



T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Esmâ YALÇINKAYA
15904105

Danışman
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Diyarbakır-2024

T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Esmâ YALÇINKAYA
15904105

Danışman
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Diyarbakır-2024

TAAHHÜTNAME
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

14/06/2024

Esma YALÇINKAYA

ÖN SÖZ

Kanunda suç sayılan eylemlerden birini gerçekleştiren kimsenin, bunun karşılığı olarak bir yaptırım ile karşı karşıya geleceğini, bu yaptırımın ne olduğunu önceden bildiği kabul edilir. Nitekim ceza hukuku kanunilik ve belirlilik ilkelerinin hakim olduğu, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan değil, suç işlenmeden önce halihazırda var olan bir sistemin söz konusu eylemi yaptırım ile karşıladığı bir disiplindir.

Kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ve özel ceza kanunlarında düzenlenen suçların karşılığında soyut olarak cezaları belirlemiştir. Ancak bu cezalar nadiren sabit olarak öngörülmüştür. Zira; modern ceza kanunları, failerin farklı olması, her somut olayın şartlarının değişkenlik göstermesi dolayısıyla her durumun kanun koyucu tarafından tahmin edilmesinin imkansız olması sebebiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının bir sonucu olarak benimsenen sabit cezalar sistemini terk etmiştir¹. Cezaların çok büyük bir kısmı aşağı ve yukarı sınırları olacak şekilde belirlenmiştir. Kanun uygulayıcısı olan mahkemelerin, bu sınırlar arasında her olaya uygun bir şekilde adil bir ceza ihdas etmesi gerekli ve önemlidir. Cezanın somut belirlenmesi ya da bireyselleştirme/ferdileştirme denilen bu belirlemeyi mahkemeler yapar.

Cezanın bireyselleştirilmesi amacıyla gerek yargılama aşamasında gerek infaz aşamasında birçok araç kullanılır. Bu araçlar, yargılama aşamasında cezanın ertelenmesi, takdiri indirim uygulanması gibi kurumlarken; infaz aşamasında özellikle kısa süreli hapis cezalarının “*konutta infaz*” gibi özel infaz şekilleri ile çektirilmesi şeklindedir. Çalışma, cezanın yargılama aşamasındaki bireyselleştirilmesi konusu ile sınırlı tutulmuştur.

Bu çalışmayla, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunun doktrindeki fikir farklılıkları değerlendirilerek açıklanması, özellikle her somut olayın sonucunda farklılaştırılmış bir ceza verilmesinin gerekliliği dolayısıyla

¹ İlhan Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C. 10, S. 3-4, (203 – 235), s. 204.

bireyselleştirmenin öneminin izahı amaçlanmaktadır. Mahkemelerin, önemli bir görevi; aynı görünse bile mağdurdan ya da failden kaynaklı olarak farklılık arz eden her somut olaya uygun olarak cezanın bireyselleştirilmesini sağlamaktır.

Çalışmamızda, öncelikle yaptırım hukuku içerisinde hürriyeti bağlayıcı cezalar ile adli para cezalarının yeri, cezaların taşınması gereken özellikleri ve türleri, cezanın soyut olarak ve somut olarak nasıl belirlendiği hususları irdelenmektedir. Cezaların belirlenmesi, öncelikle genel muhakeme kurallarına göre yapılan yargılamalar bakımından belirlenirken, hukuk sistemimizde 2019 yılından bu yana var olan seri muhakeme ve basit yargılama usullerine göre de cezanın belirlenmesi noktasında genel kurallardan ayrılan hususlar incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken kısaca seri muhakeme ve basit yargılama usulü hakkında da temel noktalar ve tartışmalı konular ele alınacaktır. Bölümde son olarak cezaların belirlenmesi bakımından önem arz eden cezaların hesaplanması ve mahsup kurumu anlatılacaktır. Mahsup, hürriyeti bağlayıcı tüm tedbirlerin kişinin nihai cezasından indirilmesini ifade eden ve cezanın belirlenmesinde son aşamada zorunlu olarak uygulanan önemli bir kurumdur.

Çalışmanın ikinci bölümünde, cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesinde önemli bir araç olup tezin ana konularından birini oluşturan takdiri indirim nedenleri konusu anlatılmaktadır. Bölümde, öncelikle hakimin takdir yetkisi ve bu yetkinin hem özel hukukta hem de ceza hukukundaki yeri irdelenmektedir. Daha sonra takdiri indirim nedenlerinin tanımı, hukuki niteliği, bazı ülke kanunlarında ne şekilde düzenlendiği; devamında, TCK'da takdiri indirimin ne şekilde ele alındığı özellikle 2022 yılında hükümde yapılan değişiklik ve öncesi ile birlikte detaylı olarak açıklanmakta ve değişikliğin uygulamaya olası etkileri tespit edilmeye çalışılmaktadır. Son olarak da takdiri indirim uygulamasının farklılık arz ettiği ve uygulamadan kaynaklanan sorunlu alanlar özellikle yargı kararlarından yararlanarak değerlendirilmekte, sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesi için hukuk sistemimizde yer alan diğer bireyselleştirilme araçları

açıklanmaktadır. Bu araçlardan ilki TCK’da düzenlenen, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardır. Kanun, bir yıldan daha az süreli hapis cezalarını kanunda sayılan yaptırımlardan birine çevirmeye imkân vermektedir. Bir diğer araç, hapis cezasının ertelenmesidir; cezanın infaz edilmeye başlanmasından sonra hapis cezasının infazının ertelenmesinden farklı olarak mahkeme, yargılamanın sonunda erteleme kararı verir ve kişi cezaevine girmeyerek belirlenen süre içinde kanunda yazılı yükümlülöklere tabi olur. Bu bölümde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra 7499 sayılı kanunla 12.03.2024 tarihinde yeniden düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun erteleme kurumundan farklılık ve benzerliklerine de değinilmektedir.

Esmâ YALÇINKAYA

ÖZET

Ceza hukukunda, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, suç teşkil eden eylemlerin karşılığında suç işleyen kişileri nasıl bir yaptırımın karşılayacağı mutlaka suçun işlenmesinden önce düzenlenmelidir. Ancak soyut olarak tespit edilen cezalar her zaman her bireye aynı şekilde uygulanabilecek şekilde düzenlenmemiştir; sözgelimi cezaların alt ve üst sınırları vardır ve hakim her somut olay karşısında o olayın özelliklerine göre bir ceza tayin eder. Çünkü her birey farklı olduğu gibi suç oluşturan her somut olay da farklıdır ve karşılaştığı yaptırım da farklılaştırılmalıdır. Cezanın nihai amacını bu şekilde gerçekleştirmek olasıdır.

Cezanın bireyselleştirilmesi denilen bu farklılaştırma gerçekleştirilirken birçok araç kullanılabilir; kısa süreli hapis cezalarının kanunda sayılı bazı farklı yaptırımlara çevrilmesi, suç işleyen kişinin infaz kurumuna girmeden cezasını çekmesini hedefleyen yollardan biri olan hapis cezasının ertelenmesi bu araçlara örnektir. Ancak cezanın kişiye uydurulmasında, kanun koyucunun başvurulabilecek bir yol olarak öngördüğü, hakime tanınan takdir yetkisi ile tespit edilmiş somut ceza üzerinden tamamen kişiyle ve somut olayla bağlantılı bir indirim yapılabilmesi yolu olan takdiri indirim, en önemli ve eleştiriye konu olan araçtır.

