idi. Ancak YTCK’da kabahat ve cürüm ayrımından vazgeçilmiş, yalnızca suç kavramı tercih edilmiştir. Buna paralel olarak suçların karşılığında uygulanacak

¹⁶⁵ Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 278-279; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 699.

¹⁶⁶ Gökhan Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 3, 2016, s. 146.

¹⁶⁷ DEMİRBAŞ’a göre cezanın somut belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi anlamına gelmektedir. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 701.

¹⁶⁸ Bir tasnife göre de yaptırımın bireyselleştirilmesi gerçekleşme aşamasına göre isimlendirilebilir. Bireyselleştirme; yaptırım içeren soyut normun düzenlenmesi aşamasındaki bireyselleştirme ile somut yaptırımın belirlenmesi aşamasındaki bireyselleştirme ve infaz aşamasındaki bireyselleştirme olarak sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmaya göre; çalışmamızda bahsetmiş olduğumuz bireyselleştirme, yalnızca somut yaptırımının belirlenmesi aşamasındaki bireyselleştirmeyi ifade eder. Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 27.

yaptırımlar hapis cezası ve adli para cezası olarak belirlenmiştir. Bu nedenle temel cezanın belirlenmesi sırasında bir hâkimin yapacağı ilk şey cezanın türünü belirlemek olacaktır.

1.4.1. Ceza Türünün Belirlenmesi

Türk ceza hukuku sisteminde bir suçla karşılık öngörülen cezaların dört farklı şekilde düzenlendiğini görülmektedir. Kanunda sadece hapis cezası öngörülmüş olabilir.¹⁶⁹ Kanunda hem adli para cezası hem hapis cezası öngörülmüş olabilir.¹⁷⁰ Kanunda seçimlik ceza şeklinde adli para cezası veya hapis cezası öngörülmüş olabilir.¹⁷¹ Kanunda sadece adli para cezası öngörülmüş olabilir.¹⁷²

Kanunda öngörülen cezanın; sadece hapis cezası, sadece adli para cezası veya hem hapis hem adli para cezası olduğu hallerde ceza türünün belirlenmesi açısından bir soru işareti bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun verilecek ceza bakımından “veya” bağlacını kullandığı hallerde hangi ceza türünün, hangi ölçütlere göre verileceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda seçenekli cezanın öngörüldüğü hallerde ceza türünün belirlenmesi sırasında hangi kriterlerin esas alınacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre “temel cezanın belirlenmesi” üst başlığı ceza türünün belirlenmesi hususunu da bünyesinde barındırır.¹⁷³ Bu görüşe göre ceza türünün seçilmesi aşamasında TCK m. 61/1 hükmünde bulunan ölçütler göz önünde bulundurulur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da bu görüş doğrultusunda kararları mevcuttur.¹⁷⁴ Diğer bir görüşe göre ise; ceza türünün seçilmesi, bir cezanın

¹⁶⁹ **TCK m. 81-** (1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁷⁰ **TCK m. 155-** (1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁷¹ **TCK m. 285-** (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁷² **TCK m. 288-** (1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁷³ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi** (TCK m. 61, m. 62, m. 63), s. 109.

¹⁷⁴ “Suç tanımıyla hapis cezası ile adli para cezasının seçenekli yapıtım olarak düzenlendiği ahvalde, temel ceza belirlenirken TCK’nın 61/1. maddesi gereğince hapis cezası seçildikten sonra...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/2-1500, K.2013/95, 19/03/2013. “TCK’nda hapis ve adli para cezasının

bireyselleştirilmesi aracıdır.¹⁷⁵ Bu görüşe göre hâkim cezanın türünü belirlerken cezanın amacını da göz önünde bulundurarak kişiye en uygun cezaya hükmedecektir. 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesinin gerekçesine göre;

“Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlemede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra, ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.”¹⁷⁶

O halde burada birkaç farklı yorum yöntemi ile çeşitli sonuçlara ulaşıldığını tespit etmek gerekir. Kanımızca; bahsettiğimiz ilk görüş lafzi yorum yöntemini benimseyerek, “temel cezanın belirlenmesi” ifadesini ceza türünün de içine dahil olduğu bir biçimde yorumlamıştır. Ancak TCK m. 61 hükmünde ifade edildiği üzere hâkim “işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen **cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı** belirler.” Bu durumda alt ve üst sınıra ilişkin bir vurgunun yapılması, “temel cezanın belirlenmesi” ifadesinin; niteliğe değil de niceliğe işaret ettiğini göstermektedir.

Diğer yandan bahsettiğimiz ikinci görüşte ise özellikle madde gerekçesini dikkate alarak ve bütüncül bir yorumlamanın yapılarak tarihsel yorum yönteminin tercih edildiği kanaatindeyiz. Bu aşamada madde gerekçelerinin hukuki niteliği ve

*seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlarda temel cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin mükerrir sanıklar dışında ayrıca bir düzenleme yer almadığından, bu ahvalde temel ceza, TCK'nun 61. maddesinde gösterilen kıstaslara göre belirlenmelidir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanık hakkında hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü TCK'nun 203. maddesinde düzenlenen mühür bozma suçunda yerel mahkemece temel cezanın 61. Maddeye uygun şekilde; “suç konusunun önem ve değeri, suç kastının yoğunluğu, zararın ve tehlikenin ağırlığı nazara alınarak takdiren” denilmek suretiyle hapis cezası olarak belirlenmesi” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/5-1393, K.2013/412, 08/10/2013, Kararı aktaran: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 896. Benzer yönde kararlar için Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2014/753, K.2017/562, 19/12/2017. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2018/69, K.2018/273, 05/06/2018.*

¹⁷⁵ ÖZGENÇ'e göre ceza türünün tercihi sırasında failin kişiliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda çalışmamızın da konusu olan TCK m. 62'de bulunan “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususları”nın ve bunların yanı sıra ekonomik durumunun da cezanın türünün belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Özgenç, **a.e.**; Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 28; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 711; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 697; İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 154.

¹⁷⁶ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 228; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 697.

bağlayıcılığı konusuna kısaca değinmek gerekir. TBMM Adalet Komisyonu tarafından TCK tasarısına ilişkin olarak 3 Ağustos 2004 yılında yayımlanan 1/593 Esas, 60 Karar sayılı raporda madde metinlerinin gerekçelerine ilişkin olarak:

*“Tasarıda yer alan her bir madde kapsamında madde başlığı, madde metni ve madde gerekçesine yer verilmiştir. Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır.”*¹⁷⁷

ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre madde gerekçeleri her ne kadar “hüküm” niteliğinde olmasa da önemli birer yorum aracıdır. Diğer yandan seçenekli cezalarda; arasında tercih yapılacak ceza türleri “adli para cezası” ve “hapis cezası”dır. “Ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesi” şeklinde ifade edilen ilkeyi de göz önünde bulundurursak, ceza türünün seçimi sırasında göz önünde bulundurulması gereken kriterlerin TCK m. 61/1’den ziyade; failin kişiliği ve cezanın amacının gerçekleştirilmesi bakımından en elverişli cezanın seçilmesi olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Örneğin ekonomik saiklerle işlenen bir suçun varlığı hâlinde adli para cezası, cezanın amacını gerçekleştirmek açısından daha yerinde olabilir.¹⁷⁸ Ancak takdir yetkisinin kullanıldığı her halde olduğu gibi, bu kararın da yeterli ve makul gerekçesinin bulunması gerekmektedir. Özellikle adli para cezası yerine hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi hâlinde; daha ağır cezanın hangi gerekçe ile tercih edildiği açıklanmalıdır.¹⁷⁹ Sair Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.¹⁸⁰ Tabi hangi görüş benimsenirse benimsensin hüküm kurma aşamasında hangi kriterlerin göz önünde bulundurulduğunun gerekçelendirilmesi gerekliliği izahtan varestedir.

¹⁷⁷ Aktaran: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 120.

¹⁷⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 710; Gizem Dursun Özdemir, **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 45.

¹⁷⁹ Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, s. 133.

¹⁸⁰ “Kabule göre de; TCK’nın 89/1. maddesinde yaptırım olarak hapis veya adli para cezası seçimlik olarak öngörülmesine karşın yasal zorunluluk bulunmadığı halde ve gerekçesi de gösterilmeksizin hapis cezasının tercihi ... Kanuna aykırı olup” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2014/8741, K.2015/3252, 23/02/2015, Kararı aktaran: Irmak Koruculu, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, İstanbul, 2021, s.209. (İlgili tez her ne kadar kitaplaştırılmışsa da atıf yapılan karar kitapta bulunmamakta olup bu nedenle tez çalışmasına atıf verilmiştir.)

Hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin kısıtlandığı iki hâl kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Bunlardan ilki tekerrür hâlidir. TCK'nın 58. maddesinin 3. fıkrasına göre; *“Tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.”*

Diğer hâl ise; kanunda seçimlik ceza öngörülmesine rağmen hâkimin hapis cezasına hükmettiği hâllerde, bu hapis cezasının adli para cezasına çevrilemeyeceğine dair düzenlemedir. TCK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.”*

1.4.2. Temel Cezanın Belirlenmesi

Somut cezanın belirlenmesi sırasında cezanın türü belirlendikten sonra temel cezanın belirlenmesi gerekir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezalarında -basamaklı cezaların aksine- temel cezanın belirlenmesine ayrıca ihtiyaç yoktur.¹⁸¹ Zira cezanın kendisi zaten temel cezadır. Ancak kanunda basamaklı bir şekilde ceza öngörülmüşse; ilgili sınırlar arasında bir temel cezanın belirlenmesi, akabinde gerekli artırım ve azaltımların uygulanması vasıtasıyla sonuç cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Temel cezanın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gereken ölçütler, TCK m. 61/1'de yedi adet kriterle sınırlı olmak üzere sıralanmıştır. MTCK'da ise bu ölçütler “gibi hususlar” ifadesinin kullanılması ile tahdidi olmayacak şekilde sayılmış idi.¹⁸² MTCK m. 29/8 hükmünün son kısmında bulunan “failin ... geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı” ifadeleri yeni kanun döneminde tez çalışmamızın da konusunu oluşturan “Takdiri İndirim Nedenleri”nin tatbik kriterleri olarak belirlenmiştir. 5237 Sayılı TCK m. 61/1'e göre ise:

¹⁸¹ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 698.

¹⁸² **MTCK m. 29/8-** “Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin 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 gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”

“Cezanın belirlenmesi

Madde 61- (1) Hakim, somut olayda;

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
- e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
- g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler...”

Hâkim temel cezayı belirledikten sonra bu ceza miktarı üzerinden olası kast veya bilinçli taksirin bulunduğu hallerde gerekli indirim veya artırımları yapar. Bunun üzerine elde edilen ceza miktarı 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. Çalışmamızın konusunu oluşturan “Takdiri İndirim Nedenleri” müessesesinin tatbiki, cezanın belirlenmesi evresinin son aşamasıdır. TCK m. 61/1’de sayılan ölçütleri incelemeden önce, cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken birtakım ilkelere değinmek gerekir.

1.4.2.1. Somut Cezanın Belirlenmesi Esnasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlkeler

TCK m. 61/1 hükmünde sayılan ölçütlerin haricinde cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken bazı ilkeler mevcuttur. Bunlar kanunilik, kusur ilkesi, mükerrer (çifte) değerlendirme yasağı, gerekçelilik olarak sıralanabilir.

1.4.2.1.1. Kanunilik İlkesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fiillerin ve bunların işlenmesi hâlinde uygulanacak yaptırımların, kanun koyucu tarafından, açıkça belirlenmesi gerekliliğini ifade eder.¹⁸³ Suçta kanunilik ilkesi uyarınca, kanunda açıkça suç olarak belirlenmemiş bir fiilden dolayı hiç kimse cezalandırılmaz.¹⁸⁴ Cezada kanunilik ilkesi uyarınca ise kimse kanunda öngörülmemiş bir cezayla veya kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir şekilde cezalandırılmaz. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi devletin cezalandırma yetkisinin ilk sınırını oluşturur.¹⁸⁵ Bu özelliği itibarıyla “ceza kanunlarının güvence işlevini” yerine getirdiği ifade edilmektedir.¹⁸⁶ Suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle, hem otoritenin keyfi davranışlarının önüne geçilmesi hem de kişilerin önceden bildikleri kanuni sınırlar içerisinde diledikleri gibi davranabilmeleri sağlanır.¹⁸⁷ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenmiştir:

“C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar

Madde 38 – Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...”

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi TCK’da da açıkça zikredilmiştir:

“Suçta ve cezada kanunilik ilkesi

¹⁸³ Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 57.

¹⁸⁴ Her ne kadar ilkede ceza terimi kullanılsa da Anayasa m. 38 ve TCK m. 2 uyarınca, güvenlik tedbirleri de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamına dahildir.

¹⁸⁵ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 41.

¹⁸⁶ Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 57; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 121; Murat Volkan Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 91.

¹⁸⁷ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 28.

Madde 2- (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

TCK’nın 61. maddesinin 10. fıkrasında da “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” denilerek cezada kanunilik ilkesi vurgulanmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin; kıyas yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesi yasağı, örf veya âdetle suç yaratma veya cezayı ağırlaştırma¹⁸⁸ yasağı, aleyhe kanunun geçmişe yürüme yasağı, suç ve cezaların belirsizliği (belirlilik ilkesi) gibi sonuçlarının olduğu ifade edilmiştir.¹⁸⁹

1.4.2.1.2. Kusur İlkesi

Kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*) ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerindendir.¹⁹⁰ Kusur; haksızlık teşkil eden bir fiilin gerçekleştirilmesi nedeniyle failin muaheze edilmesi (kınanması) gerektiği yönündeki yargıyı ifade eder.¹⁹¹ Kusur ilkesi, kişinin ancak kusur yeteneğinin olması hâlinde ve kusuru oranında cezalandırılması gerektiği anlamına gelir. Bu bağlamda kusur ilkesi; cezanın meşruluğunun zeminini oluşturur ve aynı zamanda uygulanacak ceza yönünden bir sınır oluşturur.¹⁹² Kusur ilkesinin bu çifte fonksiyonundan ilkinin “cezaya esas

¹⁸⁸ Çalışmamız konusu bağlamında, bu ilkenin “örf ve âdet hukukuna dayanarak cezayı hafifletmeme yasağı” olarak da bir görünümünü bulunduğunu ifade etmek isteriz. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: 3.1.2.2. Genel Olarak “Failin Sosyal İlişkileri”.

¹⁸⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 60.

¹⁹⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 686; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 55.

¹⁹¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 686.

¹⁹² İlhan Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 3-4, 2006, s. 211.

oluşturan kusur”, ikincisinin “cezanın belirlenmesine esas oluşturan kusur” olduğu ifade edilmiştir.¹⁹³

TCK’da kusur ilkesi açıkça zikredilmemiştir.¹⁹⁴ Kusur ilkesine; TBMM Adalet Komisyonu tarafından TCK tasarısına ilişkin olarak hazırlanan 03/08/2004 tarihli 1/593 Esas, 60 Karar sayılı raporda yer verilmiştir:

*“Kusur ilkesi, ceza yaptırımının, ancak işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eder. Bu ilke, bir yandan işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar. Bu bakımdan, salt netice sorumluluğu, kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”*¹⁹⁵

Kimseye kusurundan daha fazla ceza verilemeyeceği genel olarak kabul görse de kişilere kusurundan daha az ceza verilip verilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.¹⁹⁶ KABAK YÜCE’nin bu konuda yapmış olduğu tespitler bizce de oldukça isabetlidir:

“TCK tarafından öngörülmüş olan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sistemi değerlendirildiğinde, faile kusurundan (hem miktar hem de tür olarak) daha az ağırlıkta bir ceza verilebileceğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ceza failin kusurundan daha az olamaz şeklinde görüş bildiren çoğu yazar bireyselleştirmeye karşı çıkmamaktadır. Bu sebeple “ceza failin kusurundan daha az olamaz” ifadesi ile neyin kastedilmiş olduğu anlaşılamamaktadır. Belki de kusurun altında ceza belirlememek gerektiği yönündeki görüşler sadece temel cezanın belirlenmesi aşamasına yönelik olarak ileri sürülmektedir. Ancak nasıl ki “ceza failin kusurundan daha fazla olamaz” ifadesi fail hakkında hükmedilen sonuç ceza bakımından bir anlam ifade ediyorsa, “ceza failin kusurundan daha az olamaz” ifadesi de faile kusurlu işlemiş olduğu haksızlık sebebiyle gösterilen ceza hukuku karşılığı bakımından bir anlam ifade etmelidir. Dolayısıyla eğer kusur ilkesinin,

¹⁹³ Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 85-88.

¹⁹⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT böylesine önemli bir ilkenin TCK’da açıkça zikredilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 577. ARTUK/ÇINAR TCK m. 3’ün lafzının “kusur ve fiilin ağırlığıyla orantılı” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Mehmet Emin Artuk, Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap- Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Teoman Ergül (ed.), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 72.

¹⁹⁵ **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, TBMM., Dönem:22, Yasama Yılı:2, Esas No:1/593, Karar No:60, 03.08.2004, Sıra Sayısı: 664, s.224.

¹⁹⁶ Emine Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2022, s. 92. ÖZBEK ve diğerlerine göre “ceza kusurun derecesinden ne az ne de çok olabilir.”. Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 76. DEMİRBAŞ’a göre de “Ceza, kusurun derecesi nedeniyle failin hak ettiğiinden daha az olamaz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 67.

“faile kusurundan daha az bir ceza verilemez” anlamına geldiği kabul ediliyor ise buna imkan sağlayan hukuki vasıtaların ya reddedilmesi ya da neden kabul edilebilir olduklarının gerekçelendirilmesi gerekir.”¹⁹⁷

Çalışmamızın konusu ile kusur ilkesi arasındaki ilişki -bilhassa “failin geçmişi” ölçütü bağlamında- “3.1.1.2. Failin Geçmişi Ölçütünün Kusur Kavramı ile İlişkisi” başlığı altında incelenmiştir.

1.4.2.1.3. Mükerrer (Çifte) Değerlendirme Yasağı

Mükerrer değerlendirme yasağı; suçun meydana gelebilmesi için gerekli tipik unsurların ve kanunda ilgili suçlar özelinde belirlenmiş cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hallerin, cezanın belirlenmesi esnasında ikinci defa göz önünde bulundurulmaması gerektiğini anlamına gelir.¹⁹⁸ TCK m. 61/1’de temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulacak ölçütler düzenlenmiştir. Mükerrer değerlendirme yasağının kanuni dayanağı olarak gösterilen¹⁹⁹ hüküm ise TCK m. 61/3’tür:

“(3) Birinci fıkrafta belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.”

TCK m. 61’in madde gerekçesi ise şöyledir:

“Maddede cezanın belirlenmesinde izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Birinci fıkrafta, temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağı bentler hâlinde gösterilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın

¹⁹⁷ Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 92-93.

¹⁹⁸ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 577.

¹⁹⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi de vermiş olduğu bir kararda çifte değerlendirme yasağına uyulmaması suretiyle TCK m. 61/3’e muhalefet edilmesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir. “Sanıklar ... ve ..., ..., ..., ... ve ..., ..., ... ve ... hakkında fuhuş suçundan temel ceza belirlenirken, ayrıca TCK’nın 43/1. maddesi gereğince artırımı gerektiren “eylemin teselsül etmesinin” teşdit sebebi kabul edilerek **çifte değerlendirme yasağına uyulmaması suretiyle aynı Kanunun 61/3. maddesine muhalefet edilmesi**,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2017/4304, K.2018/485, 19/02/2018. Esasında zincirleme suç düzenlemesi, suçun unsuru değil, suçun özel görünüşü biçimidir.

belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle, maddenin ikinci fıkrasında²⁰⁰ mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır.”

Mükerrer değerlendirme yasağı uyarınca; temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş hususlar ayrıca ilgili suçun unsuru oluşturuyor ise ikinci defa göz önünde bulundurulmayacaklardır. Buna ek olarak madde gerekçesine göre; özel suç tanımlarında bir nitelikli unsur düzenlemesi var ise; bunlar da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu doğrultuda mükerrer değerlendirme yasağının kapsamı iki farklı durumla sınırlanmıştır. Bunlardan ilki, suçun unsuru olarak düzenlenen bir hususun TCK m. 61/1’de sayılan ölçütlerle kesişmesidir. Söz gelimi kasten öldürme suçunda mağdurun ölmüş olması ayrıca ağırlaştırıcı bir sebep olarak gösterilemez. İkinci durum ise madde gerekçesinde düzenlenmiştir. Söz gelimi kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi durumu hâlihazırda cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak ilgili madde hükmünde düzenlendiğinden, ayrıca “suçun işlenmesinde kullanılan araç” olarak temel cezanın üst sınıra yaklaştırılmasına gerekçe olarak gösterilemez. Ancak kanun koyucu bu iki durumun yanında, TCK m. 62’nin gerekçesinde de mükerrer değerlendirme yasağına değinmiştir:

“Ayrıca, takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar, maddenin ikinci fıkrasında failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükûmet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikte, mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir.”

Madde gerekçesinden anlaşılan odur ki; kanun koyucu mükerrer değerlendirme yasağını; bir nedenin, cezanın belirlenmesi sırasında yalnızca bir kere göz önünde bulundurulması gerekliliği olarak kabul etmektedir. Bu durum kanun koyucunun mükerrer değerlendirme yasağını saydığımız iki durumdan daha geniş olacak bir

²⁰⁰ Esasında 61. maddenin 2. fıkrası mükerrer değerlendirme yasağıyla değil, suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlenmesi haline ilişkin bir düzenlemedir. **TCK m. 61/2-** “Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.” Kanun gerekçesinde üçüncü fıkra yerine ikinci fıkra denmesinin maddi bir hatadan ibaret olduğu kanaatindeyiz.

Aynı zamanda böyle bir düzenlemenin kanun maddesi yerine kanun gerekçesinde düzenlenmesi kanunilik ilkesi açısından eleştirilecek bir durumdur.

şekilde kabul ettiğine işaret eder. Doktrinde de mükerrer değerlendirme yasağının²⁰¹ daha geniş bir şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre mükerrer değerlendirme yasağı genel bir şekilde anlaşılmalı ve cezaya etki eden her hususun bir kere değerlendirileceği şeklinde kabul edilmelidir.²⁰²

Kanaatimizce TCK'da düzenlenmiş olan mükerrer değerlendirme yasağı bir ilkeden ziyade kural niteliği taşımaktadır. MTCK döneminde kanunda açıkça düzenleme bulunmamasına rağmen doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen²⁰³ bu “ilke” YTCK döneminde bir kural niteliği kazanmıştır. Bu nedenle; kanunun lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “unsur ve nitelikli haller”in haricinde, mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına başkaca bir hukuki müessesenin dahil yerinde değildir.²⁰⁴ Ayrıca ilgili maddenin lafzı ve gerekçesi incelendiğinde; TCK m. 61’de sayılan ölçütler ile, suçun unsurları veya nitelikli hallerinin örtüşmesi hâlinde, bunların **temel cezanın belirlenmesinde** bir kez daha göz önünde bulundurulamayacağı ifade edilmiştir. Buradan çıkacak iki sonuca işaret etmek gerekir:

²⁰¹ GÖKTÜRK, fikri içtima hâlinde birden fazla suç mevcut olmasına rağmen faile tek cezanın verilmesini mükerrer değerlendirme yasağı ile açıklamaktadır. Bu bağlamda GÖKTÜRK’ün de mükerrer değerlendirme yasağını kanunda açıklanandan daha geniş bir şekilde tasvir ettiğini kabul etmek gerekir. “Çifte değerlendirme yasağı ise, cezanın belirlenmesinde suçun karşılığı olarak yasadaki öngörülen soyut ceza ile faile verilecek somut ceza arasındaki ilişkiye temas eder ve kusur ilkesi gereği -aynı yargılamada- aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla defa dikkate alınmasını önlemek amacı taşır; bu bakımdan yaptırım teorisinin konusudur. [...] cezanın belirlenmesinde aynı fiilin birden fazla değerlendirmeye tabi tutulamaması doğrudan doğruya çifte değerlendirme yasağı ile ilgili olup [...]” Neslihan Göktürk, **Fikri İçtima (Suçların İçtimalı)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 70-71. ÖZEN de çifte değerlendirme yasağının aleyhe hallerde birden çok kez değerlendirilmeme şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. “çifte değerlendirme yasağı [...] bir durumun (konunun) cezanın belirlenmesinde fail aleyhine birden çok kez değerlendirilmeme[si] şeklinde daha geniş olarak anlaşılmalıdır.” Mustafa Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 15, No: 1-2, 2009, s. 98.

²⁰² Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, s. 550. ÇETİN de cezanın belirlenmesinde kullanılan sebebin bir defaya mahsus olmak üzere kullanılarak tükendiğini ifade etmektedir. Hamza Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 92.

²⁰³ Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, No: 2, 2012, s. 107.

²⁰⁴ APİŞ; mükerrer değerlendirme yasağının, kusur ilkesinin bir görünümü olarak, “failin kusurunu aşacak şekilde cezalandırılmasının önlenmesi” güvencesini sağladığını ifade etmiştir. Bu görüş doğrultusunda; mükerrer değerlendirme yasağının failin aleyhine olacak şekilde değerlendirmelerde söz konusu olabileceği söylenebilir. Bunun aksine failin lehine olacak şekilde bir şartın iki defa göz önünde bulundurulması mükerrer değerlendirme yasağını ihlal etmeyebilir. Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 98.

İlk olarak, TCK m. 61/1’de sayılan ölçütler ile TCK m. 62’de sayılan ölçütler örtüşürse, bu durum mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına girmeyecektir. Zira sadece suçun unsurları ve nitelikli hâlleri bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Ancak özel hüküm-genel hüküm ilişkisi gündeme gelebilecektir.

İkinci olarak, TCK m. 62 ile başka bir kanun hükmünde sayılan ölçütler veya tatbik biçimi örtüşürse bu durum da mükerrer değerlendirme yasağı kapsamına girmeyecektir. Zira burada hem temel cezanın belirlenmesiyle ilgili bir durum yoktur hem de TCK m. 61/1 dışındaki iki farklı kanun maddesi arasındaki ilişki incelenmektedir.

Doktrinde çeşitli hukuki müesseselerin uygulanmasında aynı gerekçenin kullanılmasının, mükerrer değerlendirme yasağının ihlali niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Örneğin YERDELEN’e göre:

“TCK’nın özel kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı hallerde de bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Zira bu durum, zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır. Örneğin; TCK 110. maddesindeki “mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa” hükmü bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Bu halin gerçekleştiği olayda, “failin mağdura zarar vermeden onu güvenli yere bırakmış olması” bu kez TCK 61. madde dolayısıyla cezanın belirlenmesinde kriter olarak göz önünde bulundurulamaz.”²⁰⁵

Etkin pişmanlık müessesesi; cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebebidir. Bu bağlamda; kanun maddesinde sayılan suçun unsurları veya nitelikli hallerine dahil değildir. Bu nedenle iki müessesenin uygulanmasında aynı nedenlerin gerekçe yapılması mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değildir. Burada olsa olsa “özel kanun genel kanunu ilga eder (*lex specialis derogat legi generali*)” kuralı uygulama alanı bulacaktır.²⁰⁶ KORUCULU da

²⁰⁵ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 75.

²⁰⁶ Benzer bir tespiti “teşebbüs” ve temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden biri olan “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” kriteri için de yapmak mümkündür. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz: 1.4.2.5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı. Yine benzer bir tartışmada aynı sonuca ulaştığımız; etkin pişmanlık müessesesi ve takdiri indirim kriterlerinden biri olan “failin yargılama sürecindeki davranışları”na dair değerlendirmeler için Bkz: 3.1.3.1.1. Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri.

bu görüşümüzün farklı ancak paralel bir görünümü olarak; cezanın ertelenmesi ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bağlamında aynı gerekçenin kullanılabileceğini ifade etmiştir:

*“TCK m. 62’de “yargılama sürecindeki davranışlar” takdiri indirim nedenleri arasında sayılmış olup bir nedenin hem takdiri indirim nedeni olarak kabul edilerek cezada indirim yapılmasının hem de aynı nedene dayanarak hapis cezasının ertelenmesinin mümkün olup olmadığı hususunda bir görüşe göre; bir neden sadece bir kez göz önünde bulunabilir. Bu anlamda erteleme kararı verilebilecek olan iki yıl ve daha az süreli hapis cezasına TCK m. 62 uygulanmadan ulaşmalıdır. **Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre; bu durum çifte değerlendirme kapsamında değerlendirilemez.** Bu anlamda aynı nedenin ikinci kez gerekçeye konu olmasını engelleyen bir durum söz konusu olmadığından “yasaklanmayan serbesttir” prensibi gereğince sanığın yargılama sürecindeki pişmanlığı hem TCK m. 62 kapsamında hem de sonuç cezanın erteleme kapsamında kalması halinde m. 51 kapsamında değerlendirilebilecektir. Burada çifte değerlendirme yasağına ilişkin bir değerlendirme yapılması doğru değildir.”²⁰⁷*

1.4.2.1.4. Gerekçelilik

Tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu Anayasa’da ve CMK’da açıkça düzenlenmiştir. Anayasa m. 141/3’e göre “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” Aynı zamanda CMK m. 34/1’e göre de hâkim ve mahkemelerin bütün kararları gerekçeli olarak yazılır.²⁰⁸

Karar gerekçesinin içeriğinin nasıl olması gerektiği ise CMK m. 230’da düzenlenmiştir.²⁰⁹ Gerekçeli karar hakkı, AİHS’de açıkça düzenlenmemişse de AİHM

²⁰⁷ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 403-404.

²⁰⁸ **CMK m. 34- Kararların gerekçeli olması**

“(1) Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.”

²⁰⁹ **CMK m. 230- Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar**

“(1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.
b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.
c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.
d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.

kararlarında, gerekçeli karar hakkının adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olduğu ifade edilmektedir.²¹⁰

“Gerekçe, psikolojik anlamdaki hükmün “sonuç” ögesinin mantıksal dayanağıdır ve hükümler gerekçeleri ölçüsünde inandırıcıdır.”²¹¹ Kanun hükümlerinin tekrarı veya genel geçer ifadelerin basmakalıp bir şekilde tekrar edilmesi²¹² gerçek anlamda gerekçe değildir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunun çeşitli fonksiyonları vardır.

Bu fonksiyonlardan ilki, tarafların ve toplumun tatminidir. Bunu söylemekle her gerekçeli kararın tüm tarafları ve her hâlde toplumu tatmin edeceğini kastetmemekteyiz. Böyle bir durum gerçekçi olmadığı gibi hayatın olağan akışına da uygun değildir. Ancak bir kararın tarafları ve toplumu tatmin etmesi için gerekçeli olması mühim bir ön koşuldur. Neden hüküm giydiğini; adil bir kararın gerekçesinde okuyan hükümlünün ıslahı ve topluma uyum sağlaması daha olasıdır. Hâkim vermiş olduğu kararı, içerik bakımından hukuka ve oluşa uygun şekilde vermiş olsa dahi, kararın gerekçesiz oluşu hükümlünün kendini “kader mahkûmu” olarak addetmesine yol açabilir. Gerekçeli karar vermekle hâkim; vermiş olduğu kararın, keyfi ve zulmedici bir karar değil, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu

(2) Beraat hükmünün gerekçesinde, 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

(3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

(4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir.”

²¹⁰ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 48, 2003, s. 110. “Gerekçeli kararlar, dinlendiklerini taraflara göstermek ve böylece kendi taraflarındaki kararın daha istekle kabul edilmesine katkıda bulunmak amacıyla hizmet eder. Ayrıca, hakimler akıl yürütmelerini nesnel argümanlara dayandırmak ve savunma haklarını korumakla yükümlüdürler. Ulusal mahkemeler, kararlarını dayandırdıkları gerekçeleri yeterince net bir şekilde belirtmelidir. Gerekçeli karar, bir başvuru sahibinin mevcut herhangi bir temyiz hakkını yararlı bir şekilde kullanmasını sağlamak için önemlidir (Hadjianastassiou v. Yunanistan). Bununla birlikte, gerekçelendirme görevinin kapsamı, kararın niteliğine göre değişmektedir ve durumun ışığında belirlenmelidir (Ruiz Torija v. İspanya, § 29).” AİHM, AİHS 6 Rehberi - Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2021, s. 37, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_6_criminal_TUR, 10 Mart 2023.

²¹¹ Abdullah Dinçkol, “Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu”, **İstanbul Barosu Yayınları**, No: Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyum Kitabı, 2012, s. 176.

²¹² Murat Volkan Dülger, Şaban Cankat Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 119.

göstermektedir.²¹³ Kararların gerekçeli oluşu hem maddi hatalara hem de yetki suistimaline karşı bir güvencedir.

Gerekçeli kararın diğer bir faydası, içtihatlar aracılığıyla uygulama birliğinin sağlanmasıdır. Bilhassa TCK m. 62 gibi yapı itibarıyla sınırsız ihtimallerle karşılaşmanın mümkün olduğu düzenlemelerin uygulanmasında, önceki içtihatların yol gösterici olma niteliği öne çıkacaktır. Her ne kadar takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sırasında sonsuz ihtimal ortaya çıkabilecek olsa da bazı benzer durumlar görece daha sık yaşanabilmektedir. Bu benzer durumların varlığı ihtimalinde kullanılacak takdir yetkisinin aynı yönde gerekçelendirilişi eşitlik ilkesinin doğal bir gereğidir. Söz konusu bu birliğin sağlanması ise ancak kararların gerekçeli olması yoluyla mümkündür. Aynı zamanda gerekçeli kararı yazmak için çabalayan hâkim de gelişecek ve daha “nitelikli” bir hâle gelecektir.²¹⁴

Üçüncü olarak ise gerekçeli kararın üst yargı yolu denetimi bakımından da faydaları bulunmaktadır. Gereksiz bir karara karşı, kanun yoluna başvurunun etkin bir şekilde kullanılması mümkün değildir.²¹⁵ Aynı zamanda kararın gerekçeli olması; itiraz, istinaf, temyiz gibi kanun yollarında kararın kısa bir sürede, doğru şekilde incelenmesini ve denetlenmesini sağlar.²¹⁶

Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının önemi sair Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır:

“5271 sayılı CMK'nın 230. maddesi uyarınca, hükmün gerekçe bölümünde, suç oluşturduğu kabul edilen fiilin gösterilmesi, nitelendirilmesi ve sonuç (hüküm) bölümünde yer alan uygulamaların dayanaklarının gösterilmesi zorunludur. Gerekçe, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya muhtevasına uygun açıklamasıdır. Bu nedenle, gerekçe bölümünde hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da, geçerli, yeterli ve kanuni olması gerekmektedir. Kanuni, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi, kanun koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla keyfiliği

²¹³ Dinçkol, “Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu”, s. 177.

²¹⁴ Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, s. 112.

²¹⁵ Dülger, Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 117.

²¹⁶ Dülger, Taşkın, **a.e.**; Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, s. 112.

önlemek, tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime imkân sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmaktadır.”^{217,218}

TCK m. 62’nin tatbikinde kararların gerekçeli olması hususu ve bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler, çalışmamızın “2.2.1.5. Takdir Yetkisinin Gerekçeli Biçimde Kullanılması” başlığı altında yapılmıştır.

1.4.2.2. Temel Cezanın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler

1.4.2.2.1. Suçun İşleniş Biçimi

Temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulacak ölçütlerden ilki “suçun işleniş biçimi”dir. Esasında suçların -bilhassa serbest hareketli suçların- sınırsız çeşitlilikte fiiller ile işlenmesi mümkün olduğundan suçun işleniş biçimini

²¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2022/66, K. 2022/210, 24/03/2022.

²¹⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi tarafından verilen, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasına dair oldukça yerinde tespitler barındıran hükmü bu başlık altında atıf yapmayı uygun gördük: “Cezanın belirlenmesindeki kriterlerin (şartlar) gerekçede belirtilmesi ve somut fiil için verilmiş olan cezanın nasıl belirlendiğini ortaya koyan olaydaki gerçeklik ve değerlendirmelerin açıklanması gerekir. Cezanın tespitinde gösterilecek gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini ortaya koyacak biçimde **geçerli, yasal ve yeterli olması** konusunda tereddüt bulunmamaktadır. [...] Gerekçenin bu özelliği ilgilileri aydınlatma, keyfiliği önleme, tarafların tatminini sağlama amacını da taşımaktadır.

Bu itibarla hükmün gerekçesinde kanıtların tartışılması, değerlendirilmesi ve reddedilen veya kanıtlama yönünden üstün tutulan ve kabul edilen kanıtlar ve nedenlerinin açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin hakim kararına yansıtılması aşamasında belirliliğin olması gerekir. Bu şekliyle esas konu kanunilik değil gerekçelendirmeyle ilgilidir. Kanun koyucunun kanunları anlaşılır açık ve belirli yapması kadar hakimnin kararını denetime olanak tanıyacak açıklıkta yazması ve kanunu da bu şekilde uygulaması önemlidir. **Hakimlerin somut cezanın tespit edilmesinde objektif davranmaları ve kanunda gösterilen esaslara uymaları cezanın belirlenmesindeki her bir işlem için gerekçe gösterme yükümlülüğü ile sağlanmaktadır.** AİHS m. 6, Anayasa 141 ve CMK m. 34 e göre hâkim her türlü kararında gerekçe göstermek zorundadır.

Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde gösterilmesi gereken noktalar sırayla; [...]

d)Cezayı ağırlatan ve hafifleten yasal ve değerlendirmeye bağlı nedenlerle cezayı kaldıran yasal nedenlerin bulunup bulunmadığı, bunlara ilişkin istemlerin kabul veya reddiyle temel cezanın belirlenmesine ilişkin nedenler, [...]

Cezanın bireyselleştirilmesi(TCK m. 62) sırasında da hakim mutlaka sanığın kişiliğini dikkate alacak ve bunun için sanığın kişiliğini tespit edecektir. Takdiri indirim nedenini uygulamak bakımından kullanabilecek kanuni gerekçeler TCK 62. maddesinde gösterilmiştir. Ancak her somut olayda sanık bakımından bunlardan **hangilerinin gerçekleştiğinin hakim tarafından belirlenmesi gerekir.** Bu bağlamda mahkumiyet hükmü kurulurken yukarıda belirtilen hususların ve de 5237 sayılı TCK’n[ı]n 62. maddesinin uygulanmaması gerekçelerinin belirlenmesi gerektiği noktasında tereddüt bulunmamaktadır.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, E.2017/101, K.2017/228, 20/02/2017.

kategorik bir şekilde tanımlamak oldukça zordur. Bu nedenle suçun işleniş biçiminden; suçun unsurlarının veya nitelikli hallerinin haricinde, fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren her şey anlaşılır.²¹⁹

Suçun işleniş biçimi failden ziyade fiile ilişkin bir kriterdir.²²⁰ Ancak failin kişilik yapısını ortaya koyması ve fiilin toplum düzeni bakımından oluşturduğu tehlikenin tespit edilmesi açısından da belirleyicidir.²²¹ Suçun işleniş biçimi, failin aleyhine sonuç doğurabileceği gibi lehine de sonuç doğurabilir.²²² Ancak belirtmek gerekir ki kanunda belirtilen cezanın alt sınırından uzaklaşma nedeni olarak gösterilen “suçun işleniş biçimi” suçun haksızlık içeriğini artırır nitelikte olmalıdır.

Suçun işleniş biçimi göz önünde bulundurulurken mükerrer değerlendirme yasağı da daima dikkate alınması gereken bir kuraldır. Suçun unsuru, ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak düzenlenen bir hâlin varlığı hâlinde bu durum ayrıca suçun işleniş biçimi başlığı altında dikkate alınmamalıdır. Örneğin kasten öldürmenin canavarca hisle veya eziyet çektirerek gerçekleştirilmesi durumu, kanunda cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlendiğinden suçun işlemiş biçimi kapsamında alt sınırdan uzaklaşma yönünden gerekçe olarak gösterilemeyecektir.

Cinsel saldırı suçunun mağdurun eşinin veya çocuklarının önünde işlenmesi²²³, suç tipinde yer alan birden fazla cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halin bir arada bulunması veya birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi yoluyla suçun işlenmesi²²⁴, ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı²²⁵, yaralamanın töre saikiyle

²¹⁹ Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 207.

²²⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 174.

²²¹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 970.

²²² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 175.

²²³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 890.

²²⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 971.

²²⁵ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E.2018/1202, K.2019/27, 07/01/2019. Esasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı “suç konusunun önem ve değeri” başlığı altında da değerlendirilebilecek bir husustur. *APIŞ* tarafından da belirtildiği üzere “*Yargıtay kararlarında dikkat çeken husus, m. 61/1 kapsamındaki ölçütleri somut olay bakımından değerlendirirken, her bir ölçütü ayrı ayrı olay bakımından göstermemesidir.*” Yani mahkeme kararlarında her iki ölçüt sayılmakta fakat olayın hangi kısmına veya yönüne ilişkin olarak o ölçütün gerekçe gösterildiği ifade edilmemektedir. Söz gelimi bu dipnotta atıf yapmış olduğumuz kararda “*Suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, fiilin özellikleri, sanıklarda ele geçirilen uyuşturucunun miktarı nazara alınarak mahkemenin alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi yerinde ve yeterli olmakla birlikte,*” ifadeleri kullanılmıştır. *APIŞ, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)*, s. 117.

gerçekleştirilmesi²²⁶, failin örgüt adına gerçekleştirdiği faaliyetlerin niteliği ve yoğunluğu²²⁷, tehdit suçunun karşılıklı olarak işlenmesi²²⁸, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında soruşturma başladıktan sonra etkin pişmanlık koşullarının yerine getirilmesi²²⁹, cebir suçunda kullanılan zorun şiddeti ve süresi²³⁰, kasten yaralama suçunun bıçakla işlenmesi hâlinde birden çok bıçak darbesinin varlığı gibi durumlar suçun işleniş biçimi başlığı altında göz önünde bulundurulabilir.

1.4.2.2.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Suçun işlenmesinde kullanılan araç, kişinin bedensel kabiliyeti dışında kalan, faile suç tanımındaki tipik fiili/neticeyi gerçekleştirmesi veyahut tehlike yaratması hususlarında kolaylık sağlayan her türlü şeydir.²³¹ Bu aşamada belirtmek gerekir ki araç kavramı, silah kavramından daha geniş bir kümeyi kapsamaktadır. TCK m. 6'da silah kavramından; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve

²²⁶ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 700.

²²⁷ "...Netice olarak zaman içerisinde yayılan süreçte sanığın gösterdiği ısrar, süreklilik, çeşitlilik ve eylemsel yoğunluk birlikte değerlendirildiğinde, Fetullahçı Terör Örgütü-FETÖ/PYD'nin hiyerarşik yapısı içerisinde giren, Bylock isimli kriptolu haberleşme programını cep telefonuna yükleyerek değişik zamanlarda çok kere kullanan, örgüt hiyerarşisi içinde örgütün ... İli Kızılcahamam ilçe ablası olarak görev yapan, bu görevi kapsamında örgüt lideri Fetullah ...'in kitaplarını okuyup ,konuşmalarının olduğu videoları[n] izletildiği sohbet adı altında örgütsel etkinlikler düzenleyen, katılımcılardan topladığı paraları örgüt hiyerarşisi içerisinde aktaran, örgüte bağlı öğrenci evleri için maddi yardım toplayan, tanık ...'ın beyanında geçtiği üzere örgüt içi evlendirme faaliyetinde bulunan..., Somut olayda sanığın örgüt üyesi olarak örgütte aldığı sorumluluk düzeyi ile eylemlerinin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluğu dikkate alındığında 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nın 314/2. maddesine göre temel hapis cezasını 7 yıl olarak belirleyen mahkemenin TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen takdir yetkisinin sınırlarını aştığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla direnme kararı isabetli olup onanmasına karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2022/161, K.2022/398, 02/06/2022.

²²⁸ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 227. Yazar hakaret suçunda mevcut olan suçun karşılıklı işlenmesi hâlinde faile ceza verilmemesi veya verilecek cezada indirim yapılmasına ilişkin düzenlemenin tehdit suçu bakımından da düzenlenmesi gerektiğini, ancak şu an için böyle bir yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle bu hususun suçun işleniş biçimi bağlamında değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.

²²⁹ Zafer İçer, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK m. 110)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, s. 781. KORUCULU tarafından bu durumun takdiri indirim nedenleri bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Etkin pişmanlık ve takdiri indirim nedenleri müessesesi hakkındaki ayrıntılı tartışma için Bkz.: 3.1.3.1.1. Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri. Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 227-228.

²³⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 714.

²³¹ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 121.

savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre; her silah bir araçtır ancak her araç bir silah değildir.²³²

Yine bu ölçütün değerlendirilmesi sırasında da mükerrer değerlendirme yasağını göz önünde bulundurmak gerekir. Zira bazı suçların işlenmesi sırasında belirli araçların kullanılması halihazırda nitelikli hal olarak belirlenmiş durumdadır. Örneğin kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi (TCK m. 86/3), cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesi (TCK m. 102/3-d), tehdit suçunun ve hürriyete karşı işlenen diğer bazı suçların silahla işlenmesi, kanunda cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde suçun silahla işlenmesi temel cezanın belirlenmesi sırasında ayrıca dikkate alınmaz. Ancak bu suçlarda dahi silahın niteliği, sayısı, etkisi gibi hususlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Örneğin tehdit suçunun tabancayla işlenmesi ile el bombasıyla işlenmesi arasında etki yönünden fark vardır.²³³

1.4.2.2.3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

Pek tabiidir ki her suç belli bir zamanda ve belli bir yerde işlenir. Ancak zaman ve yerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması için somut olay bakımından bir özellik göstermesi beklenir.²³⁴ İlgili yer ve zaman seçimi mağdurun kendisini savunmasını zorlaştırabilir, tanık bulma imkânını azaltabilir, failin kaçmasını kolaylaştırabilir²³⁵, suçun işlenmesini kolaylaştırabilir veya haksızlık derecesini artırıp azaltabilir. Diğer ölçütler bakımından olduğu gibi; suçun işlendiği zaman veya yerin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi için ayrıca suçun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116/4), hırsızlık (TCK m. 143), nitelikli yağma (TCK m. 149/1-h) gibi suçlarda suçun gece vakti işlenmesi, hırsızlık suçunun doğal

²³² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 184.

²³³ Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, s. 148.

²³⁴ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 972.

²³⁵ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 123.

bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak işlenmesi (TCK 142/2-c) cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Benzer yönde hırsızlık suçunun halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında (TCK m. 142/1-c), nitelikli yağma suçunun konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde (TCK m. 149/1-d) işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde söz konusu yerler ve zamanlar temel cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınmaz.

Hırsızlık suçunun düğün veya cenaze gününün sağlamış olduğu karışıklıktan yararlanarak işlenmesi²³⁶, hastaların ve hasta yakınlarının hastanedeki durumlarından yararlanılarak hırsızlık suçunun işlenmesi²³⁷, maaş gününden bir gün önce olan ayın 14. gününde ATM kasasını açmaya teşebbüs edilmesi²³⁸, cinsel istismar suçunun تنها bir yerde işlenmesi²³⁹ suçun işlendiği yer ve zaman yönünden dikkate alınabilecektir.

1.4.2.2.4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri

Suçun konusu; suçun maddi konusu ve suçun hukuki konusu olarak iki farklı açıdan değerlendirilmiştir.²⁴⁰ Suçun maddi konusu, suçun üzerinde gerçekleştirildiği kişinin fiziki, maddi ve manevi bünyesi veya şeydir.²⁴¹ Suçun hukuki konusu ise ceza kuralı ile korunan hukuki menfaattir.²⁴² İnceleme konumuz olan madde fıkrasında kastedilen suçun konusu ise suçun hukuki konusu değil, suçun maddi konusudur.²⁴³

²³⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 890.

²³⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 192.

²³⁸ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 190.

²³⁹ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 125.

²⁴⁰ Apiş, **a.g.e.**, s. 126. Bazı yazarlarca “suçun maddi konusu” kavramı ile “suçun konusu” kavramı aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 388; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 605. Benzer şekilde “suçun hukuki konusu” kavramı ile “suçla korunan hukuki değer” kavramları da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Mehmet Maden, “‘Korunması Amaçlanan Hukuki Değer’, ‘Suç Fiilinin Konusu’ ve ‘Suçun Mağduru’ Kavramları ve Bu Bağlamda ‘Zarar Suçu/Tehlike Suçu’ Ayrımı”“, ed. Ümit Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar, **Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı**, No: 1, 2020, s. 155.

²⁴¹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 387.

²⁴² Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, No: 1, 1968, s. 24.

²⁴³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 193.

Bu ayrıma vurgu yapmamızın iki sebebi vardır. İlk olarak; suçun maddi konusu, kast kapsamında bilinmeli veya taksir kapsamında öngörülebilir olmalı iken suçun hukuki konusunun -yani suçla korunan hukuki değer- fail tarafından bilinmesine veya öngörülmesine gerek yoktur.²⁴⁴ İkinci olarak ise suçla korunan hukuki değer ihlâl edilmiş olması temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak gösterilemez.²⁴⁵ Ancak suçun maddi konusunun önem ve değeri alt sınırdan uzaklaşma veya uzaklaşmama gerekçesi olarak gösterilebilir.

Suçun konusunun önem ve değeri, objektif veya subjektif yönden değerlendirilmeye açıktır. Buna göre her somut olay bağlamında özgü bir inceleme yapılması gerekir. Suçun konusunun objektif değeri, söz konusu şeyin önem ve değerinin herkesçe bilinebilir olmasını ifade eder. Söz gelimi hırsızlık suçunda; suça konu arabanın, suça sürüklenen çocuk tarafından çalınması hâlinde dahi suç konusunun önem ve değeri alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirir niteliktedir.²⁴⁶

Ancak belirtmek gerekir ki mükerrer değerlendirme yasağı uyarınca; suçun konusunun değeri ve önemi kanun koyucu tarafından halihazırda göz önünde bulundurulmuşsa, bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Örneğin hırsızlık suçunda TCK m. 145 uyarınca “*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*” Kanun maddesinden açıkça anlaşıldığı üzere hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, kanunda açıkça düzenlenmiş bir ölçüttür. Ancak malın değerinin yüksekliği ayrıca bir ölçüt olarak düzenlenmemiştir. MTCK döneminde ise bu husus özel olarak düzenlenmiş idi.²⁴⁷ Açıklanan nedenlerle hırsızlık suçunda -veya benzer bir düzenlemeyi içeren TCK m. 150/2 uyarınca yağma suçunda-

²⁴⁴ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 127.

²⁴⁵ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 581.

²⁴⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E.2021/1568, K.2021/2280, 15/02/2021. “*Suça sürüklenen çocuğun müştekinin otoparkta kilitli vaziyette park ettiği aracını anahtar uydurarak çaldığı ... 2-Suçla sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçu bakımından, temel ceza belirlenirken TCK’nın 61. Maddesi gereğince suç konusunun değeri dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılması...*”

²⁴⁷ 765 Sayılı TCK m. 522/1: “**Madde 522** – *Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.*”

malın değerinin azlığı, mükerrer değerlendirme yasağı uyarınca temel cezanın belirlenmesi esnasında ikinci kez göz önünde bulundurulamaz. Ancak malın değerinin yüksekliği alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olabilecektir.

Suçun maddi konusunun eşya olduğu bazı suçlarda; eşyanın değerinin azlığı özellikle bir indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir. Mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, hakkı olmayan yere tecavüz gibi suçlarda malın değeri veya öneminin azlığı temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin; sanığın hükümlü olarak kalmış olduğu cezaevinde kamu malı olan lavaboyu kırması ve 75 TL’lik kamu zararına yol açması olayında alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesi; suç konusunun değeri ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak bozma sebebi yapılmıştır.²⁴⁸

Bu aşamada belirtmek gerekir ki malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından, “suçun konusunun değer ve önemi” ölçütü ile TCK m. 61’in bir sonraki fıkrasında düzenlenmiş olan “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” ölçütü kesişim gösterebilir.²⁴⁹ Bu durumda “aynı sebepte birleşen iki neden, bir kere değerlendirilmeye alınmalıdır”.²⁵⁰

Suçun konusunun öneminin subjektif değerlendirilmesi ise suçun mağduru yönünden ifade ettiği mânayı ifade eder. Bu doğrultuda suçun konusunun değerinin “objektif” nitelikte, suçun konusunun öneminin “subjektif” nitelikte olduğu ifade edilmektedir.²⁵¹ Bu duruma örnek olarak failin, mağdurun babasına ait tek fotoğrafı

²⁴⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E.2021/18507, K.2022/12572, 28/09/2022.

²⁴⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 203.

²⁵⁰ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 135. Yazar bu durumun “çifte değerlendirme yasağının gereği” olduğunu ifade etmiştir. Çifte değerlendirme yasağı kuralının TCK m. 61’deki lafzi ifadesi “Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.” şeklindedir. Maddenin düzenleniş biçimi incelendiğinde TCK m. 61/1’de bulunan ölçütlerin, ilgili suçun unsuru ile mukayesesinin yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle TCK m. 61/1’de bulunan düzenleme, burada bulunan ölçütlerin birbirleri ile ilişkisini veya üst üste uygulanıp uygulanmayacağını konu almaz. İki ölçütün ayrı ayrı tekraren uygulanmayacağı sonucuna; orantılılık ilkesi ve kıyasen bir yorumla “non bis in idem” ilkesi vasıtasıyla ulaşmak yerinde olacaktır.

²⁵¹ Apiş, **a.g.e.**, s. 129.

bilerek yırtması, emekli maaşını bankadan alan bir emeklinin bu parasının çalınması²⁵² durumları gösterilebilir.

1.4.2.2.5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı

Suçun konusunun fiilden etkilenişi yönünden suçlar; “tehlike” suçları ve “zarar” suçları olmak üzere ikiye ayrılır.²⁵³ Fiilin gerçekleştirilmesi ile suçun konusu yönünden zarar neticesi gerçekleşmiş ise zarar suçu, suçun konusunun zarara uğrama tehlikesi ortaya çıkmışsa tehlike suçu söz konusudur.²⁵⁴ Bu nedenledir ki halihazırda her suç asgari miktarda; ya belli bir tehlike oluşturur ya da bir zarara yola açar. Oluşan bu asgari miktarın hariç tutulacağı da göz önünde bulundurularak; meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının tespit edilmesi ise temel cezanın belirlenmesi yönünden önem arz eder.

Diğer ölçütlerde de vurgulandığı üzere; meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı değerlendirilirken mükerrer değerlendirme yasağına riayet edilmelidir. Hem suçun tipikliğinin bünyesinde barındırdığı asgari tehlike veya zararın göz önünde bulundurulması hem de kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenen zarar veya tehlikeye dair somut belirlemeler bu kapsamdadır. Örneğin kasten insan öldürme suçunda, mağdurun ölümü zaten tipiklik kapsamında olduğundan ayrıca göz önünde bulundurulmaz. Benzer şekilde kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulan

²⁵² Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 709.

²⁵³ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 389. Doktrindeki çoğunluk görüşe göre; “tehlike” ve “zarar” suçlarında, tehlike veya zarar suçun konusu üzerinde gerçekleşir. Aksi görüşe göre ise tehlike veya zarar, suçla korunan hukuki değeri ihlal edebileceği gibi, mağdur bakımından zarar veya tehlike oluşturabilir. Buradaki tartışmanın konusunu oluşturan iki ana önerme mevcuttur. Bunlardan ilki “suçla korunan hukuki değer”in ancak ihlal edilebileceği, fakat zarar veya tehlikeye uğratılamayacağıdır. İkinci önerme ise şunu iddia etmektedir; öyle bazı suç düzenlemeleri vardır ki bu suçlarda zarar veya tehlike suçun konusu üzerinde değil korunan hukuki değer üzerinde gerçekleşir. Aynı zamanda birinci önermenin aksine her hukuki değer somut olay bağlamında suçun mağduru bakımından ihlali mümkündür. Bu ihlal soyut olarak korunan hukuki değeri ortadan kaldırmaz, bu değer somut varlığına zarar vermez veya bu hukuki değer üzerinde tehlike yaratmaz, ve fakat suçun mağduru yönünden bir zarar veya tehlike oluşturabilir. Ömer Metehan Aynural, **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu: TCK 179/3**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 17-19; Maden, “‘Korunması Amaçlanan Hukuki Değer’, ‘Suç Fiilinin Konusu’ ve ‘Suçun Mağduru’ Kavramları ve Bu Bağlamda ‘Zarar Suçu/Tehlike Suçu’ Ayrımı”“, s. 159; Osman Gazi Ünal, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 134-176.

²⁵⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., İzmir, 2021, s. 229-230.

“Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması” durumu meydana gelen zarar yönünden mükerrer şekilde değerlendirme konusu yapılmayacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki; kanunda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, ilgili suç bakımından ayrıca dikkate alınmışsa da ilgili nitelikli halin uygulanması sonucunda da basamaklı bir cezanın öngörülmesi durumu karşımıza çıkabilir. Örneğin kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde verilecek ceza dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak değişebilecektir. Bu aralıkta cezanın miktarının belirlenmesi sırasında meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararın karşı oyunda şu ifadeler yer almıştır:

“...katılandaki yaralanmanın gerçekleştiği vücut bölgesi, boyutu, uygulanan tedavi ve bu yaralı bölgenin olaydan üç ay sonra dahi iyileşmemiş olması değerlendirildiğinde, sonucu itibarıyla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olsa dahi meydana gelen zararın ağır olması...”²⁵⁵

Özellikle uyuşturucu madde suçlarında suçun konusu olan uyuşturucu maddenin miktarı; meydana gelen zarar veya tehlikenin tespiti bakımından iyi bir örnektir. Yargı kararlarına da yansıyan bu değerlendirmeye göre ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı temel cezanın belirlenmesi yönünden dikkate alınmaktadır.²⁵⁶ Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından düzenlenen 2013 tarihli “Hukuki Müzakere Toplantıları”nda, Yargıtay 10. Ceza Dairesi tetkik hâkimi katılımcı

²⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/1155, K.2019/454, 21/05/2019. Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 132.

²⁵⁶ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E.2018/1202, K.2019/27, 07/01/2019. “sanıklarda ele geçirilen uyuşturucunun miktarı nazara alınarak mahkemenin alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi yerinde ve yeterli olmakla birlikte”

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E.2010/21266, K.2011/4053, 20/04/2011. “sanıkların 1.8 gram eroini sattıkları, birlikte kaldıkları evin değişik yerlerinde 37 paketçik halinde 200,3 gram eroin ve 4,5 gram ham afyon ile hassa[s] terazinin bulunduğu, kaçmaya çalışan sanıkların yakalandıkları anlaşıldığından; suçun işleniş biçimi ile suç konusunun miktarı ve niteliğine bağlı olarak oluşturduğu tehlikenin ağırlığına göre TCK’nın 61 ve 3. maddelerindeki ilkeler doğrultusunda temel hapis cezalarının alt sınırı üzerinde belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi” Kararı aktaran: Uygur Meydan, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Madde Miktarının Önemi”, **TAAD**, No: 10, 2018, s. 345.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E.2010/38370, K.2011/4547, 23/05/2011. “suçun işleniş biçiminde, 114 miligramdan ibaret suç konusu eroinin önemi ve değeri ile oluşturduğu tehlikede bir ağırlık bulunmadığı,” Meydan, **a.e.**

temel cezanın belirlenmesinde; belirli uyuşturucu türlerinin ve ele geçirilen miktarların belirli ceza miktarlarıyla eşleştirildiği bir tabloyu katılımcılarla paylaşmıştır.²⁵⁷

“Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ifadesi teşebbüs müessesesini düzenleyen TCK m. 35/2’de de kullanılmıştır. İlgili fıkra göre teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından fail, **meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre**, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir. Maddenin lafzi düzenleniş biçimi beraberinde şu soruyu getirmektedir; teşebbüs aşamasında kalmış bir suç bakımından temel ceza belirlenirken TCK 61/1’de bulunan “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ölçütü uygulama yeri bulacak mıdır? Doktrinde bir görüşe göre bu durumda mükerrer değerlendirme yasağı gereği sadece TCK m. 35’deki teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²⁵⁸ Diğer bir görüşe göre ise mükerrer değerlendirme yasağı bu durumu kapsamaz, zira teşebbüs suçun unsuru veya nitelikli hali değil, suçun özel görünüş biçimidir.²⁵⁹ Bu nedenle mükerrer değerlendirme yasağını düzenleyen maddenin teşebbüs müessesesini de kapsar şekilde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²⁶⁰ Bizce de TCK’da düzenlenmiş olan mükerrer değerlendirme yasağı bir ilkeden ziyade kural niteliği taşımaktadır. MTCK döneminde kanunda açıkça düzenleme bulunmamasına rağmen doktrin ve yargı

²⁵⁷ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Bodrum Toplantısı, 16-19 Mayıs 2013, s.4. (Çevrimiçi) <https://tuncayilcim.av.tr/v5/wp-content/uploads/4-1.pdf>. 14 Eylül 2023. İlgili raporda bulunan tabloda; esrar ve eroin-kokain maddeleri arasında bir ayırım yapılmış, sonrasında maddelerin değişen miktarlarına göre bir “temel ceza miktarı skalası” oluşturulmuştur. Örneğin 20-50 kilo arası esrar miktarı için 7-8 yıl arası bir temel ceza, TCK m. 3’teki orantılılık ilkesi ve TCK m. 61/1’deki diğer ölçütlerin de göz önünde bulundurulması neticesinde 6-9 yıl arası bir temel ceza belirlemesi yapılmıştır. Esrar maddesinin 50-150 kilo arası olması ihtimalinde bu aralıklar 8-10 yıl ve 7-11 yıl miktarlarına yükselmektedir. Toplantının yapıldığı dönem 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun henüz yürürlüğe girmedikinden ceza miktarları daha azdır. Aynı zamanda 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”nun adı “Hâkimler ve Savcılar Kurulu” olmuştur.

²⁵⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 501; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 722; Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 275.

²⁵⁹ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 702-703; Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 136. Esasında mükerrer değerlendirme yasağının lafzi düzenleniş biçiminde sadece “suçun unsurları” ifadesi yer almaktadır. Ancak cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli hallerin de mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında olduğu TCK m. 61’in gerekçesinde belirtilmiştir.

²⁶⁰ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 703.

kararlarında kabul edilen²⁶¹ bu “ilke” YTCK döneminde bir kural niteliği kazanmıştır. Bu nedenle kanunun lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “unsur ve nitelikli haller”in haricinde kapsamına başkaca bir hukuki müessesenin dahli yerinde değildir. Nitekim teşebbüs düzenlemesi bakımından böyle bir dahle gerek de yoktur. Zira gerek TCK m. 3’te düzenlenen orantılılık ilkesi²⁶² gerekse “özel kanun genel kanunu ilga eder (*lex specialis derogat legi generali*)” kuralı gereği meydana gelen zarar veya tehlikenin tek bir sefer değerlendirilmesi gerekecektir. Her ne kadar TCK m. 35 ve TCK m. 61, TCK’nın genel hükümler başlığı altında düzenlense de burada “kuralı” genel kural veya genel kanun olarak değerlendirmek gerekir. Zira somut sorunu çözmek bakımından teşebbüs hükmü görece daha özel ve dar anlamalı bir nitelik taşımaktadır.

1.4.2.2.6. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığının temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması, cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesine olanak sağlar.²⁶³ Bilindiği üzere Türk ceza hukuku sisteminde kast ve taksir; suçun manevi unsurlarını oluşturan, haksızlığın gerçekleştiriliş biçimleridir. MTCK döneminde bu ölçüt “kastın veya taksirin yoğunluğu” olarak düzenlenmiş idi. (MTCK m. 29/8) Bu ifade biçiminin kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın bir yansıması olduğu ifade edilmiştir.²⁶⁴

Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, suçun işlenmesi esnasında gösterilen kararlılık ve ısrarlı tutumdur.²⁶⁵ Örneğin suç işleme amacıyla -tasarlamamanın ayrıca nitelikli hal olarak belirlenmediği suçlar bakımından- tasarlamaya varan ayrıntılı bir plan yapmak, suçun işlenmesi sırasında karşılaşılan engelleri aşmada gösterilen kararlı tutum kasta dayalı kusurun ağırlığının arttığını gösterir.²⁶⁶ Failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı ise meydana gelen neticenin ne

²⁶¹ Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, s. 107.

²⁶² Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 137.

²⁶³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 626.

²⁶⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 894.

²⁶⁵ Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 212.

²⁶⁶ Üzülmüş, **a.e.** Kasta dayalı kusurun ağırlığı açısından *TOROSLU* tarafından yapılan derecelendirme için Bkz.:Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 179-180.

derece öngörülebilir olduğu ile ilgilidir. Bir netice ne kadar kolay öngörülebilir ise taksire dayalı kusurun ağırlığı o kadar fazla, ne kadar zor öngörülebilir ise taksire dayalı kusurun ağırlığı o kadar azdır.²⁶⁷ Kanun hükmünün düzenleniş biçimi ilk bakışta akla olası kast veya bilinçli taksir müesseselerini getirmektedir. Ancak olası kast veya bilinçli taksir temel cezanın belirlenmesi sırasında değil, TCK m. 61/2 hükmü gereği sonuç cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacaktır.²⁶⁸

1.4.2.2.7. Failin Güttüğü Amaç ve Saik

Saik, faili harekete geçiren itici güçtür.²⁶⁹ Amaç ise suçun işlenmesiyle elde edilmesi hedeflenen neticedir.²⁷⁰ Bilhassa failin kişiliğine ilişkin izler taşıması ve kusurluluk değerlendirilmesini etkilemesi bakımından²⁷¹ failin güttüğü amaç ve saikin tespit edilmesi mühimdir. Somut olay bakımından failin güttüğü amaç ve saik normalden daha fazla kınanmasına²⁷² veyahut görece mazur görülmesine neden olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki failin güttüğü amaç ve saikin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi için suç tipinde ayrıca suçun unsuru veya nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Örneğin kasten insan öldürme suçunun töre saikiyle işlenmesi hali kanunda ayrıca düzenlendiğinden bu ihtimal bakımından failin güttüğü saik temel cezanın belirlenmesi esnasında bir kez daha göz önünde bulundurulamayacaktır. Fakat söz gelimi kasten yaralama suçunun töre saikiyle işlenmesi hâlinde bu durum alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak dikkate alınabilecektir.

Failin güttüğü amaç ve saik lehine olabileceği gibi aleyhine de olabilir. Örneğin iyileşme olanağı bulunmayan ve acılar içerisinde yaşayan yaşlı annesinin intihar etme

²⁶⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 974.

²⁶⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 684; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 894.

²⁶⁹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 182.

²⁷⁰ Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 214. **DÖNMEZER/ERMAN** ise bizim kullandığımız “amaç” kavramının yerine “maksat” kavramını tercih etmektedir. Buna göre tipe uygun netice maksat, kanuni tarifi ötesindeki menfaat amaç, failin harekete geçmesine neden olan sebep saiktir. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 244.

²⁷¹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 183-184; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 628.

²⁷² İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 165.

isteği sonucunda kasten öldürme suçunu işleyen failin taşıdığı saik lehine olabilecekken, sırf kıskançlık sebebiyle annesini öldüren kişinin taşıdığı saik aleyhine olabilecektir.²⁷³ Amaç ve saikin failin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun değerlendirilmesi toplumsal ahlak kuralları çerçevesinde yapılacaktır.²⁷⁴ Ancak belirtmek gerekir ki hâkim tarafından dikkate alınması gereken ölçütler subjektif değerler veya kurallar değildir. Ortalama insanlar bakımından nefret ve tiksinti uyandıran, anlamsız, değersiz veya oransız saik veya amaçlar aleyhe; asil,²⁷⁵ olumlu veya -kusurluluğu kaldırarak veya azaltarak derecede olmasa da- mazur görülebilecek amaçlar ve saikler lehe değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Failin güttüğü amaç ve saikin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi için kasten işlenmiş bir suçun varlığı gerekir.²⁷⁶ Zira taksirle işlenen suçlar bakımından, taksirin niteliği gereği bir amaç veya saikin bulunması mümkün değildir.

1.4.3. Sonuç Cezanın Belirlenmesi

Temel cezanın belirlenmesinden sonra TCK m. 61’de bulunan diğer müesseseler uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

Buna göre TCK m. 61/2 uyarınca “*suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.*” TCK m. 22/2’de²⁷⁷ olası kast, TCK m. 23/3’te²⁷⁸ ise bilinçli taksir müessesesi düzenlenmiştir. İlgili kısımda da bahsettiğimiz üzere olası kast ve bilinçli taksir halleri ilk defa temel cezanın belirlenmesinden sonra göz önünde bulundurulur.

²⁷³ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 259.

²⁷⁴ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 629.

²⁷⁵ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 184.

²⁷⁶ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m.63)**, s. 147.

²⁷⁷ **TCK m. 22/2-** “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.*”

²⁷⁸ **TCK m. 23/3-** “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*”

Bu doğrultuda failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı (TCK m. 61/1-f) ölçütü kapsamında olası kast veya bilinçli taksire ilişkin kriterler esas alınmayacaktır.

TCK m. 61/4'e göre *“Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.”* Nitelikli hallerin uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken bir nüans vardır. Hukukumuzda cezayı arttırıcı veya azaltıcı nitelikli haller iki farklı şekilde düzenlenir. Ya temel cezaya atıf yaparak oransal bir artırım öngörülür²⁷⁹ ya da nitelikli hal ayrıca düzenlenerek alt-üst sınırlar belirlendiği bir şekilde düzenleme öngörülür²⁸⁰. İkinci ihtimalin varlığı hâlinde suçun basit şekli ile alt ve üst sınırların ayrıca belirlendiği nitelikli hal arasında genel norm-özel norm ilişkisi oluşacak, bu nitelikli hal ayrı bir suç tipi gibi değerlendirilerek bu sınırlar arasında temel ceza belirlendikten sonra diğer hükümlerin uygulamasına geçilecektir.²⁸¹

TCK m. 61/5 uyarınca 61. maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarına 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.”*²⁸²

²⁷⁹ Örneğin taksirle yaralama suçunun (TCK m. 89/1) basit halinin cezası üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Taksirle yaralama fiili mağdurun yüzünde sabit bir ize neden olmuşsa (TCK m. 89/2-d) ceza yarı oranında artırılır.

²⁸⁰ Örneğin işkence suçunun (TCK m. 94/1) basit halinin cezası üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır. Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde (TCK m. 94/3), on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

²⁸¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 633.

²⁸² **MERAKLI**'ya göre takdiri indirim nedenleri temel cezanın ve sonuç cezanın belirlenmesinin ardından uygulanan bir indirimdir. Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 457.

1.5. Cezanın Bireyselleştirilmesi

1.5.1. Genel Olarak

Cezanın bireyselleştirilmesi, cezanın hayata geçirilmesinde²⁸³ ve “cezanın belirlenmesinde failin kişilik özelliklerinin dikkate alınmasını ifade eder²⁸⁴.” Cezanın bireyselleştirilmesi ile ceza hukukunun, cezanın amaçlarının ve cezadan beklenen fonksiyonun suçlunun şahsına intibak ettirilmesi amaçlanır.²⁸⁵ Cezanın bireyselleştirilmesi prensibi, ceza hukukunun tarihi gelişimi ile ivme kazanmıştır. Ceza hukuku tarihi incelendiğinde cezanın tayininde çeşitli sistemlerin benimsendiği görülmektedir. Bu sistemlerden ilki “sınırsız (hudutsuz) serbesti” sistemidir.²⁸⁶ Sınırsız serbesti sisteminde hâkimler, cezanın türü ve miktarı konusunda sınırsız bir takdir yetkisine sahipti. Bu keyfiliğe bir reaksiyon olarak gelişen ikinci sistem ise katı bir kanunilik sistemi olmuştur.²⁸⁷ Bilhassa Fransız ihtilali sonrası çıkarılan ceza kanunlarında katı bir şekilde benimsenen bu sistemle tabiri caizse hâkimlerin takdir yetkisi “demir bir çember” içine alınmıştır.²⁸⁸ Suçta ve cezada kanuniliğin değil, “suçta ve cezada keyfiliğin” hüküm sürdüğü bir dönemde farklı sosyal sınıflara ait kişilerin farklı cezalara maruz bırakılmasının kişilerde yarattığı adaletsizlik hissi sözü geçen bu durumu ortaya çıkarmış, adeta bir ifrat-tefrit hali ortaya çıkmıştır. Örneğin *BECCARIA* soylulara uygulanacak cezalar hakkında şu cümleleri sarfetmiştir:

²⁸³ Burada kullanılan “cezanın hayata geçirilmesi” kavramı cezanın infazından farklı bir anlamı vurgulamaktadır. Bu “hayata geçirilme” hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseseleri de kapsar.

²⁸⁴ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 115.

²⁸⁵ Adli Kısagün, “Cezanın Ferdileştirilmesi”, **Adalet Dergisi**, No: 11-12, 1961, s. 1100; Doğan Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1-2, 2003, s. 25.

²⁸⁶ Burhan Köni, “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 11, No: 3, 1956, s. 52.

²⁸⁷ Köni, **a.e.**; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 42.

²⁸⁸ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 396. *MONTESQUIEU* bu durumu şu cümleyle ifade etmiştir: “Ancak halkın hakimleri, daha önce de belirttiğimiz gibi kanunun gereğini dile getiren ağızlardan, kanunun gücünü de katılığı da yumuşatmaktan âciz, hareketsiz varlıklardan ibarettir.” Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, s. 207.

*“Yüksek sınıfta bulunanlara verilmesi gereken cezalarla söyleyeceklerimi sınırlandıracağım ve diyeceğim ki, birinci on soylu yurttaş ve sonuncu olan sıradan yurttaş için aynı cezaların uygulanması zorunludur.”*²⁸⁹

Bu teoriye göre, suçlu kim olursa olsun, hangi subjektif şart ve etkilerin altında olursa olsun, aynı neviden suç işlemiş olanlar aynı cezaya maruz kalmalıydı.²⁹⁰ Doğal olarak bu teori, niteliği gereği cezanın bireyselleştirilmesine fırsat vermemekteydi. Nitekim birey kavramının, devlet karşısında bir varlık olarak bulunmadığı bir ortamda²⁹¹ cezanın kişiselleştirilmesi konsept olarak da pek olası değildir.

Bahsettiğimiz her iki sistemin de kendine özgü sakıncaları mevcuttur. Hayatın çok yönlü oluşu, işlenen her suçun kendine özgü özellikler barındırması sonucunda sabit cezalar sistemi yetersiz kalmaktadır. Aynı şekilde hâkimlerin sınırsız yetkilere sahip olması da bilhassa eşitlik ilkesi bağlamında tartışmalı sonuçlara yol açmaktadır. Bahsi geçen iki sistemin sakıncaları göz önünde bulundurulduğunda; yalnızca suçun değil suçlunun da dikkate alındığı ve ıslahın²⁹² ana amaç olarak belirlendiği ceza teorileri ve suçlunun “tehlikeli hali”nin dikkate alındığı görüşler ağırlık kazanmıştır.²⁹³ Sınırlı serbesti olarak adlandırılan bu sistemde kanun koyucu tarafından belli sınırlar çerçevesinde bireyselleştirmeye imkân veren kurumlar tahsis edilir. Hâkim de bu sınırlar ve kurumlar çerçevesinde cezayı belirler ve bireyselleştirmeyi hayata geçirir.²⁹⁴

²⁸⁹ Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, s. 108.

²⁹⁰ Kısagün, “Cezanın Ferdileştirilmesi”, s. 1104.

²⁹¹ Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 26.

²⁹² *MADEN*’e göre hapis cezasının infazında suçlunun ıslahı amaçlanır. Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 20. ıslah; insana, insanın ruhuna, aklına, iradesine ve diğer özelliklerine hürmetle muamele etmekle gerçekleşir. Bu doğrultuda ıslah kavramı, bitkiler ve hayvanlar için kullanıldığından daha farklı bir anlamda kullanılmalı ve anlaşılmalıdır. “ıslah” kavramı ile “İyileştirme”, “Resosyalizasyon” ve “Rehabilitasyon” kavramları arasındaki ilişkiler ve farklılıklar için Bkz.: Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 64-65; Mehmet Maden, “Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Hükümlünün ‘İyileştirilmesi’”, **15. Türk Ceza Hukuku Günleri 31 Mayıs-1 Haziran 2020 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Tebliğler**, 2020, s. 288.

²⁹³ Köni, “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, s. 54; Kısagün, “Cezanın Ferdileştirilmesi”, s. 1114; Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 30.

²⁹⁴ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 42-43.

1.5.2. “Cezanın Belirlenmesi” ve “Cezanın Bireyselleştirilmesi” Kavramları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Bu aşamada cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kavramları arasında bir fark olup olmadığı hususunu açıklamakta fayda vardır.²⁹⁵ Doktrinde bazı yazarlarca bu iki kavram aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. İÇEL ve diğerlerine göre:

*“Eğer herhangi bir kişi suç oluşturan işlemi işlerse yargıç hüküm verirken, bu soyut cezayı somutlaştırır, yani bireyselleştirir.”*²⁹⁶

DEMİRBAŞ’a göre:

*“İşte, hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre, cezanın failin ve fiilin özelliklerine göre belirlenmesine cezanın bireyselleştirilmesi denilir. Bu bakımdan cezanın somut belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi anlamına da gelmektedir.”*²⁹⁷

APIŞ’e göre:

*“cezanın bireyselleştirilmesi kavramını, cezanın belirlenmesinden ayrı düşünmek pek de mümkün değildir.”*²⁹⁸

Bazı yazarlar ise cezanın bireyselleştirilmesini, cezanın belirlenmesinin bir merhalesi olarak değerlendirmişlerdir.²⁹⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT’a göre:

“Bireyselleştirme, cezanın belirlenmesinde önemli bir işlemdir.”

Bu anlayışa göre cezanın bireyselleştirilmesi, cezanın belirlenmesinin alt kümesidir denilebilir. Böyle bir değerlendirme bizi şu sonuca ulaştırır: Cezanın belirlenmesi aşamasındaki her değerlendirme (örneğin suçun işleniş şeklinin değerlendirilmesi) bir bireyselleştirme işlemi değildir. Ancak bireyselleştirmeye dair

²⁹⁵ Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 52. Bu başlığın ismi KABAK YÜCE’nin atıf yapılan eserinden esinlenilmiştir.

²⁹⁶ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 62.

²⁹⁷ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 689.

²⁹⁸ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m.63)**, s. 149.

²⁹⁹ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 115-116.

her uygulama (örneğin takdiri indirim nedenlerinin tatbiki) cezanın belirlenmesine dahildir.

ÖZBEK ve diğerlerine göre ise:

“Kanımızca cezanın ertelenmesi kurumu bu bölümde [Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi başlıklı bölümde] düzenlenmemiş olsa da niteliği itibarıyla cezanın belirlenmesinden sonra uygulanan bir cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır. Cezanın bireyselleştirilmesi kavramını cezanın belirlenmesinden ayıran temel husus, sadece belirli failer tarafından uygulanabilir olmalarıdır. Cezanın belirlenmesi ise ceza kanunlarında yer alan tüm cezalar için genel geçer kurallar içerir. Örneğin takdiri indirim nedenleri mahsup veya erteleme sadece koşulları bünyesinde barındıran failer bakımından uygulanabilir. Bu nedenle cezanın belirlenmesinden ayrı bir başlık olarak cezanın bireyselleştirilmesi üst başlığı altında incelenmektedirler.”³⁰⁰

Bu görüşe göre ise cezanın bireyselleştirilmesi ve cezanın belirlenmesi iki ayrı aşamayı ifade etmektedir.

Bizim görüşümüze göre; cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kavramları kesişen iki kümeyi ifade eder. Cezanın belirlenmesi, “suç tipi hakkında soyut olarak belirlenmiş olan cezanın gerçekleştirilen bir fiil neticesinde, fail bakımından somutlaştırılmasını; failin, bu fiili neticesinde maruz kalacağı cezanın niteliğinin ve niceliğinin tespiti” ifade eder.³⁰¹ Bu tanım incelendiğinde cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olarak adlandırdığımız takdiri indirim nedenleri, failin ekonomik durumuna göre adli para cezasının miktarının belirlenmesi, seçimlik cezanın varlığı hâlinde ceza türünün seçilmesi gibi bireyselleştirme araçları cezanın belirlenmesi kapsamındadır. Benzer şekilde cezanın niteliği ve niceliğine dair her müessese cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesinin kesişim kümesini oluşturur. Ancak öyle bazı müesseseler vardır ki hukuki nitelikleri gereği cezanın belirlenmesi aşamasına dahil değildirler. Örneğin hapis cezasının ertelenmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi cezanın sakıncalarını gidermeye yönelik³⁰² ve bireyselleştirme aracı olan müesseseler

³⁰⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 699-700.

³⁰¹ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 27.

³⁰² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 909. Bu kurumların hukuki niteliklerinin ayrıntılı tartışması için Bkz.: Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 97-115; Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 35-40.

cezanın belirlenmesi kavramının kapsamına dahil değildir. Bu müesseseler cezanın bireyselleştirilmesi kavramının cezanın belirlenmesinden hariç kalan kısmına dahildir.

1.5.3. Gerçekleştiren Organ Bakımından Bireyselleştirmenin Çeşitleri

Cezanın bireyselleştirilmesinin, bireyselleştirmeyi gerçekleştiren organ bakımından üç türü olduğu ifade edilmiştir. Bunlar yasama bireyselleştirmesi, yargısal bireyselleştirme ve idari bireyselleştirme olarak adlandırılmaktadır.³⁰³ Yasama organı tarafından konulan kanunları ceza hâkimi uygulamakta ve hüküm vermekte, verilen hükmün infazı ise idare tarafından gerçekleştirilmektedir.³⁰⁴

Yasama organı tarafından gerçekleştirilen bireyselleştirilme; çeşitli suçlu kategorilerinin öngörülmesi ve bu sınıflandırmaya çeşitli sonuçların bağlanması vasıtasıyla gerçekleşir.³⁰⁵ Yasama bireyselleştirilmesinin varlığı için kanun koyucunun belirli bir kesim faili kendiliğinden genel düzenlemeden ayrık tutmuş olması gerekir. Örnek vermek gerekirse bir suç için alt ve üst sınırlı cezanın öngörülmesi yasama bireyselleştirmesi değildir.³⁰⁶ Ancak TCK'nın 58. maddesinde

³⁰³ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 627.