Uygulanması şart olmayan ancak gerektiği zaman uygulandığında da adaleti sağlamanın önemli bir yolu olan bu takdiri indirim sebepleri, kimi ülkelerde uygulanmazken, hukuk sistemimizde de uygulama odaklı yanlışlıklar dolayısıyla sıkça eleştirilmektedir. Kurumun hukuk düzeninden kaldırılması ya da sıklıkla duyduğumuz gibi bazı suçlar bakımından uygulanmasının yasaklanması gerektiğine ilişkin eleştirilere rağmen bu kurum önemini kaybetmeyip, eleştirilerden yararlanarak kurumun daha iyi uygulanması imkanı doğmaktadır.

Anahtar Sözcükler

Cezanın amacı, cezanın belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi, seçenek yaptırımlar, erteleme, takdiri indirim nedenleri, takdir yetkisi

ABSTRACT

In criminal law, as a consequence of the principle of legality, the sanctions to be imposed on offenders for criminal acts must be determined prior to the commission of the crime. However, abstractly determined penalties are not always regulated in such a way that they can be applied to every individual in the same way; for example, penalties have lower and upper limits and the judge determines a penalty according to the characteristics of each concrete case. This is because each individual is different, as well as each concrete event that constitutes a crime is different, and the sanction they face must be differentiated. It is possible to realize the ultimate goal of punishment in this way.

Many tools can be used while realizing this differentiation, which is called individualization of punishment; Conversion of short-term imprisonment sentences to some different sanctions listed in the law, postponement of imprisonment, which is one of the ways that aim to allow the offender to serve his/her sentence without entering the execution institution, are examples of these tools. However, the most important and criticized tool is the discretionary reduction, which is a way of making a reduction entirely related to the person and the concrete event, based on the concrete penalty determined by the discretion granted to the judge, which is envisaged by the legislator as a way to adapt the punishment to the person.

While these discretionary reduction reasons, which are not required to be applied but are an important way to ensure justice when applied when necessary, are not applied in some countries, they are frequently criticized in our legal system due to application-oriented errors. Despite the criticism that the institution should be removed from the legal order or, as we often hear, that its implementation should be prohibited in terms of some crimes, this institution does not lose its importance, and the possibility of better implementation of the institution arises by taking advantage of the criticisms.

Keywords

Purpose of punishment, determination of punishment, individualization of punishment, alternative sanctions, postponement, reasons for discretionary reduction, discretion



İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖN SÖZ.....	I
ÖZET.....	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XIII
BİRİNCİ BÖLÜM.....	1
CEZA VE CEZANIN BELİRLENMESİ.....	1
1.1.CEZANIN TANIMI VE AMACI.....	1
1.2.CEZANIN ÖZELLİKLERİ	8
1.3.CEZANIN TÜRLERİ	15
1.3.1.Genel Olarak	16
1.3.2.Hapis Cezası	16
1.3.2.1.Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezası	17
1.3.2.2.Sürelî Hapis Cezası	17
1.3.3.Adli Para Cezası	18
1.4.CEZANIN BELİRLENMESİ.....	18
1.4.1.Cezanın Belirlenmesinde Gözetilecek İlkeler	20
1.4.2.Cezanın Soyut Belirlenmesi	27
1.4.3. Cezanın Somut Belirlenmesi	29
1.4.3.1. Somut Cezanın Tespit Süreci	31
1.4.3.1.1. Ceza Türünün Seçilmesi.....	31
1.4.3.1.2. Temel Ceza Miktarının Belirlenmesi	34
1.4.3.1.3. Temel Cezanın Belirlenmesinde Dikkate Alınması Gereken	
Hususlar	35
1.4.3.1.3.1. Faile İlişkin Hususlar	36
1.4.3.1.3.1.1. Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı	36
1.4.3.1.3.1.2. Failin Güttüğü Amaç ve Saik	37
1.4.3.1.3.2. Fiile İlişkin Hususlar	39

1.4.3.1.3.2.1. Suçun İşleniş Biçimi.....	39
1.4.3.1.3.2.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araç	40
1.4.3.1.3.2.3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer	41
1.4.3.1.3.2.4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri	41
1.4.3.1.3.2.5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı ..	42
1.4.3.1.4. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Durumunda Sonuç Cezanın Belirlenmesi	44
1.4.3.1.5. Nitelikli Hallerin Sonuç Cezanın Belirlenmesine Etkisi....	46
1.4.3.1.6. Diğer Hallerin Sonuç Cezanın Belirlenmesine Etkisi- Sonuç Cezanın Belirlenmesi	50
1.4.3.1.6.1. Teşebbüs.....	51
1.4.3.1.6.2. İştirak.....	56
1.4.3.1.6.3. Zincirleme Suç	58
1.4.3.1.6.4. Haksız Tahrik	61
1.4.3.1.6.5. Yaş Küçüklüğü	62
1.4.3.1.6.6. Akıl Hastalığı	67
1.4.3.1.6.7. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler	67
1.5. CEZANIN BELİRLENMESİNİN SERİ MUHAKEME USULÜNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK	68
1.5.1. Genel Olarak	68
1.5.2. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanması.....	70
1.5.3. Talepname ve Cezanın Belirlenmesi	74
1.5.5. Seri Muhakeme Usulünde Mahkemenin Görevi	80
1.6. CEZANIN BELİRLENMESİNİN BASİT YARGILAMA USULÜNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK	84
1.6.1. Genel Olarak	84
1.6.2. . Basit Yargılama Usulünün Uygulanması	85
1.6.3. Cezanın Belirlenmesi ve Hüküm Verilmesi	86
1.6.4. Basit Yargılama Usulünün Uygulanamayacağı Haller	87
1.6.4. Basit Yargılama Usulüne İtiraz	88

1.7. CEZANIN HESAPLANMASI VE MAHSUP	89
1.7.1. Cezanın Hesaplanmasında Gözetilmesi Gereken İlkeler ve Ölçü Birimi	90
1.7.2. Hapis Cezasının Hesaplanması	93
1.7.3. Adli Para Cezasının Hesaplanması	95
1.7.4. Mahsup	98
1.7.4.1. Genel Olarak	98
1.7.4.2. Mahsubun Uygulanmasının Koşulları.....	101
1.7.4.2.1. Bir Ceza Mahkumiyetinin Varlığı.....	101
1.7.4.2.2. Mahsuba Konu Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Hal Kavramının Kapsamı.....	103
1.7.4.3. Mahsubun Uygulanması.....	106
İKİNCİ BÖLÜM	108
CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ ARACI OLARAK TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ.....	108
2.1. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ	108
2.2.HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ	109
2.2.1. Genel Olarak	109
2.2.2. Takdir Yetkisinin Benzer Kavramlardan Farkı	111
2.2.2.1.Hakimin Hukuk Yaratması.....	111
2.2.2.2. Hükmün Yorumlanması	112
2.2.3. Ceza Hâkiminin Takdir Yetkisi.....	114
2.2.4. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanmasında Bazı Kriterler	115
2.2.5.Cezaların Takdiren Artırılması ve Azaltılması	116
2.3.TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ	117
2.3.1.Tanımı	117
2.3.2.Hukuki Niteliği.....	120
2.3.3. Amacı	122
2.3.4. Kurumun Tarihsel Gelişimi.....	126
2.3.4.1. Roma Dönemi	126
2.3.4.2. Orta Çağ ve Aydınlanma Dönemi	127
2.3.4.3. Osmanlı Dönemi	128

2.3.4.4. Cumhuriyet Dönemi	129
2.3.5.İndirim Nedenlerine Yönelik Eleştiriler.....	130
2.3.6.Bazı Ülke Kanunlarında Takdiri İndirim Nedenleri.....	130
2.3.6.1.Almanya	130
2.3.6.2.İtalya.....	133
2.3.6.3.Fransa	134
2.3.7.Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri	135
2.3.7.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri	136
2.3.7.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri	
.....	138
2.3.7.2.1. Kanunda Sayılan Nedenler	139
2.3.7.2.1.1. Failin Geçmişi	139
2.3.7.2.1.2. Failin Sosyal İlişkileri	144
2.3.7.2.1.3. Failin Fiilden Sonraki “Pişmanlığını Gösteren”	
Davranışları	146
2.3.7.2.1.4. Failin Yargılama Sürecindeki “Pişmanlığını Gösteren”	
Davranışları	147
2.3.7.2.1.5.Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Etkileri	150
2.3.7.2.2. Diğer Nedenler	152
2.4.TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI	153
2.4.1.Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması	153
2.4.1.1.Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezasına	
Mahkumiyet Halinde Takdiri İndirim	153
2.4.1.2. Süreli Hapis Cezasına Mahkumiyette Takdiri İndirim	154
2.4.1.3. Adli Para Cezasına Mahkumiyette Takdiri İndirim	155
2.4.2. Takdiri İndirim Nedenlerinde Gerekçe Gösterilmesi.....	155
2.4.3. Birden Fazla Takdiri İndirim Sebebinin Bulunması	156
2.4.4. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanabileceği Suçlar	158
2.4.5. Çifte Değerlendirme Yasağı	163

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	164
CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİNE HİZMET EDEN DİĞER ARAÇLAR.....	164
3.1. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASININ SEÇENEK YAPTIRIMLARA ÇEVİRİLMESİ.....	164
3.1.1. Genel Olarak	164
3.1.2. Seçenek Yaptırımların Hukuki Niteliği.....	168
3.1.3. Seçenek Yaptırımlara Çevrilmenin Koşulları	171
3.1.4. Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar	173
3.1.4.1. Adli Para Cezasına Çevrilme	174
3.1.4.2. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi	177
3.1.4.3. Bir Eğitim Kurumuna Devam Etme.....	180
3.1.4.4. Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma	182
3.1.4.5. Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınmasına, Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma	184
3.1.4.6. Gönüllü Olarak Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma	185
3.1.5. Seçenek Yaptırımlara Çevrilmenin Sonuçları.....	187
3.2. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ	188
3.2.1. Genel Olarak	188
3.2.2. Ertelemenin Amacı.....	189
3.2.3. Ertelemenin Koşulları	191
3.2.3.1. Ertelemeye Konu Hapis Cezası Mahkûmiyetinin Belli Ağırılıkta Olması	192
3.2.3.2. Ertelemeye Konu Suçtan Önceki Ceza Mahkûmiyetinin Belli Ağırılıkta Olması.....	194
3.2.3.3. Sanığın Tekrar Suç İşlemeyeceği Konusunda Mahkemede Bir Kanaatin Oluşması	197
3.2.3.4. Takdiri Koşul: Zararın Giderilmesi	199
3.2.4. Erteleme Kararının Verilmesi	201
3.2.4.1. Kararı Vermeye Yetkili Mercî	202
3.2.4.1.1. Mahkeme	202

3.2.4.1.2. İnfaz Hakimi	203
3.2.5. Denetim Süresi ve Yükümlülükler	204
3.2.6. Ertelemenin Sonuçları	205
3.2.7. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Erteleme .	207
3.2.7.1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin AYM İptal Kararları	207
3.2.7.2. İptal Kararları Sonrası Yeniden Düzenlenen Haliyle Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	212
3.2.7.3. Yeni Düzenlenen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme Kurumlarının Karşılaştırılması	218
SONUÇ	222
KAYNAKÇA	241

KISALTMALAR

AD	Adalet Dergisi
Alman CK	Alman Ceza Kanunu
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
DÜ	Dicle Üniversitesi
E.	Esas
E.	Esas numarası
HAGB	Hükmün açıklanmasının geri bırakılması
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD	Hukuk Perspektifleri Dergisi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar numarası
K.	Karar
m.	Madde
MÜHFAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi	
s.	Sayfa
S.	Sayı
T	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
Y. 1.CD	Yargıtay 1. Ceza Dairesi
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA VE CEZANIN BELİRLENMESİ

1.1.CEZANIN TANIMI VE AMACI

İnsanlar her zaman bulundukları yerde birbirlerinin haklarını ihlale yönelik eylemler gerçekleştirmişler, bu durum da bu eylemlere karşı bir tepki gösterme ihtiyacını doğurmuştur². Hak ihlalleri sonucu ortaya çıkan haksız durum, hukuk düzeninin kişiler arasında oluşturduğu dengeyi bozmuştur; bu dengenin yeniden tesis edilmesi, ihlalleri bir yaptırımla karşılamak ile mümkündür³. Suç olarak ifade edilen bu ihlal, devletin karşılığında cezayı veya başkaca bir yaptırımı hukuki netice olarak belirttiği eylemdir⁴. Bu tanımdan hareketle ceza; kanunda antisosyal bir fiil⁵ olan ve suç olarak tanımlanan eylemlerin karşılığı olarak ve bu eylemlere tepki olarak devlet tarafından belirlenen ve uygulanan, uygulandığı kişilere acı ve ızdırap verici⁶ bir yaptırım türü olarak tanımlanabilir. Cezaların fiziksel olarak acı ve ızdırap veren bir yaptırım olma özelliği, toplumların gelişimiyle ters orantılı olacak şekilde azalmış olmasına rağmen⁷, cezaların sadece fiziksel değil ancak psikolojik olarak ızdırap verici özellikte olduğu bir gerçektir. Ceza, uygulandığı kişinin bizzatı şahsında etkilerini doğurur; cezanın, uygulandığı kişiye haz verdiği görülmüş değildir, bu yönüyle ceza ödülün zıttıdır⁸.

Ceza kötüdür ancak, daha büyük bir kötülüğü ortadan kaldırmak adına uygulandıklarında kabul edilebilirdir⁹. Kötü olmasına rağmen¹⁰ toplumsal düzeni

² Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 151.

³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 785.

⁴ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. 3**, Beta Basım Yayın, İstanbul 1989, s. 3.

⁵ Erem, **Genel Hükümler**, s. 151.

⁶ Erem, **Genel Hükümler**, s. 152; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 3**, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 4; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2019, s. 608; Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2017, s. 1117.

⁷ Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 3**, s. 4.

⁸ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2018, s. 411.

⁹ Jeremy Bentham, **Principles of Morals and Legislation**, Clarendon Press, 1879, s. 170; Hafızoğulları ve Özen, **Genel Hükümler**, s. 411.

korumak, bozulan düzeni yeniden tesis etmek adına, kaçınılmaz olduğu herkesçe kabul edilen¹¹ cezanın, yaptırımlar arasında en ağır sonuçları doğurabilme özelliği dolayısıyla son çare olarak¹² ve fail üzerindeki olumsuz etkileri de gözetilerek ölçülü¹³ uygulanması gerekir. Ceza, esas itibarıyla, suç teşkil eden fiilleri kusurlu bir irade ile işleyenler hakkında devlet eliyle uygulanır ve onları bazı yoksunluklara tabi kılar, sosyalleştirme amacına yöneliktir, ızdırap verici, korkutucu ve caydırıcıdır. Bu yönüyle, işlenen suç açısından geriye dönük olarak, gerçekleşen hukuki ihlali karşılamaya hizmet eder, başka suç işlenmesi tehlikesi açısından, yeni suçların işlenmesinin engellenmesi amacına hizmet eder.