³⁰⁴ Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", s. 28.

³⁰⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 627. Bu husus yasama bireyselleştirmesi ile yargısal bireyselleştirme arasındaki farkın vurgulanması bakımından ayırt edicidir. *MADEN* seçenek yaptırımlara çevirme müessesesinin bir yargısal bireyselleştirme aracı olduğunu zira yargısal bir işlemle gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 118. Pek tabii seçenek yaptırımlara çevirme müessesesi ve benzeri bireyselleştirme vasıtaları yargısal işlemle hayata geçer. Ancak "yargısal işlemle gerçekleştirilme" hali tek başına yargısal bireyselleştirmenin söz konusu olduğu anlamına gelmez. Yargısal bireyselleştirmeden söz edebilmek için yargısal işlemin doğmasında hâkimin takdir yetkisinin bulunması gerekir.

MADEN mahsup müessesesinin bir yargısal bireyselleştirme aracı olduğunu zira yargısal bir işlemle gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 118. Pek tabii seçenek yaptırımlara çevirme müessesesi ve benzeri bireyselleştirme vasıtaları yargısal işlemle hayata geçer. Ancak "yargısal işlemle gerçekleştirilme" hali tek başına yargısal bireyselleştirmenin söz konusu olduğu anlamına gelmez. Yargısal bireyselleştirmeden söz edebilmek için yargısal işlemin doğmasında hâkimin takdir yetkisinin bulunması gerekir.

³⁰⁶ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 627. Aksi yönde Bkz.: Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 574; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 93; İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 62. "Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslâh araçları da göz önünde tutularak adaleti[n] bir ölçü içinde konulması ceza hukuku esaslarındandır. Cezanın, kanunda gösterilen iki had arasında tayini yetkisinin hakime bırakılması da cezanın ferdileştirilmesi prensibinin bir sonucudur." Anayasa Mahkemesi, E.1966/32, K.1966/13, 25/05/1967. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi 6, Ankara, 1969, s. 3. Aktaran: Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 574. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararın verilmiş

mükerrirlere özgü yapılan düzenlemeler yasama bireyselleştirmesine örnektir.³⁰⁷ Benzer şekilde çocuklar hakkında yapılan düzenlemeler de yasama bireyselleştirmesine örnek olarak gösterilebilir. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların düzenlendiği TCK'nın 50. maddesinin 3. fıkrasında bulunan *“Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.”* hükmü de yasama bireyselleştirmesine bir örnek olarak gösterilebilir.

Kanun hükmünün, bireyselleştirme işlemini hâkime bıraktığı hallerde yargısal bireyselleştirme söz konusudur.³⁰⁸ Cezanın bireyselleştirilmesi her ne kadar üç aşamalı olsa da; cezanın vücut bulduğu ve idari bireyselleştirmeye de temel oluşturacak iskeletin ortaya konulduğu aşama yargısal bireyselleştirme aşamasıdır.³⁰⁹ Yargısal bireyselleştirme ile hâkimin takdir yetkisi arasında sıkı bir bağ vardır.³¹⁰ Yargısal bireyselleştirmeye; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar (TCK m. 50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), failin ekonomik durumuna göre adli para cezasının miktarının belirlenmesi (TCK m. 52/2), seçimlik cezaların varlığı hâlinde ceza türünün seçilmesi (TCK m. 58/3 hariç olmak üzere), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m.171), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) ve çalışmamızın konusunu oluşturan takdiri indirim nedenleri (TCK m. 62) gibi müesseselerin uygulanması örnek gösterilebilir. Mahsup müessesesi (TCK m. 63) bazı yazarlarca bireyselleştirme aracı olarak ifade edilmişse³¹¹ de mahsup uygulanırken

olduğu tarihte MTCK m. 29 hükmünde faile ilişkin özellikler temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında sayılmaktaydı. YTCK döneminde bu ölçütlerin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulacağı hususu düzenlenmiştir. Anılan nedenlerle bu kararda alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesinin bireyselleştirmeye olan ilişkisi hususunda yapılan tespitler tartışmaya açıktır.

³⁰⁷ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 116.

³⁰⁸ Hıfzı Veldet, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, No: 1, 1940, s. 29.

³⁰⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 137.

³¹⁰ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 148.

³¹¹ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 727; Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 118.

hâkime bir takdir yetkisi tanınmadığından mahsup kurumunun bir bireyselleştirme aracı olmadığı kanaatindeyiz.³¹²

İdari kurumlara cezanın infazı sırasında, cezanın infazının hükümlünün kişisel özelliklerine uydurulması hususunda yetki tanınmış olabilir.³¹³ “*Ceza infaz kurumlarında mahkûmların sınıflandırılması, kişiliklerine göre farklı iyileştirme rejimi uygulanması, iyileşme göstermedikçe kapalı cezaevinden, açık ceza infaz kurumlarına ayırlamamaları ve koşullu salıvermeden yararlanamamaları*”³¹⁴ gibi uygulamalar idari bireyselleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.³¹⁵

³¹² Öyle ki mahsup müessesesi bireyselleştirme aracı olarak değerlendirilse dahi yasama bireyselleştirmesi kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Zira mahsubun uygulanmasında hâkimin bir takdir yetkisi kullandığı söylenemez.

³¹³ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 80.

³¹⁴ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 137.

³¹⁵ İnfazın bireyselleştirilmesine ilişkin olarak mevzuatta “bireyselleştirme” kavramının kullanımına ilişkin eleştiriler için Bkz.: Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 80.

İKİNCİ BÖLÜM

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ MÜESSESESİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1. 5237 Sayılı TCK'da Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi

2.1.1. Genel Olarak

Takdiri indirim nedenleri müessesesi TCK m. 62'de düzenlenmiştir. Buna göre:

“Takdiri indirim nedenleri

Madde 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. (Ek cümle:12/5/2022-7406/1 md.) Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

Takdiri indirim nedenleri müessesesi, bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Cezanın bireyselleştirmesi başlığında ifade ettiğimiz üzere; sabit cezalar sisteminin adaleti sağlamakta yetersiz olduğu görülmüş ve ceza hukuku zamanla fiilin yanında faile de odaklanmaya başlamıştır. Cezanın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin daraltılması veya genişletilmesine dair iki zıt akımın¹ tartışmalarının en keskin hissedileceği kurumlardan bir tanesi, takdiri indirim nedenleri müessesesidir. Her ne kadar kanunlarda suçlar karşılığında alt ve üst sınırları belli cezalar

¹ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2, s. 395.

öngörölmüşse de bu düzenlemelerin tek başına bireyselleştirmeyi sağladığı söylenemez.² Zira kanunlarda tanımlanan her suçun işlenişinde failin içinde bulunduğu halet-i ruhiye farklıdır. Bunun yanında failin; suçu işlemeyden önce içerisinde bulunduğu ortam, maruz kaldığı ekonomik, pedagojik, psikolojik ve sosyolojik faktörler³, şahsi özellikleri, cezanın failin hayatında doğuracağı etkiler gibi durumlar da biriciktir. Aynı suçun iki farklı fail tarafından işlenişinde faillerin şahsına dair mevcut farklılıklar, cezaya farklı şekilde hükmedilmesini gerektirebilir. Bu bireyselleştirme ihtiyacının kaynağı ise “cezanın amacına ulaşılabilmesi”⁴ ve “adalet duygusu”⁵dur. Kanun koyucu takdiri indirim nedenleri müessesesi ile daha adil ve insafli bir cezaya hükmetme konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır.⁶ Zira cezaların genel ve soyut olarak belirlenmesi sırasında suçlu; doğrudan ve somut olayın özelliklerini kapsayacak şekilde dikkate alınamamaktadır, zaten bu mümkün de değildir. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasıyla sabit cezaların miktarı veya ağırlığı (türü) değiştirilebilir, süreli cezaların ise miktarı altıda birine kadar indirilebilir.

2.1.2. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Özellikleri⁷

2.1.2.1. Takdiri İndirim Nedenleri Geneldir

Takdiri indirim nedenleri müessesesi TCK’nın “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitabı altında düzenlenmiştir. TCK m. 5 uyarınca TCK’nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Takdiri indirim nedenleri müessesesi de bu kapsama dahil olduğundan, gerek TCK gerekse özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle takdiri indirim nedenleri geneldir, mevzuatımızda bulunan her

² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 980.

³ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 664.

⁴ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 219.

⁵ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 566; Adil Sanal, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **Adalet Dergisi**, No: 9, 1956, s. 1015.

⁶ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 396.

⁷ Yusuf Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 2, 2022, s. 925-948. Çalışmamızda KAÇAR tarafından yapılmış özellikler sıralaması tercih edilmiştir.

suç için uygulama alanı bulacaktır. Bu husus beraberinde farazi bir tartışmayı doğurabilecektir. Kanun koyucu tarafından bir suçun cezasının belirlenmesinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağı hususu hüküm altına alınabilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk ceza hukuku tarihinde bu durum -tespit edebildiğimiz kadarıyla- bir kez meydana gelmiştir. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun "Tayin edilen cezalara ilişkin hükümler" başlıklı 17. maddesinin 2. fıkrasına göre:

"Sıkıyönetim mahkemelerince verilen cezalar para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez. (Ek cümle 14/11/1980-2342/5 md.) Sanık hakkında, duruşmadaki iyi hali sebebine dayanılarak Türk Ceza Kanununun 59 uncu maddesi hükmü uygulanamaz."

Takdiri indirim nedenlerinin sıkıyönetim mahkemelerince verilen cezalar hakkında uygulanmayacağına dair istisnanın kanuna eklenmesi 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı kanun ile olmuştur. Bu hükmün eklenmesinin 12 Eylül 1980 darbesi sonrası gerçekleşmesi de dikkate şayandır. Doktrinde bu ayrık durumun takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına istisna olacağı belirtilmiştir.⁸ Ancak 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra YTCK m. 5 nedeniyle bu düzenlemenin uygulanamayacağı da ayrıca ifade edilmiştir.⁹ Halihazırda sıkıyönetim müessesesi; 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa'dan çıkarılmış, sonrasında 31.07.2018 tarihinde *Resmî Gazete*'de yayımlanan 7145 sayılı kanunla Sıkıyönetim Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun ve sıkıyönetim müessesesinin yürürlükten kaldırılması nedeniyle bu hükmün uygulanabilirliği söz konusu değildir.

Peki takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına bugün veya gelecekte yürürlüğe girecek bir kanunla veyahut değişiklik ile istisna öngörülebilir mi? Bu istisnanın TCK'da öngörülmesi ile özel ceza kanunları veya ceza içeren kanunlarda öngörülmesi arasında bir fark var mıdır? Bu soruları cevaplandırmak için TCK m. 5'in kanunlar hiyerarşisindeki yerinin ve zamansal olarak etki alanının tespit edilmesi

⁸ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 188.

⁹ Cengiz Otacı, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması", **Adalet Dergisi**, No: 26, 2006, s. 121.

gerekir.¹⁰ TCK m. 5'e göre TCK'nın "genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

TCK'da yapılan bu düzenlemeyle amaçlanan husus tamamlayıcı ceza hukuku düzenlemeleriyle ceza kanununun temel prensiplerine aykırı uygulamaların oluşmasının önüne geçilmesidir.¹¹ Öyle ki 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici Madde 1 hükmü uyarınca:

"(1) Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır."

Hatta kanun koyucu 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu amacını bir nevi hayata geçirmiştir.¹² Burada her ne kadar; özel kanunlarla ceza kanununun temel prensiplerinin aşılmaması gerekliliği yönünde değişiklikler yapılsa da; TCK m. 5 hükmü en nihayetinde bir kanun hükmüdür. Bu nedenle kanun koyucu yönünden yeni kanunların yapılmasında bir bağlayıcılığı söz konusu değildir. Ancak yürürlüğe girdiği tarihten önceki tarihli hükümler açısından ilga edici nitelik taşıdığı söylenebilecektir.¹³ Açıklanan nedenlerle takdiri indirim nedenlerinin genellik niteliğine ilişkin bir istisnanın gerek TCK'da gerekse diğer kanunlarda öngörülmesinde teorik bir engel bulunmamaktadır. Zira TCK m. 5'in kanunlar hiyerarşisindeki konumunun ve zaman bakımından etkisinin, günümüzde veya gelecekte yapılacak bir kanuni düzenleme açısından bağlayıcı etkisi yoktur.

¹⁰ Konu hakkında ayrıntılı tartışma için Bkz.: Aras Türay, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, s. 1727-1748.

¹¹ Türay, **a.g.e.**, s. 1743.

¹² Türay, **a.g.e.**, s. 1744.

¹³ TCK m. 5 hükmünün yürürlüğe giriş tarihi ile ilgili tartışmalar için Bkz.: Türay, **a.g.e.**, s. 1737.

2.1.2.2. Takdiri İndirim Nedenleri Sınırlı Sayıdadır

Takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde iki farklı sistem bulunmaktadır. Bunlar “Sınırlı (Tahdidi) Sistem” ve “Serbest (Tadadi) Sistem”dir.¹⁴ Sınırlı sistemde, takdiri indirim nedeni olabilecek nedenler yasanın sayılarak gösterilmiştir. Serbest sistemde ise hâkime takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceğini tespit etmek hususunda bir serbestlik tanınmıştır.

7406 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK m. 62/2 hükmü şu şekilde düzenlenmiş idi:

*“(2) 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.”*

7406 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca yapılan değişikliklerle birlikte ise TCK m. 62/2 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

*“(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve **yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları** veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. (Ek cümle:12/5/2022-7406/1 md.) **Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”***

765 sayılı MTCK döneminde ise takdiri indirim nedenleri müessesesi 59. maddede düzenlenmekteydi:

*“**Madde 59-Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet***

¹⁴ Levent Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, **Yargıtay Dergisi**, C. 28, No: 4, 2002, s. 653.

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.”

Kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere MTCK döneminde herhangi bir takdiri indirim nedeni kanunda gösterilmemiştir. Herhangi bir nedenin kanunda gösterilmeyişinin amacının ne olduğu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından verilen bir içtihadı birleştirme kararında şu cümlelerle açıklanmıştır:

“TCK. 59. maddesinin uygulanmasını gerektiren hallerin neler olduğu yasa metninde sınırlandırılmamıştır. Kanun koyucu, bir suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak veya yasal indirim sınırlarını geçmemek kaydıyla hakime geniş bir takdir yetkisi tanımış hatta, uygulamadaki çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında bir tanımlama yapmaktan isteyerek kaçınmıştır. Her olayın özelliği dikkate alınarak tertip edilecek cezanın, suçlunun kişiliğine ve suça uydurulması suretiyle daha insancıl koşullarla dengeli bir adaletin tahakkuku amaç edinilmiştir.”¹⁵

7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi YTCK döneminde; örnek olarak bazı kriterler kanunda sayılmış, ancak “gibi hususlar” ibaresi kullanılarak takdiri indirim nedenlerinin sadece bu maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı hususu vurgulanmıştır. Bu bakımdan MTCK döneminde “Yumuşak Serbest Sistem”in; YTCK döneminde 62. maddenin ilk hali bakımından ise “Katı Serbest Sistem”in benimsendiği söylenebilecektir.¹⁶ Zira her ne kadar kanun maddesinde sayılan nedenler sınırlayıcı olmasa da yol gösterici niteliktedir.¹⁷ Ancak 7406 sayılı kanunun kabulünden sonra kanun koyucu tarafından “Sınırlı Sistem”in öngörüldüğünün kabulü gerekir.¹⁸ 7406 sayılı kanunun gerekçesinde de bu husus özellikle vurgulanmıştır:

*“**Madde 1-** Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun takdiri indirim nedenlerini düzenleyen 62 nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Maddenin mevcut*

¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E.1976/3, K.1976/3, 07/06/1976.

¹⁶ TCK m. 62’nin değiştirilmeden önceki hâlinde hâkimin takdir yetkisinin bağlı takdir yetkisi olduğu yönünde Bkz.: Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 157; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 102; Alahattin Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, Samsun, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 51.

¹⁷ İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2023, s. 786.

¹⁸ Değişiklik öncesi sayılan nedenlerin de sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüş için Bkz.: “Kanunun “...gibi hususlar...” ifadesini kullanması, bu nedenlerin tahdidî mi, yoksa tadadî mi olduğu sorusunu akla getirmektedir. Biz, nedenlerin, maddede sayılanlarla sınırlı olduğunu düşünüyoruz.”. Hafızoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 390.

ikinci fıkrasında takdiri indirim uygulanabilmesi için göz önünde bulundurulacak nedenler sınırlandırılmamış, “gibi hususlar” ibaresiyle ucu açık bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle fıkra da takdiri indirim nedenleri, tahdidi değil tadadi bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmektedir.

Yapılan değişiklikle fıkra metninden “gibi hususlar” ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmektedir. Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.”¹⁹

Sonuç olarak kanunda sayılan haller takdiri indirim sebeplerinin uygulanması bakımından sınırlayıcı hale gelmiştir. Hâkim ancak bu nedenlerden birini göstererek takdiri indirim nedenlerine dayalı olarak cezanın indirilmesine karar verebilir.²⁰ Değişiklik ile hâkimin takdir yetkisi adeta “daraltılmıştır”.²¹ Söz konusu değişikliğin isabetli olmadığı, ayrıca herhangi bir bilimsel dayanağa da sahip olmadığı ve yalnızca kamuoyu baskısı nedeniyle yapıldığı eleştiri konusu yapılmıştır.²² Değişikliğin “gibi hususlar” ifadesini kanundan kaldırması hususunda bizce de yapılan kanun değişikliği yerinde olmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yapılan bu değişiklik takdiri indirim nedenleri müessesesinin “doğa”sıyla uyumlu değildir. Zira takdiri indirim nedenlerinin varlık nedeni kanun koyucu tarafından öngörülmesi mümkün olmayan, fakat hâkimin önüne gelen olayda adil bir hüküm vermesini sağlayacak takdir yetkisinin hâkime tanınmasıdır. Bu nedenle takdiri indirim nedenleri bakımından nedenlerin kapsamının doğası gereği sınırlı olmaması gerekir. Çünkü takdiri indirim nedenleri müessesesi

¹⁹ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi (Değişiklik Gerekçesi), <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, 11 Kasım 2023.

²⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 984.

²¹ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 722.

²² Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 735; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 721-722; Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 185; Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 929-930.

yapısal olarak “kategorik ön belirlemelere” uygun değildir.²³ Bahsettiğimiz bu husus hâkimin takdir yetkisinin sınırsız olduğu, keyfi bir şekilde kullanılabileceği veyahut denetime kapalı olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak kanun koyucunun değişiklik gerekçesi dahi durumun vahametini ortaya koymaktadır. “Gibi hususlar” ibaresinin kaldırılması hakkında değişiklik gerekçesinde “*Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmektedir.*” ifadesi kullanılmıştır. Değişiklik gerekçesi olarak ifade edilen husus bilhassa takdiri indirim nedenlerinin varlık nedenidir. Pek tabii fail lehine tespit edilen bir husus cezanın bireyselleştirilmesi esnasında kullanılacaktır ve kullanılmalıdır. Bahse konu hususun olumsuz bir durummuşçasına değişiklik gerekçesinde belirtilmesi abesle iştigaldir. Yine değişiklik gerekçesinde “*mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.*” ibaresi yer almıştır. Gerçekten de gerekçede bahsedildiği şekilde farklı bir uygulamanın olup olmadığı, bu farklılığın kanun maddesini değiştirecek boyutta olup olmadığı, böyle bir verinin kamuoyuyla paylaşılmadığı hususu da eleştiri konusu yapılmıştır.²⁴

Esasında “gibi hususlar” ifadesinin kanundan çıkarılması başkaca tartışmaların ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. Her ne kadar kanun değişikliği ile “gibi hususlar” ibaresi çıkarılmışsa da 62. maddenin 2. fıkrasında sayılan dört ayrı neden o kadar soyut nitelikte düzenlemelerdir ki yapılan değişiklik bir dereceye kadar anlamsız kalmaktadır. Örneğin “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”²⁵ veya “failin geçmiş” gibi ölçütler, yapı itibarıyla geniş yorumlanmaya oldukça müsait bir ölçütlerdir. “Gibi hususlar” ibaresi çıkarılarak takdiri indirim nedenlerinin sınırlanması, somut olayda bu sınırlara dahil olup olmadığı konusunda tereddüt olan fakat takdiri indirim yapılması hususunda kanaat getirilen bir ihtimalde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sınırlarının zorlanmasına yol açacaktır.²⁶

²³ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 935.

²⁴ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 722.

²⁵ Mustafa Atalan, “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu ve Toplumsal Beklenti”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 163, 2022, s. 132.

²⁶ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2022, s. 735.

2.1.2.3. Takdiri İndirim Nedenleri Takdiridir

Takdiri indirim nedenleri takdiridir.²⁷ Kanun hükmünün lafzında da “[...] göz önünde bulundurulabilir.” ibaresi kullanılmıştır. Bu ibare ile hâkimin takdir yetkisine işaret edilmiştir.²⁸ Bu takdir yetkisi, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını veya uygulanmamasını gerektiren nedenlerin tespiti, indirimin yapılıp yapılmayacağı ve indirimin hangi oranda yapılacağı gibi konuları kapsar.²⁹ Takdir yetkisi sanık, müşteki ve şahitlerle karşı karşıya gelen, duruşmayı idare eden ilk derece mahkemesi hâkimine aittir.³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da bu husus vurgulanmıştır.

*“Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak da olayda sanık yararına takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süresi boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumdaki kişidir.”*³¹

Pek tabiidir ki bu takdir yetkisi keyfilik anlamına gelmediği gibi denetime kapalı bir yetki de değildir.³² Madde hükmüne göre de “Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.” Gerekçe gösterme yükümlülüğünün takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin denetlenebileceğine işaret ettiği ifade edilmiştir.³³ Takdir yetkisinin kapsamı ve sınırları konusu çalışmamızın sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.1.2.4. Takdiri İndirim Nedenleri Şahsidir

Takdiri indirim nedenleri, nitelikleri gereği şahsidir. Şahsilik özelliği bir bireyselleştirme vasıtası oluşunun sonucudur. Bir suç birden fazla fail tarafından

²⁷ Aynı yönde Bkz.: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 313. ÖZEN’e göre ise TCK m. 62/1’de emir kipinin kullanılması takdir hakkını ortadan kaldırmakta, indirimi zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda TCK m. 62’nin takdiri indirim nedenleri değil kanuni indirim nedenleri olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 104.

²⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 738.

²⁹ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 930.

³⁰ Sanal, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 1018.

³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/122, K.2011/187, 27/09/2011.

³² İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 187.

³³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 738.

işlenmiş olsa da, takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilen neden hangi fail bakımından ortaya çıkmışsa değerlendirme bu şahısla sınırlı olmak üzere yapılır.³⁴ Ancak takdiri indirim nedeni olarak belirlenen neden; müşterek şekilde gerçekleştirilen davranışa -örneğin sanıkların bir araya gelip mağdurun zararını gidermesi durumunda- ilişkin ise, bu durumda tüm failer bakımından geçerli olması mümkün olacaktır.³⁵

2.1.2.5. Takdiri İndirim Nedenleri İndirim Nedenidir

Takdiri indirim nedenleri isminden de anlaşılacağı üzere indirim nedenidir. Kanunda hâkime cezayı takdire azaltma yetkisi verilmişse de takdire artırma yetkisi verilmemiştir.³⁶ Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca takdire bağlı olarak - genel geçer biçimde- cezanın artırılması kabul edilemez.³⁷ Takdiri indirim nedenleri olarak düzenlenen ölçütler 765 sayılı MTCK döneminde temel cezanın belirlenmesinde kullanılmaktaydı. 21.11.1990 tarihli ve 3679 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile MTCK'nın 29. maddesine:

*“Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin 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** gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari hadden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”*

hükmü eklenmiştir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere YTCK döneminde takdiri indirim nedenleri olarak düzenlenen nedenler, MTCK döneminde temel cezanın belirlenmesi esnasında göz önünde bulundurulmaktaydı. Bu nedenle failin geçmişi,

³⁴ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 35.

³⁵ Şimşek, **a.e.**

³⁶ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 589.

³⁷ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 980. ÖNDER iki had arasında temel cezanın belirlenmesinde kullanılan takdir yetkisinin “takdiri ağırlatıcı” sebep olmadığını ifade etmiştir. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989, s. 132.

şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi hususlar alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi yapılabilmektedir. YTCK döneminde bu kriterlerin cezada artırım gerekçesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

2.1.2.6. Takdiri İndirim Nedenleri Cezalar Üzerinde Uygulanır

Takdiri indirim nedenleri müessesesi; TCK'nın "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" başlıklı birinci kitap, üçüncü kısım, üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Kanunda bulunduğu yer ve düzenlemenin içeriği itibarıyla takdiri indirim nedenleri ancak cezalar üzerinde uygulanabileceklerdir. Güvenlik tedbirleri üzerinde takdiri indirim yapılması mümkün değildir. Ancak bu durum güvenlik tedbirlerinin bireyselleştirmeden âri olduğu anlamına gelmez. Tam tersine güvenlik tedbirlerinin bireyselleştirilmesi tabiatları gereği ve dayandıkları "tehlikeli hal" kavramının bir sonucudur.³⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda; sürücü belgesinin geri alınması tedbiri yönünden takdiri indirim uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur.³⁹

TCK m. 45 gereğince ise suç karşılığında uygulanan cezalar hapis cezası ve adli para cezasından müteşekkildir. MTCK döneminde hukukumuzda bulunan fer'i cezalar bakımından da takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁰ MTCK döneminde fer'i ceza olarak düzenlenen ve kamu hizmetlerinden yasaklılığı içeren "Hidemât-ı ammeden memnuîyet" cezası hakkında da takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin gerektiği doktrinde ve yargı kararlarında ifade edilmiştir.⁴¹ Günümüzde kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası TCK'da

³⁸ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 90.

³⁹ "Güvenlik tedbiri olan sürücü belgesinin geri alınması ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesine göre **takdiri indirim hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi**, Kanuna aykırı," Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2012/11744, K.2012/24389, 19/11/2012. Kararı aktaran: Mustafa Artuç, **Hüküm Kurma Sanatı**, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 172.

⁴⁰ Otacı, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması", s. 121.

⁴¹ "Takdiri Tahfif Sebeplerinin hükmedilen para ve memuriyetten mahrumiyet cezalarına da tâtbiki lazımdır." Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1936/1194, K.1936/1603, 16/10/1936. Kararı aktaran: Faruk Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, No: 2, 1946, s. 362. "memurluktan yoksun kalma cezasında TCK 59. maddenin uygulanmaması..." Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.1999/3484, K.1999/4533, 27/04/1999. Kararı aktaran: Otacı, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması", s. 121. "59. madde ile asli cezadan yapılan indirim memurluktan sürekli olarak yoksun kalma cezasına da uygulanması gerekir." Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.1982/4412, K.1982/4605, 08/12/1982. Aktaran: Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, s. 135.

düzenlenen bir ceza değildir. Ancak TCK m. 53/1-a ve m. 53/5’de “Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” bir güvenlik tedbiri düzenlenmiştir.⁴²

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınmada genel şart olarak “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak” şartı öngörülmüştür.

TCK m. 53’te düzenlenen güvenlik tedbiri ve 657 sayılı kanunda öngörülen şart MTCK’daki kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası ile aynı işleve sahipse de hukuki nitelik olarak ceza niteliğinde olmadığından takdiri indirim nedenleri bakımından uygulama alanı bulamayacaktır.

Takdiri indirim nedenlerinin tatbiki, özellikle koşullu salıverilme müessesesinin uygulanması hâlinde failler açısından önemli farklara sebebiyet vermektedir. Örneğin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almış bir mahkûmun infaz kurumundaki infaz süresinin 30 yılını, müebbet hapis cezası almış bir mahkûmun 24 yılını iyi hâlli olarak geçirmesi hâlinde koşullu salıverilme müessesesinden yararlanabileceği hususu 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

⁴² **TCK m. 53- Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma**

“ (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, [...] yoksun bırakılır.

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.”

Kanun'un (CGTİHK) 107. maddesinde düzenlenmiştir.⁴³ Söz gelimi kasten öldürme suçunu tasarlayarak işlemiş bir kişinin hakkında hükmedilecek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına takdiri ceza indiriminin uygulanması hâlinde, cezaya müebbet hapis cezası olarak hükmedilir. Bu durum dolaylı olarak, koşullu salıverilme müessesesinden yararlanmak için iyi halli olarak geçirilmesi gereken süreyi 6 yıl kadar kısaltmaktadır.

2.1.2.7. Takdiri İndirim Nedenleri Resen Dikkate Alınır

Takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği TCK m. 62/1'e göre "*Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin **varlığı halinde**, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası **verilir**. Diğer cezaların altında birine kadarı **indirilir**.*" Kanun hükmünde koyu olarak işaretlediğimiz kısımlar göz önünde bulundurulduğunda; eğer ortada fail yararına cezayı hafifletecek bir takdiri indirim nedeni varsa bunun sonucunda hâkimin ilgili indirimleri uygulaması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Yine TCK m. 61/5'e 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**.*" Bizce bu hükmün lafzından da anlaşılan şudur ki; sonuç cezanın belirlenmesinde takdiri indirim nedenlerinin değerlendirmeye alınması zorunludur. Her ne kadar kanun lafzında takdiri indirim nedenlerinin "uygulanması" kavramı kullanılmışsa da kastedilen yalnızca indirimin yapıldığı haller değildir. Burada işaret edilen husus takdiri indirim nedenleri müessesesinin işletilmesi ve değerlendirme konusu yapılmasıdır. Sonuç olarak bizce; takdiri indirim nedenleri resen dikkate alınır, tarafların ayrıca bir talepte bulunmasına gerek yoktur.⁴⁴ Ancak

⁴³ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 107- "(1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

(2) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler."

⁴⁴ Otacı, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması", s. 123.

Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda bu durumun aksi yönde görüş benimsendiği söylenebilecektir. Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından verilen bir karara göre:

*“TCK’nın 62. Maddesinde yer alan takdiri indirim hükmünün uygulanabilmesi için, sanığın talepte bulunması gerekli olmadığı gibi, **talep yoksa ve sözü edilen hüküm uyarınca cezada indirim yapılmayacak ise, mahkemenin bu konuda karar vermesine de gerek bulunmadığından** tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir.”*⁴⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda ise:

*“TCK’nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim hükmünün uygulanabilmesi için, sanık veya müdafinin talepte bulunması gerekli değildir. **Talep yoksa ve sözü edilen hüküm uyarınca cezada indirim yapılmayacak ise, mahkemenin bu konuda karar vermesine gerek bulunmamaktadır.** Buna rağmen takdiri indirim hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş ise, bunun gerekçesinin gösterilmesi zorunludur. Bu durumda gösterilecek gerekçenin, delillere ve olgulara dayanması, başka bir anlatımla soyut olmaması gerekir.”*⁴⁶

Yargıtay’ın bazı kararlarında ise TCK m. 62 hükmünün şartları gözetilerek uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken -somut olay özelinde TCK m. 62’nin uygulanması talep edilmemişse de- uygulanmamasının denetime olanak verecek şekilde gerekçelendirmesinin yapılması gerektiği, aksi halin yasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir:

*“TCK’nun 62. maddesinin, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri gibi hususlar gözetilerek uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekirken, UYAP üzerinden temin edilen adli sicil kaydına göre sabıkası olmayan sanık hakkında, takdiri indirim maddesinin uygulanmamasının denetime olanak verecek şekilde gerekçelendirilmemesi yasaya aykırı...”*⁴⁷

⁴⁵ Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E.2013/32148, K.2015/2653, 04/02/2015. Benzer yönde: “sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirim hükümleri uygulanmamış ve tartışılmamış ise de sanığın, hakkında lehe hükümlerin uygulanmasına dair herhangi bir talebinin bulunmaması nedeniyle tebliğnamedeki “1. ve 2. no’lu” bozma düşüncelerine itibar edilmemiş” Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E.2015/6569, K.2018/3130, 21/03/2018. Yargıtay’ın bu yönde vermiş olduğu kararların eleştiriyeye açık olduğu ifade edilmiştir. Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 1, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 973. “Sanığın lehe hükümlerin uygulanmasına yönelik bir istemi bulunmaması karşısında 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin tartışılması konusunda bir zorunluluk bulunmadığından tebliğnamedeki 2 numaralı bozma düşüncesine katılmamış” Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E.2012/29039, K.2013/19349, 11/07/2013.

⁴⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/273, K.2012/19, 07/02/2012.

⁴⁷ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2019/25457, K.2022/882, 19/01/2022.

Aynı kararın karşı oyunda ise takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin talebe bağlı olduğu görüşü öne sürülmüştür. Karşı oya göre:

“Sanığın dosyaya yansıyan kişiliği itibarıyla TCK’nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasında usul ve yasaya aykırılık görülmemektedir. Aksi takdirde kamuoyunda “kravat indirimi” şeklinde eleştiri konusu olan takdiri indirimin zorunlu olarak uygulanması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılabilir.

Dosya kapsamına göre uygulanması zorunlu olmayan ve sanık tarafından uygulanması talep edilmeyen takdiri indirim nedeni olarak TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasının⁴⁸ ve talep yokluğu nedeniyle bu konuda herhangi bir gerekçe gösterilmemesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Yargıtay; takdiri indirim nedenlerinin uygulanması yönünden talep mevcutsa⁴⁹ mahkemenin bu hususta mutlaka bir karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁰ Pek tabii tarafların taleplerinin varlığı hâlinde mahkemelerin gerekçeli bir şekilde karar vermesi gerekmektedir. Ancak bizce bu şerhi düşmeye gerek kalmadan, ceza mahkemelerinde görülen her yargılama bakımından takdiri indirim nedenlerinin değerlendirmeye alınması ve bu doğrultuda gerekçeli biçimde karar verilmesi daha isabetli olacaktır. Zira takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının “talep edilmediği ve uygulanmayacağı takdir edilen” bir dosyada; takdiri indirim nedenlerinin değerlendirme konusu yapılmamış olması da zımnen verilmiş bir “uygulamama” kararı niteliğindedir. Bu nedenle yukarıda atıf yapmış olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından ifade edilen **“Talep yoksa ve sözü edilen hüküm uyarınca cezada indirim yapılmayacak ise, mahkemenin bu konuda karar vermesine gerek**

⁴⁸ Zannımızca burada hâkim tarafından “uygulanmaması” kelimesi kullanılmak istenmiştir.

⁴⁹ Bu talep açık şekilde takdiri indirim nedenlerinin uygulanması talebi olabileceği gibi, “lehe hükümlerin” uygulanmasını isteme şeklinde de gerçekleşebilir. Yargıtay içtihatlarında da bu husus açıkça ifade edilmektedir. “Sanık müdafisinin 22/04/2015 tarihli beyanında lehe hükümlerin uygulanması talebi bulunduğu anlaşılmaması karşısında, TCK’nın 62. maddesinde öngörülen “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi hususlar değerlendirilmeden “başkaca artırım ve eksiltmeye yer olmadığına” biçimindeki kanuni olmayan ve yetersiz gerekçe ile takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasız bırakılması...” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2019/7712, K.2021/29243, 14/12/2021. Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 183. “Sanık Hüseyin G... müdafinin, 17/05/2010 tarihli duruşmada lehe olan hükümlerin uygulanmasını talep etmiş olması karşısında, TCK’nın takdiri indirime ilişkin 62. maddesinin değerlendirilmemesi” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2013/7941, K.2015/27276, 17/04/2015. Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 2295.

⁵⁰ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 183; Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2295; Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 123.

bulunmamaktadır.” görüşüne katılmıyoruz. Aksi halde şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Söz gelimi bir olayda iki failin mevcut olduğunu, bunlardan birinin TCK m. 62’nin uygulanmasını açıkça talep ettiğini ancak diğerinin açıkça böyle bir talepte bulunmamış olduğunu kabul edelim. Mahkeme veya hâkim ise her ikisi hakkında da TCK m. 62’nin uygulanmaması kararı vermiş olsun. Bu görüşe göre talebi olan sanık hakkında TCK m. 62 uyarınca indirim yapılmamasından dolayı gerekçeli bir şekilde karar verilmesi gerekmektedirken diğer sanık bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Böyle bir durum abesle iştir. Aynı zamanda adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesi bakımından da hukuka aykırılığa yol açmaya matuftur.

Ancak bir hususu da vurgulamanın yararlı olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu tartışmanın ana sorusu şudur: Takdiri indirim nedenleri müessesesi olumlu veya olumsuz icrasından bağımsız olarak, her bir ceza yargılamasında kendiliğinden gündeme gelmeli midir, gerekçeli kararın içinde ihtiva edilmeli midir? Örnek göstermek gerekirse; katılmış olduğumuz ve atıf yaptığımız 2019/25457 E. sayılı kararın gerekçesinde sanığın sabıkasız oluşuna dikkat çekilmiştir. Oysa bu durum takdiri indirim nedenlerinin değerlendirmeye alınıp alınmamasıyla alakalı değildir. Söz konusu kararda sanık sabıkalı olsa dahi böyle bir karar verilmesi gerekirdi. Burada daire pek tabii ilk derece mahkemesine belirli bir noktayı işaret etmek istemiş olabilir. Ancak karşı oy görüşünde de bu ayırım açıkça yapılmamıştır. Zira karşı oy görüşünde takdiri indirim nedeninin olumlu veya olumsuz şekilde icrasının yerindeliğine dair görüşler açıklanmıştır. Oysa tartışma konusu olan husus takdiri indirim nedenlerinin talep olmasa dahi resen değerlendirilmesi hususudur.

CMK m. 230/1-c hükmü de bu görüşümüzü destekler niteliktedir:

“Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar

Madde 230 – (1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

...

c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın

belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.”

Kanun maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere; ileri sürülen istemler **de**⁵¹ dikkate alınarak, TCK m. 62’de de belirlenen esaslara göre cezanın belirlenmesi ve bunun gerekçede yer alması kanuni bir gerekliliktir.

Bahsetmiş olduğumuz tartışmanın çözülmesi adına TCK m. 61/5 hükmünün lafzının daha açık bir şekilde düzenlenmesi düşünülebilir. Bizce mevcut hali yeterince açık olsa da kanun hükmünün “Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla [...] ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri **göz önünde bulundurulur**” sonuç ceza belirlenir.” şeklinde revize edilmesi tartışmayı sonlandıracak bir çözüm yolu önerisidir. Veyahut daha açık bir şekilde “Takdiri indirim nedenleri resen dikkate alınır.” şeklinde bir cümlenin kanuna eklenmesi de yeterli olacaktır.

Yine bir cezanın bireyselleştirilmesi aracı olan kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi müessesesi yönünden resen dikkate alınma mevzuu tartışılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş bir karardaki ifadeler de benimsediğimiz görüşü destekler niteliktedir:

*“Suluya ızdırap vermek amacını güden yaptırımların, toplumsal çıkarlarla bağdaşmayacağı anlaşıldığından bu yaptırımlar sistemi yerini suçlunun ıslahı ile birlikte toplumun da korunmasını öngören karma nitelikteki yaptırımlara bırakmıştır. Suçlunun kişiliğine uygun önlemlerin uygulanması bazen ceza kavramının yanında yer almış, bazen de ceza kavramının yerini almıştır. Bu nedenle yaptırım belirlenirken suçlunun kişiliği, sair halleri, suçun işlenilmesindeki özellikler nazara alınmalı, madde yer alan özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına **çevrilmesi konusunda bir istek olmasa da** yaptırımların kişiselleştirilmesi zorunluluğu karşısında bu husus üzerine durulmalıdır...”*⁵²

⁵¹ Burada kullanılan “de” bağlacı bizce şu anlama gelir: hâkim zaten 61 ve 62. maddelerde belirtilen sıra ve esaslara göre cezayı belirleyecektir, bunun yanı sıra ileri sürülen istemler de dikkate alınır.

⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2000/2-136, K.2000/146, 27/06/2000. Kararı aktaran: Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 87-88.

2.2. TCK m. 62'nin Tatbiki Bakımından Ceza Hâkiminin Takdir Yetkisi ve Ölçütleri

Çalışmamızın birinci bölümünde bulunan “Cezanın Bireyselleştirilmesi” başlığı altında cezanın bireyselleştirilmesi ile hâkimin takdir yetkisi arasındaki yakın ilişkiden bahsetmiştik. Esasında takdir yetkisi kavramı hukukun çeşitli alanlarında gündeme gelen bir konudur. Hatta öyle ki takdir yetkisi sadece hâkimlere özgü bir yetki de değildir. Örneğin idareye bazı hallerde tasarrufun sebebi, konusu, zamanı veya mekanını belirleme noktasında çeşitli ihtimallerden birini seçebilme özgürlüğü tanınmıştır.⁵³ Çalışmamızın konusu ceza hukuku alanına ait olduğundan, özel hukukta hâkimin takdir yetkisi ve idari takdir yetkisi ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmayacaktır. Bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin uygulayıcısı hâkim veya mahkeme olduğundan cumhuriyet savcısının takdir yetkisi de çalışmamızda inceleme konusu yapılmayacaktır.

Takdir yetkisi bir “yetki” olmanın yanında, yetkili makam tarafından kullanılabilen bir “hak” ve aynı zamanda kullanılması zorunlu tutulabilecek durumlarda bir “görev”dir.⁵⁴ Takdir hakkı (yetkisi) Türk Hukuk Lûgat’ında uzunca ve fakat oldukça yerinde ve kapsayıcı bir şekilde tanımlandığından bu tanıma değinmekte fayda görüyoruz:

“TAKDİR HAKKI- Kanunların; hayatın bütün hâdiselerini teferruatiyle ihata edememeleri yüzünden bazı müşahhas hallerin icap’larını daha iyi ölçmeğe imkân bırakmak üzere, bazı ahvalde sadece ana hatları göstermek ve muayyen sınırlar koymak, yahut hakkaniyet ve dürüstlük kaideleri gibi umumi adalet ve ahlâk ölçüleri vermek suretleriyle hüküm ve kararlarında kanunların hakimlere verdiği serbestiye denir.

Hukuk ve ceza usullerine şâmil olmak üzere:

Tahkikatın başlamasından karar veya hüküm ile bitmesine kadar yapılan muamelelerin her safhasında maslahatın hal ve icabına göre ittihaz ve icrasını kanunun kendisine bırakmış olduğu yerlerde hâkimin alacağı tedbirlere, vereceği kararlara saik olan fikrî intibalara ve vicdani kanaatlere dayanmak hakkıdır. Bilhassa delillerin ikamesinde ve ikame olunan delillerin iddia ve müdafaaıyı teyide olan kifayet mertebesini tâyinde çok önemlidir.

⁵³ Ahmet Talha Tetik, “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, No: 2, 2017, s. 257.

⁵⁴ Yaşar Şahin Anıl, **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s. 24.

Cezada bunlara munzam olmak üzere: Sabit görülen bir suçun cezasını tâyininde o suçun bir yandan, işlenmesine sebeb olan hallerin fail üzerinde yaptığı tesirlerin şiddeti, öte yandan suçla meydana gelen neticenin âmmeye vicdanı ve izarî, adap ve ahlâkı, emniyet ve asayîşi üzerinde yaptığı tesirlerin fenalığı ve tehlikesi derecelerine göre cezayı azaltıp çoğaltmak ve her iki surette azaltıp çoğaltma miktarını tâyin etmek hususunda takdir hakkı en ehemmiyetli bir yer alır.
*Bu hakka dayanan vicdani takdirler, hukuk ve cezada mucip sebeplere iktiran etmek ve bu sebepler tahkikat sonuçlarına veya kanuna aykırı olmamak şartıyla taarruzdan masumdur.*⁵⁵

Ceza hâkiminin takdir yetkisi yargılamanın çeşitli aşamalarında ve çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Cezanın tür ve miktarının belirlenmesi, güvenlik tedbirlerinin tatbiki, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, hapis cezasının ertelenmesi, failin ekonomik durumuna göre adli para cezasının miktarının ve ödeme koşullarının belirlenmesi, takdiri indirim nedenlerinin tatbiki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, koruma tedbirlerine hükmedilmesi, yargılama esnasında duruşma düzeni ve disiplinin sağlanması, yargılama neticesinde verilecek hükmün niteliği, delillerin değerlendirilmesi gibi hususlarda ceza hâkimine takdir yetkisi tanınmıştır.

Hâkime takdir yetkisinin tanınması bir ihtiyaçla ilişkilendirilir. Genel ve soyut nitelikteki kanunların zamanın gereklerine, yeni durumlara, sınırsız ihtimaller silsilelerine uyarlanabilmesi hâkime takdir hakkı tanınmasıyla mümkün olur.⁵⁶ Bilhassa ceza hukuku alanının konusunu oluşturan olayların gerçekleşme biçiminin ve taraflarının biricik oluşu, takdir yetkisini ceza hukuku bakımından daha da ehemmiyetli ve tatbiki karmaşık bir konuma getirir. Ancak takdir yetkisinin varlığı, bu yetkinin sınırsız olduğu, denetime kapalı olduğu veya keyfi bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmez.

Çalışmamızın bu kısmında hâkimin genel takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaksa da bu hususun ayrıca bir çalışma konusu olduğunu vurgulamak isteriz. Bu nedenle genel takdir yetkisine ve sınırlarına dair ilkelerden

⁵⁵ **Türk Hukuk Lûgati**, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 318.

⁵⁶ Seyfullah Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, No: 1-4, 1973, s. 170.

bahsettikten sonra bilhassa takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında ne gibi durumların öne çıktığı ele alınacaktır.

Takdir yetkisinin sınırlarını incelemeden önce takdir yetkisinin çeşitli kurumlardan farklarını veya benzerliklerini vurgulamakta fayda vardır.

Takdir yetkisi -medeni hukuk alanı göz önünde bulundurulduğunda- nitelik olarak “hâkimin hukuk yaratması” halini kapsar ancak bundan ibaret değildir. TMK m.1/2⁵⁷’de düzenlenen hâkimin hukuk yaratması hâlinde hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek ilgili uyuşmazlığa özgü bir kural meydana getirir.⁵⁸ Ancak bu kuralın meydana gelmesi; bir düşünme ve muhakeme etme süreci sonucunda kuralın oluşumunun “takdir edilmesi” suretiyle olur.⁵⁹ Bu nedenle hâkimin hukuk yaratması halinin takdir yetkisinin kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Ancak ceza hukuku gibi katı kanunilik ilkesinin benimsendiği bir alanda hâkime hukuk yaratma yetkisi tanınmamıştır.⁶⁰ Sonuç olarak “hâkimin hukuk yaratması” takdir yetkisinin kullanımıyla olur ancak her takdir yetkisinin kullanım biçimi hâkimin hukuk yaratması anlamına gelmez.

“Yorum, kanunun gerçek anlam ve kapsamını tespit etme faaliyetidir.”⁶¹ Takdir yetkisi ise kanun tarafından ilgisine tanınan ve özgü bir hareket alanı sağlayan serbestidir. Hâkimler takdir yetkisini kullanırken dilbilgisel yorum, lafzi yorum, tarihi yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum, mantıkî yorum⁶² gibi yorum metotlarından yararlanır.

⁵⁷ **TMK m. 1/2-** “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”

⁵⁸ Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, s. 173.

⁵⁹ Anıl, **Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 49.

⁶⁰ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 45; Anıl, **Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 51.

⁶¹ Kemal Gözler, **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, 13. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 126.

⁶² Gözler, **a.e.**

2.2.1. Hâkimin Takdir Yetkisinin Sınırları

Hâkimin takdir yetkisine sahip oluşu, bu yetkinin sınırsız olduğu anlamına gelmez. Takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı Anayasa m.138/1’de gösterilmiştir:

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 765. s. TCK’da takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde hâkimin takdir yetkisi ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda takdir yetkisinin sınırlarını şu şekilde belirlemiştir:

“TCK.nun 59. maddesi mahkemenin takdirine bağlı hususlardan olmakla beraber, bu takdir hakkının kullanılmaması nedeniyle gösterilen gerekçenin makul ve makbul olması, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, yasanın amacına aykırı düşmeyecek ve vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması, hak ve nesafet kurallarına uygun olması gerekmektedir.”⁶³

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da hâkimin takdir yetkisine dair mühim tespitler yapılmıştır.⁶⁴

“Takdir yetkisi, hâkimin kanundaki bir hükmü somut olaya uygularken sahip olduğu serbestiyi ifade eder. Zira kanunda, hâkimin önüne gelen olayla ilgili bir hüküm bulunmakla birlikte bu hükümde genel ve ana hatları ile bir çözüm öngörülmüş, bunun somut olaya uydurulması hâkime bırakılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, kanun hâkime takdir yetkisi tanıdığını hükmün içeriğinde açıkça belirtebileceği gibi, hükümde kullanılan bazı ifadelerden de hâkimin takdir yetkisi bulunduğu anlaşılabılır.

Hâkim, kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı yerlerde bu yetkiyi kendi keyfine ve eğilimine göre kullanamaz. Hukukun takdir yetkisine dayanılarak uygulanması da objektif esaslara ve kanunun amacına uygun olmalıdır. Yani hâkim bu yetkisini kullanırken subjektif ve keyfî şekilde davranamaz; kişisel sempati, antipati duyguları ve eğilimlerine dayanan kararlar veremez. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, kanunu, önündeki somut olaya en uygun gelecek şekilde uygulamak durumundadır.”⁶⁵

Bu doğrultuda hâkimin takdir yetkisinin sınırları aşağıda belirlemiş olduğumuz başlıklar altında incelenmiştir.

⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1990/1-172, K.1990/224, 15/10/1990.

⁶⁴ Her ne kadar kararda medeni hukuk özelinde bir değerlendirme yapılmış olsa da kararda bahsedilen ilkeler ceza hukuku bağlamında da önem arz etmektedir.

⁶⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E.2017/3, K.2018/3, 13/04/2018.

2.2.1.1. Takdir Yetkisinin Kanunla Tanınmış Olması

Cezanın gerek fail gerekse de toplum açısından etkili ve işlevsel olabilmesi için, kanuni nedenler haricinde hâkime takdir yetkisinin tanınmış olması gerekir.⁶⁶ Takdir yetkisinin ilk ve doğal sınırı, bu yetkinin kanunla tanınmış olması gerekliliğidir.⁶⁷ Takdiri indirim nedenleri müessesesi bakımından ise bu yetki TCK m. 62’de ceza hâkimine tanınmıştır. Şüphesiz; dayanağını yasadan almayan ve uygulanışı yasaya aykırı olan bir takdir yetkisinden söz edilemez.⁶⁸ Kanunun düzenleniş biçimi veya böyle bir takdir yetkisinin tanınmış olması hâkimin hukuk anlayışına uymasa dahi hâkimin yazılı hukuku uygulaması gerekir.⁶⁹ Zira Montaigne’in de belirttiği gibi “Yasalara, yasa oldukları için saygı gösterilir, doğru oldukları için değil.”^{70,71}

Burada içtihadı birleştirme kararlarıyla ilgili olarak bir şerh düşmekte fayda vardır. Bilindiği üzere Yargıtay Kanunu m. 45/5⁷²’e göre içtihadı birleştirme kararları bağlayıcıdır. Ancak hem eski tarihli hem de yeni tarihli içtihadı birleştirme

⁶⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 980.

⁶⁷ Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, s. 181; Anıl, **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 82.

⁶⁸ Anıl, **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 82; Davut Bülbül, “Hakimin Takdir Yetkisi”, Antalya, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 29.

⁶⁹ Sami Selçuk, “Yargıcın Nesnel Mantıkla Davranma İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, No: Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, 2001, s. 656.

⁷⁰ Montaigne, **Essais**, France Loisirs, Paris, 1967, s.663. Aktaran: Selçuk, **a.e.**

⁷¹ Hâkimlerin kendilerine tanınmış takdir yetkisine bakış açıları ve mevzuat tarafından sınırlandırılıyor olmaları konusundaki görüşlerine ulaşmak pek mümkün değildir. Zira yargı kültürümüzde hâkim ve savcıların kendi mesleki çevreleri içinde meslek hayatlarını sürdürdüğü, yargı mensuplarının teamüllerinin ve “yazılı olmayan kurallarının” akademik çalışmalara pek yansımadağı bir gerçektir. Bu doğrultuda DEDE tarafından yapılmış olan “Toplumsal Faktörlerin Hâkimlerin Kararları Üzerindeki Etkisi” ve TUĞAN tarafından yapılmış olan “Emekli Hâkimlerin Bakış Açısıyla Türkiye’de Yargı Etiği” adlı çalışmalar incelenmeye değerdir. Konumuz bağlamında hâkimlerin takdir yetkisinin sınırının yasayla belirlendiğini vurgulamıştık. DEDE tarafından yapılan çalışmada 19 hâkimle görüşme yapılmış, bu hâkimlerden ikisi hariç geri kalanının “daha ideal bir karar vermek mümkünken yasal çerçeve nedeniyle daha kötü bir karar vermek durumunda kaldıklarını” ifade ettikleri vurgulanmıştır. Savaş Dede, “Toplumsal Faktörlerin Hâkimlerin Kararları Üzerindeki Etkisi”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 98; Esra Nur Tuğan, “Emekli Hâkimlerin Bakış Açısıyla Türkiye’de Yargı Etiği”, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.

⁷² **Yargıtay Kanunu m. 45/5-** “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.”

kararlarında hâkimin takdir yetkisi ve görevine dair konularda içtihadı birleştirme kararı verilmesine imkan ve gerek olmadığı ifade edilmiştir.⁷³

Somut cezanın belirlenmesinde hâkime bu nitelikte bir takdir yetkisinin tanınması bazı eleştirilere de neden olmuştur.

Akıl ve mantık işi olan adalet dağıtımının, takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbikinde bir kalp ve merhamet işine döndüğü, bunun da toplumun ceza adaletine olan güvenini sarstığı şeklinde eleştiriler yapılmıştır.⁷⁴ Paralel yönde bir eleştiri; 1911 yılında Meclis-i Mebusan'da yapılan kanun görüşmelerinde dahi dile getirilmiştir. Artin Boşgezenyan Efendi; zaten hâkimlerin uygulamada hep alt sınırdan ceza verdiğini, hâkimlerde rikkat-i kalp⁷⁵ olduğu ve rikkat-i kalbin de metanetten ziyade olduğunu ifade ederek kanun değişikliğinin yapılmaması gerektiğini savunmuştur.⁷⁶ Bu eleştiriye cevap olarak; nasıl ki toplumun kanuni indirim

⁷³ “Hususi dairece eski içtihattan rücu sadedinde bir temayül hasıl olduğu cihetle ihtilaf tahaddüs edeceği bildirilen kararların mevzuu falcılık ise de hadiseler ayrı ve hükümlerin istinat ettiği mucip sebepler başka olmasına ve bir nevi suça taalluk eden hadiselerde hakimın kanaatini te'min ve hükme esas teşkil edecek suverî sübutiyenin bir kaide tahtında nev'i ve mahiyetini tayin imkan haricinde olmakla **takdirî meselelerde içtihadın tevhidî mevzuubahis olamayacağına ve hususi dairesinin tasdik kararı Ceza Umum Heyetince hadisede suç mahiyet ve unsurları gayri mevcut ve maznunun falcılık yaptığını tesbit eden kat'i delillerin mefkud olmasından naşi kaldırılıp hükmün bozulduğu bittetikik anlaşılmasına mebni müzekkerede yazılı kararlardan dolayı **icthadın tevhidine imkan ve mahal olmadığına karar verildi.****” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E.1938/6, K.1938/4, 18/05/1938. Anıl, **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 31.

“Yukarıda anlatılanlar ışığında yapılan değerlendirme sonucunda; feshin geçersizliği ve işe iade kararına rağmen süresinde başvurduğu hâlde işverence işe başlatılmayan işçi lehine hüküm altına alınacak en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatının miktarını hâkimin, Kanunun 21'inci maddesinin gerekçesinde yer alan ”iş sözleşmesinin sonra erdirilmesi” ve “işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri”ni dikkate alarak, **her somut olayın özelliğine göre takdir etmesi gerektiği dikkate alındığında, bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararı verilerek bu yetkinin sınırlandırılması mümkün olmadığından içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı ve ön sorun bulunduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.**” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E.2017/3, K.2018/3, 13/04/2018.

⁷⁴ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 398; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 980.

⁷⁵ Yumuşak kalplilik veya yufka yüreklilik olarak çevrilebilir.

⁷⁶ “ARTIN BOŞGEZENYAN EFENDİ- Şimdi, hem Ceza Kanunundaki cezaların derecesini nazar-i itibara almalı, hem de hâkimlerin ahvalini nazar-ı itibara almalı. Bizim hâkimlerde rikkat-i kalp var, başka bir şey söylemeyeyim. Rikkat-i kalp metanetten ziyadedir. Siz bir kere kabil olsa da şu hükümlerin istatistiğini baştan aşağıya yoklasanız; orada hiç hadd-ı azamisi hükmolunmuş bir cezaya rasgelmezsiniz. Hepsi, hadd-ı asgari olarak ve pek nadir olarak da az ziyadece hükmedilmiştir. Bunu ben hâkimlerin rikkat-i kalbine veriyorum.” Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 4, İçtima Senesi: Altmışyedinci İnikad, 15 Mart 1327 (1911), s. 417.

nedenlerinin tatbiki hâlinde adalete güveni sarsılmıyorsa, takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbiki hâlinde de bu güvenin sarsılmayacağı ileri sürülmüştür.⁷⁷

Diğer bir eleştiride ise; hâkime böyle bir takdir yetki verilmesiyle, hâkimin adeta kanun koyucunun yerine geçtiği ve onun görevine müdahale ettirildiği ifade edilmektedir.⁷⁸ Bu eleştiriye, hâkimin aslında takdiri indirim müessesesini tatbik etmekle kanuni bir boşluğu doldurmadığı⁷⁹, kaldı ki bütün ihtimallerin önceden görülüp sayılarak kanunda sayılmasının mümkün olmadığı şeklinde cevap verilmiştir.

Takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbiki, kısa süreli cezalara yol açtığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.⁸⁰ Ancak bu itirazın müessesenin kendisine değil, kullanılış şekline yönelik bir itiraz olduğu da ayrıca ifade edilmiştir.

2.2.1.2. Takdir Yetkisinin Kullanımının Kanunla Öngörülen Sınırlara Uygun Olması

Takdir yetkisinin kanunla tanınmasının yanında, ayrıca kanuna uygun olarak kullanılması gerekir. Bu bağlamda kanuni bir sınır olarak ilk göze çarpan husus TCK m. 62’de sayılan ölçütlerdir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere; takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbiki bakımından MTCK döneminde “Yumuşak Serbest Sistem”in, YTCK döneminde 62. maddenin ilk hali bakımından “Katı Serbest Sistem”in benimsendiği söylenebilecektir.⁸¹ Ancak 7406 sayılı kanunun kabulünden sonra kanun koyucu tarafından “Sınırlı Sistem”in öngörüldüğünün kabulü gerekir. Bu

⁷⁷ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 398.

⁷⁸ Dönmezer, Erman, **a.e.**; Yavuz Can, “Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden T.C.K.’nın 59’uncu Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtayın Müdahalesi”, **Adalet Dergisi**, C. 65, No: 6, 1974, s. 453; Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, s. 629; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 981.

⁷⁹ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 399; Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, s. 629; Can, “Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden T.C.K.’nın 59’uncu Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtayın Müdahalesi”, s. 453; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 981.

⁸⁰ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 367-368; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 399; Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, s. 629.

⁸¹ TCK m. 62’nin değiştirilmeden önceki hâlinde hâkimin takdir yetkisinin bağlı takdir yetkisi olduğu yönünde Bkz.: Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 157; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 102; Alahattin Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, Samsun, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 51.

nedenle; 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlarda takdiri indirim nedenlerinin sınırsız sayıda, 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlarda takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda olduğunu ifade etmek gerekir.

7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası kanunda dört ayrı ölçütün sayıldığı görülmektedir. Bunlar failin; geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileridir. Kanunda sayılan ölçütlerin haricinde bir nedenin, TCK m. 62'nin tatbikinde göz önünde bulundurulması, takdir yetkisinin sınırlarının aşılması anlamına gelecektir.

TCK m. 62'nin tatbikinde “takdir yetkisinin aşkın kullanımı”⁸², kanunda sayılan diğer “kanuni indirim nedenlerinin” dikkate alınması şeklinde gerçekleşebilir. Takdiri indirim sebeplerinin, kanuni indirim sebeplerinden farklı olduğu hususu; MTCK m. 59'da “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak fail lehine cezayı hafifletecek*” açıkça düzenlenmişti. Ancak YTCK m. 62'de ayrıca böyle bir ibareye yer verilmemiştir. Ancak bu durum; takdiri indirim nedenleri ile kanuni indirim nedenlerinin farklı müesseseler olduğu gerçeğini değiştirmez.⁸³ Kanundaki açıkça düzenlemeye rağmen MTCK döneminde kanuni indirim nedenleriyle, takdiri indirim nedenlerinin zaman zaman birbirine karıştırıldığı görülmüştür. Bu karışıklık eski tarihli Yargıtay içtihatlarında da görülmektedir.⁸⁴

Kanaatimizce; MTCK döneminde takdiri indirim nedenlerinin örnekleme yoluyla dahi sayılmamış olması ve haksız tahriki oluşturacak fiilin de sınırsız ihtimalle gerçekleşebilecek olması nedeniyle, haksız tahrik ile takdiri indirim nedenleri müessesesi sık sık karıştırılmıştır.⁸⁵

⁸² Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, s. 192.

⁸³ Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 116.

⁸⁴ “Mağdurun hayvanının sanığın tarlasına girerek zarar yapması sonucu dövme suçu işlenmesi halinde TCK. 51. yerine 59. maddesinin uygulanmasında yolsuzluk bulunmadığına ve takdire taalluk ettiğine oy çokluğuyla” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1946/191, K.1946/175, 14/10/1946. Kararı aktaran: Gökhan Yaşar Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 229-230.

⁸⁵ İsmail Hakkı Ayık, “Tahrik”, **Adalet Dergisi**, No: 1, 1952, s. 104.

TCK m. 62'nin tatbikinde yetki aşımına; TCK m. 61'de sayılan ölçütlerin takdiri ceza indirimi uygulama veya uygulamama gerekçesi olarak ikinci kez dikkate alınması örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde suçun ağırlığı veya nitelikli hâlin varlığı da TCK m. 62'nin tatbikinde göz önünde bulundurulursa yetki aşımı gerçekleşecektir. Bu ve benzeri hususların ayrıntılı olarak incelenmesi çalışmamızın üçüncü bölümünde yapılmıştır. Tekrara düşmemek adına; ilgili bölümde belirttiğimiz tüm tatbik biçimlerinin ve tatbika dair kuralların/ilkelerin TCK m. 62'nin hayata geçirilmesinde “takdir yetkisinin sınırı”nı oluşturduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

2.2.1.3. Takdir Yetkisinin Kullanımının Kanunun Amacına Uygun Olması

Takdir yetkisinin kullanımı, pek tabii kanunun amacına uygun olmalıdır. Çalışmamızın konusu bağlamında ise; kanunun amacı ile cezanın amacı arasında organik bir ilişki vardır. “Cezanın belirlenmesinde gözetilecek temel ilke cezanın amacının gerçekleştirilmesidir.”⁸⁶ Takdiri indirim nedenleri müessesesi de sonuç cezanın belirlenmesinin son aşaması olduğuna göre, cezanın amacının gerçekleştirilmesine hizmet edecektir. Cezanın amacının gerçekleştirilmesi bakımından takdiri indirim nedenleri müessesesini çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelemiştik.⁸⁷ İlgili başlıkta ulaşılmış olduğumuz sonuçlar, aynı zamanda TCK m. 62'nin tatbikinde hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını oluşturacaktır.

İlgili bölümde de tespit etmiş olduğumuz üzere; takdiri indirim nedenleri müessesesi, mevcut hukuki niteliği ile bir bireyselleştirme aracı olarak “müstahak” olan cezayı belirlemede bir vasıtaadır. Bu yönüyle TCK m. 62 hükmü, mutlak adalet teorilerinin hayata geçirilmesinde bir araç olarak kullanılabilir. Diğer yandan faydacı ceza teorilerinden; özel önleme teorisi ve takdiri indirim nedenleri müessesesinin uyduğunu ifade etmiştik. Bilhassa; suçun ikrarı, mağdurun zararının giderilmesi, failin topluma yeniden kazandırılması, suç ortaklarının yakalanması gibi

⁸⁶ Üzülmaz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 204.

⁸⁷ Bkz.: “1.3.5. Cezanın Amacının Gerçekleştirilmesi Bakımından Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi”.

pratik yönleriyle takdiri indirim nedenleri müessesesi -tıpkı faydacı teoriler gibi- geleceğe yönelik amaçlara içkindir.

Cezanın amacına ilişkin farklı amaçların, aynı müesseseyle ilişkilendirilmesi ilk başta göze çelişkili gelebilir.⁸⁸ Ancak; takdir yetkisinin varlık sebebi ve somut olay adaletinin sağlanması ihtiyacı, TCK m. 62'nin farklı amaçlara matuf olmasını kendi içinde tutarlı kılar. Bu nedenle sözünü ettiğimiz çelişki, bir yandan cezanın belirlenmesi aşamasındaki farklı ihtiyaçların karşılanmasını sağlar. Aynı dosyada, daha önce defalarca suç işlemiş birinin sabıkasının aleyhe, ilk defa suç işlemiş birinin sabıkasız oluşunun lehe değerlendirilmesi, bir nevi bu çelişkinin gerçek hayata yansması ve cezanın amaçlarının somutlaşmasıdır.

2.2.1.4. Takdir Yetkisinin Gerekçeli Biçimde Kullanılması

Takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbiki yönünden kararların gerekçeli olması hususu “Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.” denilerek TCK m. 62/2’de de özellikle vurgulanmıştır. Kanun hükmünde bulunan “gerekçeleriyle” ibaresi 7406 sayılı kanunla madde metnine eklenmiştir. Kanaatimizce malumun ilanı olan bu özel vurgunun sebebi; takdiri indirim nedenlerinin mahkeme kararlarında sadece “takdiren ve teşdiden” gibi ifadelerle tatbik edilmesidir.⁸⁹ Esasında bu değişiklik, cezanın belirlenmesi açısından somut bir fark oluşturmayacaktır.⁹⁰ Zira hâkim ve mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu hem Anayasa’da hem de CMK’da açıkça ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu değişikliğin yapılmasıyla hem yargı mensuplarına gerekçe konusunda bir “uyarı” yapılmış hem de takdiri indirim nedenlerinin tatbikine dair kamuoyu baskısı azaltılmaya çalışılmıştır. Kanun maddesinin lafzındaki “takdiri indirim nedenlerinin gerekçeleriyle gösterilmesi”

⁸⁸ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 112.

⁸⁹ CMK’da benzer bir vurguya tutuklama tedbiri yönünden yer verilmiştir. **CMK m. 110/1-** “Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir. **Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.**”

⁹⁰ 7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi madde hükmünün de “kararın gerekçeli olması gerekliliğini” vurguladığı ifade edilmektedir. Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 834.

hususunun sadece indirim uygulanan haller olarak değil, her türlü tatbik olarak anlaşılması gerekmektedir.

Kanaatimizce hâkimin kararında gerekçe göstermesi hususu, TCK m. 62 bağlamında özel bir öneme sahiptir. Zira kanun koyucu tarafından öngörülen soyut cezanın somut cezaya evrilmesinin son aşaması, TCK m. 62'nin tatbikidir. Kanunda sayılan ölçütler incelendiğinde; bu ölçütlerin oldukça genel, soyut ve kapsayıcı ifadeler oldukları görülmektedir. Bir cezanın bireyselleştirilmesi aracı olan takdiri indirim nedenleri müessesesinin hukuki niteliği olan “bireyselleştirmenin” hayata geçirilmesi; ancak hâkimin gözlemi ve çeşitli araçlarla failin kişiliğini incelemesiyle olur. Bu durumun dış dünyaya yansıyan yönü ise kararın gerekçesidir. Müessesenin soyut ve kapsayıcı niteliği, aynı zamanda müessesenin kötü niyetli şekilde kullanılmasını da kolaylaştırabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, cezanın belirlenmesi sırasında TCK m. 62 yönünden bir değerlendirme yapılmayarak herhangi bir gerekçeye yer verilmemesini usule ve hukuka aykırı bulmuştur:

“Cezanın belirlenmesi sırasında 62. maddenin değerlendirilip değerlendirilmediği yönünde bir açıklamaya yer verilmeyerek, hükmün bu yönüyle gerekçesiz bırakılması usule ve hukuka aykırıdır.”⁹¹

Yargıtay'ın çeşitli ceza daireleri, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin gerekçesinin olaya özgülenmiş şekilde kurulması gerektiğini ifade etmektedir:

*“TCK'nın 62 nci maddesinin uygulanması bakımından takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın faillerinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önüne alınarak dosya kapsamına ve hakkaniyete uygun, **olaya özgülenmiş ilgili ve yeterli gerekçeye** istinaden bir indirim oranının takdir ve tespit edilmesi gerekirken, **olgusal temele dayanmayan, yetersiz ve dosya kapsamı ile de uyumlayan gerekçe** ile TCK'nın 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,”⁹²*

⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2010/11-205, K.2010/258, 14/12/2010.

⁹² Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2023/6522, K.2023/4757, 04/07/2023. Aynı yönde Bkz.: “sanık hakkında 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına **somutlaştırılarak değerlendirilmesi zorunlu iken** bu konuda anılan şekilde bir tartışmada bulunulmayıp, “Sanığın soruşturma aşamasında ve yargılama aşamasında pişmanlık göstermediği, suçu inkâr ettiği, fiilden sonraki davranışlarının lehine takdiri indirim uygulanmasını gerektirmediği, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri” şeklinde kanun koyucunun aradığı anlamda kanuni olmayan yetersiz gerekçeyle söz konusu maddenin tatbikine yer olmadığına karar verilmesi hususu hukuka aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2023/3289, K.2023/2941, 09/05/2023.

Gerekçeye dair genel açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere Yargıtay, kanun hükümlerinin tekrarını veya genel geçer ifadelerin basmakalıp bir şekilde tekrar edilmesini yetersiz gerekçe olarak nitelendirmektedir:

*“Ancak, takdiri indirim nedeni olarak failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği gözetilmeden adli sicil kaydı bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında **kanunda öngörülen soyut kavramların tekrarı ile yetinilerek somut olgulara dayandırılmadan ve dosyaya özgü olmayan yetersiz gerekçe ile 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin uygulanmaması hukuka aykırıdır.**”⁹³*

Ancak bazı durumlarda; takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasının dosya içeriği ile uyumlu olması hâlinde bu durum bozma nedeni yapılmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir dosyada -Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçeleriyle uyumlu olarak- daha önceden birden çok hükümlülüğü bulunan, cezası seçenek yaptırımlara çevrilmeyen, hakkında cezanın ertelenmesi kararı verilmeyen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan faydalandırılmayan fail yönünden takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını dosya içeriğine uygun bulmuştur.⁹⁴

⁹³ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/16264, K.2023/3778, 01/06/2023. Ancak -ilgili dosyanın karara yansıtılmayan içeriğinden olsa gerek- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kanuni ifadelerin tekrarını yeterli gerekçe olarak kabul ettiği de vakidir. “*takdiri indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında olduğu, Mahkemece “Sanık yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin mevcut olmadığı ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkisi, sanığın fiilden önceki ve sonraki davranışları dikkate alınarak taktiren hakkında 5237 sayılı TCK’nin 62. Maddesi gereğince cezasının indirilmesine yer olmadığına,” şeklindeki yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2022/3937, K.2023/3968, 07/06/2023.

⁹⁴ “[YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI ŞU GEREKÇELERLE İTİRAZ YASA YOLUNA BAŞVURMUŞTUR:] Mahkeme, ‘sanık hakkında başkaca artırım ve indirim yer olmadığına’ karar vermiştir. Ayrıca, sanığın kişilik özellikleri, yargılama sürecinde pişmanlık gösteren halinin olmaması, sabıkalı sanığın suç işleme eğilimi aleyhine değerlendirilerek hakkında **5237 sayılı TCY’nin 50 ve 51 ve 5271 sayılı CYY’nin 231. maddelerinin de uygulanmamasına karar verilmiş ve mahkemenin bu takdirinde Yüksek Dairece herhangi bir isabetsizlik bulunmamıştır.** [...]”

Dosya içinde mevcut adli sicil kaydına göre sanığın, yaralama, görevliye direnme, sahtecilik, dolandırıcılık ve hakaret suçlarından mahkûmiyetlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Kişiliğin göstergesi olan anılan sabıkalar dikkate alındığında, ayrıca sanığın kişilik özellikleri, yargılama sürecinde pişmanlık gösteren halinin olmaması, sabıkalı sanığın suç işleme eğilimine ilişkin mahkemece yapılan tespitler birlikte değerlendirildiğinde, mahkemenin ‘sanık hakkında başkaca artırım ve indirim yer olmadığına’ dair dosya içeriğine uygun takdirine dayalı kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. [...]

[CEZA GENEL KURUL KARARI] Sabıka kaydında birden fazla geçmiş hükümlülüğü bulunan, yargılama sürecinde de pişmanlık gösterdiğine ilişkin herhangi bir söylem veya eylemi dosya içeriğine

Takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde gerekçe gösterilmesine gerek olmadığı yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre; takdiri indirim nedenlerinin tarifi mümkün değildir, hâkim olayın tamamından edindiği intibaya göre karar verir.⁹⁵ Takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde gerekçe göstermek imkansız olduğundan, her olayda aynı gerekçeler tekrar edilecek ve gerekçeden beklenen fayda sağlanamayacaktır.⁹⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda, bir daire üyesi, bahsettiğimiz görüş yönünde karşı oy kullanmıştır:

“Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Yasada takdiri tahfif sebeplerin tek tek sayılmamış olması ve esasen bunların önceden belirlenip sayılmasının imkansızlığı karşısında, bir mahkemenin her suç’a ve her fail’e göre değişkenlik gösterebilecek olası namütenahi sayıdaki sebebi tek tek irdeleyerek takdiri tahfifi haklı kılabilcek şu sebep varit değildir, şu sebep de yoktur, şu ise hiç söz konusu değildir gibi sonu gelmez bir gerekçe gösterme sarmalına zorlanması düşünülemez. Bu nedenlerle mahkemelerin “hiçbir sebep bulunmadığından” veya “şartları oluşmadığından” yahut “haklı bir neden görülmediğinden” takdiri tahfif uygulanmamıştır şeklindeki gerekçeleri yasal ve yeterli sayılmalıdır.”⁹⁷

2.3. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Tarihi Gelişimi

Bu başlık altında Tanzimat sonrası Osmanlı ceza hukukunda ve Türk ceza hukukunda takdiri indirim nedenleri müessesesinin tarihi gelişimi incelenecektir.

2.3.1. Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri

Osmanlı devleti hukukun diğer alanlarında olduğu gibi ceza hukuku alanında da İslâm hukukunu uygulamıştır.⁹⁸ İslâm hukukuna göre ise ceza verme yetkisi devlet

yansımayan sanık hakkında, kendisini yargılama sürecinde bizzat gözlemleyen yerel mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmaması, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmemesi ve verilen cezanın ertelenmemesi yönünde gösterilen gerekçe dosya kapsamı ile uyumlu olduğu gibi, hüküm fıkrasında; “sanık hakkında taktiren başkaca artırım ve indirime yer olmadığına” şeklindeki takdiri indirimin uygulanmamasına ilişkin gerekçenin de denetime elverişli, yasal ve yeterli olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/4-253, K.2012/117, 27/03/2012.

⁹⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 403.

⁹⁶ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 223.

⁹⁷ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2006/7900, K.2007/7572, 12/11/2007.

⁹⁸ Mehmet Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 17. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, s. 199.

başkanına veya onun görevlendirdiği kişilere ait bir yetkidir.⁹⁹ Tanzimat sonrası Osmanlı ceza hukukunda; bir cezanın affı, tadili veya tahfifi yetkisi padişaha ait idi. Bu yetki 1858 tarihli Ceza Kânûnname-i Hümayûnu'nun 47. maddesinde ve 1876 tarihli Kânûn-i Esâs-i'nin 7. maddesinde düzenlenmekte idi. Ceza Kânûnname-i Hümayûnu'nun 47. maddesine göre:

“Madde 47- İdam cezasının küreğe ve kürek cezasının kal'a-bendliğe, ve müebbet kal'a-bendliğin nefy-i ebede ve müebbet kal'a-bendlik ile hapsin nefy-i muvakkate tebdili mutalaka irade-i mahsusa-i Padişahiye menuttur.

*Ve ber-vech-i muharrer irade-i seniye-i muhsusa olmadıkça ve Kânûnanâmede sarahat bulunmadıkça bir vechile bir cezanın afvı veyahut tedbil ve tahfifi caiz değildir.”*¹⁰⁰

Kânûn-i Esâs-i'nin 7. maddesine göre:

“Yedinci Madde- [...] mücazaat-ı kanûniyenin tahfifi veya affı [...] hukûk-ı mukaddes-i padişahî cümlesindendir.”

İkinci meşruiyet döneminde; 4 Haziran 1911 tarihli¹⁰¹ “28 Zilhicce 1274 tarihli Kanûn-ı Cezâ'nın bazı mevâddını muaddel kanûn”¹⁰² başlıklı kanun ile 47. maddeye ekleme yapılmış, bu eklemeye hâkime “tahfif-i ceza” konusunda yetki tanınmıştır.¹⁰³

“Bir cürümde tahfif-i cezayı mûcip esbâb-ı takdiriyye mevcut olduğu halde, idam cezası müebbet veya 15 seneden akal olmamak üzere muvakkat küreğe, müebbet

⁹⁹ Ahmet Gökçen, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 5.

¹⁰⁰ Ahmed Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku**, C. 1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s. 628.

¹⁰¹ Rumî takvimde 22 Mayıs 1327, Hicrî takvimde 6 Cemaziyülahır 1329 tarihlerine denk gelmektedir.

¹⁰² Mehmet Hakan Sağlam, **II. Tertip Düstûr Kılavuzu: Osmanlı Devlet Mevzuâtı (1908-1922)**, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2007, s. 52.

¹⁰³ GENÇER takdiri indirim nedenlerinin ceza kanunumuza girişinin 1858 tarihli Arazi Kanunname'sinde yapılan 4 Haziran 1911 tarihli değişikliklerle birlikte olduğunu ifade etmiştir. Muhsin Gençler, “Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri”, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 32. Ancak Arazi Kanunnamesi toprak hukukuna dair bir kanuni düzenlemedir. Sanıyoruz ki Ceza Kânûnname-i Hümayûnu'nun da 1858 tarihli olması hasebiyle bir karışıklık olmuş ve böyle bir ifade kullanılmıştır.

kürek, muvakkat kürek veya 5 seneden akal olmamak üzere muvakkat kalebentliğe (ve müebbet kalebentlik) cezası muvakkat kalebentliğe tahvil olunur.

Cürüm müebbet nefiy veya muvakkat kalebentlik veya hukuk-u medeniyyeden iskat ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezasını müstelzim olduğu takdirde, mücazat-ı mezkûre bir seneden akal olmamak üzere hapis cezasına tahvil edilir. (ve eğer kanun mücazat-ı terhibiyyeden¹⁰⁴ birinin yalnız hadd-ı azamı ile mahkumiyet cezasını tayin eylemiş ise, mezkur cezanın hadd-ı asgarisine kadar hükmedilebilir.) Cürüm ve cünha kabilinden olduğu takdirde mahkeme mücazat-ı tedibiyyenin hadd-ı asgarisine kadar indirebilir.”¹⁰⁵

Bu hükme göre bir cürümde cezayı hafifletmeyi gerektiren takdiri sebeplerin mevcut olması hâlinde; idam cezası, müebbet veya 15 seneden az olmamak üzere muvakkat (sürelî) kürek cezasına¹⁰⁶; müebbet kürek cezası, muvakkat kürek veya 5 seneden az olmamak üzere muvakkat kalebentliğe¹⁰⁷; müebbet kalebentlik cezası ise muvakkat kalebentliğe tahvil edilir/dönüştürülür.

İşlenen cürüm (suç); müebbet sürgün (nefiy) veya muvakkat kalebentlik veya medeni hakların düşürülmesi ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezasını¹⁰⁸ gerektirdiği takdirde, anılan ceza bir seneden az olmamak üzere hapis

¹⁰⁴ “Mücazat-ı terhibiye adı verilen cinayet cezaları, idam, müebbet veya muvakkat kürek, müebbet veya muvakkat kalebentlik, nefiy, müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet, hukuku medeniyyeden iskat cezalarını” ifade eder. Ahmet Çiçen, “II. Meşrutiyet Dönemi Cezaevi Islahatı”, Afyonkarahisar, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 21.

¹⁰⁵ Maddenin Latin alfabesiyle yazılmış versiyonu Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi’nden alınmıştır. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 4, İçtima Senesi: Altmışyedinci İnikad, 15 Mart 1327 (1911), s. 416-417. Osmanlı Türkçesi için Bkz: **Düstur**, 2. Tertip C. 3, Dersaâdet: Matbaa-i Osmaniye, 1330, s. 442.