Hukuk düzeni, hukuk kurallarının bireyler tarafından ihlal edilmesi durumunda resen veya ihlalden zarar gören kişilerin talebi üzerine bir reaksiyon verir; bu ihlallere ceza hukukunun tepkisi de cezalardır. Ceza, toplum kurallarına aykırı davranan bireyi, toplumun istediği gibi davranan birine dönüştürerek ve elindeki bazı haklardan yoksun bırakarak bireye yaptığı kötü olduğunu anlatmaya çalışır¹⁴. Cezanın diğer hukuk dallarındaki yaptırımlardan en temel farkı, cezalandırmanın otorite sahibi bir makam olan¹⁵ devlet tarafından yargı organları aracılığıyla uygulanıyor olması¹⁶ ve suç işleyen kişiye dayatılmasıdır¹⁷. Suçun işlenmesi ile birlikte devletin ceza verme yetkisi de doğmuş olur¹⁸ ve bu yetkinin

¹⁰ Ceza, kendisine uygulanan kişi tarafından kötü olarak algılanmasa bile, anayasal özgürlüklere müdahale oluşturması sebebiyle kötü bir karaktere sahiptir; bkn. Bernd- Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, 5. Auflage, Springer, Berlin 2019, s. 16.

¹¹ Erem, **Genel Hükümler**, s. 150; Hans- Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Duncker&Humblot, Berlin 1996, s. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2023, s. 547; Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 21.

¹² Baumann, s. 631; Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 3**, s. 2. s. 3; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 806.

¹³ Hans-Heinrich Jescheck, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman Ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, (Çev. Ayhan Önder), **İÜHF**, C. 48, S. 1-4, 1983 (479 – 493), s. 484.

¹⁴ A. Vedat Dilberoğlu, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 65, Sayı. 4, 2016, (1517-1544), s. 1519.

¹⁵ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019; s. 643.

¹⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 599; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 547; Akbulut, s. 806; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1116.

¹⁷ Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 15.

¹⁸ Önder, s. 3.

devlet tarafından uygulanamaması, failin cezanın mağdur tarafından verilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplum düzenini bozarak anarşiye neden olur¹⁹.

Cezanın amacı, hukuk düzeninin varlığının devamlılığına katkı sağlamak ve toplumsal düzeni yeniden tesis etmek, toplumdaki hukuk bilincini güçlendirmek²⁰, hukuki değerleri koruyarak²¹ suç işlenmesini önlemektir. Haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini gidermek²² ve işlenen suç dolayısıyla elde edilen ekonomik kazancın alınması²³ da cezanın amaçları arasında sayılabilir. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için devletin haklı olarak ceza yaptırımına başvurması gerekir.

Cezanın türleri veya infazı konusunda farklı sistemler ve yöntemler mevcut olsa da kamu düzeninin korunması için cezalandırmanın gerekliliği herkes tarafından onaylanan bir gerçektir²⁴. Bugün herkes tarafından kabul edilen, toplumsal düzeni bozarak insanların haklarına yönelik eylemlerin cezalandırılmasının zorunlu olduğudur. Devlet suç teşkil eden eylemler karşılığında zorunlu olarak ceza uygular. Cezalandırmanın haklı görülmesi, toplum halinde yaşamının bir gereği²⁵ olarak uygulanmasının zorunlu olmasından²⁶ ileri gelir. Günümüzde ceza yerine süresi belirsiz önlemlere²⁷ yer verilmesi veya uzlaştırma gibi alternatif ceza hukuku dışı yollarla uyuşmazlıkların çözülmesi gibi imkanların artırılması yönünde bir eğilim vardır. Ancak bu yollar adaletin tecellisi açısından sorunlara sebep olabileceği gibi cezalandırmanın önleme amacının gerçekleşmesine de mani olabilir²⁸.

Suç işleyen bireye ceza verilmesinin kaçınılmaz ve zorunlu olduğunun kabulünün ardından, cezaların hangi amaca hizmet etmek amacıyla verileceği hususu tartışılmalı ve cezanın amacını tespiti yönelik teoriler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Cezaların amacını ortaya koyabilmek için ortaya atılan teoriler; mutlak

¹⁹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 26.

²⁰ Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ağustos 2019, s. 74.

²¹ Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Eylül 2018, s. 31.

²² Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 785; Akbulut, s. 32.

²³ Akbulut, s. 32.

²⁴ Erem, **Genel Hükümler**, s. 150; Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir 2001, (337-372), s. 337; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 785; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 539; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1120.

²⁵ Erem, **Genel Hükümler**, s. 150.

²⁶ Önder, s. 7. Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 3**, s. 2.

²⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 539.

²⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 539.

teoriler ve nispi teoriler olarak gruplandırılabilir. Bu teorilerin harmanlanması sonucu ortaya çıkan bir diğer teori olarak karma teori de bu gruplandırmaya dahil edilebilir.

Cezanın amacını açıklamaya çalışan *mutlak teoriler*, aslında cezanın verilmesini tek başına bir amaç²⁹ olarak görmekte, suçluyu değil suçu esas almaktadır³⁰. Bu teorilere göre, ceza geçmişte yapılan kötü bir eyleme karşı, kötü eylemle orantılı bir şekilde uygulanır³¹, uygulanmasındaki yegane amaç da toplumsal düzeni olumsuz etkilemiş olmasıdır; başkaca bir amaç aranmasına gerek yoktur³². Cezalandırmada herhangi bir yarar beklentisi olmaksızın³³, cezalandırılması müstahak³⁴ olduğu için suçlu cezalandırılmalı, suçlunun bu kötü fiili cezasız bırakılmamalıdır³⁵. Cezalandırılan birey, toplum açısından zararsızlaştırılmış, işlediği suç dolayısıyla meydana getirdiği zararı gidermiş yani kefareti ödemiştir³⁶. *Kefaret teorisi* olarak ifade edilen bu görüş, cezanın amacını açıklayan en eski görüştür³⁷. Kefaret, işlenen suçtan dolayı edinilen günahı arınmayı, toplumla arasındaki hesabı kapatmayı ifade etmektedir³⁸. Bu hesap, birey tarafından değil, bireyin öç alma hakkını devrettiği devlet tarafından uygulanmaktadır³⁹. Kefareti dinî esaslar dahilinde açıklayanlar, Tanrı'nın temsilcisi olan devlet tarafından bu kefaretin ödetilmesini isterken ahlaki değerler dahilinde açıklayanlar ise cezayı ahlaki bir zaruret olarak görür ve toplum düzenini yeniden tesis etmek için kefaretin ödetilmesini ister⁴⁰. Mutlak teoriler içindeki bir diğer görüş olan *adalet teorisi*,

²⁹ Önder, s. 9; Centel, s. 337; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 548; Zafer, s. 608; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 616.

³⁰ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 600.

³¹ Ali Rıza Çınar, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 10; Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Savaş Yayınları, Ankara 2010, s. 39.

³² Önder, s. 9-10; Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 19; Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 600; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 40.

³³ Claus Roxin ve Luis Greco, **Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, C.H. Beck, Berlin 2020, s. 129; George Freund, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer, 2. Auflage, Marburg 2009, s. 2.

³⁴ Kayıhan İçel, **Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s. 31.

³⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 548; Soyaslan, s. 27; Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 600. Freund, s. 2.

³⁶ Önder, s. 9; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1120.

³⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 548; Soyaslan, s.27.

³⁸ Centel, s. 338; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 548; Zafer, s. 608; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 616.

³⁹ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 600; Roxin ve Greco, s. 129.

⁴⁰ Önder, s. 9.

cezanın adalet duygusunu tatmin etmek amacıyla verildiğini savunan⁴¹ görüştür. Bu görüşe göre, adaletin yerini bulması için⁴² ceza verilmelidir. Söz konusu teoriler, geçmişe yönelik olmaları sebebiyle, suç işleyen failin tekrar suç işleyip işlememesi, yaptığı kötülüğün farkına varıp varmamasını önemsememekte; cezanın faile ya da topluma herhangi bir yararı olmayacaksa bile sırf ceza vermek için ceza verilmesini savunmaktadır⁴³ Bu teoriler, sadece ceza verilmesinin zorunlu bir husus olarak görülmesi sebebiyle, cezanın ne zaman ve hangi koşullar altında verilmesi gerektiğini ya da cezaların içeriğini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır⁴⁴.

Cezalandırmanın, devletin kefaret şeklinde ortaya çıkan ilkel öç alma tepkisinin ötesinde, gelecekte suç işlenmesinin önüne geçilmesi amacının öneminin anlaşılması üzerine⁴⁵ cezanın amacı *nispi teoriler* olarak da ifade edilen önleme teorileri ile açıklanmaya başlanmıştır. Nitekim günümüzde anayasal sınırlamalar göz önünde bulundurulduğunda, mutlak teorilerin açıkladığı gibi, amaçsız ve yararsız ceza verilmesi anlayışını savunmak mümkün değildir⁴⁶. Nispi teoriler, cezayı amaç olarak değil, suç işlenmesini önlemeye yarayan bir araç olarak nitelendirirler. Mutlak teorilerin aksine suçu değil suçluyu esas alarak cezalandırmanın amacını ortaya koymaya çalışır⁴⁷. Cezalandırmada amaç, bireye yaptığını ödetmek değil, suç işlenmesini önlemektir. Zira geçmişe yönelik ceza vermenin eylemi telafiden çok uzak olduğunu kabul gerekir; “*çocuk kuyuya zaten düşmüştür, katili cezalandırmak maktulü hayata döndürmeyecektir.*”⁴⁸. Yani suç işleyen bireyin veya toplumun üzerinde etki oluşturarak suçu önleme amaçlanır⁴⁹. Ceza geleceğe yöneliktir; cezanın tek amacı toplum düzeninin korumak adına suç işlenmesini önlemektir ve suç işleme olasılığını ortadan kaldırmaktır⁵⁰. Önemli olan suç işleyen bireyin gelecekte aynı ya da benzeri bir davranışı tekrarlamamasıdır. Ceza, eğer faydalı olacaksa

⁴¹ Centel, s. 338; Zafer, s. 608.

⁴² Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 18; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 549; Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 600.

⁴³ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 616.

⁴⁴ Centel, s. 338; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 549; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 617.

⁴⁵ Mahmutoğlu ve Karadeniz, s. 1120.

⁴⁶ Roxin ve Greco, s. 133; Freund, s. 2.

⁴⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 601.

⁴⁸ Freund, s. 3.

⁴⁹ Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 21; Beccaria, s. 69- 70; Özbek Doğan ve Bacaksız, s. 600.

⁵⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 543.

başvurulabilecek bir yol olmalıdır, bu yönüyle, faydacı teori olarak da adlandırılabilir⁵¹.

Nispi teorilerden ilki olan *genel önleme teorisine* göre ceza ile amaçlanan, suç işleyen bireyin cezalandırıldığını gören kişilerin, bu durumdan ders alarak, cezalandırılmamak için suç işlemekten kaçınmasını sağlamaktır. Buna göre, ceza diğer kimseler bakımından ibret⁵² teşkil edecek, psikolojik bir zorlama yaratacak⁵³ ve bu sayede potansiyel failler suç işlememeyi tercih edeceklerdir; bu sayede suç işleyenin cezalandırılacağı düşüncesi toplumu suç işlenmesinden koruyacaktır⁵⁴. Cezanın kanunda öngörülmesi ile sağlanan korkutucu etki, cezanın çiğnenemezliği ve infaz edileceği inancıyla birlikte suçun işlenmesini önleyecektir⁵⁵. Ancak ceza tehdidi, zamanı geldiğinde gerçekten uygulandığında korkutucu ya da caydırıcı etkisinden söz edilebilir; bu sebeple sözgelimi af kurumu, ceza ile korkutmanın etkisini azaltabilir⁵⁶. Genel önleme teorisine yönelik en temel eleştiri, bireyin başkaları için cezalandırılması fikrinin savunulamayacağıdır; çünkü bu şekilde insan cezanın amacının aracı haline gelir⁵⁷. Genel önleme teorisi potansiyel suçluları suç işlemekten kaçınmayı amaçladığı için daha ağır ve şiddetli cezalar söz konusu olmaktadır⁵⁸. Günümüzde bunun yansıması olarak, suç işleme oranının artmasıyla paralel olarak cezaları artırma eğilimi söz konusu olmakta; suç işlenmesinin önüne geçilmesi ve potansiyel faillerin korkması için daha ağır cezalar verilmesi gerekliliği kabul görmektedir⁵⁹. Oysa cezaların artırılmasının suç işlenmesinin önlenmesine etkisinin muhakkak olduğu söylenemez. Söz gelimi son yıllarda Türkiye’de cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve uyuşturucu suçlarında, bu amaçla cezaların kademeli olarak artırılması, suç işleme oranlarında düşüş sağlamamıştır.

Suçun işlenmesinin önlenmesine dönük bir diğer nispi teori *özel önleme* teorisidir. Buna göre ceza ile amaçlanan, suç işleyen bireyin ıslahını sağlayarak

⁵¹ Özbek vd., s. 621.

⁵² Hakeri, s. 2.

⁵³ Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 22.

⁵⁴ Centel, s. 345; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 549; Zafer, s. 498.

⁵⁵ Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, s. 22; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 618.

⁵⁶ Hakeri, s. 3.

⁵⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 544.

⁵⁸ Fayyaz Gölcüklü, **Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)**, Sevinç Matbaası, 1966, s. 19; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 618; Centel, s. 345.

⁵⁹ Centel, s. 346.

tekrar suç işlemeyeceğinden emin olmaktır. Buna göre ceza bireye, kusuru ile orantılı olarak değil, onu readaptasyon yoluyla topluma yeniden kazandıracak ölçüde verilir⁶⁰. Suç işleyen bireyin toplum için zararsızlaştırılması amaçlanır ve bireyin zararsız hale getirilmesiyle de yetinilmeyerek onu ıslah etmeye çalışılır⁶¹. Nitekim Platon'un belirttiği gibi, “*kişi günah işlediği için günah işlemesin diye cezalandırılır*”.⁶² Fail cezayı, işleyebileceği suçları işlemekten alıkoymak için bir uyarı olarak algılanmalıdır⁶³. Yani cezanın amacı, iyileşme eğiliminde olabilecek failleri, bu eğilimi göstermeyen diğer suçlulardan ayırarak toplum için zararsız hale getirip readapte etmektir⁶⁴. Özel önleme teorisine yönelik en temel eleştiri, suç işleyen bireyin yeniden sosyalleşmesi anına kadar verilecek olan cezanın, devleti belirsiz süreli cezaya yöneltme ihtimalidir⁶⁵. Aynı zamanda cezanın amacının sadece suç işleyen bireyin bir daha suç işlemesini önlemek olarak kabul edilmesi durumunda, tekrar suç işleme ihtimali olmayan faile ceza da verilmeyecektir⁶⁶. Bu durum da suçların cezasız kalması sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple hangi durumlarda ceza verilmesinin gerekli olduğuna ilişkin sınırların belirlenmesi önemlidir⁶⁷.