¹⁰⁶ Muvakkat kürek cezaları alt ve üst sınırı belirlenmiş cezalar ve alt ve üst sınırı belirlenmemiş olup takdiri hâkime bırakılan cezalardır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Mehmet Özkan, “Tanzimat Sonrası Ceza Hukuku Düzenlemeleri”, **Balıkesir İlahiyat Dergisi**, No: 15, 2022, s. 261-262.

¹⁰⁷ Kalabentlik cezası suçlunun devletçe belirlenen bir kalede ömür boyunca (müebbet) veya belirli bir süre boyunca (muvakkat) hapis ve tevkif edilmesidir. Özkan, **a.g.e.**, s. 262.

¹⁰⁸ “Müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezası, suçlunun artık devlet memurluğunda bulunamaması, rütbe ve maaş alamaması, devlet memuru ise de rütbe ve memuriyetinin sona ererek maaşının kesilmesidir.” Özkan, **a.g.e.**, s. 263.

cezasına dönüştürülür/tahvil edilir. Cürüm ve cünha kabilinden olduğu takdirde mahkeme mücazat-ı tedibiyyenin¹⁰⁹ alt sınırına kadar indirebilir.

1858 tarihli Ceza Kânûnname-i Hümayûnu'nun ilk halinin 47. maddesinde düzenlenen ve padişaha verilen cezanın affı, tadili veya tahfifi yetkisine bugünkü anlamıyla bir takdiri indirim nedenleri müessesesi demek yerinde olmayacaktır. Zira bahsi geçen müessesede hükmedilmiş bir ceza üzerinden af veya tahfif yapılmaktadır. Bu durum 1911 tarihli değişiklik öncesi Meclis-i Ayan'da da tartışılmış ve dönemin Adliye Nâzırı Necmettin Molla Bey tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Af ile bu tahfif-i ceza muamelâtını yekdiğerine karıştırmaya mahal yoktur. Bir mücâzât-ı kanuniyyenin af ve tahfifi mahkemece muamelât-ı muktaziyye-i kanuniyyenin ifasından sonradır. Hattâ Yorgiyadis Efendi, o kadar yanılıyorlar ki, Kanunu Esasideki ibarede hukuk-u mukaddese-i Pâdişâhî zikrolunduğu zaman ne diyor? Mücâzât-ı kanuniyyenin hattâ eski kanunda olduğu gibi «mücâzât-ı mahkûme-i kanuniyyenin» tâbiri vardır ki, «mücâzât-ı mahkûmiyye-i kât'iiyyenin» af ve tahfifi diyor, yani hüküm kesb-i katiyyet edecek[kesinleşecek]. Çünkü hükümden evvel olursa ve affı umumiyeye dair olursa, o Mecâlis-i Umumiyeden geçerek irâde-i Pâdişâhîye iktiranı icap eder. Mecalisten geçmeyerek vüku bulan, af cezâ-yı mahkûmun affıdır, yani mahkemece o mahkûmiyet hükmedilecek, o hüküm mahkemeden tasdik ile iktisâb-ı kat'iiyyet edecek. O kat'iiyyetten sonra aff-ı Pâdişâhî istihsali mevzuübahs edilecektir. Ondan evvel mevzuübahs bile edilmez. Zira, aksi olursa, o vakit aff-ı umumî dairesine girer.”¹¹⁰

Meclis-i Âyan'da yürütülen tartışmalarda madde oylanmış, 3 reye karşı çoğunlukla kabul olunmuştur. Meclis-i Âyan üyesi Bohor Efendi maddenin esasını kabul etmekle birlikte; yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına yeni düzenlemeyle padişahın af ve tahfif yetkisinin kaldırılmadığı hususunun ayrıca vurgulanması gerektiğini belirtmişse de bu şerh madde hükmüne eklenmemiştir. Fakat bu itiraz kayda geçirilmiştir.

“BOHOR EFENDİ- Esasını kabul ediyorum şeklinde... (Geçti, kabul olundu sesleri) Biliyorum reye tesiri yok, esasına müteriz olmadığını beyan etmek istiyorum. Madde-i asliyyede (Kanunda sarahat olmadıkça bir ceza tatbik edilmez...) deniyor. Madde-i kanuniyye, «cezanın tahfif veyahut affı, hukuk-u Pâdişâhîdendir» diyor. Biz cezanın tahfifi için mahkemelere iktidar veriyoruz, bu iktidarı vermekle bütün bütün

¹⁰⁹ “Mücazat-ı tedibiye denilen cünhalara ait cezalar, bir haftadan üç seneye kadar hapis, muvakkat nefiy, memuriyetten tart ve para cezalarını [...] içermektedir.” Çiçen, “II. Meşrutiyet Dönemi Cezaevi Islahatı”, s. 21.

¹¹⁰ Meclis-i Âyan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 3, İçtima Senesi: 3, Altmışikinci İnîkad, 3 Mayıs 1327 (1911), s.111.

tayyediliyor. Tahfif-i ceza hakkında olan hukuk-u Pâdişâhî kaldırılıyor manası anlaşılmasın, bir suitefehhüm olmasın diyorum. 'Bunun için söyledim.

BESARYA EFENDÎ- Reye konu bitti.

ARİSTİDÎ PAŞA- Taalluku yoktur.;

BOHOR EFENDÎ- Taalluku olmadığını ben de söylüyorum. Fakat ibaresi o suretle yazılsa bütün bütün tayyedilmediği gösterilse diyorum.”¹¹¹

Bahsi geçen tartışmalardan anlaşılmaktadır ki; hâkime tanınan cezayı tahfif yetkisi ile padişaha tanınan yetkiler farklı müesseselerdir. Yine belirtmek gerekir ki hâkime cezayı tahfif yetkisi tanınmışsa da 47. maddenin ilk hâlinde bulunan padişaha dair yetkiler ilga edilmemiştir. Meclis-i Mebusan tutanaklarında da 47. maddeye ilişkin değişikliğin başlığı “47 nci maddeye zeyl” şeklindedir.¹¹² Zeyl kelimesi terim olarak “ek, ilave, bir şeyin devamı” anlamına gelmektedir.¹¹³ Bu doğrultuda hâkime tanınan cezayı indirme yetkisinin padişahın yetkilerini düzenleyen maddeyi ilga etmediği, ek bir düzenleme şeklinde tesis edildiğini söylemek yerinde olacaktır. Doktrinde takdiri indirim nedenleri müessesesinin 1858 tarihli yasanın 47. maddesinin değiştirilmesi ile mevzuatımıza girdiği ifade edilmiştir. YALKUT’a göre;

“Cezayı azaltıcı takdiri sebepler müessesesi 1274 tarihli ceza yasamızın 47. maddesinin 22 Mayıs 1327 tarihli yasa ile değiştirilmesinden sonra mevzuatımıza girmiştir.”¹¹⁴

TANER’e göre;

“Bizde 1274 ceza kanunu önceleri hâkimlere böyle bir salâhiyet verilmemiş ve bilâkis eski 47 nci maddesi aksini, yâni hâkimlerin kanunda yazılı cezayı herhalde hükmetmelerini iltizam eylemiştir. Bu madde, İkinci Meşrutîyet devrinde, 22 mayıs 1327 tarihli kanunla değiştirilerek takdiri sebeplerin mevcudiyeti halinde hâkimlerin cezaları tahfif edebilmeleri kabul olundu.”¹¹⁵

¹¹¹ Meclis-i Âyan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 3, İçtima Senesi: 3, Altmışikinci İnıkad, 3 Mayıs 1327 (1911), s.112.

¹¹² Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 4, İçtima Senesi: Altmışyedinci İnıkad, 15 Mart 1327 (1911), s. 417.

¹¹³ **Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Âyan Tutanak Terimleri Sözlüğü**, Ankara, TBMM Basımevi, 2015, s. 257.

¹¹⁴ Necdet Yalkut, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, No: 3-4, 1978, s. 322.

¹¹⁵ Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, s. 450.

Müelliflerin eserlerinde geçen “değişiklik” ibaresinin ilgili maddenin ilga edilmesi değil, ekleme yapmak suretiyle değiştirilmesi anlamına geldiği kanaatindeyiz.

2.3.2. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri

2.3.2.1. 765 Sayılı TCK’da Takdiri İndirim Nedenleri

01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Cumhuriyet döneminde çıkarılan ilk ceza kanunudur. Takdiri indirim nedenleri müessesesi 765 sayılı TCK’da 59. maddede düzenlene gelmiştir. 01.03.1926 tarihli MTCK’da bulunan takdiri indirim nedenlerine dair düzenleme şu şekilde idi:

“Madde 59- Kanunî esbab-ı muhaffifeden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek esbab-ı takdiriye kabul edilirse idam ve müebbet ağır hapse bedel 24 sene ağır hapis hükmolunur. Müebbet sürgün cezası beş sene muvakkat sürgüne tebdil edilir.

Diğer cezaların altında birinden üçte birine kadarı indirilir.”¹¹⁶

59. maddenin ilk hâlinde ifade edildiği üzere kanunî esbab-ı muhaffifeden ayrı olarak (yani kanuni hafifletici sebeplerden ayrı olarak) fail lehine cezayı hafifletecek bir takdiri sebep kabul edilirse idam ve müebbet ağır hapis cezası yerine 24 sene ağır hapis cezasına hükmolunur. Kanunun çıkarıldığı dönemde MTCK’da sürgün cezaları da bir ceza türü olarak bulunduğundan, müebbet sürgün cezasının beş sene muvakkat sürgün cezasına tedbil edileceği hususu da ayrıca düzenlenmiştir.¹¹⁷ Ayrıca aynı kanunun 32. maddesine göre; idam cezası yerine hükmedilen 24 sene ağır hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde mâhkumun on sene süreyle “Emniyeti Umumiye İdaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulması”¹¹⁸ gerekmektedir:

¹¹⁶ 13 Mart 1926 tarihli *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

¹¹⁷ Gençler, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 33.

¹¹⁸ “Emniyeti Umumiye Nezareti Altında Bulundurma”nın bir emniyet tedbiri olduğu ifade edilmiştir. Kanunda “ceza” olarak ifade edilmesine ve cezalar başlığı altında bulunmasına rağmen mehzaz kanun ve müessesenin çeşitli nitelikleri gereği bir ceza değil emniyet tedbiri olduğu ifade edilmiştir. Bu tedbir 765 sayılı MTCK’nın 28. ve 42. maddelerinde düzenlenmiştir. 15.04.1987 tarih ve 3352 sayılı

“Madde 32- 59 ncu maddede tayin olunan ahvalde idama bedel 24 sene ağır hapis cezasına mahkûmiyet mahkûmun on sene müddetle Emniyeti Umumiye İdaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmasını müstelzimidir.”

Emniyeti Umumiye nezareti altında bulundurma tedbiri (cezası) kişilere yüklediği mükellefiyetler yönünden, yürürlükteki Türk ceza hukukunda bulunan denetimli serbestlik tedbirine benzerlik göstermektedir.¹¹⁹

59. maddenin ilk haline göre takdiri indirim nedenlerinin tatbiki hâlinde; idam, müebbet ağır hapis ve müebbet sürgün cezası haricinde kalan cezaların altıda birinden üçte birine kadar indirilmesi mümkündür. 59. maddedeki oran miktarına ilişkin bu düzenlemeyle mehzaz İtalyan Ceza Kanunu’ndan ayrıldığı ifade edilmiştir.¹²⁰ 59. maddenin ilk hâlinde idam cezası ile müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanlar yönünden uygulanacak takdiri indirim sonucunda aynı şekilde 24 yıl ağır hapis cezasına hükmedilmesi eleştiri konusu yapılmıştır.¹²¹

11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı “Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun”¹²² ile 59. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Madde 59- Kanunî tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ölüm¹²³ cezası yerine otuz ve müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir.”

Kanun maddesinde yapılan değişiklik ile takdiri indirim nedenlerinin tatbiki hâlinde; idam cezası yerine 30 sene ağır hapis cezasına, müebbet ağır hapis cezası

“Emniyeti Umumiye İdaresinin Nezareti Altında Bulundurulma Ceza ve Tedbirlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Zeki Hafizoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 46, No: 3, 1991, s. 52.

¹¹⁹ Batuhan Aktaş, “Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazına Alternatif Bir Yöntem Olarak Denetimli Serbestlik Tedbiri (CGTİHK m. 105/A)”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, No: 217, 2023, s. 1263.

¹²⁰ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 364.

¹²¹ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 69. Gerçekten de bu durum eşitlik ilkesi bakımından tartışmaların ortaya çıkmasına elverişlidir.

¹²² 23 Haziran 1936 tarihli *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

¹²³ 59. maddenin ilk hâlinde “idam” kelimesi kullanılmaktaydı.

yerine ise 24 sene ağır hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu vesileyle yukarıda bahsetmiş olduğumuz eleştirilerin karşılık bulduğu söylenebilecektir. Yine aynı kanunla müebbet sürgün cezası yürürlükten kaldırıldığı için¹²⁴, kanunun ilk hâlinde bulunan müebbet sürgün cezasının 5 sene muvakkat sürgün cezasına tedbil edileceğine dair hüküm maddeden çıkarılmıştır. Diğer cezaların altıda birden üçte bire kadar indirilebileceğine dair hüküm korunmuştur.

765 sayılı TCK'nın 32. maddesinde; idam cezası yönünden takdiri indirim nedenlerinin uygulanması suretiyle 24 yıl ağır hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde mâhkumun 10 sene süreyle Emniyeti Umumiye İdaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulması gerektiğinin düzenlendiğini ifade etmiştik. 1936 yılında yapılan değişiklikler ile 59. maddede; takdiri indirim nedenlerinin bulunması hâlinde idam cezası yerine 30 sene ağır hapis cezasına, müebbet ağır hapis cezası yerine ise 24 sene ağır hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmişse de 32. madde yönünden bir düzenleme yapılmamıştır. Böylece kanun maddeleri arasında bir uyumsuzluk oluşmuştur. Peki bu durumda somut bir yargılamada “ölüm” cezası yerine 30 sene ağır hapis cezasına hükmedilirse bahsi geçen tedbir uygulama alanı bulacak mıdır? *TANER*'e göre daha az süreli hapis cezasında uygulanacak olan tedbir, daha çok süreli olan hapis cezasında da uygulanır.¹²⁵ Zaten kanun koyucu da takdiri indirim nedenleri maddesini tadil ederken cezanın hafifletilmesini değil ağırlaştırılmasını amaçlamıştır. Ancak her halükarda kanun maddesinin değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁶

09.07.1953 tarihli ve 6123 sayılı “Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile 59. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

*“**Madde 59-** Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine*

¹²⁴ Her ne kadar *ŞİMŞEK* “Ayrıca sürgün cezasının kaldırılması ile maddedeki bu durumların tekrar gözden geçirilmesi gerekmiş” olduğunu ifade etmişse de bu kaldırılmadan yalnızca müebbet sürgün cezasının kaldırılmasının anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. *Şimşek*, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 69. Zira 11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı kanunla 765 sayılı TCK'nın 18. maddesinde değişikliğe gidilmiş, “Sürgün cezası [...] Müebbet veya muvakkattir. Müebbet vefatına kadar devam eder.” ibareleri kanundan çıkarılmış, sürgün cezası sadece “altı aydan beş seneye kadar” olacak şekilde düzenlenmiştir.

¹²⁵ *Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım*, s. 455.

¹²⁶ *Taner, a.e.*

müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir.”¹²⁷

6123 sayılı kanun; ceza kanununun 106 farklı maddesinde değişiklik yapılmasını öngören bir kanundur. Kanunun çıkarılış amacının bilhassa suçla ve suçlulukla mücadele olduğu ifade edilmiştir.¹²⁸ Bu doğrultuda infaz rejimi “şiddetlendirilmiş” ve cezalar artırılmıştır.¹²⁹ Takdiri indirim nedenleri yönünden yapılan değişikliği de bu perspektifte değerlendirmek gerekir. Gerçekten de kanun maddesinde yapılan değişiklik ile takdiri indirim nedenlerinin tatbiki hâlinde; idam cezası yerine müebbet ağır hapis cezasına, müebbet ağır hapis cezası yerine ise 30 sene ağır hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile takdiri indirim nedenlerinin sabit cezalar yönünden etkisinin azaltıldığını söyleyebiliriz. Aynı şekilde diğer cezalar yönünden “cezanın altıda birinden üçte birine kadar” olacak şekilde yapılabilecek indirim, “altıda birden fazla olmamak üzere” yapılabilecek şekilde revize edilmiştir.

Maddenin son hâlinde bulunan “idam” ibaresi 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı “Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”¹³⁰ ile “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir:

*“**Madde 59-** 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.”

¹²⁷ 15 Temmuz 1953 tarihli *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

¹²⁸ Tahir Taner, “Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 19, No: 3-4, 1954, s. 524-525.

¹²⁹ Taner, *a.g.e.*, s. 525.

¹³⁰ Ölüm cezasının Türk ceza hukukundan kaldırılmasına dair ayrıntılı bilgi için Bkz.: 1.2.2.1.Bedeni Cezalar. (Hayata/Yaşama ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Cezalar)

2.3.2.2. 5237 Sayılı TCK'da Takdiri İndirim Nedenleri

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın ilk hâlinde, takdiri indirim nedenleri müessesesi 62. maddede aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*“**Madde 62-** (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.*

(2) 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.”

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk ceza hukukundaki birçok müessesenin yapısı ve düzenleniş biçimi değişmiştir. Bunlardan bir tanesi de 62. maddede düzenlenen takdiri indirim nedenleri müessesesidir.

5252 sayılı kanunun 6. maddesi uyarınca mülga 765 sayılı TCK'da ve diğer kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları “hapis” cezalarına dönüştürülmüştür.¹³¹ Bu doğrultuda takdiri indirim nedenleri hükmü de revize edilmiştir. Buna göre takdiri indirim nedenlerinin tatbiki hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis cezasına; müebbet hapis cezası yerine, 25 sene hapis cezasına hükmolunacaktır. Diğer cezalara ilişkin 1/6'ya varan indirim oranı ise yeni kanunda da korunmuştur. Esasında kanunun yayımlanan ilk hâlinde diğer cezaların beşte birine kadar indirilmesi öngörülmekteydi. Ancak uygulamadan kaynaklanan bazı endişeler nedeniyle kanun henüz yürürlüğe girmeden, 31.03.2005 tarihli ve 5328 sayılı kanunla 1. fıkrada bulunan “beşte” ibaresi “altıda” olacak şekilde değiştirilmiştir. 5328 sayılı kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır.¹³²

¹³¹ **5252 Sayılı Kanun Madde 6/1-** “Kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları, “hapis” cezasına dönüştürülmüştür.”

¹³² “1 Nisan 2005 tarihinden itibaren, Kanunun 62, 90, 116, 184 ve 235 inci maddelerinin uygulanmasında ciddi sorunların ortaya çıkabileceği değerlendirilmiş olup, bu maddelerde

Dönemin meclis tutanakları incelendiğinde bu durumun mecliste de tartışıldığı görülmektedir. Değişikliğin gerekçesini Adalet ve Kalkınma Partisi grubu adına Recep ÖZEL şu cümlelerle açıklamıştır:

“1/6 veya 1/5, cezaların indiriminde, tabii ki, özgürlükleri kısıtlanma anlamında bir değerdir, bir hak kaybı olarak algılanabilir; ama, bunun hesaplanmasında, 1/5'in çok zorlukları olduğu, ay veya gün hesabının 6'ya daha kolay bölünebileceği, yetmişsekiz yıllık bir uygulama içerisinde 1/6 oranında bir uygulamanın olduğu, Yargıtaydaki bütün ceza dairesi başkanlıklarının teklifinin bu yönde olduğu ve sırf bundan dolayı, bu zamana kadarki, 59 uncu maddenin uygulanmasından dolayı, bütün dosyaların, sırf bu sebepten dolayı bozulup, mahallî mahkemesine iade edileceği, bozma sebebi olacağı yönünde bir tereddüt hâsıl olduğundan, tabii ki, kanunu kül halinde de uygulamak esastır. [...]

Uygulamada birtakım sıkıntılar olabilmesi ihtimaline binaen, bölünmesinde kolaylık olması nedeniyle, komisyonda kabul etmediğimiz bu öneri, arkadaşlarımızın ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Yargıtayda bulunan çok değerli yargıçların talebi doğrultusunda, onların görüşleri doğrultusunda, 1/6'da yine eski uygulamanın devam etmesinin uygun olacağını, bunun sanıklar aleyhine bir kazanılmış hak da getirmediğini... Çünkü, şu anda henüz yürürlüğe girmemiş olan bir yasanın biz bir maddesini değiştiriyoruz.”¹³³

Cumhuriyet Halk Partisi Malatya Milletvekili Muharrem KILIÇ ise bu gerekçeleri şu sözlerle eleştirmiştir:

“bir gerekçe olarak da, rakamların 6'ya bölünmesinin daha kolay olduğunu söylediler. Yani, değerli arkadaşlar, Yargıtaydaki hâkimlerimiz, mahkemelerdeki hâkimlerimiz, savcılarımız rakamları 6'ya bölebiliyorlar da, 5'e bölemiyorlar mı?! Böyle bir izah tarzı olabilir mi?! Kaldı ki, değerli arkadaşlar, bu, Türk Ceza Kanunu... Yetmişsekiz yıl uygulanmış bir kanunu değiştirdik. Bu kanun a'dan z'ye değişti. Bu kanun belki yıllar yılı uygulanacak. Kısa bir süre için Yargıtayın iş yoğunluğu artacak

uygulamada çıkabilecek tereddütlerin ve sorunların önüne geçmek amacıyla, değişiklik yapılması zarurî görülmüştür.

Madde 1.- 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 59 uncu maddesinin karşılığı olarak düzenlenen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 62 nci maddesinin diğer cezalardaki indirimi öngören birinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen indirim oranının, uygulamada sırf bu değişiklik nedeniyle hükme bağlanmış birçok dava dosyasının yeniden ele alınıp incelenmesini gerektirecek bir sürecin ciddi sıkıntılara sebebiyet verebileceği düşünülerek, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki şekliyle muhafaza edilmesiyle bu sorunların giderilebileceği sonucuna varılmış olmakla bu değişiklik yapılmıştır.” 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, TBMM., Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Esas No: 2/402, Karar No: 71, 23.03.2005, Sıra Sayısı 842, s. 2. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss842m.htm> (Çevrimiçi), 24 Şubat 2024.

¹³³ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 79, Yasama Yılı: 3, 77'nci Birleşim, 30 Mart 2005, s. 284.

diye, biz, daha, kısa bir süre önce yapmış olduğumuz bir kanunu daha uygulamaya girmeden bozarsak, kendimizle çelişkiye düşeriz.”¹³⁴

Yine Cumhuriyet Halk Partisi grubu adına Halil ÜNLÜTEPE 1/5 oranında indirimin bir kazanılmış hak beklentisi¹³⁵ yarattığını ifade etmiştir:

“[...] bu kanun yürürlüğe girdiği günden beri, cezaevlerindeki tüm mahkûmlar, bunun beşte bire göre hesap edileceğinin bilincinde. O kader mahkûmlarını, cezaevinde, şimdi ikinci bir sıkıntının içine sokmaya hiçbirimizin hakkı yok. Hukuksal açıdan da kazanılmış bir hak olarak yorumlarım ben bunu, her ne kadar 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olsa dahi. Binlerce mahkûm bu yasanın uygulanmasından yararlanacaktır; hepsi 1 Nisanı bekliyor.

Belki, hukukçu olan milletvekili arkadaşlarıma, kendi seçim bölgelerinden birileri telefon açarak “1 Nisandan sonra benim çocuğumun durumunda bir iyileşme olacak mı olmayacak mı” diye... Şimdi, biz, çıkardığımız bir kanunla birilerine umut vermişiz, birilerini belki 1 Nisandan sonra tahliye edilecek bir konuma doğru getiriyoruz; onun kapısını kapatmakla karşı karşıyayız. Buna hakkımızın olmadığını düşünüyorum.”¹³⁶

Doktrinde söz konusu bu değişikliğin sadece pragmatik nedenlerle yapılması eleştiri konusu yapılmış, tek başına bu durumun dahi kanuni düzenlemelerin yeterli araştırma yapılmaksızın ve bilimsel bir ölçüt gözetilmeden gerçekleştirildiğini gösterdiği ifade edilmiştir.¹³⁷

5237 sayılı TCK ile takdiri indirim nedenlerine ilişkin yapılan bir diğer değişiklik ise takdiri indirim nedeni olarak nelerin göz önünde bulundurulabileceğinin kanun koyucu tarafından örnek olarak gösterilmesidir. Buna göre “*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki*

¹³⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 79, Yasama Yılı: 3, 77’nci Birleşim, 30 Mart 2005, s. 285.

¹³⁵ Yargıtay 8. Dairesi tarafından verilen bir kararda bu durumun kazanılmış hak teşkil etmediği ifade edilerek 1/5 oranında indirim yapılması bozma nedeni yapılmıştır. “[...] yürürlüğe girmeyen yasanın kesinleşmiş hükme ilişkin olarak uygulanması sonucu takdiri indirim nedeniyle yapılan 1/5 oranındaki indirimin kazanılmış hak oluşturmayaacağı da gözetilerek müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2005/3241, K.2005/12423, 21/12/2005. Aktaran: Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler)**, C. 2, 2. bs., Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 816-818.

¹³⁶ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 79, Yasama Yılı: 3, 77’nci Birleşim, 30 Mart 2005, s. 282-283.

¹³⁷ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s. 102. ÖZBEK’e göre ise mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere artıracak bu değişikliğin geri alınması yerinde olmuştur. Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 1, s. 976.

davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir.” Sayılan sebeplerin sınırlı sayıda olmadığını belirtmek gerekir.

Esasında bu sebepler 765 sayılı MTCK döneminde temel cezanın belirlenmesinde kullanılmaktaydı.¹³⁸ Hükümet tasarısında, bahsi geçen nedenlerin - MTCK döneminde olduğu gibi- temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı düzenlenmiş idi.¹³⁹ Ancak kanun gerekçesinde de vurgulandığı üzere “mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir.”

YTCK m. 62’de MTCK m. 59’dan farklı olarak “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak fail lehine cezayı hafifletecek*” ibaresine yer verilmemiştir. Ancak bu durum; takdiri indirim nedenlerinin, kanuni indirim nedenlerinden farklı bir müessese olduğu gerçeğini değiştirmez.¹⁴⁰

YTCK m. 62 (7406 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki hali) ile MTCK m. 59 karşılaştırıldığında YTCK’da düzenlenen takdiri indirim nedenleri müessesesinin failin daha lehine sonuç doğuracağı söylenebilir.¹⁴¹ Zira hem sabit cezalarda indirim miktarı artırılmış, hem de indirim nedenlerinin belirlenmesi ve kararda gösterilmesi ayrıca düzenlenmiştir.

12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı “Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile TCK m. 62 aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis

¹³⁸ Failin şahsi ve sosyal durumu, MTCK’da failin sosyal ilişkileri olarak ifade edilmiştir. Ayrıca MTCK’da yalnızca “failin fiilden sonraki davranışları” ölçütü belirlenmişken YTCK döneminde yargılama sürecindeki davranışları da bir ölçüt olarak eklenmiştir. Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri de yeni bir ölçüt olarak kanuna eklenmiştir.

¹³⁹ “Hükümet Tasarısında bir suça ilişkin cezanın belirlenmesinde aynı neden birkaç defa dikkate alınabilecek şekilde düzenleme yapılmıştır. [...] Hâlbuki, kişi hakkında işlediği suç nedeniyle ceza belirlenirken bir neden ancak bir defa dikkate alınabilir.” İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2005, s. 52.

¹⁴⁰ Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 116.

¹⁴¹ Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 832.

cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadari indirilir.

(2) *Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.*

Takdiri indirim nedenleri kamuoyu nezdinde oldukça tartışmalı bir konudur. Bilhassa basına yansıyan ceza hukuku yargılamalarında takdiri ceza indirimi uygulanmaması yönünde bir toplumsal beklenti ortaya çıkmaktadır. Görünen o ki; kanun koyucu da bu baskılara dayanamayarak 5237 sayılı TCK'daki takdiri indirim nedenlerini yeniden düzenleme ihtiyacı hissetmiştir.

Kanun maddesinde yapılan değişiklik ile dört önemli husus yeniden düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” yerine “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarının” takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınacağının belirlenmesidir. İkinci olarak ise kanun değişikliği öncesinde örnekleme yoluyla sayılan takdiri indirim nedenleri; “gibi hususlar” ibaresinin kanun maddesinden çıkarılmasıyla sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlenmiştir. Üçüncü olarak ise kanun maddesinin son kısmına “failin mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları”nın dikkate alınmayacağı hususu eklenmiştir. Dördüncü olarak ise takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterileceği ifadesi eklenmiştir.

2.3.3. Takdiri İndirim Nedenlerinin Zaman Bakımından Uygulanması

Takdiri indirim nedenlerinin tarihi gelişiminden bahsettikten sonra, TCK m. 62 özelinde yapılan son değişiklikler nedeniyle takdiri indirim nedenlerinin zaman bakımından uygulanması hususunu ayrıca incelemek gerekir. 12.05.2022 tarihli ve

7406 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK m. 62/2 hükmü şu şekilde düzenlenmekte idi:

*“(2) 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.”*

7406 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca yapılan değişikliklerle birlikte ise TCK m. 62/2 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

*“(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, **fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları** veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir. (Ek cümle:12/5/2022-7406/1 md.) **Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şeklî tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.**”*

7406 sayılı kanun 12.05.2022 tarihinde kabul edilmiş, 27.05.2022 tarihinde yayımlanmış ve kanunun 16. maddesi gereği yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.¹⁴² Kanun maddesinde yapılan değişiklik ile dört önemli husus yeniden düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” yerine “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları”nın takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınacağının belirlenmesidir. İkinci olarak ise kanun değişikliği öncesinde örnekleme yoluyla sayılan takdiri indirim nedenleri; “gibi hususlar” ibaresinin kanun maddesinden çıkarılmasıyla sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlenmiştir. Üçüncü olarak ise kanun maddesinin son kısmına “failin mahkemeyi etkilemeye yönelik şeklî tutum ve davranışları”nın dikkate alınmayacağı hususu eklenmiştir. Dördüncü olarak ise takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterileceği ifadesi eklenmiştir. Söz konusu değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasının ne şekilde olacağı hususu

¹⁴² **7406 Sayılı Kanun m. 16-** “Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”

mühimdir.^{143,144} Zira TCK m. 7/2'ye göre “(2) *Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*”

7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen, fakat soruşturması veya kovuşturmasına değişiklik sonrasında başlanmış dosyalarda, yine benzer şekilde değişiklik öncesi işlenmiş fakat hükmün verilmesinin veya kesinleşmesinin değişiklik sonrasına kaldığı dosyalarda hangi hüküm uygulama alanı bulacaktır? Bu doğrultuda hangi hükmün failin lehine olduğunun tespiti gerekir.

Failin lehine olan kanunun belirlenmesinde 5252 sayılı, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası yol gösterici niteliktedir:

“Madde 9- Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul

¹⁴³ Bahsetmiş olduğumuz sorunun haricinde uygulamaya dair çeşitli problemlerin de ortaya çıkması mümkündür. Örnek vermek gerekirse kanunların yürürlüğe giriş “saati”nin belli olmayışı 27.05.2022 tarihinde gece saatlerinde işlenen bir suçta hangi hükmün uygulanacağı hakkında soru işaretleri doğurabilir. Bu soru işaretlerinin bilhassa suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında hukuk güvenliği, belirlilik ilkesi gibi kavramlar yönünden tartışmaya açık olabileceğini ifade etmek isteriz. *Resmî Gazete*’nin yayımlanmasına dair uygulamadaki farklılıkların (*Resmî Gazete*’nin çeşitli günlerde farklı saatlerde yayımlanması, aynı gün içinde mükerrer şerhi verilmek kaydıyla birden çok *Resmî Gazete* yayımlanması ve bu yayımların internet üzerinden bir web sitesi aracılığıyla yapılmasının hukuki niteliği gibi) ortaya çıkardığı teorik ve pratik sorunların tartışılması gerekmektedir. Doktrinde de ceza hükümlerini içeren kanunların “yayımlı tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi”nin yerinde olmadığı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca kişilerin bu yeni kanun hükümlerinin varlığından haberdar olmama ihtimalinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 207. *Resmî Gazete*’nin internet üzerinden yayımlanmadığı eski dönemlerde bu konuda verilmiş bir mahkeme kararında da bu durum vurgulanarak, gün değişiminin 00.00’den başlamasının *Resmî Gazete*’nin yayım tarihinin de bu tarihte aynı saatten başlamış olduğu anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. “*Gün değişiminin 00.00 saatten başlaması Resmi Gazete’nin yayını tarihinin de aynı saatten geçerli sayılması anlamına gelmez. Bu durumda oluş ve 21 Haziran[ı] 22 Hazirana bağlayan gece 03-04 saatlerindeki bir suç nedeniyle 22 Haziran 1979 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 2249 sayılı Yasa bu saatte yürürlüğe girmiş gibi ceza verilmesi... bozmayı gerektirmiştir...*” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.1980/1839, K.1980/2136, 18/03/1980. Kararı aktaran: Tuğrul Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 35; Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 96.

¹⁴⁴ Diğer bir sorun ise bazı suç tipleri bakımından suçun işlendiği zamanın tespitinin nasıl yapılacağıdır. Örneğin 27.05.2022 tarihinden önce işlenmeye başlanan bir mütemadi suçun bu tarihten sonra sona ermesi hâlinde hangi kanun hükmü uygulanacaktır? Esasında bu sorunun çözümü suçun işlenme zamanına dair genel doktrin tartışmalarının sonucuna bağlı olduğundan bu konuyu ayrıca çalışmamızın kapsamına almadık. Çeşitli suç tipleri bakımından suçun işlenme anının tespitine dair ayrıntılı tartışmalar için Bkz.: Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, s. 43-64.

(3) Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

Bu doğrultuda TCK m. 62’de yapılan değişiklikleri tek tek değerlendirmek gerekirse; “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” yerine “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları”nın takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınacağını belirlenmesi bu şart bakımından daha özel niteliklerin arandığına işaret etmektedir. Zira her türlü davranışın değil de sadece pişmanlığı gösteren davranışların dikkate alınması, ilgili şartın kapsamının daraltılması anlamına gelir. Dolayısıyla bu değişikliğin failin aleyhine olduğu ifade edilebilir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde de bu durum şu cümlelerle ifade edilmiştir:

“Maddeyle, takdiri indirim uygulanırken değerlendirilecek hususlar arasında yer alan “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” nedeni, “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” şeklinde değiştirilmektedir. Takdiri indirim uygulanabilmesi bakımından Almanya, Avusturya ve İsviçre’de olduğu gibi Ülkemizde de failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığına önem atfedilmektedir. Düzenleme uyarınca, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından pişmanlık göstergesi sayılamayacak olanları, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığını gösteren davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.”

İkinci olarak; kanun değişikliği öncesinde örnekleme yoluyla sayılan takdiri indirim nedenlerinin “gibi hususlar” ibaresinin kanun maddesinden çıkarılmasıyla sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlenmesi de fail aleyhine bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde de bu durum şu cümlelerle ifade edilmiştir:

“Maddenin mevcut ikinci fıkrasında takdiri indirim uygulanabilmesi için göz önünde bulundurulacak nedenler sınırlandırılmamış, “gibi hususlar” ibaresiyle ucu açık bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle fıkra da takdiri indirim nedenleri, tahdidi değil tadadi bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmektedir. Yapılan değişiklikle fıkra metninden “gibi hususlar” ibaresi çıkartılarak takdiri

indirim nedenleri tahdidi hale getirilmektedir. Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da bu husus vurgulanarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında sistem değişikliğine gidildiği ifade edilmiştir:

*“...takdiri indirim nedenlerinin uygulama alanı, **fail aleyhine olacak şekilde daraltılmıştır.***

*TCK’nın suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra “gibi” denilmek suretiyle takdiri indirim nedenlerinin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı, aksine bunların örnek olarak belirtildiği açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi nedenler, uygulamada hâkimi sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçelerdir. **Bunun sonucu olarak da TCK’nın suç tarihi itibarıyla takdiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı sistemi değil, serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmektedir.**”¹⁴⁵*

Ancak burada istisna bir durum mevcuttur. “Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” ve “diğer nedenler(gibi hususlar)” kriterleri özelinde; önceki kanun döneminde aleyhe değerlendirme konusu yapılabilecekken, 7406 kanun değişikliği sonrası göz önünde bulundurulamayacak davranışlar nedeniyle; bu davranışların değerlendirilmesinde 62. maddenin son hâli dikkate alınmalıdır. Örnek vermek gerekirse; failin duruşmada sergilediği olumsuz davranışlar (hâkimin sözünü kesme, duruşmada taşkınlık çıkarma vs. gibi) failin, fiile dair pişmanlığı ile doğrudan alakalı değildir. Bu nedenle 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlarda; failin bu gibi “genel” olumsuz davranışları, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulamayacaktır.¹⁴⁶ TCK m. 62’nin son hâlinin nispi biçimde lehe olduğu bu gibi durumlarda, son hâlinin dikkate alınması gerekir. Böyle bir uygulama; lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri

¹⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2022/239, K.2023/122, 01/03/2023.

¹⁴⁶ Ayrıntılı değerlendirme için Bkz.: 3.1.3. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları.

olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ilkesine de uygundur.

Üçüncü ve dördüncü olarak ise kanun maddesinin son kısmına “failin mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları”nın dikkate alınmayacağı ve takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterileceği ifadesi eklenmiştir. Ancak bu değişikliklerin lehe veya aleyhe olduğunu değerlendirmek pek mümkün değildir. Zira zaten değişiklik öncesi dönemde de “failin mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları” dikkate alınmamaktaydı/alınmaması gerekmektedir. Yine takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği hususunun da ayrıca düzenlenmesi sadece bir vurgu mahiyetindedir. Zira gerek Anayasa m. 141/3 uyarınca gerekse de CMK m. 34/1 uyarınca mahkeme kararları gerekçeli olarak verilir.

Sonuç olarak TCK m. 62’nin kural olarak faillerin aleyhine olacak şekilde (yukarıda bahsettiğimiz nispi lehe olma durumları hariç olmak üzere) değiştirildiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle değişikliğin yürürlüğe giriş tarihinden (27.05.2022) önce işlenen suçlarda TCK m. 62’nin değişiklik öncesi hali, yürürlüğe giriş tarihinden sonra (27.05.2022 günü ve sonrası) işlenen suçlarda mevcut halinin uygulanması yerinde olacaktır.

Bu aşamada vurgulamak isteriz ki; Türk hukukunda yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle TCK m. 62’nin önceki hali halen daha birçok yargılama bakımından uygulanabilir durumdadır. Bu nedenle çalışmamızın sistematigi de değişiklik öncesi hükmün incelenmesini kapsayacak şekilde dizayn edilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜRÜRLÜKTEKİ TÜRK CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ, UYGULANMASI VE DENETİMİ

3.1. Takdiri İndirim Nedenleri

Çalışmamızın bu bölümünde TCK m. 62’de öngörülen takdiri indirim nedenleri incelenecektir. 7406 sayılı kanunla getirilen değişikliklerden önceki kanuni düzenlemenin de incelemesi aynı başlıklar altında yapılacaktır. Ancak hala süregelen yargılamalarda 7406 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler öncesine ait TCK m. 62 hükmünün de uygulanma imkânı bulunmaktadır. Bu nedenle “gibi hususlar” ibaresine karşılık olarak “Diğer Nedenler” başlığı altında, ilgili dönemde işlenen suçların cezasının belirlenmesinde göz önünde bulundurabilecek diğer nedenler de incelenecektir. Takdiri indirim nedenleri bağlamında bir inceleme yapıldıktan sonra bu indirim nedenlerinin uygulanmasında ortaya çıkan bazı özel durumlar ve takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin denetimi konusu ayrıca incelenecektir.

Takdiri indirim nedenlerinin incelenmesine geçmeden önce kanımızca bazı hususları vurgulamakta fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki takdiri indirim nedenleri müessesesi niteliği gereği “kategorik ön belirlemelere”¹, her koşulda geçerli, genel geçer sabit formüllere uygun değildir. Bu nedenle “X koşulu gerçekleşirse takdiri indirim mutlaka uygulanır” veya “Y koşulu gerçekleşmezse takdiri indirim asla uygulanmaz” şeklindeki tespitler bizce yerinde değildir. Zira takdiri indirim nedenleri müessesesinin doğası ve düzenleniş amacı; “somut olay adaleti”nin sağlanması vasıtasıyla cezanın bireyselleştirilmesi ve bazı hâllerde kanun koyucu tarafından öngörülemeyen “ekstrem” durumların hâkim tarafından değerlendirmeye alınmasını sağlamaktır. Bu değerlendirme sonucunda cezanın; daha adil olması, kefare, ıslah, caydırma, olanaksız kılma gibi çeşitli amaçlara hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

¹ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 935.

Nitekim saydığımız özellikleri haiz bir ceza; makul, makbul, hakkaniyete ve nefasete uygun, vicdanları tatmin edecek nitelikte, hukuk kaidelerini zedelemeyen bir ceza olacaktır.

Öyle bazı durumlar olabilir ki; aynı olayda hem bir takdiri indirim nedeni (örneğin suçun ikrarı) hem de takdiri indirimin uygulanmamasına gerekçe gösterilebilecek bir durum (daha önce aynı suçtan birden fazla kere mahkûm olma) aynı anda mevcut olabilir. Bu hallerde de kategorik bir şekilde “uygulanır/uygulanmaz” şeklinde ön belirlemelerde bulunmak mümkün değildir. Hâkim önüne gelen her somut olayı kül olarak değerlendirecek ve o olayın kendi şartları içinde bir takdir gösterecektir. Hatta böyle bir ön belirleme somut olaylar bağlamında adaletsizliğe de yol açabilir.² Örnek vermek gerekirse; sanığın ikrarı pişmanlıktan kaynaklanabileceği gibi, utanmazlıktan da kaynaklanabilecektir.³

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta; takdiri indirim nedenleri müessesesinin uygulanmasında karşılaşılan sorunları ve yanlış uygulamaları, müessesesinin kendisiyle bağdaştırmaktır. Kanaatimizce takdiri indirim nedenlerinin kamuoyunda bu denli tartışmalar uyandırması da bu ayrımı yeterince yapamamaktan kaynaklanmaktadır. Bir müessesesinin yanlış uygulanıyor olması sorunu, o müessesesinin kaldırılması veya sınırlarının daraltılması yoluyla çözülecek bir sorun değildir. *APIŞ*’in de ifade ettiği üzere:

*“Suçu önleyememenin ve adil bir cezaya ulaşamamasının, takdiri indirim sebeplerinin uygulanması dışında çok daha kadim nedenleri vardır. Her sorunu hukuk kurallarını keskin bir şekilde değiştirerek aşmak mümkün değildir. Takdiri indirim sebeplerinin tarihsel bir geçmişi ve ceza hukuku teorisini besleyen oldukça önemli gerekçeleri vardır.”*⁴

EREM de takdiri indirim nedenlerinin kısa süreli cezalara yol açmak suretiyle suistimal edilebileceği eleştirisine şu şekilde cevap vermiştir:

² Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 981.

³ Artuk v.d., **a.e.** Somut bir olaydan örnek vermek gerekirse; 22 Temmuz 2011’de Norveç’te gerçekleşen terör saldırılarının faili Anders Behring Breivik, çıktığı ilk duruşmada saldırıyı gerçekleştirdiğini fakat masum olduğunu düşündüğünü, yargılanmayı kabul etmediğini ifade etmiştir. (Çevrimiçi) <https://mobile.beyazgazete.com/video/video-detay-268434.html>, 10 Şubat 2024.

⁴ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 185.

“Ezcümle bu müesseseye <kısa müddetli cezalar> suiistimalinin başlıca kaynağı gözü ile bakmak mümkündür. Fakat zannımıza göre bu itiraz müessesenin esasına değil, takdir hakkının yerinde ve makul ölçülerle kullanılmamasına taallük eder.”⁵

Eğer bir müessesenin yanlış uygulandığı düşünülüyorsa; gerek mevcut hukuk sistemindeki araçları kullanarak gerekse de çeşitli yeni araçları sisteme katarak hukuka uygun kararların verilmesi amaçlanmalıdır. Kaldı ki hukuk sistemimizde eleştirilen birçok sorun, çoğu zaman tek başına salt o konuyla ilgili bir sorun değildir. Söz gelimi Türk hukukunda ve yargı sisteminde çokça eleştirilen “uzun süren yargılama” sorunu, bağlamsal olarak birçok müessesenin uygulanmasında hukuki problemleri beraberinde getirmektedir. Yargının iş yükünün fazla olması, bunun uzun süren yargılamalara yol açması, bu süreçte hak kayıplarının yaşanması, hâkim ve heyetlerin değişmesi, teknik eksiklikler, gerekçesiz kararların varlığı gibi sorunlar bir araya gelerek kanunda düzenlenen müesseselerin “layığıyla” uygulanamamasına yol açmaktadır. Takdiri indirim nedenlerinin de bu müesseselerden biri olduğunu düşünmekteyiz.

3.1.1. Failin Geçmişi

Mülga TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde “failin geçmişi”, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktaydı.^{6,7} Buna göre hâkim failin geçmişini olumsuz olarak değerlendirirse temel cezayı alt sınırdan uzaklaşarak belirleyebilmekteydi. YTCK’nın hazırlanması sırasında da 2003 tarihli hükümet tasarısında; failin geçmişi, cezanın belirlenmesi başlığı altında düzenlenmiş idi.⁸ Ancak Meclis Alt Komisyonu

⁵ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 357-358.

⁶ **MTCK m. 29-** “Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin 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** gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”

⁷ Alman ceza hukukunda failin geçmişi, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bu nedenle failin geçmişinin cezanın artırılması yönünde etkisi mümkündür. Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 333. Yine benzer şekilde Amerika Birleşik Devletleri’nde de failin geçmişi, cezanın belirlenmesinde önemli bir ölçüttür. Hatta öyle ki suç karşılığında öngörülen soyut ceza dahi failin geçmişinden bağımsız olarak belirlenemez. Pınar Bacaksız, “Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, No: 16, 2011, s. 86.

⁸ Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 107.

tarafından hazırlanan ve yasalaşan YTCK'da failin geçmişi, takdiri indirim nedenleri başlığı altında düzenlenmiştir.⁹

3.1.1.1. “Failin Geçmişi”nin Zaman Yönünden Kapsamı

“Failin geçmişi”nin hangi zaman aralığını kapsadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre; failin geçmişi, failin suçu işlemesinden önceki zamanı kapsamaktadır.¹⁰ Diğer bir görüşe göre ise takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde hüküm anı esas alınmalıdır.¹¹ Bu görüşe göre fail suç anından önce sabıkasız olsa da yargılama esnasında başka suçlar işleyebileceğinden ve kötü kişilik sergileyebileceğinden hüküm tarihine kadar olan “failin geçmişi” esas alınmalıdır.¹²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda MTCK döneminde takdiri indirim nedenlerinin neler olacağı hususu tartışılırken şu ifadeler kullanılmıştır:

*“TCK’nın 59’uncu maddesinin uygulanmasını gerektiren hallerin neler olduğu yasa metninde sınırlandırılmamıştır. Yasa koyucu, bir suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak veya yasal indirim sınırlarını geçmemek kaydıyla hâkimi bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında bir tanımlama yapmaktan isteyerek kaçınmıştır. Her olayın özelliği dikkate alınarak uygulanacak cezanın sanığın kişiliğine uydurulması suretiyle dengeli bir adaletin sağlanmasını amaç edinmiştir. **Böylece hüküm anına kadar sanığın davranışları değerlendirilecektir.**”¹³*

Bu doğrultuda bahsettiğimiz ikinci görüşü benimsemekteyiz. Takdiri indirim nedenlerinin cezanın bireyselleştirilmesi aracı olma niteliği, bu görüşümüzün gerekçesini oluşturmaktadır. Zira cezanın bireyselleştirilmesinin fikrî altyapısı, -kural olarak- failin değil failin göz önünde bulundurulmasını esas alır. Fail, fiili işlemeyen önce sabıkasız bir hayat sürmüş olabilir ancak hüküm anına kadar işlemiş olduğu

⁹ Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 736; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 80.

¹⁰ Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 116. “Suç anına kadar herhangi bir ceza mahkûmiyetinin bulunmaması failin kişiliğinin önemli bir göstergesi olarak cezanın indirilmesini gerektiren takdiri bir neden olarak değerlendirilebilir.” Koca, Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 736. “Failin geçmişi, diğer bir anlatımla suç öncesi yaşantısı[...].” Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 982. “Failin geçmişi, yani suç öncesindeki yaşantısı[...].” Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 225.

¹¹ Mehmet Tan, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler: Karşılaştırmalı, Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı, Özetli**, C. 1-2, Ankara, Seçkin, 2011, s. 2313.

¹² Tan, a.e., C. 1-2, s. 2313.

¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1980/26, K.1980/89, 10/03/1980. Kararı aktaran: Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 71.

suçlar da kişisel özelliklerinin belirlenmesinde önemli bir ölçüt olacaktır. Cezanın amacına hizmet edecek bir takdiri indirim uygulaması için hüküm anına kadar gözlemlenecek yaşantı ve kişilik göz önünde bulundurulmalıdır. TCK m. 62’de bulunan diğer ölçütler de failin hüküm anına kadarki nitelikleri ile ilişkili olduğundan “failin geçmişi”nden hüküm anına kadar olan yaşantısının anlaşılması sistematik açıdan daha tutarlı olacaktır. Aynı zamanda somut olaydaki denk geliş öyle olabilir ki; yargılamanın başında temin edilen adli sicil kaydında herhangi bir suç kaydı bulunmamasına rağmen uzun süren yargılamanın hüküm aşamasına gelene kadar, fail hakkında başka dosyalarda mahkûmiyet kararı verilmiş olabilir. İsbetli bir bireyselleştirmenin sağlanabilmesi için bu gibi pratik durumların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

3.1.1.2. Failin Geçmişi Ölçütünün Kusur Kavramı ile İlişkisi

Öteden beri, ceza hukukunda; failin geçmişinde bulunan “iyi” veya “kötü” olarak nitelendirebileceğimiz davranışlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınmıştır ve alınmaya devam edilmektedir.¹⁴ Esasında kural olarak fiil ceza hukuku anlayışına göre; suç ve ceza sorumluluğunun tespitinde suçun işlendiği andaki kusurluluk esas alınır.¹⁵ Türk ceza hukukunda da kusur sorumluluğu benimsenmiştir. Bu nedenle “failin geçmişi” ölçütü bağlamında kusur ilkesinin tartışılması gerekmektedir.

Bilindiği üzere kusur; haksızlık teşkil eden bir fiilin gerçekleştirilmesi nedeniyle failin muaheze edilmesi (kınanması) gerektiği yönündeki yargıyı ifade eder.¹⁶ Kusur ilkesi, kişinin ancak kusur yeteneğinin olması hâlinde ve kusuru oranında cezalandırılması gerektiği anlamına gelir. Bu doğrultuda fail, kişiliği ya da

¹⁴ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 187. KAN’a göre “Hakimin değerlendirmesindeki en önemli mekanizmalardan biri, kararını gerekçelendirmesi ise takdiri indirim nedenleri ile ilgili olarak, değer yargıları ile yapılan “iyi” ve “kötü” gibi belirlemelerin, subjektif bir yaklaşımdan kurtarılacak bir ölçütle değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.” Çağrı Kan, “Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hakimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu”, **Suç ve Ceza Dergisi**, C. 14, No: 4, 2021, s. 813. Ancak bizim burada bahsini geçirdiğimiz “iyi” ve “kötü” hâkimin kişisel dünyasından haşrolan bir değerlendirme biçimi değildir. Aksine objektif bir şekilde hukuk düzeni tarafından kendisine bir olumsuzluk atfedilen şeyler “kötü”, bu tanımın karşısında sınıflandırılacak şeyler “iyi” olarak değerlendirilmelidir.

¹⁵ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 165; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 724; Halil Polat, Aynur Arslan Polat, **Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı**, C. 1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 184.

¹⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 385.

yaşam biçiminden ötürü değil, işlemiş olduğu haksızlığa ilaveten bu haksızlık bakımından kusurlu olması nedeniyle cezalandırılır.¹⁷ Failin sürdürdüğü yaşam tarzı veya ahlaki özellikleri itibarıyla kusurluluğundan bahsedilemez.¹⁸ Zira ceza hukukunun konusu failin yaşam tarzı değil, fail tarafından gerçekleştirilmiş eylemdir.¹⁹ Kişiler suç işlemedikleri sürece kendi yaşamlarını düzensiz ya da kötü şekilde sürdürme özgürlüğüne sahiptirler.²⁰ Alman doktrinde kusur yargısının somut eyleme ilişkin kusur olarak anlaşılmasının yanında; failin yaşam tarzı kusuru, failin karakter kusuru²¹, failin kişilik kusuru veya failin yaşamının belirleyici olduğu kusur olarak da ifade edilen, failin somut olaydaki eyleminden ziyade yaşam biçimine dair bir kusur yargısı anlayışı da mevcuttur.²² Türk ceza hukuku doktrini bakımından kabul edilen görüş ise fiil kusurudur, ancak failin fiilden önceki yaşamı cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulur.²³

Kusurun, cezanın miktarının belirlenmesi bakımından mahiyetinden bahsetmiştik: Kusur ilkesi gereğince kişi ancak kusuru oranında (burada kastedilen fiil/eylem kusurudur) cezalandırılır. Kişiye kusuru oranında ceza vermenin iki anlamı vardır. Bunlardan ilki, kişinin kusurundan daha ağır bir şekilde cezalandırılmayacağıdır. Bilhassa genel güvenliğin sağlanması, suçla mücadelenin gerçekleştirilmesi, cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleştirilmesi gibi gerekçeler ile kişiye kusurundan daha ağır bir ceza verilemez.²⁴ Aksi takdirde araçsallaştırma yasağı ihlal edilmiş olur. Diğer yandan, özel önleme bakımından

¹⁷ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 314; Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 185.

¹⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 385.

¹⁹ Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 80.

²⁰ Meraklı, **a.e.** Ancak bu görüşe takdiri indirim nedenleri bakımından bir şerh düşmek gerekebilir. Zira somut olayın elverdiği ölçüde genel anlamda hukuka aykırı davranışlar ve kabahatlerin de takdiri indirim nedenleri yönünden dikkate alınabileceği görüşünü benimsemekteyiz.

²¹ “Karakter kusuru” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için Bkz.: Serdar Talas, “Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 58-60.

²² Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 78. Benzer yönde Bkz.: Mehmet Emre Yıldız, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 277.

²³ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 396.

²⁴ Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 91.

gerekli olması ve genel önlemenin asgari gerekliliklerine aykırı olmaması²⁵, daha az miktarda cezanın daha adil bir sonuç doğuracak olması hâlinde; ceza, kusurdan daha az olabilir. Kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması, cezanın belirlenmesinde kullanılacak tek ölçütün kusur olduğu anlamına gelmez; ne olursa olsun faile verilecek cezanın, failin kusurunu aşamayacağı anlamına gelir.²⁶ Çalışmamızın konusu bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekirse; takdiri indirim nedenlerine ilişkin ölçütlerin, failin kusurundan bağımsız bir nitelik taşıdığını²⁷ ifade etmek gerekir. Takdiri indirim nedenleri vasıtasıyla faile kusurundan daha az bir ceza verilebilmektedir.²⁸ ÖZTÜRK/ERDEM'e göre; kusurun azlığı, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulabilir.²⁹

3.1.1.3. Önceden İşlenmiş Suç

Failin geçmişi bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilirken, değerlendirmenin sonucu failin lehine olabileceği gibi failin aleyhine de olabilecektir.³⁰ Failin geçmişinin aleyhine değerlendirilmesinin en sık karşılaşılan biçimi adli makamlara yansımış olayların değerlendirilmesidir.³¹ Ancak belirtmek

²⁵ Kabak Yüce, **a.e.**, s. 151.

²⁶ Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, s. 57.

²⁷ Meraklı, **a.e.**, s. 457.

²⁸ Kabak Yüce, "Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi", s. 92.

²⁹ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 564-565.

³⁰ Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", s. 365. GÖKCAN/ARTUÇ bu konu hakkındaki bir görüşten şu şekilde bahsetmiştir: "*Doktrindeki bir görüşe göre failin geçmişi, temel cezanın belirlenmesine ilişkin kriterler arasında değil de, takdiri indirim nedenleri arasında düzenlendiğinden, yalnızca sanık lehine olacak şekilde dikkate alınabilir.*" Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2287. Gerçekten de GÖKCAN/ARTUÇ'un atf yaptığı eserde ÜZÜLMEZ tarafından bu düşünce şu cümlelerle ifade edilmiştir: "*Failin geçmişi temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler arasında değil, takdiri indirim nedenleri arasında düzenlendiğinden sadece lehe olacak şekilde dikkate alınabilecektir. Suç anına kadar herhangi bir ceza mahkûmiyetinin bulunmaması failin kişiliğinin önemli bir göstergesi olarak cezanın indirilmesini gerektiren takdiri bir neden olarak değerlendirilebilir.*" Üzülmöz, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", s. 299. Ancak aynı eserde; atf yapılan paragrafı takip eden paragrafta önceki mahkûmiyetin takdiri indirime engel olabileceği ifade edilmiştir. "*Bu noktada tartışılması gereken bir husus da, failin önceki mahkûmiyetinin takdiri indirime mutlaka engel oluşturup oluşturmayacağıdır. Diğer deyişle hakim, somut olayda cezayı belirlerken sırf önceki mahkûmiyeti gerekçe göstererek takdiri indirim yapmaktan kaçınabilir mi? Maddede buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, failin geçmişine ilişkin önemli bir gösterge olduğundan önceki mahkûmiyet takdiri indirime engel olabilecektir.*" Bu bağlamda; kanımızca failin geçmişinin "yalnızca (sadece)" sanığın lehine olarak dikkate alınabileceğinin ifade edilmesi, failin geçmişinin cezayı takdiren arttırıcı bir niteliğinin olmadığına işaret etmek içindir.

³¹ Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s. 1497.

gerekir ki failin daha önceden suç işlemiş olması mutlaka takdiri indirimin uygulanmayacağı anlamına gelmediği gibi, daha önceden suç işlememiş olması da mutlaka takdiri indirim uygulanacağı anlamına gelmez.³²

Failin daha önceden işlediği suçların, son suç için verilecek cezada etkili olup olmayacağı hususu “*ne bis in idem*” ilkesi ve sanığın yargılamasının ilgili yargılamaya konu eylemle sınırlı olması ilkesi³³ yönünden tartışmalara yol açabilir. Bu konu özellikle tekerrür müessesesi yönünden tartışılmıştır. Tekerrür nedeniyle cezanın arttırılmasını (veya infazın ağırlaştırılmasını) kabul etmeyen teorilerin gerekçelerinin, failin sabıkasının takdiri indirime engel olması veya takdiri indirimi zorlaştırması hususunda da öne sürülebileceğini ifade edebiliriz.

Tekerrürü kabul etmeyen teorilere göre; tekerrür uygulaması aynı fiilin iki defa cezalandırılmayacağı kuralına aykırıdır.³⁴ Zira fail önceki cezasını çekmekle topluma karşı borcunu ödemiştir.³⁵ İlk suç ile ikinci suçun cezası arasında bir neden sonuç ilişkisi de bulunmadığına göre ikinci suçun cezasının arttırılmaması gerekmektedir.³⁶ Aynı eleştiriler takdiri indirim nedenleri müessesesi yönünden de gündeme getirilebilir.

Kanaatimizce burada bahsi geçen ilkelerin ihlal edileceği yönündeki görüş yerinde değildir. Failin geçmişindeki suçların ve mükerrerlik halinin dikkate alınarak cezasının azaltılmamasının (veyahut cezasının arttırılmasının/infazın ağırlaştırılmasının) nedeni failin daha fazla kusurlu olması değil, toplum için daha tehlikeli olduğunun kabul edilmesidir.³⁷ Ancak burada “tekrar suç işleme potansiyelinin tespitinin sağlam esaslara dayandırılması” mühimdir, zira böyle bir tespiti ulaşmak kolay değildir.³⁸ “Failin Geçmişi Ölçütünün Kusur Kavramı ile İlişkisi” başlığında; genel güvenliğin sağlanması, suçla mücadelenin

³² Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 724.

³³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 291.

³⁴ İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda Tekerrür”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 1-2, 2002, s. 171.

³⁵ Esra Alan, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 70.

³⁶ Alan, **a.g.e.**, s. 70-71.

³⁷ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 188; Alan, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür**, s. 72.

³⁸ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 25-26.

gerçekleştirilmesi, cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleştirilmesi saikiyle failin kusurundan fazla ceza verilmesine dair getirdiğimiz eleştiriler, bu konu bakımından da geçerlidir.

Hâkim failin önceki suçlarını göz önünde bulundurarak failin kişiliği hakkında bilgi sahibi olur. Bu bilgiyi ise cezayı bireyselleştirirken kullanır. “Faili suça iten etkenler, karar vermesinde etkili faktörler, daha önce işlediği suçlar, yaşam koşulları, işlediği suçların gösterdiği ayniyet” gibi hususlar failin kişiliğinin belirlenmesine yardımcı olabilecek ölçütlerdir.³⁹ Yargı kararlarında⁴⁰ da sanığın sabıkasının bulunması, takdiri indirim uygulanmamasına gerekçe olarak gösterilmektedir. Hâkim tarafından gözetilmesi gereken failin geçmişi, failin kişilik özellikleri hakkında bilgi verdiği ölçüde göz önünde bulundurulmalıdır. Yargı kararlarında da sanıkların sabıkalı olmalarından kişiliklerine dair çıkarımlar yapıldığı görülmektedir:

*“Sanığın adli sicil kaydından anlaşılan **sabıkalı ve suç işlemeye meyilli kişilik özellikleri**, yargılama sürecinde hiçbir pişmanlığının görülmemesi dikkate alındığında nedenleri bulunmadığından Sanık hakkında takdiri indirim nedenlerini düzenleyen TCK 62. Maddesinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına,”⁴¹*

*“Sanıklar Mikail ile Cabbar’ın dosyada **mevcut mahkumiyetlerine ilişkin kararların kişiliklerini göstermesi**, sanık Mehmet’in menfaat karşılığında kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kasıtlarındaki yoğunluk dikkate alınarak TCK 29.maddesine göre sanıkların cezalarının asgari haddin üstünde tayini gerekirken, mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın alt sınırdan tayin edilmesi yasaya aykırıdır.”⁴²*

Failin daha önceden suç işlemiş olmasının her hâlde takdiri indirime engel olmadığını ifade etmiştik. Burada failin geçmişte işlediği suçlarla kastedilenin fail hakkında verilmiş kesin mahkûmiyet kararları olduğunu ifade etmek gerekir. Sanık hakkında başkaca bir soruşturma veya kovuşturmanın sürüyor olması takdiri indirime

³⁹ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 165.

⁴⁰ Ancak takdiri indirim nedenlerinin tatbikine dair çalışma boyunca atfı yaptığımız yargı kararlarında TCK m. 62’de düzenlenen ölçütlerin bütün hâlinde değerlendirildiğini akıldan çıkarmamak gerekir. Söz gelimi bir yargı kararında hem sabıkasız geçmişe hem duruşmalardaki iyi hale hem de failin samimi ikrarına değinilmiş olabilir.

⁴¹ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi, E.2019/1564, K.2020/1452, 16/09/2020.

⁴² Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1996/1689, K.1996/2720, 05/07/1996. Kararı aktaran: Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 365. Kararın verildiği dönemde failin geçmişi temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş bir ölçüt olduğundan MTCK m. 29’a göre karar tanzim edilmiştir. Ancak failin geçmişine işaret etmesi yönünden bu karara çalışmamızda yer vermeyi uygun gördük.

engel değildir.⁴³ Aksi yönde bir kabul masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelecektir. Zira masumiyet karinesi gereği; “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.”⁴⁴. **KORUCULU** ise kadına karşı işlenen şiddet suçlarında olay öncesinde alınan uzaklaştırma kararının, “failin geçmişi” bağlamında takdiri indirime engel olması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda -her ne kadar bu konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından tartışılmasa da- ilgili ilk derece mahkemesinin aksi yönde görüş benimsediği görülmektedir:

“Geçmişinde benzer suçlardan mahkumiyetleri bulunan sanıklar ile yine sabıkaları dolayısı ile olumsuz kişilik ortaya koyan sanıklar açısından ise TCK’n[ı]n 62. Maddesi takdiren uygulanmamıştır.

*Ayrıca mahkememizde aynı şekilde reçete dolandırıcılığı suçlaması ile **haklarında açılan kamu davası devam etmekte olan** sanıklardan Hizan Nur Bucak (mahkememizin 209/248 ve 2012/49 esas sayılı dava dosyalarında sanık olarak yargılanmaktadır ve bu dosya içeriklerinin heyetimizce ayrıntısı ile bilinmektedir), ... (mahkememizin 209/248 ve 2012/49 esas sayılı dava dosyalarında sanık olarak yargılanmaktadır ve bu dosya içeriklerinin heyetimizce ayrıntısı ile bilinmektedir) ve ... (mahkememizin 209/248 esas sayılı dava dosyasında sanık olarak yargılanmaktadır ve bu dosya içeriklerinin heyetimizce ayrıntısı ile bilinmektedir) açısından ise heyetimizce incelenen bu dosya içerikleri nazara alınarak ve sanıkların suçtan pişmanlıkları ve suç dolayısı ile ortaya koydukları olumsuz kişilikleri birlikte değerlendirilerek, bu sanıklar açısından takdiren TCK’n[ı]n 62. maddesi uygulanmamıştır.*

Her ne kadar bir kişi hakkında devam etmekte olan bir yargılama dosyası masumiyet ilkesi nedeni ile cezanın bireyselleştirilmesine esas alınamayacağı ileri sürülebilir/cekse de bu fikrin kabulü mümkün değildir, çünkü gerek öğretide gerekse de uluslararası hukuksal belgelerden kabul edildiği üzere masumiyet ilkesinden hareketle hakkında kamu davası açılan bir kişinin kesin olarak masum olduğu ileri sürülemeyecektir, farklı bir yaklaşım ile hakkında kamu davası açılan bir kişi hakkında ne masum denebilir ne de suçludur denebilir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına bakıldığında masumiyet ilkesinden anlaşılması gereken budur.⁴⁶

⁴³ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 226. Aksi yönde görüş için Bkz.: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 291. **ÇOLAK/UGURTAN**’a göre: “Hükümlülükle sonuçlanmamış olsalar bile, fail hakkında yürütülmüş bulunan ve çeşitli sebeplerle düşen davalar da ceza tayininde dikkate alınabilecektir. Burada önemli olan husus, önceki hükümlülüklerin cezaya kanuni sebep olarak ağırlatıcı etki göstermemesi ve suçlar arasındaki mevcut bağlantı sonucu failin kişilik yapısının tespiti ve suç işlemeye olan eğilimidir.” Harun Çolak, Altan Uğurtan, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, No: 30, 2008, s. 7.

⁴⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 15 ve m. 38.

⁴⁵ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 338.

⁴⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/31, K.2019/309, 11/04/2019.

Failin daha önceden işlemiş olduğu suçun son mahkumiyet kararında dikkate alınabilmesi için iki suç arasında kriminolojik bir bağ olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷ Bu doğrultuda failin geçmişte işlemiş olduğu suçların sayısı, alınan cezaların miktarı, suçların ne kadar süre önce işlenmiş olduğu, işlenen suçların kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği, suçların arasındaki benzerlikler gibi durumlar göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁸

Örneğin failin daha önceden taksirle işlediği bir suçtan mahkum olması, sonradan kasten işlenen bir suçun cezasında takdiri indirime engel görülmeyebilir.⁴⁹ Yine benzer şekilde failin uzun yıllar önce işlemiş olduğu bir suç her zaman takdiri indirime engel görülmeyebilir.⁵⁰ Nitekim suçlu; müstahak olduğu cezayı çekmekle, cezalandırma yönünden bir bakıma masum statüsüne girmektedir.⁵¹

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda; sabıkasında bir adet hükmün açıklanmasının geri bırakılması ilamı dışında suç kaydı bulunmayan sanık yönünden sabıkalı geçmişin gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulanmamasını yasaya aykırı görmüştür.⁵²

TCK m. 62’de failin geçmişinde ne kadar süre önceki suçların değerlendirileceğine dair bir ölçüt bulunmamaktadır.⁵³ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 9. maddesine göre cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık halleri, ceza zamanaşımının dolması ve genel af

⁴⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 292.

⁴⁸ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1497.

⁴⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 736.

⁵⁰ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 337.

⁵¹ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 25.

⁵² “5237 sayılı TCK’nin 62. maddesinde takdiri indirim nedeni olarak “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi” hususların düzenlenmesi karşısında, suç tarihinde düzenlenen **adli sicil kaydına göre CMK 231. madde uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması ilamı dışında kaydı bulunmayan sanık hakkında sabıkalı geçmişi gözetilerek olumlu kanaat oluşmadığından bahisle TCK 62/1 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, [...] Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün [...] BOZULMASINA”** Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2014/159, K.2015/1149, 26/01/2015.

⁵³ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1497.

hallerinde adli sicil kaydı silinerek arşiv kaydına alınır.⁵⁴ Adli sicil kaydının silinerek arşiv kaydına alınmasındaki amaç, cezanın damgalama etkisinin azaltılması ve suçlunun yeniden topluma adapte olmasının sağlanmasıdır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda; adli sicil kaydının silinme şartlarının oluşması nedeniyle TCK m. 62 uyarınca takdiri indirim yapılan bir olayda; daha önceki kasti suçların varlığı gözetilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesini çelişkili bularak bozma nedeni yapmıştır.

55

Atıfta bulunduğumuz kararda asıl tartışma konusu takdiri indirim nedenlerinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun aynı anda nasıl uygulanacağı hususudur. Ancak yine de atıf yapmış olduğumuz kararda vurgulanan “adli sicil kaydının silinme şartlarının oluşması” ölçütü, failin sabıkasının değerlendirilmesinde süre yönünden kıstas alınabilecek bir ölçüt olarak işaret edilmiştir. Failin sabıkasının süre bakımından dikkate alınmasında bir diğer ölçüt olarak tekerrüre ilişkin süreler akla gelebilir.

5237 sayılı TCK’da tekerrür müessesesi cezanın belirlenmesinde değil, cezanın infazında dikkate alınmaktadır.⁵⁶ Tekerrür düzenlemesi, TCK’da başlık olarak güvenlik tedbirleri başlığı altında bulunsa da hukuki nitelik olarak maddi ceza hukuku

⁵⁴ Adli sicil kayıtlarının hukuki niteliği ve silinme koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Süleyman Türkarlan, “Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, No: 4, 2014, s. 19-46. Adli sicil kayıtlarının silinerek arşiv kaydına alınması şartlarından ceza zamanasının dolması ve genel af hallerine dair bir istisna gözetmek gerekir. Bu gibi hallerde her ne kadar adli sicil kaydı silinse de bu hallerin failin kişiliğinin belirlenmesi açısından göz önünde bulundurulabilmesi gerekir. Bu konu, işbu başlığın devamında ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

⁵⁵ “Sanığın adli sicil kaydında yer alan hükümlülüklerinin silinme şartlarının oluşması ve “sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri” gözetilerek sanık hakkında TCK’nın 62. maddesi uygulanmasına rağmen, “daha önceki kasti suçlarının varlığı” biçimindeki kanuni olmayan ve çelişkili gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2013/9829, K.2015/23922, 06/03/2015. Kararı aktaran: Cengiz Otacı, Murat Öztekin, Fatih Özyayın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 1217. Aynı yönde Bkz.: “Suç tarihi itibarıyla sanığın **adli sicil belgesindeki görülen tek kaydın silinme şartlarının oluşması**, yargılama sürecindeki davranışları **olumlu bulunarak takdiri indirim uygulanan ve hapis cezası seçenек adli para cezasına çevrilen sanık hakkında, adli para cezası hükmünden daha lehe olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilip verilmeyeceğinin** gerekçe ve hüküm kısmında tartışılması,” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2017/22398, K.2021/4690, 11/02/2021.

⁵⁶ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 965.

ve infaz hukukuna ilişkin karma bir kurum olarak nitelendirilmiştir.⁵⁷ TCK m. 58'e göre: *"beş yıldan fazla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl; beş yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar"* için tekerrür hükümleri uygulanmaz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ'e göre takdiri indirim nedenleri müessesesi bu tip sınırlamalar için uygun değildir, bu süreler ancak yol gösterici nitelikte olabilir.⁵⁸ GENÇER'e göre de *"failin geçmiş sabıkasının etkili olacağı süreyi sadece tekerrür süreleri ile sınırlandırmak doğru değildir."*⁵⁹ Zira böyle bir uygulama hâlinde failin suça eğilimini değerlendirme alanı oldukça daraltılmış olur.⁶⁰

APIŞ'e göre ise her ne kadar tekerrürün varlığı mutlaka takdiri indirimin uygulanmayacağı anlamına gelmese de *"infazı ağırlaştıran bu hususun var olduğu durumlarda, failin geçmişi kapsamında takdiri ceza indirimine gidilmesi"* çelişki oluşturmaktadır.⁶¹

Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda ise; hem tekerrüre esas olan hem de tekerrüre esas olmayan mahkûmiyetlerin mevcudiyeti nedeniyle takdiri ceza indirimi yapılmamasında hukuka aykırılık görülmemiştir.⁶²

Kanaatimizce sanığın adli sicil kaydında tekerrüre esas suçların bulunması mutlaka takdiri indirime engel bir husus değildir. Hâkim TCK m. 62'de bulunan diğer ölçütleri göz önünde bulundurarak takdiri indirime hükmedebilir. Ancak tekerrüre esas kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının varlığı hâlinde; takdiri indirimin *"failin geçmişi"*

⁵⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar için Bkz.: Alan, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür**, s. 94-98.

⁵⁸ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1498.

⁵⁹ Genç, "Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri", s. 101.

⁶⁰ Genç, **a.e.**

⁶¹ Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 192.

⁶² "[...] *"sanığın geçmişi, aynı suçtan tekerrüre esas olan ve olmayan kesinleşmiş mahkûmiyetlerinin olması ve tüm dosya kapsamından atılı suçu işlemekten dolayı samimi ve ciddi bir pişmanlığının müşahade ve tespit edilmemesi, dolayısıyla ileride suç işlemekten çekineceğine dair mahkememizce hiçbir kanaat oluşmaması, cezanın caydırıcı olması gereken etkisi, suç işleme eğilimi gözetilerek sanık hakkında takdiri indirim nedeninin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına yer olmadığına"* yönelik gerekçesi karşısında; mahkemenin inanç ve takdirinde hukuka aykırılık görülmemiştir." Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2021/8896, K.2023/18789, 23/05/2023.

yönünden değerlendirilmesinde daha katı bir tutum benimsemek gerekir. Sözelimi “failin geçmişı” kriteri yönünden, failin önceki hayatı hâkime olumlu bir done vermiyor olsun. Aynı zamanda ise failin tekerrüre esas kesinleşmiş mahkûmiyetleri bulunsun. Bu ihtimalde bizce de “failin geçmişı” gözetilerek takdiri ceza indirimi yapılması çelişkili bir durum ortaya çıkaracaktır. Zira kanun koyucunun tekerrür müessesesini düzenlemekle amaçladığı ve öngördüğü infazın ağırlaşması/cezanın arttırılması durumu; takdiri indirim uygulanmasıyla kısmen de olsa etkisizleştirilecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda; sanığın aynı nitelikteki suçlardan birden fazla sabıkasının olması nedeniyle takdiri ceza indirimi uygulanmaması isabetli görülmüştür.⁶³ Aynı nitelikteki suçlara örnek olarak; malvarlığına karşı işlenen suçlardan olan hırsızlık ve yağma suçları örnek gösterilebilir. Bu doğrultuda suçla korunan hukuki değerin bir değerlendirme ölçütü olarak göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

Ancak yine vurgulamak gerekir ki; takdiri indirim nedenleri müessesesini, her durumu kapsar şekilde kabul edilecek genel geçer formüllere sıkıştırmamak gerekir. Takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde somut olay adaleti ve yargılamanın süjeleriyle doğrudan muhatap olan ilk derece hâkiminin takdiri öne çıkmaktadır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına dair bahsettiğimiz ve bahsedeceğimiz ilkeler adeta birer “karine”dir. Somut olayda aksi yönde bir durum mevcutsa failin sabıkasız geçmişı tek başına indirim yapılmasını gerektirmeyebilir. Gerçekten de failin işlediği suçların niteliklerinin aynı olması pek tabii failin kişiliğine

⁶³ “Davetiye tebliğine rağmen duruşmaya katılmadığı için zorla getirilmesine karar verilen, **aynı nitelikte suçtan birden fazla sabıkası olan** sanık hakkında, savunmasını tespit eden, tutum ve davranışlarını bizzat gözlemleyen yerel mahkemece gösterilen; “**sanığın aynı nitelikteki taksirli eylemlerinden dolayı olumsuz kişiliği** dikkate alınarak sanık hakkında TCK’n[ı]n 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” şeklindeki gerekçenin, dosya kapsamı ile uyumlu, denetime elverişli, yasal ve yeterli olup, TCK’n[ı]n 50. maddesinin uygulanmasına ilişkin gösterilen gerekçe ile de çelişmediği, dolayısıyla yerel mahkemece sanık hakkında TCK’n[ı]n 62. maddesinin uygulanmamasının isabetli olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/784, K.2015/366, 03/11/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1213.

dair ipuçları barındırır.⁶⁴ Ancak failin farklı tipte suçları işlemesi de takdiri indirime mani olabilir, zira fail hukuk kurallarına aykırı davranışlarını sürdürmektedir.⁶⁵

Çalışmamızın “Cezanın Amacının Gerçekleştirilmesi Bakımından Takdiri İndirim Nedenleri” başlığı altında belirtmiş olduğumuz üzere; takdiri indirim nedenleri müessesesi, bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olarak “müstahak” olan cezayı belirlemede kullanılan bir vasıtaadır. Aynı şekilde takdiri indirim nedenleri cezanın özel önleme amacının gerçekleştirilmesine katkı sağlar. Somut olaylarda cezanın amacına hizmet ettiği ölçüde; failin geçmişi, lehine veya aleyhine olacak şekilde değerlendirilmelidir. Failin cezaya karşı umursamaz bir tavır içinde olması nedeniyle “müstahak” olduğu ceza; takdiri ceza indiriminin yapılmaması sonucunda ortaya çıkabilir. Yine aynı şekilde cezanın fail yönünden caydırıcılık ve özel önleme amacının gerçekleştirilmesi, indirimin o fail yönünden uygulanmaması yoluyla sağlanabilir. Önceki suçlardan verilen cezaların, kişinin caydırılmasında etkisiz ve yetersiz kaldığı değerlendirilmesine ulaşırsa takdiri indirimin uygulanmaması gündeme gelebilir. Bunun tam tersi bir anlayışla; faile indirim uygulanarak topluma yeniden adapte olması, daha adil bir hüküm kurulduğuna olan inançla ıslaha katkı sağlanması da gündeme gelebilecektir.

Kanunda düzenlenen suçların, yeni bir kanuni düzenlemeyle suç olmaktan çıkarılması hâlinde, geçmişte işlenen bu tip suçların takdiri indirime engel olmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁶ Zira kanun koyucu ilgili eylemleri artık cezalandırmaya layık görmemektedir.

“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” hususların düzenlenmesi karşısında, bu hususlar tartışılarak bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç tarihinde düzenlenen adli sicil kaydına göre 3167 sayılı Yasa’ya muhalefet suçundan verilmiş

⁶⁴ Bu doğrultuda değerlendirilebilecek bazı suçlu tipleri TCK m. 6’da tanımlanmıştır. TCK m. 6’ya göre; itiyadi suçlu, “kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi”dir. Suçu meslek edinen kişi, “kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi”dir. Örgüt mensubu suçlu, “bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi”dir.

⁶⁵ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 81.

⁶⁶ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 365.

mahkumiyetlerinin. 20/12/2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu ile 3167 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılarak yeni düzenlemeler getirildiği ve suç olmaktan çıkartıldığı anlaşılmakla sanık hakkında, yetersiz gerekçe ile takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi”⁶⁷

Kanaatimizce; ilgili eylemler her ne kadar suç olmaktan çıkarılmışsa da, hukuka aykırı bir eylem olarak hukuk sistemi içinde halen düzenlenmekte ise; istisna bir durumdan bahsedilebilir. Söz gelimi ilgili eylemler suç olmaktan çıkarılmakla birlikte artık kabahat olarak düzenleniyor ise -bu fiillerin failin kişiliği hakkında bilgi vereceği hususu da göz önünde bulundurularak- TCK m. 62’nin tatbikinde göz önünde bulundurulması mümkün olabilecektir.

Zamanaşımına uğramış suçların, “failin geçmişi” ölçütü yönünden nasıl değerlendirileceği tartışmalıdır.⁶⁸ ÖZEN’e göre suçun zamanaşımına uğraması hâlinde failin aleyhine değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶⁹ CENTEL’e göre de zamanaşımına uğrama nedeniyle artık yargılanması mümkün olmayan eylemler aleyhte etki etmez.⁷⁰ ŞİMŞEK’e göre ise zamanaşımına uğramış suçlar fail aleyhine değerlendirilebilmelidir, zira bu suçlarda “farklı sebepler ile mahkum edilme söz konusu olmasa da işlenen fiiller hala toplumca hoş karşılanmamaktadır.”⁷¹

Burada dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı arasında bir ayırım yapmak gerekir.⁷² Dava zamanaşımının gerçekleşmesi hâlinde ilgili suçtan dava açılmayacağı gibi, açılmış davaya da devam edilemeyecektir. Doktrinde dava zamanaşımının dolması hâlinde, ilgili suçun sonraki suçlarda cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınıp alınmayacağı tartışılmıştır. ÖZGENÇ’e göre: “Bir suçla ilgili olarak dava

⁶⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2013/22363, K.2015/1313, 26/01/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özeydin, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1218.