Günümüzde hem mutlak hem de nispi teorilere birlikte ihtiyaç duyulduğu, bu sebeple bu teorileri harmanlamak suretiyle cezanın amacının tespit edilmesi gerektiği görüşü hakimdir. Karma teori olarak adlandırılan bu teoriler, cezanın sayılan amaçlarından sadece birinin değil hepsinin cezanın amaçları arasında olduğunu benimseyen anlayıştır. Buna göre ceza, hem suç işleyen bireye yaptığını ödetme amacıyla uygulanır hem de suçun genel ve özel önleme amacına hizmet eder. Nitekim ceza kefarete ve suçun önlenmesine hizmet ettiği için yani yararlı olduğu için uygulanır⁶⁸. Karma teoriye göre ceza; hem kefarete ve hem de önleme amacını taşımaktadır. Bu yönüyle cezanın amaçları; kefarete (ödetme, kısas) ile genel önleme

⁶⁰ Zafer, s. 498; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 73.

⁶¹ Özbek ve Diğerleri, s. 602; Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 694-695.

⁶² Roxin ve Greco, s. 134.

⁶³ Jescheck, s. 5.

⁶⁴ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 619.

⁶⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 544.

⁶⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 544.

⁶⁷ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 619.

⁶⁸ Zafer, s. 498.

(korkutma) ve özel önleme (topluma yeniden kazandırma)'yi içerecek biçimde önleme olmalıdır.

TCK, kanunun amacını; *“kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek”* olarak ifade etmiştir (TCK m. 1). TCK'ya göre; suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin *ağırlığıyla orantılı* ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunacaktır (TCK m. 3/1). TCK, cezalandırmanın amacını suçun önlenmesi olarak belirlemiş olup bu önleme, nispi teorilerden hem genel önlemeyi hem özel önlemeyi kapsamaktadır. Ancak cezanın bireyselleştirilmesi bakımından cezaların alt ve üst aralıklarının geniş tutulması yoluyla faile tehlikeliliği ile orantılı bir ceza verilmesi ilkesinin benimsenmiş olması, cezanın özel önleme amacının ön planda tutulduğunu gösterir niteliktedir⁶⁹. Yine fiilin ağırlığı ile orantılı ceza verilmesinin sağlanması ile mağdurun zararının da dikkate alınması, ceza ile mağdurun öç alma duygusunun da tatminin de amaçlandığı görülmektedir⁷⁰.

TCK m. 3, cezalandırmanın faili topluma yeniden kazandırma amacından söz etmemektedir. Ancak 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nda cezalandırmanın amaçları arasında readaptasyonun da yer aldığı görülmektedir. Hükme göre; *“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.”* (CGTİHK m. 3). Söz konusu hükümde açıkça cezanın infazının genel ve özel önlemeyi sağlamak olduğu belirtilmiştir.

1.2.CEZANIN ÖZELLİKLERİ

Cezanın taşınması gereken temel özellikler, doktrinde ve uygulamada tartışılarak ortaya konulmuştur. Buna göre ceza; kanuni olmalı, eşit olmalı, şahsi olmalı, insan onuruyla bağdaşır olmalı, suçun ağırlığıyla ölçülü olmalı, bireyselleştirilebilmeli, bölünebilir olmalı, telafi edilebilir olmalı, ıslah edici,

⁶⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 560;

⁷⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 552.

caydırıcı ve ibret verici olmalı, devlete ve taraflara mümkün olduğu kadar az yük getirmeli, bir yargı kararıyla hükmedilmeli ve son çare olmalıdır.

Suçların nasıl cezalandırılacağını sadece kanunlar belirler (TCK m. 2). Çağdaş ceza hukukunun en önemli ilkelerinin başında kanunilik ilkesi gelir. Ceza mutlaka kanunda düzenlenmiş olmalıdır. Suçların kanuniliği ilkesi, suç genel teorisinin; cezaların kanuniliği ilkesi ise yaptırım teorisinin temel ilkelerindendir⁷¹. Latince “Nullum crimen sine lege” ve “Nulla poena sine lege” olarak ifade edilen “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi hukukun egemen olduğu tüm demokratik ülkelerce kabul edilmiş ve yasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7’ye göre, “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” (AİHS m. 7/1, 2). Yine AY m. 38’e göre, “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.” (AY m. 38/1, 2, 3).

TCK m. 2’ye göre “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”. Söz konusu maddenin gerekçesinde ise, “Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir

⁷¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555.

şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.” şeklinde belirtilmiştir. O halde, suç karşılığında verilecek ceza, kanunda gösterilmiş olmalıdır ve yine kanunda belirtilmemiş cezalar artırılmaz veya azaltılamaz. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak aynı suçu işleyen herkese aynı cezanın verilmesi gerekir; yine eşitlik ilkesi, aynı ya da benzer durumda olanların aynı hukuki işlemleri görmeleri gerektiğini de içerir⁷². Buradaki eşitlikten kasıt, kanun önünde eşitliktir.

AY m. 10’a göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” (AY m. 10/1, 4, 5). TCK m. 3’e göre, “Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.” (TCK m. 3/ 2). Eşitlik ile kastedilen, yasada öngörülen soyut cezaların herkes için eşit olmasıdır⁷³. Söz konusu maddenin gerekçesinde⁷⁴, cezanın eşit olması niteliğinin, cezanın insani olması niteliğiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Çağdaş maddi ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri suç ve cezanın şahsiliği ilkesidir. Ceza, sadece o suçu işleyen kişiye uygulanmalıdır⁷⁵. Bu yönüyle günümüz ceza sistemimizde, mümkün olduğu kadarıyla, kişiye yalnızca kendi

⁷² Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555.

⁷³ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555.

⁷⁴ TCK m. 3’ün gerekçesi: “Geçmişte ve günümüzde, insanın ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarından. Ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılık ise insana yönelik yapılan en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler insanlık tarihinde unutulamayacak acı izler bırakmıştır. İşte bu nedenlerdir ki insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda ifade edilen eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliğe sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir.”

⁷⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 623.

hukuka aykırı davranışı nedeniyle ve yalnızca kendisi üzerinde etki edecek cezaların belirlenerek uygulanması amaçlanmıştır⁷⁶. AY m. 38/ 7'ye ve bu hükmün bir gereği olarak düzenlenen⁷⁷ TCK m. 20'ye göre ceza sorumluluğu şahsidir. AYM, bir kararında cezaların şahsiliğini şöyle tanımlamıştır: *“Ceza sorumluluğunun şahsi olması; suçu işleyen failin/faillerin cezadan bizzat sorumlu olması, failin/faillerin dışındaki kişilere doğrudan doğruya bu sorumluluğun yüklenmemesi ve cezalandırılmaması demektir. Mevcut yasal düzenlemelere göre bu ilke; kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin ya da kanunlarda istenmeyen durum olarak belirlenmiş hale neden olan kişinin, kusur ile hareketi arasında illiyet bağı olması halinde bizzat cezalandırılması şeklinde kabul edilmektedir. Cezanın şahsiliği ilkesi, cezada kollektif sorumluluk ilkesinin yerine geçmiştir. Cezalandırmada kollektif sorumluluk ilkesi, kusurluluk ilkesi ile yakından ilgilidir. 13 yy da cezalandırmada kusurun önem kazanmasıyla birlikte şahsilik ilkesi de ön plana çıkmaya başlamıştır. Fransız ihtilali sonrasında şahsilik ilkesi hukukumuzda yansımıştır. Evrensel bir ceza hukuku normu olan şahsilik ilkesinin korunması için kanun koyucu suçludan başkasına ceza öngören kanun yapmamak ya da bu tür düzenlemeleri kanunlardan çıkartmakla görevlidir.”*⁷⁸

Ceza, suçlu yönünden etkili olmalı ve zorunlu bir takım zorunlu haller haricinde suç işlemeyen kişiler üzerinde etki göstermemelidir⁷⁹. Ancak pek tabii hürriyeti bağlayıcı cezaların, fail ile birlikte ailesini de maddi ve manevi olarak olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmaz olacaktır.

Ceza; adil, ahlaki ve insan onuruyla bağdaşır bir nitelikte olmalıdır⁸⁰. Ceza, niteliği itibariyle bedenî ceza niteliği taşıyamaz. *“Bir cezanın adil olması için, insanları sadece suç işlemekten caydıracak derecede ağır olması yeterlidir.”*⁸¹. Bu durum 2. Dünya Savaşı sonrasında, 20. yüzyılın ikinci yarısında yapılan birtakım

⁷⁶ Dilberoğlu, “Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, s. 38.

⁷⁷ TCK m. 20 gerekçesi.

⁷⁸ AYM, E. 2003/97, K. 2006/115, T. 21.12.2006, RG Tarih/Sayısı: 22.03.2007/26470.

⁷⁹ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s. 579.

⁸⁰ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 621; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74; Özbek ve Diğerleri, s. 623; Dilberoğlu, “Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, s. 40.

⁸¹ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2016, s. 139.

uluslararası belgelerde de çeşitli şekillerde vurgulanmıştır⁸². Nitekim 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması⁸³, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁸⁴, 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁸⁵ ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁸⁶ gibi birtakım uluslararası belgelerde insan onuru, insan haklarının temeli olarak nitelendirilmiştir⁸⁷. Çağdaş hukuk sistemlerinde, insan onuruyla bağdaşır görülmediğinden, suç işleyen faile; aleni dayak cezası, hadım edilme, dağlanma veya elinin kesilmesi gibi cezalar yer almaz⁸⁸.

Ceza, suçun ağırlığıyla ölçülü (orantılı) olmalıdır. TCK m. 3'e göre *"Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* (TCK m. 3/1). Söz konusu maddenin gerekçesine göre, *"Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir."*

Cezanın orantılı olması; daha değerli bir hakkı ihlal eden suç için öngörülen cezanın, daha az değerli bir hakkı ihlal eden suç için öngörülen cezadan daha şiddetli olması gerekir⁸⁹. Örneğin, kişi hak ve hürriyetini koruma altına alan bir düzenlemenin ihlali için belirlenen bir ceza, mala karşı işlenen bir suçun cezasına göre daha ağır bir biçimde cezalandırılmalıdır⁹⁰. Nitekim Yargıtay'a göre *"Ekonomik suçlarla mücadele konusunda en etkin silah, yine ekonomik, mali ve idari tedbir ve*

⁸² Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 621; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74.

⁸³ Antlaşma'nın Giriş Notu'nda insan onurunun korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

⁸⁴ Bildirge'nin Başlangıç bölümü, m. 1, ve m. 12'de, insan onuru devredilemez bir hak olarak belirtilmekte ve önemi vurgulanmaktadır.

⁸⁵ Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde, insanlık onurunun eşitlik, adalet ve barışın temeli olduğu belirtilmektedir.

⁸⁶ Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde, insan haklarının insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediği vurgulanmaktadır.

⁸⁷ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yıldırım Sak, "Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, Haziran-Temmuz 2017, (179-208), s. 185 vd.

⁸⁸ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74; Demirbaş, **Ceza Hukuku**, s. 579.

⁸⁹ Ece Çetin, "Cezanın Amaçları İyi Bir Cezada Bulunması Gerekli Nitelikler", **İzmir Barosu Dergisi**, , Eylül 2020, (291-327), s. 316.

⁹⁰ Çetin, s. 316.

*müeyyidelerdir. Hapis cezası ise son çare sayılmak gerekir.”*⁹¹. Ancak bu kabul günümüzde anlamsızlaşmış, ekonomik çıkar amaçlı suçlarda meydana gelen artış ve bu suçların uluslararası bir boyut kazanması bu suçlara hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesi zorunluluğunu doğurmuştur⁹².

Bir cezanın, kendisinden beklenen etkiyi yaratabilmesi için cezanın sebep olduğu acının sağladığı yarardan çok olması yeterlidir. Acının çokluğunun içinde cezanın kaçınılmazlığını ve suçtan elde edilen yararın yok olabileceğinin de hesap edilmesi gerekir; bunun ötesinde verilen her ceza fazladır, faydasızdır ve zorbalıktır⁹³.

Çağdaş hukuk sistemlerinde, cezanın bir diğer önemli özelliği, bireyselleştirilebilmesidir. Kanunda tanımlanan ceza, failin kişiliğine ve suçun işleniş şekline göre alt ve üst sınırlar içinde belirlenmelidir ve faile uydurulmalıdır. Cezanın bireyselleştirilmesi, orantılılık ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim bireye uydurulan ceza, o fail bakımından en uygun, cezanın amacına en çok hizmet eden ceza olmalıdır; ancak bu şekilde belirlenen cezanın adil ve orantılı bir ceza olduğu söylenebilir⁹⁴.

Para ve hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından, verilecek ceza bölünebilir nitelikte olmalıdır. Cezanın bireyselleştirilebilmesi için; öncelikle failin kusuru, fiilin ağırlığı olmak üzere diğer unsurların da göz önüne alınması suretiyle cezanın belirlenebilmesi, ancak cezanın bölünebilir olması halinde mümkündür⁹⁵.

Ceza, sonuçları yönünden tamir edilebilmeli ve geri alınabilmelidir⁹⁶. Diğer bir ifadeyle ceza, geri alınabilir ve düzeltilebilir olmalıdır⁹⁷. Adli sistem ne kadar iyi çalışırsa çalışsın, bir takım adli hatalar ortaya çıkacaktır. Adli sistemdeki dosya sayısının fazlalığı ve işleyişteki usuli aksaklıklar; hataları beraberinde getirmektedir. İşte bu itibarla cezalar, sonuçları yönünden, söz konusu adli hataları giderebilir

⁹¹ YCGK, E. 2000/7-3, K. 2000/32, T. 22.02.2000.

⁹² Veli Özer Özbek, **Ekonomi Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 56.

⁹³ Beccaria, s. 131.

⁹⁴ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Gießen 2014, s. 35.

⁹⁵ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 621; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74.

⁹⁶ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 621; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 74.

⁹⁷ Özbek Doğan ve Bacaksız, s. 603.

nitelikte olmalıdır. Doktrinde ölüm cezaları, adli hata ihtimalini ortadan kaldırdığı için şiddetle eleştirilmektedir. Aynı şekilde, hürriyeti bağlayıcı cezalar için de aynı sorunun var olduğunu kabul etmek gerekir. Buradan hareketle, sonuçlarını telafi etmek bakımından en uygun ceza, para cezasıdır. Hapis cezasının dahi, hataen verildiği anlaşıldığında, telafi edilmesi zor görünmektedir. Ölüm cezasının yürürlükteyken dahi uygulanmamasının en temel nedeni de telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurmasıydı. Bu nedenledir ki ceza muhakemesi sistemi şüpheden sanık yararlanır ilkesini kabul etmek suretiyle, kişinin cezalandırılabilmesi için suçu işlediğini sabit olmasını şart koşmaktadır. En ufak bir şüphenin bulunması failin cezalandırılmasını engeller, bu durum cezaların telafisinin zor olması ile doğrudan ilişkilidir.

Cezanın niteliklerinden bir diğeri, genel önleme amacına uygun olmasıdır; cezadaki potansiyel faillere dönük korkutucu özellik, topluma belirli ölçülerde yansımaktadır⁹⁸. Bu itibarla ceza, amacı bakımından etkili olmalıdır⁹⁹. Yani, cezanın uyandırdığı korku, suç işleme eğiliminde olanları suçtan caydırmalı ve ibret verici olmalıdır¹⁰⁰. Aynı zamanda ceza, ıslah edici olmalı¹⁰¹, yani faili tekrar suç işlemekten alıkoymalıdır¹⁰².