⁶⁸ Mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu’nda “ceza zamanaşımının dolması” adli sicilden silinme şartları arasında sayılmamışken yürürlükteki 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 9. maddesine göre ceza zamanaşımının dolması hâlinde adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınır.

⁶⁹ Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 107.

⁷⁰ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 365.

⁷¹ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 84.

⁷² DÖNMEZER/ERMAN tekerrür müessesesi yönünden zamanaşımının dolmasının etkisini şu şekilde değerlendirmiştir. “Dava zamanaşımı dolmuşsa, artık o fiilden dolayı dava açılmayacağı veya açılmış olan davanın düşmesine karar vermek gerekeceğinden, ortada esasen mahkûmiyet bulunma ve bu zamanaşımı ile düşme halinde tekerrür söz konusu olmaz. Ceza zamanaşımında ise; mahkûmiyet hali saklı kalıp, sadece hükmedilmiş cezanın infazına imkân kalmadığından, bu mahkûmiyet tekerrüre esas olur.” Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:3**, 7. bs., İstanbul, 1976, s.170.

*zamanaşımı dolmasına rağmen, kanımızca, bu suç, failin işlediği başka bir suçtan dolayı cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınabilir.”*⁷³ TANER ise bu görüşe “*sanık ya da şüphelinin suç sayılan fiili işlediğinin mahkeme kararı ile sabit olmaması nedeniyle*” katılmamaktadır.⁷⁴ ALŞAHİN de “*dava zamanaşımının dolması nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verildiğinde, failin suçluluğu ya da suçsuzluğu belirlenemediği için, dava zamanaşımı dolan*” suçun sonraki suçların cezalarının belirlenmesinde etkili olmayacağını ifade etmiştir.⁷⁵ Bizce de dava zamanaşımının dolması “davayı” -yani “iddiayı”- sona erdirir, böylece masumiyet karinesi gereği artık kişi davadan kurtulmuş bulunmaktadır.⁷⁶ Bu doğrultuda dava zamanaşımı gerçekleşmiş suçların, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulmaması gerekir.

Mahkeme tarafından hükmedilmiş ve kesinleşmiş bir cezanın hüküm tarihinden itibaren kanunda öngörülen süreler içinde infaz edilememesi hâlinde; devletin infaz yetkisini ortadan kaldıran müesseseye, ceza zamanaşımı adı verilir.⁷⁷ Ceza zamanaşımının gerçekleşmesiyle mahkûmiyet hükmü ortadan kalkmamakta, yalnızca infaz kabiliyeti sona ermektedir.⁷⁸ Dolayısıyla hüküm diğer sonuçlarıyla birlikte varlığını sürdürmektedir.⁷⁹ Dava zamanaşımından farklı olarak burada ilgili kişi “sanık” değil “hükümlü” sıfatına haizdir.⁸⁰ Bu doğrultuda ceza zamanaşımı gerçekleşmiş suçların takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulması mümkündür.

Genel af veya özel affın takdiri indirim nedenlerinin tatbikine etkisi de ayrıca tartışılması gereken bir husustur. Suçun kaydi olarak ortadan kalkmasının maddi olarak ortadan kalkmasına neden olmadığı, bu nedenle hukuki sonuç doğurmayan bir

⁷³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 922.

⁷⁴ Fahri Gökçen Taner, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 125.

⁷⁵ Mehmet Emin Alşahin, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 275.

⁷⁶ Süleyman Özar, **Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 63.

⁷⁷ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:3, s.298.

⁷⁸ Alşahin, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, s. 319.

⁷⁹ Taner, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, s. 157.

⁸⁰ Özar, **Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, s. 18.

suçun⁸¹ dahi takdiri ceza indirimine engel olabileceği ifade edilmiştir.⁸² Genel af ve özel af müesseseleri TCK m. 65'te düzenlenmiştir.⁸³

Madde hükmünde düzenlendiği üzere genel af ceza ilişkisini bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırırken, özel af yalnızca cezayı kaldırmakta, azaltmakta veya değiştirmektedir.⁸⁴ Kanaatimizce genel af veya özel af fark etmeksizin; infaz edilmekte olan cezaların affı takdiri indirimine engel değildir. Zira bu mahkûmiyetler failin kişiliği ve suça eğilimi hakkında bilgi vermeye elverişlidir. Ancak genel af yönünden; sürdürülmekte olan kamu davaları hakkında düşme kararı verildiğinden ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır. Genel af nedeniyle düşme kararı verilen davaların failin aleyhine olacak şekilde değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

CMK m. 223/4'e göre; işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı hâlinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Kanun koyucunun şahsi cezasızlık hallerinin varlığı hâlinde faile ceza verilmemesini tercih etmesi, işlenen fiilleri iyi olarak gördüğü anlamına gelmez, tam tersine bu fiiller de hukuk sistemi açısından kötüdür ve hukuka aykırıdır.⁸⁵ Bu doğrultuda fail hakkında şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı nedeniyle her ne kadar mahkûmiyet hükmü verilmemişse de; bu durumların failin olumsuz kişiliği hakkında doneler vermesi hâlinde aleyhe olacak şekilde değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Failin geçmişinde bulunan kabahat niteliğindeki fiillerin, failin aleyhine olacak şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak kanaatimizce bu kabahatlerin sıklığı ve

⁸¹ Sanıyoruz ki yazar burada ceza veya mahkûmiyeti kastetmiştir.

⁸² Tan, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler: Karşılaştırmalı, Gerekçeli, Açıklamalı, İctihath, Özetli**, C. 1-2, s. 2312.

⁸³ **TCK m. 65- Af** “(1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.

(2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.

(3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir. ”

⁸⁴ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 608.

⁸⁵ Büşra Demiral Bakırman, **Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerekltiren Şahsi Sebepler**, İstanbul, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:63, 2023, s. 11-12.

yargılama konusu suçla ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Örneğin hakkında daha önceden birden fazla kez “Çevreyi Kirlatme” kabahati nedeniyle idari para cezasına hükmedilmiş bir kişinin, TCK m. 181’de düzenlenen “Çevrenin Kasten Kirlatilmesi” suçunu işlemesi hâlinde ilgili kabahatler failin geçmişi bağlamında aleyhe değerlendirme konusu yapılabilecektir. Antalya BAM 11. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; sanığın sabıkalı geçmişi ve geçmişe ait trafik ceza puanlarının çokluğu gerekçe gösterilerek takdiri ceza indirimi uygulanmasına yer olmadığına hükmedilmiştir.⁸⁶

3.1.1.4. Failin “Olumlu” Geçmişi

TCK m. 62’de “failin geçmişi” ibaresi genel anlamda kullanıldığından, failin olumlu olarak addedilebilecek geçmişinin de takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Failin olumlu geçmişi bağlamında örnek olarak; daha önce topluma faydalı faaliyetlerde bulunmuş olmak⁸⁷, kamu yararına yönelik faaliyet gösteren kuruluşlarda çalışmış olmak, felaket hallerindeki katkılar⁸⁸ gibi durumlar örnek gösterilmiştir. Bu örnekler somut olayın koşullarına göre pek tabii çoğaltılabilir. Failin topluma faydaları nedeniyle cezasının indirilmesinin fikrî mantığı AİİŞ tarafından şu şekilde açıklanmıştır:

“Bazı yazarlara göre, suç işlenmesi, failin mağdurdan daha üstün olduğu düşüncesini ortaya çıkarır. Bu nedenle toplum, mağdurun da fail kadar önemli olduğunu mağdura ve kamuoyuna göstermek için faili cezalandırmaktadır. Failin, daha önce başkalarının yapmak istemediği ve bir bütün olarak topluma fayda sağlayan övgüye değer görevler yapması, failin, mağdurdan ve toplumdaki herhangi birinden daha üstün olduğu mesajını tartışmalı bir şekilde yumuşatır. Toplumun diğer üyeleri gibi, mağdur da -en azından dolaylı olarak- failin önceki iyi davranışlarından yararlanmıştır. Böylece, suçun zararı aynı olsa da toplum, önceki iyi eylemlerin suçludan gelen genel üstünlük mesajını azalttığı teorisine dayanarak, bu önceki iyi eylemleri gerçekleştiren fail için, cezayı makul bir şekilde azaltabilir.”⁸⁹

Failin sabıkasız olması da lehine değerlendirme konusu yapılabilir. Ancak burada somut olayın şartlarının dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Failin daha önce

⁸⁶ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, E.2018/2407, K.2019/1187, 26/04/2019.

⁸⁷ Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 116.

⁸⁸ Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 365.

⁸⁹ AİİŞ, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 190-191.

suç işlememiş olması her zaman hukuk kurallarına saygısından kaynaklanmamış olabilir, söz gelimi failin eline fırsat geçmemesi nedeniyle suç işlememiş olması mümkündür.⁹⁰ Örneğin birkaç gün önce ehliyet almış bir kişinin (veya hiç ehliyeti olmayan bir kişinin)⁹¹ trafik kazasında taksirle yaralamaya neden olması hâlinde daha önce hiç kaza yapmamış olması lehine değerlendirilmez.⁹²

3.1.2. Failin Sosyal İlişkileri

3.1.2.1. “Failin Sosyal İlişkileri” ile “Failin Şahsi ve Sosyal Durumu” Kavramları Arasındaki İlişki

MTCK m. 29’a göre:

“Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, [...] şahsi ve sosyal durumu, [...] gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler.”

YTCK m. 62’nin 7406 sayılı kanun değişikliğinden önceki haline göre:

“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.”

YTCK m. 62’nin son haline göre ise:

“Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir.”

Kanuni düzenlemeler incelendiğinde; MTCK dönemindeki “failin şahsi ve sosyal durumu” şeklindeki düzenlemenin, YTCK döneminde “failin sosyal ilişkileri” şeklinde düzenlendiğini görmekteyiz. Burada cevaplandırılması gereken ilk soru bu

⁹⁰ Pınar Bacaksız, Tuğba Bayzit, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 16, No: 47, 2021, s. 440.

⁹¹ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 724.

⁹² Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 225.

iki kavramın aynı anlama gelip gelmediği hususudur. Türk Dil Kurumu Sözlükleri’nde sosyal ilişki “Birbirlerinden haberi olan, en az iki insan arasında bir süre devam eden, anlamlı, belirli amaçları bulunan sosyal bağ” olarak tanımlanmıştır.⁹³ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise “şahsi ve sosyal durum” şu şekilde tanımlanmıştır:

*“29. maddedeki “şahsi durum” deyimi, suçlunun psikolojik ve sosyo-psikolojik durumu ile ilgili olup kişisel yapısı ve buna etkili olan ailevi ve toplumsal konumunu ifade eder. “Sosyal durum” ise, suçlunun toplum içinde bulunduğu mevkidir. Sosyal durum, objektif ve subjektif olarak değerlendirilir. Kişinin geliri, öğrenimi ve eğitimi ile mesleği, medenî hali gibi hususlar objektif ve subjektif değerlendirmenin ölçüleridir.”*⁹⁴

Kanaatimizce kanun koyucu “failin şahsi ve sosyal durumu” kavramı ile “failin sosyal ilişkileri” kavramı arasında kasıtlı bir tercihte bulunmamıştır. 5237 sayılı TCK’nın gerekçesinde de takdiri indirim nedenlerine ilişkin örnekler sayıldıktan sonra *“Bu nedenler, Hükûmet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti.”* cümlesi yer almaktadır. Kullanılan her iki kavramla da; kişinin içinde bulunduğu şartlar, bunların kişiliğine olan etkileri⁹⁵ ve çevresiyle olan ilişkilerine dikkat çekilmeye çalışılmaktadır.⁹⁶ Dolayısıyla bu kavramların kapsamlarının ve ifade etmeye çalıştıkları hususun aynı olduğunun kabulü gerekir.

Aksi yönde bir görüşe göre: “failin sosyal ilişkileri” ile “failin şahsi ve sosyal durumu” kavramları farklı anlamlara gelmektedir.⁹⁷ Bu görüşe göre kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gereken ceza hukuku alanında; “failin şahsi ve sosyal durumu” kavramı “failin sosyal ilişkileri”ni de içine alan daha geniş bir kavramdır.⁹⁸ ŞİMŞEK her ne kadar bu kavramların farklı anlamlara geldiğini ifade etmişse de; 7406 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önceki haliyle TCK m. 62’ye göre “failin şahsi

⁹³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, 01 Nisan 2024.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

⁹⁵ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 226.

⁹⁶ APİŞ’e göre de: “Sosyal ilişki kavramı, kişisel ve sosyal durum kavramından farklı anlaşılmamalıdır. Zira esasen her iki Kanun da kişinin suç eğilimi ve bu eğilimin ortaya çıkmasını gerektiren faktörlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir.” Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 193.

⁹⁷ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 85-86.

⁹⁸ Şimşek, **a.g.e.**, s. 85.

ve sosyal durumu”nun göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmiştir. 7406 sayılı kanunla TCK m. 62’de bulunan “gibi hususlar” ifadesinin kaldırılmasıyla; kanunda sayılan haller, takdiri indirim sebeplerinin uygulanması bakımından sınırlayıcı hale gelmişse de; TCK m. 62’nin ilk hâlinde takdiri indirim nedenleri sayılanlarla sınırlı olmamak üzere belirlenmiştir.⁹⁹ CENTEL/ZAFAER/ÇAKMUT’a göre de “TCK m. 62 metninde sayılan hallerin sınırlı olmaması dolayısıyla, failin şahsi durumu da onun lehine olarak göz önüne alınabilecektir.”¹⁰⁰

Her iki kavramın da aynı manaya geldiğini ifade eden görüşün benimsenmesi hâlinde; faile uygulanacak hüküm ve ilgili hükmün kapsamı yönünden bir sorun oluşmayacaktır.

Bu kavramların farklı anlamlara geldiğini ifade eden görüşün benimsenmesi hâlinde; 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlarda “failin şahsi ve sosyal durumu” bir değerlendirme ölçütü olarak göz önünde bulundurulamayacaktır.

3.1.2.2. Genel Olarak “Failin Sosyal İlişkileri”

Failin “sosyal ilişkileri” kavramı ile failin “şahsi ve sosyal durumu”nun kanun koyucu tarafından aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görüşünü benimsediğimizi ifade etmiştik. Bu doğrultuda failin sosyal ilişkilerinden anlaşılması gereken; failin çevresi ile olan ilişkisi, suçlunun sosyal ve psikolojik durumu, eğitim seviyesi, mesleği, medeni hali, gelir durumu, sağlık durumu gibi hususlardır.¹⁰¹ Failin sosyal ilişkilerinin cezanın bireyselleştirilmesi sırasında göz önünde bulundurulmasının çeşitli nedenleri olabilir. Bu nedenler, failin aleyhine olabileceği gibi lehine de olabilecektir. Cezanın amaçları arasında failin sosyal yaşama yeniden adapte edilmesi de bulunduğundan ceza verilirken failin sosyal ilişkilerinin göz önünde

⁹⁹ Şimşek, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁰⁰ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 592.

¹⁰¹ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 983; Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 592; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 736.

bulundurulması makuldür.¹⁰² Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda bu hususu vurgulamıştır:

Cezadan beklenen amaç, kişiyi topluma kazandırmaktır. Bu bakımdan suçlunun şahsî ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi halinde cezadan beklenen bu amaca da uygun hareket edilmiş olunacaktır.”¹⁰³

Bu doğrultuda; failin sosyal ilişkilerinin cezanın özel önleme amacının gerçekleştirilmesinde etkili olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁴ Diğer yandan failin toplum açısından arz ettiği tehlike yönünden bir değerlendirme yapılırsa; failin olumsuz sosyal ilişkileri, çevresinden daha çok etkilenmesi nedeniyle tekrardan suç işleminin kolaylaştırıcaktır.

Failin sosyal ilişkilerinin değerlendirilmesinde; hangi sosyal ilişkilerinin ne ölçüde dikkate alınacağı kanunda açıkça zikredilmemiştir. Zaten takdiri indirim nedenleri müessesesinin doğası da böyle bir sınırlamaya uygun değildir. Burada takdiri indirim nedenleri müessesesinin; cezanın bireyselleştirilmesi aracı olma niteliği ve cezanın çeşitli amaçlarının yerine getirilmesindeki rolü göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu doğrultuda; failin sosyal ilişkileri yönünden yaşamı boyunca içinde bulunduğu şartlar ve bu şartların kişiliğine olan etkisi değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bahsi geçen şartların değerlendirilmesi, dış dünyanın failin kriminal yapısına olan etkisinin hesaplanmasına yardımcı olur.¹⁰⁵ Yoksa sadece kişilerin mali durumunun iyi olmaları veya köklü bir aileden geliyor olmaları tek başına takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmemelidir.¹⁰⁶ Hatta öyle ki gelir düzeyi düşük bir sanık hakkında hükmedilen adli para cezasının miktarı -cezaya alt sınırdan hükmedilmiş olsa dahi- faili ekonomik olarak zorlayabilir. Burada failin ekonomik durumu gözetilerek takdiri indirim uygulanması somut olay özelinde daha adaletli bir karara hükmedilmesini sağlayabilir.

¹⁰² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 295.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

¹⁰⁴ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 592.

¹⁰⁵ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 227; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 294.

¹⁰⁶ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 226.

Kişi suç işlemekle toplumsal düzeni bozmuştur ve bir anlamda anti-sosyal kişilik özellikleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle failin sosyal ilişkilerinin olumlu yönde ilerlemesi topluma sağlayacağı uyum açısından mühimdir. Örneğin; suçun işlenmesinden sonra hüküm verilene kadar failin aile kurması, sabit bir iş edinmesi gibi durumlar failin sosyal ilişkilerinin olumlu yönde ilerlediğinin göstergesidir.¹⁰⁷ Bu gibi değerlendirmeler işsizlerin veya bekarların olumsuz sosyal ilişkileri olduğu anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır. Şüphesiz kişinin düzensiz hayatını belirli sosyal ilişkiler vasıtasıyla yoluna koyuyor olması kişinin topluma yeniden kazandırılmasında önemli rol oynayacaktır. Kriminoloji alanında da; evli kişilerin, iş sahibi kişilerin suç işlemeye daha az meyilli oldukları ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiş fakat nihayetinde usulden bozulmuş bir dosyada; ilk derece mahkemesi takdiri indirim uygulamamış, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından istinaf başvurusu esastan reddedilmiş, Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise "Sanığın suçun işleniş şeklinden saptanan suç işleme eğilimli kişilik özelliği göz önünde bulundurularak hakkında TCK'n[ı]n 62/1 maddesinin takdiren uygulanmasına yer olmadığına" şeklindeki gerekçeyi kanuni ve yeterli görmeyerek oy çokluğu ile bozma kararı vermiştir. Kararın karşı oyunda takdiri indirimin uygulanmaması hususu şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

*"Sanık 45 yaşında, işsiz engelli maaşıyla geçinen bekar çevresinde sürekli porno film izleyen olarak tanınmaktadır. [...] Olayın olduğu anda sanık internet yoluyla aynı yerde porno film izlemektedir. Sanık suçlamaları tamamen inkâr etmiştir. [...] TCK'nın 62. maddesinin tatbik edilmemesinde ise sanık mahkemeye yardımcı olmamıştır. Kişiliği yukarıda bahsedildiği gibi doğru bir kişilik değildir. Sanık işsiz, ahlaki bakımdan sorunlu olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu sebeple takdiri indirimin uygulanmaması isabetli olup, dosyaya uygundur."*¹⁰⁹

İlk derece mahkemesi ise bozma kararına karşı şu gerekçeyle direnmiştir:

"İşsiz ve sosyal ilişkileri yönünden sorunlu bir kişilik özelliği taşıdığı dosya kapsamından anlaşılan, bu anlamda cezalandırmanın gelecekteki yaşantısını da etkilemeyeceği sabit olan, yargılama sürecine yardımcı olmayan sanık hakkında, cinsel istismar suçunun işleniş şekli itibarıyla failin kişiliğine uygun biçimde cezanın

¹⁰⁷ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 592.

¹⁰⁸ Doğan Soyaslan, **Kriminoloji Dersleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 91-96.

¹⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2021/178, K.2022/152, 08/03/2022.

şahsileştirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılarak, TCK'nın 62/1. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesinin yerinde olduğu hususunda hakimler heyetinde tam vicdani kanaat hasıl olmuştur.”¹¹⁰

Her ne kadar dosya farklı bir usul eksikliği yönünden bozulmuş olsa da atıf yapmış olduğumuz karar failin sosyal ilişkilerinin mahkeme tarafından hangi biçimde göz önünde bulundurulduğuna ışık tutmaktadır. Karşı oyda failin işsiz oluşu, bekar çevresinde sürekli müstehcen yayınlar izleyen birisi olarak tanınması “olumsuz sosyal ilişki” bağlamında değerlendirilmiştir.

Failin sosyal ilişkileri, şahsi ve sosyal durumu çeşitli ceza hukuku müesseseleri yönünden de göz önünde bulundurulan ölçütlerdir. Bu durum failin sosyal ilişkilerinin değerlendirilmesinin cezanın bireyselleştirilmesi yönünden taşıdığı önemi ortaya koymaktadır. Örneğin kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların düzenlendiği TCK m. 50’de; suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu birer ölçüt olarak düzenlenmiştir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda failin evli ve bir çocuk babası oluşuna vurgu yapılmıştır.¹¹¹ Benzer yönde verilen diğer bir kararda; inşaatta çalışan ve aylık 1000 TL geliri olduğunu beyan eden sanığın, evli ve 3 çocuklu oluşuna dikkat çekilmiş, diğer sanıklarla arasındaki ekonomik farklılığa da vurgu yapılarak adli para cezasına çevrilen cezanın miktarının fazla olduğu ifade edilmiştir.¹¹²

¹¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2021/178, K.2022/152, 08/03/2022.

¹¹¹ “**Evli bir çocuk babası olup** silinme koşulları oluşmuş taksirle yaralama suçu dışında adli sicil kaydı bulunmayan sanığın [...] sanığın kazadan sonraki davranışları, kovuşturma aşamasında ölenin ailesinin zararlarını gidermesi bir arada değerlendirildiğinde, dosya kapsamı ile tam olarak bağdaşmayan yetersiz gerekçeler ile sanığa verilen hapis cezasının TCK’nın 50/4-1 a maddesi uyarınca paraya çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2011/22916, K.2012/16107, 27/06/2012.

¹¹² “Hükmedilen hapis cezasına TCK’nın 50.maddesinin uygulanmasına karar verilirken sanığın ekonomik ve diğer şahsî hâllerinin göz önünde bulundurulması gerektiği, dosya kapsamına göre inşaatta çalışan ve aylık gelirinin 1.000 TL olduğunu beyan eden, evli 3 çocuklu sanık hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sırasında aynı kusur derecesinde olduğu kabul edilen diğer sanıklarla arasındaki ekonomik farklılık da gözetilmeden “sanığın tespit edilen sosyal-ekonomik durumu dikkate alınarak” şeklindeki gerekçe ile “bir günlük 25 TL’den adli para cezasına çevrilmesi” çevrilmesi suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini,” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2014/171, K.2014/26028, 18/12/2014.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanmasına ilişkin tartışmaların yapıldığı çeşitli kararlarda da sanıkların ailevi ve mesleki durumları vurgulanmıştır:

*“Dosya kapsamından daha önce işlediği kasıtlı bir suç bulunmayan, **evli ve çocuk sahibi olup muhasebecilik yaptığı anlaşılan** sanığın, kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları irdelenerek yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda ulaşılabilecek kanaate göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediğine karar verilmesi gerekir”*¹¹³

Failin ailesi ve çevresi ile olan ilişkisi, failin sosyal ilişkileri bağlamında göz önünde bulundurulabilir. Zira suçun oluşması her zaman aniden gerçekleşmez. Kişinin aile yapısı ve içinde büyüdüğü sosyal çevre suçun oluşmasında etkilidir.¹¹⁴ Diğer yönden; kişinin en yakını olan aile bireylerine karşı davranışları kişiliği hakkında veriler sunabilir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; ceza indirimi uygulamama gerekçelerinden biri de annesini döven sanığın sosyal ilişkilerinin iyi olmadığı hususudur.¹¹⁵

Çeşitli Yargıtay kararlarında; sanıkların medeni hâl ve ekonomik durumlarına vurgu yapılarak bu hususların “sosyal ilişkiler” yönünden değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda; kişilerin evli oluşu, çok çocuklu oluşu, ekonomik

¹¹³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2011/1869, K.2013/89, 09/01/2013. Aynı yönde kararlar için Bkz.: “**evli ve çocuk sahibi olan sanığın mobilya işiyle uğraştığı ve sabıkası da bulunmadığı halde; sanığın olumlu kişilik özelliklerine, yargılama sürecindeki davranışlarına, olayın oluş şekli ve sonuçlarına, dosya kapsamına uygun düşmeyen, “sanığa hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği ve sanığın kişiliği itibarıyla” şeklinde yasal ve yerinde olmayan, dosya içeriğiyle de uyummayan gerekçe ile sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,**” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2011/22654, K.2012/937, 24/01/2012. “mahkeme tarafından mağdurda meydana gelen zarar, kanaat verici ve basit bir araştırma ile saptanıp, sanıktan tespit edilen bu zararı giderip gidermeyeceği sorulup, diğer koşullarında mevcudiyeti halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken belirtilen eksiklikler yerine getirilmeden, sabıkasız olup, **evli 3 çocuklu ve yabancı bir ülkenin büyükelçiliğinde çalışmakta olduğu anlaşılan** sanığın dosyaya yansıyan olumsuz bir kişiliği de bulunmadığı halde sanığın geçmişteki hali ve yargılama sürecinde pişmanlık gösterdiğine ilişkin olumlu bir kanaatin oluşmaması nedeniyle yetersiz ve dosyaya uyum sağlamayan gerekçe ile sanık hakkında CMK nun 231.maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiş,” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2010/11239, K.2010/16591, 03/11/2010.

¹¹⁴ Aile, suç ve çocuk suçluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Sulhi Dönmezer, **Kriminoloji**, 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981, s. 310-340.

¹¹⁵ “Sanığın geçmişte adam öldürme suçundan tekkerrüre esas olmayan 10 yıl hapis cezasıyla cezalandırıldığı, **annesini döven sanığın sosyal ilişkilerinin iyi olmadığı**, yargılamadan kaçması nedeniyle yakalama emrine istinaden savunmasının alındığı, dolayısıyla TCK'nin 62. maddesinde gösterilen gerekçenin yasal ve yeterli olduğu” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2016/11811, K.2017/5101, 25/04/2017.

anlamda evi idare edecek başka kimsenin olmayışı gibi durumlar özellikle vurgulanmıştır.

“Mahkeme gerekçesinde sanığın sabıkasız oluşu, sosyal ilişkileri hususunda mahkemeye yansıyan herhangi bir olumsuz durumun olmaması, sanığın evli ve çok çocuklu olması ve sanık haricinde evi ekonomik anlamda idare edebilecek birilerinin olmaması ve bu durumda sanık hakkında hükmolunacak hapis cezasının sanığın geleceği üzerinde olumsuz etkileri olacağı anlaşıldığından bahis edildiği halde, keşif günü itibarıyla sanığın suça konu araziye işlemesi yeni bir suç oluşturacağı gözetilmeden gösterilen gerekçelerde çelişkiye düşülerek cezada takdiri indirimin...uygulanmaması”¹¹⁶

Failin sosyal ilişkileri subjektif nitelikte bir şart olduğundan her yargılamada fail yönünden özgü bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Mevcut hukuk sistemimizde iş ve dosya yoğunluğu nedeniyle bunun yapılmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilecekse de; yargı sisteminden kaynaklanan bir eksikliğin sanığa yüklenmesi yerinde değildir. Uygulamada genellikle yerel kolluk birimlerine müzekkere yazıldığı, ancak bu müzekkerelerin bazı durumlarda cevapsız veya sonuçsuz kalarak yargılamanın bu şekilde tamamlandığı bilinmektedir.¹¹⁷ Kaldı ki; failin sosyal ilişkilerinin de değerlendirileceği bir raporun, bu alanda uzman olmayan kolluk görevlilerince tanzim edilmesi de soru işaretlerine açık bir durumdur. Kanaatimizce -daha çok çocuk mahkemelerindeki yargılamalarda kullanılan- “Sosyal İnceleme Raporu” uygulamasının tüm ceza yargılamalarında hayata geçirilmesiyle bu

¹¹⁶ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2009/24808, K.2011/2670, 24/02/2011. Benzer yönde Bkz.: “Takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği gözetilmeden Bylock kullandığı iddiası ile başlatılan soruşturmada kabul ve hükme esas alınan faaliyetleriyle ilgili olarak ikrarda bulunan, örgüt yapılanmasında özel bir konumda olduğu belirlenemeyen, geçmişte hakkında herhangi bir suç kaydı ve sabıkası bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışı da tespit edilemeyen **üç çocuk annesi sanık hakkında** dosya kapsamı ile uyumlu bulunmayan ve yeterli olmayan gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/4137, K.2019/1366, 28/02/2019. Kararı aktaran: Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 194.

¹¹⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin önüne gelen bir dosyada her ne kadar takdirde tezata düşülmesi nedeniyle karar bozulsa da; ilgili kararda failin sosyal ilişkilerinin kolluk araştırması sonucu tespit edildiği görülmektedir. “Sanık ... hakkında tehdit suçundan kurulan hükümde “..yargılama sürecinde mahkememize karşı saygılı tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak..” biçimindeki gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına karşın, hakaret suçundan kurulan hükümde “...kolluk tarafından yapılan araştırma neticesinde olumsuz sosyal ilişkileri bulunduğu, çevresine karşı saldırgan tutum izlediğinin tespit edilmiş olması..” şeklinde yasal olmayan gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmaması suretiyle çelişki yaratılması,” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2020/25368, K.2022/23320, 23/11/2022.

sorun çözülebilecektir. Çocuk mahkemelerinde uzmanlarca hazırlanan sosyal inceleme raporlarında; çocuğun kişiliği, psiko-sosyal gereksinimleri, suçu işleme nedenleri ve çocuk yönünden hangi tedbirlerin alınmasının yerinde olacağı gibi konular işlenir ve mahkemeye hüküm vermesinde yardımcı olunması amaçlanır.¹¹⁸ Benzer bir uygulama ile sanıkların geçmişleri, sosyal ilişkileri, şahsi ve sosyal durumları layıkıyla değerlendirilebilecektir.¹¹⁹

Sosyal araştırma raporu uygulaması, denetimli serbestlik kararının verilmesine ilişkin olarak da hukuk sistemimizde bulunmaktadır. 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 13/1-b’de, Denetimli Serbestlik Müdürlüğü’ne, mahkeme veya hâkimin isteği üzerine sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunma görevi verilmiştir:

“Kovuşturma evresindeki görevler

Madde 13 - (1) Müdürlüğün kovuşturma evresindeki görevleri şunlardır:

[...] b) Karar öncesinde mahkeme veya hâkimin isteği üzerine; sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.”¹²⁰

KAÇAR, failin sosyal ilişkilerine dair bilgiler edinmek uğruna özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.¹²¹ Mevcut uygulamada

¹¹⁸ Semra Saruç, Derya Kayma Güneş, “Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi”, **Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi**, C. 25, No: 1, 2014, s. 111.

¹¹⁹ YÜCEL benzer bir uygulamayı seçenek yaptırımlara çevirme müessesesi yönünden tavsiye etmiştir. “İşte hükmedilecek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek yaptırım veya tedbir bağlamında göz önüne alınacak parametreler arasında yer alan “suçlunun kişiliği”, “sosyal ve ekonomik durumu”, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” ve “suçun işlenmesindeki özellikler” nedeniyle hakime referans olabilecek psiko-sosyal nitelikli bir uzman raporunun [...] sunulması gereği belirmektedir. Aksi takdirde, hakimler anılan parametreleri biçimsel olarak tekrar etmekle yetinerek takdirlerini kullanma yolunu yeğleyeceklerdir.” Mustafa Tören Yücel, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, 4. bs., Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s. 368.

¹²⁰ Sosyal araştırma raporunun nasıl düzenleneceği ve içeriğinin hangi bilgilerle oluşturulacağı hususu Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nin 95. maddesinde de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme cezanın belirlenmesi aşamasında da kullanılmaya elverişlidir.

¹²¹ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 932. Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nde de elde edilen bilgilerin gizliliği vurgulanmıştır. **Madde 95/9-** “(9) Sosyal araştırma raporu, kişisel bilgiler içerdiğinden bu raporun saklanması özel hayatın gizliliğine dikkat edilir.”

hâkimler, önlerine gelen binlerce dosyadan birinde, belki de dosyayı inceleyen kaçınıcı hâkim olarak, bazen faili bile görmeden ve faile dair bizzat kendisinin edindiği bilgi olmadan, yalnızca -önceki hâkim tarafından- zapta geçirilmiş ve duygudan yoksun duruşma zabıtları üzerinden failin kişiliği ve sosyal ilişkilerine dair tespitlerde bulunmaktadır. Kanaatimizce bu durum; hâkimlerin genel geçer, kanun hükmünü tekrarlayan gerekçelerle veya gerekçe içermeyen şekilde karar vermelerinin nedenlerinden bir tanesidir.

Hâkim, sanığın sosyal ilişkilerinin hangi yönden olumlu veya olumsuz olarak değerlendirildiğini gerekçeli bir şekilde kararında belirtmelidir. Bu durum adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkının bir gereğidir. Aynı zamanda; hâkimlerin bu konuda vereceği nitelikli ve gerekçeli kararlar, diğer yargılamalar yönünden de içtihat oluşturacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz sosyal inceleme raporlarının kullanımı hâkimlerin de işini kolaylaştıracaktır. Zira “failin sosyal ilişkileri” kavramını her dava özelinde somutlaştırmak oldukça zor bir iştir. Yalnızca kanuni ifadelerin tekrar edilmesi gerçek anlamda bir gerekçe değildir. İlgili kriterin dosya yönünden somutlaştırılması gerekir. Örneğin Yargıtay 14. Ceza Dairesi, önüne gelen bir dosyada; “sanığın dosyaya yansıyan sosyal ilişkileri gözönünde bulundurularak” takdiri indirim uygulamama gerekçesini, kanuni ve yeterli bir gerekçe olarak değerlendirmemiştir.¹²²

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, failin çevresi ile geçimsizliğinin takdiri indirim uygulanmama gerekçesi olarak gösterildiği bir dosyada, ilgili gerekçelerin olgusal temele dayanması, yeterli olması ve dosya kapsamı ile uyuşması gerektiğini ifade etmiştir:

“TCK’nın 62 nci maddesinin uygulanması bakımından takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın faillerinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önüne alınarak dosya kapsamına ve hakkaniyete uygun, olaya özgülünmüş ilgili ve yeterli gerekçeyle

¹²² “[T]akdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararların da gerekçeli olmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda “Sanığın dosyaya yansıyan sosyal ilişkileri gözönüne alınarak sanık hakkında takdiren TCK’nın 62. Maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” şeklindeki bir açıklamanın, kanun koyucunun aradığı anlamda kanuni ve yeterli bir gerekçe niteliği taşımadığı gözetilmeden sanık hakkında yetersiz gerekçeyle söz konusu maddenin tatbikine yer olmadığına karar verilmesi, kanuna aykırı” Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E.2016/8723, K.2019/12512, 18/11/2019.

istinaden bir indirim oranının takdir ve tespit edilmesi gerekirken, “sanığın geçmişi, suça eğilimli bir kişi olması, çevresi ile geçimsizliği, dosyaya yansıyan kişiliği, fiilden sonraki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” şeklinde olgusal temele dayanmayan, yetersiz ve dosya kapsamı ile de uyuşmayan gerekçe ile TCK’nın 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.”¹²³

Failin sosyal ilişkileri bir değerlendirme ölçütü olarak göz önünde bulundurulurken; failin içinde bulunduğu kültürün, ahlaki anlayışın¹²⁴, yöresel farklılıkların ve toplumsal ananelerin¹²⁵ de dikkate alınabileceği ifade edilmiştir. Bu duruma, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş şu karar örnek gösterilmiştir:

“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 redâeti ve eylemin yöresel boyuttaki etkinliği dikkate alındığında, konut dokunulmazlığını bozmak suçundan sanık hakkında takdiri indirim uygulanmamasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”¹²⁶

Toplumun kültürünün, benimsemiş olduğu ahlaki değerlerin, örf ve âdet kurallarının; ceza hukukunun oluşumundaki etkisi yadsınamaz bir gerçektir. Örf ve âdet kuralları; uyulması gerektiği bütün toplumca kabul edilen, bu kurallara uyulmaması hâlinde ayıplanma şeklinde bir yaptırımla karşılaşılan toplumsal normlardır.¹²⁷ Örf ve âdet hukukunun maddi ceza hukuku alanında doğrudan kaynak değeri yoktur, ancak ceza normunun yorumunda örf ve âdet hukuku dikkate alınabilir.¹²⁸ Bilhassa kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliği ilkesi gereği; örf ve âdetlere dayanılarak suç ihdas edilmesi, suç teşkil eden bir fiilin suç olmaktan çıkarılması, bir suçun cezasının ağırlaştırılması veya hafifletilmesi mümkün değildir.¹²⁹ Bu düşünceye

¹²³ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2022/29053, K.2023/2211, 13/04/2023.

¹²⁴ Gençler, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 10.

¹²⁵ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 87.

¹²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1992/356, K.1992/15, 10/02/1992. Kararı aktaran: Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Genel Hükümleri**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 1424.

¹²⁷ Murat Volkan Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 119.

¹²⁸ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 63. Ancak örf ve âdet hukuku özel hukuk alanında doğrudan kaynak olarak kabul edilmektedir. Ceza kanunu, örf ve âdeti hukukunu kaynak olarak kabul edilen bir hukuk dalına atıf yaptığından örf ve âdet hukuku dolaylı olarak kullanılmış olur. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 56.

¹²⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 63. Bu tartışmanın kıyas yasağı bakımından da bir yönü mevcuttur. Kıyas yasağının sınırı bakımından kapsamına -lehe kıyas/aleyhe kıyas ayırımı- ilişkin tartışmalar için Bkz.: Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 360-373.

paralel olarak; bir davranışın toplum tarafından hoşgörüyü karşılanması bu davranışın hukuka uygun olduğu anlamına gelmez.¹³⁰ *IŞIKTAÇ*'a göre; kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi özellikle sanığın aleyhine olan durumlar için dikkate alınmalı, ancak sanığın lehine olan durumlarda örf ve âdet hukukunun varlığı göz önünde bulundurulmalıdır.¹³¹

Bu değerlendirmeleri konumuz bakımından incelemek gerekirse şu soru ortaya çıkmaktadır; failin içinde bulunduğu kültürün, ahlaki anlayışın, örf ve âdet kurallarının, yöresel farklılıkların ve toplumsal ananelerin, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde -failin sosyal ilişkileri bağlamında- göz önünde bulundurulması mümkün müdür? Bu tatbikin iki yönü vardır; saydığımız nedenler ya failin lehine ya da atıf yapmış olduğumuz kararda olduğu gibi failin aleyhine değerlendirme konusu olabilir. Bu yönleri ayrı ayrı incelemek gerekir.

Kanaatimizce bu nedenlerin failin aleyhine olacak şekilde değerlendirilmesi çeşitli sorunlara yol açabilir. Zira böyle bir değerlendirme yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere, kanunilik ilkesi bağlamında; belirlilik ilkesi, örf ve âdet hukukuyla suç ve ceza ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı bakımından ihlal doğurabilecektir. Yine bu bahsetmiş olduğumuz ilkelerin doğal bir sonucu olarak hukuk güvenliği ilkesi bakımından da ihlal doğurabilecektir. Öte yandan çok benzer fiillere “yöresel farklılıklar” gerekçe edilerek farklı cezalar verilmesi eşitlik ilkesi bakımından da ihlal doğurmaya müsaittir.¹³²

Bu yöresel farklılıklara örnek olarak, belirli bir bölgede bazı suçların yaygınlaşması gösterilebilir. Suçun ilgili bölgede yaygınlaşması gerekçesiyle daha fazla ceza verilmesi; ancak faydacı ceza teorilerinin benimsenmesi hâlinde mümkün olabilir. Örnek vermek gerekirse; sığır hırsızlığının diğer bölgelere nazaran daha sık meydana geldiği ve mağdurlar üzerinde daha ağır ekonomik zarara yol açtığı kırsal bölgelerde bu suç için verilecek cezanın, aynı suçun daha nadir işlendiği ve halkın

¹³⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 297.

¹³¹ Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 2. bs., İstanbul, Alkım, 1997, s. 78.

¹³² Bacaksız, Bayzit, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 443.

ekonomik refahını tehdit etmediği bir bölgede verilecek cezadan daha ağır olması gerektiği ileri sürülebilecektir.¹³³ Ancak sair Yargıtay kararlarında böyle bir yaklaşımın cezanın kişiselleştirilmesi bakımından yerinde olmayacağı ifade edilmiştir:

“Sanığın geçmişteki hali, ahlaki temayülleri, başka bir deyişle kişiliği ve suçu ile ilgili olmayan ‘ilçe hudutları dahilinde orman suçlarının çok yaygın olduğu’ gerekçesiyle sanığa verilen cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırı olduğundan, Yerel C. Savcısının temyiz itirazının kabulü ile, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”¹³⁴

Suçun ortaya çıkışıyla ilgili olarak çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorileri genel olarak; suçu bireysel temelde açıklayan teoriler ve suçu sosyolojik temelde açıklayan teoriler olarak ikiye ayırmak mümkündür.¹³⁵ Failin kişiliği, ruhi ve sosyal faktörlerin oluşmasında etkili olduğu bir bütündür.¹³⁶ Kişiliğin hammaddesi kalıtım olmakla birlikte, aile, arkadaş çevresi, komşular, kişinin yaşadığı yer, okul, kişinin sosyo-ekonomik durumu gibi çevresel faktörler de kişiliğin şekillenmesinde etkilidir.¹³⁷ Failin aile yapısı ve büyüdüğü çevrenin kişileri suça itmede etkili bir faktör olduğu hususu; çeşitli ampirik çalışmalarda da ileri sürülmektedir.¹³⁸ Gerçekten de kişinin yasalara uymaması yönündeki telkinlerin; yasalara uyması yönündeki telkinlerden fazla oluşu, suçluluğu meydana getiren değişkenlerden bir tanesidir.¹³⁹

¹³³ Murat Aydın, “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **TAAD**, No: 57, 2024, s. 149.

¹³⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1987/3-420, K.1987/644, 21/12/1987. Aynı yönde Bkz.: “Şöyle ki, uyuşturucunun miktarı, suçun işleniş biçimi ve işlendiği yer biçimindeki teşdit gerekçesi ele geçen tüm uyuşturucu miktarının 1154 gramdan ibaret bulunması, suçun işlendiği yerin Sivas-Kayseri karayolundaki bir petrol istasyonu olması, kendilerinin de şehir merkezinde oturuyor olmaları gerçeği karşısında, dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. **Diğer yönden bu tip suçlara taviz verilmemesi yönündeki gerekçe, yasal olmadığı gibi, uyuşturucu satıcılarının okul önlerini mesken tuttuklarına ilişkin genel gerekçe de, somut olayda böyle bir saptamanın bulunmaması karşısında cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine de aykırıdır.**” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2007/10-108, K.2007/152, 19/06/2007. “Suçun işleniş şekli ve özellikleri, asgari haddten ceza tayini sırasında sanık lehine değerlendirildiği ve sanığın kişiliği olumlu bulunarak hakkında TCK'nun 59.maddesinin uygulandığı halde benzer gerekçeler aleyhine değerlendirilerek çelişkiye düşülmek ve sanığın para cezasından oluşan hükümlülüğünün ertelenmeye engel olamayacağı gözetilmeden **sanığın kişiliği ile ilgili olmayan suçun yaygın oluşu, cezanın caydırıcı nitelik ve özelliğinden bahsedilerek cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi, [...] yasaya aykırı**” Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.2002/18714, K.2003/1258, 15/04/2003.

¹³⁵ Cumali Ataseven, “Suça Etki Eden Sosyal Faktörler”, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 12.

¹³⁶ Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 90.

¹³⁷ Demirbaş, **a.e.**

¹³⁸ Ataseven, “Suça Etki Eden Sosyal Faktörler”, s. 134.

¹³⁹ Mustafa Tören Yücel, **Kriminoloji “Suç ve Ceza”**, Ankara, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, 1986, s. 47.

Ancak bu şartların değerlendirilmesinde oldukça dikkatli olunması gerekmektedir. Zira kanun koyucu bazı suç tiplerinde failin yakın çevresinden veya toplumdan kaynaklanan sosyal baskıyı cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlemiştir. Örneğin kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle veya töre saikiyle işlenmesi hususu, cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kanunda ayrıca düzenlenmektedir. Sözelimi kan gütme saikiyle kasten bir insanı öldüren fail bakımından; daha önce bir akrabasının öldürülmüş olmasından bahisle haksız tahrik indirimine gidilemeyeceği gibi, bu nedenle takdiri indirimin uygulanması da mümkün değildir.¹⁴⁰ Oysa kan gütme saikiyle veya töre saikiyle işlenen suçlarda, toplumun faili suçu işlemeye teşvik ettiği ve yönlendirdiği görülmektedir. Öyle ki failin suç işlememe yönündeki iradesinin baskı altına alındığı dahi vakidir. Bu tip suçlarda, toplum suçluyu kınamak bir yana adeta takdir dahi edebilmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin de vermiş olduğu bir karara göre “suçun unsurunu oluşturan kan gütme saikinin takdiri indirim nedeni sayılması yolsuzdur.”¹⁴¹

DÖNMEZER’e göre “kişiliği bütünüyle kapsayan bir ihtirasın etkisi altında suç işlemek, iradeyi zayıflatması nedeniyle takdiri bir hafifletici neden” sayılabilirse de kasten öldürme suçu bakımından ayrı bir düzenleme bulunduğundan, bu nitelikte bir ihtiras takdiri indirim nedeni olarak uygulanamaz.¹⁴² Kanaatimizce bahsi geçen

¹⁴⁰ Ali Günindi, “Türk Ceza Kanunu’nda Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme”, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 106.

¹⁴¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1965/1934, K.1965/136, 26/01/1965. Kararı aktaran: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 305. YERDELEN kan gütme saikinin suçun unsuru değil nitelikli hali olduğunu da ifade etmiştir.

¹⁴² Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 80-81.

1953 tarihinde kan gütme saikine dair kanuni düzenlemenin TBMM’de tartışılması sırasında bu konu da gündeme gelmiştir. “CEVAT ÜLKÜ- [...] Hidayet Aydın’ın dedikleri gibi, oğlunun öldürülmesini gören bir babanın o andaki tehevürü ile o fiilin failini öldürmüş olması, bizim düşündüğümüz mânada kan gütme saikiyle adam öldürme hâdisesi değildir. Kan gütme, hususi kanun çıkarmakla kökünden kazınması, temizlenmesi temin edilebilecektir düşüncesiyle buraya konulmuş olmasıdır. Şu halde ben bu mânada kan gütmede bilhassa herhangi bir tahrik, herhangi bir esbabı muhaffife takdirinin kabul edilmemesi taraftarıyım. Zira kabul edildiği takdirde 450 nci maddenin 9 ncu bendindeki fiilleri işleyenlere idam cezası verildiği halde, 10 ncu bentteki fiilleri işleyenlere idam cezası verilmesi hiçbir zaman kabil olmayacaktır. Çünkü her fiilde bir esbabı takdiriye bulunacaktır. Esbabı müşeddide olan saikin, mücerret fail lehine esbabı muhaffife kabul edilmemesi hakkında bir önerge veriyorum, kabulünü rica ederim.

MAHMUT GOLOĞLU- [...] Arkadaşlarım, hâkim tahrik meselesi üzerinde durduğu andan itibaren yapılmış olan bu ilâve asla tatbikatta yer bulmayacaktır. Çünkü tahriksiz zaten kan gütme olmaz. Kan

nedenlerin failin lehine olacak şekilde değerlendirilmesi ise ancak bu nedenlerin failin kişiliğine dair kuvvetli sosyal etkileri olması hâlinde mümkündür. Ancak bu kuvvetli sosyal etkilerin değerlendirilmesinde titiz davranılmalı ve kişilerin irade sahibi varlıklar olduğu hususu akıldan çıkarılmamalıdır. KAN failin sosyal ilişkilerinin bir kriter olarak göz önünde bulundurulmasının, “*insan iradesini kalıtım ve doğumdan başlayarak içinde bulunduğu şartlardan ayırmayı mümkün saymayan bir pozitivist bakışı*” yansıttığını ifade etmiştir.¹⁴³

Failin sosyal ilişkilerine dair bir belirlemenin ilgili suçun unsuru olması hâlinde bu durumun takdiri indirim engel görülmesi de yerinde olmayacaktır. Aksi halde; kanun hükmü yanlış şekilde tatbik edilecek ve takdir yetkisinin sınırı aşılacaktır. Özellikle organize suç örgütleri vasıtasıyla işlenen suçlarda; salt kişinin örgüt içindeki konumu veya örgüt üyeleri/yöneticileri ile ilişkileri takdiri indirim nedenleri müessesesi yönünden aleyhe değerlendirme konusu yapılmamalıdır. Zira organize suçluluğun en karakteristik özelliklerinden bir tanesi iş bölümüne dayanan bir hiyerarşik yapının varlığıdır.¹⁴⁴ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, önüne gelen bir dosyada örgüt üyesi sanığın sosyal ilişkilerinin müsnet suçun unsurunu teşkil ettiğini, bu nedenle -örgüt bünyesinde irtibatlı olduğu kişiler bağlamında- sosyal ilişkilerin aleyhe değerlendirilmesinin yerinde olmadığını ifade etmiştir:

“Takdiri indirim nedeni olarak sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeden, olumsuz kişiliğine yahut

*gütme demek evvelâ birisi bir vatandaşın akrabasından birini öldürmüş demektir. Hiçbir başka sebep olmasa bile kan gütmenin sübutu bir tahriftir. Ve bunu tahrif diye kabul edecek olursak bu takdirde idam cezası verilemez. Ama takdiri tahfif sebeplerinde tam mânasıyla bu fikirde değilim. Yani **hakikaten bâzı ahvalde hâkimin takdiri tahfif sebepleri bulabileceği kanaatindeyim.** Arkadaşımın verdiği misalde olduğu gibi çocuğunun vurulduğu anda silâhını çekip kaatili öldürmek takdiri bir tahfif sebebi olarak kabul edilebilir. [...]*

MÜFİT ERKUYUMCU- Şimdi böyle bir hüküm kabul etmek suretiyle hâkimin takdir hakkını tahdit etmek, esbabı tahfiyye bulunan hâdiselerde hâkimin cezaı azaltma hakkındaki takdirini kullanamaması, umumi prensiplere aykırı olur ve öyle hâdiseler gelir ki hâkim behemehal cezaı azaltmak için vicdanen kendisini borçlu addeder. Bu suretle hâkimi bağlarsak vicdanen müteessir olabileceği gibi umumi hükümleri de baltalamış oluruz. Katiyen böyle bir hükmün Ceza Kanununa girmemesi icabeder Yüksek takdirinize arz ederim.” TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 9, Cilt: 23, Toplantı: 3, 96’nci Birleşim, 24 Haziran 1953, s. 219-225.

¹⁴³ Kan, “Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hakimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu”, s. 820.

¹⁴⁴ Cihan Kavlak, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 65-66.

davranışına dair dosyaya yansıyan bir tespit bulunmayan ve fakat örgüt üyesi olduğu kabul edilen sanık hakkında aynı zamanda müsnet suçun unsurunu da teşkil eden, irtibatlı olduğu kişiler bağlamında “sosyal ilişkileri”nin, adli sicil kaydı bulunmamasına rağmen “sabıkalı geçmişi”nin ve sanık lehine indirim kriteri olarak öngörülen “cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri”nin yasa maddesine yanlış anlam yüklenip maddenin uygulanmama gerekçesi olarak kabul edilmesi suretiyle yerinde ve dosya kapsamı ile de uyuşmayan gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,”¹⁴⁵

3.1.2.3. “Failin Sosyal İlişkileri” Ölçütünün Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Mülga TCK döneminde; failin şahsi ve sosyal durumu kriteri temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmaktaydı. Bu dönemde yapılan somut norm denetimi başvurusunda MTCK m. 29’da bulunan “şahsi ve sosyal durum” ibaresinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasaya aykırılık iddiası; özellikle, aynı suçu işleyen kişilere farklı cezalar uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde temellendirilmiştir.¹⁴⁶

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin mutlak bir eşitlik anlamına gelmediğini, çeşitli durum, konum ve hukuki statülerdeki kişilerin farklı muamelelere tabi tutulmasının eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğini ifade etmiştir:

“Anayasa Mahkemesi’nin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. Gerçekten de, durum ve konumlardaki farklılık, hukuki statülerdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar ve değişik uygulamaları gerekli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme Anayasa’ya aykırılık oluşturur. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, hukuksal eşitliktir. Ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olamaz.”¹⁴⁷

Anayasa Mahkemesi ilgili kararında “şahsi durum” kavramını “suçlunun psikolojik ve sosyo-psikolojik durumu ile ilgili olup kişisel yapısı ve buna etkili olan ailevi ve toplumsal konumu” olarak tanımlamıştır. “Sosyal durum” kavramını ise

¹⁴⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/5652, K.2021/8785, 20/09/2021. Kararı aktaran: Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 194.

¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

suçlunun toplum içinde bulunduğu mevki olarak ifade etmiştir.¹⁴⁸ Kararda; MTCK'daki haliyle "takdiri tahfif" yetkisinin de bir cezanın kişiselleştirilmesi aracı olduğu ifade edilerek cezanın kişiselleştirilmesinin, cezanın amacına hizmet ettiği vurgulanmıştır:

"Cezaların kişiselleştirilmesi, yasada öngörülen cezanın her özel olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. Cezanın kişiselleştirilmesi ana kavramlardan biri olarak ceza hukukuna girince, cezanın da, suçlunun kişiliğine göre belirlenmesi ve uygulanması zorunlu olmuştur. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez. [...]"

Cezadan beklenen amaç, kişiyi topluma kazandırmaktır. Bu bakımdan suçlunun şahsî ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi halinde cezadan beklenen bu amaca da uygun hareket edilmiş olunacaktır.

Cezaların kişiselleştirilmesi bakımından yargıçlara takdir hakkı veren kurallar Türk Ceza Kanunu'nun diğer maddelerinde de vardır. Ceza Kanunu'nun 59. maddesinde yargıca verilen "takdiri tahfif" yetkisi ile aynı kanunun muhtelif maddelerinde yer alan ve "mütenavip cezalar" olarak isimlendirilen ceza kuralları da diğer benzer örnekleri oluştururlar."¹⁴⁹

Takdiri indirim nedenleri yönünden failin sosyal ilişkilerinin, şahsi ve sosyal durumunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu veya aykırı olarak kullanılabileceği endişesi 1900'lü yıllardan bu yana dile getirilmektedir. Hatta bu durum Meclisi-i Mebusan tutanaklarına dahi yansımıştır:

"ARTİN BOŞGEZENYAN EFENDİ: [...] Şimdi, bu madde hâkimlerin tarifesi tevsiden başka bir şeye yaramaz. Onların tarifelerini nasıl tevs ettiiler? Onlar zannediyor musunuz ki maznunun, müttehimin ahvalini nazar-ı itibara alacaklar da cezayı tahfif edecekler? Katiyen, onlar diyeceklerdir ki, bu bizim falan beyin mensubudur; bunları ben bittecrübe biliyorum. Doğruyu söylemeli canım. <<O adamın hatırı var, şunu şöyle tahfif edelim.>> diyecekler."¹⁵⁰

Bu görüş doktrinde de dile getirilmiştir. KAN'a göre:

"Failin sosyal ilişkilerinin, takdiri indirim nedeninin uygulanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilse de tek başına bu durum dahi ceza hukukunun temel prensiplerinden eşitlik ilkesine aykırıdır."¹⁵¹

¹⁴⁸ "Sosyal durum, objektif ve subjektif olarak değerlendirilir. Kişinin geliri, öğrenimi ve eğitimi ile mesleği, medenî hali gibi hususlar objektif ve subjektif değerlendirmenin ölçüleridir." Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

¹⁵⁰ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre 1, Cilt 4, İçtima Senesi, Altmışyedinci İnıkad, 15 Mart 1327 (1911), s. 417.

¹⁵¹ Kan, "Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hakimın Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu", s. 820. Her ne kadar KAN bu cümlede DOĞAN'ın "Cezanın Belirlenmesi ve

Kanaatimizce takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde failin sosyal ilişkilerinin göz önünde bulundurulması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira failin sosyal ilişkilerinin göz önünde bulundurulması; salt failin fakir veya zengin oluşunun, mesleğinin, toplum nezdinde itibarlı oluşunun dikkate alınması gerektiği anlamına gelmez. Failin sosyal ilişkileri değerlendirilirken, failin kişiliğine dair nasıl veriler verildiği ve bu verilerin cezanın amacını gerçekleştirme açısından ne derecede önemli olduğu değerlendirme konusu yapılır. Müessesenin yanlış uygulanıyor olması -ilgili müessesenin yapısından veya kanuni lafzındaki bir uygunsuzluktan kaynaklanmadıkça- müessesenin yanlış olduğu anlamına gelmez; uygulayıcıların çeşitli sebeplerden ötürü yanlış tatbikte bulunduğu anlamına gelir. Bu sebeplerin tespit edilerek giderilmesi yerine kurumun kendisine karşı bir eleştiri getirmek kanaatimizce yerinde değildir. Örnek vermek gerekirse; yukarıda atıf yapmış olduğumuz meclis tutanağında ifade edilen endişeler gerçekçi endişeler ise, takdiri indirim nedenlerine gelmeden önce düzeltilmesi gereken daha ciddi sorunlar mevcuttur.

Bu tartışma eşitlik ilkesi yönünden teorik bir düzlemde yürütülecekse eşitlik ilkesinin ne anlama geldiğini ifade etmek gerekir. Cezalandırmada eşitlik ilkesi ile kastedilen mekanik anlamda eylemsel eşitlik değil, hukuksal eşitliktir.¹⁵² Burada mutlak bir denklikten değil, herkesin aynı soyut kanunlara tabi olması ve eşit hukuki statüdeki kişilerin eşit muameleye tutulmasından bahsedilir. Somut yargılamada eşitlik ilkesi yönünden -örneğin şeriklerin cezalandırılmasında- bir farklılık varsa, bu farklılığın hâkim tarafından gerekçeli bir şekilde açıklanması gerekmektedir.

3.1.3. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

MTCK m. 29'a göre:

Bireyselleştirilmesi" adlı makalesine atıf yapmışsa da ilgili makaledeki bölüm şöyledir: "*Aslında ceza hukukunun temel ilkelerinden eşitlik prensibine aykırı gibi gözükse de failin sosyal ilişkileri, takdiri indirim nedenini[n] uygulanıp uygulanmaması hususunda hakim tarafından dikkate alınmalıdır.*" Doğan, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", s. 297. Bu doğrultuda DOĞAN'ın failin sosyal ilişkileri ve eşitlik ilkesi yönünden görüşlerinin KAN'ın ileri sürdüğü görüşle aynı olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁵² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 10.

“Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, [...] fiilden sonraki davranışı gibi hususları, [...] gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler.”

YTCK m. 62’nin 7406 sayılı kanun değişikliğinden önceki haline göre:

“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.”

YTCK m. 62’nin son haline göre ise:

*“Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki **pişmanlığını gösteren** davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri (...) göz önünde bulundurulabilir.*

Kanun değişikliğinin gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Maddeyle, takdiri indirim uygulanırken değerlendirilecek hususlar arasında yer alan “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” nedeni, “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki **pişmanlığını gösteren** davranışları” şeklinde değiştirilmektedir. Takdiri indirim uygulanabilmesi bakımından Almanya, Avusturya ve İsviçre’de olduğu gibi Ülkemizde de failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki **pişmanlığına önem atfedilmektedir. Düzenleme uyarınca, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından **pişmanlık göstergesi** sayılamayacak olanları, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki **pişmanlığını samimi olarak göstermesi** gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten **pişmanlığını gösteren** davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.”***

MTCK’den farklı olarak YTCK’da failin fiilden sonraki davranışlarına ek olarak yargılama sürecindeki davranışlarına da vurgu yapıldığı görülmektedir. Esasında zamansal olarak düşünüldüğünde, failin fiilden sonraki davranışlarının kapsamına yargılama sürecindeki davranışları da dahildir. Ancak özellikle; soruşturma veya kovuşturma aşamasında mağdurun zararını giderme, ikrarıyla suçu aydınlatma gibi örneklerin açıkça madde metninden anlaşılması için yargılama sürecindeki davranışların da maddeye eklendiği kanaatindeyiz. Kanun metninde kullanılan “yargılama sürecindeki” ifadesi hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasını

kapsamaktadır.¹⁵³ Kanunun lafzında fiilden sonraki “ve” yargılama sürecindeki davranışların takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceği düzenlenmişse de kanaatimizce burada “veya” şeklinde bir anlam çıkarmak gerekir. Yani failin yargılama başlamadan önce pişman olmaması ancak soruşturma veya kovuşturma sürecinde pişmanlığını gösteren davranışlarda bulunması takdiri indirim uygulanması için yeterli olacaktır.

3.1.3.1. “Pişmanlığını Gösteren” İbaresinin Kanun Metnine Eklenmesinin Etkisi ve Değerlendirilmesi

7406 sayılı kanunla madde metnine “pişmanlığını gösteren” ibaresi eklenmiştir. Bu suretle failin fiilden sonra ve yargılama sırasında göstereceği davranışların pişmanlık gösterir nitelikte olması aranmıştır. Bu değişiklik ile takdiri indirim nedenlerinin ilgili kriter yönünden uygulama alanı daraltılmıştır.¹⁵⁴ Kanaatimizce bu değişiklik yerinde olmamıştır. Öncelikle; kanun metnine “pişmanlığını gösteren” ibaresi eklenmekle, sanki takdiri indirim müessesesinin tatbiki kapsamında sadece failin olumlu davranışlarının göz önünde bulundurulacağı gibi bir hissiyat uyandırılmıştır; oysaki değişiklik öncesi dönemde failin olumsuz yöndeki davranışları da takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde dikkate alınmaktaydı. Değişiklik sonrası dönemde de muhtemelen uygulamacılar tarafından bu anlayış devam ettirilecektir. Ancak bu durum salt kamuoyu baskısı ve popülizm etkisiyle kanunun lafzını manasızca değiştirmenin bilimsel bir yöntem olmadığı gerçeğini değiştirmeyecektir.

¹⁵³ “Görgü tanığı bulunmayan ve sanığın açıkça ikrarından başkaca delili 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 eyleminin ne suretle işlediğini açıkça anlatması ve sabıka kaydına göre hak, adalet ve nesafet kuralları da nazara alınarak TCK’nun 62. Maddesinin uygulanması sureti ile bir hüküm kurulması gerekirken, TCK’nun 62/1. Maddesi uygulanmaksızın sanık hakkında yazılı şekilde karar verilmesi...” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2012/4436, K.2012/3289, 02/05/2012. Kararı aktaran: İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, 4. bs., Ankara, 2013, s. 1001. ÇETİN, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi sırasında göz önünde bulundurulmuş “suçlunun yargılama sürecindeki duyduğu pişmanlık” ölçütündeki yargılama sürecinin, soruşturma evresini de kapsar nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 90.

¹⁵⁴ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 933.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulama alanının daraltılması, failin yargılama sürecindeki davranışlarından olumlu olarak addedilebilecek bazı davranışların kapsam dışı kalmasına neden olabilir. Örneğin değişiklik öncesi dönemde; failin mahkemeye karşılı saygılı bir tutum benimsemesi gibi hususlar takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulmaktaydı:

*“5 celse süren yargılama boyunca **Mahkemeye saygılı bir tutum sergileyen** ve herhangi olumsuz bir davranışı da dosyaya yansımayan sanık hakkında, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında TCK’nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim hükmünün uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir.”¹⁵⁵*

Benzer şekilde; sanığın yargılamayı düzenli olarak takip etmesi lehine değerlendirme konusu yapılmaktaydı:

*“Sanığın **talimat mahkemesinde duruşmayı takibi lehine** takdiri indirim nedeni kabul edilerek verilen cezada TCK’nın 62. maddesi gereğince takdiren 1/6 oranında indirim yapılmasına”¹⁵⁶*

Sanığın, duruşmaları düzenli olarak takip ederek kanunda kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmek yerine, aksi yönde davranışlarda bulunması ise aleyhine olacak şekilde değerlendirilmekteydi:

*“soruşturma aşamasında sanığa kayıtlı adresinden ulaşamadığı, savunmasının alınamadığı, kovuşturma aşamasında hem asliye hem de ağır ceza mahkemesindeki yargılamalarda yakala[ma] ile savunmasının alınabildiği, adli sicil kaydında sabıkalılarının bulunduğu dikkate alındığında; Mahkemece, “**yargılamadan kaçması, dosyaya yansıyan suç işlemeye yatkın kişiliği**” şeklindeki yerinde, yeterli ve kanunî gerekçeyle takdiri indirim sebebi uygulanmadığı belirlendiğinden, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.”¹⁵⁷*

Ancak bu yönde verilen kararın maddi gerçekliğe ve somut olayın özelliklerine uygun olması gerekmektedir. Sanığın yargılamayı uzatma kastının ilk bakışta anlaşılır

¹⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2020/105, K.2020/531, 17/12/2020. Benzer yönde: “Sanığın kaçamaklı da olsa suçunu ikrarı, **mahkemeye karşı saygılı tutumu** lehine takdiri indirim nedeni kabul edilerek verilen cezada TCK’nın 62.Maddesi gereğince takdiren 1/6 oranında indirim yapılmasına” Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi, E.2019/1446, K.2020/53, 08/01/2020.

¹⁵⁶ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi, E.2017/278, K.2017/524, 15/03/2017.

¹⁵⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E.2022/2395, K.2023/10406, 03/05/2023. Benzer yönde: “sanığın aynı eylemi birden fazla kez işlenmiş olması, adına çıkarılan davetiyeyle rağmen duruşmaya gelmeyip zorla getirme kararı sonucunda duruşmada hazır edilmesi dikkate alınarak hakkında takdiri indirim maddesi olan TCK’nın 62 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına”, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi, E.2017/587, K.2017/892, 13/09/2017.

nitelikte olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir olayda bu hususa değinmiştir:

“Yerel Mahkemece, “Sanığın, savunmasının alınması için çıkarılan davetiyeye uyup ilk duruşmaya gelmeyerek yargılamanın uzamasına sebep olması, davete uymayarak, mahkeme kararına riayette olumsuz davranışını göstermesi; cezanın sanığın geleceği üzerindeki olumsuz olası etkisinin tespit edilememiş olması, duruşmaları takip etmemesi” şeklindeki gerekçelerle sanık hakkında TCK’nın 62. maddesindeki takdiri indirim hükmünün uygulanmamasına karar verilmiş ise de; İnşaat işlerinde çalışması sebebiyle tebligat adresinde bulunmadığını savunan sanığın, ilk oturumda hakkında verilen yakalama kararına rağmen kendiliğinden esas mahkemesine giderek işi sebebiyle bir sonraki oturumda bulunamayacağını ve savunma yapmak istediğini açıkça ifade etmesi, söz konusu talebinin kabul edilmesi üzerine alınan savunmasında ise yüklenen suçlu işlediğini ikrar etmesi, açıklanan sebeplerle sanığın yargılamayı uzatma gayesiyle hareket ettiğinden bahsedilemeyecek olması, suç tarihinde 62 yaşında olup adli sicil kaydı bulunmayan ve dosyaya yansıyan olumsuz bir davranış duruşma tutanaklarına yansımayan sanığın, hakkında lehe hükümlerin uygulanması yönündeki talebi de gözetildiğinde, sanık hakkında takdiri indirim hükmünün uygulanmamasına ilişkin gerekçenin dosya kapsamına uygun olmadığı gibi kanun koyucunun aradığı anlamda yasal ve yeterli bir gerekçe niteliği de taşımadığı kabul edilmelidir.”¹⁵⁸

Failin yargılama sürecindeki davranışlarının değerlendirilmesinde olumsuz bir durum gözlenmişse, bu durumun somut bir şekilde desteklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hâkimin sadece kendi iç dünyasında bu davranışlarla ilgili bir kanaat oluşturması, tabiri caizse faile “ısınamaması” gibi hallerde, failin davranışlarının aleyhe olacak şekilde yorumlanması, pek tabî ki yerinde olmayacaktır. Böyle bir durumu önleyecek mekanizma ise mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğudur. Hâkim eğer failin davranışlarında bir olumsuzluk sezmişse bu hususun tutanağa geçirilmesi lazımdır. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen bir dosyada; ilk derece mahkemesi failin davranışlarına ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır: *“Sanık O. Ç. yargılamalar sırasında savunmasını yaparken ki hali tavrı tutanaklarda tasvir edilmemiş olabilir ancak pişmanım kelimesini son savunmasında dahi söylememesi[...].”¹⁵⁹* Böyle bir gerekçenin kabulü mümkün değildir. Aksi bir kabul hem gerekçeli karar hakkını hem de üst mahkemenin denetim yetkisinin varlığını anlamsız kılar. Aynı zamanda böyle bir kabul silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkelerini ihlal eder. Böyle bir durumda sanık, hâkimin kendisi hakkındaki fikrini

¹⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/543, K.2020/54, 04/02/2020.

¹⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/99, K.2011/145, 28/06/2011.

ancak hüküm aşamasında öğrenebilecek ve buna karşı iddialarını veya savunmalarını dile getiremeyecektir. İstanbul BAM 11. Ceza Dairesi bu doğrultuda -kanaatimizce yerinde olarak- “aksi ispat edilemeyen iyi hal” ibaresini kullanmıştır.¹⁶⁰

TCK m. 62’nin değişiklik öncesi hâlinde, failin mahkemeye ve yargılamanın unsurlarına karşı yaptığı saygısızca davranışlar takdiri indirim uygulanmama gerekçesi olarak gösterilmekteydi:

“Somut olayda sanık duruşma tutanaklarına da yansıtıldığı üzere, özellikle 3. Celsede ...ve ...’ın, 4. Celsede tanık ...’ın tanık olarak beyanları alınırken sanığın taşkın tavırlar sergileyerek tanıklar, katılan ... ve katılanlar vekiline yönelik çıkışarak bir şeyler söylemiş ve ifadelerin alındığı sırada birçok kez Mahkeme heyetine karşı gülererek gayri ciddi bir tutum sergilemiş, yargulamalar boyunca olumsuz hal ve tutum içinde bulunmuştur.”¹⁶¹

Mahkeme kararlarında atıf yapılan davranışlar, sanık lehine veya aleyhine değerlendirilmesi mümkün olan davranışlar olmakla birlikte, sanığın işlediği suça dair samimi pişmanlığını doğrudan gösteren davranışlar değildir. Örneğin sanık aktif bir pişmanlık göstermemesine rağmen mahkemeye karşı saygılı bir tutum benimsemiş olabilir. Diğer bir örnekte; sanık aktif bir pişmanlık göstererek mağdurun zararını gidermesine rağmen duruşmanın düzenini bozmuş olabilir. Bu gibi hallerin, 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlarda kanunilik ilkesi gereğince göz önünde bulundurulmaması gerektiği öne sürülebilir. Örnek verdiğimiz davranışların da pişmanlık emaresi olduğu (veya pişman olmayışı gösterdiği) yönünde bir görüş benimsense dahi; bu görüşün kanunun lafzının sınırlarını zorlayacağı kanaatindeyiz.

Kanun değişikliğinin gerekçesinde ifade edilen hususlar da böyle bir değişikliğe neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamamaktadır. Zira kanun gerekçesinde örnek gösterilen “failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi,

¹⁶⁰ “Sanığın fiilden sonraki ve yargılama aşamasındaki davranışları, aksi ispat edilemeyen iyi hali ve cezanın geleceği üzerindeki olası etkileri lehine takdiri indirim nedeni kabul edilerek cezasından 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesi gereğince 1/6 indirim yapılarak” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, E.2017/2617, K.2018/876, 11/04/2018.

¹⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/597, K.2021/344, 06/07/2021.

gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığını gösteren davranışları” gibi hususlar zaten halihazırda takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmekteydi. Kanun koyucu pek tabii iradesi doğrultusunda bir maddenin uygulama alanını daraltabilecektir. Ancak buna gerekçe olarak; önceki hükmün kapsadığı ve yeni hükmün kapsamadığı hangi hâlin, bu değişikliğin motivasyonu olduğunu açıklamalıdır. 7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlarda ise failin “genel” davranışları da göz önünde bulundurulabilecektir.

3.1.3.2. Genel Olarak Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları¹⁶²

Madde metnindeki tercih edilen “davranış” ibaresinin icrai veya ihmali olabilen bütün hareketleri kapsadığı ifade edilmektedir.¹⁶³ Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki çeşitli davranışlarının göz önünde bulundurulmasının, genel olarak vurgulamak istediğimiz dört önemli faydası -ve belki de amacı- vardır.

İlk olarak, fail gerçekleştirmiş olduğu eylemin sorumluluğunu alarak cezanın amacının gerçekleştirilmesinde bir anlamda ilk aşamayı tamamlamış olur.¹⁶⁴ Söz gelimi failin meydana getirdiği zararı gidermiş olması, ıslah olarak topluma yeniden adapte olması yönünde ilk adımdır. Nasıl ki bir sorunu çözmek için yapılması gereken ilk şey sorunun varlığını kabullenmek ise; fail de yapmış olduğu davranıştan pişman olarak haksızlık içeren ve kınanmayı hak eden bir davranış gerçekleştirmiş olduğunu kabul eder. Bu doğrultuda; failin, müstahak olduğu cezanın belirlenmesinde kendisinin de bir etkisi olması, ceza adaletine pozitif yönde katkı sağlayacaktır.

¹⁶² Bazı yazarlarca bu hususlar ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ancak yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere “failin yargılama sürecindeki davranışları” ibaresi bizce bir vurgu niteliği taşıdığından, çalışmamızda bu hususları tek bir başlık altında incelemeyi uygun gördük.

¹⁶³ Selman Dursun, **Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi- Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 170-171.

¹⁶⁴ ÖZGENÇ’e göre: “belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır.” ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 687.

İkinci önemli fayda ise; mağdurun nezdinde ortaya çıkan mağduriyetin azaltılması veya ortadan kaldırılmasıdır. İstisnaları mevcut olmakla birlikte, çoğu mağdur için esas mühim olan, suç nedeniyle kendisine verilmiş olan zararın telafi edilmesidir. YÜCEL bu durumu şu cümlelerle açıklamıştır:

*“Çoğu mağdurların cezai adalet (hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası) yerine giderici adaleti tercih ettiklerine dair fazlaca kanıt vardır. Mağdur için önemli olan çalınan malın iadesi, kırılan camın değiştirilmesi, hasar gören arabasının tamiri, genelde zararının giderilmesidir. Bu beklenti oldukça gerçekçidir.”*¹⁶⁵

Üçüncü önemli fayda ise; suç işlendikten sonra, fail için bir nevi son şansın hala ihtimal dahilinde olmasıdır.¹⁶⁶ Fail her ne kadar suç işleyerek toplum düzenini bozucu bir konuma gelmişse de önünde hala iki seçenek vardır: işlemiş olduğu suçu gizlemeye çalışmak ve belki de bu yolda başka suçlar işlemek ya da işlediği suçun ardıl sonuçlarını ortadan kaldırma yönünde irade göstermek. Bu aşamada failin sergileyeceği olumlu davranışların lehine olacağı ve cezasında indirim yol açabileceğini bilmesi, ikinci seçeneği seçmesini kolaylaştıracaktır. Söz gelimi bir araba kazasında taksirle yaralama suçu işleyen failin olumlu hareketlerine kanun bir sonuç bağlamasaydı, delilleri karartma yönünde bir irade göstermesi daha olası olurdu. Ancak bu olumlu hareketlere cezai yönden bir indirim vaat edilmesi, failin yeniden hukuka uymaya teşvik edilmesini sağlayacaktır. Bu vaat, yeniden hukuka uymaya teşviği sağladığı gibi; hukuka uymamaya devam etmenin cezada indirimi engellemesi, bir yandan da caydırıcı etki doğurmaya muktedirdir.

Dördüncü bir fayda olarak; yargılama sürecindeki olumlu davranışların cezada takdiri indirim sağlaması, maddi gerçekliğin ortaya çıkmasına dolaylı bir fayda sağlar. Örneğin fail, yargı makamlarınca haberdar olunmayan şerikleri ortaya çıkarabilir veya deliller hakkında bilgi verebilir.

¹⁶⁵ Mustafa Tören Yücel, “TCK Tasarısı Üzerine Notlar”, Teoman Ergül (ed.), **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap- Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 123.

¹⁶⁶ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının nedenini, faile suç yolunda ilerlerken altın köprüler sunulması gerekliliği olarak açıklamışlardır. Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 492. Aynı yönde bir benzetme takdiri indirim nedenleri için de yapılabilir.

3.1.3.2.1. Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve Takdiri İndirim Nedenleri

Fiilden sonra veya yargılama sürecinde gerçekleştirilen olumlu davranışlardan bahsedildiğinde akla ilk gelen kurumlar gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık müesseseleridir. Gönüllü vazgeçme müessesesi TCK m. 36'da düzenlenmiştir.¹⁶⁷

Gönüllü vazgeçme, failin kendi iradesiyle icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi etmemesi veya etkin davranışlarıyla suçun tamamlanmasını veya tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi olarak tanımlanabilir.¹⁶⁸ Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin cezayı kaldıran bir şahsi sebep olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁹ Gönüllü vazgeçme hâlinde fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı için takdiri indirim nedenleri uygulama alanı bulmayacaktır.¹⁷⁰ Tamam olan kısım başka bir suç oluşturuyorsa; ilgili suçun cezasının belirlenmesinde TCK m. 62 göz önünde bulundurulabilir. Gönüllü vazgeçmenin şartlarından bir tanesi de failin sonucu önlemeye yönelik aktif davranışlarının bulunmasıdır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; her ne kadar gönüllü vazgeçmenin şartları oluşmasa da failin 155 imdat hattını araması ve teslim olması takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmiştir:

“...somut olayda, katılana yönelik kesici delici alet ile meydana getirilen darbelerin sayısı, niteliği, isabet eden bölgeler karşısında yapılan ve sürdürülen eylemlerin neticesinde ölümün muhakkak olduğu, sanığın da ölüm olayının gerçekleştiği zannıyla hareket ederek eylemine son verdiği ve olayın gerçekleştiği yer itibarıyla başkaca kişilerin katılana ulaşma imkanının bulunmadığı düşüncesiyle olay yerinden ayrılarak, temin ettiği cep telefonu vasıtasıyla suçu ikrar ve teslim olma iradesiyle 155 polis imdat hattını aradığı, kendisinin bulunduğu yeri bildirdiği, ancak dosya

¹⁶⁷ **TCK m. 36- Gönüllü Vazgeçme** “(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

¹⁶⁸ Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994, s. 235.

¹⁶⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 503; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 439; Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 726; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 489; Sözüer, **Suç Teşebbüs**, s. 240.

¹⁷⁰ **ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK**'e göre “**Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık halleri dışında**; suç sonrası oluşan zararı giderme, teslim olup delillerin ortaya çıkmasına yardımcı olma, mağdurun hastane masraflarını karşılama gibi olumlu hareketleri takdiri indirim sebeplerinin uygulanmasını [...] gerektirebilecektir.” Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 725.

*içerisinde bulunan acil yardım kayıtlarına ilişkin ses cd'si uyarınca katılanın bulunduğu yeri bildirmediği, katılana yardım edilmesine yönelik bulunduğu yer veya durumu hakkında bir bilgi vermediği, dolayısıyla sonucun gerçekleşmesini istememe ve engelleme iradesi göstermediği, yine dosyaya sunulan 112 acil yardım kayıtları uyarınca da, katılanın kendi imkanlarıyla olay yerinden çıkarak ulaştığı tanık ... tarafından doğrudan 112 acil yardım hattının birden fazla kez ve sanıktan önce aranması ile sonucun gerçekleşmesinin önlendiği, **sanığın sonucun önlenmesine yönelik aktif davranışlarda bulunmadığı ve bunun için ciddi çaba sarf etmediği, sanığın 155 polis imdat hattını araması olgusu ve teslim olma iradesinin ancak sanık yararına TCK'nin 62. maddesi uyarınca takdiri indirim nedeni olarak gözetilebileceğinin anlaşılması...**"¹⁷¹*

Etkin pişmanlık; failin suçu işledikten sonra, suçun ortaya çıkardığı bazı olumsuz sonuçları gidermeye yönelik davranışlarda bulunmasıdır.¹⁷² Gönüllü vazgeçme müessesesi TCK'nın 36. maddesinde genel bir hüküm olarak düzenlenmişken, etkin pişmanlık müessesesi sadece kanunlardaki belli bazı suçlar yönünden ilgili suçlara özel olarak düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık bazı hallerde cezanın tamamen kaldırılmasına¹⁷³, bazı hallerde ise çeşitli oranlarda cezada indirim yapılmasına neden olur.¹⁷⁴ Bu nedenle etkin pişmanlığın bazı hallerde cezayı kaldıran, bazı hallerde ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olduğu ifade edilebilir.

¹⁷¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2022/6588, K.2022/10322, 23/12/2022. Kararı aktaran: Şeymanur Arslan, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 63-64.

¹⁷² Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 446.

¹⁷³ Örneğin: **TCK m. 93/1-** "Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz."

¹⁷⁴ Örneğin: **TCK m. 110-** "Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu [kişiyi hürriyetinden yoksun kılma] işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın **üçte ikisine** kadarı indirilir."

TCK m. 168- "(1) 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.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır."

Fiilden sonra veya yargılama sürecinde gerçekleştiren davranışların etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilmesi hâlinde takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağı ifade edilmiştir.¹⁷⁵ Mükerrer değerlendirme yasağı, bu görüşe gerekçe olarak gösterilmiştir. Aksi yöndeki görüşe göre ise; etkin pişmanlığın uygulanmasına yol açan durumun aynı zamanda takdiri indirim nedeni olarak uygulanmasında bir engel yoktur¹⁷⁶, hatta bu durum hükümde ve kabulde çelişkiye düşülmemesi bakımından yerinde olacaktır.¹⁷⁷

Bu tartışmada hangi görüşün benimseneceği; ilk olarak mükerrer değerlendirme yasağının kapsamının ne olduğu sorusuna verilecek cevapla bağlantılıdır. Mükerrer değerlendirme yasağına ilişkin görüşlerimizi çalışmamızın “1.4.2.1.3.Mükerrer (Çifte) Değerlendirme Yasağı” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde açıklamıştık. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TCK m. 61’in lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “unsur ve nitelikli haller”in haricinde kapsamına başkaca bir hukuki müessesenin dahilî yerinde değildir.

Etkin pişmanlık müessesesi; cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi sebeptir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi ise bir cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır. Bu nedenle bu iki müessesenin uygulanmasında aynı nedenlerin gerekçe yapılması mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değildir. *KORUCULU* da bu görüşümüzün farklı ancak paralel bir görünümü olarak; cezanın ertelenmesi ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bağlamında aynı gerekçenin kullanılabileceğini ifade etmiştir.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 725; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 88-89; Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 1, s. 974; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 230; Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, **TAAD**, No: 29, 2017, s. 346; Yasemin Baba, **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 127; Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 340; Arif Emre Sümer, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 2, 2023, s. 1259.

¹⁷⁶ Polat, Arslan Polat, **Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı**, C. 1, s. 184.

¹⁷⁷ Feyza Kır, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık Kurumu”, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2023, s. 136.

¹⁷⁸ Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 403-404. Metindeki vurgulamalar tarafımızca yapılmıştır.

Bizce bahsi geçen durum mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında olmasa da; “özel kanun genel kanunu ilga eder (lex specialis derogat legi generali)” kuralı gereği, aynı gerekçenin, tek başına, etkin pişmanlık ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında aynı anda göz önünde bulundurulması yerinde olmayacaktır. Ancak etkin pişmanlık hükmünden yararlanan failin kişiliğinin ilk bakışta olumlu olduğunun ön kabulü gerekir. Zira failin etkin pişmanlık göstermesi sonucu cezalandırılmaması veya daha az cezalandırılması ile; takdiri indirim nedeni olarak failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığının dikkate alınmasının mantığı ve amacı temel olarak benzerdir. Her iki kurum da failin pişmanlığının bir nevi ödüllendirilmesini amaçlar. Takdiri indirim nedenlerinde ise asıl değerlendirme konusu yapılan husus failin kişiliğidir. Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmanın, failin kişiliği yönünden olumlu bir veri olduğunun kabulü gerekir. Yargıtay kurul ve daireleri tarafından şimdiye kadar bu konuda açıkça bir karar verilmemişse de, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; failin etkin pişmanlıktan yararlanması, bir nevi takdiri indirim nedenlerinin uygulanması yönünden karine¹⁷⁹ olarak görülmüştür:

“Üzerine atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunu itiraf eden bu nedenle hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanan ve duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz bir davranış ve/veya kişilik özelliği bulunmayan sanık hakkında; fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkiler göz önünde bulundurularak takdiri indirim hükümlerinin uygulanması gerekirken, dosya kapsamına uygun yasal ve yeterli gerekçe göstermeksizin TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi”¹⁸⁰

TCK m. 50 ile TCK m. 62 arasındaki ilişki bakımından da benzer bir karar verilmiştir:

“Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren ve sanık lehine olan 5237 Sayılı TCK’nın 292/1, 62. Maddeleri uygulandığı halde, hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen aynı yasanın 50. Maddesine göre, sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler,

¹⁷⁹ Arif Emre Sümer, “Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık (TCK m. 221)”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 115.

¹⁸⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2017/1517, K.2017/4830, 10/07/2017. Kararı aktaran: Sümer, “Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık (TCK m. 221)”, s.115.

kararda incelenip değerlendirilmeden [...] hapis cezasına seçenек yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır.”¹⁸¹

Bu tartışma sonucunda vardığımız nihai kanaat, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı her dosyada takdiri indirim yapılmasının da zorunlu olduğu anlamına gelmez. Hâkim gerekçelendirmek kaydıyla takdiri indirim uygulanmaması yönünde karar tanzim edebilir.

Etkin pişmanlık hükümlerinin kanun koyucu tarafından yalnızca belirli suçlar yönünden düzenlendiğini ifade etmiştik. Bu suçların işlenmesinden sonra; fail çeşitli davranışlar sergilemiş ancak etkin pişmanlığa dair objektif ölçütleri yerine getirememiş olabilir. Bu gibi hallerde takdiri indirim uygulanabileceği ifade edilmektedir.

Örneğin TCK m. 292’de hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu düzenlenmektedir. TCK m. 293’e göre:

“Etkin Pişmanlık

Madde 293-Tutuklu veya hükümlünün, kaçtıktan sonra etkin pişmanlık göstererek kendiliğinden teslim olması halinde, kaçtığı günden itibaren teslimin gerçekleştiği güne kadar geçen süre dikkate alınarak, verilecek cezanın altıda beşinden altıda birine kadarı indirilir. Ancak, kaçma süresinin altı ayı geçmesi halinde cezada indirim yapılmaz.”

Kanun maddesinde, failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kaçma süresinin 6 ayı geçmemesi şartı öngörülmüştür. 6 aylık süre geçtikten sonra failin teslim olması durumunda; etkin pişmanlık hükümleri uygulanamasa da takdiri indirim söz konusu olabilecektir.¹⁸²

TCK m. 254’te rüşvet suçu yönünden etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir:

“Etkin pişmanlık

¹⁸¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2007/5106, K.2007/2079, 15/03/2007. Kararı aktaran: Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 94.

¹⁸² Arslan, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, s. 54.

Madde 254- (1) *Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.”*

Rüşvet suçuyla kamu görevlisine sağlanan yararın; aynen teslim elverişli olmaması hâlinde, bu suçun resmi makamlara bildirilmesinin takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.¹⁸³

TCK m. 184’e göre:

“İmar kirliliğine neden olma

Madde 184- (1) *Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3) *Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

[...]

(5) *Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.”*

5. fıkarda düzenlenen etkin pişmanlık hükmünde 3. fıkraya atıf yapılmadığı için, yapı kullanma izni alınmamış binalarda sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi lehine sonradan yapı kullanma izni alınmış olsa dahi etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak bu hâlin takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁸⁴

¹⁸³ Baba, **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık**, s. 64.

¹⁸⁴ Arslan, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, s. 93.

TCK m. 168'de malvarlığına karşı işlenen bazı suçlar yönünden etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. TCK m. 168/3 uyarınca kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun rızası da aranır. Ancak bu rıza verilmemişse takdiri indirim nedenlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılanan faillerin; TCK m. 221 bağlamında etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak amacıyla ikrar ve beyanlarda bulundukları, mahkumiyet hükmünün de bu ikrara dayandığı, ancak sonrasında bu ifadelerinden vazgeçmeleri nedeniyle faillerin etkin pişmanlık hükmünden yararlanamadıkları olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu şu şekilde karar vermiştir:

“Sanıkların mahkumiyetine dair kararın gerekçe bölümünde “soruşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümleri kapsamında ifade vermelerine rağmen kovuşturma aşamasında söz konusu ifadelerinden vazgeçtikleri, sanıkların farklı ifadeleri göz önünde bulundurulduğunda kişilikleri hakkında mahkememizce olumlu bir kanaat oluşmadığı”, hüküm fıkrasında ise “Sanığın dosyaya yansıyan her hangi bir olumlu davranışının bulunmaması, kişiliği hakkında mahkememizce olumlu bir kanaat oluşmadığı dikkate alınarak sanık hakkında takdiren” şeklinde gerekçelerle takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. [...]

*Somut olayda olduğu gibi etkin pişmanlık koşulları gerçekleşmemiş ise de dosya kapsamındaki delil durumu ve yerel mahkemenin kabulüne göre; suçun sübutu ve vasfı ile temel cezanın belirlenmesi sanığın ikrarına dayalı olduğu, duruşma sürecini gösteren tutanaklara göre; sanığın soruşturma aşamasındaki beyanlarını inkâr dışında başkaca olumsuz davranışa yer verilmediği, [...] Ceza Daireleri ve Genel Kurulun yerleşik uygulaması ile öğretideki görüşlere göre de suçun ispatı veya sanık aleyhine nitelendirilmesini sağlayan biçimde "ikrar" suçtan **pişmanlık duyulduğu yönünde karine oluşturacağından takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesinin hakkaniyete uygun olacağı**, nitekim somut olayda mahkumiyet hükmünün sanığın ikrarına dayalı bulunduğu, yargılama sırasında sanıkların kişiliğine ilişkin olumsuz bir tespitin dosyaya yansıtılmadığı, bu nedenlerle yerel mahkemenin takdiri indirim uygulanmamasına ilişkin gerekçenin yasal ve yeterli olmadığına kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”¹⁸⁵*

¹⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/245, K.2022/87, 15/02/2022. Aynı yönde Bkz.: “Bu açıklamalar kapsamında sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar veren mahkemenin gerekçeleri irdelendiğinde, sabıkası olmayan ve duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz bir hâli de bulunmayan, **hazırlık aşamasındaki savunmalarında pişmanlığını ifade ederek işlenen suçla ilgili kısmen de olsa aydınlatıcı bilgi veren ancak beyanından döndüğü için TCK'nın 221. maddesinin uygulanma imkanı olmayan sanıkla ilgili** gösterilen "geçmiş hali, suçtan sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, suçtan pişmanlık duyduğu halin gözlemlenmemesi suç işleme hususundaki eğilimi" şeklindeki gerekçelerin dosya içeriğiyle uyumlu olmadığı, [...] takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar veren mahkemenin gösterdiği gerekçeler yasal ve yeterli bulunmadığından,” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2018/366, K.2022/146, 03/03/2022. “geçmişte

3.1.3.2.2. Yargı Kararlarına Yansımış Pişmanlığı (veya Pişman Olmayışı) Gösteren Davranışlar

Failin suçu işleminin ardından yargılama sürecine kadarki davranışları takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu dört kişinin öldürüldüğü olayda, failin olaydan sonra köy muhtarını arayarak olay yerine cankurtaran çağırmasını ve suç silahıyla birlikte teslim olmasını failin lehine değerlendirmiştir.¹⁸⁶

Sonuç cezanın belirlenmesinde, failin suç sonrası davranışları sadece takdiri indirim nedenleri bağlamında dikkate alındığından, “ağır yaraladığı bir kişiyi arabasıyla hastane yakınına kadar götürüp bırakarak uzaklaşan bir fail ile, yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakan ya da yardım almasını engellemek için cep telefonunu da alan bir fail arasında bu anlamda ayırım yapılmalıdır.”¹⁸⁷ Taksirle ölüme neden olma suçunun söz konusu olduğu bir dosyada; sanığın “olay sonrası yaralı olan maktulü kendi arabası ile hastaneye götürmüş olması, savcılıkta alınan ifadesinde üzgün olduğunu beyan etmiş olması ve ağladığının gözlemlenmiş olması”na rağmen takdiri indirim uygulanmaması bozma nedeni yapılmıştır.¹⁸⁸

hakkında herhangi bir suç kaydı ve sabıkası bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışı da tespit edilemeyen, **etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartları oluşmasa da soruşturma aşamasında suç ve diğer örgüt mensupları hakkında bilgi veren sanık hakkında** dosya kapsamı ile uyumlu bulunmayan ve yeterli olmayan gerekçe ile TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/4294, K.2018/4676, 29/11/2018. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2304.

¹⁸⁶ “Suç tarihi itibarıyla sabıkası olmayan, olaydan sonra köy muhtarını arayarak olay yerine cankurtaran çağırılmasını isteyen ve suçta kullandığı av tüfeğini yanına alarak aynı gün kolluk kuvvetlerine teslim olan, yargılama aşamasında maktullerin yakınlarından özür dilediğini belirterek pişmanlığını dile getiren, 5 celse süren yargılama boyunca Mahkemeye saygılı bir tutum sergileyen ve herhangi olumsuz bir davranışı da dosyaya yansımayan sanık hakkında, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim hükmünün uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2020/105, K.2020/531, 17/12/2020.

¹⁸⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 295.

¹⁸⁸ “Sanığın olay sonrası yaralı olan maktulü kendi arabası ile hastaneye götürmüş olması, savcılıkta alınan ifadesinde üzgün olduğunu beyan etmiş olması ve ağladığının gözlemlenmiş olması hususları da dikkate alınarak yargılama sırasında pişmanlığına rastlanmadığından bahisle bu hususta gerekçe gösterilmeden sanık hakkında takdiri indirim hükümlerinin uygulanmaması” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2012/1460, K.2012/7548, 19/03/2012.

7406 sayılı kanunun gerekçesinde “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir.” denilerek failin içten pişmanlığına vurgu yapılmaktadır. Bu durum failin pişmanlığının ölçülmesinin somut ve nesnel bir ölçütünün olmaması nedeniyle eleştiri konusu yapılmıştır.¹⁸⁹ Gerçekten de zaten soyut ve sınırsız olma niteliği yüksek olan takdiri indirim nedenleri müessesesi yönünden böyle bir sınırlamanın getirilmesi yerinde olmamıştır. Pişmanlık duygusu, özünde failin iç dünyasına ait bir duygudur. Bu niteliğiyle “sade/düz” pişmanlığın tespit edilmesi bile oldukça güç bir meseleyken, değişiklik gerekçesinde belirtildiği şekilde “samimi” pişmanlığın nasıl tespit edileceği hususu, kanun değişikliyle bir soru ve sorun olarak ortaya çıkmıştır. Burada “pişmanlık” ölçütünün başkaca müesseseler bünyesinde de dikkate alındığı ileri sürülebilir. Örnek vermek gerekirse, etkin pişmanlık müessesesinde “pişmanlık” kavramı bir kurucu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki etkin pişmanlıktan yararlanmak için sadece zararı karşılamanın yetmediği, buna ek olarak davranışların “iradi ve gönüllü” biçimde gerçekleştirildiğinin de hâkim tarafından tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹⁰ Bu doğrultuda her ne kadar etkin pişmanlık yönünden pişmanlığa atıf olsa da görece nesnel ölçütlerin ilgili suçlar özelinde tespit edilebileceğini ifade etmek gerekir.

Diğer bir örnek olarak ise kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde göz önünde bulundurulanan “pişmanlık” durumu gösterilebilir. Ne var ki bu durumun doktrinde eleştiri konusu yapıldığı da görülmektedir. ÇETİN, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde bir ölçüt olarak düzenlenen yargı sürecindeki pişmanlık ibaresinin masumiyet karinesine aykırı olduğunu ve madde metninden çıkartılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁹ “Yine gerekçedeki örneklerle bakılır ise sanığın sadece pişmanım demesi dahi yeterli değildir?! Çünkü bu halde pişmanlığın “içten” olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Mesela sırf zararı gidermedi diye pişmanlık göstermediği sonucuna mı ulaşılacaktır? Peki zararı ödeyenin içten olduğunu nasıl anlayacağız? Hakimin eline bunu ölçecek bir alet mi vereceğiz?” Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 723.

¹⁹⁰ Sümer, “Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık (TCK m. 221)”, s. 20.

¹⁹¹ Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 91.

Yargı kararlarında da failin pişmanlığının çeşitli şekillerde değerlendirildiği görülmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; sanığın “pişmanım” beyanına rağmen, “sanığın pişmanlık duymayan” halinin takdiri indirim yapılmamasına gerekçe gösterilmesini bozma nedeni yapmıştır.¹⁹² Yine Yargıtay 9. Dairesinin -takdiri indirim nedenlerine dair kısmını- hukuka aykırı görmediği bir ilk derece mahkemesi kararında ise şu gerekçelerle takdiri indirim uygulanmamasına hükmedilmiştir:

*“Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; sanığın mağdureye yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine, **sanığın işlediği suç nedeniyle pişmanlık duyduğuna yahut bu pişmanlığının kendisini bir daha suç işleme düşüncesinden uzaklaştıracak kararlılıkta olduğuna dair olumlu kanaat oluşmadığından ve bu yönde 5237 sayılı Kanun’un 62 inci maddesinin birinci fıkrasındaki gerektirici sebepler oluşmadığından takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına yer olmadığına dair karar verilmiştir.**”¹⁹³*

Failin pişmanlığının değerlendirilmesi, hâkimin subjektif ve salt tecrübeye dayanan hisleriyle gerçekleştirilmemelidir. Hâkim bu iradesini gerekçeli kararında somutlaştırarak hayata geçirmelidir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen ve bir trafik kazasının meydana geldiği olayda; failin, trafik kazasında ölenlerin yakınlarının ve yaralananların zararını giderme çabasının bulunmaması, aleyhine değerlendirme konusu yapılmıştır. Çoğunluk kararına katılmayan kurul başkanı ise isabetli olarak; sanığın kaza sonrası olay yerinden kaçmadığını, tutuklu olması nedeniyle ölen ya da yaralananlarla (ve yakınlarıyla) ilgilenemeyeceğini, son sözünde “pişmanım keşke ben ölseydim” diyerek samimi pişmanlığını gösterdiğini ifade ederek karşı oy kullanmıştır.¹⁹⁴ Örnek olay bakımından ifade etmek gerekirse;

¹⁹² “Sanık hakkında kurulan hükümlerde 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında takdiri indirim nedeni uygulanmasına karar verilip verilmeyeceğinin değerlendirildiği ancak sanığın **pişmanlık duyduğuna ilişkin savunması karşısında, “Sanığın yargılama sürecindeki pişmanlık duymayan hali”** şeklindeki dosya içeriği ile bağdaşmayan yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile sanık hakkında takdiri indirim uygulanmamasına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2021/17678, K.2023/2052, 06/04/2023.

¹⁹³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2023/483, K.2023/3081, 15/05/2023.

¹⁹⁴ “Uzun yıllar otobüs şoförlüğü yapması nedeniyle mesleğinin insanların can ve mal güvenliği açısından önemini yakinen bilecek tecrübeye sahip olması beklenen sanığın olay tarihinde kar yağışlı olan hava koşulları ile eğimli, karlı ve buzlu olan zemin koşullarını dikkate almadan içinde onlarca yolcu bulunan kullandığı otobüsü kaydırıp devirmesi, olaydan önce yolcuların kendisine yaptığı uyarıları dikkate almaması, **kazada ölen ve yaralananların zararlarını giderme yolunda hiçbir çabasının bulunmaması**, alınan bilirkişi raporlarına göre kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğunun tespit edilmesine karşın son savunmasına kadar tüm aşamalarda kusurunun olmadığını belirtip suçu

“pişmanım keşke ben ölseydim” diyerek son savunmasını yapan bir sanığın samimiyetsiz olduğu hangi objektif ölçüte göre belirlenmiştir/belirlenebilecektir? Esasında atıf yapmış olduğumuz kararda eleştiri konusu yapılabilecek birçok husus vardır. Örneğin uyarılara rağmen otobüsü devirmesi gibi suçun işleniş biçimiyle ilgili hususlar takdiri indirimin tatbikinde göz önünde bulundurulmuştur. Diğer yandan sanığın savunma hakkı bağlamındaki ifadeleri de aleyhine değerlendirilmiştir. Kanun değişikliği sonrasında dile getirilen eleştirilerden bir tanesi de budur: sanığın susma hakkını kullanması hâlinde TCK m. 62 uyarınca hakkında takdiri indirim uygulanmayacak mıdır?¹⁹⁵ Bu konu ikrarın ve inkârın kategorik durumu başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenecektir.

Bazı Yargıtay kararlarında da suçun işleniş biçiminin ve olayın vahametinin göz önünde bulundurularak takdiri indirim nedenlerinin uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir olayda ilk derece mahkemesinin takdiri indirim uygulamama gerekçesi, kurulun kararı ve karşı oy yazısı incelemeye değerdir:

“[İLK DERECE MAHKEMESİ DİRENME KARARI] Sanık O.Ç.’in pişmanlığını belirtmesi ve yargılama sırasındaki olumsuz davranışının yokluğu sebebiyle TCK’nın madde 62. uygulanması gerektiği yönündeki Yargıtay bozma sebebine katılamıyoruz. **Öncelikle sanığın yargılama aşamasında savunmasını yaparken ya da sadece dinlerken bile hali tavrı, ses tonlamaları, bakışları vs. gibi davranışları ile pişmanım kelimesini kullanmasını desteklemesi, pişmanlık duygusuyla örtüşmesi gerekir.** Olumsuz davranış için illaki sanığın taşkınlık yapması, bağırması, ya da iyi ki öldürdüm demesini beklemek bu maddenin uygulanmasını çok kısıtlayacağı ve haksız yere cezadan indirim yapılmasına olanak sağlayabileceği görüşündeyiz. **Sanık O. Ç. yargılamalar sırasında savunmasını yaparken ki hali tavrı tutanaklarda tasvir**

bazı kurumlara yükleme gayretine girişmesi göz önüne alındığında, sanık hakkında “geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama süresinden sonraki davranışlarını” gerekçe göstererek takdiri indirimin uygulanmamasına karar veren yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

[...] Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı; [...] c-Fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları: Sanık olaydan sonra olay yerinden kaçmamıştır. **Tutuklu bulunduğundan dolayı da ölen ve yaralananlarla ilgilenmesi imkân dahilinde değildir.** Yargılama sürecinde duruşma tutanaklarına yansıyan bir olumsuzluğu bulunmadığı gibi olaydan dolayı pişman olmuş hatta son savunmasında bunu ‘pişmanım keşke ben ölseydim’ şeklinde samimi olarak ifade etmiştir. Kaldı ki, ‘yargılama süresinden sonraki davranışları’ ile neyin ifade edilmek istendiği de anlaşılamamaktadır. Burada kastedilen 5237 sayılı Yasanın 62/2 maddesinde geçen ‘yargılama sürecindeki davranışları’ ise sanığın hangi davranışları mahkemede olumsuz kanaatin oluşmasına neden olmuştur? [B]elirsiz olduğu gibi bu yöndeki değerlendirmenin dosyada dayanağı bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/9-13, K.2008/41, 04/03/2008.

¹⁹⁵ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 723.

edilmemiş olabilir ancak pişmanım kelimesini son savunmasında dahi söylememesi, iki kişiyi çok rahatlıkla ortada sebep yokken, daha önceye dayanılan bir tanışıklık dahi bile bulunmazken, önce ateş edip yaralayıp, yaralı olarak kaçmaya çalışan ve can çekişen yerde yatan maktullerin arkasından giderek göğüs ve kafa bölgelerine ateş edebilen sanık O.Ç..in sadece yargılama boyunca olumsuz davranışta bulunmadığı için tamamen hakimlerin takdirine bırakılmış TCK'nın 62. maddesini uygulamanın hakkaniyete uygun ve vicdanları rahatsız etmeyecek mahiyet taşıdığıının söylenmesi oldukça zordur. Kaldı ki yargılama aşamasında savunmasını yaparken ki rahat tavırları, iki kişinin öldürülmesini olağan alışılmış bir olay gibi anlatabilmesi, pişmanım diyememesi, umursamaz bir hal içinde iddianameyi dinlemesi, herhangi bir pişmanlık tavrı göstermemesi sanık hakkında takdiri indirim sebebini uygulanmasını gerektirecek kanaati oluşturmamaktadır.”¹⁹⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu gerekçeleri denetime elverişli ve yerinde bulmuştur:

“[YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI] Somut olayda; yerel mahkemenin “sanığın olay sırasındaki davranışları, olayı işleyiş şekli, kastının yoğunluğu göz önüne alınarak hakkında takdiri indirim sebebi uygulanmasına takdiren yer olmadığına” şeklinde gerekçelendirerek sanık hakkında TCY'nın 62. maddesini uygulamadığı, uygulamama nedenlerini denetime elverişli olacak şekilde gösterdiği ve bu gerekçenin yeterli olduğu görülmektedir.”¹⁹⁷

Ancak bizim de katıldığımız karşı oy görüşünde failin olay sonrasındaki davranışları pişmanlık göstergesi olarak kabul edilmiştir:

“[KARŞI OY] En önemli hususlardan biri de, sanığın fiili işledikten sonraki aktif pişmanlık durumunun dikkate alınmasıdır. Somut olayda sanık, davranışından duyduğu pişmanlığı ortaya koyacak biçimde, silahını kendi kafasına dayayarak, artık yaşamının anlamsızlığını dile getirmiş ve eylemi orada bulunan tanık tarafından engellenmiştir. Sanığın bu pişmanlığının aksine, aleyhine kanıt da bulunmamaktadır.”¹⁹⁸

7406 sayılı değişiklik öncesi kanun döneminde verilen bu kararda görüldüğü üzere; işlediği suç sonrasında kendi silahıyla intihar etmek isteyen ve başkası tarafından engellenen failin dahi pişmanlığının “samimi” olmadığı değerlendirilebilmektedir. Kanaatimizce bu durum, yukarıda bahsettiğimiz 7406 sayılı kanunla getirilen değişikliğin doğurabileceği risklere ışık tutar niteliktedir.

Failin fiil sonrasındaki bazı davranışları da aleyhine değerlendirilebilmektedir:

¹⁹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/99, K.2011/145, 28/06/2011.

¹⁹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/99, K.2011/145, 28/06/2011.

¹⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/99, K.2011/145, 28/06/2011.

“5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca takdirî indirim sebebi uygulanması Mahkemenin takdirinde olup Mahkemece “bilgi sahibi B.S.'nin beyanlarına ve kolluk tutanaklarına yansıyan sanığın olay sonrasındaki soğukkanlı davranışları” şeklindeki dosya kapsamı ile uyumlu, yerinde, yeterli ve kanunî gerekçeyle takdirî indirim sebebi uygulanmadığı anlaşıldığından, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.”¹⁹⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda; ilk derece mahkemesinin fiilden sonraki olumsuz davranışa dair aşağıdaki gerekçelerle takdiri ceza indirim uygulanmamasında bir isabetsizlik bulunmadığı ifade edilmiştir:

*“[S]anık, maktulü av tüfeği ile öldürdükten sonra maktulün kafasını bıçakla keserek yaklaşık 200 metre mesafedeki köy meydanına götürüp atmıştır. Bu durum da **sanığın fiilden sonraki olumsuz tutum ve davranışları** olarak kabul edilmiştir.”²⁰⁰*

3.1.3.2.3. Suçu İkrar veya İnkârın Kategorik Durumu

Şüpheli veya sanığın yargılama sürecinde suçu ikrar veya inkârının takdiri indirim nedenleri yönünden etkisini değerlendirmek gerekir. Diğer takdiri indirim nedenleri yönünden de ifade ettiğimiz üzere, salt inkâr veya salt ikrar takdiri indirim nedenlerini tatbikinde tek başına göz önünde bulundurulmaz, tüm takdiri indirim nedenlerinin bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir.

Şüpheli veya sanığın ikrarının cezanın belirlenmesindeki etkisi çeşitli temellerde ele alınmıştır. İkrarın konusu; failin bizzat yaşadığı ve idrak ettiği olaylar olup, isnat konusu olaya ilişkin hukuki vasıflandırmalar ikrarın konusunun dışındadır.²⁰¹ Failin ikrarının bir indirim sebebi olmasının nedeni; failin sosyal düzene “boyun eğişinin” ödüllendirilmesi, ikrar ile pişmanlığın ortaya çıktığının kabulü, ikrarın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını kolaylaştırarak ceza muhakemesini olumlu etkilediği, ikrarın failin ıslahı bakımından ilk adımı teşkil ettiği, ikrarın failin şahsiyetinin bir “semptomu” oluşu²⁰², suçu ikrar eden failin hatasını gördüğü, yeniden

¹⁹⁹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2022/7947, K.2023/2440, 02/05/2023.

²⁰⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/597, K.2021/344, 06/07/2021.

²⁰¹ Emirhan Aydın, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 2, 2023, s. 469.

²⁰² Erol Cihan, “Ceza Muhakemesinde İkrar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 31, No: 1-4, 1965, s. 120-124.

sosyalleşmesinin daha kolay olacağı²⁰³ gibi düşüncelerle açıklanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu MTCK döneminde vermiş olduğu bir kararda “İkrarı ile suçu meydana çıkaran ve suça vasıf kazandıran sanıklar hakkında takdiri indirimin uygulanması”nın zorunlu olduğunu ifade etmiştir.²⁰⁴ Güncel Yargıtay kararlarında da bu içtihat istikrarlı biçimde sürdürülmektedir:

“Somut olayda, olay bütünüyle sanık S.’nin tüm aşamalarda, birbirlerini tamamlayan anlatımlarından ortaya çıkmış olup, bu sanığın beyanları olmasa suçun bütünüyle ortaya çıkmayacağı göz önüne alınarak, TCK[’]n[ı]n 62. Maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi”²⁰⁵

Ancak çeşitli kararlarda tamamen aynı gerekçeyle farklı oranlarda²⁰⁶ indirim uygulandığı da görülmektedir:

“Sanığın ikrarı ile yargılamanın aydınlatılmasına yardımcı oluşu lehine takdiri indirim sebebi kabul edilerek sanığa verilen cezadan TCK’nın 62.maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak”²⁰⁷

“Sanığın samimi ikrarı yargılamanın aydınlatılmasına yardımcı oluşu lehine takdiri indirim sebebi kabul edilerek sanığa verilen cezadan TCK’nın 62.maddesi uyarınca takdiren 1/9 oranında indirim yapılarak”²⁰⁸

İkrarın iddianın aydınlatılmasına kısmen ya da tamamen fayda sağlaması gerekir.²⁰⁹ Ancak sanığın söz konusu ikrarı, aleyhinde ortaya çıkan deliller nedeniyle muhtemel mahkumiyetini öngörerek gerçekleştirmemiş olması gerekir. Yargıtay Ceza

²⁰³ CENTEL’e göre bu görüş yerinde değildir, “Mahkemeler genellikle suçunu itiraf eden faili ılımlı, inatla inkâr edeni ise sert cezalandırma eğilimindedirler. Suçu ikrar etmek, failin hatasını gördüğünün, yeniden sosyalleşmesinin kolay olacağının belirtisi sayılmaktadır. Ancak bu yerinde değildir. Çünkü, pişmanlıkla itiraf dışında, suçu ikrar etmek failin kusurunu azaltmadığı gibi; tekrar suç işleme tehlikesi bulunduğu konusunda da bir belirti teşkil etmez. Ancak itiraf eden sanığın asıl saikini anlamak her zaman kolay değildir. Her sanık suçu ikrarın mahkemeyi olumlu etkilediğini bilmektedir.” Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 367.

²⁰⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1989/1-503, K.1989/8, 30/01/1989.

²⁰⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2014/3990, K.2014/6553, 18/12/2014. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 841.

²⁰⁶ Bu konu “3.3.6. Takdiri Ceza İndiriminin Oran Yönünden Belirlenmesi” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

²⁰⁷ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi, E.2018/2987, K.2019/268, 06/02/2019.

²⁰⁸ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi, E.2019/366, K.2019/844, 03/04/2019.

²⁰⁹ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 666. “Sanığın kaçamaklı da olsa suçunu ikrarı, mahkemeye karşı saygılı tutumu lehine takdiri indirim nedeni kabul edilerek verilen cezada TCK’nın 62.Maddesi gereğince takdiren 1/6 oranında indirim yapılmasına”, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi, E.2019/1446, K.2020/53, 08/01/2020. Tevilli ikrar, kaçamaklı ikrar, kısmi ikrar gibi ikrar çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Aydın, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar”.

Genel Kurulu, sanığın önceki ifadelerinde suçlamayı kabul etmeyip, kovuşturma aşamasında aleyhine çıkan deliller nedeniyle ikrarda bulunduğu olayda, sanığın ikrarının samimi kabul edilmemesine dair gerekçeyi kanuna uygun bulmuştur.²¹⁰

Şüpheli veya sanığın, yargı makamlarınca bilinmeyen müşterek fail veya şeriklerin yakalanmasına yardımcı olması, bu kişiler hakkında bilgi vermesi bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir. Ancak azmettiren hakkında bilgi verilmesi hususunu ayrıca incelemek gerekir. Azmettirme hususu TCK m. 38/3'te düzenlenmektedir.²¹¹

TCK m. 38/3 uyarınca öngörülen indirim bir cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir. Bu nedenle etkin pişmanlık müessesesine dair yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerli olacaktır. Kanaatimizce; “özel kanun genel kanunu ilga eder (lex specialis derogat legi generali)” kuralı gereği, aynı gerekçenin, tek başına, azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlama nedeniyle indirim uygulanmasında ve takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında aynı anda göz önünde bulundurulması yerinde olmayacaktır. Ancak azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan failin kişiliğinin ilk bakışta olumlu olduğunun ön kabulü gerekir. Zira failin azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlaması sonucu cezalandırılmaması veya daha az cezalandırılması ile takdiri indirim nedeni olarak failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığının dikkate alınmasının mantığı ve amacı temel olarak aynıdır. Her iki kurum da failin muhakeme sürecine katkıda bulunmasının bir nevi ödüllendirilmesini amaçlar. Takdiri indirim

²¹⁰ “Parmak izinin tespit edilmesi sonucunda suç konusu eylemi nedeniyle hakkında soruşturma başlatılan ve adli sicil kaydında hırsızlık suçu da dahil olmak üzere pek çok suçtan sabıkası bulunan sanığın, önceki ifadelerinde suçlamayı kabul etmeyip kovuşturma aşamasında aleyhindeki deliller nedeniyle suçu işlediğini beyan etmesi samimi ikrar olarak kabul edilemeyeceği gibi, yerel mahkeme iradesinin sanık hakkında TCK'nun 62. maddesinin uygulanmamasına yönelik bulunduğu ve bu tercihin dosya kapsamı ile de uyumlu olduğu anlaşıldığından, hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilen sanık hakkında TCK'nun 62. maddesinin uygulanmaması ile bu konuda gösterilen gerekçe arasında çelişki bulunduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle, sanık hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına yönelik yerel mahkeme hükmü usul ve kanuna uygun olup, hükmün bozulmasına ilişkin Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/301, K.2014/329, 17/06/2014. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 836.

²¹¹ **TCK m. 38/3- Azmettirme** “(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

nedenlerinde ise asıl değerlendirme konusu yapılan husus failin kişiliğidir. Azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayarak indirim hükmünden yararlanmanın failin kişiliği yönünden olumlu bir veri olduğunun kabulü gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararda; azmettirenin ortaya çıkarılmasını pişmanlık nedeniyle gerçekleştirdiği ifade edilen sanık hakkında, “delillerin aleyhine olması nedeniyle ikrarının samimi olmadığı” gerekçesiyle takdiri ceza indirimi uygulanmamasını çelişkili olarak değerlendirmiştir.²¹²

Suç birden çok kişi tarafından işlenmişse, suçun ikrarının -ve genel olarak takdiri indirim nedenlerinin- her bir sanık bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak takdiri indirim nedenlerinin müşterek failler ve şerikler bakımından sirayeti mümkün değildir. Takdiri indirim nedenleri müessesesinin bir cezanın bireyselleştirilmesi aracı olması da bunu gerektirir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda:

²¹² “Yerel mahkemece, delillerin değerlendirilmesine ilişkin gerekçe kısmında; sanığın, kasten öldürme suçunun kendisi tarafından işlendiğine ilişkin **delillerin toplanmadığı aşamada, olay hakkında en ince ayrıntısına kadar bilgi vermesinin nedeninin yaşadığı pişmanlık olduğu, TCK'nun 38/3. maddesinden yararlanmak için bu şekilde ifade verdiğinin kabul edilemeyeceğinin belirtilmesine, yine sanık hakkında hükmolunan cezadan TCK'nun 38/3. maddesi gereğince indirim yapılmasına ilişkin olarak da; suça azmettirenin belli olmadığı bir aşamada beyanları ile azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağladığının dayanak gösterilmesine rağmen, suç tarihi itibarıyla **sabıkası olmayan, fiilden sonra maktul ...'ı öldürdüğüne ilişkin hakkında somut bir delil bulunmadığı aşamada olayı ayrıntılı biçimde anlatarak kendi suçu ile birlikte diğer sanık ...'nin suçunu ortaya çıkaran, yargılama aşamasında da aynı tutumunu devam ettiren ve herhangi bir olumsuz davranışı da dosyaya yansımayan ve bu nedenle hakkında TCK'nun 62. maddesinin uygulanması gereken sanık hakkında, yerel mahkemece; “...tüm delil ve bulgulardan zaten olayın tamamıyla aydınlık kazandığı, sanık ...'un cezai indirimden yararlanma düşüncesiyle yargılama sırasında bu davranışları sergilediği, soruşturma evresinden yargılamanın sonucuna kadar olan tutum ve davranışları dikkate alındığında ve sanık ...'ın olay öncesinde'nın kendilerine 'bir olay olursa siz vurursunuz, ben size cezaevinde bakarım' dediğini ifade etmesi de nazara alındığında, cinayet işleme konusunda önceden var olan iradesini ortaya koyduğu, sanığın suç işleme hususundaki eğilimi, bulunduğu sosyal konumu, olayla ilgisi olmayan masum bir insanı silahla sebepsiz yere öldürmüş olması, maktulü öldürmesi için verilen talimat doğrultusunda, ...ile birlikte hareket ederek maktulü تنها bir yere götürmesi ve her an bir insan öldürmede kullanılabilecek ruhsatsız tabancanın bulundurulması, sanığın maktulü öldürme konusundaki kararlılığı, soğukkanlılıkla eylemi gerçekleştirip evine gitmesi ve silahı saklaması, yanında çalıştığı kişi için tetikçilik yapması, sanığın tereddüt etmeden eylemini sonuçlandırması, suç işlenmesinin önlenmesi ve ceza adaletinin tam ve eksiksiz olarak sağlanması, sanığın pişman olduğu yönünde dosyaya yansıyan bir durumunun olmadığına gözlenmesi, hak ve nesafet kuralları ve sanığın duruşmadaki hali de dikkate alınarak” şeklinde dosya kapsamı ile örtüşmeyen, çelişki içeren ve yeterli olmayan gerekçeyle TCK'nun 62. maddesinin uygulanmaması isabetli değildir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2015/606, K.2016/324, 27/09/2016. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2299.****

“8 yaşında olan çocuğu acımasızca öldürme fiiline iştirak eden ve diğer sanıklardan farklı olarak suç delillerinin ortaya çıkarılmasında katkısı olmayan, kararda belirtildiği gibi cesedin yerini gösterme gibi bir davranışı bulunmayan, sanığın cesedin yerini gösterdiğinden ve suçun ortaya çıkmasında katkıda bulunduğundan söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ile 523[7] sayılı TCK.nun 62. maddesi uygulanmak suretiyle eksik ceza verilmesi,”²¹³

Şüpheli veya sanığın; kendisine isnad edilen suça karşı, susma hakkını kullanmasının veya inkâr yönünde savunma yapmasının TCK m. 62 yönünden etkisini değerlendirmek gerekir. Sanığın susma hakkını kullanması veya isnadı inkâr etmesi durumlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Sanığın susma hakkını kullanması, aleyhine olacak şekilde değerlendirilebilir mi? Böyle bir aleyhe değerlendirme, potansiyel zorlama²¹⁴ oluşturacak mıdır? AY m. 38/5 ve CMK m. 147 hükümleri, susma hakkının yasal dayanağı olarak gösterilmiştir.²¹⁵ AY m. 38/5 uyarınca *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* İfade ve sorgunun tarzı başlıklı CMK m. 147’te ise; sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun söyleneceği ifade edilmiştir.

Susma hakkı, sanığın işkence ve kötü muamele görmeme hakkıyla yakından ilişkilidir.²¹⁶ Susma hakkının kullanıldığı gerekçesiyle sanığın aleyhine sonuç doğuracak bir hükme varılması mümkün değildir.²¹⁷ Zira sanık susma hakkını; heyecanlı veya ümitsizlik içinde olduğu için²¹⁸ veya protesto amacıyla kullanmış olabilir. Susma hakkının kullanılması; nasıl ki ispat hukuku yönünden failin aleyhine

²¹³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2006/2547, K.2006/4958, 16/11/2006. Kararı aktaran: Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, C. 1, s. 978.

²¹⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 69.

²¹⁵ Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 172.

²¹⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 195; Dülger, Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 210.

²¹⁷ Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 174; Dülger, Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 660.

²¹⁸ Faruk Erem, “Susma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, No: 3, 1992, s. 298.

olacak şekilde değerlendirilemiyorsa, TCK m. 62'nin tatbikinde de failin aleyhine olacak şekilde değerlendirilmemelidir.²¹⁹ Sair Yargıtay içtihatları da bu yöndedir:

“Ancak; CYY’sı[nın] 147. maddesinde tanınan susma hakkı[nı] kullanan sanık hakkında, "... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ..." biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması; Bozmayı gerektirmiş”²²⁰

Sanık savunma hakkını, susarak kullanabileceği gibi aktif savunma yaparak da kullanmayı tercih edebilir. Sanığın savunma hakkını; yalan söylemek veya mahkemeyi yanlış yönlendirmek suretiyle üzerine atılı suçu inkâr etmesi şeklinde kullanması hâlinde, bu husus TCK m. 62'nin tatbikinde aleyhe olacak şekilde değerlendirilebilir mi? Bu soruya ek olarak; sanığın üzerine atılı suçu inkârı sırasında söylemiş olduğu her yalana aynı önemi mi atfetmek gerekir?

İlgili tartışmaya geçmeden ifade etmek isteriz ki; -sanığın ikrarı hususunda da vurguladığımız üzere- TCK m. 62'nin tatbikinde salt inkâr tek başına göz önünde bulundurulmamalıdır. Salt inkârın takdiri ceza indirimi uygulamama gerekçesi olarak yaygın bir şekilde benimsenmesi, savunma hakkını kullanan sanıkların tedirgin olmalarına yol açar. Bu yönde benimsenen ketum bir tavır, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını dahi zorlaştırabilir. Sanık işlemediği bir suç yönünden kendisine yöneltilen isnatları, “ceza alırsam da en azından cezamda indirime gidilsin” umuduyla inkâr etmekten kaçınabilir. Bu nedenle TCK m. 62’de öngörülen tüm ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi suretiyle bir sonuca varılması gerekir.

“Yalan, subjektif gerçek dışılığın bilinçli olarak ortaya konulmasıdır.”²²¹ Bu niteliği ile yalanın, bilinçli bir yanlışlıkla birini aldatma amacı taşıdığı söylenebilir.²²²

²¹⁹ Gençler, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 108; Çolak, Uğurtan, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları”, s. 12.

²²⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2008/10723, K.2008/21522, 02/12/2008. Kararı aktaran: Polat, Arslan Polat, **Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı**, C. 1, s. 184.

²²¹ Timur Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 267.

²²² Demirbaş, **a.e.**

Şüphesiz ki yalan, sosyal yaşamda hoş karşılanmayan bir şeydir.²²³ Ancak ceza hukuku bağlamında savunma hakkının, sanığa kendisine yöneltilen isnatlar yönünden “yalan söyleme hakkı” verip vermediği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre sanık; cezadan kurtulmak amacıyla, savunma hakkı kapsamında yalan söyleyebilir. Bu görüşe göre; insanın doğası gereği cezadan kaçınmak için yalan söylemesi doğaldır.²²⁴ Sanığın yalan söylemesi o kadar olağandır ki, bu durum ayrıca bir suç olarak kanunda düzenlenmemiştir.²²⁵ Hatta sanığın yalan söylemesi bir yönüyle faydalıdır. Zira; sanık yalan söylerken çelişkiye düştüğünde hâkim bu vesileyle sanığın yalan söylediğini anlayabilecektir.²²⁶ Bazı yazarlar; sanığın savunması sırasında yalan söyleyebilmesinin suç olarak cezalandırılmamasına ek olarak, sanığın “yalan söyleme hakkı”na sahip olduğunu ifade etmişlerdir.²²⁷

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise; sanığın “yalan söyleme hakkı”nın olduğu kabul edilemez.²²⁸ Sanığın aktif savunma yapmayı tercih etmesi, susma hakkını kullanmasından farklıdır. Çünkü sanığın susma hakkının bulunması, gerçeği karartmamakla yükümlü olduğu sonucunu değiştirmez.²²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda da bu husus vurgulanmıştır:

²²³ Toplum nezdinde; mahkeme önünde olsa dahi sanığın veya tanığın yalan söylemesi hoş karşılanmamaktadır. Dini inanç faktörü de bu bakış açısının oluşmasında etkilidir. Kur’an-ı Kerim’de; kişinin kendisinin veya ailesinin aleyhine de olsa, mahkemede şahitlik yaparken gerçeği söylemesi ve adaleti ayakta tutması gerektiği ilke olarak benimsenmiştir. Kur’an, Nisâ Suresi 135. Ayet. “*Ey iman edenler! Kendinizin veya anne babanızın ve akrabanızın aleyhine bile olsa adaleti ayakta tutun, Allah için şahitlik eden kimseler olun. (İnsanlar) zengin olsunlar, yoksul olsunlar Allah onlara sizden daha yakındır. Öyleyse siz hislerinize uyup adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan geri durursanız bilin ki Allah yaptığınız her şeyden haberdardır.*”.

²²⁴ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006, s. 466.

²²⁵ Öztekin Tosun, **Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri - Genel Kısım**, C. 1, 4. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 753; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 466; Serap Keskin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, İstanbul, Alfa, 1997, s. 179.

²²⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 466.

²²⁷ Dülger, Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 210; Murat Aydın, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı (Nemo Tenetur İlkesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 37.

²²⁸ İzzet Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 9, No: 1-3, 1995, s. 142; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 175-176; Mahmut Koca, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998, s. 214.

²²⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **a.e.**

*“TCY’nin 59’uncu maddesinin uygulanması açısından genel bir ilke koymak mümkün değil ise de; susma hakkını kullanmayarak, somut olayı değiştirme ve yargılamanın seyrini olumsuz etkileme gayretinde bulunan sanık hakkında suçunu inkâr ettiği gerekçesiyle TCY’nin 59’uncu maddesinin uygulanmamasında “inkâr” sözcüğü sanığın olumsuz kişiliğini[n] sergilenmesi açısından kullanıldığından susma hakkı ile çelişmemektedir.”*²³⁰

Bilindiği üzere; maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ceza muhakemesinin ana amaçlarındandır. Bu doğrultuda ceza hâkimine yönelik bir ilke olarak, “maddi gerçeğin araştırılması ilkesi” benimsenmiştir. Bu ilke, her ne kadar hâkime yönelik bir ilke olsa da; savcılık makamı ve sanık da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmalıdır.²³¹

Kanaatimizce de sanığın “yalan söyleme hakkı”na sahip olduğunun kabulü mümkün değildir. AY m. 36’da savunma hakkının “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” kullanılabileceği ifade edilmiştir. Ceza hukuku bakımından da; yalanın meşru olduğu, uygun bulunduğu ve yalana izin verildiği söylenemez.²³² Bu bağlamda; gerçek dışı beyanlarıyla başkasının haklarını²³³, maddi ceza hukuku

²³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1998/8-163, K.1998/216, 09/06/1998. Kararı aktaran: Çolak, Uğurtan, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları”, s. 12.

²³¹ Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, s. 139; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 586. Beytullah Çetin, **Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 53; ŞİMŞEK’e göre de doğru söylemek sanığın asli vazifesidir. Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 93; ŞAHİN/GÖKTÜRK ve KOCA; (farklı eserlerde) sanığın yalan söyleme hakkının bulunmadığını, fakat ceza muhakemesi hukuku kurallarından sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğünün çıkarılamayacağını ifade etmişlerdir. Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 175; Koca, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, s. 142. Aynı yönde: Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 682. Yargıtay 1. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda, her ne kadar aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapmamış olsa da, sanığın bazı susma hakkını kullanma şeklinde nitelendirilebilecek davranışlarına dikkat çekmiştir. “*Sabıkalı olan ve suçların işleniş biçimlerinden de açıkça anlaşılacağı üzere insani değerlerden tamamen uzak bir kişilik yapısı sergileyen sanığın, olaydan sonra gerçek anlamda pişmanlık duymadığı, maktuleden aldığı cep telefonunun sim kartını çıkarıp yerine kendi sim kartını takarak cep telefonunu kullanması üzerine yakalandığı, maktulenin giysileri üzerinde kendisinden başka bir erkeğe ait sperm artıkları bulunmasına rağmen bu konuya açıklık getirmediği, olayın yapılan teknik inceleme ve fenni bulgular sonucu ortaya çıkarıldığı, sanığın ise duruşmalarda olaya açıklık getireceğine eski ifadelerini tekrar etmekle yetindiği olayda; cezanın bireyselleştirilmesi sırasında uygulanma yeri bulunmadığı ve 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin bir atıfet maddesi olmadığı gözardı edilerek, “tevilli ikrar” gerekçesiyle TCK’nın takdiri indirimine ilişkin 62. maddesi ile indirim yapılmış olması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.*” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2009/10241, K.2011/8043, 19/12/2011.

²³² Erol Cihan, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Stijesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 50, No: 1-4, 1984, s. 148.

²³³ Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, s. 140.

kurallarını²³⁴ ihlal eden veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyerek yargılamayı saptıran²³⁵ sanığın inkârı, aleyhe olacak şekilde değerlendirilebilecektir.

Bu kabul, sanığın yalan söylemesinin ayrıca suç olduğu ve cezalandırılabilceği anlamına gelmez. Belirttiğimiz nitelikteki ve benzeri yalanları içeren inkârın, sanığın şahsiyetinin bir göstergesi olduğu ve bu sebeple de cezanın miktarını tayinde dikkate alınabileceği anlamına gelir.²³⁶

Nitekim “İddia ve Savunma Dokunulmazlığı” başlıklı TCK m. 128’de de gerçeğin önemi vurgulanmıştır:

“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

Kişinin mahkemede kullandığı ifadeler hakaret suçunu oluşturuyor ve bu ifadeler gerçek ve somut vakıalara dayanmıyor ise; sanığın bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacağı söylenebilecektir.

Sanığın yalan söylemek suretiyle savunma hakkını kullanabileceğini ifade eden müellifler; özellikle tanığın yalan söylemesinin suç olarak düzenlendiğini, fakat sanığın yalan söylemesinin suç olarak düzenlenmediğini ifade etmişlerdir. Bu yönüyle; yalan söylemek suretiyle suçu inkâr eden kişinin cezasında takdiri indirime gidilmemesi, sanığın yalan söylemesi nedeniyle ayrı bir suçtan cezalandırılmasıyla aynı ağırlıkta değildir. Zira birinde doğrudan fiil cezalandırılırken, diğerinde olumsuz bir kişilik özelliği cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Sanığın mahkemede ısrarlı biçimde yalan söylemesi, mahkemeyi yanlış yönlendirerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştırması gibi durumlar esas olarak sanığın kişiliğinin

²³⁴ Çetin, **Savunma Hakkının Kısıtlanması**, s. 53.

²³⁵ Fidan Balcı, Seyithan Öztürk, **Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi**, Ankara, Adalet, 2019, s. 218.

²³⁶ Cihan, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, s. 148; Erem, “Susma Hakkı”, s. 298.

tespitinde etkili olmaktadır. Yalan tanıklık suçunu işlemesine rağmen hakkında -şahsi cezasızlık sebebinin varlığı nedeniyle- ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilen kişilerin durumuyla, sanığın durumu, konunun anlaşılması adına kıyas edilebilir.

TCK m. 272’de yalan tanıklık suçu düzenlenmiştir. TCK m. 273’te ise yalan tanıklık suçu bakımından şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu hükümde; bazı kişilerin tanıklık yaptıkları sırada, kanunda sayılan yakınlarının soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili yalan söylemesi hâlinde, cezalarının indirilebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebileceğini düzenlemiştir. Bu hükmün kaynağı da tıpkı susma hakkı gibi AY m. 38’dir. Ancak belirtmek gerekir ki; TCK m. 273/1’den yararlandırılarak, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen failin fiili cezalandırılmamakla birlikte, hukuka uygun olarak da kabul edilmemektedir. Kanun koyucu izlediği suç siyaseti gereği böyle bir tercihte bulunmuştur. Kanun koyucunun faile ceza verilmemesini tercih etmesi işlenen fiilleri iyi olarak gördüğü anlamına gelmez, bu fiiller de hukuk sistemi açısından hukuka aykırı olmaya devam ederler.²³⁷ Bu kişilerin cezalandırılmaması/cezalarında indirimine gidilmesi, kanun koyucunun adli makamlar önünde yalan söylenmesini meşru olarak kabul ettiği anlamına gelmez.

ÖNDER; tıpkı takdiri indirim nedenleri müessesesi gibi cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olan hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin tatbikinde, inkârın belirli koşullarda dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. ÖNDER’e göre ertelemeye liyakat şartının tespitinde inkâr muhakkak dikkate alınmak zorunda değildir, ancak tamamen tavazzuh etmiş (aydınlanmış, anlaşılmış) bir olayda failin inkâra devam etmesi hâkime bir kanaat verebilir.²³⁸

Yargıtay’ın bu konuda süreklilik kazanmış bir içtihat benimsediği söylenemez. Yargıtay’ın genelde önüne gelen somut olayın özelliklerine göre bir karara vardığı

²³⁷ Demiral Bakırman, **Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler**, s. 11-12. DURSUN da; tanıklıktan çekinebilecek kişilerin, tanıklıktan çekinmeyerek kendilerini veya yakınlarını korumak amacıyla gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmalarının hukuka uygun olmadığını ifade etmiştir. Selman Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 384.

²³⁸ Ayhan Önder, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963, s. 188.

görülmektedir. Örneğin Yargıtay 2. Ceza Dairesi bir kararında; “*sanığın yargılama aşamasında savunma vermekten kaçması, suçu inkar ederek yargılamaya yardımcı olmaması...*” gerekçesini, takdiri ceza indirimi uygulanmaması bakımından yetersiz ve yasal olmayan gerekçe olarak değerlendirmiştir.²³⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin önüne gelen bir dosyada ise; ilk derece mahkemesi, sanığın üzerine atılı suçlamayı ve özellikle Bylock programını kurduğunu ve kullandığını ısrarlı bir şekilde inkar etmesini göz önünde bulundurarak takdiri ceza indirimi uygulamamıştır. İlk derece mahkemesinin kararının aşağıdaki gerekçelerle bozulmasına karar verilmiştir:

*“geçmişte suç kaydı ve sabıkası olmayan, kendisine isnat edilen suçlamalarla ilgili susma hakkı bulunan ve suçunu kabul etmeyen sanığın pişman olduğunu beyan etmesinin beklenemeyeceği, yargılama boyunca duruşmanın düzenini bozduğuna veya başkaca bir olumsuz tutum veya davranışının bulunduğuna ilişkin tutanaklara yansıyan bir durum bulunmayan sanık hakkında hükmolunan cezadan TCK’nın 62. maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken; savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken suçu inkâra yönelik beyanların, sanığın pişman olmadığını gösteren bir beyan olarak kabul edilerek yetersiz ve dosya kapsamıyla uyumlu olmayan gerekçelerle takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi [...] hukuka aykırı bulunmuştur.”*²⁴⁰

²³⁹ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E.2014/11623, K.2015/12078, 10/06/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1216.

²⁴⁰ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/16666, K.2023/2906, 10/05/2023. Aynı yönde: Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/7376, K.2023/4064, 07/06/2023. “*sanığın duruşmalarda sergilemiş olduğu tutum ve davranışları, gerek soruşturma aşamasında gerekse de mahkememiz huzurunda vermiş olduğu savunmalarında yapmış olduğu eylemlerin suç olmadığını, suç işlemediğini beyan etmiş olması nazara alındığında, söz konusu örgütle olan gönül bağı kopardığına ve işlediği suçtan pişmanlık duyduğuna dair hakkında olumlu kanaate erişilememesi, almış olduğu cezanın caydırıcı etkisi de dikkate alınarak sanık hakkında takdiren TCK’nın 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına [...]*

Takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği gözetilmeden, geçmişte suç kaydı ve sabıkası olmayan, kendisine isnat edilen suçlamalarla ilgili susma hakkı bulunan ve suçunu kabul etmeyen sanığın pişman olduğunu beyan etmesinin beklenemeyeceği, yargılama boyunca duruşmanın düzenini bozduğuna veya başkaca bir olumsuz tutum veya davranışının bulunduğuna ilişkin tutanaklara yansıyan bir durum bulunmayan sanık hakkında hükmolunan cezadan TCK’nın 62 nci maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken; yetersiz ve dosya kapsamıyla uyumlu olmayan gerekçelerle takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/16778, K.2023/2534, 02/05/2023. “*Maktulün babası ve annesi mağdurların olayın başlangıcından itibaren sanıktan şikâyetçi olmadıkları, herhangi bir maddi veya manevi tazminat taleplerinin bulunmadığı, sanığın suç tarihi itibarıyla sabıkasının olmadığı, evine gelen Jandarma görevlilerine kendiliğinden babasına ait ruhsatlı ve kendisine ait ruhsatsız tabancaları teslim ettiği, susma hakkı bulunan ve suçunu kabul etmeyen sanığın pişman olduğunu beyan etmesinin beklenemeyeceği, 5 celse süren yargılama boyunca Mahkemeye saygılı bir tutum sergileyen ve herhangi bir olumsuz davranışı da dosyaya yansımayan sanık hakkında, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında TCK’nın 62.maddesinde düzenlenen takdiri indirim hükmünün*

Ancak Yargıtay’ın aksi yöndeki kararları da mevcuttur:

“İncelenen dosyada sanığın CMUK’nun 135. maddesindeki hakları hatırlatılmış sanık susma hakkını kullanmamış, toplanan kanıtlara rağmen somut olayı değiştirme, suçunu inkâr etme ve yargılamanın seyrini olumsuz yönde etkileme gayretine girmiştir. TCY’nın 59. maddesinin uygulanması açısından genel bir ilke koymak mümkün olmamakla birlikte: somut olayda kullanılan inkâr sözcüğünün sanığın olumsuz kişiliğinin sergilenmesi açısından kullanıldığı, incelenen dosyaya göre takdirde bir isabetsizlik bulunmadığı; gösterilen gerekçenin dosya kapsamına göre yasal ve yeterli olduğu, CMUK’nun 135/4. maddesinde belirtilen susma hakkı ile çelişmediği, bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmelidir.”²⁴¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen bir dosyada; kasten yaralama suçundan yargılanan sanık yönünden, ilk derece mahkemesi **“fülden sonra kaçtığı, yargılama sürecinde atılı suçu inkâr ederek pişmanlık göstermediği”** gerekçesiyle takdiri ceza indirimi uygulamamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise sanığın daha önceden sabıkası olmadığı, evli iki çocuk babası olduğu, ilk defa mahkeme önüne çıkması nedeniyle ceza alma korkusu yaşadığı ve nasıl savunma yapacağını bilmemesi nedeniyle insani bir hareket olarak suçlamaları reddettiğini ifade etmiştir. Aynı zamanda, suçun da vahim bir suç olmadığını ve polis tarafından arandığını öğrenmesi üzerine karakola gittiğini ifade ederek onama kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu ilk derece mahkemesinin inkâra ilişkin gerekçesinde isabetsizlik bulunmadığına hükmederek itirazı reddetmiştir.²⁴²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu başka bir kararda; uzun yıllardır şoförlük yapan sanığın yargılandığı dosyada, **“alınan bilirkişi raporlarına göre kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğunun tespit edilmesine karşın son**

uygulanmamasında bir isabet bulunmadığı kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/289, K.2021/109, 16/03/2021.

²⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1998/8-163, K.1998/216, 09/06/1998. Mustafa Artuç, Tahir Hırslı, **Hüküm Kurma Esasları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 93-94. Yargıtay bir kararında, önce suçunu itiraf edip sonra inkâra yönelen ve sübutu örtmeye çalışan sanıklar hakkında takdiri ceza indirimi uygulanmamasını yerinde görmüştür. *“İnceleme konusu olayda, sanıkların yukarıda açıklanan biçimde işledikleri vasıflı adam öldürme suçunun işleniş biçim ve saiki itibarıyla vehamenti ortadadır. Kaldı ki, sanıkların yoğun bir kuşku nedeniyle ifadelerine başvurulması üzerine, olayı sanık N. İ. ’nin ana ve babasının da hissetmesi karşısında, sanıklar suçlarını itiraf etmişlerse de, bilahare yargılama aşamasında bu beyanlarından dönerek, sübutu örtmeye çalışıp, inkar yoluna sapmışlardır. Yerel Mahkemece olay değerlendirilerek, sanıklar hakkında T.C.Y’nın 59 ncu maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilirken, gösterilen gerekçeye göre takdirde bir zaafiyet bulunmadığı anlaşıldığından, direnme kararı isabetlidir.”* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1996/147, K.1996/172, 15/10/1996.

²⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/328, K.2014/520, 25/11/2014.

*savunmasına kadar tüm aşamalarda kusurunun olmadığını belirtip suçu bazı kurumlara yükleme gayretine girişmesi göz önüne” alınarak takdiri ceza indirimi uygulamayan ilk derece mahkemesinin kararı isabetsiz bulunmamıştır.*²⁴³

Yine başka bir dosyada Yargıtay Ceza Genel Kurulu; sanığın örgüt ile bağıni koparmadığı ve inkâra yönelik savunmalarına devam ettiği hususlarını göz önünde bulundurmasına rağmen takdiri ceza indirimine giden, fakat indirim oranını bu gerekçelerle 1/12 olarak uygulayan mahkemenin kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur.²⁴⁴

Atıf yapmış olduğumuz kararlarda da görüldüğü üzere; Yargıtay bazen inkârı savunma hakkı kapsamında değerlendirmiş, bazen inkâr nedeniyle takdiri ceza indirimi uygulanamayacağı yönündeki kararı onamış, bazen ise inkâr nedeniyle takdiri ceza indiriminin oranının düşürülmesini yasaya uygun bulmuştur. Bu yönüyle Yargıtay içtihatlarında bir standart ve süreklilik sağlandığı söylenemeyecektir.

3.1.4. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Ceza ve cezanın kanuni sonuçları -az ya da çok- bir şekilde failin geleceğini etkileyecektir. Bu durum cezanın tabiatından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” failin hem lehine hem de aleyhine olacak şekilde değerlendirilmelidir.²⁴⁵

Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin lehine olacak bir şekilde değerlendirilmesinden anlaşılması gereken; cezanın failin üzerindeki olağandışı etkilerinin dikkate alınmasıdır.²⁴⁶ Ancak bu etkiler dikkate alınırken ceza vermekten

²⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/9-13, K.2008/41, 04/03/2008.

²⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/296, K.2019/578, 08/10/2019.

²⁴⁵ Ancak burada şu hususu şerh düşmek isteriz: failin cezasında indirim yapılmaması, failin geleceği bakımından her ne kadar görünüşte (zâhirde) aleyhine olarak görünse de gerçekte (bâtında) lehine olabilecektir. Ceza her ne kadar zecri bir uygulama olsa da, ceza vermekle uzun vadede failin olumlu katkı sağlanması amaçlanır. Ceza aynı zamanda fail için bir fırsattır: fail cezasını çekerek bir manada yeniden masum statüsüne kavuşur. Fail cezanın etkisiyle hayatını daha iyi bir yere getirme yönünden motivasyon kazanabilir.

²⁴⁶ Kanaatimizce benzer bir felsefeyle, bir şahsi cezasızlık sebebi olan TCK m. 22/6 hükmü kanuna eklenmiştir. **TCK m. 22/6-** “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur

vazgeçilmesi mümkün değildir, zira takdiri indirim nedenleri müessesesi bir şahsi cezasızlık nedeni değildir.²⁴⁷ Bu etkilere; kadın sanığın bebek bekliyor olması, genç sanığın üniversite sınavına girecek olması²⁴⁸, kamu görevinin öngörülen ceza nedeniyle kaybedilecek olması veya meslek kuruluşu izniyle icra edilen mesleğin icra edilemeyecek hale gelmesi²⁴⁹, sanığın ailesinin uğrayacağı zararlar²⁵⁰ gibi durumlar örnek gösterilmiştir.

Cezadan beklenen faydanın sağlanabilmesi, failin kişisel, sosyal, ekonomik durumu ve ailevi ilişkileriyle doğrudan bağlantılıdır.²⁵¹ Bu nedenle; “failin sosyal ilişkileri” ölçütü ile “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” ölçütü yakından ilişkilidir. Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinden ilki cezanın caydırıcılık etkisi bakımından yeterliliğidir.²⁵² Eğer failin daha az bir ceza ile caydırılabileceği düşünülüyorsa takdiri ceza indirimi uygulanmalı²⁵³, aynı mantıkla, takdiri ceza indirimi uygulanırsa cezanın caydırıcılık yönünden eksik kalacağına kanaat getirilirse takdiri indirim uygulanmamalıdır.

Sanığın kişiliğinin belirlenmesinde şüpheye düşülmüşse bu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.²⁵⁴ Bu duruma örnek olarak; yaptığı kaza sonrası mağdura yardım edip etmediği konusunda tanıklar tarafından farklı ifadelerin verildiği ve sanığın nasıl hareket ettiği konusunda şüphenin ortadan kaldırılamadığı bir somut olay gösterilmiştir.²⁵⁵ Ancak cezanın failin geleceği

olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

²⁴⁷ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 725; Genç, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 114.

²⁴⁸ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1499-1500.

²⁴⁹ Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 230.

²⁵⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 301.

²⁵¹ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 594; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 230.

²⁵² Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1499.

²⁵³ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 231; Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1499.

²⁵⁴ Erdal Yerdelen, **Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 265-266; Metin Feyzioğlu, Fahri Gökçen Taner, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul, İslık Yayınları, 2015, s. 312-314. *ÖNDER*’e göre cezanın ertelenmesinde (tecilinde) sanığın geçmişteki hal ve ahlaki temayüllerinde veya gelecekte suç işleyip işlememesi gibi “subjektif liyakat” şartlarının değerlendirilmesinde, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin tatbikine imkân yoktur. Önder, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, s. 193.

²⁵⁵ Yerdelen, **Hükümün Gerekçesi**, s. 266.

üzerindeki olası etkileri zaten geleceğe yönelik bir “tahmin” olduğundan, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi bu ölçüt yönünden geçerli değildir.²⁵⁶ Cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri tahmine dayalı ve soyut nitelikte olduğundan çeşitli yönlerden doktrinde eleştirilmiştir. YÜCEL’e göre:

*“[İ]ndirim nedeni olarak "cezanın failin geleceği üzerinde olası etkilerini" saptamaya elverişli tahmin cetvelleri geliştirilmediğinden akılcı olmak yerine hakimlerin sezgilerine dayalı bir değerlendirme olacak ve teknik açıdan oldukça farklı uygulama örneklerine tanık olunacaktır.”*²⁵⁷

KAN da bu ölçütün soyut nitelikte olduğunu ve faillerin suç işlemekten önce cezanın etkilerini bildiklerini ifade etmektedir:

*“Madde metninde kullanılan soyut ifade, uygulama açısından bu oranın nasıl bulunacağı konusundaki sorunu çözmeye yeterli değildir. [...] Her fail, suç işlemekten önce özgürlüğünden yoksun kalacağını ve bunun geleceği üzerindeki olası etkilerini bilmek durumundadır.”*²⁵⁸

Çeşitli Yargıtay kararlarında sanıkların medeni hâl ve ekonomik durumlarına vurgu yapılarak bu hususların “failin geleceği üzerindeki etkileri” yönünden değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda kişilerin evli oluşu, çok çocuklu oluşu, ekonomik anlamda evi idare edecek başka kimsenin olmayışı gibi durumlar özellikle vurgulanmıştır:

*“Mahkeme gerekçesinde sanığın sabıkasız oluşu, sosyal ilişkileri hususunda mahkemeye yansıyan herhangi bir olumsuz durumun olmaması, sanığın evli ve çok çocuklu olması ve sanık haricinde evi ekonomik anlamda idare edebilecek birilerinin olmaması ve bu durumda sanık hakkında hükmolunacak hapis cezasının sanığın geleceği üzerinde olumsuz etkileri olacağı anlaşıldığından bahis edildiği halde, keşif günü itibarıyla sanığın suça konu araziye işlemesi yeni bir suçu oluşturacağı gözetilmeden gösterilen gerekçelerde çelişkiye düşülerek cezada takdiri indirimin ve ertelemeinin uygulanmaması”*²⁵⁹

²⁵⁶ Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 230.

²⁵⁷ Yücel, “TCK Tasarısı Üzerine Notlar”, s. 95.

²⁵⁸ Kan, “Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hakimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu”, s. 825.

²⁵⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2009/24808, K.2011/2670, 24/02/2011. Kararı aktaran: Artuç, Hırslı, **Hüküm Kurma Esasları**, s. 264.

*“işlediği suç nedeniyle **aile düzeninin de bozulacağı anlaşılan** sanık hakkında ayrıca TCK 59 maddesinin uygulanmak suretiyle cezada şahsileştirme amacının da gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı”²⁶⁰*

Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin hem lehe hem de aleyhe olacak şekilde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştik. Ancak bazı Yargıtay kararlarında bu ölçütün ancak lehe olacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” ölçütünün yalnızca takdiri ceza indirimi uygulanan hallerde kullanılabileceğini ifade etmiştir:

“Lehe hükümlerin uygulanması talebinde bulunan sanık hakkında hükmün gerekçe bölümünde “cezanın failin üzerindeki olası etkileri nazara alındığında TCK 62 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına”, hüküm fıkrasında ise “ Yargılama süresince pişmanlığının gözlemlenmemesi nedeniyle hakkında TCK 62/1 maddesinin uygulanmasına takdiren YER OLMADIĞINA” şeklinde ifade edilen gerekçelerle takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş olmakla söz konusu gerekçenin yasal ve yeterli olup olmadığının değerlendirilmesinde;[...]

*sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar veren mahkemenin gerekçeleri irdelendiğinde, orgeneral rütbesiyle ikinci ordu komutanlığı görevinde iken 15.07.2016 tarihinde yaşanan darbe girişimi sonrası tutuklanan sanığın atılı suçlamanın tam aksine darbe girişiminde bulunanlara karşı Anayasal düzeni koruma görevini yerine getirdiğini savunduğu, bu savunmasına göre pişmanlığının hâlihazırda gözlemlenebileceği, **hükmün gerekçe bölümünde yer alan “cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri” ifadesinin ise takdiri indirimin uygulanmamasına gerekçe gösterilemeyeceği zira özünde, suçlunun ıslahını ve bir daha suç işlememesini amaçlanan ceza adalet sisteminin sanığın ıslah olmayacağına ilişkin peşin hükümlü bir yaklaşımı kabul edemeyeceği; bunun yanı sıra “cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri” şeklinde gösterilen gerekçenin ise ancak cezada indirim yapılması hâlinde uygulanabileceği değerlendirildiğinden sanık hakkında takdiri indirimin uygulanmasına yer olmadığına karar veren mahkeme karar gerekçelerinin, dosya içeriğiyle uyumlu, yasal ve yeterli olmadığı kabul edilmeli ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne karar verilmelidir.***

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Ceza Genel Kurulu üyesi; TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirimin uygulanmasına yer olmadığına karar veren mahkemenin gerekçesinin yasal ve yeterli olduğu yönünde oy kullanmışlardır.”²⁶¹

Yargıtay 3. Ceza Dairesi de vermiş olduğu bir kararda cezanın sanığın geleceği üzerindeki etkileri ve ıslah edilme zarureti açısından takdiri indirim uygulanmamasını

²⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1980/1, K.1980/459-33, 28/01/1980. Kararı aktaran: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 301.

²⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/620, K.2021/523, 03/11/2021. Aynı yönde Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2018/366, K.2022/146, 03/03/2022.

olgusal temele dayanmayan, yetersiz ve dosya kapsamı ile uyuşmayan bir gerekçe olarak değerlendirmiştir.²⁶² Ancak biz ilkesel olarak bu görüşe katılmamaktayız. Öncelikle belirtmek gerekir ki kanunun bahsettiği “olası etkiler” lafzen yorumlandığında, lehe olabileceği gibi aleyhe de olabilecektir. Kanunun lafzını zorlayıcı bir yorumla daraltmak, fail lehine de olsa hukuka uygun değildir. Zira takdiri indirim nedenlerinin uygulanması -veya genel olarak failin cezalandırılması- sadece sanık ve devlet arasındaki bir ilişkiden ibaret değildir. Bu doğrultuda yargılamanın mağdur süjesi göz ardı edilmemelidir. Eğer belli durumlarda failin daha fazla cezaya maruz kalması “sanığın ıslah olmayacağına ilişkin peşin hükümlü” bir önyargı ise tekerrür müessesesini de hukuk sistemimizden çıkarmak gerekir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilmiş bir kararın karşı oyunda, bizim de benimsediğimiz görüş yönünde görüş belirtilmiştir:

*“hükümün gerekçesinde yine TCK’nın 62 maddesi uygulanmamasına ilişkin olarak sanıkların geçmiş halleri, suçtan sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, suçtan pişmanlık duyduğu hallerin gözlemlenmemesi nedeni ile haklarında takdiri indirim nedenleri uygulanmadığına ilişkin gerekçede çelişki olmadığı gibi, **cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkisinin cezanın özel önleme amacına ilişkin olduğu da düşünüldüğünde** gösterilen gerekçeler uzun yıllar itibarıyla Yargıtayın yerleşik içtihatlarına uygun ve dosya kapsamı ile uyumlu olduğu”²⁶³*

3.1.5. Diğer Nedenler

Çalışmamızın “Takdiri İndirim Nedenleri Sınırlı Sayıdadır” başlıklı kısmında da belirttiğimiz üzere; 7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi YTCK döneminde; örnek olarak bazı kriterler kanunda sayılmış, ancak “gibi hususlar” ibaresi kullanılarak takdiri indirim nedenlerinin sadece bu maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı hususu vurgulanmıştı. Kanun değişikliği öncesinde TCK m. 62’de örnekleme yoluyla sayılan haller, “gibi hususlar” ibaresinin kanun maddesinden

²⁶² “TCK’nın 62 nci maddesinin uygulanması bakımından takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın faillerinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önüne alınarak dosya kapsamına ve hakkaniyete uygun, olaya özgülenmiş ilgili ve yeterli gerekçeye istinaden bir indirim oranının takdir ve tespit edilmesi gerekirken, “... sözlü ve eylemli pişmanlık göstermemesi ile dosyaya yansıyan kişilik özellikleri nazara alınıp ıslah edilme zarureti açısından cezanın, sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri...” şeklinde olgusal temele dayanmayan, yetersiz ve dosya kapsamı ile de uyuşmayan gerekçe ile TCK’nın 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2022/5885, K.2023/4807, 05/07/2023.

²⁶³ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/986, K.2018/1740, 30/05/2018.

çıkartılmasıyla sınırlı sayıda olacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızın “Takdiri İndirim Nedenlerinin Zaman Bakımından Uygulanması” başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere; TCK m. 62’nin faillerin aleyhine olacak şekilde değiştirildiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle değişikliğin yürürlüğe giriş tarihinden (27.05.2022) önce işlenen suçlarda TCK m. 62’nin değişiklik öncesi hali, yürürlüğe giriş tarihinden sonra (27.05.2022 günü ve sonrası) işlenen suçlarda mevcut halinin uygulanması yerinde olacaktır. Bu doğrultuda; kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar bakımından takdiri indirim nedenlerinin sınırsız sayıda, sonra işlenen suçlar bakımından ise sınırlı sayıda olduğunun kabulü gerekir. Türk hukukunda yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle TCK m. 62’nin önceki hali halen daha birçok yargılama bakımından uygulanabilir durumdadır. Bu nedenle çalışmamızda “Diğer Nedenler” başlığına yer vermeyi tercih ettik.

“Diğer nedenler” başlığı altında cevaplandırılması gereken ilk soru şudur; takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde yalnızca faile ilişkin nedenler mi dikkate alınacaktır? Yoksa failin haricinde, olayın gerçekleşme biçimi veya dışsal sebepler takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir mi? Esasında bu sorunun cevabı takdiri indirim nedenleri müessesesinin amacında ve kanunun lafzında yatmaktadır. Hâkime takdir yetkisinin tanınmasının amacı; genel ve soyut nitelikteki kanunların zamanın gereklerine, yeni durumlara, sınırsız ihtimaller silsilelerine uyartılabilmesidir.²⁶⁴ Takdiri indirim nedenleri müessesesi de bu amaç doğrultusunda ortaya çıkmış bir kurumdur. Aynı zamanda kanunun lafzı ve sair içtihatlar sebeplerin sınırsız olduğuna işaret etmektedir. Burada takdiri indirim nedenleri müessesesinin amacı, yapısı ve “yasaklanmayan serbesttir” ilkesi gereğince; olayın gerçekleşme biçimi veya dışsal sebeplerin takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulabileceği kanaatindeyiz.²⁶⁵ Bu yönde görüş belirtmekle birlikte, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde esas olanın failin kişiliği olduğunu ifade etmek gerekir. Zira takdiri indirim nedenleri müessesesi, bir cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır.

²⁶⁴ Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, s. 170.

²⁶⁵ ŞİMŞEK ve GENÇER de aynı yönde görüş belirtmişlerdir. Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 97-99; Gençer, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 117-118.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, önüne gelen bir olayda takdiri indirim nedenlerinin fiille değil failin kişiliği ile ilgili olduğunu ifade etmiştir:

“TCK’n[ı]n 62. maddesinde düzenlenen ceza indirimini gerektiren takdiri nedenler fiille ilgili olmayıp failin kişiliği ile ilgili olduğu, 2. fıkra da bu nedenler sınırlı olmayarak sayıldığı, mahkemece "sanığın üzerine atılı suçun niteliği suçun işleniş şekli olaydaki kastın yoğunluğu" nedenleri gösterilerek bu madde gereğince cezada indirim yapılmamasına karar verildiği, oysa ki; söz konusu nedenlerin 61. maddede sayılan temel cezanın belirlenmesine yönelik olarak değerlendirilmesi gereken nedenler olduğunun düşünülmemesi”²⁶⁶

Kanaatimizce bu kararda kullanılan ifadeden, takdiri indirim nedenleri bağlamında sadece failin kişiliği ile ilgili olan hâllerin dikkate alınabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Kararın devamında da belirttiği üzere; bu karar bağlamında ana tartışma, temel cezanın belirlenmesine ilişkin ölçütlerin takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde dikkate alınmaması konusudur.²⁶⁷

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda, suçun işlenmesindeki özelliklerin de takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir:

*“Türk Ceza Yasası taktiri indirim nedenleri yönünden sınırlayıcı değil, serbest değerlendirme sistemini benimsemiştir. Bu sistemde taktiri azaltıcı nedenlerin bulunup bulunmadığını takdir yetkisi yargılamayı yapan hakime aittir. Hakim bu yetkisini kullanırken, yasal kurallarla çatışmamak, gerekçelerde çelişkiye düşmemek koşuluyla, olay nedenini, saiklerini, olay öncesi ve sonrası sanık veya sanıkların davranışlarını, **suçun işlenmesindeki özellikleri**, duruşmadaki tutum ve davranışlarını değerlendirerek, hak adalet ve nesafet kurallarına uygun bir değerlendirme yapmalıdır.”²⁶⁸*

Doktrinde, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulabilecek atipik sebeplere çeşitli örnekler verilmiştir. Bu örneklerin hepsini kapsayacak genel bir ilke koymak -takdiri indirim nedenleri müessesesinin yapısı gereği- pek mümkün değildir. Ancak “özel hükmün önceliği” ilkesi, hangi nedenlerin göz önünde bulundurulabileceği yönünden sınırlayıcı bir ilke olarak kabul edilmelidir.

²⁶⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2006/6489, K.2006/6045, 27/06/2006. Kararı aktaran: Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 97-98.

²⁶⁷ Ayrıntılı değerlendirme için Bkz.: 3.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi.

²⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2004/8-65, K.2004/117, 11/05/2004. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2289.

Söz gelimi; salt suçun işleniş biçimine dair bir hâl takdiri indirim nedeni olarak değil, temel cezanın belirlenmesinde kullanılması gereken bir ölçüttür. Benzer şekilde; kusurluluğu etkileyen bir hâlin ayrıca takdiri indirim nedeni yapılması hâlinde kanun hükümleri “yerli yerinde” olacak şekilde uygulanmamış olacaktır. Genel olarak; takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulacak atipik nedenin, failin kişiliği hakkında olumlu bir kanı uyandırması veya suçu -kanunda düzenlenen özel hallerden farklı olarak- daha hafif hale getirmesi beklenebilecektir.

Doktrinde suçun işlenmesine eşlik eden sebeplerden; olayda mağdurun da kusurlu olması, sarhoşluk, gençlik heyecanı²⁶⁹, cahillik, tecrübesizlik, korku ve acıma duygusu,²⁷⁰ AIDS veya kansere yakalanmış olmanın veya yakın bir arkadaşının ölmüş olmasının verdiği üzüntüyle suç işlenmesi²⁷¹ gibi hallerin de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

Resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından mağdurun şikayetçi olmaması²⁷² veya şikayetten vazgeçmenin takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmiştir.²⁷³ Aksi görüşe göre ise; mağdurun şikayetinden vazgeçmesinin fail lehine sonuç doğurmaması gerektiği/doğurmasına imkan olmadığı²⁷⁴, zira TCK m. 62’de mağdura dair bir düzenlemenin olmadığı, bunun yanı sıra bu durumun kötüye kullanılma ihtimalinin de bulunduğu ifade edilmiştir.²⁷⁵ Bahsettiğimiz ikinci görüşe farklı gerekçelerle katılmamaktayız. İlk olarak TCK m. 62’nin değişiklik öncesi hâlinde, takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlemediğinden kanun metninde ayrıca mağdurdan bahsedilmesini aramamak gerekir. Ayrıca mağdur odaklı ceza hukuku anlayışlarının da hukuk sistemleri içinde

²⁶⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2022, s. 735.

²⁷⁰ Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, s. 631; Ahmet Gökcan, Ahmet Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesine ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları**, C. 1, No: Uğur Alacaktana Armağan, 2008, s. 359.

²⁷¹ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 564.

²⁷² Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2288.

²⁷³ Polat, Arslan Polat, **Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı**, C. 1, s. 185; Reşit Gürpınar, “Türk Rekabet Hukukunun Üvey Evladı: Şikayetçi”, **Nurkut İnan’a Armağan**, ed. İ. Yılmaz Aslan, Gamze Aşçıoğlu Öz, Kerem Cem Sanlı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 511.

²⁷⁴ Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 206-207.

²⁷⁵ Bacaksız, Bayzit, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 452.

giderek daha fazla²⁷⁶ yer bulduğu göz önünde bulundurulduğunda; mağdurun şikayetine “muhakeme şartı” olmanın ötesinde bir önem atfetmek tutarlı olabilecektir. İkinci olarak ise; bir durumun pratikte kötüye kullanılıyor olmasının uygulamaya dair bir sorun olduğu kanaatindeyiz. Söz gelimi mağdurun veya ailesinin tehdit veya cebirle şikayetten vazgeçmeye zorlanması zaten hukuka aykırı bir durumdur. Şikayetten vazgeçme iradesinin çeşitli sebeplerle sakatlanmış olması ayrı bir hukuki meseledir. Böyle bir kötüye kullanımı gerekçe göstererek şikayetin geri çekilmesinin her zaman sıhhatli uygulanmadığını ifade etmek, şikayetin muhakeme şartı olduğu hallerde de sonuç doğurmaması gerektiği anlamına gelebilir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından verilen çeşitli kararlarda şikayetçi olmamanın etkisi doğrudan değerlendirilmemişse de, cezanın bireyselleştirilmesinde diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilerek atıf yapıldığı görülmektedir:

*“TCK'nın 50. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmamasına karar verilirken, sanığın sosyal ve ekonomik durumu, suçun işlenmesindeki özellikler nazara alınarak, dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle takdir hakkının kullanılmasının gerektiği, dosya içeriğine göre; **ölenin kızının başından beri sanıktan şikayetçi olmadığı**, dosyaya olumsuz bir tavır da yansımayan, lehe hüküm talebi bulunan sanık hakkında TCK'nın 50. maddesindeki paraya çevirme hükümleri uygulanması gerekir iken, uzun süreli hapis cezası gerekçe gösterilmek suretiyle “yasal imkansızlık nedeni ile TCK'nın 50 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” şeklinde yasal olmayan gerekçe ile tayin edilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesi, Kanuna aykırı olup,”²⁷⁷*

²⁷⁶ Esasında İslam Hukukunda çeşitli suçların cezalandırılmasında, mağdurun veya mağdur yakınlarının affına ve iradesine öteden beri önem verilmektedir. Söz gelimi kısas cezasını gerektiren bir suçun - mağdur veya mağdur yakınları tarafından uygun görülmesi- hâlinde diyet (tazminat) cezası ile cezalandırılması mümkündür. Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 196.

²⁷⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2016/3669, K.2017/7982, 25/10/2017. Benzer yönde Bkz.: “**Ölenin yakınlarının sanık hakkında şikayetçi olmadıkları dosya kapsamına göre adli sicil kaydı da bulunmayan sanık hakkında CMK'nın 231 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına** değerlendirilmesi sırasında, TCK'nın 85/1, 62 maddeleri gereğince 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilen sanık hakkında “sanığa verilen cezanın yasal sınırın üzerinde kalması” şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2013/15906, K.2014/7825, 31/03/2014. “asli kusurlu olan ve duruşmaları takip eden sanığın sabikasının ve dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışının bulunmadığı, **ölenin yakınlarının şikayetçi olmadığı dosya içeriğinden anlaşılmakla, sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanması da dikkate alındığında**, uygulanma koşulları olduğu halde, dosya içeriğine uymayan “suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak hakkında TCK 50. maddede belirlenen seçenek yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına” şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile sanık hakkında TCK'nın 50/4. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2016/5114, K.2018/449, 16/01/2018. Kararı aktaran: Duygu Çağlar Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi

Genç oluşun ve gençlik heyecanı içinde suç işlemiş olmanın takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceğinin ifade edildiğini belirtmiştik.²⁷⁸ Burada “genç” ile hangi yaş grubundaki insanların kastedildiğini tespit etmek gerekir. Halihazırda kanun koyucu yaş küçüklüğünü kusuru kaldıran veya azaltan bir hâl olarak TCK m. 31’de düzenlemiştir.²⁷⁹ Bunun haricinde cezanın bireyselleştirilmesinde ve infazında da failin yaşı dikkate alınmaktadır. Genç kavramının içine söz gelimi 14-18 yaş arası çocuklar da dahil ediliyorsa; bu kişiler bakımından genç olmanın ayrıca takdiri indirim nedeni oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde kanun koyucunun zaten kanuni indirim nedeni olarak öngördüğü bir nedenin doğrudan takdiri indirim

Sorunu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, No: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, s. 1053-1054.

²⁷⁸ Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan hakkında idam cezasına hükmedilen Ankara 1 Nolu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi’nin kararının onandığı Askeri Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin karşı oy yazısında; sanıkların genç ve üniversite öğrencisi oluşunun takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulması yönünde muhalefet şerhi düşülmüştür. “*Davada gerçek adalete yaklaşmak için takdiri hafifletici sebepler olarak şu hususlar da kanaatimizce nazara alınabilir ve alınmalıdır. 1- Sanıkların çok genç ve büyük çoğunluğunun üniversite öğrencisi olması: Sanıklar, his, heyecan ve enerjilerinin en çok istismara müsait bulunduğu bir yaştadırlar. Üstelik iktidar da, bunları istismar edecekleri, memleket yönetiminde sayısız kötü örnekler vererek istismarcıların işini kolaylaştırmıştır. Bu sanıklar memleketin dört köşesinden üniversitelere anadan doğma anarşist veya sosyalist militan olarak gelmemişlerdir. Yüksek tahsile geldikleri zaman memleketi yönetmekten sorumlu olanlar onları her yönü ile başıboş, sahipsiz ve idealsiz bırakmış, meçhul ellerde bu boşluktan faydalanarak onları bugünkü akıbetlerine sürüklemiştir. Nerde o meçhul eller, nerde o bunları başıboş sahipsiz ve idealsiz bırakanlar ve üstelik kötü misalleri ile bu sanıkların kafalarının çelinmesini kolaylaştıranlar? Esas büyük sorumlu bunlarken, birer piyon durumunda olan ve onların tecrübelerine de sahip bu genç sanıkların hayatlarını daha ömürlerinin baharında ellerinden alıp onlara bir defacık ve müebbet hapis şeklinde olsun yaşamak şansı tanımamak mevcut ortam sebebiyle, herhalde gerçek adalete yaklaşmak değil, ondan biraz uzaklaşmak olur.*” Karşı oy yazısının devamında; işlendiği kanaatine ulaşılan suçun siyasi bir suç olduğu ve takdiri indirim uygulanmasında siyasi faydanın bulunduğu hususları da takdiri indirim nedeni olarak görülmüştür. Askeri Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E.1971/157-972, K.1972/2, 10/01/1972. Kararı aktaran: Adil Giray Çelik, **Sokrates’ten Sivas’a / Tarihin Yargıladığı Davalar**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2020, s. 314-315.

²⁷⁹ **TCK m. 31- Yaş Küçüklüğü-** “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.”

nedeni olarak göz önünde bulundurulması söz konusu olacak, bu da yerinde bir uygulama olmayacaktır.

Genç olmanın bir takdiri indirim nedeni olarak gösterilmesindeki mantıki gerekçe; failin daha önce suç işlememiş olması, ilk suç işleyişinde görece mazur görülmesi ise, bu durum zaten failin geçmişi bağlamında göz önünde bulundurulmaktadır. Diğer yandan kriminolojik istatistiklerde de görüldüğü üzere suçların çoğu, “genç” olarak ifade edilebilecek 18-34 yaş arası kişiler tarafından işlenmektedir.²⁸⁰ Gerçekten de insanın genç yaşlarda daha tecrübesiz ve fiziken kuvvetli oluşu suç işlemesini kolaylaştıran bir sebep olarak gösterilebilir. Bu nedenle salt genç olmanın veya tecrübesiz olmanın bir takdiri indirim nedeni olabileceği görüşüne katılmamaktayız. Zira kişi ergin olmakla iradesine hukuken değer tanınmaktadır. Bu değeri, yorum yoluyla bir nevi etkisizleştirmek yerinde olmayacaktır.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere fail genç olmakla birlikte sabıkasız olabilir veya cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi olağandan daha ağır şekilde vücut bulabilir. Örneğin cezaya takdiri indirim uygulanmaması, failin üniversite sınavını kaçırmaya yol açabilir. Bu gibi durumlarda salt “genç” olma durumu dikkate alınmadan diğer sebeplerin de içinde bulunduğu külli bir değerlendirme yapılmalıdır.

Sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisi altında olma hâlinin de bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Burada kastettiğimiz sarhoşluk ihtiyari sarhoşluktur. Zaten irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında suç işleyen kişiye TCK m. 34 uyarınca ceza verilmeyecektir.²⁸¹ İhtiyari sarhoşluk kusuru kaldıran veya azaltan bir hâl olmadığı

²⁸⁰ Türkiye İstatistik Kurumu’nun yayımladığı verilere göre 2020 yılında ceza infaz kurumuna giren ve ceza infaz kurumunda mevcut bulunan toplam 258.401 hükümlünün 151.741’i 18-34 yaş aralığındadır. Genç kavramını daha da daraltırsak 18-24 yaşları aralığında 64.225 kişinin ceza infaz kurumlarında bulunduğu görülmektedir. İstatistikler incelendiğinde; “genç” olarak nitelendirilebilecek kişilerin diğer yaş gruplarına nazaran daha fazla hüküm giyme oranının olduğu görülmektedir. (Çevrimiçi), <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-Istatistikleri-2020-37202>, 21 Nisan 2024.

²⁸¹ **TCK m. 34 - Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma-** “(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

gibi, bu nedenle failin cezasında indirim yapılmasının makul veya makbul bir sebebi de yoktur. Aksine, alkol veya uyuşturucu madde kullanımı bazı suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Alkol ve uyuşturucu maddeye bağlı suçlar trafikte ortaya çıkabileceği gibi, saldırganlık ve cinsel davranış içeren suçların işlenmesinde de sık sık bu maddelerin etkisi görülür.²⁸²

Hırsızlık, mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf etme gibi malvarlığına karşı işlenen suçlarda; suç konusu eşyanın mülkiyetinin, suçun işlenmesinden sonra bağış, miras veya satın alma yoluyla faile geçmesi gibi hallerde takdiri indirim uygulanması gündeme gelebilir. Bu durum pek tabii suçun işlendiği gerçeğini değiştirmez. Fail yine de (şikayetin arandığı suçlar yönünden şikayet geri alınmamak şartıyla) işlediği suçtan ötürü cezalandırılacaktır. Örneğin A, B'nin aracını kullanılamaz hale getirmiş olsun. Olaydan sonra taraflar zararı gidermek yerine taşınırın mülkiyetini devretme konusunda anlaşarak mülkiyeti devretmişlerse burada takdiri indirim uygulamak gerekir. Zira bir bakıma mağdurun zararı giderilmiştir. Bahsettiğimiz bu husus İslam Hukukunda, hırsızlık suçunun cezalandırılmasında had cezasının düşürülmesine gerekçe olarak gösterilmiştir.²⁸³

Atipik nedenler her olaya göre değişebileceğinden sınırsız ihtimalden söz edilebilir. Sanığın yargılama sürecinde maruz kaldığı hukuka aykırı çeşitli olayların da takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulması akla gelebilir. Örnek vermek gerekirse Kanada mahkeme kararlarına yansımış bir olayda; fail alkollü bir şekilde araç kullanırken bir çocuğun ölümüne sebep olmuş, yargılama sırasında mağdurun yakınları faili kaçırarak ciddi şekilde darp etmiş ve bir parmağını kesmişlerdir.²⁸⁴ Mahkeme somut olayda, failin maruz kaldığı acılar nedeniyle bir nevi

(2) *İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*"

²⁸² Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 262-264.

²⁸³ Ancak bu konu İslam alimleri arasında tartışmalıdır. Konu hakkındaki ayrıntılı tartışmalar için Bkz.: Adem Çiftci, "Hadlerde Hüküm-İnfaz İlişkisi", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, No: 34, 2019, s. 191-194.

²⁸⁴ Supreme Court of Canada, Richard Alan Suter v. Her Majesty the Queen, 2018. (Çevrimiçi), <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/17158/index.do> , 22 Nisan 2024. Kararı aktaran: Kabak Yüce, "Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi", s. 334.

cezasının bir kısmını çektiğini, bu nedenle daha az bir ceza ile cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁵ *KABAK YÜCE* bu tür bir yaklaşımın hatalı olduğunu, böyle bir uygulamanın; devletin faili cezalandırmasıyla, kişilerin kendi intikamlarını alarak adaleti gerçekleştirmesinin aynı amaca hizmet ettiği yanılgısını doğurabileceğini ifade etmiştir.²⁸⁶ Esasında bu husus Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda da vurgulanmıştır.²⁸⁷

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin belirttiği üzere kanun dışı saldırının doğurmuş olduğu ikincil sonuçlar cezanın belirlenmesinde ancak sınırlı ölçüde dikkate alınmalıdır. Bu nedenle hüküm kurulurken (ceza belirlenirken) kanun dışı saldırıya gereğinden fazla ağırlık verilmemelidir. Bu saldırılara cezanın belirlenmesinde çok fazla önem verilmesi bu tip davranışların meşruiyet kazanmasına ve cezalandırma yetkisinin bir bakıma kamu makamlarının elinden alınarak suçluların eline verilmesine yol açabilir.

Aynı konu, kişinin yargılama sırasında kamusal makamlar tarafından çeşitli haklarının ihlal edilmesi hâlinde de gündeme gelebilir. Söz gelimi soruşturma aşamasında işkenceye maruz kalan sanığın cezasında bu gerekçeyle indirimle gidilebilecek midir? Yine Kanada Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir davada bu hususu tartışmıştır. Somut olayda; alkollü bir sürücünün hızlı bir şekilde araba sürdüğüne dair ihbar alan kolluk kuvvetleri tarafından ilgili araç durdurulmuş, sürücünün araçtan inmeyi reddetmesi üzerine zorla araçtan indirilmiş ve araçtan indirilmeye çalışılırken kafasına birinci polis memuru tarafından iki adet, sanığın araçtan indirilmesinden sonra da direnmesi üzerine kafasına bir adet, ikinci bir polis memuru tarafından ise sırtına ise iki adet yumruk atılmış ve kişi kelepçelenerek kontrol altına alınmıştır. Sırtına atılan yumrukların etkisiyle kişinin kaburgaları kırılmış ve acil ameliyat gerektiren bir akciğer sönmesi meydana gelmiştir.²⁸⁸ Fail, hakkındaki

²⁸⁵ Supreme Court of Canada, *Richard Alan Suter v. Her Majesty the Queen*, Paragraf 45-61; *Kabak Yüce, a.e.*

²⁸⁶ *Kabak Yüce, a.e.*

²⁸⁷ Supreme Court of Canada, *Richard Alan Suter v. Her Majesty the Queen*, Paragraf 58.

²⁸⁸ Supreme Court of Canada, *Her Majesty the Queen in Right of the Province of Alberta v. Lyle Marcellus Nasogaluak*, 2010. (Çevrimiçi), <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/7845/index.do>, 22 Nisan 2024.

suçlamayı kabul ederek, polislerin görevlerini kötüye kullandıkları ve bu suretle haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle indirim talep etmiş, mahkeme tarafından bu savunma kabul edilerek cezada indirim yapılmıştır.²⁸⁹

Kanaatimizce bahsetmiş olduğumuz atipik durumların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmalarında teorik olarak bir imkansızlık yoktur. Burada yukarıda bahsetmiş olduğumuz sakıncalar doğrultusunda kanun koyucunun genel suç ve ceza siyasetini incelemek gerekir. Verdiğimiz ilk örnek bakımından cevaplandırılması gereken soru şudur:

Mağdurun, mağdur yakınlarının veya toplumun, suçun işlenmesinin ortaya çıkardığı infial nedeniyle gerçekleştirdiği hukuka aykırı hareketler, sanık yönünden bir cezada indirim nedeni sayılırsa; bu durum ihkak-ı hak yasağının ihlal edilmesine örtülü bir meşruiyet sağlandığı şeklinde yorumlanabilir mi? Kişinin hukuk dışı yollarla “cezalandırılması” nedeniyle cezasında indirim yapılması; “kendi adaletini kendi gerçekleştirme/intikam davranışlarının devletin hükmettiği ve uyguladığı ceza ile aynı tarafta yer aldığı gibi bir yanlış kanaat”²⁹⁰ uyandırır mı? Kanada Yüksek Mahkemesi cezada indirim yapılmasını uygun görürken konuyu iki farklı yönden incelemiştir. İlk olarak; kanun dışı saldırının cezanın belirlenmesindeki fonksiyonu derecelendirilerek, ikincil sonucun sınırlı biçimde dikkate alınacağı, aksi takdirde suç teşkil eden davranışlara aşırı meşruiyet kazandırılacağı ifade edilmiştir. Türk hukuku yönünden değerlendirildiğinde; takdiri indirim oranı süreli hapis cezalarında azami 1/6 oranında olabileceğinden, bu indirim oranının miktarının, hukuka aykırı fiillere meşruiyet kazandıracak miktarda olduğu söylenemez. Kaldı ki bu gibi ikincil sonuçlar kanunda sayılan diğer ölçütlerle beraber değerlendirileceği için çoğu zaman tek başına indirime gerekçe gösterilmeyecektir.

İkinci olarak ise; sanığın maruz kaldığı saldırıdan kaynaklanan fiziksel yaralanma ve psikolojik travmanın şahsi durumunun bir parçası olduğuna, bu bağlamda bireyselleştirme ilkesi ve eşitlik ilkeleri uyarınca cezasında indirime

²⁸⁹ Kararın gerekçesi ve ayrıntılı bilgi için Bkz.: Apış, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, s. 211.

²⁹⁰ Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, s. 334.

gidilebileceğine işaret edilmiştir.²⁹¹ Zira mahkemeye göre asıl mesele, sanığın ahlaki suçlanabilirliğinin azalması veya suçun kendisinin daha az ciddi hale gelmesi değildir. Asıl mesele, ikincil sonuçların etkisi nedeniyle cezanın, failin içinde bulunduğu koşullarda daha ağır/önemli bir etki oluşturup oluşturmayacağıdır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesinin; cezanın bireyselleştirilmesi aracı olma niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, bahsetmiş olduğumuz durumlara benzer hallerde cezada indirim yapılmasında, teorik düzlemde bir imkansızlık yoktur. Karşıt görüş olarak; sanığın yargılandığı suç ile sanığın mağdur olduğu suçların farklı hukuki meseleler olduğu, sanığın bir mağduriyeti varsa gerek ceza gerek hukuk yargılamaları yoluyla bunun giderilebileceği öne sürülebilir. Ancak bu sav, diğer kanuni indirim nedenleri için de öne sürülebilecektir. Örneğin haksız tahrik etkisi altında suç işleyen kişi de haksız tahrik teşkil eden davranış yönünden hukuki imkânlarla başvurabilecektir. Hukuk sistemi buna rağmen haksız tahrik halini kusuru azaltan bir hâl olarak kanunda düzenlemiştir. Benzer mantıkla; sanığın mağduru olduğu suçların farklı bir hukuki mesele olması, söz konusu olayların sanık olarak yargılandığı dosyayla ve sanığın şahsi durumuyla hiçbir alakası olmadığı anlamına gelmeyecektir.

Sanığın yargılama sırasında veya öncesinde kamusal makamlar tarafından çeşitli temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi de aynı şekilde değerlendirilebilecek midir? Dikkat çekmek gerekir ki böyle bir iddia; işkence veya kötü muamele gibi ihtimallerin yanında, adil yargılanma hakkının ihlali, savunma hakkının ihlal edilmesi gibi durumlarla da ortaya çıkabilir. Böyle bir kabulde; uzun süren yargılanma nedeniyle makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen sanığın cezasında indirime gidilebilir. Avusturya Ceza Kanunu'nun 34/2 maddesinde "failin kendisinin veya müdafisinin sorumlu olmadığı nedenlerle yargılamanın orantısız bir şekilde uzaması da bir indirim nedeni" olarak düzenlenmiştir.²⁹² Sanığın temel hak ve hürriyetlerinin ihlal

²⁹¹ Supreme Court of Canada, Richard Alan Suter v. Her Majesty the Queen, 2018.

²⁹² Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 196. *KORUCULU*, Türk ceza hukuku bakımından da sanığın veya sanık müdafinin kusurundan kaynaklanmayan ve makul süreyi aşan yargılamaların sanık hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren bir hâl olarak düzenlenmesini önermiştir. a.e., s. 202. Benzer bir yaklaşım Alman ceza hukukunda da mevcuttur. Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi*, s. 301.

edilmesinin de, sanığın kişiliği üzerinde bir takım etkiler doğuracağı ve ceza yönünden daha hassas bir konuma getireceği ifade edilebilir. Örneğin aynı dosyada sanık olarak bulunan ve benzer özellikler taşıyan iki müşterek failden birinin işkenceye uğradığı, diğerinin uğramadığı bir ihtimalde, işkenceye uğrayan sanık cezaya karşı daha hassas olacaktır.

TCK m. 22/6’da düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin, “münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından” şeklinde ifade edilen şartının gerçekleşmemesi durumunda takdiri ceza indirimi uygulanabileceği ifade edilmiştir.²⁹³ Örneğin eşiyle seyahat ederken aracına yolculuk paylaşım uygulaması aracılığıyla iki yolcu alan kişi, bilinçsiz taksirle bir kaza yapar ve eşiyle birlikte diğer iki yolcu da bu kazada ölürse; “münhasıran” şartı sağlanmadığından TCK m. 22/6 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.²⁹⁴ Bu gibi durumlarda takdiri ceza indirimi uygulanması yerinde olacaktır.

3.2. Takdiri İndirim Nedenlerinin Tatbikinin Denetimi

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde ifade etmiş olduğumuz üzere takdiri indirim nedenleri, takdiridir.²⁹⁵ Kanun hükmünün lafzında da “[...] göz önünde bulundurulabilir.” ibaresi kullanılmıştır. Bu ibare ile hâkimin takdir yetkisine işaret edilmiştir.²⁹⁶ Hâkimin takdir yetkisi, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını veya uygulanmamasını gerektiren nedenlerin tespiti, indirimin yapılıp yapılmayacağı ve indirimin hangi oranda yapılacağı gibi konuları kapsar.²⁹⁷ Takdir yetkisi; sanık, müşteki ve şahitlerle karşı karşıya gelen, duruşmayı idare eden ilk derece mahkemesi

²⁹³ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 938-939; DEMİRAL BAKIRMAN, bu durumun temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmiştir. Demiral Bakırman, **Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler**, s. 139-140.

²⁹⁴ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 939.

²⁹⁵ Aynı yönde Bkz.: Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 313. ÖZEN’e göre ise TCK m. 62/1’de emir kipinin kullanılması takdir hakkını ortadan kaldırmakta, indirimi zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda TCK m. 62’nin takdiri indirim nedenleri değil kanuni indirim nedenleri olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 104.

²⁹⁶ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2022, s. 738.

²⁹⁷ Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 930.

hâkimine aittir.²⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da bu husus vurgulanmıştır.

“Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak da olayda sanık yararına takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süresi boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumdaki kişidir.”²⁹⁹

Çalışmamızın bu bölümünde; ilk derece mahkemesinin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisinin, kanun yollarında denetlenip denetlenemeyeceği, denetlenebilecekse ne derece denetlenebileceği hususu incelenecektir.

Çalışmamızın bu kısmında kullandığımız “denetim” mercii ile temyiz makamı olan Yargıtay kastedilmektedir. İstinaf kanun yolunda; ilk derece mahkemesinin kararının hem maddi yönden hem de hukuki yönden incelenmesi mümkün olduğundan, çalışmamız konusu bağlamında doktrinel bir tartışmaya ihtiyaç yoktur.

3.2.1. Sorunun Tespiti

Doktrinde TCK m. 62’nin tatbikinin Yargıtay tarafından denetlenmesinin ne şekilde olacağı hususu tartışmalıdır. Esasında bu tartışma; cezanın bireyselleştirilmesi vasıtalarının tatbikinde göz önünde bulundurulması gereken öznel ölçütlerin geneli için geçerlidir. Sorunun çözümü için; subjektif nitelikte olan ve hâkimin takdirine bırakılmış bu ölçütlerin değerlendirilmesinin ceza muhakemesinde hangi soruna dahil olduğu ve denetiminin nasıl olacağı sorusunun cevaplanması gerekir.³⁰⁰

Çalışmamızın konusu bağlamında ilk soruyu şu şekilde ifade etmek gerekir: TCK m. 62’nin tatbikinde göz önünde bulundurulacak faile ilişkin ölçütlerin belirlenmesi hususu maddi sorun (mesele) aşamasına mı dahildir? Yoksa bu husus hukuki sorun aşamasına mı dahildir? Bu sorunun cevaplanmasında vicdani kanaat

²⁹⁸ Sanal, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 1018.

²⁹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/122, K.2011/187, 27/09/2011.

³⁰⁰ Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Öznel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, s. 1040.

kavramının da ayrıca incelenmesi gerekir. İlk soruya verilen cevap “temyiz denetiminin sınırları/kapsamı”na dair ikinci tartışmayla birlikte incelenerek nihai görüşümüzü ifade edeceğiz.

Takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin denetimine dair doktrinde yapılan daha önceki çalışmalarda; temel olarak “denetimi kabul eden-denetimi kabul etmeyen görüş” ayrımı yapılmıştır.³⁰¹ Yazarlarca “denetimi kabul etmeyen görüş” başlığı altında incelenen görüşlerin, kısmen de olsa denetimi kabul ettikleri kanaatindeyiz. Bu nedenle “Geniş Denetimi Kabul Eden Görüş” ve “Dar Denetimi Kabul Eden Görüş” ayrımını tercih ettik. Zira diğer yazarlarca, denetimi kabul etmeyen görüşler başlığı altında atıf yapılan görüşler incelendiğinde; bu görüşlerin, Yargıtay’ın yerindelik denetimi yapamayacağı fakat gerekçeyi, kanuni sınırlara uyulup uyulmadığını, çelişkili hüküm kurulup kurulmadığını denetleyebileceğini ifade ettiği anlaşılmaktadır.

3.2.2. Geniş Denetimi Kabul Eden Görüş

Doktrinde bir görüşe göre; hâkimin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisinin Yargıtay tarafından kapsayıcı bir şekilde denetlenebilmesi gerekir.³⁰²

YALKUT’a göre; Yargıtay’ın, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı yerindelik bakımından değerlendirmesinde bir problem yoktur, zira mühim olan adaletin en iyi şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu görevi, bir güvence ve son inceleme mercii olan Yargıtay’ın yapması kadar doğal bir şey yoktur.³⁰³

³⁰¹ ŞİMŞEK “Denetimi Kabul Etmeyen Görüş” ve “Denetimden Yana Olan Görüş” ayrımını tercih etmiştir. Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 110-111. GENÇER “Hukuku Denetimi Kabul Eden Görüş” ve “Hukuki Denetimi Reddeden Görüş” ayrımını tercih etmiştir. Gençer, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 164-167.

³⁰² Yalkut, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, s. 325-326; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 565; Can, “Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden T.C.K.’nın 59’uncu Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtayın Müdahalesi”, s. 456.

³⁰³ Yalkut, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, s. 325-326.

ÖZTÜRK/ERDEM'e göre; takdir yetkisi keyfilik anlamına gelmediğinden, uygulamada BAM ve Yargıtay takdiri indirim nedenlerinin tatbikini -yerinde bir uygulamayla- denetlemektedir.³⁰⁴

CAN'a göre; takdiri indirim nedenlerinin yerinde, geçerli ve kanuni olup olmadıkları hususunu Yargıtay'ın denetlemesi gerekir.³⁰⁵

Bu görüşü “Geniş Denetimi Kabul Eden Görüş” olarak sınıflandırmayı tercih etmekteyiz. Geniş denetimden kastımız, hükmün hem maddi soruna ilişkin yönden hem de hukuki soruna ilişkin yönden denetlenebilmesidir. Bu görüşün sonucu olarak; Yargıtay, ilk derece mahkemesinin veya BAM'ın TCK m. 62'ye dair vermiş olduğu kararı, yerindelik yönünden denetleyebilecektir. Diğer yandan; ilgili kararın gerekçesine dair denetim zaten Yargıtayın standart denetim yetkisi kapsamındadır. Bu denetim; TCK m. 62'nin, sanığın aleyhine değerlendirildiği kararlar yönünden olabileceği gibi, lehine değerlendirildiği kararlar yönünden de olabilecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda takdir hakkı vurgulanmakla birlikte gösterilen gerekçenin; makul ve makbul, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, yasanın amacına aykırı düşmeyecek ve vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıyarak hak ve nefaset kurallarına uygun olması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁶ EREM; neyin makul olup neyin makul olmadığına ilişkin bir tartışmanın hâkimin takdir yetkisini tehlikeye düşüreceğini, yalnızca dosyanın incelenmesiyle makul gelmeyen bir sebebin, davanın tamamını sürdürmüş olan hâkime makul gözükmesinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir.³⁰⁷ Yargıtay uygulamasında ise *de facto* olarak; takdir yetkisinin kullanımının yerinde olup olmadığını da kapsayan bir

³⁰⁴ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 565.

³⁰⁵ Can, “Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden T.C.K. 'nın 59'uncu Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtayın Müdahalesi”, s. 456.

³⁰⁶ “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.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1980/225, K. 1980/428, 15/12/1980. Kararı aktaran: Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, s. 569.

³⁰⁷ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 360.

denetim gerçekleştirilmektedir.³⁰⁸ Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda; takdiri indirim uygulanmasının makul ve makbul olup olmadığı yönünden bir “yerindelik denetimi” yapılmıştır:

*“Bu açıklamalar ışığında somut olayda **takdiri indirim uygulanmasının “makul” ve “makbul” olup olmadığı** değerlendirildiğinde; yukarıda ayrıntıları ile açıklanan suçun işlenme biçimindeki hususiyetler, toplumda meydana getirdiği tepki ve infial, kamu vicdanını rencide edici niteliği nazara alındığında, sanık lehine, hak etmediği halde takdiri indirim uygulanmasına karar verilmesi suretiyle eksik cezaya hükmolunması, yasaya aykırı olup”³⁰⁹*

Ancak dikkat çekmek isteriz ki; yukarıda atıf yapmış olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında, “uygulama”nın değil, “gerekçe”nin makul ve makbul olması gerektiği vurgulanmıştır.

3.2.3. Dar Denetimi Kabul Eden Görüş

Doktrindeki diğer bir görüşe göre; hâkimin TCK m. 62'nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisinin, Yargıtay tarafından sadece gerekçe yönünden denetlenmesi mümkündür. Zira Yargıtay üyeleri “davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır”.³¹⁰ Bu kabule göre; denetim başka bir şey, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek olay hakkında hüküm kurmak başka bir şeydir.³¹¹ Kaldı ki Yargıtay üyeleri önüne gelen olayları dosya üzerinden incelemektedirler. Her olayın

³⁰⁸ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 187; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 147; Aynı yönde; takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbikinde serbest takdir yetkisinin “Genişletilmiş Temyiz” kavramı uyarınca denetlendiği tespiti için Bkz.: Feridun Yenisey, “Temyizin Genişletilmesi Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 52, No: 1-4, 1987, s. 131-138; Esasında “pratiğe” dair bu sorunun cezanın bireyselleştirilmesine dair diğer müesseseler yönünden de var olduğu; ülke şartları, yoğun iş koşulları, tecrübesiz hâkimler gibi nedenlerle bu uygulamaya meşruiyet gerekçesi arandığı ifade edilmiştir. Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, s. 1055. **YERDELEN**'e göre; “Yargıtay, doktrindeki tartışmalardan uzak bir şekilde çok geniş açıdan temyiz denetimi yapmakta, gerekçe denetimi adı altında bzen olay hâkiminin vicdanının yerine kendi vicdanını koymakta, gerekçe denetiminin ve usul hukuku kurallarının denetiminin dışına çıkarak olay hâkiminin delil değerlendirmesini denetlemektedir.” Yerdelen, **Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi**, s. 321-323.

³⁰⁹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2019/3200, K.2019/4512, 22/10/2019.

³¹⁰ Sami Selçuk, **Suç Yargılama Süreci Hukukunda Temyiz Denetimi ve Sınırları**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2023, s. 12.

³¹¹ Selçuk, **a.g.e.**, s. 56.

da “kendine özgü, kağıt üzerinde ifade edilemeyen birtakım heyecanları, izah ve ifade olunamayan ayrıntıları vardır”.³¹²

Bu görüşü savunan müellifler; hâkimin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yönünden Yargıtay’ın denetim yetkisinin hukukilik denetimi ile sınırlı olduğunu³¹³, eğer dosya içeriğiyle çelişen ve hukuka uygun olmayan bir gerekçenin varlığı³¹⁴, kanun hükmünün yanlış uygulanması (örneğin kanuni bir indirim sebebi takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmişse)³¹⁵ gibi bir durum yoksa, “şu veya bu vakıanın cezayı azaltıcı takdiri sebep sayılıp sayılmıyacağı”³¹⁶ hususunda ilk derece mahkemesinin takdirine müdahale edilmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.³¹⁷ Bu görüşe göre; takdiri indirim nedenleri müessesesinin amacı, yalnız suçun işlenişine göre ceza verilmesini önlemek ve failin kişiliğine uygun cezayı belirlemektir. Failin kişiliğini; yerel mahkeme izleyebilecek ve değerlendirebilecek konumdayken, Yargıtay ise dosya üzerinde inceleme yaptığından bu imkâna sahip değildir.³¹⁸

Kanaatimizce; hâkimin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisinin, Yargıtay tarafından sadece gerekçe yönünden denetlenebileceğini ifade eden görüş yerindedir. Bu görüşü benimsememizde etkili olan gerekçeler ve denetim yetkisinin TCK m. 62 bağlamında nasıl somutlaşacağına ilişkin örnek durumlar “3.2.4.Görüşümüz” başlığı altında açıklanmıştır.

³¹² Abdullah Dinçkol, “Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 1-3, 1995, s. 144-145.

³¹³ Ersan Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, İstanbul, Der Yayınları, 2002, s. 483.

³¹⁴ Sami Selçuk, **Karşıoylarımız Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, Haz. Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 36-37.

³¹⁵ Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, s. 454; Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 358. y

³¹⁶ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 358.

³¹⁷ Yenisey, “Temyizin Genişletilmesi Sorunu”, s. 136. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 400-401. Mehmet Handan Surlu, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)”, **Adalet Dergisi**, No: 11, 1970, s. 682.

³¹⁸ Selçuk, **Karşıoylarımız Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, s. 36-37.

3.2.4. Görüşümüz

3.2.4.1. Denetimin Gerekliliği

TCK m. 62’de hâkime bir takdir yetkisi tanınmışsa da; bu yetki keyfilik anlamına gelmediği gibi denetime kapalı bir yetki de değildir.³¹⁹ Madde hükmüne göre de “Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.” Gerekçe gösterme yükümlülüğünün takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin denetlenebileceğine işaret ettiği ifade edilmiştir.³²⁰ 7406 sayılı kanunla TCK m. 62’ye eklenen bu cümlemin eklenme gerekçesinde de denetim yetkisine işaret edilmiştir.³²¹

Bizce de TCK m. 62’nin tatbikinde hâkimin vermiş olduğu kararın üst mercilerce denetlenmesi yerindedir. Bu denetleme yetkisinin birkaç farklı faydası olacaktır. Bunlardan ilki, pratik bir fayda sayılabilecek olan denetleme yetkisi ile gerekçelilik arasındaki organik ilişkidir. Hâkimlerin vereceği kararlarda kullandıkları takdirin denetime tabi olması, verilen kararlarda kurulan hükmün gerekçesinin daha ayrıntılı olmasını sağlayacaktır.

Denetim yetkisinin getireceği diğer bir fayda ise uygulamada birliğin sağlanmasıdır. Takdir yetkisinin denetimiyle, her yerde ve herkes için yasaların uygulanmasında “aynılık” sağlanmaya çalışılır.³²² Her ne kadar takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sırasında sonsuz ihtimal ortaya çıkabilecek olsa da bazı benzer durumlar görece daha sık yaşanabilmektedir. Bu benzer durumların varlığı ihtimalinde kullanılacak takdir yetkisinin aynı yönde oluşu, eşitlik ilkesinin doğal bir gereğidir. Söz konusu bu birliğin sağlanması ise ancak takdir yetkisinin denetime açık olması yoluyla mümkündür.

³¹⁹ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 187.

³²⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2022, s. 738.

³²¹ “Maddeyle yapılan diğer bir değişiklikle, takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Anayasanın 141 inci maddesi gereğince mahkemelerce verilen her türlü kararın gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olup, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemenin keyfilikten uzak şekilde kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmaktadır.”

³²² Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, s. 146.

Ayrıca denetim yetkisinin varlığı, belirlilik ilkesi açısından da önem arz eder. Bir hukuk devletinde kişiler yasaları bildikleri sürece hâkimin vereceği kararı önceden kestirebilirler.³²³ Denetim yetkisinin yokluğu hâlinde uygulama birliği sağlanamayacağından belli durumlara karşı yargı organlarının ne yönde içtihat geliştirdiğinin tespiti oldukça zor olacaktır.

Denetim yetkisinin gerekliliğinin diğer bir nedeni ise yargılama aşamasındaki insan faktörüdür. Yargıçlar da birer insan olduğundan adli yanığı kaçınılmazdır.³²⁴ Takdir yetkisinin en önemli özelliği, yetkiyi kullanan kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmasıdır.³²⁵ Takdiri indirim nedenleri müessesesi de niteliği gereği objektif ölçütlere bağlanması oldukça zor bir müessesedir. Bu müessese; hâkimin kişisel özellikleri, dünya görüşü, siyasi görüşü, dini inancı vb. subjektif dış faktörlerin yargılamaya olası dahilinde kullanılmaya müsait bir araçtır. Kanaatimizce gerek hatalı karar verilmesinin önlenmesi gerekse keyfiliğin önlenmesi yönünden denetim yetkisi zaruridir.

3.2.4.2. Yargıtay'ın Denetim Yetkisinin Sınırları

Mahkemenin TCK m. 62'nin tatbiki sonucunda vermiş olduğu kararların Yargıtay tarafından denetlenmesi gerektiğini ifade ettikten sonra karşımıza iki temel soru çıkacaktır:

İlk soru şudur: TCK m. 62'nin tatbiki maddi meseleye mi dahildir yoksa hukuki meseleye mi dahildir? Bu sorunun cevabı, “vicdani kanaat” kavramının hukuki niteliği ile de ilişkilidir.

İkinci soru ise şudur: Yargıtayın denetim yetkisinin kapsamı ne olacaktır? Esasında bu sorunun da cevabı, doktrindeki “Temyiz Denetimin Sınırları” tartışmasının cevabı ile paraleldir.

³²³ Abdullah Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında ‘Hak ve Nisfet’”, **Yargıtay Dergisi**, C. 19, No: 3, 1993, s. 217.

³²⁴ Ali Rıza Çınar, “Ceza Yargılamasında Yasayolunun Amacı ve Ayrımları”, Feridun Yenisey (ed.), İzzet Özgenç (ed.), Ayşe Nuhoğlu (ed.), Adem Sözüer (ed.), Faruk Turhan (ed.), **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 953.

³²⁵ Dinçkol, “Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, s. 143.

Ceza yargılamasında, mahkemenin çözmesi gereken iki temel mesele vardır: bunlardan ilki maddi sorun, ikincisi ise hukuki sorundur.³²⁶ Maddi mesele, çoğu zaman sadece olayın sübutu ile ilişkilendirilmektedir.³²⁷ Ancak, failin kişiliğinin tespiti de maddi sorunun kapsamında olduğu ifade edilmektedir.³²⁸ Zira öğrenme muhakemesi yapılmasını gerektiren her mesele, maddi soruna dahildir.³²⁹ Bizce de; failin kişiliğinin tespit edilmesi bir maddi sorundur. Hatta öyle ki; -tıpkı maddi soruna ilişkin diğer durumlarda olduğu gibi- sanığın kişiliğinin belirlenmesinde şüpheye düşülmüşse, bu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.³³⁰

Diğer yandan; failin kişiliğinin tespit edilmesinde, doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkelerinin hayata geçirilmesi oldukça mühimdir. Doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkelerinin etkisini en çok gösterdiği aşama ise, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama aşamasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere; takdir yetkisi sanık, müşteki ve şahitlerle karşı karşıya gelen, duruşmayı idare eden ilk derece mahkemesi hâkimine aittir.³³¹

³²⁶ Keskin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, s. 47; Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 945; Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Ankara, Savaş Yayınları, 2016, s. 74; Selçuk, **Suç Yargılama Süreci Hukukunda Temyiz Denetimi ve Sınırları**, s. 11. **SELÇUK** “eyleme ilişkin sorun” ve “hukuka ilişkin sorun” kullanımını tercih etmiştir.

³²⁷ Dülger, Taşkın, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 834; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 606; Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 810.

³²⁸ “[...] cezanın belirlenmesi maddi mesele mi hukuki mesele mi, ne dersiniz? Cezanın belirlenmesi maddi meseledir, çünkü sanığı tanımadan kişiliğini tanımadan cezayı belirleyemezsiniz.” Feridun Yenisey, “İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarının Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukuku Sistemlerindeki Karşılaştırılması”, **Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı**, Türkiye Adalet Akademisi, 2018, s. 127; **YENİSEY/NUHOĞLU**’nun başka bir eserinde ise; “eyleme hangi cezanın verilmesi gerektiği” sorunu, hukuki mesele kapsamında değerlendirilmiştir. Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 945; **FEYZİOĞLU/TANER**’e göre ise; “Ayrıca, failin kişiliğinin tespiti de , cezanın kişiselleştirilmesi açısından gösterdiği önem nedeniyle, bir maddi sorun olarak düşünülmelidir.” Feyzioğlu, Taner, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, s. 192; Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 943; Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, s. 1042. Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 56.

³²⁹ Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, s. 56.

³³⁰ Yerdelen, **Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi**, s. 265-266; Feyzioğlu, Taner, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, s. 313-314.

³³¹ Sanal, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 1018.

Bahsettiğimiz gerekçeler; failin kişiliğinin tespit edilmesinin, bir maddi sorun olduğu görüşünü güçlendirmektedir. TCK m. 62’de sayılan ölçütlerin maddi sorun ile ilişkili olduğunu ifade ettikten sonra; bu kabulün, Yargıtay’ın denetim yetkisinin sınırlarına olan etkisini incelemek gerekir. Bu bağlamda “vicdani kanaat” kavramının açıklanması yerinde olacaktır. Vicdani kanaat kavramına; CMK m. 217 ve AY m. 138/1 hükümlerinde değinilmektedir; “Delilleri takdir yetkisi” başlıklı CMK m. 217’ye göre: “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*”. “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı AY m. 138/1’e göre: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*”³³²

İlgili maddeler incelendiğinde; CMK’da anılan vicdani kanaat kavramının, daha dar bir atıfla, delillerin takdir edilmesiyle olan ilişkisi vurgulanmıştır. AY m.

³³² Vicdani kanaat ve takdiri indirim nedenleri müessesesi arasındaki ilişki, 1982 Anayasa’sının yapım sürecinde de gündeme gelmiştir. Turhan Güven ve arkadaşları, taslağın 171. maddesinin (şimdiki 138. madde olarak düzenlenen maddenin) “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” şeklinde değiştirilmesi için bir önerge sunmuşlardır. Bu önergeye dair tartışmalarda Turhan Güven TCK m. 59’a atıf yapmıştır:

“*TURHAN GÜVEN- Dünyada, vicdanî kanaatin hukuka uygunluğu üzerinde tereddütler vardır. Hukuka uygunluk, objektif ve subjektif birtakım kıstasları da beraber getirir. Hâkim kanuna uygun olarak karar verecektir; ama bu kanuna uygunlukta yalnız kanunu uygulamanın daima adalet yönünden noksan bir tarafı olduğunu gözden kaçırmamak lazım. Bunu tamamlayan unsur nedir?.. Bunu tamamlayan unsur, subjektif bir yapı ya sahip olan vicdanî kanaattir. [...]*

Bu bakımdan, vicdanî kanaatin münhasıran hukuka uygun şekilde düşünülmesine gönülden katılmak mümkün değildir. Bu subjektif uygulama hâkimin önüne gelen kişinin yapısıyla, mahkeme önündeki durumuyla ilgili olacaktır. Hâkim bazen bu vicdanî kanaatini kanunu uyguladıktan sonra örneğin; Türk Ceza Kanununun 59 uncu maddesine göre gerekli indirmeyi yapacak, hâkim bazen de, biraz evvel verdiğim örnekte olduğu gibi vicdanî kanaatini artırma yolunda kullanacaktır.”

Bu değişiklik önergesine katılmayan A. Mümin Kavalalı ise yine TCK m. 59’a atıf yaparak vicdani kanaatin kanunun verdiği imkânlar doğrultusunda kullanılabileceğini ifade etmiştir:

“*ANAYASA KOMİSYONU ADINA A. MÜMİN KAVALLALI- Teklif ettikleri değişiklik 1961 Anayasasının 132 nci maddesindeki düzenlemeye dönüşten ibarettir. Biz bunu bilerek, isteyerek Komisyonunda değiştirmiş bulunmaktayız. Nedeni şudur : Tatbikatta yıllarca bunun acısını çektik. Pek çok meslektaşımız görevlerini ifa ederken Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun uygulama yapmaya yönelmiş olmalarına, bunu bir görev itti haz etmiş olmalarına rağmen, üzülerken, arz edeyim ki, bazı arkadaşlarımız hukuku, kanunun amir hükmünü bir tarafa atarak, hiçe sayarak, sadece vicdanî, kanaatlerine göre hüküm verebilmişlerdir. [...]*

Biz burada ne getirmek istedik?.. Dedik ki : Bir hâkim evvela uygulamada Anayasa hükmünü gözetecektir; bilahare kanunu gözetecektir, daha sonra hukukun temel ilkelerini göz önünde tutacaktır ve bunlara aykırı düşmeyecek bir şekilde vicdanî kanaatine göre hüküm verecektir. Vicdanî kanaatini uygulayan hâkim, karşısındaki kişinin kişiliğine, şahsiyetine, özgeçmişine bakacaktır. 59 uncu maddeyi, kanunun verdiği imkânlar ölçüsünde uygulayabilecektir.” Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Birleşim:148, 10 Eylül 1982, s. 103-105.

138/1'e göre ise, daha geniş bir atıfla, hâkimin vereceği her türlü hükümde vicdani kanaatin gündeme geleceği anlaşılmaktadır.

Vicdani kanaatin, uyuşmazlığın maddi soruna ilişkin yönünü çözerken kullanılan bir ölçüt olduğu ifade edilmiştir.³³³ Bu özelliğiyle vicdani kanaat, maddi sorunu çözmeye yetkili hâkim veya mahkemeye aittir.³³⁴ Yargıtay; olay mahkemesinin, duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vicdani kanaatine göre olayı çözümüne ve belirlmesine dokunamaz.³³⁵ Dolayısıyla duruşmaya katılmayan ve sadece dosya üzerinden yargılama yapan yargıçların, vicdani kanı yargılaması oluşturmalarının olanaksız ve yasak olduğu ifade edilmiştir.³³⁶ Yargıtay'ın bazı kararlarında; doktrindeki tartışmalardan uzak bir biçimde, gerekçe denetimi adı altında, ilk derece mahkemesinin vicdani kanısının yerine kendi vicdani kanısını koyarak hüküm verildiği görülmektedir.³³⁷ *SELÇUK*; bu yargıçların kanıtlarla yüz yüze gelerek açık duruşma yapsalardı, onların da maddi sorunu çözmede yetkili olduğunu kabul etmek gerekeceğini ifade etmiştir.³³⁸ Yargıtay'da yapılan inceleme kural olarak dosya üzerinden yapılmaktadır. Ancak Yargıtay'ın CMK m. 299'da sayılan bazı hallerde duruşmalı inceleme yapması mümkündür. Bu usule uygulamada çok sık rastlanmamakla birlikte; duruşma yapılsa dahi, sanıkla mahkeme ilk derece yargılamasına göre çok daha kısa bir süre karşı karşıya gelmektedir. Böyle bir "istisnai" duruşmanın vicdani kanı oluşturacak yeterlilikte olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak; hukuki derece mahkemesi olan Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi veya BAM kararlarını sadece gerekçe yönünden ve dosyadan edinebildiği bilgiyle sınırlı olmak kaydıyla denetleyebileceğini, ancak bu mahkemelerinin yerine geçerek vicdani kanı oluşturamayacağını kabul etmek gerekir.

TCK m. 62'nin tatbikinin denetimi çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bunlardan ilki; ilk derece mahkemesinin (veya BAM ceza dairesinin) TCK m. 62'nin

³³³ Feyzioğlu, Taner, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, s. 193; Karakehya, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*, s. 71.

³³⁴ Feyzioğlu, Taner, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, s. 182.

³³⁵ Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 986.

³³⁶ Selçuk, *Suç Yargılama Süreci Hukukunda Temyiz Denetimi ve Sınırları*, s. 47.

³³⁷ Yerdelen, *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*, s. 321-323.

³³⁸ Selçuk, *Suç Yargılama Süreci Hukukunda Temyiz Denetimi ve Sınırları*, s. 49.

tatbikinde yetersiz gerekçeyle hüküm kurmasıdır. TCK m. 62'nin tatbiki yönünden kararların gerekçeli olması hususu kanun maddesinde "Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir." denilerek özellikle vurgulanmıştır. Kanun maddesinde bulunan "gerekçeleriyle" ibaresi 7406 sayılı kanunla madde metnine eklenmiştir. Kanaatimizce malumun ilanı olan bu özel vurgunun sebebi; takdiri indirim nedenlerinin mahkeme kararlarında sadece "takdiren ve teşdiden" gibi ifadelerle tatbik edilmesidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda; "başkaca artırım ve indirim yapılmasına yer olmadığına" şeklinde gerekçe ile takdiri ceza indiriminin uygulanmaması yetersiz gerekçe olarak görülmüştür.³³⁹

Yargıtay'ın denetim yetkisinin ortaya çıktığı diğer bir durum çelişkili gerekçeyle hüküm kurulması hâlidir. Yargıtaya göre; aynı hususun bir müessese uygulanırken lehe, başka bir müessese uygulanırken aleyhe değerlendirilmesi çelişkilidir.³⁴⁰

CMK m. 288 uyarınca; "Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.". Bu hüküm TCK m. 62 bakımından

³³⁹ "Yerel mahkemece TCK'nın 62. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak, anılan maddenin karar tarihinde yürürlükte bulunan hâline göre sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar değerlendirilmeden, sanık ve müdafilerinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin talepleri de olmasına rağmen **sadece hüküm fıkrasında yer verilen "başkaca artırım ve indirim yapılmasına yer olmadığına" şeklindeki bir açıklamanın, kanun koyucunun aradığı anlamda yasal ve yeterli bir gerekçe niteliğinde olmadığı** kabul edilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2022/89, K. 2022/835, 27/12/2022. Yargıtay uygulamasında bu durumun istisnasına, TCK m. 62'nin tatbiki açıkça tartışılmamasına rağmen, dosyanın genelinden olumsuz kanaatin anlaşıldığı durumlar gösterilebilir: "Sanığın "kastının yoğunluğu, geçmişteki hali, sabıkalı kişiliği, pişmanlık duymayan olumsuz tavırları, tekrar suç işlemeyeceği yönünde olumlu kanaate ulaşılamadığı" biçimindeki gerekçelerle sanık hakkında hükmolunan cezada alt sınırdan uzaklaştırılması, sonuç cezanın ertelenmemesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmaması karşısında Mahkemenin, sanık hakkındaki kanaatinin olumsuz olduğunun açıkça anlaşılması sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanma olasılığının açıkça tartışılmamış olması sonuca etkili görülmediğinden [...] sanığın temyiz itirazları yerinde olmadığından reddiyle hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA" Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E. 2011/27011, K. 2013/7691, 15/04/2013. Kararı aktaran: Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler)**, C. 2, s. 797. Yargıtay'ın TCK m. 62'nin tatbikinde gerekçeyle ilgili yaptığı tespitler, örnek içtihatlar ve uygulamalar için Bkz.: "1.4.2.1.4.Gerekçelilik".

³⁴⁰ "Sanığın adli sicil kaydında yer alan hükümlülüklerinin silinme şartlarının oluşması ve "sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri" gözetilerek sanık hakkında TCK'nın 62. maddesi uygulanmasına rağmen, "daha önceki kastı suçlarının varlığı" biçimindeki kanuni olmayan ve **çelişkili gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi**," Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2013/9829, K.2015/23922, 06/03/2015.

değerlendirildiğinde çeşitli örnekler çıkabilir. Örneğin yargı kararlarında; TCK m. 62'nin tatbikinde, TCK m. 61/1'de sayılan temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütlerin göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Bu durum bir hukuk kuralının yanlış uygulanmasıdır. Dolayısıyla Yargıtay'ın denetim yetkisi kapsamındadır.³⁴¹ Benzer şekilde; 7406 sayılı kanun yürürlüğe girdikten sonra işlenen suç yönünden, sanık hakkında önceki kanun maddesi uygulanmışsa, burada da CMK m. 288'de bahsedilen hukuka aykırılık hâli gündeme gelecektir.

Hükmün gerekçeli olması, ilk derece mahkemesinin verdiği kararda mantık hatası yapıp yapılmadığının ve kanun maddesinin doğru uygulanıp uygulanmadığının Yargıtay tarafından denetlenebilmesini sağlar.³⁴² Mahkemenin saptamaları; mantık ve deneyim kurallarına aykırı olamayacağı gibi kendi içlerinde çelişkili de olamazlar.³⁴³ Aksi kullanımda, takdir yetkisinin denetimi mümkündür. Örneğin sanığın sabıkası yokken, sabıkalı olduğu gerekçeli gösterilerek takdiri ceza indirimi uygulanmaması durumunda Yargıtay'ın denetim yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir.³⁴⁴

3.2.5. TCK m. 62 ve Aleyhe Değiştirme Yasağı

CMK m. 283'te istinaf kanun yolu aşaması bakımından, CMK m. 307/5'te temyiz kanun yolu bakımından "aleyhe değiştirme yasağı" hüküm altına alınmıştır.³⁴⁵ Buna göre:

“Madde 283 – (1) İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

“Madde 307 – [...]

³⁴¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: 3.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi.

³⁴² Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, s. 90.

³⁴³ Keskin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, s. 66.

³⁴⁴ Bu ve benzer durumlara örnek yargı kararları için Bkz.: 3.3.8. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanmasında Maddi Hatalar.

³⁴⁵ Bu yasak, belirli hallerde kanun yararına bozma (CMK m. 309/4-b) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK m. 323/2) kanun yolları bakımından da geçerlidir.

(5) Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.”

Aleyhe değiştirme yasağı; sanığın, cezasının ağırlaşacağı korkusu yaşamadan kanun yoluna başvurabilmesine imkân tanır.³⁴⁶ TCK m. 62 bağlamında da aleyhe değiştirme yasağı gündeme gelmektedir. Eski tarihli bir Yargıtay kararında; bu husus açıkça ifade edilmiştir:

*“İlk hükmün sanığın temyizi üzerine bozulduğu ve bozmadan önce sanık hakkında TCK.nun 59. maddesi uygulandığı gözetilmeden bozmadan sonraki hükümde uygulanmaması suretiyle CYY.nın 326/son maddesine uyulmaması yasaya aykırıdır.”*³⁴⁷

Yargıtay 12. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; bozma öncesi hükümde, yargılamadaki iyi hali gerekçe gösterilerek cezasında takdiri indirimi uygulanan sanık hakkında, bozma sonrası kurulan hükümde gerekçesi de açıklanmadan olumsuz kişiliğinden bahisle takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.³⁴⁸

Bozma sonrası verilen hükümde takdiri ceza indirimi uygulanmamasına rağmen, hükmedilen sonuç ceza, bozulan hükümde belirlenen sonuç cezadan miktar olarak daha aşağıda ise, aleyhe değiştirme yasağı yine de uygulama alanı bulacak mıdır? Yargıtay 3. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; “kesinleşen hükümde TCK 59. madde tatbik olunmasına karşılık, uyarılama yapılan hükümde uygulanmamış ise de sonuç ceza bakımından sanığın kazanılmış hakkı ihlal” edilmediği gerekçesiyle bu hususu bozma nedeni yapmamıştır.³⁴⁹

³⁴⁶ Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 616.

³⁴⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.1997/2613, K.1997/2622, 07/04/1997. Kararı aktaran: Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, s. 1437.

³⁴⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2014/20995, K.2015/748, 20/01/2015. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 840. Aynı yönde Bkz.: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E.2014/34602, K.2015/38, 19/01/2015.

³⁴⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2011/40470, K.2012/7368, 29/02/2012. Kararı aktaran: Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, s. 1437.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda ise; aksi yönde bir uygulama yapıldığı söylenebilir. İlgili olayda; sanık hakkında bozma öncesi hükümde 6000 TL adli para cezasına, bozma sonrası hükümde ise 4800 TL adli para cezasına hükmedilmiştir. Ancak ilk hükümde takdiri ceza indirimi uygulanmasına rağmen, ikinci hükümde takdiri ceza indirimi uygulanmamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, -müktesep hak tartışmasına değinmeden- şu gerekçelerle uyuşmazlığı çözmüştür:

“Yerel mahkeme tarafından bozma kararından önce kurulan hükümde, “sanığın kişiliği, verilecek cezanın sanığın geleceği üzerindeki etkileri” lehine takdiri indirim nedeni kabul edilerek TCK'n[ı]n 62. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, bozmadan sonra kurulan hükümde, hangi olumsuz davranışlarının tespit edildiği karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, “sanıkta ve olayda takdiri indirim nedenleri görülmediği” şeklindeki soyut, maddi olgulara dayanmayan ve denetime elverişli olmayan gerekçe ile bu kez TCK'n[ı]n 62. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, yerel mahkeme hükmünü bu aykırılık nedeniyle bozan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”³⁵⁰

3.3. Takdiri İndirim Nedenlerinin Tatbikinde Bazı Özel Hususlar

3.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi

Hâkim önüne gelen somut olayda; TCK m. 61/1'de sayılan ölçütleri göz önünde bulundurarak cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. Peki temel cezanın belirlenmesinde üst sınıra yaklaşılrken, sonuç cezanın belirlenmesinde takdiri ceza indirimi uygulanabilir mi? Benzer şekilde; sonuç cezanın belirlenmesinde takdiri indirim uygulanmazken, temel ceza alt sınıra yakın olacak şekilde belirlenebilir mi? Böyle bir uygulama “takdiri tezat” oluşturur mu?

Doktrindeki bir görüşe göre³⁵¹ ve eski tarihli Yargıtay kararlarında da benimsendiği üzere bu durum “takdirde tezat” oluşturur:

³⁵⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/94, K.2013/430, 22/10/2013. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1215.

³⁵¹ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 590; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 401.

“Aynı şahıs hakkında aynı suçtan dolayı takdiri azaltıcı sebep kabul edildiği halde yine takdiren cezanın arttırılması yolsuzdur.”³⁵²

Doktrindeki diğer görüşe göre ise; böyle bir uygulama takdiri tezat oluşturmaz, zira temel cezanın belirlenmesi ile takdiri indirim nedenlerinin uygulanması farklı aşamalardır.³⁵³ Yeni tarihli Yargıtay kararlarında ise “takdiri tezat” görüşünü yansıtan içtihattan vazgeçildiği ifade edilmiştir.³⁵⁴ Esasında bu sorunun kaynağı; MTCK döneminde takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceğinin kanunda gösterilmemesi ve MTCK m. 29’da faile ilişkin özelliklerin temel cezanın belirlenmesinde birer ölçüt olarak belirlenmesidir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda “aynı” gerekçeyle temel ceza alt sınırdan belirlenirken, takdiri ceza indirimi uygulanmaması çelişkili olarak değerlendirilmiştir:

*“Yerel Mahkemece, **ceza alt sınırından belirlenirken** “sanığın kişiliği ve sosyal durumu göz önüne alınarak” şeklindeki gerekçe ile cezanın arttırılmasına gerek görülmemiştir. Ancak, 647 sayılı Yasının 4 ve 6. TCY’nin 59. maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilirken “sanığın kişiliği, suçun işleniş şekil ve özellikleri, sanığın suç işleme hususundaki eğilimleri göz önüne alınarak cezasının ertelenmesi halinde ilerde suç işlemekten çekineceği yolunda mahkemeye kanaat vermediği” gerekçe olarak gösterilmiş, **bu kez sanık aleyhine değerlendirme** yapılmıştır.*

*Görüldüğü gibi, sanığın kişiliği temel cezanın alt sınırdan belirlenmesinde olumlu olarak değerlendirildiği halde, özgürlüğü bağlayıcı cezanın paraya çevrilmesine, ertelemeye ve takdiri indirim nedeninin uygulanmasına yer olmadığına karar verilirken **bütün bu halleri kapsayacak şekilde aynı husus olumsuz olarak değerlendirilmek suretiyle gerekçede çelişkiye düşülmüştür**. Yerel Mahkemece gösterilen gerekçeler isabetli olmadığından direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”³⁵⁵*

Bizce de 5237 sayılı TCK döneminde böyle bir tartışmadan bahsetmek mümkün değildir. Zira TCK m. 61 ve m. 62 hükümlerinde temel cezanın

³⁵² Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1936/2401, K.1936/1082, 06/07/1936. Kararı aktaran: Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 359-360.

³⁵³ Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, s. 359. Surlu, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)”, s. 684-685. Şen, **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, s. 482; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 309; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 136; Genç, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 173; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 225. Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 567.

³⁵⁴ Surlu, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)”, s. 685.

³⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2000/6-19, K.2000/17, 08/02/2000. Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 309. **YERDELEN** bu kararın; çelişkili gerekçeden ziyade yasal olmayan gerekçeden bozulması gerektiğini ifade etmiştir. Bizce de bu tespit isabetlidir.

belirlenmesine ve takdiri indirim nedenlerinin tatbikine dair ölçütler açıkça ifade edilmiştir. Söz gelimi suçun işleniş biçimi göz önünde bulundurularak alt sınırdan ceza verilebilecekken; failin sabıkası göz önünde bulundurularak takdiri indirim uygulanmayabilir. Bu durum takdiri tezat oluşturmayacaktır.

Bazı Yargıtay kararlarında bu durum isabetli bir şekilde bozma nedeni yapılırken, bazı durumlarda ise aynı gerekçelerle takdiri ceza indiriminin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin önüne gelen bir olayda; kasten insan öldürme suçundan yargılanan sanık lehine ilk derece mahkemesinin uyguladığı takdiri ceza indirimi şu gerekçelerle yerinde görülmemiştir:

“Bu açıklamalar ışığında somut olayda takdiri indirim uygulanmasının “makul” ve “makbul” olup olmadığı değerlendirildiğinde; yukarıda ayrıntıları ile açıklanan suçun işlenme biçimindeki hususiyetler, toplumda meydana getirdiği tepki ve infial, kamu vicdanını rencide edici niteliği nazara alındığında, sanık lehine, hak etmediği halde takdiri indirim uygulanmasına karar verilmesi suretiyle eksik cezaya hükmolunması, yasaya aykırı olup”³⁵⁶

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin önüne gelen bir olayda ise; cinsel istismar suçundan yargılanan sanık lehine ilk derece mahkemesinin -yukarıda atıf yapmış olduğumuz gerekçelerle- takdiri ceza indirimi uygulamaması kanuna aykırı görülmüştür:

“İlk derece mahkemesince hüküm kurulurken sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurularak 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekirken kanun koyucunun aradığı anlamda kanuni ve yeterli gerekçe niteliği taşımayan “suçun işleniş biçimindeki hususiyetler, toplumda meydana getirebileceği tepki ve infial ile kamu vicdanını rencide edici niteliği nazara alındığında sanığın olumlu bir kişiliğe sahip olduğundan söz edilemeyeceği değerlendirilmekle” şeklindeki yetersiz ve kanun metninde yer verilen nedenlere ilişkin olmayan gerekçeyle söz konusu maddenin tatbikine yer olmadığına karar verilmesi karşısında, anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi,”³⁵⁷

Kanaatimizce hukuken yerinde olan karar, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu karardır. Zira suçun işleniş biçimindeki hususiyetler, TCK m. 61'de sayılan

³⁵⁶ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2019/3200, K.2019/4512, 22/10/2019.

³⁵⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2021/19558, K.2022/2443, 17/03/2022.

“suçun işleniş biçimi” ölçütünün kapsamına girmektedir. Bu nedenle takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Ancak şunu da belirtmek isteriz ki; yakın tarihli ve içerik olarak neredeyse aynı iki gerekçenin, bu derecede farklı olacak şekilde değerlendirilmesi ancak hukuki garabet olarak nitelendirilebilir. Eski Yargıtay içtihatlarında da; sırf suçun işleniş biçiminden bahsedilerek takdiri ceza indirimi uygulanmaması hukuka aykırı bulunmuştur:

“Sırf suçun işleniş biçiminin ağırlığından söz edilerek TCK 59 maddesinin uygulanmasından vazgeçilemez. Aksi hal, olaya göre değil, kişiye göre uygulanması gereken 59. maddenin amacına aykırıdır.”³⁵⁸

Ancak bu içtihatla çelişecek biçimde kararların da verildiği görülmektedir:

“[İlk derece mahkemesinin verdiği hükmün gerekçesine göre] sanığın suçunu işleyiş biçimine nazaran takdiren TCK'nın 62. maddesi uygulanmak suretiyle lehine takdiri indirim uygulanmasına takdiren yer olmadığına, [...]

5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu mahkeme hakiminin takdirinde olup, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.”³⁵⁹

MTCK döneminde m. 29'da düzenlenen kast veya taksirin yoğunluğu ölçütünün de takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde gerekçe olarak gösterilemeyeceği ifade edilmektedir:

“Sanık hakkında takdiri indirim ve seçenek yaptırım hükümlerinin değerlendirilmesi sırasında “sanığın kastının yoğunluğu” gerekçesine dayanılması, kanuna aykırı olup”³⁶⁰

Ancak yine aynı gerekçelerle aksi yönde kararlar verildiği de görülmektedir:

“Somut olayda; yerel mahkemenin “sanığın olay sırasındaki davranışları, olayı işleyiş şekli, kastının yoğunluğu göz önüne alınarak hakkında takdiri indirim sebebi uygulanmasına takdiren yer olmadığına” şeklinde gerekçelendirerek sanık hakkında

³⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1990/1-81, K.1990/103, 02/04/1990. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1216.

³⁵⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2022/1757, K.2023/2050, 07/06/2023.

³⁶⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2013/29920, K.2014/21664, 03/11/2014. Aynı yönde Bkz.: “Sanığın olayın başından itibaren suçunu samimi olarak ikrar ederek pişmanlığını belirtmesi, yargılama sırasında da olumsuz bir davranışının tutanaklara yansımaması da göz önüne alındığında “sanığın olay sırasındaki davranışları, olayın işleniş şekli, kastının yoğunluğu” şeklinde yasal olmayan gerekçelerle TCK'n[ı]n 62.maddesinin uygulanmaması”, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2010/2502, K.2010/3895, 26/05/2010. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1216.

TCY'nın 62. maddesini uygulamadığı, uygulamama nedenlerini denetime elverişli olacak şekilde gösterdiği ve bu gerekçenin yeterli olduğu görülmektedir.”³⁶¹

Kaldı ki bu kararda; sanığın olay sırasındaki davranışları ve olayı işleyiş şekli gibi yerinde olmayan gerekçelerin de hatalı biçimde yeterli görüldüğünü ifade etmek gerekir.

3.3.2. Bir Takım Suçlar ve Nitelikli Hallerin Varlığı Hâlinde Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi

Salt suçun işleniş biçimi nedeniyle takdiri indirim uygulanmamasına karar verilemeyeceği gibi, salt suçun özel ağırlığı veya toplumda oluşturduğu infial nedeniyle de takdiri ceza indiriminin uygulanmamasına karar verilemeyecektir. TCK m. 62 hükmü incelendiğinde, ceza sistemi içindeki en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dahi takdiri ceza indirimi uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun iradesi, en ağır suçlarda dahi hâkime böyle bir takdir yetkisi tanıma yönünde şekillenmiştir.

Ancak zaman zaman kamuoyundan gelen tepkilerin meclisteki kanun tekliflerine de yansıdığını ifade etmek gerekir.³⁶² Bu doğrultuda kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı gibi suçlarda takdiri ceza indiriminin uygulanmamasına dair kanun teklifleri sunulmuştur. Fakat unutulmamalıdır ki; uygulamadan kaynaklanan sorunları çözmek adına hukukun temel prensiplerine tekil istisnalar getirmek, yerinde bir uygulama değildir.³⁶³ Gerçekten de bazı suçlar toplumda büyük tepkilere neden olabilir. Suçun oluşturduğu haksızlık içeriği toplum nezdinde dayanılmaz bir hâle gelmiş olabilir. Ancak tek başına ceza hukuku “kılıcının” çıkarılması söz konusu sorunları çözmeyecek, hatta bazı hallerde bu sorunları büyütebilecektir.

³⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/99, K.2011/145, 28/06/2011. Aynı yönde Bkz.: “*Diğer taraftan ilk derece mahkemesince sanığın cezasından TCK 62. maddesi gereğince indirim yapılmış ise de, oluşan taksirin yoğunluğuna ve cezanın fail üzerindeki etkileri dikkate alındığında TCK 62. maddesinde öngörülen takdiri indirim nedenlerinin sanık lehine uygulanamayacağı dikkate alınarak istinaf taleplerinin bu nedenle kabulü*”, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi, E.2017/867, K.2017/984, 04/12/2017.

³⁶² Bu konu hakkındaki ayrıntılı bilgi ve tartışma için Bkz.: 3.3.9. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Kamuoyunda Algılanış Biçimi.

³⁶³ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1496.

Zaten halihazırda tartışma konusu suçların cezaları diğer suçlara görece yüksek miktarlardadır. Kanun koyucu bu suçların temel ceza miktarlarını haksızlık içeriği ve toplumsal tepkileri de göz önünde bulundurarak zaten yüksek olarak belirlemiştir. Hatta zaman içerisinde birçok suçun karşılığında öngörülen ceza miktarları artırılmış, ilgili suçların infaz usulleri dahi hükümlüler bakımından daha ağır sonuç doğuracak şekilde düzenlenmiştir. Kaldı ki bu tartışma olması gereken hukuk bakımından yürütülen bir tartışmadır. Mevcut uygulamada ilgili suçun ağırlığı veya toplumda yarattığı tepki, kanunilik ve belirlilik ilkesi gereğince takdiri indirim nedenlerinin tatbikine etki etmemelidir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi de bir kararında; cinsel saldırı suçunun özel ağırlığı gerekçe gösterilerek takdiri ceza indirimi yapılmamasını hukuka aykırı bulmuştur.³⁶⁴

Fakat bazı Yargıtay kararlarında, işlenen suçun niteliğine atıfla takdiri indirim uygulanmayan bazı kararların hukuka uygun kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir dosyada; ilk derece mahkemesi mutlak gerekçelerle takdiri ceza indirimi uygulamamış, bu nedenle bozma kararı verilmiştir. İlk derece mahkemesi direnme kararında *“eğitici konumunda bulunan sanığın olay tarihinde henüz sekiz yaşında olan bir çocuğa karşı nitelikli cinsel istismarda bulunması karşısında hakkında takdiri indirim maddesinin uygulanmasını gerektirir olumlu bir kişilik özelliği veya davranışının olduğundan söz edilemeyeceğinin açık olduğu,”*³⁶⁵ gerekçesini ileri sürmüş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından bu gerekçe yeterli ve yasal olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilmiş eski tarihli bir kararda da suçun vahametini ve işleniş biçiminin acımasızlığına atıfla takdiri ceza indirimi uygulanmasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir:

³⁶⁴ “5237 sayılı Kanun'un 62nci maddesinde düzenlenen takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararların da gerekçeli olmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda kanun koyucunun aradığı anlamda kanuni ve yeterli gerekçe niteliği taşımayan *“Sanığın işlediği suçun özel ağırlığı* ile bu aşamaya kadar işlediği suç nedeniyle somut sözlü veya eylemli herhangi bir pişmanlığının görülmemesi ve başkaca takdiri indirim nedeninin bulunmaması” şeklindeki yetersiz gerekçeyle anılan maddenin tatbikine yer olmadığına dair karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2023/5037, K.2023/3726, 01/06/2023.

³⁶⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2023/84, K.2023/94, 22/02/2023. Çoğunluk görüşüne katılmayan altı üye ise gerekçenin yasal ve yeterli olmadığını ifade ederek karşı oy kullanmışlardır.

“suç tarihinde altı yaşında olup, ırzına geçme suçuna karşı fiile mukavemet edemeyecek durumda olan, fiilin ahlaki redaetini müdrik bulunmayan küçük maktulenin behimi hislerle ve "yapma amca acıyor" demesine rağmen ırzına geçen ve sonuçta işledikleri suçu gizlemek için masum ve ufacık bir kızı başına taşla vurup parçalayarak acımasızca öldüren ve bu suretle ruhlarındaki vahşeti de gösteren sanıklar hakkında hiçbir neden TCK. nun 59. maddesinin uygulanmasına yol açmayacak iken 59. maddenin tatbiki suretiyle takdirde zaafa düşülmesi,”³⁶⁶

Suçların basit hallerine ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar, suçların nitelikli halleri için de aynı şekilde geçerlidir. Zira birtakım suçlarda kanun koyucu nitelikli hâl bakımından zaten ayırık bazı durumları düzenlemiştir. Suçun nitelikli hali gerekçe gösterilerek takdiri ceza indirimi uygulanmaması durumunda, takdir yetkisinin kanuni sınırları, hukuka aykırı biçimde aşılmış olacaktır.

Kan gütme veya töre saikiyle kasten bir insanı öldüren fail bakımından; saikin ortaya çıkmasına sebebiyet veren nedenden bahisle haksız tahrik indirimine gidilemeyeceği gibi, bu nedenle takdiri indirimin uygulanmasının da mümkün olmadığını ifade etmiştik.³⁶⁷ Zira yasa koyucu bu gibi saikleri ağırlaştırıcı birer nitelikli hâl olarak düzenlemekle; bu geleneklerin toplumdan silinmesini, olumsuz sosyal etkilerinin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır.³⁶⁸ Kan gütme veya töre saiki yalnızca kasten insan öldürme suçu bakımından ağırlaştırıcı nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Fakat; söz gelimi kasten yaralama suçunun bu saiklerle işlenmesi durumunda fail mazur görülmeyecektir. Bu gibi durumların temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağını ifade etmiştik.³⁶⁹ Paralel bir şekilde kan gütme veya töre saikiyle insan öldürme suçu hariç bir suçun işlenmiş olması hâlinde bu saikler, takdiri ceza indirimine gerekçe olarak gösterilemeyecektir. Ancak başkaca bir indirim sebebi varsa takdiri ceza indirimi uygulanabilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda bu hususu vurgulamıştır:

“Sanığın babasının maktul tarafından öldürülmüş olması TCK. 59. maddeye göre takdiri hafifletici sebep olarak kabul edilemez. Ancak sanığın duruşmadaki hali bir

³⁶⁶ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1986/1805, K.1986/2470, 18/06/1986. Kararı aktaran: Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 120; YERDELEN bu şekildeki kararların takdiri indirim nedenleri müessesesinin ruhuna uygun olmadığını ifade etmiştir. Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 308.

³⁶⁷ Bkz.: 3.1.2.2. Genel Olarak “Failin Sosyal İlişkileri”.

³⁶⁸ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 590.

³⁶⁹ Bkz.: 1.4.2.7. Failin Güttüğü Amaç ve Saik.

takdiri hafifletici sebep olarak kabul edilebilir. Hâkim, yasal kurallarla çatışmamak kaydıyla 59. maddeyi uygulamakta tamamen serbesttir.”³⁷⁰

Benzer şekilde kasten öldürme suçunun canavarca hisle işlendiği olayda, bu hususun takdiri ceza indirimi uygulanmamasına gerekçe olarak gösterilmesi yerinde görülmemiştir.

“[...]” “sanığın canavarca his saikiyle eylemi gerçekleştirdiği ve maktulün dosya içinde bulunan fotoğraflarına göre yoğun kasıt içinde olduğu anlaşılmakla, sanıkta ve olayda takdiri indirim nedenleri görülmediğinden” şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle 62. maddenin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,”³⁷¹

Başka bir kararda, tasarlayarak kasten öldürme suçunun işlenmesinde de aynı içtihat benimsenmiştir:

“TCK’nın 62. maddesinin uygulanmamasıyla ilgili olarak yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi yoluna gidilmeden, “sanığın eylemini eşine karşı tasarlayarak gerçekleştirmesi, objektif olarak tahrik teşkil eden söz konusu eylemlerin ise köy yerinde yaşam şekli hali olmuş olması, belirtildiği üzere sanığın eyleminden sonra eşinin cesedini ve evi yakması, sanığın eylemini gerçekleştirmede güttüğü amaç, akabinde eşinin ailesine de maddi yönden işyerlerini dahi yakarak zarar vermesi

³⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1976/1-204, K.1976/208, 26/04/1976. Resmi Kararlar Dergisi, Aralık 1976, C.2, No:12, s.1697. Kararı aktaran: Sulhi Dönmezer, “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, No: 1-4, 1976, s. 12. Ancak burada doktrindeki bir hatalı aktarıma da değinmek gerekir. *GÜNİNDİ* ve *BODUR* eserlerinde, atıf yapmış olduğumuz kararı, aynı kaynaktan tam tersi anlaşılabilecek şekilde aktarmışlardır: “... Sanığın babasının maktul tarafından öldürülmüş olması TCK. 59. maddeye göre takdiri hafifletici **sebepler olarak kabul edilebilir**. Hâkim, yasal kurallarla çatışmamak kaydıyla 59. maddeyi uygulamakta tamamen serbesttir ...”, Günindi, “Türk Ceza Kanunu’nda Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme”, s. 106; Harun Bodur, “Çeşitli Boyutlarıyla Kan Davası ve Namus Cinayetleri”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 70. Oysa kararın aslı, çeşitli kaynaklardan da teyit ettiğimiz üzere çalışmamızın metnine eklediğimiz gibidir.

³⁷¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2017/152, K.2017/3564, 30/10/2017. Suçun nitelikli hâline ilişkin yapmış olduğumuz bu tespit her tür suç yönünden geçerlidir. Resmi belgede sahtecilik suçu bakımından benzer değerlendirmeler için Bkz.: “Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmama gerekçesinin; “Sanıkların eylemlerini gerek noterlik nezdinde gerekse Türk Milleti adına yargılama yapan mahkemelerin güvenini sarsacak şekilde gerçekleştirmiş olmaları sebebi ile **işlenen suçun niteliği ve sonuçları gözetilerek haklarında TCK’nun 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına**” şeklinde gösterildiği, [...]

Diğer taraftan, yerel mahkemece TCK’nun 62. maddesinin uygulanmamasına ilişkin olarak gösterilen, “Sanıkların eylemlerini gerek noterlik nezdinde gerekse Türk milletini adına yargılama yapan mahkemelerin güvenini sarsacak şekilde gerçekleştirmiş olmaları...” **şeklindeki gerekçe, aynı kanunun 204. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunun 3. fıkrasında belirtilen nitelikli halin uygulanma gerekçesi olarak kabul edilmiş olup, aynı gerekçenin 62. maddenin uygulanmama gerekçesi olarak kabulü kanuna aykırıdır. Bu itibarla; yerel mahkeme hükmünün bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetli olduğundan, itirazın reddine karar verilmelidir.”** Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/439, K.2014/27, 04/02/2014. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 836-839.

karşısında” denilerek, sanık hakkında takdiri indirim maddesinin uygulanmaması, yasaya aykırı olup”³⁷²

Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen bu karara katılmakla birlikte; yerel mahkemenin ifade ettiği bazı gerekçelerin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Kararda her ne kadar açıkça belirtilmemişse de; eylemi tasarlayarak gerçekleştirme veya eylemi gerçekleştirmede güdülen amaç ilgili TCK maddelerinde birer ölçüt olarak düzenlendiği için bozma kararı verilmiş gibi görünüyor. Ancak eylemden sonra maktulün cesedinin ve evin yakılması, maktulün ailesinin de işyerlerinin yakılması “failin fiilden sonra gerçekleştirdiği” davranışlar kapsamında, sanığın aleyhine olacak şekilde değerlendirilebilecektir.

3.3.3. Kanunda Bir Suç İçin Birden Fazla Cezanın Öngörüldüğü Haller ve Birden Fazla Suçun İşlendiği Haller

Takdiri indirim nedenleri kural olarak fail ve failin kişiliği ile ilgili olduğundan; failin işlediği suç için kanunda birden fazla ceza öngörülmüşse, (örneğin hem hapis cezası hem de adli para cezası aynı anda öngörülmüşse) her iki ceza bakımından da takdiri indirim nedenlerinin paralel olacak şekilde tatbiki gerekir.³⁷³ Yargıtay’ın istikrarlı içtihatlarında da bu husus vurgulanmaktadır:

“Sanık hakkında TCK’nın 62. maddesi uygulanırken hapis cezasından indirim yapıldığı halde adli para cezasından indirim yapılmadan yazılı şekilde fazla adli para cezası tayini [...] yasaya aykırı”³⁷⁴

Yargıtay 10. Ceza Dairesi önüne gelen bir olayda, adli para cezası 5 günün altına düşecek olsa dahi takdiri ceza indirimi uygulanması gerektiğini dolaylı olarak ifade etmiştir:

³⁷² Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2008/5696, K.2010/7920, 09/12/2010. Kararı aktaran: Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, s. 1007.

³⁷³ İçel v.d., **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, s. 192; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 310; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 566. Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 590.

³⁷⁴ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2019/23195, K.2022/5385, 30/03/2022. Aynı yönde Bkz.: Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2008/12960, K.2008/16612, 17/12/2008. Yargıtay daireleri; kararda bahsettiğimiz hususun dışında bir hukuka aykırılık yoksa, kararı düzelterek onamaktadırlar.

“Kabule göre; sanıklar hakkında TCK’nın 188. maddesinin 3 ve 4. fıkrası ile 192. Maddesinin 3. fıkrası uyarınca 3 yıl 9 ay hapis ve 5 gün adli para cezası belirlendikten sonra, aynı Kanun’un 62. maddesinin uygulanması sırasında hapis cezalarından indirim yapıldığı halde, “yasa gereği daha aşağı olamayacağı” şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile adli para cezalarında indirim yapılmayarak fazla ceza tayin edilmesi,”

İlk derece mahkemesi; ileri sürülen gerekçedeki “yasa gereği daha aşağı olamayacağı” ifadesi ile TCK m. 52/1’e atıf yapmaktadır.³⁷⁵ TCK m. 52/1 uyarınca; bir suçun cezası kanun koyucu tarafından belirlenirken, o suç için öngörülen adli para cezasının alt sınırı belirlenmemişse, bu alt sınırın 5 gün olduğu kabul edilir. Bu doğrultuda 5 güne dair alt sınır düzenlemesinin; temel cezanın belirlenmesine ilişkin bir kaide olduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir kabul doğrultusunda sonuç ceza 5 günün altında belirlenebileceğinden, Yargıtay 10. Ceza Dairesi’nin kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi’nin önüne gelen bir dosyada, hapis cezası ile adli para cezası yönünden farklı indirim oranlarının uygulanmasının çelişkiye yol açtığı ifade edilmiştir:

“Sanık hakkında TCK’nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirim oranı hüküm fıkrasında 1/12 olarak gösterilmiş ise de, adli para cezası yönünden farklı oranda indirim uygulanarak hükümde çelişkiye yol açılması,”³⁷⁶

Birden fazla suçtan yargılanan sanığın cezasında; bir suçun cezası yönünden indirim uygulanıp, diğer suçun cezası yönünden indirim uygulanmaması yerinde değildir.³⁷⁷ Yargıtay kararlarında da böyle bir tatbikin çelişki meydana getirdiği ifade edilmektedir:

“Sanık Ü. Hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından kurulan hükümlerde TCK’nın 62. Maddesi uyarınca takdiri indirim nedenleri uygulandığı halde, kasten yaralamaya teşebbüs

³⁷⁵ TCK m. 50/1- “Adli para cezası, **beş günden az** ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.”

³⁷⁶ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E.2016/2046, K.2016/5304, 27/10/2016. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2296.

³⁷⁷ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 566. Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 590.

suçlarından kurulan hükümde bu madde uygulanmayarak çelişki meydana getirilmesi”³⁷⁸

Ancak kanaatimizce; failin bir suçundan pişman olup diğerinden pişman olmaması gibi atipik hallerde bir ceza indirilirken, diğer ceza indirilmeyebilecektir.³⁷⁹ Örneğin; fail ruhsatsız bir silah ile kasten yaralama suçunu işledikten sonra pişman olup mağduru hastaneye götürüp, sonrasında silahını saklamış olsun. Bu örnekte; kasten yaralama suçunun cezasında indirim yapılırken, 6136 sayılı kanuna muhalefet suçunun cezasında indirim yapılmayabilecektir.³⁸⁰

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, faillerin her biri farklı kişisel durumlara sahip olduğundan, her biri kendi şartları içerisinde değerlendirilerek takdiri indirim nedenleri müessesesi tatbik edilir.³⁸¹

3.3.4. Cezanın Bireyselleştirilmesi Vasıtaları ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi ile İlişkileri

3.3.4.1. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi CMK m. 231’de düzenlenmiştir. İlgili maddede hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için belirli şartların varlığı aranmıştır. CMK m. 231/6-a ve 231/6-b fıkralarına göre:

“Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

[...]

³⁷⁸ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2014/24530, K.2015/2506, 26/01/2015. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 839; “*Tehdit suçu ile ilgili hüküm kurulurken TCK’nın 62. maddesi uygulanmasına karşın, hakaret suçunda anılan Kanun maddesi uygulan[ma]mak suretiyle çelişkiye yol açılması,*” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2013/7833, K.2015/25881, 02/04/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1217; Aynı yönde Bkz.: Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2014/5152, K.2014/6448, 22/12/2014.

³⁷⁹ Mahmutoglu, Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, s. 1500; Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2295.

³⁸⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 310.

³⁸¹ Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, s. 1000. GENÇER suçun niteliğini ve işleniş şeklini ilgilendiren objektif bir durumdan dolayı indirim yapıyor ise indirim nedeninin şeriklere sirayet etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Genç, “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 132.

- b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin bu şartlar, TCK m. 62’de düzenlenen ölçütler ile örtüşme gösterebilir. Kanun metinleri incelendiğinde de lafzen yakın ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

Failin geçmişinin, failin kişilik özellikleri hakkında bilgi verdiği ölçüde göz önünde bulundurulabileceğini, çalışmamızın “3.1.1.Failin Geçmişi” başlığı altında ifade etmiştik. Aynı zamanda failin şahsi durumunun ve sosyal ilişkilerinin de kişiliğini tespit etmek açısından önem taşıdığı açıktır. Benzer şekilde; failin meydana getirmiş olduğu zararı gidermesinin veya yargılama sürecindeki olumlu davranışlarının bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebileceğini, çalışmamızın “3.1.3.Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları” başlığı altında ifade etmiştik. Bahsettiğimiz durumlar; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için aranan şartlarla örtüşebilecek niteliktedir. Bu gibi durumlarda hükmün gerekçesinde çelişkiye düşülmemesi gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; duruşmadaki hâl ve davranışları olumlu kabul edilerek cezasında takdiri indirim yapılan sanık yönünden, “yargılamadan elde edilen kanaatin” olumsuz olduğu gerekçesiyle CMK m. 231’in uygulanmamasını çelişkili gerekçe olarak değerlendirmiştir.³⁸²

³⁸² “Yerel Mahkemece, tüm objektif şartları taşıyan sanığın CMK’nın 231/6-b maddesi uyarınca kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği takdir edilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, [...] “yargılamadan elde edilen kanaat”ın olumsuz olduğuna dair gerekçenin de takdiri indirim uygulanırken gösterilen “duruşmalardaki hâl ve davranışların” olumlu değerlendirilmesine ilişkin gerekçe ile çeliştiği” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/444, K.2019/375, 02/05/2019. Aynı yönde Bkz.: “Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarına göre olumlu bulunan kişilik özelliklerine dayanılarak lehine takdiri indirim uygulanıp, hakkında hükmedilen ceza da bir daha suç işlemeyeceği kanaatiyle ertelenmesine karşın, bu gerekçelere aykırı olarak “kişiliğinin olumsuz olduğu; suçun işleniş özellikleri cezanın ıslah amacı” şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle, CMK’nın 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2012/24520, K.2014/5304, 19/02/2014; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2021/7536, K.2023/7713, 20/06/2023; Yargıtay

CMK m. 231/6-c hükmüne göre; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın **tamamen** giderilmesi gerekmektedir. Ancak kısmen giderme durumunda takdiri ceza indirimi uygulanabileceği ifade edilmiştir.³⁸³

CMK m. 231'e göre hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık 5 yıl denetim süresine tâbi tutulur. Sanığın bu denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi durumunda geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. Ancak bu gibi durumlarda mahkeme ancak hükmü açıklamakla yükümlüdür. Mahkeme geri bırakılan hüküm yönünden ayrıca değişiklik yapamayacaktır. Yargıtay 13. Ceza dairesi, sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlediği olayda; mahkemenin hükmü açıklamakla yetinmek yerine, ilk hükümde uygulanmadığı halde TCK m. 62. hükmünü uygulayarak takdiri ceza indirimi yapmasını bozma nedeni yapmıştır.³⁸⁴ Başka bir kararda ise Yargıtay 4. Ceza Dairesi; geri bırakılan hükümde takdiri ceza indirimi uygulanmış olmasına rağmen, açıklanan hükümde takdiri ceza indirimi uygulanmamış olmasını bozma nedeni yapmıştır.³⁸⁵

4. Ceza Dairesi, E.2021/8994, K.2023/18476, 17/05/2023; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E.2013/11825, K.2014/16840, 14/10/2014.

³⁸³ Enver Kumbasar, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 181.

³⁸⁴“5271 sayılı CMK'nın 231/11. maddesinde düzenlenen [...] hüküm karşısında; sanığın, denetim süresi içinde yeniden kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle mahkemenin hükmü açıklamakla yetinmesi gerekirken, **ilk hükümde uygulanmadığı halde TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına ve hapis cezasının para cezasına çevrilmesine karar verilmesi**,” Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E.2014/37748, K.2015/3483, 03/03/2015. Aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılamasa da aynı durumun vurgulandığı karar için Bkz.: “Mahkemenin 08.02.2011 tarihli kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyetin, suça sürüklenen çocuğun denetim süresi içinde yeniden suç işlemesi nedeniyle yapılan ihbar üzerine dosya ele alındığında **açıklanan hükümde değişiklik yapamayacağı gözetilmeden önceki kararın değiştirilerek daha önce takdiri indirim uygulanmadığı halde yeni kurulan hükümde TCK'nın 62. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.**” Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E.2014/19106, K.2015/168, 12/01/2015. Kararları Aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1218.

³⁸⁵ “Kabule göre de; yerel Mahkemece **açıklanması geri bırakılan hükümde**, sanığın duruşmadaki iyi hali lehine indirim nedeni kabul edilerek TCK'nın 62 maddesi uyarınca **takdiri indirim uygulandığı halde, açıklanan hükümde gerekçesi tartışılıp açıklanmadan sanık hakkında TCK'nın 62. maddesi uyarınca **takdiri indirim uygulanmaması**,**” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2018/4986, K.2018/22241, 20/12/2018. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2305.

3.3.4.2. Hapis Cezasının Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesi TCK m. 51’de düzenlenmiştir. TCK m. 51’e göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen sanığın cezası, TCK m. 51’de sayılan koşulların varlığı hâlinde ertelenebilir. Bu koşullardan bir tanesi de; sanığın “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” koşuludur. Bu şart 1988 yılında yapılan değişiklik öncesi dönemde, 647 sayılı kanunun cezanın ertelenmesine dair 6. maddesinde şu şekilde düzenlenmekteydi: “[...] geçmişteki hali ile ahlaki temayüllerine göre cezanın tecili ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edilirse [...]”. 07/12/1988 tarihli 3506 sayılı kanunun 8. maddesiyle ilgili kısım şu şekilde değiştirilmiştir: “[...] geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse [...]”. Kanunda sayılan bu ölçüt “subjektif şart” veya “liyakat koşulu” olarak da isimlendirilmektedir.³⁸⁶

Söz konusu koşul ile TCK m. 62’de öngörülen “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” ölçütünün ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. TCK m. 62 uyarınca takdiri ceza indirimi uygulayan hâkim, mutlak surette hapis cezasının ertelenmesine karar vermek zorunda mıdır? Bu müesseselerden biri uygulanırken diğerinin uygulanmaması durumunda gerekçede çelişkiye düğüldüğü ifade edilebilir mi?

Bu konuda MTCK döneminde verilmiş olan bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. Karara göre:

“Yasalarımızda mevcut takdiri indirim nedenleriyle erteleme, birbirinden ayrı bağımsız müesseselerdir. Bir ceza davasında takdiri indirim sebebini kabul eden hakimın takdire bırakılan bütün müesseseleri aynı açıdan değerlendirmesi ise düşünülemez. Ancak TCK. 59. maddesinin uygulanması için değerlendirilen hal erteleme için yasada aranan koşulları da kapsayan ortak bir neden teşkil ederse bu takdirde olayın özelliğine göre hakimın ertelededeki yetkisini de sanık lehine

³⁸⁶ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:3, s. 41.

kullanması gerekir. Aksi takdirde, kurduğu hükümle çelişkiye düşeceği ve bu halin güven sarsıcı bulunacağı açıktır.”³⁸⁷

Kanaatimizce bazısı mülga, bazısı yürürlükteki kanuni düzenlemelerde kullanılan; sanığın “geçmişteki hâli, ahlaki temayülü, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık” gibi yakın ifadeler bahsettiğimiz soru işaretlerine yol açmaktadır. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere; hapis cezasının ertelenmesi müessesesi, takdiri indirim nedenleri müessesesi gibi bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Bununla birlikte, söz konusu müesseselerin uygulanma şartları arasında farklar vardır. Hapis cezasının ertelenebilmesi için; failin yargılama sürecinde pişmanlık göstermesinin yanı sıra, bu pişmanlık dolayısıyla gelecekte suç işlemeyeceği hususunda mahkemede ayrıca bir kanaatin oluşması gerekir.³⁸⁸ Ancak TCK m. 62’nin tatbiki açısından ise ayrıca bir kanaatin varlığı kanun hükmünde aranmamıştır. Müesseselerin yapısı gereği de mutlaka bir arada uygulanmaları gerektiği söylenemez. Söz gelimi TCK m. 51’in objektif şartı olan “daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma” şartı gerçekleştirmişse hapis cezasının ertelenmesi gündeme gelmezken, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde takdiri ceza indirimi uygulanabilecektir. Başka bir ihtimalde; ilgili olayda takdiri ceza indirimi failin sabıkasız geçmişi nedeniyle uygulanmışken, sanığın pişmanlık göstermediği kanaatine varan hâkim cezanın ertelenmemesine karar verebilecektir.

Yargı kararlarında da -somut olayın şartları gözetilerek- bu müesseselerden birinin uygulanırken diğerinin uygulanmadığı görülmektedir.³⁸⁹ Ancak belirtmek gerekir ki; bu iki müessesenin aynı doğrultuda tatbik edilmesi zorunlu olmasa da, aynı gerekçeyle farklı yönde karar ihdas edilmesi, takdirde çelişkiye düşülmesi anlamına gelecektir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; yargılamada gösterdiği

³⁸⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E.1976/3, K.1976/3, 07/06/1976.

³⁸⁸ Hakan Kaşka, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi”, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 84.

³⁸⁹ “Sanık hakkında kurulan hükümde, 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca takdiri indirim sebebinin uygulandığı, [...] Kanun’un 51 inci maddesi uyarınca erteleme [...] hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına dair Mahkemenin inanç ve taktirinde ise hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2021/12358, K.2023/19530, 06/06/2023.

pişmanlık gerekçesiyle hakkında hükmolunan hapis cezası ertelenen sanık yönünden, yargılama sürecindeki davranışları gerekçe gösterilerek takdiri ceza indirimi uygulanmamasını “gerekçede çelişkiye düşülmesi” olarak değerlendirmiştir.³⁹⁰ Paralel şekilde; duruşmadaki hâl ve tutumu olumlu değerlendirilerek cezasında takdiri indirimine gidilen sanık yönünden, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde pişmanlık duyduğuna dair samimi hareketinin bulunmaması ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaat oluşmadığı gerekçesiyle hapis cezasının ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi, çelişkili gerekçe olarak değerlendirilmiştir.³⁹¹

Hâkimin takdiri ceza indirimi uygularken gerekçe gösterdiği sebep aynı zamanda TCK m. 51’in uygulanmasına gerekçe olarak gösterilebilir mi? Doktrinde bir görüşe göre; mükerrer değerlendirme yasağı uyarınca, aynı sebebin cezanın belirlenmesinde iki defa göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Bu nedenle; somut cezanın belirlenmesi aşamasında, yargılama sürecindeki pişmanlığı göz önünde bulundurularak cezasında indirimine gidilen sanık yönünden, aynı gerekçeyle hapis cezasının ertelenmesi yerinde olmayacaktır.³⁹² Aksi yöndeki görüşe göre; bu durum mükerrer değerlendirme yasağının kapsamında olmadığından, sanığın yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın hapis cezasının ertelenmesi müessesesi yönünden tekraren göz önünde bulundurulmasında bir sakınca yoktur.³⁹³ Çalışmamızın “1.4.2.1.3.Mükerrer (Çifte) Değerlendirme Yasağı” başlığında da benimsemiş

³⁹⁰ “Tayin olunan hapis cezası, **yargılamada gösterdiği pişmanlık sebebiyle ertelenen**, dosyadaki adli sicil kaydına göre sabıkasız olan ve duruşma tutanaklarına yansımış olumsuz hal ve tavırları bulunmayan sanık hakkında bu defa “yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle” **TCK’nın 62. maddesi uygulanmayarak gerekçede çelişkiye düşülmesi**,” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2014/19106, K.2015/168, 12/01/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1217.

³⁹¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2021/10785, K.2023/19299, 01/06/2023. Aynı yönde Bkz.: “duruşmadaki hâli olumlu değerlendirilip hakkında TCK’nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirim hükmü uygulanan sanıkla ilgili hapis cezasının ertelenmemesine ilişkin olarak “...Sanığın mahkemece müşahade edilen geçmiş hâli ve suç işleme eğilimi nazara alınarak cezasının tecili halinde ileride suç işlemekten çekineceği yolundan mahkememize müspet kanaat gelmediği...” şeklinde gösterilen gerekçenin yasal ve yeterli olmadığı ve takdiri indirim uygulamasına dayanan gerekçe ile de çeliştiği kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2015/1165, K.2018/446, 18/10/2018.

³⁹² Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 481; Sinan Sakin, “Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Benzeri Kurumlarla Karşılaştırılması”, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 82.

³⁹³ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 739; Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 403-404; Kaşka, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi”, s. 84.

olduğumuz görüşe göre; TCK’da düzenlenmiş olan mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına kanunun lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “unsur ve nitelikli haller”in haricinde bir durum dahil değildir. Bu görüşümüz doğrultusunda; bir neden, hem TCK m. 62 hem de TCK m. 51 yönünden göz önünde bulundurulabilecektir.

3.3.4.3. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar

TCK m. 50’ye göre; kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre ilgili maddede sayılan seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık gibi ölçütler TCK m. 62’de sayılan ölçütler ile benzer niteliktedir. Esasında her iki müessese de birer cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır.

Burada aynı ölçütün her iki müessesenin de uygulanmasında dikkate alınıp alınamayacağı bir soru olarak akla gelebilir. Kanaatimizce; söz gelimi failin pişmanlığı nedeniyle hem cezasında takdiri indirimine gidilmesi hem de seçenek yaptırıma çevrilmesinde bir engel yoktur.³⁹⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise; cezanın şahsileştirilmesi esnasında da bir neden ikinci kez göz önünde bulundurulamayacağından, aynı neden hem takdiri ceza indirimine hem de seçenek yaptırıma çevirmeye gerekçe gösterilemez.³⁹⁵ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre mükerrer değerlendirme yasağı bu durumu kapsamamaktadır.³⁹⁶ Yargıtay içtihatlarında da aynı kriterin çelişki oluşturacak şekilde değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; “saniğin kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ve hapis cezasının caydırıcılığı” gerekçe

³⁹⁴ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 164; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 614.

³⁹⁵ Hafizogulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 477; Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 85. *ÇETİN* bu durumu “sebeplerin tüketilmesi” olarak ifade etmiştir.

³⁹⁶ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 77. Çalışmamızın “1.4.2.1.3.Mükerrer (Çifte) Değerlendirme Yasağı” başlığında da benimsemiş olduğumuz görüşe göre; TCK’da düzenlenmiş olan mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına kanunun lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “unsur ve nitelikli haller”in haricinde bir durum dahil değildir. Bu görüşümüz doğrultusunda; bir neden, hem TCK m. 62 hem de TCK m. 51 yönünden göz önünde bulundurulabilecektir.

gösterilerek TCK m. 50'nin uygulanmazken, aynı gerekçelerle TCK m. 62'nin uygulanmasının çelişki oluşturduğunu ifade etmiştir:

“Yerel Mahkemece, olayın gerçekleşmesinde asli kusurlu olan sanık hakkında hükmolunan 4 yıl hapis cezasının; “Sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, hapis cezasının caydırıcılığı dikkate alınarak sanığa verilen cezanın TCK'nın 50/4. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesine yer olmadığına” şeklindeki gerekçeyle adli para cezasına çevrilmemesine karşın, sanığın sosyal ve ekonomik durumuna bir kez daha vurgu yapılmak suretiyle “Sanığın sosyal durumu, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” biçimindeki gerekçeyle bu kez TCK'nın 62. maddesinin uygulanması nedeniyle çelişkiye neden olduğu kabul edilmelidir.”³⁹⁷

3.3.5. Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesi

TCK m. 29'da haksız tahrik müessesesi düzenlenmiştir.³⁹⁸ Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin iradesinde bir azalma ve kusur yeteneğinde bir zayıflama meydana geldiği kabul edilmektedir.³⁹⁹ Kusurluluğu azaltan bir sebep olarak haksız tahrik genel bir hafifletici nedendir.⁴⁰⁰ Bilhassa MTCK döneminde; takdiri indirim nedenlerinin örnekleme yoluyla dahi sayılmamış olması ve haksız tahriki oluşturacak fiilin de sınırsız ihtimalle gerçekleşebilecek olması nedeniyle, haksız tahrik ile takdiri indirim nedenleri

³⁹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/751, K.2022/517, 04/07/2022. Aynı yönde Bkz.: “Sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulandığı halde, bu uygulama ve dosya kapsamı ile çelişki oluşturacak şekilde “...sanığın atılı suç nedeniyle pişmanlık göstermemesi nedeniyle...” şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen adli para cezası veya seçenek tedbir veyahut da 51. maddesinde düzenlenen erteleme hükümlerinin uygulanmaması suretiyle çelişkiye neden olunması,” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2021/8759, K.2023/6421, 17/05/2023; “Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren ve sanık lehine olan 5237 Sayılı TCK'nın 292/1, 62. Maddeleri uygulandığı halde, hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen aynı yasanın 50. Maddesine göre, sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler, kararda incelenip değerlendirilmeden [...] hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2007/5106, K.2007/2079, 15/03/2007. Kararı aktaran: Çetin, **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, s. 94.

³⁹⁸ **TCK m. 29- Haksız Tahrik** “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

³⁹⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 444.

⁴⁰⁰ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 486; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 428.

müessesesi sık sık karıştırılmıştır.⁴⁰¹ Bu karışıklık eski tarihli Yargıtay içtihatlarında da görülmektedir:

*“Mağdurun hayvanının sanığın tarlasına girerek zarar yapması sonucu dövmek suçu işlenmesi halinde TCK. 51. yerine 59. maddesinin uygulanmasında yolsuzluk bulunmadığına ve takdire taalluk ettiğine oy çokluğuyla”*⁴⁰²

Bu doğrultuda haksız tahrik indirimi ile takdiri indirim nedenleri müessesesi arasındaki ilişkiyi incelemek gerekir. Bir durum, aynı anda, hem haksız tahrik indirimine hem de takdiri ceza indirimine gerekçe olarak gösterilebilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir kanuni indirim nedenidir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi ise somut olay adaletini ve cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir bireyselleştirme vasıtasıdır. Düzenleniş amaçları ve uygulanma şartları birbirinden farklı olan bu iki müessesenin tek bir gerekçeyle ortak olarak tatbiki yerinde olmayacaktır. Bir hâlin hem haksız tahrik hem de takdiri indirim nedeni olarak görülemeyeceği görüşü, MTCK m. 59 da bulunan “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak*” ibaresine dayandırılmıştır.⁴⁰³ YTCK m. 62’de MTCK m. 59’dan farklı olarak “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak*” ibaresine yer verilmemiştir. Ancak bu durum; takdiri indirim nedenlerinin kanuni indirim nedenlerinden farklı bir müessese olduğu gerçeğini değiştirmez.⁴⁰⁴

Takdiri indirim nedenleri ile haksız tahrik müessesesi farklı kurumlar olduğundan, aynı cezada hem haksız tahrik indirimi hem de takdiri ceza indirimi yapılabilecektir. Söz gelimi fail, hem sabıkasız bir geçmişe sahip olup hem de mağdurun haksız fiilinin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemle suç işlemiş olabilir. Bu gibi durumlarda her iki müessesenin de göz önünde bulundurulması mümkündür. TCK m. 61/5 hükmüne göre de “*Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen*

⁴⁰¹ Ayık, “Tahrik”, s. 104.

⁴⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1946/191, K.1946/175, 14/10/1946. Kararı aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 229-230.

⁴⁰³ Ayık, “Tahrik”, s. 104. ÖZTÜRK/ERDEM tahriki oluşturan davranışın takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacak olmasını, mükerrer değerlendirme yasağına dayandırmıştır. Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 343.

⁴⁰⁴ Otacı, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, s. 116.

*ceza üzerinden sırasıyla [...] **haksız tahrik**, [...] ilişkin hükümler ile **takdiri indirim nedenleri** uygulanarak sonuç ceza belirlenir.”*

Haksız tahrik şartlarının varlığı hâlinde haksız tahrik indirimi uygulanmasının zorunlu olduğu ifade edilirken, takdiri indirim nedenleri yönünden böyle bir zorunluluğun olmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰⁵ Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce yazarlar burada haksız tahrikin, takdiri indirim nedenlerine kıyasla daha somutlaştırılabilir şartlarına vurgu yapmak istemişlerdir. Fakat takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde; hâkimin takdir yetkisine sahip olması, şartları oluşmasına rağmen takdiri ceza indirimi uygulamama iradesi gösterebileceği anlamına gelmez.

7406 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda olmayacak şekilde düzenlendiğini ifade etmiştik. İlgili dönemde kanun maddesindeki “gibi hususlar”ın kapsamına, haksız tahrikin bazı şartlarının oluşmadığı birtakım durumların da dahil olabileceği ileri sürülmüştür.

Haksız tahrike neden olacak objektif bir fiil olmamasına rağmen, failin böyle bir fiilin var olduğunu sandığı hâllerde -ki buna mefruz tahrik de denmektedir- haksız tahrik indiriminin uygulanıp uygulanmayacağı hususu MTCK döneminde tartışılmaktaydı.⁴⁰⁶ Bir görüşe göre mefruz tahrikte haksız tahrik indirimi uygulanmalıdır.⁴⁰⁷ Diğer bir görüşe göre ise mefruz tahrikte haksız tahrik indirimi uygulanamaz çünkü tahrik edici objektif bir fiil yoktur, ancak bu durum takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir.⁴⁰⁸ Eski tarihli Yargıtay kararlarında ise bu konuda çelişkili şekilde kararlar verildiği görülmektedir. Yargıtay çeşitli kararlarında mefruz tahrik hâlinde; bu durumun takdiri ceza indiriminin konusu olabileceği⁴⁰⁹, haksız

⁴⁰⁵ İbrahim Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 131; Merve Aygül Atakaya, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Platon Yayınları, 2023, s. 146-147; Gülşah Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 246.

⁴⁰⁶ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 364.

⁴⁰⁷ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 393.

⁴⁰⁸ Yaşar Yavuz, “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, C. 17, No: 4, 1991, s. 452. Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. 1, 3. bs., Ankara, Kazancı Yayınları, 1976, s. 205.

⁴⁰⁹ “Sanığın karısı ile öldürülenin zina etmesinin bahis konusu olmadığı halde, böyle bir zahaba kapılmasının ancak 59. maddesi konu olabileceğini,” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1977/1830, K.1977/1076, 24/05/1977. Kararı aktaran: Yavuz, “Haksız Tahrik”, s. 451.

tahrik indirimi uygulanacağı⁴¹⁰, haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağı⁴¹¹ yönünde kararlar vermiştir. Ancak TCK m. 30/3⁴¹² hükmünün kanuna eklenmesiyle bu tartışmanın sona erdiği ifade edilmektedir.⁴¹³ Bizce de, somut olayda failin kaçınılmaz bir hataya düştüğü söylenebilecekse haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır. Açıkladığımız nedenlerle mefruz tahrik hâlinin takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulması yerinde olmayacaktır.

Ancak failin hatası kaçınılabılır bir hata olarak değerlendirilirse bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir.⁴¹⁴ Kanaatimizce bu değerlendirme, TCK m. 61/1-g hükmünde düzenlenen “Failin güttüğü amaç ve saik” kriteri bağlamında yapılacaktır. Nitekim, haksız tahrikin hukuki esasını açıklanırken kullanılan subjektif kusur belirtileri teorisine göre; haksız tahrik altında kalan failin saikinin normal olmayışı ve suçun işlenmesine mağdurun da sebebiyet vermesi göz önünde bulundurulmaktadır.⁴¹⁵ Haksız tahrik müessesesi ve “failin güttüğü amaç ve saik” kriteri arasında doğal bir ilişki vardır. Bu nedenle; kaçınılabılır hata “haksız tahrikin koşullarının gerçekleştiği hususunda hataya düşmek” olarak değerlendirilemezse de temel cezanın belirlenmesinde (alt sınıra yaklaşma yönünden) göz önünde bulundurulabilir. Sonuç olarak, kaçınılabılır hatanın da bir takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulamayacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 29’da haksız tahrik etkisi altında işlenen suçun kime karşı işleneceği açıkça düzenlenmediğinden bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.⁴¹⁶ Bir görüşe göre; haksız tahrikten söz edilebilmesi için tepki suçunun tahrik fiilini

⁴¹⁰ “Maznunun karısı ile maktul arasındaki gayrimeşru münasebete inanarak ve bu kanaatle suçu işlemiş olduğuna nazaran cezanın 51.madde ile indirilmesi lazım gelirken, şayanın dedikodu hududunu geçmediğinden bahisle 59. maddenin tatbiki yolsuzdur.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1953/1373, K.1953/3132, 19/06/1953. Kararı aktaran: Yavuz, **a.g.e.**, s. 451-452.

⁴¹¹ “Olayın sebep ve başlangıcından haberdar olmasa dahi, haksız hareketleriyle olaya sebep olan babasının saldırıya uğradığını zannederek ateş açan sanığın, haksız bir tahrikin etkisiyle suç işlediği kabul edilemez.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1989/1-121, K.1989/186, 15/05/1989. Kararı aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 117.

⁴¹² TCK m. 30/3: “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

⁴¹³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 364.

⁴¹⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 472; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 365.

⁴¹⁵ Timur Demirbaş, **Haksız Tahrik**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 43.

⁴¹⁶ Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 95.

gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi gerekir.⁴¹⁷ Bu görüşe göre; aksi yönde bir kabul, haksız tahrik müessesesinin kötüye kullanımına yol açabilecektir.⁴¹⁸ Diğer bir görüşe göre ise; kanun metninde böyle bir ayırım yapılmadığından, tepki suçu ile tahrik fiili arasında neden-sonuç ilişkisi kurulabildiği sürece haksız tahrik gündeme gelebilecektir.⁴¹⁹ Tepki suçunun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmemesi hâlinde, haksız tahrik bulunmasa da bu durumun bir takdiri indirim nedeni olarak görülebileceği ifade edilmektedir. Örneğin çocuğun attığı taş nedeniyle babasına karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi durumunda haksız tahrikin bulunmadığı, ancak takdiri ceza indirimi uygulanabileceği ileri sürülmüştür.⁴²⁰

Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği haksız fiillerin, tahrik teşkil eden fiil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre; her ne kadar haksız fiili gerçekleştiren kişilerin kusur yeteneği bulunmasa da, bu kişilerin gerçekleştirdikleri fiiller haksız fiil niteliğinde olduğundan, kusur yeteneği olmayan bir çocuğun veya akıl hastasının gerçekleştirdiği haksız fiilin yarattığı etkiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanabilir.⁴²¹ Diğer görüşe göre ise; kusur yeteneği olmayan kişilerin hareketleri, failin ilgili durumu bilip bilmediğine göre değerlendirilir.⁴²² Bu görüşe göre fail, haksız tahriki gerçekleştiren kişinin durumu hakkında bilgi sahibiye veya bilgi sahibi olabilecek durumdaysa haksız fiil hükümleri uygulanmaz. Kanaatimizce; kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği fiiller haksız fiil olarak nitelendirilirler. Fakat failin kusuru bulunmadığından cezalandırılması mümkün değildir. Kusur yeteneği bulunmayan fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilir. Aynı zamanda özel hukuk bakımından da

⁴¹⁷ Yargıtayın da görüşünün bu yönde olduğu ve doktrinde de baskın görüşün bu görüş olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Hakan Gündüz, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 162.

⁴¹⁸ Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 434; Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 97.

⁴¹⁹ Hafizoğulları, Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 388.

⁴²⁰ “Mağdurun çocuklarının failin çocuğunu dövmüş olması üzerine buna karşılık olarak failin de çocukların babasına sövmesi olayında haksız tahrik bulunmayıp, sadece takdiri indirim nedeni bulunduğuy” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1953/25, K.1953/25, 16/03/1953. Kararı aktaran: Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 394-395.

⁴²¹ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 338; Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 71.

⁴²² Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 84. **DEMİRBAŞ** bahsettiğimiz ilk görüşü benimsediğini ifade etmiştir. Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 143.

tazminat ve benzeri sorumluluklar gündeme gelebilir. Bu nedenle kusur yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği haksız fiillerin etkisinde işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen bir olayda; zihinsel engelli dört çocuğunu öldüren sanık baba yönünden; “iki ila dokuz yaşlarında bulunan maktullerin zihinsel özürlü olmaları, evde huzursuzluğa sebebiyet vermeleri, çevreyi rahatsız etmeleri, okulda başarısız olmaları üzüntü kaynağı ise de haksız bir fiil” olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir.⁴²³ Ancak hem ikrarı ile olayın ortaya çıkmasını sağlayan hem de maktullerin durumları ve ev içinde huzursuzluğa neden olmaları yüzünden duyulan üzüntünün etkisiyle suçun işlendiği göz önünde bulundurularak, sanığın içinde bulunduğu ruh hali takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmiştir.

Haksız fiile karşı gösterilen tepkinin, ne zamana kadar gerçekleştirilebileceği hususu kanunda açıkça düzenlenmemiştir.⁴²⁴ Doktrindeki baskın görüşe göre; tepki suçunun hemen gerçekleşmesi aranmaz.⁴²⁵ Aradan zaman geçmesine rağmen fiilin, fail üzerindeki etkisi devam ediyorsa haksız tahrik gündeme gelebilecektir. Askeri Yargıtay’ın tepki suçunun hemen işlenmediği hallerde, bu durumun bir takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceği yönünde kararları mevcuttur.⁴²⁶

Tüzel kişilerin faaliyetlerinin, haksız tahrike yol açan haksız fiil olarak değerlendirilemeyecekleri ifade edilmiştir.⁴²⁷ Bu doğrultuda; bir kamu veya özel hukuk tüzel kişinin haksız faaliyetleri nedeniyle hiddet veya şiddetli eleme kapılarak suç işlenmesi durumunda, haksız tahrik hükümleri uygulanmayacaktır. Örnek olarak;

⁴²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1991/281, K.1991/324, 25/11/1991. Kararı aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 143.

⁴²⁴ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 90.

⁴²⁵ Demirbaş, a.e.; Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 97; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 365-366; Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 633; Özbek v.d., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 433; Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 155.

⁴²⁶ “Tahrik olarak kabulü mümkün olan hareketlerin üzerinden sekiz saatten fazla bir zaman geçmiş olduğuna, bu müddet içinde fail hareketlerini icra etmemiş bulunduğu göre, As.CK.’nın 92.maddesindeki “hemen” teriminden çıkan anlam karşısında, üstünü öldüren sanığın cezasının bu yolla indirilmemesine karşılık, bu halin, takdiri indirim sebebi sayılarak” Askeri Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1963/1489, K.1963/957, 02/07/1963. Kararı aktaran: Duran, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, s. 159-160.

⁴²⁷ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 72.

bir şirketin yasadışı faaliyetleri kapsamında dolandırıcılık suçu işlenmiş olsun. Mağdur A bu suçun yarattığı hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında şirket malı niteliğinde bir araca zarar verirse, mala zarar verme suçu bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Kanaatimizce bu durumda takdiri indirim nedenleri gündeme gelebilecektir. Zira burada da fail nedensizce bu suçu işlemiş değildir. Haksız fiilin bünyesinde yarattığı psikolojik durum suçun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

3.3.6. Takdiri Ceza İndiriminin Oran Yönünden Belirlenmesi

TCK m. 62/1 hükmünde cezalara uygulanacak takdiri ceza indiriminin oranı belirlenmiştir. Buna göre:

“Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadar indirilir.

Ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası gibi sabit cezaların varlığı hâlinde indirimin ne şekilde uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak süreli hapis cezasına hükmedileceği hallerde hâkim, hem takdiri ceza indirimi uygulanıp uygulanmayacağına hem de indirim yapılacak hallerde, uygulanacak olan ceza indiriminin oranına karar verecektir. Kanunun lafzı “altıda birine kadar” olacak şekilde düzenlendiğinden; hâkim 1/6 oranını geçmemek şartıyla 1/7, 1/8 gibi indirim oranlarına hükmedilebilecektir. Hatta öyle ki teorik olarak 1 gün ceza indirimine dahi hükmedilmesi mümkündür. ŞİMŞEK, TCK m. 62/1’in sadece indirimin üst sınırını belirlediğini, indirimin nasıl yapılacağını belirlemediğinden bahisle; 1/6 oranını geçmemek şartıyla miktarsal olarak da (örneğin 6 yıl hapis cezasında 5 aylık bir ceza indirimi) indirim yapılabileceğini ifade etmiştir.⁴²⁸ Teorik olarak bu durum mümkünse de uygulamada birliğin sağlanması ve denetimin layıkıyla gerçekleştirilebilmesi için indirim oranının veya miktarının açıkça gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira uygulamada ceza süresinin hesaplanmasında matematiksel hatalar yapıldığı

⁴²⁸ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 124.

görülmektedir. Takdiri ceza indiriminin oranının belirlenmediği ve sadece miktarın kararda gösterildiği hallerde; üst mahkeme matematiksel olarak cezanın doğru hesaplanıp hesaplanmadığını denetleyemeyecektir. Örnek vermek gerekirse; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen bir dosyada, kısa kararda 1/12 oranında takdiri ceza indirimi yapıldığı, gerekçeli kararda ise 1/6 oranında takdiri ceza indirimi yapıldığı ifade edilerek, cezada 1/12 oranında indirim yapılmıştır.⁴²⁹ Açıkladığımız nedenlerle takdiri ceza indiriminin oransal olarak her kararda gösterilmesi daha yerinde olacaktır.

Yargıtay 21. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda her ne kadar indirim oranı gösterilmemişse de, 1/6 oranında indirim uygulandığı anlaşıldığından bu hususu bozma nedeni saymayarak değinmekle yetinmiştir.⁴³⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise vermiş olduğu bir kararda; temyiz edilen kararın ilgili kısmına “1/6” ibaresinin eklenmesine karar vermek suretiyle, ilgili kararı düzelterek onamıştır.⁴³¹ Yargıtay ceza daireleri, hem kanun maddesinin hem indirim oranının gösterilmediği kararları ise - eğer tek eksiklik bu ise- düzelterek onamaktadır.⁴³²

Hâkimin gerek gördüğü hallerde 1/7, 1/8 gibi oranlarda indirim yapabileceğini belirtmiştik. Ancak bu indirim oranının miktarının hangi ölçütlere göre belirleneceği belirli değildir. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere teorik olarak hâkimin süreli hapis cezasında bir gün indirim yapması dahi mümkündür. Nitekim doktrinde, birden fazla takdiri indirim nedeninin varlığı hâlinde yalnızca tek bir kez indirim yapılabileceği belirtilmektedir.⁴³³

⁴²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/427, K.2020/417, 15/10/2020. Ceza Genel Kurulu tarafından bu husus tartışılarak ilgili hatanın bir “maddi hata” olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak kararın karşı oy yazısında bu hatanın çelişkili gerekçeye yol açacak bir uygulama hatası olduğu görüşü de ileri sürülmüştür.

⁴³⁰ Yargıtay 21. Ceza Dairesi, E.2015/1144, K.2015/2299, 24/06/2015.

⁴³¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2011/7419, K.2011/7543, 06/12/2011.

⁴³² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2019/5221, K.2021/23375, 22/12/2021. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E.2012/9654, K.2013/729, 10/01/2013. Temyiz edilen kararda başkaca bozma nedenleri var ise bahsetmiş olduğumuz eksiklik de bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir. Bkz.: Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2013/4307, K.2013/10448, 04/07/2013.

⁴³³ Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 98. Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verilmiş bir kararın karşı oy yazısında da aynı görüş ileri sürülmüştür. “*Hâkim, birden fazla takdiri indirim nedeninin olduğunu tespit etmiş ise, bu nedenleri bir bütün olarak değerlendirecek ve ancak bir kez takdiri indirim uygulayabilecektir.*” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2017/3523, K.2018/562,

Bu görüş bizce de yerinde olmakla birlikte; birden çok sebebin bir arada bulunduğu olayda 1/6 oranında indirim yapılması, tek bir sebebin mevcut olduğu olayda 1/6'dan daha az oranda indirim yapılması gerektiği sonucunu mu doğuracaktır? Veya söz gelimi farklı sanıkların pişmanlıklarını ölçerek bunu metrik sistemde oranlamak ve karşılaştırmak mümkün müdür? Kaldı ki takdiri indirim nedenleri müessesesi zaten başlı başına soyut özellikler taşımaktadır. Bu nedenle de ceza hukuku sistemleri; sanığın savunmasını dinleyen, birebir tutum ve davranışlarını gözlemleyen hâkime belirli bir takdir yetkisi vermiştir. Eğer hâkimin elinde indirim oranını belirleme konusunda bir ölçüt olmazsa, bu müessesesinin kurumsal olarak adaletli sonuçlar vermesi zorlaşacaktır. Zira ölçünün olmadığı yerde adaletsizlik ortaya çıkar. Uygulamada da benzer gerekçelerle farklı oranlarda indirim uygulandığı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse; Antalya BAM 7. Ceza Dairesi'nin önüne gelen iki farklı dosyada, neredeyse tamamen aynı gerekçelerle, farklı oranlarda indirim uygulanmıştır:

“Sanığın ikrarı ile yargılamanın aydınlatılmasına yardımcı oluşu lehine takdiri indirim sebebi kabul edilerek sanığa verilen cezadan TCK'nın 62.maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak”⁴³⁴

“Sanığın samimi ikrarı yargılamanın aydınlatılmasına yardımcı oluşu lehine takdiri indirim sebebi kabul edilerek sanığa verilen cezadan TCK'nın 62.maddesi uyarınca takdiren 1/9 oranında indirim yapılarak”⁴³⁵

Açıkladığımız nedenlerle, süreli hapis cezalarında takdiri indirim ceza indiriminin 1/6 oranında sabit olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁴³⁶

19/02/2018. “Cezayı azaltıcı takdiri sebeplerin kül halinde mütalaa edilerek 59. maddenin bir defa uygulanması gerekir. Ölen çocuğun direğe çarpması ihtimalinde bahis ile 59. madde uygulandıktan sonra, ayrıca sanığın maişetini hamallık ile temin edip iyi huy sahibi olduğu ileri sürülerek maddenin ikinci defa uygulanması yolsuzdur.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1962/425, K.1962/60, 27/02/1962. Kararı aktaran: Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, s. 569.

⁴³⁴ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi, E.2018/2987, K.2019/268, 06/02/2019.

⁴³⁵ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi, E.2019/366, K.2019/844, 03/04/2019.

⁴³⁶ İtalyan ceza hukukunda takdiri ceza indirimi oranı; 1889 tarihli ceza yasasında müebbet hapis cezası yerine 30 yıl ağır hapis cezası, süreli hapis cezalarında ise -sabit olacak şekilde- 1/6 oranında idi. Yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu'nda takdiri ceza indirimi oranı ise; müebbet hapis cezalarında yirmi yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası, süreli hapis cezalarında ise 1/3 oranında fazla olmayacak şekilde düzenlenmiştir. Ünsal, “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, s. 628; Atacan Köksal, **Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 194.

Mahkeme kararlarında genellikle 1/6 oranında ceza indirimi uygulanmakla birlikte bazı kararlarda farklı indirim oranlarının da uygulandığı görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu; önüne gelmiş çeşitli dosyalarda 1/9⁴³⁷, 1/10⁴³⁸, 1/12⁴³⁹ oranlarında ceza indirimi yapılmasını hukuka aykırı görmemiştir. Öte yandan bazı ceza daireleri önlerine gelen dosyalarda 1/9, 1/10⁴⁴⁰ oranlarında uygulanan ceza indirimlerinin, fazla ceza tayini nedeniyle bozmayı gerektirdiğiniS ifade etmiştir:

*“5237 sayılı TCK'nin 62/1. maddesinin "Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir." şeklinde düzenlenmesi karşısında sanığın cezasından takdiri indirim uygulanması sırasında (1/9) oranında indirim yapılması suretiyle fazla ceza tayini, Bozmayı gerektirmiştir.”*⁴⁴¹

Kanaatimizce her ne kadar kanunun mevcut hâli, hâkime farklı oranlarda ceza indirimi yapma yetkisi vermişse de, bu yetki de gerekçeli olarak kullanılacaktır. Bilhassa standart oran olan 1/6'dan farklı bir oranın uygulanması hâlinde; bu atipik uygulamanın hangi gerekçeyle tercih edildiği ayrıca açıklanmalıdır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi bir kararında, genel uygulamadan ayrılarak takdiri indirim oranı belirlendiğinde, ilgili ve yeterli gerekçenin mevcut olması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁴²

Kanun sistematığının tutarlılığının bozulduğu bazı durumlarda, adaleti temine yönelik olarak takdiri ceza indiriminin uygulanmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.⁴⁴³ Bu duruma örnek olarak MTCK dönemindeki reşit olmayanın kaçırılması suçu örnek gösterilmiştir. MTCK m. 430'a göre:

⁴³⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/470, K.2022/1, 12/01/2022.

⁴³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2020/193, K.2022/215, 30/03/2022.

⁴³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2019/639, K.2021/385, 14/09/2021.

⁴⁴⁰ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/16792, K.2023/1977, 05/04/2023.

⁴⁴¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2021/9516, K.2021/12002, 09/09/2021.

⁴⁴² “geçmişte haklarında herhangi bir suç kaydı bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz davranışları da tespit edilemeyen sanıklar hakkında, “yargılama sürecindeki iyi hal davranışları lehine takdiri indirim sebebi kabul edildiği” halde ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmeden genel uygulamadan da ayrılarak indirimin 1/9 oranında tatbiki suretiyle ölçüsüz ve fazla ceza tayini,”⁴⁴² Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2019/11474, K.2021/4427, 29/06/2021.

⁴⁴³ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 570.

*“Her kim **cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile** şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmıyan bir kimseyi kaçırır veya bir yerde alıktorsa beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Eğer reşit olmıyan kimse, **cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile** şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir.”*

MTCK m. 432’ye göre ise⁴⁴⁴:

“Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa [...] 430 uncu maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar [...] hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Madde hükümleri incelendiğinde; reşit olmayan kişiyi cebir, şiddet, tehdit veya hile ile kaçırıp sonrasında şehvi harekette bulunmaksızın serbest bırakan kişinin altı aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak MTCK m. 432’de 430’uncu maddenin fıkraları arasında bir ayırım yapılmadığından, reşit olmayan kişinin **rızasıyla** kaçırılması ve sonrasında serbest bırakılması hâlinde de aynı ceza uygulanacaktır. İşte bu adaletsizliğin önlenmesi adına, rızasıyla kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde mutlaka takdiri ceza indirimi yapılması gerektiği yargı kararlarında da ifade edilmiştir:

“TCK’n[ı]n 430. maddesinin 1 ve 2. fıkraları, ceza müeyyidesi bakımından farklıdır. Ancak 432. Maddede gösterilen şartların tahakkuku halinde iki fıkradaki cezalar eşit duruma gelmektedir. TCK’n[ı]n 430/2 maddesinde yazılı fiili işleyen şahsın, mağduru iade ve serbest bırakması sebebiyle, 432. Madde uygulandığında göreceği ceza aynı kalmakta, bu ise sanık aleyhine adil olmayan uygulamayı husule getirmektedir. Bu nedenle, hak ve nefaset kurallarına dayanılarak 59. maddenin uygulanması yerinde olur.”⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Kanun koyucu da bu tutarsızlığın farkında olacak ki; bu madde 2004 yılında 5219 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

⁴⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1985/1-177, K.1985/474, 23/09/1985. Kararı aktaran: Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, s. 570.

Yargıtay uygulamasına göre sonuç cezanın 30 yılı aştığı hallerde takdiri ceza indirimi, TCK m. 61/7 uyarınca sonuç ceza 30 yıla çekilmeden önce uygulanacaktır.⁴⁴⁶ Bu konuda verilmiş Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarından birini çalışmamız kapsamında incelemekte fayda görüyoruz.⁴⁴⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen olayda; kendi kızına karşı, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle, zincirleme biçimde cinsel istismar suçunu işleyen sanık hakkında aşağıdaki sırayla sonuç ceza belirlenmiştir:

1-Sanık cinsel istismar suçunu vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlediğinden TCK m. 103/2⁴⁴⁸ uyarınca 16 yıl,

2- Sanık cinsel istismar suçunu kızına karşı işlediği için TCK m. 103/3-c⁴⁴⁹ uyarınca ceza yarı oranında artırılarak 24 yıl,

3-Mağdur on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk olduğundan ve suç cebirle işlendiğinden TCK m. 103/4⁴⁵⁰ uyarınca ceza yarı oranında artırılarak 36 yıl,

4-Suç zincirleme biçimde işlendiğinden TCK m. 43⁴⁵¹ uyarınca ceza ¼ oranında artırılarak 45 yıl,

⁴⁴⁶ Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2297.

⁴⁴⁷ Aynı yönde kararlar için Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2018/521, K.2019/635, 05/11/2019. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E.2022/5360, K.2022/8335, 23/06/2022.

⁴⁴⁸ **TCK m. 103/2:** “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.”

⁴⁴⁹ **TCK m. 103/3-c:** “Suçun; [...] c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, [...] işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁴⁵⁰ **TCK m. 103/4:** “Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁴⁵¹ **TCK m. 43:** “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükm edilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.”

5-TCK m. 62 uyarınca 1/6 oranında takdiri ceza indirimi uygulanarak 37 yıl 6 ay,

6-TCK m. 61/7⁴⁵² uyarınca ise sonuç ceza 30 yıldan fazla olamayacağından; 37 yıl 6 aylık ceza 30 yıla düşürülerek, failin 30 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Mahkeme tarafından somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlığın “*sanık hakkında hüküm kurulurken TCK’nın 62. maddesinin anılan Kanunun 61. maddesinin 7.fikrasından sonra uygulanmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkin*”⁴⁵³ olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; müebbet hapis cezası belirlense ve takdiri ceza indirimi uygulansa dahi 25 yıl ceza verilebilecekken, daha hafif bir ceza olan süreli hapis cezasında, sonuç ceza olarak 30 yıl cezaya hükmetmenin adaletsiz bir durum olduğu, diğer yandan failin cezasında hiç takdiri ceza indirimi uygulanmasa dahi zaten cezanın 30 yıla ineceği, bu durumun da adaletsizlik yarattığı gerekçesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur. Ceza Genel Kurulu ise kanunilik ilkesini gerekçe göstererek itirazın reddine karar vermiştir.⁴⁵⁴

Çoğunluğa katılmayan Genel Kurul Üyesi karşı oy yazısında itiraz nedenlerini yerinde görerek; böyle bir uygulama ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin işlevsiz hale geleceğini, keza 5237 sayılı TCK’ya sonradan eklenen TCK m. 61/7 hükmünün amacının da koşullu salıverilmeye dair bir adaletsizliği giderme amacı olduğu, böyle bir uygulamayla adaletsizliğin devam edecek olduğunu, her ne kadar kanunilik ilkesi öyle gerektirse de ceza 30 yıla düşürüldükten sonra takdiri ceza

⁴⁵² **TCK m. 61/7:** “Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.”

⁴⁵³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/357, K.2019/109, 19/02/2019.

⁴⁵⁴ “TCK’nın 61. maddesinin 5. fıkrasında, anılan maddenin diğer fıkralarına göre belirlenecek 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 uygulandıktan sonra sonuç cezanın belirleneceğinin hüküm altına alınması, anılan maddenin 7. fıkrasında sonuç cezanın 30 yıldan fazla olamayacağının belirtilmesi ve söz konusu maddenin 10. fıkrasında da kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların ne artırılabilirliğinin, ne eksiltilebileceğinin ne de değiştirilebileceğinin düzenlenmesi karşısında; sanık hakkında hüküm kurulurken TCK’nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin anılan Kanunun 61. maddesinin 7. fıkrasından sonra uygulanma imkânının bulunmadığı kabul edilmelidir. Aksi halin kabulü TCK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/357, K.2019/109, 19/02/2019.

indiriminin uygulanmasının gerektiğini, kanundaki açık hukuka aykırılığın, kanun koyucu değişiklik yapana kadar yorum yoluyla giderilmesi gerektiğini, böyle bir yorumun kanun koyucunun amacına, hukuk mantığına, hak ve adalete daha uygun düşeceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce karşı oy yazısında ve itiraz başvurusunda ileri sürülen görüşü tercih etmek yerinde olacaktır. Bu görüşü tercih etmemizin gerekçelerini açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, burada kanuni düzenlemeden kaynaklanan bir tartışma söz konusudur. Bu nedenle, tartışılan sorunu çözmesi gereken mercii yasa koyucudur. Kanun koyucu tarafından yapılacak bir değişiklikte; takdiri ceza indirimi uygulanmadan önce miktarı 30 yılı geçen cezalarda, takdiri ceza indiriminin, cezanın 30 yıla çekilmesinden sonra yapılması şeklinde bir istisna öngörülerek bu sorun çözülebilecektir.

TCK m. 61/5⁴⁵⁵ hükmü incelendiğinde takdiri indirim nedenleri müessesesinin, sonuç cezanın belirlenmesinin son aşaması olduğu görülmektedir. TCK m. 61/7⁴⁵⁶ hükmünde de sonuç cezadan bahsedildiğine göre takdiri indirim nedenlerinin sonuç cezadan sonra uygulanması, gerçekten de kanunilik ilkesine ve kanunun lafzına aykırı bir durum olacaktır. Diğer yandan böyle bir uygulama adaletsiz sonuçlara yol açacaktır.

Karşı oy yazısında ve itiraz başvurusunda ileri sürülen görüşler de ifade edildiği üzere; böyle bir uygulamanın benimsenmesi hâlinde takdiri indirim nedenleri müessesesi işlevsiz hale gelecektir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz karar üzerinden örnek vermek gerekirse; birebir aynı suçu işleyen başka bir sanığın indirim almadığı olayda da sonuç ceza nihayetinde aynı olacaktır. Bu durum da hem eşitlik ilkesi hem de orantılılık ilkesi açısından tartışmalara yol açacaktır. Takdiri ceza indirimi hariç olmak üzere birebir aynı durumda iki sanığın aynı miktarda cezayla

⁴⁵⁵ **TCK m. 61/5:** “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.**”

⁴⁵⁶ **TCK m. 61/7:** “Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.”

cezalandırılmasının ölçülü olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Burada tabiri caizse; orantılılık ilkesi (bir yönüyle de eşitlik ilkesi) ve kanunilik ilkesini, bir tartının iki kefesine koyarak sonuca ulaşmak gerekmektedir. Burada kanunilik ilkesinin -kural olarak ve tarihsel gelişimi de göz önünde bulundurulduğunda- aleyhe uygulamayı önleyici işlevini de göz önünde bulundurarak orantılılık ilkesine öncelik tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer yandan müebbet hapis cezasını gerektiren bir suç işleyip cezasında indirimine gidilen sanık 25 yıl hapis cezası, daha hafif bir ceza olan süreli hapis cezasını 36 yıldan (1/6 oranındaki standart uygulama göz önünde bulundurulduğunda) fazla olacak şekilde suç işleyen sanığın 30 yıl hapis cezası alması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Bu süreler koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken asgari sürenin tespit edilmesinde de belirleyici olacaktır. TCK m. 61/7 hükmü 5377 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında TCK'ya eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinde de bu husus vurgulanmaktadır:

“Madde 7.- Kanunun 49 uncu maddesine göre, aksine hüküm bulunmayan hallerde, süreli hapis cezasının alt sınırı bir ay, üst sınırı ise yirmi yıldır. Bu alt ve üst sınır, ilgili suç tanımındaki temel ceza açısından belirlenmiştir. Bu itibarla, 49 uncu madde hükmü, sonuç ceza bakımından bir sınır oluşturmamaktadır. Başka bir deyişle, somut olayla ilgili olarak belirlenen sonuç ceza yirmi yıldan fazla olabilecektir. Ancak, bu durumda belirlenen sonuç cezaya yine de bir sınırlama gereği bulunmaktadır. Böyle bir sınırlama, müebbet hapis cezasında koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken asgari süre bakımından önem taşımaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle, 61 inci maddeye eklenen yedinci fıkra ile, hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı belirlenen sonuç cezanın otuz yıldan fazla olamayacağı kabul edilmiştir.”⁴⁵⁷

İnfaz Kanunu m. 107 uyarınca; müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş kişiler bakımından şartlı tahliyeden yararlanabilmek için infaz kurumunda geçirilmesi

⁴⁵⁷ Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:3, Esas No:2/452, Karar No:79, 03.05.2005. (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.html>, 30 Nisan 2024.

gereken süre yirmi dört yıldır. Kanun koyucu süreli hapis cezalarında sonuç cezaya üst sınır getirerek, bu tip hapis cezalarında şartlı tahliyenin süre şartının, müebbet hapis cezasında öngörülen yirmi dört yılı geçmeyecek şekilde dizayn edilmesini amaçlamıştır. Söz gelimi atıf yapmış olduğumuz kararda sanığın şartlı tahliye olabilmesi için infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmesi gereken süre CGTİHK m. 108/9 uyarınca (3/4 oranı gözetilerek) 22 yıl 6 aydır. Karşı oy yazısında bu durum şu cümlelerle vurgulanmıştır:

“Kanun koyucu daha hafif olan süreli hapis cezalarının infaz ve koşullu salıverilme şartlarının müebbet hapisten daha lehe olmasını istemektedir. Kanun koyucunun isteği nazara alındığında süreli hapisten sonuç cezanın, müebbetten daha fazla çektirilmeyecek şekilde belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bunun yolu da, uzun süreli hapislerde sonuç cezanın belirlenmesinde öncelikle TCK'nin 61/7 fıkrası gereğince cezanın 30 yıla çekilmesi bilahare varsa TCK 62/1 maddesindeki takdiri indirim uygulanması sureti ile kanunun sanık lehine yorumlanması yolu ile adaletsizlik ve mantıksızlığın giderilmesi zorunlu bulunmaktadır.”⁴⁵⁸

Kanun koyucu, şartlı tahliye müessesesi yönünden süreli hapis cezasının müebbet hapis cezasına göre daha az çektirilmesini amaçlamıştır. Takdiri indirim nedenleri müessesesi yönünden de benzer mantıkla bir çıkarım yapılabilir. Bu doğrultuda; müebbet hapis cezasına yapılan indirimle ceza 25 yıl oluyor iken, belli bir miktarı aşan süreli hapis cezasına yapılan indirim ile cezanın 30 yıl olması kanun koyucunun amacı bakımından ve sistemin iç tutarlılığı açısından çelişki oluşturacaktır.

1.3.7. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sırasında Karşılaşılan Fiziki Sorunlar

İsabetli bir bireyselleştirme için öncelikle suçlunun iyi tanınması ve bu tanıma sonucunda hareket edecek hâkime önemli yetkilerin verilmesi gerekir.⁴⁵⁹ Suçlunun iyi tanınması için hâkimin elindeki en elverişli imkân duruşma evresidir. Hâkim, duruşma evresinde sanığı gözlemleyerek ve sanık hakkında bilgi toplayarak cezayı sanık yönünden bireyselleştirecektir. Bu nedenle; sanığın duruşmada hazır bulunması,

⁴⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/357, K.2019/109, 19/02/2019.

⁴⁵⁹ Soyaslan, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, s. 41. 7406 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle takdiri indirim nedenlerinin kapsamı daraltılarak hâkimin yetkileri sınırlandırıldığından; bu değişikliğin isabetli bir bireyselleştirme açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

cezanın bireyselleştirilmesi ve TCK m. 62'nin tatbiki açısından oldukça önemlidir.⁴⁶⁰ Öyle ki CMK m. 196/2'de alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından istinabe yoluyla sanığın sorgusunun yapılması yasaklanmıştır. Böylece kanun koyucu, cezanın layıkıyla bireyselleştirilmesini amaçlamıştır.⁴⁶¹

Yargıtay 18. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda; sorgusu ve savunması istinabe yoluyla alınan ve hükmü veren mahkemece görülmeyen sanık hakkında “yargılama sürecindeki davranışları dikkate alınarak” takdiri indirim uygulanmamasını hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁶² Kanaatimizce de sorgusu istinabe yoluyla yapılan ve hükmü veren mahkemece yüz yüze görülmeyen sanığın yargılama sürecindeki davranışları, -aksi bir gösterge yoksa- sanığın aleyhine olacak şekilde değerlendirilmemelidir. Ancak istinabe yoluyla yapılan sorgusu sırasındaki olumsuz davranışları (duruşma düzenini bozması gibi) duruşma tutanağından anlaşılan sanık yönünden, “yargılama sürecindeki pişmanlığı gösteren davranışlar” ölçütü aleyhe olacak şekilde değerlendirilebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda; sanığın hükmü veren mahkemece bizzat dinlenmemesinin, sanık aleyhine olacak şekilde değerlendirilmesinin yerinde olmadığını ifade etmiştir.⁴⁶³

Duruşma tutanağının gerçeğe uygun bir şekilde tutulması, cezanın bireyselleştirilmesi açısından oldukça önemlidir. Zira; hâkimin veya mahkeme heyetinin değişmesi hâlinde kanaatin oluşması veya duruşmada yapılan işlemlerin

⁴⁶⁰ Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınları, 2008, s. 227.

⁴⁶¹ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 226.

⁴⁶² “Sanığın sorgu ve savunmasının ... Asliye Ceza Mahkemesi'nde alındığının anlaşılması karşısında, mahkemece görülmeyen sanık hakkında “suç sonrası ve yargılama sürecindeki davranışları dikkate alınarak” şeklindeki kanuni olmayan gerekçeyle sanık hakkında TCK'nın 62, 50/1 ve 51. madde hükümlerinin uygulanmaması,” Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E.2015/18904, K.2015/2023, 01/06/2015. Kararı aktaran: Otacı, Öztekin, Özaydın, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, s. 1219.

⁴⁶³ “Yerel mahkemece “sanıklar hakimliğimizce bizzat dinlenilmediklerinden haklarında TCY'nın 59. Maddesinin uygulanmasını gerektirir bir neden bulunmadığı” gerekçesi ile sanıklar hakkında TCY'nın 59. Maddesinin uygulanmamasına karar verildiği anlaşılmaktadır. [...] Sanık Ergin A... dışındaki sanıkların savunmaları aynı mahkemece alındığı halde, hükmün bir başka hakim tarafından verilmesi olgusu sanıklar aleyhine yorumlanmak suretiyle dosya içeriği ile de bağdaşmayan gerekçeye dayanılarak TCY'sinin 59'uncu maddesinin uygulanmaması yasaya aykırı olup Yerel Mahkeme hükmünün bu nedenden dolayı bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2004/8-65, K.2004/117, 11/05/2004. Kararı aktaran: Gökcan, Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, s. 2289.

kanun yolunda denetlenebilmesi ancak titizlikle düzenlenen eksiksiz bir tutanağın varlığı hâlinde mümkündür.⁴⁶⁴ CMK m. 222'ye göre de duruşmanın içeriği ancak tutanakla ispat olunabilir.

“Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir.”

Uygulamada duruşma tutanağı; hâkimin veya mahkeme başkanının zabıt kâtibine yazdırması suretiyle tutulmaktadır. Ancak yargılama makamının; sözlü ifadeleri duruşma tutanağına yeterince yansıtamaması, özellikle savunma makamı yönünden endişe uyandırabilmektedir.⁴⁶⁵ Bu sorun duruşmaların ses veya görüntü kaydına alınması yoluyla çözülebilecektir. Böylece yargılama süreçleri, duruşma tutanağının içeriğinden ziyade duruşmaya odaklanabileceklerdir.⁴⁶⁶

Uzun süren yargılamalarda hâkim veya mahkeme heyetinin değişmesi, yargı sistemimizde sıkça karşılaşılan bir olaydır. Bu gibi durumlarda; sanığı daha önce hiç görmeyen hâkimin/mahkeme heyetinin vicdani kanaatini nasıl oluşturacağı ve cezayı neye dayanarak bireyselleştireceği bir soru işaretidir. Şüphesiz doğrudanlık, sözlülük ve yüz yüzelik ilkelerinin hâkim olduğu ceza hukuku yargılamasında, vicdani kanaate özet niteliğindeki matbu duruşma tutanaklarından ulaşmak pek zordur. Kaldı ki bu tutanaklar transkript şeklinde değil, başka bir hâkimin perspektifiyle oluşturulmuş tutanaklardır. Özellikle uzun süreli duruşmalarda hataların/eksiklerin olması, hâkimin veya kâtibin kişiliğinin/dünya görüşünün duruşma tutanağına sirayet etmesi rastlanmadık şeyler değildir. Duruşmaların kayıt altına alınması, bu gibi sorunları da ortadan kaldıracaktır. Dosyayı devralan hâkim/mahkeme heyeti gerekli gördüğü yerlerde ilgili kayıtlardan faydalanarak hüküm kurabileceklerdir.

İstinabe yoluyla sanığın sorgusunun alınmasına benzer bir durum SEGBİS kullanılarak yapılan yargılamalar için de geçerlidir. SEGBİS kullanılarak yapılan

⁴⁶⁴ Saim Köroğlu, **Ceza Yargılamasında Duruşma Süreci**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 230.

⁴⁶⁵ Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 545.

⁴⁶⁶ Serhat Deniz Çelikkaya, **Türk Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 23-24.

yargılamalarda, fiziken salonda bulunmayan sanığın yargılama sürecindeki davranışlarının ne şekilde değerlendirileceği hususu bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶⁷ SEGBİS ile uzaktan sorgusu alınan ve duruşmalara katılan sanık hakkında kısmen de olsa bir fikir elde edilebilir. Fakat bu izlenim, sanığı canlı biçimde görüp dinleyerek elde edilen izlenime kıyasla daha zayıf olacaktır. “3.1.2.2. Genel Olarak “Failin Sosyal İlişkileri”” başlığında uygulamada kullanılmasını tavsiye ettiğimiz “Sosyal İnceleme/Araştırma Raporu” müessesesi, özellikle bu gibi durumlarda “suçlunun iyi tanınması” ihtiyacını karşılayacaktır.

Doktrinde; sanığın kişiliğinin belirlenmesinde şüpheye düşülmüşse, bu durumun sanık lehine yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶⁸ Bu duruma örnek olarak; yaptığı kaza sonrası mağdura yardım edip etmediği konusunda tanıklar tarafından farklı ifadelerin verildiği ve sanığın nasıl hareket ettiği konusunda şüphenin ortadan kaldırılamadığı bir somut olay gösterilmiştir.⁴⁶⁹ Benzer bir mantıkla; sorgusu istinabe yoluyla yapılan veya yargılamaya SEGBİS ile katılan sanığın yargılama sürecindeki davranışları hakkında olumsuz bir belirti yoksa, bu gerekçeyle aleyhe uygulama yapılması yerinde olmayacaktır.

TCK m. 62’nin tatbikinin; fail ile yargılama süjelerinin, klasik yargılama usulüne göre daha az karşı karşıya geldiği seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulü bakımından da incelenmesi gerekir.

Seri muhakeme usulü, CMK m. 250’de düzenlenen bir özel yargılama usulüdür. CMK m. 250/4 ve CMK m. 250/9 hükümlerine göre:

*“(4) Cumhuriyet savcısı, **Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında** belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği **temel cezadan** ve koşulları*

⁴⁶⁷ Gizem Dursun, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 143-144, 2016, s. 151.

⁴⁶⁸ Yerdelen, **Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi**, s. 265-266; Feyzioğlu, Taner, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, s. 312-314.

⁴⁶⁹ Yerdelen, **Hükümün Gerekçesi**, s. 266.

*bulunduğu takdirde **zincirleme suça** ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.*

[...]

*(9) Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa **talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere dört ila yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda hüküm kurar [...]**⁴⁷⁰*

Seri muhakeme usulünde; Cumhuriyet savcısı, TCK m. 61/1 de düzenlenen ölçütleri göz önünde bulundurarak temel cezayı belirler. Sonrasında koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan yarı oranında indirim yaparak yaptırımı belirler. Ancak belirtmek gerekir ki hükmü kuran hâlâ mahkemedir. Mahkeme talep yazısında belirtilenden daha ağır olmamak üzere -diğer şartlar da sağlanıyor ise- sonuç cezayı belirleyerek hüküm kurabilir. İlgili maddede sadece TCK m. 61/1 ve zincirleme suç düzenlemesine atıf yapıldığından TCK m. 62'nin tatbik alanı bulamayacağı ifade edilmiştir.⁴⁷¹ 7188 sayılı kanunun 23. maddesinin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Seri muhakeme usulünde uygulanacak yaptırım Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenecektir. Cumhuriyet savcısı, **Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin diğer fıkralarını dikkate almaksızın- sadece birinci fıkrasına göre** suçun kanuni tanımında öngörülen alt ve üst sınırlar arasında bir yaptırım belirleyebilecektir. Belirlediği bu yaptırımdan yarı oranında indirim yaparak sonuç cezayı belirleyecektir. Bunun dışında faile bir ceza önerisinde bulunulması mümkün olmayıp, bu yaptırımlar üzerinden başkaca bir indirim veya artırım yapılması da söz konusu olmayacaktır.”⁴⁷²*

⁴⁷⁰ CMK m. 250'nin ilk hâlinde 4. fıkra bulunan zincirleme suça ilişkin düzenleme bulunmamaktaydı. Aynı şekilde 9. fıkra da, mahkemenin “talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda” karar vereceği ifade edilmekteydi. 7331 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 22. maddesiyle bu hüküm değiştirilmiştir.

⁴⁷¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 498; Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)”, **Ankara Batı Adliyesi Dergisi**, C. 2, No: 3, 2020, s. 20. **ŞAHİN/GÖKTÜRK'e göre ise: “TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrası göz önünde bulundurulurken temel cezanın belirleneceğine dair düzenleme, 61. maddenin diğer fıkralarının uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak 8.7.2021 tarihli 7331 sayılı Kanunla (m. 22) 61. maddenin beşinci fıkrasında yer alan kurumlardan sadece zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiştir.”** Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 583-584.

⁴⁷² Ancak belirtmek gerekir ki yaptırımın tek başına Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmesine ilişkin bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin ilgili iptal kararı sonrasında yapılan kanuni düzenlemeyle terk edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, E.2020/35, K.2021/26, 31/03/2021.

Cezanın belirlenmesinde etkili diğer faktörlerin bu şekilde göz önünde bulundurulmaması sonucunda, failin seri muhakeme usulünü seçmeyeceği gerekçesiyle TCK m. 61 ve 62'nin tamamının dikkate alınması (Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından) gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷³

Seri muhakeme usulünden farklı olarak, basit yargılama usulünde TCK m. 61 hükmü bütünüyle dikkate alınacaktır. Bu durum CMK 251/3'te de ifade edilmiştir.

*“Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, **Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle**, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir.”*

Basit yargılama usulünde duruşma yapılmadığından sanığın mahkemece dinlenmesi ve gözlemlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren/göstermeyen davranışlarının nasıl tespit edileceği bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre; basit yargılama usulü ile görülen yargılamalarda mahkûmiyet kararına hükmedilmişse, cezanın belirlenmesinde TCK m. 62'nin göz önünde bulundurulması mümkün değildir.⁴⁷⁴ Zira bu usulde; duruşma açılmamakta, sanık doğrudan gözlemlenememektedir. Aksi yöndeki görüşe göre ise bu gibi hallerde TCK m. 62'nin tatbiki mümkündür. Bu görüşü benimseyen yazarlar iki farklı gerekçeye dayanmışlardır. Bir gerekçeye göre; her ne kadar CMK m. 251 doğrudan TCK m. 62'ye doğrudan atıf yapmasa da, basit yargılama usulünün sanık açısından avantajlı olabilmesi ve çeşitli güvencelerden vazgeçmeyi meşrulaştırabilmesi için

⁴⁷³ Ercan Yaşar, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”, **Adalet Dergisi**, No: 65, 2020, s. 274.

⁴⁷⁴ Hakan Karakehya, Asuman İnce Tunçer, **Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 151; Özlem Alkan, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 154-155; Ersan Şen, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, 2019, (Çevrimiçi), <https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-seri-ve-basit-yargilama-usulleri>, 10.07.2024.

TCK m. 62'nin uygulanabilir olması gerekir.⁴⁷⁵ Diğer bir gerekçeye göre CMK m. 251/3 hükmünün atıf yaptığı TCK m. 61/5'de takdiri indirim nedenleri de zikredilmektedir, bu nedenle de TCK m. 62 uygulanabilecektir.⁴⁷⁶

Bizce de; basit yargılama usulü ile görülen yargılamalarda TCK m. 62'nin tatbiki mümkündür. Zira TCK 61/5 hükmüne göre takdiri indirim nedenleri sonuç cezanın belirlenmesinin son aşamasıdır. Ancak ilk görüşün gerekçesi olan mahkemece sanığın görülmemesi hususu da ayrıca değerlendirilmelidir. Gerçekten de yargılama sürecindeki davranışları gözlemlenemeyen sanık yönünden, cezanın bireyselleştirilmesinde bu ölçüte dayanmak abesle iştigal olacaktır. O nedenle basit yargılama usulü ile görülen yargılamalarda TCK m. 62'nin tatbiki bu usule uygun düştüğü ölçüde gerçekleştirilmelidir. Yani mahkeme kural olarak; faili duruşma açılmadığı için gözlemleyemese de, failin geçmişini, sosyal ilişkilerini, fiilden sonraki davranışlarını veya cezanın olası geleceği üzerindeki etkilerini dosyaya yansıdığı ölçüde göz önünde bulundurabilir.⁴⁷⁷

1.3.8. Takdiri İndirim Nedenlerinin Tatbikinde Maddi Hatalar⁴⁷⁸

Mahkemelerce hüküm kurma sırasında -bazen yoğunluktan bazen de dikkatsizlikten kaynaklanan- çeşitli maddi hataların yapıldığı vakidir. Bu durumların TCK m. 62 bağlamında karşımıza çıkan belli başlı örnekleri çalışmamızın bu başlığı altında incelenecektir.

Hüküm kurulurken yapılan maddi hatalardan bir tanesi ceza miktarının yanlış hesaplanmasıdır. Peki cezanın belirlenmesi sırasında yapılan maddi hata, aleyhe

⁴⁷⁵ Ercan Yaşar, **Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 369.

⁴⁷⁶ İsmail Şahin, **Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 245; Hakan Kaşka, “(Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 153, 2021, s. 147-148.

⁴⁷⁷ Tutku Turan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2024, s. 69-70.

⁴⁷⁸ Çalışmamızın bu başlığının ismi *BACAKSIZ/BAYZİT*'in ekteki eserinden alınmıştır. Bacaksız, Bayzit, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, s. 466.

değiştirme yasağının kapsamına dahil midir? Örneğin hâkim cezanın belirlenmesi sırasında bir matematik işlemini yanlış gerçekleştirmiş ve bu hüküm aleyhine sadece sanık kanun yoluna başvurmuş ise burada istinaf veya temyiz mahkemesi nasıl bir yol izlemelidir?

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda bu husus gündeme gelmiştir.⁴⁷⁹ İlk derece mahkemesi sanığın cezasında takdiri ceza indirimi uygulamış, fakat cezayı yanlış hesaplamak suretiyle 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasına hükmetmiştir. Bu karar yalnızca sanık tarafından temyiz edilmiş ve “müdafî görevlendirilerek duruşmada hazır bulundurulması sağlanmadan karar verilerek savunma hakkının kısıtlanması” gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi bozmaya uymuş ve bozmanın gereğini yerine getirmiş ancak sanığın eyleminin sabit olduğu gerekçesiyle yine 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasına hükmetmiştir. Sanık müdafinin kararı temyiz etmesi üzerine; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, takdiri ceza indirimi yapılırken indirim oranı doğru gösterilmesine rağmen eksik ceza tayin edildiği ve bu durumun kazanılmış hak oluşturmayacağı gerekçeleriyle, hapis cezasının 9 yıl 4 ay 15 gün olarak değiştirilmesine karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu durumun kazanılmış hak teşkil ettiği ve ancak eleştiri konusu yapılabileceği görüşüyle itiraz yoluna başvurarak dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne getirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu itirazın kabulüne karar vererek aşağıdaki şekilde hüküm kurmuştur:

*“Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCY.nın 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan **Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir.** Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY.nın 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemece verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY.nın 326/son ve 5271 sayılı CYY.nın 307/4. maddesine aykırıdır.”*⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/1-198, K.2008/211, 07/10/2008. Kararı aktaran: Ali Rıza Çınar, “Aleyhte Değiştirme Yasağı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, s. 658-659.

⁴⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/1-198, K.2008/211, 07/10/2008.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014 yılında vermiş olduğu bir kararda, burada tercih edilen görüşün aksi yönünde görüş benimsendiği görülmektedir.⁴⁸¹ İlgili kararda ilk derece mahkemesi, sanığın 120 gün ve bir gün karşılığı olarak 20 TL olmak üzere adli para cezası ödemesine hükmetmiştir. Ancak adli para cezasını hesaplarken “2400 TL” yerine hatalı şekilde “2240 TL” olarak hesaplama yapmış ve 2240 TL adli para cezasına hükmetmiştir. Hüküm yalnızca sanık tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi adli para cezasının 2400 TL'ye çıkartılması suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise basit hesap hatalarının aleyhe değiştirme yasağı kapsamında bulunmadığını ifade etmiş ve itirazın reddine karar vererek şu şekilde hüküm kurmuştur:

“Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak ilk derece mahkemelerince cezanın belirlenmesine yönelik uygulamalardaki maddi hesap hatalarının aleyhe değiştirmeme zorunluluğu ya da aleyhe düzeltme yasağının kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

*Mahkemelerce hüküm kurulurken çeşitli hatalar yapılabildiği, örneğin zaman zaman nitelikli haller nedeniyle ceza artırılırken arttırım oranlarında, **bazen da sonuçlarında hatalar yapılabildiği gibi indirim nedeninin uygulanması sırasında da hesap hatası yapılarak daha az ceza tayin edildiği**, hatta nitelikli hal nedeniyle cezanın artırılması yerine indirilmesi yoluna gidildiği, ilgili kanun maddesinde suç için hapis cezası ile birlikte para cezası da öngörüldüğü halde, yalnızca hapis ya da para cezasına hükmedildiği, öngörülmüş cezanın alt sınırının da altında olacak şekilde bir ceza tayin edildiği veya belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması sırasında işlem hataları yapıldığı görülmektedir. Böyle durumlarda mahkemece yapılan hataların nedeni ve niteliği göz önünde tutularak, kanun maddesinin yanlış yorumlanmasının söz konusu olduğu hakimnin takdirine bağlı ve bilinçli uygulamalardaki hata ve aykırılıkların aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kaldığı kabul edilmelidir. **Buna karşılık, cezaların belirlenmesi sırasında iradi olmaksızın ve güdülen amacın dışında yapılan basit toplama, çıkarma, çarpma ve bölme şeklinde belirtilebilecek dört işlem hataları, dosyamızda olduğu gibi çarpan ile çarpılanın belli olduğu durumlarda, çarpımda yapılan hesap hataları herkes tarafından objektif bir biçimde fark edilebilecek nitelikte maddi hatalar olarak kabul edilerek, aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemeli, sanık aleyhine temyiz bulunmayan hallerde dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle hüküm hakimnin ifadesi doğrultusunda düzeltilmemelidir. [...]***

⁴⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/12-70, K.2014/57, 11/02/2014.

Görüldüğü üzere, suç için ceza tertip edilirken dikkatsizlik sonucu iradi olmaksızın yapılan basit matematik hatalarının aleyhe değiştirmeme zorunluluğu ya da aleyhe düzeltme yasağının kapsamında olmadığı ilke olarak benimsenerek, sanık aleyhine temyiz olmadığı durumlarda dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle söz konusu aykırılıklar giderilebilecektir.”⁴⁸²

Doktrinde de; aleyhe değiştirme yasağının kapsamına, hükmün kurulması sırasında yapılan matematiksel ve bilinç dışı maddi hataların dahil olmadığını ifade eden görüşler mevcuttur.⁴⁸³

5237 sayılı TCK’nın ilk hâlinde TCK m. 62’de süreli hapis cezaların uygulanacak oran 1/5 olarak belirlenmiştir. Ancak uygulamadan kaynaklanan bazı endişeler nedeniyle kanun henüz yürürlüğe girmeden, 31.03.2005 tarihli ve 5328 sayılı kanunla 1. fıkrada bulunan “beşte” ibaresi “altıda” olacak şekilde değiştirilmiştir. Değişikliğe rağmen bazı yargı kararlarında 1/5 oranında indirim uygulandığı görülmüştür. Bu durum da Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmaktadır:

“[...] yürürlüğe girmeyen yasanın kesinleşmiş hükme ilişkin olarak uygulanması sonucu takdirli indirim nedeniyle yapılan 1/5 oranındaki indirimin kazanılmış hak oluşturmayaacağı da gözetilerek müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına”⁴⁸⁴

KAYMAZ’a göre 1/5 oranında indirim uygulandıktan sonra hüküm sadece sanık tarafından kanun yoluna götürülürse, bu uygulama aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁸⁵

Bazı yargılamalarda, sabıkasız sanık hakkında sehven sabıkalıymış gibi hüküm kurulduğu görülmektedir. Bu durum pek tabii olarak bozma nedeni yapılmaktadır.⁴⁸⁶

⁴⁸² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2013/12-70, K.2014/57, 11/02/2014.

⁴⁸³ Sami Selçuk, “Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırлаştıramama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, **TAAD**, C. 1, No: 2, 2011, s. 42; Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, s. 1443; Çınar, “Aleyhte Değiştirme Yasağı”, s. 659. Bu görüşlere, yukarıda yer verdiğimiz 2014 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da atıf yapılmıştır.

⁴⁸⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2005/3241, K.2005/12423, 21/12/2005. Kararı aktaran: Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler)**, C. 2, s. 816-818.

⁴⁸⁵ Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, s. 1443.

⁴⁸⁶ “*adli sicil kaydında mahkumiyet hükmü olmayan suça sürüklenen çocuk hakkında, önceki aşamalarda da lehe uygulanmasına ve duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz bir tutum veya davranışı bulunmamasına rağmen “suça sürüklenen çocuğun dosyada bulunan sabıkalılarına göre suç işleme konusundaki ısrarcı ve uslanmaz kişiliği dikkate alındığında yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkememizde olumlu kanaat oluşmadığı, sanığın pişman olduğuna dair de mahkememizce bir intiba oluşmadığı dikkate alınarak hakkında TCK’n[ı]n 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına,*”

CMK m. 232'ye göre hükmün gerekçesinde uygulanan kanun maddeleri gösterilir. Ancak bazı durumlarda ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında takdiri indirim nedenleri tatbik edilmesine rağmen uygulama maddesi açıkça gösterilmemektedir. Böyle bir durumda Yargıtay ceza daireleri “düzelterek onama” kararı vermektedir.⁴⁸⁷

Bazı dosyalarda; kısa kararda takdiri ceza indirimi uygulandığı halde gerekçeli kararda takdiri ceza indiriminin uygulanmadığı görülmektedir.⁴⁸⁸ Bazı dosyalarda ise; kısa kararda takdiri ceza indirimi uygulanmadığı halde gerekçeli kararda takdiri ceza indiriminin uygulandığı görülmektedir.⁴⁸⁹ Yargıtayca bu gibi durumlar bozma nedeni yapılarak dosya derece mahkemesine gönderilmektedir. Yargıtay'ın istikrarlı içtihadı; kısa kararın esas olduğu, çelişki hâlinde gerekçeli kararın kısa karara göre yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündedir.⁴⁹⁰

şeklindeki dosya kapsamına uygun olmayan ve yetersiz gerekçeyle 5237 sayılı Kanun'un 62nci maddesinin uygulanmaması, hukuka aykırı bulunmuştur.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2023/2230, K.2023/4236, 14/06/2023. Aynı yönde: “Sanığın suç tarihinde **sabıkasız olmasına rağmen mahkemece** “sabıkalı kişiliği nedeniyle bir daha suç işlemeyeceğine dair mahkemede olumlu kanaat oluşmadığı” ve “savunmasının yakalama emrine istinaden alınması” şeklindeki yetersiz gerekçelerle sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 62 ve 51. Maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E.2014/19345, K.2015/1628, 22/01/2015. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 840.

⁴⁸⁷ “3. Asliye Ceza Mahkemesinin [...] kararında, Yargıtay tarafından düzeltilmesi mümkün görülen takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sırasında **uygulama maddesinin gösterilmemesi dışında bir hukuka aykırılık** görülmemiştir. [...] Tebliğname'ye uygun olarak, oy birliğiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**,” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2022/15474, K.2023/4056, 08/06/2023.

⁴⁸⁸ “kısa kararda sanık hakkında TCK'n[ı]n 62. Maddesi uyarınca takdiri indirim uygulandığı halde, gerekçeli kararlarda takdiri indirime yer verilmemesi suretiyle çelişkili hüküm kurulması” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2014/25449, K.2015/193, 06/01/2015. Kararı aktaran: Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, s. 841.

⁴⁸⁹ “İlk derece mahkemesince sanık hakkında “Sanığın suç işleme eğilimi, yargılama aşamasında olumlu davranışının tespit edilememesi, pişman olduğunun anlaşılamaması dikkate alınarak hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına ”yazılmasına rağmen, gerekçeli kararda “sanığa verilen cezanın geleceği üzerindeki etkileri nazara alınarak hakkında TCK'nın 62. maddesi kapsamında takdiri indirim uygulandığı” ifadelerine yer verilerek hükmün esasını oluşturan kısa karar ile gerekçe arasında çelişki oluşturulmak suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesine aykırı davranılması,” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2022/29306, K.2022/5835, 10/10/2022.

⁴⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2010/232, K.2010/260, 14/12/2010.

1.3.9. Takdiri İndirim Nedenleri Müessesesinin Kamuoyunda Algılanış Biçimi

Takdiri indirim nedenleri müessesesi, kamuoyunda “kravat indirimi”, “takım elbise indirimi”, “iyi hal indirimi” gibi isimlerle anılmaktadır. Özellikle; kadına karşı işlenen şiddet suçları, cinsel suçlar, hayvana karşı işlenen suçlar gibi toplumda infial yaratan suçlar gündeme geldiğinde, bu algı daha da pekişmektedir. Kamuoyunun tepkisini her zaman nesnel ve sağlıklı biçimde ölçmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle; tez konumuzla ilgili yapılan bazı çalışmalara değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışma konumuza ilişkin olarak; dünyanın en büyük imza kampanyası platformlarından olan change.org’ta bir imza kampanyası açılmıştır. 13 Şubat 2015 tarihinde başlatılan “Kadına karşı işlenen suçlarda erkeklere verilen iyi hal ve haksız tahrik indirimi kalksın!” başlıklı imza kampanyasında bugüne kadar 1.381.411 imza toplanmıştır.⁴⁹¹ Söz konusu kampanya, change.org sitesi üzerinden Türkiye’de açılan imza kampanyaları arasında en çok imza toplayan ikinci kampanyadır. Basına yansıyan ve toplumun her kesiminde infial yaratan Ö. A. cinayeti üzerine açılan bu imza kampanyasında, kamuoyunun talepleri şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bugün hâlâ, eşini öldüren bir erkek sadece duruşmada kravat taktığı için indirim alabiliyor. Aynı şey bir kadın için geçerli değil. Bir kadına tecavüz eden erkek, kadın mini etek giydiği için tahrik indirimi alıyor.

Biz bunun yanlış ve adaletsiz bir uygulama olduğunu anlatmak istiyoruz. Kadına karşı işlenen suçlarda erkeklere verilen iyi hal, ceza ve tahrik indirimleri kaldırılana kadar mücadelemize devam edeceğiz.”

CAN ve KIRAK, toplumun takdiri indirim nedenleri müessesesine bakış açısını ölçmek amacıyla bu konuda bir ampirik çalışma yapmışlardır.⁴⁹² Bu çalışma kapsamında çevrimiçi bir anket çalışması yapılmış, anket çalışmasına 361 kişi

⁴⁹¹ (Çevrimiçi), <https://www.change.org/p/yasalar-kadinlari-korusun-kad%C4%B1n-kar%C5%9F%C4%B1-i%C5%9Flenen-su%C3%A7larda-erkeklere-verilen-iyi-hal-ve-haks%C4%B1z-tahrik-indirimi-kalks%C4%B1n-p%C4%B1nargultekinicinadalet> , 4 Haziran 2024.

⁴⁹² Merve Can, Kırak Rohat, “Yargılamada İyi Hal İndirimine Toplumsal Bir Bakış”, 2019, (Çevrimiçi), <https://beyanet.com/merve-can-av-rohat-kirak-yazdi-yargilamada-iyi-hal-indirimine-toplumsal-bir-bakis/>, 4 Haziran 2024.

katılmıştır. Ankette katılımcılara “Karşınızdaki sanığın giyim ve konuşmasına göre cezasında indirim yapılması gerektiğini düşünüyor musunuz?” sorusu sorulmuş; katılımcıların %82,8’i “Düşünmüyorum”, %9,4’ü “Düşünüyorum”, %7,8’i “Kararsızım” seçeneğini işaretlemiştir. Bir sonraki soruda ise; “Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları cezada etkili olmalı mıdır?” sorusu sorulmuştur. Bu soruya katılımcıların %56,5’i “Olmalıdır”, %31,8’i “Olmamalıdır”, %11,7’si “Kararsızım” şeklinde cevap vermiştir. *CAN* ve *KIRAK*’a göre; toplum, kanuni düzenlemenin doğru olduğunu ve fakat yanlış bir şekilde uygulandığını düşünmektedir.

Yazılı ve görsel medyada da kendine yer bulan bu tepkiler kanun koyucunun gündemini de etkilemiştir. 2005 yılından günümüze kadar, takdiri indirim nedenleri müessesesine dair, farklı parti ve milletvekilleri tarafından 23 kanun teklifi sunulmuştur.⁴⁹³ Bu tekliflerden 2’si kanunlaşmıştır.⁴⁹⁴ Kanun teklifleri incelendiğinde birçok farklı suçun cezasının belirlenmesinde takdiri ceza indiriminin uygulanmamasının teklif olarak sunulduğu görülmektedir. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı gibi suçlarda takdiri ceza indiriminin uygulanmamasına dair kanun teklifleri sunulmuştur. Hatta öyle ki; yapılan bir kanun teklifinde, ruhsatsız silahla işlenen kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarında takdiri ceza indiriminin uygulanmaması teklif edilmiştir.⁴⁹⁵ Diğer bir kanun teklifinde TCK m. 62’ye “Cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle kadına karşı işlenen suçlarda takdiri indirim nedenleri uygulanmaz.” fıkrasının eklenmesi teklif edilmiştir.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Kanun tekliflerinin taslaklarına <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Gecmis-Kanun-Teklifleri> adresinden arama motoruna “takdiri indirim” anahtar kelimelerini yazmak suretiyle erişilebilmektedir. Ancak bu 23 teklifin bazılarının, aynı vekiller tarafından yinelenen teklifler olduğunu ifade etmek gerekir.

⁴⁹⁴ Kanunlaşan teklifler; Henüz YTCK yürürlüğe girmeden 2005 yılında yapılan 1/5’lik indirim oranına dair değişiklik ve 7406 sayılı kanunla yapılan değişikliklerdir.

⁴⁹⁵ (Çevrimiçi), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/0a4d076b-587b-4eac-9f0d-4603d1984d10.pdf>, 4 Haziran 2024.

⁴⁹⁶ (Çevrimiçi), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y3/T2/WebOnergeMetni/a7bf680f-6d57-42cf-bf87-2e683abd59e7.pdf>, 4 Haziran 2024. Benzer bir teklif için Bkz.: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y1/T2/WebOnergeMetni/a723e3fe-582a-48e9-ac42-41178f677d53.pdf>,

Ancak yapılan bazı tekliflerin, kanun yapma sürecine dair gereken özeni taşımadığı da ifade edilmelidir. Söz gelimi; Milletvekili Sezgin Tanrıkulu tarafından birden fazla kere gündeme getirilen ve yenilenen kanun teklifinde, TCK m. 109’a “(g) Kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak doğrudan kadına yalnızca kadın olduğu için uygulanan ayrımcı şiddet saiki ile işlenen suçlarda takdiri indirim uygulanmaz.” hükmünün eklenmesi teklif edilmektedir.⁴⁹⁷ Oysaki TCK m. 109 düzenlemesi “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunun düzenlendiği bir maddedir. Takdiri indirim nedenlerine dair genel bir düzenlemenin bu madde hükmüne eklenmesi abes bir durum oluşturacak ve kanun sistematığı açısından da yerinde olmayacaktır. Yine aynı milletvekili tarafından sunulan ve yenilenen 01.06.2023 tarihli bir teklifte; TCK m. 62’nin, TCK’da düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uygulanmaması teklif edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir:

*“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 62. maddesine yeni bir fıkra eklenerek cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlarda **haksız tahrik indiriminden yararlanılmasının önüne** geçilmesi hedeflenmiştir.”⁴⁹⁸*

Haksız tahrik müessesesi ile takdiri indirim nedenleri müessesesi arasındaki farkı dahi karıştırarak, sadece popülist reflekslerle sunulan kanun tekliflerinin, ceza hukuku sistemimizi ileri taşımayacağını ifade etmek gerekir.

TAŞKIN; başkaca bir neden aramaksızın, sırf mağdurun kadın olmasının cezayı artırım nedeni olarak kabul edilmesiyle, kadının “zayıf/kırılgan süje” olduğuna dair tarihsel kabulün, ceza kanunu aracılığıyla tasdik edildiği anlamına geleceğini ifade etmiştir.⁴⁹⁹ Şüphesiz bu tespit takdiri indirim nedenleri müessesesi bakımından da geçerlidir. Mağdurun sadece kadın olması nedeniyle takdiri ceza indirimi vermekten kaçınılması, bizi *TAŞKIN*’ın yapmış olduğu tespite ulaştıracaktır.

⁴⁹⁷ (Çevrimiçi), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T2/WebOnergeMetni/380a9b71-f003-4e3c-b6b2-78a65c85d534.pdf>, 4 Haziran 2024.

⁴⁹⁸ (Çevrimiçi), <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T2/WebOnergeMetni/10595c68-6053-44bc-9b1b-4b398a163e5d.pdf>, 4 Haziran 2024.

⁴⁹⁹ Ozan Ercan Taşkın, *Kadın Cinayeti Suçu (Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 414.

Bu “ayrık düzenleme”ye ilişkin talebin; “suç korkusu”, “ahlaki panik”, “cezaî popülizm”⁵⁰⁰ kavramlarıyla ve ceza hukukunun dönüşümüyle olan ilişkisinin incelenmeye değer olduğu kanaatindeyiz.

Suç korkusu, “suça ve suçla ilişkili sembollere yönelik korku ya da kaygıyı içeren olumsuz duygusal bir tepki olarak” tanımlanmaktadır.⁵⁰¹ 1960’lı yıllarda kriminoloji alanında yerini alan bu kavram⁵⁰², toplumsal düzeydeki etkisiyle hukuki metinlerin oluşumunda da rol oynamaktadır.⁵⁰³ Zira suç korkusu taşıyan kişiler, güvenliklerini tehlikede görmekte ve güvensizlik içinde yaşamaktadırlar.⁵⁰⁴ Suç korkusunun arttığı “risk toplum”larında⁵⁰⁵ ise güvenlik ihtiyacının özgürlüğe tercih edildiği ve güvenliğin sağlanmasında ceza hukuku araçlarına başvurulduğu görülmektedir.⁵⁰⁶

“Ahlaki panik” kavramının ilk kez Stanley Cohen’in “Folks Devils and Moral Panics” adlı eserinde şu şekilde tanımlandığı ifade edilmiştir:

“Toplumların zaman zaman ahlaki panik dönemleriyle karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Bir durum, olay, kişi ya da grup toplumsal değerlere ve çıkarlara karşı bir tehdit olarak tanımlanmaya başlar; tehdit olarak algılanan bu olay, kişi veya grubun doğası kitle iletişim araçları tarafından yapay ve basmakalıp bir biçimde sunulur; yazarlar, din adamları, politikacılar ve diğer kanaat önderleri manevi engeller koyarlar, teşhis ve çözümlerini telaffuz ederler. Tehdidin üstesinden gelme yolları geliştirilir veya çoğu kez bu yollara başvurulur. Sonrasında durum ortadan kalkar, bastırılır veya daha da kötüleşerek görünür hale gelir. Kimi zaman paniğin konusu oldukça yenidir ve kimi zaman da uzun süredir var olan fakat birdenbire ilgi odağı haline gelen bir şey panik konusu olur. Bazen panik geçer ve toplumun ortak bilincinde unutulur. Kimi zaman da daha ciddi ve uzun süreli tepki ve yankıları olur.

⁵⁰⁰ ÖZTÜRK bu kavramı “ceza popülizmi” olarak kullanmıştır. Şerif Ahmet Öztürk, “Caydırıcılık ve Rehabilitasyon Bakımından Hapis Cezasının Suça Etkisi ve Ceza Popülizmi”, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2023.

⁵⁰¹ Işıl Çoklar, Nevin Solak, “Suç Korkusu: Tanım, Ölçüm ve Belirleyiciler”, **Nesne Psikoloji Dergisi**, C. 5, No: 10, 2017, s. 313.

⁵⁰² Mustafa Tören Yücel, “Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 22, No: 83, 2009, s. 285.

⁵⁰³ Çoklar, Solak, “Suç Korkusu: Tanım, Ölçüm ve Belirleyiciler”, s. 314.

⁵⁰⁴ Ömer Ömeroğlu, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, No: 4, 2012, s. 332.

⁵⁰⁵ “Risk Toplumu” kavramının ilk defa Ulrich Beck tarafından tanımlandığı ifade edilmiştir. İlgili eser için Bkz.: Ulrich Beck, **Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru**, İstanbul, İthaki Yayınları, 2011.

⁵⁰⁶ Füsün Sokullu Akıncı, “Özgürlük ve Güvenlik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, No: 1-2, 2011, s. 107.

Böylelikle yasal, politik ve hatta toplum anlayışında belli değişimlere neden olabilir.”⁵⁰⁷

ERMAN, dönüşen ceza hukukunu adlandırma çabaları olarak tasnif ettiği; düşman ceza hukuku⁵⁰⁸, mücadele ceza hukuku, risk ceza hukuku, tehlikelilik ceza hukuku kavramlarını incelemiştir.⁵⁰⁹ Risk ceza hukuku anlayışı bakımından; ceza hukukunun işlevselleştirildiği, kanunilik, şahsilik, belirlilik gibi geleneksel güvencelerin terk edilerek öncelikli amacın riskin bertaraf edilmesi olarak benimsendiği yönünden eleştiriler yapılmıştır.⁵¹⁰ Aynı tespitler, mücadele ceza hukuku anlayışı yönünden de yapılarak; ceza adaletinin suça ve suçluya karşı mücadelenin bir aracına dönüştüğü ifade edilmiştir.⁵¹¹

Kamuoyu tepkisi ve toplumun hukuka dair düşünceleri her ne kadar hukuk düzeni için önemli olsa da, kamuoyunun tepkilerinin yönlendirilmeye ve manipülasyona müsait durumda olduğu unutulmamalıdır. Gerek geleneksel medya gerekse sosyal medya etkisinin de bahsi geçen eleştirilerin oluşumundaki etkisini yadsımamak gerekir. Gerçekten de; habere erişimin kolaylaşması, güvenlik kameraları ve görgü tanıklarının da artmasıyla birlikte suçun haberleştirilmesinin bir eğlence sektörü aracı haline getirilmesi, aynı olayların defalarca kez haber olarak sunulması, tercih edilen haber dili gibi etkenler, suçla doğrudan ilgisi olmayan kişileri dahi suç korkusunun taşıyıcısı haline getirmektedir.⁵¹²

⁵⁰⁷ Stanley Cohen, **Folk Devils and Moral Panics: The Creation of Mods and Rockers**, Routledge London, 1972, s. 94. Aktaran; Sevil Yıldız, Haluk Hadi Sümer, “Medya ve Ahlaki Panik”, **Erciyes İletişim Dergisi**, C. 1, No: 3, 2010, s. 36.

⁵⁰⁸ Örneğin; belirli terör suçlarında ceza belirlenirken, takdiri ceza indirimi uygulanamayacağına yönelik olası bir kanuni düzenleme, düşman ceza hukuku anlayışını kısmen de olsa yansıtabilecektir. ŞANLI düşman ceza hukuku anlayışını yansıtan kanuni düzenlemelerin (Britanya Terörü Önleme Yasası veya Amerikan Vatanseverlik Yasası gibi) nasıl kalıcı hâle geldiğini şu şekilde ifade etmiştir: “Önce güvenliğin tehdit edildiği bir durumun yaratılması ve olağanüstü yetkilerin uygulanmaya başlanması, bunların zamanla ilk çerçevelerinin dışına taşması, bu taşmanın zamanla haklı ve meşru kılınması ve gündelik işleyişin bir parçası haline gelmesi . Böylece istisna kalıcı hale gelir ve kural olur.” Şanlı, **Düşman Ceza Hukuku**, s. 73.

⁵⁰⁹ Barış Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 2, 2012, s.449. ERMAN; bu tasnifte kullanılan kavramların birbirinin alternatifi değil, bütünlücüsü olduğunu, hatta zaman zaman örtüşen özelliklerinin olduğunu ifade etmiştir.

⁵¹⁰ Erman, **a.g.e.**, s. 457.

⁵¹¹ Erman, **a.g.e.**, s. 455.

⁵¹² Öztürk, “Caydırıcılık ve Rehabilitasyon Bakımından Hapis Cezasının Suça Etkisi ve Ceza Popülizmi”, s. 217-218.

Medya okur yazarlığı ve hukuk bilincinin düşük olduğu toplumlarda bu husus daha da hassas bir hale gelmektedir. YÜCEL bu durumu şu cümlelerle, bizce de isabetli bir şekilde ifade etmiştir:

*“Medyanın genelde gerçeği yansıtmayan “suç haberleri” ile pompalanan suç korkusu, yaratılan isterya cezaların ağırlaştırılması doğrultusundaki popülist bir yaklaşıma yol vermekte ise de, bunun çoğulcu bir bedeli olacağı göz ardı edilmektedir.”*⁵¹³

Bilhassa sosyal medyanın da yaygınlaşmasıyla, takdiri indirim nedenleri müessesesi bağlamında kamuoyunda bir önyargı oluşmuştur. Genel olarak suçların arttığına dair toplumda oluşan kabul, suçluların yeterince cezalandırılmadığı düşüncesiyle birleşince ortaya “suç ve suçlu korkusu” çıkmıştır. Toplumun paydaşları -özellikle bazı suç tipleri açısından- faillerin yeterince cezalandırılmadığı ve adaletin tecelli etmediği düşüncesine kapılmışlardır. Ahlaki panik kavramının tanımında ifade edilen şekilde; toplum, bir durumu (faillere ceza indirimi uygulanması suretiyle yeterince cezalandırılmıyor oluşunu) toplumsal değerlerine (kadına, çocuğa veya hayvana karşı şiddet suçu veya cinsel suç işlenmesinin önlenmesine dair ahlaki ve hukuki yükümlülük) tehdit olarak algılamıştır. Tehdit olarak algılanan takdiri indirim nedenleri müessesesine dair olumsuz algı, kitle iletişim araçlarının konuyu basmakalıp (kravat indirimi, takım elbise indirimi) biçimde sunmasıyla daha da büyümüş ve artık toplumsal bir sorun hâline gelmiştir. Bu toplumsal sorunun çözümü ise -bir cezai popülizm örneği olarak-; müessesenin yapısını değiştirerek faillerin daha ağır cezalandırılmasında/cezalarında indirim yapılmamasında görülmüştür.⁵¹⁴

Takdiri indirim nedenlerine getirilen eleştiriler incelendiğinde; bunların bir kısmının duygusal ve refleksif eleştiriler olduğunu tespit etmek yanlış olmaz. Ancak bir müessesenin niteliğini, eksilerini ve artılarını değerlendirirken, ortaya çıkış nedenini doğru analiz etmek gerekir. Bu denklemde; kazuistik bir düzenlemenin sağlayamayacağı faydaları, insan faktörünün içinde olduğu bir muhakeme süreci sağlamaya muktedirdir. Hayatın akışı, katı hukuk normlarının içine

⁵¹³ Yücel, “Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi”, s. 295-296.

⁵¹⁴ “Sürekli ahlaki panik halindeki bir topluluğu zaten hangi mahkeme doyurur?” Bu cümle Ersen Kaan Bulam’ın bir sosyal medya paylaşımından alınmıştır.

sıgmayacağından⁵¹⁵; takdiri indirim nedenleri müessesesinin varlığı, cezanın amacının ve cezadan beklenen fonksiyonların hayata geçirilmesi için elzemdir.



⁵¹⁵ Dinçkol, “Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, s. 175.

SONUÇ

Takdiri indirim nedenleri müessesesi; TCK'nın "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" bölümünde, 62. maddede düzenlenmiştir. TCK m.61/5'e göre de; takdiri indirim nedenleri müessesesi, somut cezanın belirlenmesinin son aşamasını oluşturmaktadır. Kanunda düzenlendiği yer ve düzenlemenin içeriği itibarıyla, takdiri indirim nedenleri ancak cezalar üzerinde uygulanabileceklerdir. Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde; ceza kavramı, ceza türleri, cezanın amacı, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konuları ele alınmıştır.

"Ceza Kavramı" alt başlığı altında, ceza ve suç gibi kavramların tanımlanmasının zorluğundan bahsedilmiş ve ceza tanımlanırken kısır döngüye (fasid daireye) düşülmemesi hususu vurgulanmıştır. Bu doğrultuda MADEN tarafından yapılan; *"Ceza, suçun işlenmesindeki kusurun karşılığı olan; olumsuz değer yargısı içeren, yoksun kılıcı niteliğe sahip; uygulanmasında sebep gözetilen, kasıtlı ve zecrî bir uygulamadır."*⁵¹⁶ şeklindeki ceza tanımının isabetli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde; "cezanın amacı" konusu da ayrıntılı olarak incelenmiştir. Zira; ceza ve cezanın amacına dair tartışmalar, "hukuk uygulayıcısının elindeki malzemenin biçimine büyük ölçüde etki edecektir."⁵¹⁷ Böyle bir incelemeyle; takdiri indirim nedenleri müessesesinin oluşumunda hangi fikrî hareketlerin etkili olduğu ve bu müessesesinin tatbikinin, cezanın hangi amaçlarına/fonksiyonlarına hizmet edeceği açıklanmaya çalışılmıştır. Cezanın amacına dair teorilerin açıklanmasında, mutlak adalet teorileri/faydacı teori/karma teori sınıflandırması tercih edilmiştir.

Genel olarak mutlak adalet teorileri; cezayı, suçun "karşılığı" ve başlı başına bir amaç olarak görmektedirler. Mutlak adalet teorilerine karşı getirilen eleştirilerden bir tanesi; bu teorilerin, cezaların şiddetlenmesine yol açacağı hususudur. Bu nedenle ilk bakışta; sanığa verilecek cezada bir indirim yapılmasının, mutlak adalet teorileri ile teorik olarak uyuşmadığı düşünülebilir. Cezanın meşruiyeti ve cezanın miktarı ayrı

⁵¹⁶ Maden, **İnfaz Hukuku**, s. 20.

⁵¹⁷ Uzun, "Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar", s. 117.

konular olduğundan, biz bu düşüncenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Orantılılık ilkesinin muhafazası hâlinde, cezanın bir amaç olması “cezaların artırılması yönünde bir görüş benimseme” sonucunu kendiliğinden doğurmayacaktır.⁵¹⁸ Kanaatimizce; takdiri indirim nedenleri müessesesi, bireyselleştirme aracı olarak, “müstahak” olan cezayı belirlemede bir vasıtaadır. Açıklanan nedenlerle; mutlak adalet teorileri ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin teorik düzlemde uyuşabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Genel olarak faydacı ceza teorilerine göre; cezanın amacı, uygulanmasındaki toplumsal faydadır.⁵¹⁹ Cezadan, genel önleme ve özel önleme fonksiyonlarını yerine getirmesi beklenir. Genel önleme; ceza kanunlarının varlığı ve uygulanmasının, suç işleyenler ve toplum üzerinde caydırıcı etki oluşturmaktır. Caydırıcılığın sağlanmasındaki önermenin dayanak noktası; cezaların ağırlığı ve infazının aleniyeti ile yakından ilişkilidir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi; cezanın, miktar yönünden kaçınılmazlığının kısmi bir istisnasıdır. Bu nedenle; genel önleme teorisi ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin teorik düzlemde uyuşmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Çeşitli yargılamalarda TCK m. 62 uyarınca ceza indirimi yapılmasının toplumda yarattığı cezasızlık algısı, bu görüşümüzü destekler nitelikte somut bir örnek olarak gösterilebilir.

Cezanın özel önleme fonksiyonu ise suç işleyen kişinin şahsında gerçekleşir. Özel önlemenin ise üç temel amacı vardır. Bunlardan ilki; failin, ceza vasıtasıyla korkutulması ve bir daha suç işlememesinin sağlanmasıdır. Somut olayda TCK m. 62 tatbik edilirken; failin cezasında indirimle gidilmeyerek -indirimli cezaya nazaran- daha ağır bir cezaya hükmedilmesi yoluyla, bu amacın gerçekleştirilmesi mümkündür.

Özel önlemenin diğer bir amacı; cezanın infazı sırasında failin yeniden sosyalleştirilerek topluma kazandırılmasıdır. Failin cezasında takdiri indirim uygulanması yoluyla adil bir cezaya hükmedildiğinde, failin ıslahı ve rehabilitasyonu daha etkili olabilecektir. Uygulamada failin suçu ikrarı, maddi gerçeğin ortaya

⁵¹⁸ Maden, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, s. 43.

⁵¹⁹ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 619.

çıkarılmasına yardımcı olması, suç nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermesi gibi hususlar da takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir. Hiç şüphesiz kişinin işlemiş olduğu eylemin sorumluluğunu üstlenmesi ve hakkında hükmedilen cezaya “razı” gelmesi suçlunun ıslahı bakımından önemli bir etkidir.⁵²⁰ Fail gerçekleştirmiş olduğu eylemin sorumluluğunu alarak cezanın amacının gerçekleştirilmesinde bir anlamda ilk aşamayı tamamlamış olur.

TCK m. 62’de; takdiri indirim nedeni olarak “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” de sayılmıştır. Bu ölçüt ile faydacı teorilerin “cezanın amacının geleceğe yönelik” olması nosyonu arasında paralellik bulunmaktadır.

Özel önlemenin üçüncü amacı, cezanın infazı sırasında failin toplumdan uzaklaştırılmasıyla toplumun geçici veya sürekli olarak korunmasıdır. Somut olayda TCK m. 62 tatbik edilirken; failin cezasında indirimle gidilmeyerek -indirimli cezaya nazaran- failin daha fazla süre cezaevinde kalması sağlanabilir. Bu vesileyle “olanaksızlaştırma” amacının kısmen de olsa gerçekleştirilmesi mümkündür.

Açıklanan nedenlerle; “fayda prensibinin” genel mantığı gereğince, özel önleme teorisi ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin teorik düzlemde uyuşabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bazı ceza hukuku müesseseleri ile takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbik kriterleri arasında benzerlikler bulunmaktadır. Örneğin; TCK m. 51’de düzenlenen “hapis cezasının ertelenmesi” müessesesinin tatbik şartlarından bir tanesi, sanığın “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” koşuludur. Kanuni şartlarda veya tatbik biçimlerinde yaşanacak “örtüşme”lerin varlığı hâlinde hâkim ne yönde hareket edecektir? Bu sorunun cevaplanabilmesi için “mükerrer değerlendirme yasağı”nın kapsamının belirlenmesi gerekir.

⁵²⁰ ÖZGENÇ’e göre: “belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruyla, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır.” ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 687.

Mükerrer değerlendirme yasağı; suçun meydana gelebilmesi için gerekli tipik unsurların ve kanunda ilgili suçlar özelinde belirlenmiş cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hallerin, cezanın belirlenmesi esnasında ikinci defa göz önünde bulundurulmaması gerektiğini anlamına gelir.⁵²¹ Mükerrer değerlendirme yasağının kanuni dayanağı olarak TCK m. 61/3 hükmü gösterilmektedir.⁵²² Madde hükmünde sadece suçun unsurlarına değinilirken; madde gerekçesinde nitelikli hallerin de temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Karşı yönde görüşler olmakla birlikte; bizce mükerrer değerlendirme yasağı bir ilkeden ziyade kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle; kanunun lafzı ve gerekçesinin işaret ettiği “suçun unsuru ve nitelikli haller”in haricinde, mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına başkaca bir hukuki müessesenin dahilinde yerinde değildir.

TCK m. 62 ile başka bir kanun hükmünde sayılan ölçütler veya tatbik biçimi örtüşürse bu durum mükerrer değerlendirme yasağı kapsamına girmeyecektir. Zira burada; hem temel cezanın belirlenmesiyle ilgili bir durum yoktur hem de TCK m. 61/1 dışındaki iki farklı kanun maddesi arasındaki ilişki söz konusudur. TCK m. 61/1’de sayılan ölçütler ile TCK m. 62’de sayılan ölçütler örtüşürse, yine bu durum mükerrer değerlendirme yasağının kapsamına girmeyecektir. Zira; kanun maddesi ve gerekçesiyle, sadece suçun unsurları ve nitelikli hâlleri bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Ancak özel hüküm-genel hüküm ilişkisi gündeme gelebilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; takdiri indirim nedenleri müessesesinin özellikleri, ceza hâkiminin TCK m. 62’nin tatbikinde kullandığı takdir yetkisi, bu takdir yetkisinin sınırları ve takdiri indirim nedenleri müessesesinin tarihi gelişimi ele alınmıştır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesi, hukuki nitelik olarak, bir cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Cezanın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin daraltılması veya genişletilmesine dair iki zıt akımın⁵²³ tartışmalarının en keskin

⁵²¹ Centel, Zafer, Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 577.

⁵²² **TCK m. 61/3-** “Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.”

⁵²³ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:2**, s. 395.

hissedileceği kurumlardan bir tanesi, takdiri indirim nedenleri müessesesidir.

Takdiri indirim nedenleri müessesesi geneldir. Genel oluşu, TCK’da veya diğer kanunlarda düzenlenen tüm suçların karşılığında verilecek cezalar yönünden uygulanabileceği anlamına gelir. Türk ceza hukuku tarihinde istisnası bulunmakla birlikte; yürürlükteki mevzuatımızda bulunan her suçun cezası belirlenirken, takdiri ceza indirimi uygulanabilecektir. Peki takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına bugün veya gelecekte yürürlüğe girecek bir kanunla veyahut değişiklik ile istisna öngörülebilecek midir? TCK m. 5 hükmü buna engel midir?⁵²⁴ Çalışmamızda; TCK m. 5’in kanunlar hiyerarşisindeki konumunun ve zaman bakımından etkisinin, günümüzde veya gelecekte yapılacak bir kanuni düzenleme açısından bağlayıcı etkisinin olmadığı kanaatine varılmıştır.

Takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıdadır. MTCK döneminde takdiri indirim nedenleri müessesesi 59. maddede düzenlenmekte ve -örnek olarak olsa dahi- herhangi bir takdiri indirim nedeni kanunda gösterilmemekteydi. 7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi YTCK döneminde; örnek olarak bazı kriterler kanunda sayılmış, ancak “gibi hususlar” ibaresi kullanılarak takdiri indirim nedenlerinin sadece bu maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı hususu vurgulanmıştı. 7406 sayılı kanunla yapılan değişiklikle; fıkra metninden “gibi hususlar” ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bakımdan; MTCK döneminde “Yumuşak Serbest Sistem”in, YTCK döneminde 62. maddenin ilk hali bakımından ise “Katı Serbest Sistem”in, 7406 sayılı kanunla “Sınırlı Sistem”in benimsendiği sonucuna ulaşılmıştır.

Takdiri indirim nedenleri takdiridir. Kanun maddesinde de “göz önünde bulundurulabilir” ifadesi kullanılmakla, hâkimin takdir yetkisine işaret edilmiştir. Takdir yetkisinin kapsamı; takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını veya uygulanmamasını gerektiren nedenlerin tespiti, indirimin yapıp yapılmayacağı ve indirimin hangi oranda yapılacağından ibarettir. Takdir yetkisi sanık, müşteki ve

⁵²⁴ **TCK m. 5-** “Özel kanunlarla ilişki

Madde 5- (1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”

şahitlerle karşı karşıya gelen, duruşmayı idare eden ilk derece mahkemesi hâkimine aittir.

Takdiri indirim nedenleri -cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası niteliğiyle- şahsidir. Takdiri indirim nedenleri, yargılanan her bir sanık bakımından kendi şartları içerisinde ayrıca değerlendirilir. Ancak takdiri indirim nedeni belirlenen husus; müşterek şekilde gerçekleştirilen davranışa ilişkin ise, bu durumda tüm failer bakımından geçerli olması mümkündür.

Takdiri indirim nedenleri indirim nedenidir. Takdiri indirim nedenleri olarak düzenlenen ölçütler MTCK döneminde temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktaydı. Bu nedenle; söz gelimi failin sabıkalı geçmişi temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak gösterilebilmekteydi. YTCK döneminde bu kriterlerin cezada artırım gerekçesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Takdiri indirim nedenleri; kanunda düzenlendiği yer ve düzenleniş biçimi itibarıyla, cezalar üzerinde uygulanır. Bu nedenle güvenlik tedbirleri üzerinde takdiri indirim yapılması mümkün değildir.

Aksi yönde görüş mevcut olmakla birlikte; kanaatimizce takdiri indirim nedenleri resen dikkate alınmalıdır. Tarafların ayrıca bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve ceza daireleri tarafından bazı kararlarda, *“Talep yoksa ve sözü edilen hüküm uyarınca cezada indirim yapılmayacak ise, mahkemenin bu konuda karar vermesine gerek bulunmamaktadır.”*⁵²⁵ şeklinde hüküm kurulmuştur. Ancak bazı kararlarda ise -karşı oydan anlaşıldığı üzere- talep edilmemesine rağmen, dosyanın içeriği göz önünde bulundurularak, takdiri indirim maddesinin uygulanmamasının denetime olanak verecek şekilde gerekçelendirilmemesi bozma nedeni yapılmıştır.⁵²⁶ Takdiri indirim nedenleri müessesesi, olumlu veya olumsuz icrasından bağımsız olarak, her bir ceza yargılamasında kendiliğinden gündeme alınmalıdır. Her ne kadar bizce kanun

⁵²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/273, K.2012/19, 07/02/2012.

⁵²⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.2019/25457, K.2022/882, 19/01/2022.

yeterince açık olsa da; “Takdiri indirim nedenleri resen dikkate alınır.” şeklinde bir cümlenin kanuna eklenmesi tartışmayı sona erdirecektir.

TCK m. 62’nin tatbikinde hâkime takdir yetkisi tanınması; genel ve soyut nitelikteki kanunların zamanın gereklerine, yeni durumlara, sınırsız ihtimaller silsilelerine uyarlanabilmesi ihtiyacıyla yakından ilişkilidir. Hayatın akışı katı hukuk normlarının içine sığmayacağından⁵²⁷; takdiri indirim nedenleri müessesesinin varlığı, cezanın amacının ve cezadan beklenen fonksiyonların hayata geçirilmesi için elzemdir. Ancak takdir yetkisinin varlığı, bu yetkinin sınırsız olduğu, denetime kapalı olduğu veya keyfi bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmez. Bu bağlamda; çalışmamızda, takdir yetkisinin sınırları ve nasıl kullanılması gerektiği hususu incelenmeye çalışılmıştır.

Takdir yetkisinin ilk ve doğal sınırı bu yetkinin kanunla tanınmış olması gerekliliğidir.⁵²⁸ Takdiri indirim nedenleri müessesesi bakımından ise bu yetki TCK m. 62’de ceza hâkimine tanınmıştır. Takdir yetkisinin kanunla tanınmasının yanında, ayrıca kanuna uygun olarak kullanılması gerekir. Bu bağlamda kanuni bir sınır olarak ilk göze çarpan husus, TCK m. 62’de sayılan ölçütlerdir. 7406 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası kanunda dört ayrı ölçütün sayıldığı görülmektedir. Bunlar failin; geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileridir. Kanunda sayılan ölçütlerin haricinde bir nedenin, TCK m. 62’nin tatbikinde göz önünde bulundurulması, takdir yetkisinin sınırlarının aşılması anlamına gelecektir.

Takdir yetkisinin kullanımı kanunun amacına uygun olmalıdır. Zira; “Cezanın belirlenmesinde gözetilecek temel ilke cezanın amacının gerçekleştirilmesidir.”⁵²⁹ Takdiri indirim nedenleri müessesesi de sonuç cezanın belirlenmesinin son aşaması olduğuna göre, cezanın amacının gerçekleştirilmesine hizmet etmelidir. Bu bağlamda cezanın amacı, TCK m. 62’nin tatbikinde hâkimin takdir yetkisinin bir sınırı olarak

⁵²⁷ Dinçkol, “Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, s. 175.

⁵²⁸ Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, s. 181; Anıl, **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, s. 82.

⁵²⁹ Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 204.

ortaya çıkar.

Takdir yetkisi gerekçeli biçimde kullanılmalıdır. Takdiri indirim nedenleri müessesesinin tatbiki yönünden kararların gerekçeli olması hususu “Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.” denilerek TCK m. 62/2’de de özellikle vurgulanmıştır. Kanun hükmünde bulunan “gerekçeleriyle” ibaresi 7406 sayılı kanunla madde metnine eklenmiştir. Esasında değişiklik öncesi düzenlemenin dâhi, kararın gerekçeli olmasına işaret ettiği söylenebilir. Bu değişiklik bir anlamıyla malûmun ilânı olmuştur. Kanaatimizce; hâkimin kararında gerekçe göstermesi hususu, TCK m. 62 bağlamında özel bir öneme sahiptir. Zira madde metninde sayılan ölçütler incelendiğinde; bu ölçütlerin oldukça genel, soyut ve kapsayıcı ifadeler olduğu görülmektedir. Sadece kanun hükümlerinin tekrar edilmesi veya genel geçer ifadelerin basmakalıp bir şekilde tekrar edilmesi gerçek anlamda gerekçe oluşturmaz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde son olarak; takdiri indirim nedenleri müessesesinin Osmanlı ve Türk ceza hukukundaki tarihi gelişimi incelenmiştir. Tarihi belgeler ve meclis tutanakları üzerinde yaptığımız incelemede; takdiri indirim nedenleri müessesesinin, ilk kez ikinci meşruiyet döneminde, 4 Haziran 1911 tarihli “28 Zilhicce 1274 tarihli Kanûn-ı Cezâ’nın bazı mevâddını muaddel kanûn” başlıklı kanun ile, Ceza Kânûnname-i Hümayûnu’nun 47. maddesine ekleme yapılması suretiyle ceza hukuku sistemimize girdiği sonucuna varılmıştır. 1858 tarihli Ceza Kânûnname-i Hümayûnu’nun ilk halinin 47. maddesinde düzenlenen ve padişaha verilen cezanın affı, tadili veya tahfifi yetkisi ise hâkime tanınan takdir yetkisinden farklıdır. Zira; bahsi geçen müessesede, hükmedilmiş bir ceza üzerinden af veya tahfif yapılmaktadır. İlgili kısmın devamında 765 sayılı ve 5237 sayılı TCK’da takdiri indirim nedenleri müessesesinin tarihi gelişimi ve yapılan kanuni değişiklikler incelenmiştir.

7406 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle, TCK m. 62 hükmünün zaman bakımından ne şekilde uygulanması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda hangi hükmün failin lehine olduğunun tespiti gerekir. TCK m. 62’nin kural olarak faillerin aleyhine olacak şekilde değiştirildiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle değişikliğin yürürlüğe giriş tarihinden önce işlenen suçlarda TCK m. 62’nin değişiklik

öncesi hali, yürürlüğe giriş tarihinden sonra işlenen suçlarda mevcut halinin uygulanması yerinde olacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde; takdiri indirim nedenleri müessesesinin muhtevası, tatbikinin kanun yollarında denetimi, diğer bazı ceza hukuku müesseseleri ile ilişkisi ve tatbikinde öne çıkan bazı özel hususlar ele alınmıştır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesinin muhtevası incelenirken, temel bir kabul ile meseleye yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz: bir cezada indirim yapıp yapılmayacağı hususu değerlendirilirken, TCK m. 62’de sayılan ölçütler kül hâlinde değerlendirilmelidir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi yapısı gereği; “kategorik ön belirlemelere”, her koşulda geçerli, genel geçer sabit formüllere uygun değildir. Bu nedenle “X koşulu gerçekleşirse takdiri indirim mutlaka uygulanır” veya “Y koşulu gerçekleşmezse takdiri indirim asla uygulanmaz” şeklindeki tespitlerden çalışma boyunca kaçınılmıştır.

TCK m. 62’de sayılan ilk ölçüt, “failin geçmişi”dir. Kanaatimizce failin geçmişinden, hüküm anına kadar olan yaşantısının anlaşılması gerekir. Failin geçmişi bir takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilirken, değerlendirmenin sonucu failin lehine olabileceği gibi failin aleyhine de olabilecektir. Bu bağlamda sanığın adli sicil kaydında bulunan suçlar, aleyhine olacak şekilde değerlendirilebilir. Paralel şekilde, sanığın daha önce suç işlememiş olması lehine olacak şekilde değerlendirilebilir. Ancak aleyhe değerlendirme yapılırken; failin geçmişte işlemiş olduğu suçların sayısı, alınan cezaların miktarı, suçların ne kadar süre önce işlenmiş olduğu, işlenen suçların kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği, suçların arasındaki benzerlikler gibi durumlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Takdiri indirim nedenleri müessesesi ile tekerrür müessesesinin, aynı sanık yönünden ne şekilde uygulanması gerektiği hususu akla gelebilir. Kanaatimizce tekerrüre esas kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının varlığı hâlinde; takdiri indirimin “failin geçmişi” yönünden değerlendirilmesinde, daha katı bir tutum benimsemek gerekir. Bu kabul, kesinlikle takdiri ceza indirimi uygulanmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Failin olumlu geçmişı de lehine olacak şekilde değerdendirilebilir. Failin olumlu geçmişine; daha önce topluma faydalı faaliyetlerde bulunmuş olması, kamu yararına yönelik faaliyet gösteren kuruluşlarda çalışmış olması, felaket hallerindeki katkıları örnek olarak gösterilebilir.

Failin sosyal ilişkilerinden anlaşılması gereken; failin çevresi ile olan ilişkisi, suçlunun sosyal ve psikolojik durumu, eğitim seviyesi, mesleğı, medeni hali, gelir durumu, sağlık durumu gibi hususlardır. Failin sosyal ilişkilerinin değerdendirilmesinde; hangi sosyal ilişkilerinin ne ölçüde dikkate alınacağı kanunda açıkça zikredilmemiştir. Kanaatimizce; takdiri indirim nedenleri müessesesinin cezanın bireyselleştirilmesi aracı olma niteliğı ve cezanın çeşitli amaçlarının yerine getirilmesindeki rolü göz önünde bulundurularak bir değerdendirme yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; suçlunun şahsî ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesinin, failin topluma yeniden kazandırılması amacına hizmet ettiğini ifade etmiştir.⁵³⁰ Yargı kararlarında; kişilerin evli oluşu, çok çocuklu oluşu, ekonomik anlamda evi idare edecek başka kimsenin olmayışı gibi durumlar özellikle vurgulanmıştır.

Ceza yargılamalarında; mahkemelerdeki iş ve dosya yoğunluğu sebebiyle sanığın gerektiğı gibi gözlemlenemediğı bilinen bir gerçektir. Ancak yargı sisteminden kaynaklanan bir eksikliğın sanığın aleyhine sonuç doğurması da hukuka uygun olmayacaktır. Uygulamada; genellikle yerel kolluk birimlerine müzekkere yazıldığı, ancak bu müzekkerelerin bazı durumlarda cevapsız veya sonuçsuz kalarak yargılamanın bu şekilde tamamlandığı vakidir. Kaldı ki failin sosyal ilişkilerinin de değerdendirileceğı bir raporun, bu alanda uzman olmayan kolluk görevlilerince tanzim edilmesi tartışmaya açık bir durumdur. Bu bağlamda; “Sosyal İnceleme Raporu” uygulamasının tüm ceza yargılamalarında hayata geçirilmesini önermekteyiz.

TCK m. 62’de sayılan diğerd bir ölçüt, failin “fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları”dır. Kanun metninde kullanılan “yargılama sürecindeki” ifadesi hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasını

⁵³⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1994/92, K.1995/14, 20/06/1995.

kapsamaktadır. 7406 sayılı kanunla madde metnine “pişmanlığını gösteren” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklik ile takdiri indirim nedenlerinin ilgili kriter yönünden uygulama alanı daraltılmıştır. TCK m. 62 değiştirilmeden önceki dönemde, failin mahkemeye ve yargılamanın unsurlarına karşı yaptığı saygısızca davranışlar, takdiri indirim uygulamama gerekçesi olarak gösterilmekteydi. Aynı şekilde failin duruşmada saygılı bir tutum benimsemesi, duruşmaları takip etmesi gibi davranışlar da indirim uygulama gerekçesi olarak gösterilmekteydi. Kanaatimizce; bu gibi durumlar, failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışı olarak değerlendirilemez. Fail; çok pişman olup duruşma düzenini bozabilir veya aktif bir pişmanlık göstermemesine mahkemeye çok saygılı olabilir. Örnek verdiğimiz davranışların da pişmanlık emaresi olduğu (veya pişman olmayışı gösterdiği) yönünde bir görüş benimsense dahi, bu görüşün kanunun lafzının sınırlarını zorlayacağı kanaatindeyiz.

Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarına örnek olarak; suçu ikrar etmesi, suçla meydana gelen zararı gidermesi, kendi iradesiyle teslim olması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında katkı sağlaması gibi hususlar gösterilebilir. Takdiri indirim nedenleri müessesesi ile etkin pişmanlık müessesesinin aynı anda uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte; kanaatimizce etkin pişmanlık hükmünden yararlanan failin kişiliğinin ilk bakışta olumlu olduğunun ön kabulü gerekir. Zira her iki müessesenin de düzenleniş amacı benzerdir: failin pişmanlığının bir nevi ödüllendirilmesini amaçlanır.

Failin suçu ikrar etmesi, susma hakkını kullanması veya suçu inkâr etmesinin, takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde nasıl etki edeceği hususu ayrıca incelenmiştir.

Sanığın ikrarı lehine olacak şekilde değerlendirilebilir. Ancak bu ikrarın, iddianın aydınlatılmasına kısmen ya da tamamen fayda sağlaması gerekir. Aleyhte ortaya çıkan deliller nedeniyle muhtemel mahkumiyet öngörülerek gerçekleştiren ikrarın samimi olduğundan bahsedilemez.

Sanığın susma hakkını kullanması, aleyhine olacak şekilde değerlendirilmemelidir. Zira; sanık susma hakkını, heyecanlı veya ümitsizlik içinde

olduğu için veya protesto amacıyla kullanmış olabilir. Böyle bir aleyhe uygulama, potansiyel zorlama olarak değerlendirilebilecektir.

Sanığın suçu inkâr ederek savunma hakkını kullanması durumunda, bu hususun aleyhe değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Salt inkârın takdiri ceza indirimi uygulamama gerekçesi olarak yaygın bir şekilde benimsenmesi, savunma hakkını kullanan sanıkların tedirgin olmalarına yol açar. Bu nedenle TCK m. 62’de öngörülen tüm ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi suretiyle bir sonuca varılması gerekir. Ancak bu kabul, sanığın “yalan söyleme hakkı”na sahip olduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda; gerçek dışı beyanlarıyla başkasının haklarını, maddi ceza hukuku kurallarını ihlal eden veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyerek yargılamayı saptıran sanığın inkârı, kişiliği hakkında olumsuz bir durum olması nedeniyle, aleyhe olacak şekilde değerlendirilebilecektir.

“Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” failin hem lehine hem de aleyhine olacak şekilde değerlendirilmelidir. Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin lehine olacak bir şekilde değerlendirilmesinden anlaşılması gereken; cezanın failin üzerindeki olağandışı etkilerinin dikkate alınmasıdır. Bu duruma; kadın sanığın bebek bekliyor olması, genç sanığın üniversite sınavına girecek olması, kamu görevinin öngörülen ceza nedeniyle kaybedilecek olması veya meslek kuruluşu izniyle icra edilen mesleğin icra edilemeyecek hale gelmesi, sanığın ailesinin uğrayacağı zararlar gibi durumlar örnek gösterilebilir.

. Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinden ilk akla geleni, cezanın caydırıcılık etkisi bakımından yeterliliğidir. Eğer failin daha az bir ceza ile caydırılabileceği düşünülüyorsa takdiri ceza indirimi uygulanmalıdır. Aynı mantıkla, takdiri ceza indirimi uygulanırsa cezanın caydırıcılık yönünden eksik kalacağına kanaat getirilirse takdiri indirim uygulanmamalıdır.

Türk hukukunda yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle TCK m. 62’nin önceki hâli, halen daha birçok yargılama bakımından uygulanabilir durumdadır. Bu nedenle çalışmamızda “Diğer Nedenler” başlığına da yer verilmiştir.

Doktrinde, TCK m. 62'nin tatbikinin Yargıtay tarafından denetlenmesinin ne şekilde olacağı hususu tartışmalıdır. TCK m. 62'nin tatbikinde hâkimin vermiş olduğu kararın üst mercilerce denetlenmesi gerekir. Zira takdir yetkisinin varlığı, bu yetkinin keyfi biçimde kullanılabileceği anlamına gelmez. Madde hükmünde gerekçeden bahsedilmesi de, takdir yetkisinin denetlenebileceğine işaret eder. Takdiri indirim nedenlerinin tespiti maddi soruna dair bir meseledir. Bu nedenle hâkimin vicdani kanaati kullanılarak çözülmesi gerekir. Hukuki derece mahkemesi olan Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi veya BAM kararlarını sadece gerekçe yönünden ve dosyadan edinebildiği bilgiyle sınırlı olmak kaydıyla denetleyebileceğini, ancak bu mahkemelerinin yerine geçerek vicdani kanı oluşturamayacağını kabul etmek gerekir.

TCK m. 62'nin tatbiki sırasında bazı özel hususlar öne çıkabilir. Bu özel hususlar, çalışmamızın üçüncü bölümünün üçüncü alt başlığında, ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütler ile takdiri indirim nedenlerinin tatbikinde göz önünde bulundurulacak ölçütler farklıdır. Bu nedenle TCK m. 61'de sayılan ölçütler göz önünde bulundurularak takdiri ceza indirimi uygulanması veya uygulanmaması, “bir hukuk kuralının yanlış uygulanması” kapsamında hukuka aykırı olacaktır. Salt suçun işleniş biçimi nedeniyle takdiri indirim uygulanmamasına karar verilemeyeceği gibi, salt suçun özel ağırlığı veya toplumda oluşturduğu infial nedeniyle de takdiri ceza indiriminin uygulanmamasına karar verilemeyecektir. TCK m. 62 hükmü incelendiğinde, ceza sistemi içindeki en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dahi takdiri ceza indirimi uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri kural olarak fail ve failin kişiliği ile ilgili olduğundan; failin işlediği suç için kanunda birden fazla ceza öngörülmüşse, (örneğin hem hapis cezası hem de adli para cezası aynı anda öngörülmüşse) her iki ceza bakımından da takdiri indirim nedenlerinin paralel olacak şekilde tatbiki gerekir. Benzer şekilde; cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin diğer ceza hukuku müesseseleri ile TCK m. 62 hükmü uyum içinde tatbik edilmelidir. Her ne kadar bu müesseselerden

birine hükmetmekle, diğerlerine de otomatik olarak hükmetme zorunluluğu doğmasa da, tatbik esnasında gösterilen gerekçelerin çelişik olmaması gerekir.

Ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası gibi sabit cezaların varlığı hâlinde indirimin ne şekilde uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak süreli hapis cezasına hükmedileceği hallerde hâkim, hem takdiri ceza indirimi uygulanıp uygulanmayacağına hem de indirim yapılacak hallerde, uygulanacak olan ceza indiriminin oranına karar verecektir. Bu oran 1/6'yı geçmemek kaydıyla, 1/7 veya 1/8 gibi oranlarda belirlenebilir. Ancak bu indirim oranının miktarının hangi ölçütlere göre belirleneceği belli değildir. Mahkeme kararlarında genellikle 1/6 oranında ceza indirimi uygulanmakla birlikte, bazı kararlarda (hatta bazen aynı gerekçelerle) farklı indirim oranlarının da uygulandığı görülmektedir. Hâkimin elinde indirim oranını belirleme konusunda bir ölçüt olmazsa, bu müessesesinin kurumsal olarak adaletli sonuçlar vermesi zorlaşacaktır. Bu nedenle süreli hapis cezalarında takdiri indirim ceza indiriminin 1/6 oranında sabit olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Takdiri indirim nedenleri müessesesi kamuoyunda “kravat indirimi”, “takım elbise indirimi”, “iyi hal indirimi” gibi isimlerle anılmaktadır. Özellikle; kadına karşı işlenen şiddet suçları, cinsel suçlar, hayvana karşı işlenen suçlar gibi toplumda infial yaratan suçlar gündeme geldiğinde, bu algı daha da pekişmektedir. TBMM bünyesinde; bahsi geçen suçların cezaları yönünden takdiri indirim nedenleri uygulanmaması gerektiğini öngören birçok kanun teklifi sunulmuştur.

Bu “ayrık düzenleme”ye ilişkin talebin; “suç korkusu”, “ahlaki panik”, “cezai popülizm” kavramlarıyla ve ceza hukukunun dönüşümüyle yakından ilişkili olduğu kanaatindeyiz.

Bilhassa sosyal medyanın da yaygınlaşmasıyla, takdiri indirim nedenleri müessesesi bağlamında kamuoyunda bir önyargı oluşmuştur. Genel olarak suçların arttığına dair toplumda oluşan kabul, suçluların yeterince cezalandırılmadığı düşüncesiyle birleşince ortaya “suç ve suçlu korkusu” da çıkmıştır. Toplumun paydaşları -özellikle bazı suç tipleri açısından- faillerin yeterince cezalandırılmadığı

ve adaletin tecelli etmediği düşüncesine kapılmışlardır. Ahlaki panik kavramının tanımında ifade edilen şekilde; toplum, bir durumu (faillere ceza indirimi uygulanması suretiyle yeterince cezalandırılmıyor oluşunu) toplumsal değerlerine (kadına, çocuğa veya hayvana karşı şiddet suçu veya cinsel suç işlenmesinin önlenmesine dair ahlaki ve hukuki yükümlölük) tehdit olarak algılamıştır. Tehdit olarak algılanan takdiri indirim nedenleri müessesesine dair olumsuz algı, kitle iletişim araçlarının konuyu basmakalıp (kravat indirimi, takım elbise indirimi) biçimde sunmasıyla daha da büyümüş ve artık toplumsal bir sorun hâline gelmiştir. Bu toplumsal sorunun çözümü ise -bir cezai popülizm örneği olarak-; müessesenin yapısını değiştirerek faillerin daha ağır cezalandırılmasında/cezalarında indirim yapılmamasında görölmüştür.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed : **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku**, C. 1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Aktaş, Batuhan : “Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazına Alternatif Bir Yöntem Olarak Denetimli Serbestlik Tedbiri (CGTİHK m. 105/A)”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, No: 217, 2023, ss. 1251-1337.
- Aktaş, Sururi : “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, No: 1-2, 2009, ss. 1-25.
- Alacakaptan, Uğur : **Suçun Unsurları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Alan, Esra : **Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür**, Ankara, Seçkin, 2023.
- Alıcı, Burhan : “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, No: 3, 2011, ss. 131-164.
- Alkan, Özlem : **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

- Alşahin, Mehmet Emin : **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Altınok Villemin, Derya : “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2017, ss. 149-162.
- Anıl, Yaşar Şahin : **Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.
- Apiş, Özge : **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61, m. 62, m. 63)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Arslan, Şeymanur : “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Artuç, Mustafa : **Hüküm Kurma Sanatı**, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Artuç, Mustafa/
Hırsılı, Tahir : **Hüküm Kurma Esasları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Artuk, Mehmet Emin/
Gökçen, Ahmet/
Alşahin, Mehmet Emin/
Çakır, Kerim : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

- Artuk, Mehmet Emin/
Çınar, Ali Rıza : “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap- Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Teoman Ergül (ed.), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, ss. 37-84.
- Aşçıoğlu, Çetin : “Yargıda Gerekçe Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 48, 2003, ss. 109-116.
- Atalan, Mustafa : “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu ve Toplumsal Beklenti”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 163, 2022, ss. 109-154.
- Ataseven, Cumali : “Suça Etki Eden Sosyal Faktörler”, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Aydın, Emirhan : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 2, 2023, ss. 467-486.
- Aydın, Mehmet Âkif : **Türk Hukuk Tarihi**, 17. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- Aydın, Melike Belkıs : “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1, 2020, ss. 126-138.

- Aydın, Murat : “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **TAAD**, No: 57, 2024, ss. 141-168.
- Aydın, Murat : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı (Nemo Tenetur İlkesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Aygül Atakaya, Merve : **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Platon Yayınları, 2023.
- Ayık, İsmail Hakkı : “Tahrik”, **Adalet Dergisi**, No: 1, 1952, ss. 83-106.
- Aynural, Ömer Metehan : **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu: TCK 179/3**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Baba, Yasemin : **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Bacaksız, Pınar : “Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku’nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, No: 16, 2011, ss. 82-99.
- Bacaksız, Pınar/
Bayzit, Tuğba : “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 16, No: 47, 2021, ss. 427-471.

- Bakıcı, Sedat : **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Genel Hükümleri**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Bandır, Oğuz : **Türk Ceza Hukukunda Adli Para Cezası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Baytaz, Abdullah Batuhan : **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Balcı, Fidan/
Öztürk, Seyithan : **Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Beccaria, Cesare : **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2016.
- Bentham, Jeremy : **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Batoche Books, Kitchener, 2000 (1789).
- Bodur, Harun : “Çeşitli Boyutlarıyla Kan Davası ve Namus Cinayetleri”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Bostancı Bozbayındır, Gülşah : **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Bülbül, Davut : “Hakimin Takdir Yetkisi”, Antalya, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Can, Merve/
Rohat Kırak : Yargılamada İyi Hal İndirimine Toplumsal Bir Bakış”, 2019.

Can, Yavuz : “Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden T.C.K.’nun 59’uncu Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtayın Müdahalesi”, **Adalet Dergisi**, C. 65, No: 6, 1974, ss. 451-456.

Centel, Nur : “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, No: Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, ss. 337-372.

Centel, Nur/
Zafer, Hamide/
Yenerer Çakmut, Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Cihan, Erol : “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 50, No: 1-4, 1984, ss. 133-151.

Cihan, Erol : “Ceza Muhakemesinde İkrar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 31, No: 1-4, 1965, ss. 109-129.

Çelik, Adil Giray : **Sokrates'ten Sivas'a / Tarihin Yargıladığı Davalar**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2020.

Çelikkaya, Serhat Deniz : **Türk Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Çetin, Beytullah : **Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Çetin, Hamza : **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Çetin, İbrahim : **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Çınar, Ali Rıza : “Aleyhte Değiştirme Yasağı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, ss. 603-666.

Çınar, Ali Rıza : “Ceza Yargılamasında Yasayolunun Amacı ve Ayrımları”, Feridun Yenisey (ed.), İzzet Özgenç (ed.), Ayşe Nuhoğlu (ed.), Adem Sözüer (ed.), Faruk Turhan (ed.), **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 949-968.

Çiçen, Ahmet : “II. Meşrutiyet Dönemi Cezaevi Islahatı”, Afyonkarahisar, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

Çiftci, Adem : “Hadlerde Hüküm-İnfaz İlişkisi”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, No: 34, 2019, ss. 185-209.

Çoklar, Işıl/
Solak, Nevin : “Suç Korkusu: Tanım, Ölçüm ve Belirleyiciler”, **Nesne Psikoloji Dergisi**, C. 5, No: 10, 2017, ss. 311-328.

Çolak, Harun/
Uğurtan, Altan : “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, No: 30, 2008, ss. 1-26.

Dalkılıç, Aysun : **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Ankara, Seçkin, 2013.

Dede, Savaş : “Toplumsal Faktörlerin Hâkimlerin Kararları Üzerindeki Etkisi”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Değirmenci, Olgun : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)”, **Ankara Batı Adliyesi Dergisi**, C. 2, No: 3, 2020, ss. 16-20.

Demir, Abdullah : “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

Araştırmaları Dergisi, C. 22, No: 3, 2016, ss. 3219-3229.

Demiral Bakırman, Büşra : **Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler**, İstanbul, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:63, 2023.

Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Demirbaş, Timur : **Haksız Tahrik**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.

Demirbaş, Timur : **Kriminoloji**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2010.

Demirbaş, Timur : **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.

Dinçkol, Abdullah : “Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 1-3, 1995, ss. 143-155.

Dinçkol, Abdullah : “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında ‘Hak ve Nisfet’”, **Yargıtay Dergisi**, C. 19, No: 3, 1993, ss. 214-230.

Dinçkol, Abdullah : “Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu”, **İstanbul Barosu Yayınları**,

No: Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V
Sempozyum Kitabı, 2012, ss. 172-187.

Doğan, Duygu Çağlar : “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, No: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, ss. 1029-1058.

Doğan, Koray : **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Doğan, Koray : “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, No: 4, 2007, ss. 277-303.

Donay, Süheyl : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

Dönmezer, Sulhi : “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, No: 1-4, 1976, ss. 1-12

Dönmezer, Sulhi : **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.

Dönmezer, Sulhi : **Kriminoloji**, 6. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981.

Dönmezer, Sulhi/
Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**
Cilt:1, 7. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi
Yayınları, 1979.

Dönmezer, Sulhi/
Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**
Cilt:2, 5. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi
Yayınları, 1974.

Dönmezer, Sulhi/
Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**
Cilt:3, 7. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi
Yayınları, 1976.

Duran, Gökhan Yaşar : **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, İstanbul, Legal
Yayıncılık, 2010.

Dursun, Gizem : “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu
Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin
(SEGBİS) Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir**
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, No:
143-144, 2016, ss. 127-157.

Dursun Özdemir, Gizem : **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda**
Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa
Dolandırıcılığı Suçları, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2021.

Dursun, Selman : **Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza**
Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi-Almanca

ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Dursun, Selman : **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Dursun, Selman : “Megan Kanunu (ABD’nde Cinsel Suç Faillerinin Sicile Kaydı ve Bilgilerinin Kamuya Açıklanması)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 1-2, 2004, ss. 233-262.

Dülger, Murat Volkan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Dülger, Murat Volkan/ Taşkın, Şaban Cankat : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Edis, Seyfullah : “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, No: 1-4, 1973, ss. 169-196.

Erem, Faruk : “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, No: 2, 1946, ss. 357-364.

Erem, Faruk : “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, No: 1, 1968, ss. 11-33.

- Erem, Faruk : “Susma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, No: 3, 1992, ss. 296-299.
- Erman, Barış : “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 2, 2012, ss. 447-480.
- Feyzioğlu, Metin/
Taner, Fahri Gökçen : **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İstanbul, Işık Yayınları, 2015.
- Gallas, Wilhelm : “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları (Suç Kavramı Üzerine Düşünceler)”, Çev. İzzet Özgenç, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, ss. 305-327.
- Gençer, Muhsin : “Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Gödekli, Mehmet : “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, **TAAD**, No: 29, 2017, ss. 277-360.
- Gökcan, Hasan Tahsin/
Artuç, Mustafa : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökçen, Ahmet : “Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın Amacı ve İnfazı Sistemleri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 1-2, 2000, ss. 205-215.

- Gökcen, Ahmet : “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- Gökcen, Ahmet/
Yenidünya, Ahmet Caner : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesine ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları**, C. 1, No: Uğur Alacakaptana Armağan, 2008, ss. 339-367.
- Göktürk, Neslihan : **Fikri İçtima (Suçların İçtimai)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Gözler, Kemal : **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, 13. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Gözübüyük, Abdullah : **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. 1, 3. bs., Pulat Ankara, Kazancı Yayınları, 1976.
- Gündüz, Hakan : **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Güneş, Fatih : “Kant’ın Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Cezanın Amacı”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

- Güngören, Birden : “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, No: 1, 2010, ss. 989-1001.
- Günindi, Ali : “Türk Ceza Kanunu’nda Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme”, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Güriz, Adnan : **Hukuk Felsefesi**, 8. bs., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2009.
- Gürpınar, Reşit : “Türk Rekabet Hukukunun Üvey Evladı: Şikayetçi”, **Nurkut İnan’a Armağan**, ed. İ. Yılmaz Aslan, Gamze Aşçıoğlu Öz, Kerem Cem Sanlı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, ss. 507-549.
- Hafizoğulları, Zeki : “Emniyet Tedbirleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 46, No: 3, 1991, ss. 45-48.
- Hafizoğulları, Zeki/
Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, US-A Yayınları, 2021.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Hegel, Georg Wilhelm F. : **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çev. Cenap Karakaya, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1991.

- Işıқтаç, Yasemin : **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Alkım, 1997.
- İçel, Kayıhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2023.
- İçel, Kayıhan / Sokullu Akıncı, Füsun/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener : **Yaptırım Teorisi (3. Kitap)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- İçer, Zafer : “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK m. 110)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, ss. 773-792.
- Kabak Yüce, Emine : “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi”, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Kaçar, Yusuf : “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 2, 2022, ss. 925-948.

- Kan, Çağrı : “Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hakimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu”, **Suç ve Ceza Dergisi**, C. 14, No: 4, 2021, ss. 807-835.
- Kant, Immanuel : **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İonna Kuçuradi, 3. bs., Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2002.
- Kant, Immanuel : Immanuel Kant, **Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi**, Çev. Altan Heper, Ankara, Fol Kitap, 2022.
- Karakaş Doğan, Fatma : **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Karakehya, Hakan : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınları, 2008.
- Karakehya, Hakan : **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Ankara, Savaş Yayınları, 2016.
- Karakehya, Hakan/
İnce Tunçer, Asuman : **Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021
- Kaşka, Hakan : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi”, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

- Kaşka, Hakan : “(Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 153, 2021, s.107-167.
- Katoğlu, Tuğrul : **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Kavlak, Cihan : **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kaymaz, Seydi : “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, ss. 1397-1452.
- Keçelioğlu, Elvan : “Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık Cezası”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- Keskin, Serap : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, İstanbul, Alfa, 1997.
- Kır, Feyza : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık Kurumu”, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2023.

- Kısagün, Adli : “Cezanın Ferdileştirilmesi”, **Adalet Dergisi**, No: 11-12, 1961, ss. 1097-1116.
- Koca, Mahmut : “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998.
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Koruculu, Irmak : **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Ankara, Seçkin, 2022.
- Köksal, Atacan : **Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Köni, Burhan : “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 11, No: 3, 1956, ss. 49-58.
- Köroğlu, Saim : **Ceza Yargılamasında Duruşma Süreci**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Kumbasar, Enver : **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

- Kunter, Nurullah/ : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006.
- Yenisey, Feridun/
- Nuhoğlu, Ayşe
- Maden, Mehmet : “Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Hükümlünün ‘İyileştirilmesi’”, **15. Türk Ceza Hukuku Günleri 31 Mayıs-1 Haziran 2020 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Tebliğler**, 2020, ss. 285-300.
- Maden, Mehmet : **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Maden, Mehmet : **İnfaz Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Maden, Mehmet : “‘Korunması Amaçlanan Hukuki Değer’, ‘Suç Fiilinin Konusu’ ve ‘Suçun Mağduru’ Kavramları ve Bu Bağlamda ‘Zarar Suçu/Tehlike Suçu’ Ayrımı’”, ed. Ümit Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atık, Tuğba Bayraktar, **Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı**, No: 1, 2020, ss. 153-160.
- Mahmutoğlu, Fatih : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. bs., Selami/ Karadeniz, Serra İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.
- Malkoç, İsmail : **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, 4. bs., Ankara, 2013.

- Meraklı, Serkan : **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020.
- Meydan, Uygur : “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Madde Miktarının Önemi”, **TAAD**, No: 10, 2018, ss. 321-352.
- Montesquieu : **Kanunların Ruhu Üzerine**, çev. Berna Günen, 6. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021.
- Otacı, Cengiz : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulanması”, **Adalet Dergisi**, No: 26, 2006, ss. 116-125.
- Otacı, Cengiz/
Öztekin, Murat/
Özaydın, Fatih : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Ozansü, Mehmet Cemil : **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Ömeroğlu, Ömer : “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, No: 4, 2012, ss. 329-370.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1989.

- Önder, Ayhan : **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.
- Özar, Süleyman : **Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Özbek, Veli Özer : **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatı)**, C. 1, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
Meraklı, Serkan/
Bacaksız, Pınar/
Başbüyük, İsa : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., İzmir, 2023.
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray/
Bacaksız, Pınar : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özel, Rukiye : “Ceza Hukukunda Üçüncü Şerit Yaptırım Olarak Mağduriyetin Giderilmesi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Özen, Mustafa : “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

Araştırmaları Dergisi, C. 15, No: 1-2, 2009, ss. 75-120.

Özgenç, İzzet : “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 9, No: 1-3, 1995, ss. 119-168.

Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi: Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2005.

Özkan, Mehmet : “Tanzimat Sonrası Ceza Hukuku Düzenlemeleri”, **Balıkesir İlahiyat Dergisi**, No: 15, 2022, ss. 241-277.

Öztürk, Bahri/
Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Öztürk, Şerif Ahmet : “Caydırıcılık ve Rehabilitasyon Bakımından Hapis Cezasının Suça Etkisi ve Ceza Popülizmi”, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi.

Parlar, Ali : **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

- Polat, Halil/
Arslan Polat, Aynur : **Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı**, C. 1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Sağlam, Mehmet Hakan : **II. Tertip Düstûr Kılavuzu: Osmanlı Devlet Mevzuâtı (1908-1922)**, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2007.
- Sakin, Sinan : “Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Benzeri Kurumlarla Karşılaştırılması”, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Sanal, Adil : “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **Adalet Dergisi**, No: 9, 1956, ss. 1015-1018.
- Saruç, Semra/
Kayma Güneş, Derya : “Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi”, **Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi**, C. 25, No: 1, 2014, ss. 109-132.
- Selçuk, Sami : **Suç Yargılama Süreci Hukukunda Temyiz Denetimi ve Sınırları**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2023.
- Selçuk, Sami : **Karşıoylarımız Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar**, Haz. Cengiz Otacı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

- Selçuk, Sami : “Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştıramama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, **TAAD**, C. 1, No: 2, 2011, ss. 1-47.
- Selçuk, Sami : “Yargıcın Nesnel Mantıkla Davranma İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, No: Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell’e Armağan, 2001, ss. 653-658.
- Sokullu Akıncı, Füsün : “Özgürlük ve Güvenlik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, No: 1-2, 2011,
- Soyaslan, Doğan : “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 1-2, 2003, ss. 25-49.
- Soyaslan, Doğan : **Kriminoloji Dersleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.
- Surlu, Mehmet Handan : “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)”, **Adalet Dergisi**, No: 11, 1970, ss. 677-694.
- Sümer, Arif Emre : “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, No: 2, 2023, ss. 1229-1270.
- Sümer, Arif Emre : “Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık (TCK m. 221)”, İstanbul, Marmara

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku
Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
2021.

Şahin, Cumhuriyet/
Göktürk, Neslihan : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2023.

Şahin, İsmail : **Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama**, Ankara,
Adalet Yayınevi, 2022.

Şanlı, Deniz : **Düşman Ceza Hukuku -Kaynaklar, Kuramsal
Çerçeve, Eleştiriler-**, 2. bs., Notabene Yayınları,
2020.

Şen, Ersan : **Türk Ceza Hukuku Suçun Genel Esasları ve
Unsurları**, İstanbul, Der Yayınları, 2002.

Şen, Ersan : “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit
Yargılama Usulü”, 2019.

Şensoy, Pirali Çağrı : **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler**,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Şimşek, Alahattin : “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri
(TCK m. 62)”, Samsun, Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim
Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Talas, Serdar : “Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında
Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa)

Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.

Tan, Mehmet : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler: Karşılaştırmalı, Gerekçeli, Açıklamalı, İctihath, Özetli**, C. 1-2, Ankara, Seçkin, 2011.

Taner, Fahri Gökçen : **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin, 2008.

Taner, M. Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.

Taner, M. Tahir : “Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 19, No: 3-4, 1954, ss. 524-575.

Taneri, Gökhan : “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 3, 2016, ss. 127-162.

Taşkın, Ozan Ercan : **Kadın Cinayeti Suçu (Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Tetik, Ahmet Talha : “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi”, **Selçuk Üniversitesi**

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, No: 2, 2017, ss. 249-276.

Tokgöz, Havva Begüm : “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, No: 1, 2020, ss. 431-467.

Toroslu, Haluk : **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları, 2010.

Tosun, Öztekin : **Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri - Genel Kısım**, C. 1, 4. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.

Tuğan, Esra Nur : “Emekli Hâkimlerin Bakış Açısıyla Türkiye’de Yargı Etiği”, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.

Turan, Tutku : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2024.

Türay, Aras : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, ss. 1727-1748.

- Türkarslan, Süleyman : “Adli Sicil Kayıtlarının Hukuki Niteliği ve Silinme Koşulları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, No: 4, 2014, ss. 19-46.
- Uzun, Ertuğrul : “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 4, No: 9, 2009, ss. 117-153.
- Ünal, Osman Gazi : **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ünsal, Levent : “Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59”, **Yargıtay Dergisi**, C. 28, No: 4, 2002, ss. 624-655.
- Üzülmez, İlhan : “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, No: 1-4, 2001, ss. 259-294.
- Üzülmez, İlhan : “Türk Hukukunda Tekerrür”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 1-2, 2002, ss. 166-186.
- Üzülmez, İlhan : “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, No: 3-4, 2006, ss. 203-235.

- Veldet, Hıfzı : “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, No: 1, 1940, ss. 23-35.
- Yalkut, Necdet : “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, No: 3-4, 1978, ss. 321-388.
- Yarsuvat, Duygun : “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, No: 1, 1966, ss. 79-100.
- Yaşar, Ercan : **Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yaşar, Ercan : “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”, **Adalet Dergisi**, No: 65, 2020, ss. 255-299.
- Yavuz, Yaşar : “Haksız Tahrik”, **Yargıtay Dergisi**, C. 17, No: 4, 1991, ss. 445-466.
- Yenisey, Feridun : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yenisey, Feridun : **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.

- Yenisey, Feridun : “İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarının Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukuku Sistemlerindeki Karşılaştırılması”, **Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları-Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyum Bildirileri Kitabı**, Türkiye Adalet Akademisi, 2018, ss. 125-132.
- Yenisey, Feridun : “Temyizin Genişletilmesi Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 52, No: 1-4, 1987, ss. 117-143.
- Yerdelen, Erdal : **Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Yerdelen, Erdal : **Cezanın Belirlenmesi :Türk ve Alman Uygulaması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen, Erdal : “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, No: 2, 2012, ss. 105-136.
- Yıldız, Elif Çağla : “Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi”, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Yıldız, Mehmet Emre : **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü**

Güvenlik Tedbirleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Yıldız, Sevil/ : “Medya ve Ahlaki Panik”, **Erciyes İletişim Dergisi**,
Sümer, Haluk Hadi C. 1, No: 3, 2010, ss. 35-46.

Yurtcan, Erdener : **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. bs., Ankara, Seçkin
Yayıncılık, 2019.

Yurtcan, Erdener : **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza
Kanunu (Genel Hükümler)**, C. 2, 2. bs., Ankara,
Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.

Yücel, Mustafa Tören : **Kriminoloji “Suç ve Ceza”**, Ankara, Adalet
Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, 1986.

Yücel, Mustafa Tören : “Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi”,
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 22, No: 83,
2009, ss. 278-301.

Yücel, Mustafa Tören : “TCK Tasarısı Üzerine Notlar”, Teoman Ergül (ed.),
**Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap-
Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, Türkiye
Barolar Birliği Yayınları, 2004.

Yücel, Mustafa Tören : **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, 4. bs.,
Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.

Zafer, Hamide

: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

MUHTELİF KAYNAKLAR

Düstur, 2. Tertip C. 3, Dersaâdet: Matbaa-i Osmaniye, 1330.

Luggat Osmanlıca-Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi) <https://www.luggat.com>

Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Âyan Tutanak Terimleri Sözlüğü, Ankara, TBMM Basımevi, 2015.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr>

Türk Hukuk Lûgatı, 3. bs., Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.