Cezanın amacı, ceza türleri arasında herhangi birinin uygulanması ile gerçekleştirilecekse, devlet, bu amaca en az masrafla ulaşabileceği ceza türünü

⁹⁸ İçel ve Donay, s. 13; Dilberoğlu, “Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, s. 42.

⁹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555, Özbek ve Diğerleri, s. 603.

¹⁰⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555.

¹⁰¹ “Tarihsel gelişime baktığımızda karşımıza cezalandırıcı adalet, ıslah edici adalet, onarıcı ve dönüştürücü adalet olmak üzere dört ceza adaleti anlayışı çıkmaktadır. Suçun failine acı vermeyi temel amaç sayan, “cezalandırıcı adalet” anlayışı 18. yüzyıl sonlarında etkinliğini yitirirken, suçluyu ıslah ederek topluma yeniden kazandırmayı amaçlayan ve bu amacı gerçekleştirmek üzere cezaevlerini araç olarak kullanan “ıslah edici adalet anlayışı” 20. yüzyılın sonuna kadar etkinliğini korumuştur. 21. yüzyıl adalet anlayışında ise, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesi fikri ön plana çıkmış bulunmaktadır. Bu amaçla ceza muhakemesinin tüm evrelerinde mağdura bir kısım haklar ve yetkiler tanınması öngörülmüş, suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli görülmemeyerek mağdurun zararının onarılması istenmiştir. ‘Onarıcı adalet’ olarak adlandırılan bu felsefe dünyada hakim konuma gelmiştir. Hatta günümüzde artık onarıcı adaletin bir adım ötesi “dönüştürücü adalet fikri tartışılmaya başlanmıştır. Bu görüşe göre; bir oluştan başka bir oluştan geçiş, bu geçiş yıkıp yeniden yapma değil, mevcut olana olumlu katkıda bulunarak faili suç dışı bir hayata kanallandırmak demektir. Buna kısaca yanlışlık yapanı doğru yola sevk etme, kötüyü iyiye dönüştürme süreci de denir.” YCGK, E. 2013/14-575, K. 2014/76, T. 18.02.2014.

¹⁰² Centel, Zafer ve Çakmut, s. 555.

seçmelidir¹⁰³. Diğer bir ifadeyle ceza, devlete az yük getirmelidir¹⁰⁴. Bu itibarla örneğin, para cezalarının etkili olabileceği basit suçlarda, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezalardan kaçınmak gerekecektir¹⁰⁵. Bununla birlikte cezaların davanın tarafları açısından da en az giderle sonuçlanması gerekir. Nitekim AY m. 141'e göre *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."*

Ceza; yargı organları tarafından verilir. Diğer bir ifadeyle cezaya bir yargı kararıyla hükmedilir. Tabiidir ki bu hüküm, infaz edilebilir nitelikte olmalıdır¹⁰⁶. Fail ya da suçlu için cezaya hükmedilebilmesi; failin suçlu olduğunun tespit edilmesi ve bu tespite göre cezaya ehil olduğunun ortaya konulması sonucunda mümkün olacaktır.

Genel olarak ceza, özel olarak hapis cezası son çare olarak uygulanmalıdır. Cezanın amacını açıklamaya yönelik karma teorilere göre cezanın amacı; genel önleme (korkutma-önleme), özel önleme (korkutma-uslandırma)dir¹⁰⁷, bu itibarla hakim, söz konusu somut olayı değerlendirilmeli bu amaçlar doğrultusunda cezaya son çare olarak hükmetmelidir. Bununla birlikte hapis cezası niteliği itibarıyla en ağır cezalandırma yöntemi olduğu için hapis cezasına da en son çare olarak başvurmak gerekir¹⁰⁸. Cezaların son çare olarak uygulanacağı gerek mevzuatta¹⁰⁹ gerek yargı kararlarında¹¹⁰ belirtilmektedir.

1.3.CEZANIN TÜRLERİ

Ceza kanunları yaptırımlar bakımından tek izlilik veya iki izlilik sistemini benimseyebilirler¹¹¹. Tek izlilik sisteminde suç karşılığında ceza ve güvenlik

¹⁰³ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 622; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 75.

¹⁰⁴ Özbek Doğan ve Bacaksız, s. 603.

¹⁰⁵ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 622; Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 75.

¹⁰⁶ Özbek Doğan ve Bacaksız, s. 603.

¹⁰⁷ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 622.

¹⁰⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 556.

¹⁰⁹ "Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması ilkeleri gözetilir." (5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 4/ 1- i).

¹¹⁰ "Demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir." (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 27.1.2014 tarih ve E. 2012/24272, K. 2014/2145 sayılı kararı).

¹¹¹ Zafer, s. 495.

tedbirlerinden sadece birinin uygulanması öngörülürken; iki izlilik sisteminde, hukuk sistemi hem cezalara hem güvenlik tedbirlerine yer verir. Bu sistemi kabul eden ülkelerde, güvenlik tedbirleri, cezalarla birlikte veya seçimlik olarak ya da cezalara alternatif olarak öngörülebirlirler. Ceza hukukunda üçüncü iz olarak mağdurun korunmasını amaçlayan hükümler de mevcuttur¹¹². Türk ceza hukukunda ikilik sistemi benimsenmektedir¹¹³.

Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının üçüncü kısım, yaptırımlar başlığını taşımakta ve bu kısım altında cezalar ve güvenlik tedbirleri düzenlenmektedir. Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır (TCK m. 45). Hapis cezası ise ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olarak ayrıma tabi tutulmuştur (m. 46). Güvenlik tedbirleri ise kanunun 53 ila 60. maddelerinde düzenlenmektedir¹¹⁴.

1.3.1.Genel Olarak

Ceza hukuku yaptırım sitemi içinde cezalar, hapis cezaları ve adli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılır. Ölüm cezası¹¹⁵ hukuk sitemimizde yer almamaktadır¹¹⁶.

1.3.2.Hapis Cezası

Hapis cezası, Türk Ceza Kanunu'nda, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olarak sınıflandırılmaktadır (m. 46).

¹¹² Zafer, s. 496.

¹¹³ Zafer, s. 496; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, Eylül 2023, s. 449.

¹¹⁴ TCK'da öngörülen güvenlik tedbirleri: Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK m.53), eşya müsadere (TCK m.54), kazanç müsadere (TCK m.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m.56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m.57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular (TCK m.58), sınır dışı edilme (TCK m.59), tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (TCK m.60).

¹¹⁵ Türk Hukukunda ölüm cezasının tarihçesi ve Türk Ceza Kanunu ve diğer cezai hükümler içeren kanunlarda hangi suçlar karşılığında ölüm cezasının yaptırım olarak belirlendiği hakkında detaylı bilgi için bkz. Beyhan K., Kayatekin, "Türk Hukukunda Ölüm Cezası", **TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı (ARMER)**, 2020, <https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar> (Erişim Tarihi: 23.02.2023), s. 3 vd.

¹¹⁶ Ölüm cezası 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile kaldırılmıştır. İlgili Kanun için bkn. RG. Yayımlandığı Tarih/ Sayı: 21.07.2004/ 25529.

1.3.2.1.Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezası

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, hükümlü şahsın ömrü boyunca sürer, kanun ve Cumhurbaşkanı tarafından yapılan yönetmelikte gösterilen sıkı bir güvenlik rejimine göre yerine getirilir (TCK m. 47). Hükümlünün hayatı boyunca devam edeceği kanunda belirtilen bir diğer yaptırım müebbet hapis cezasıdır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, ölüm cezasının kaldırılması ile birlikte, daha önceki kanunda ölüm cezası öngörölmüş olan suçların karşılığı olarak yeni bir yaptırım belirlenmesi ihtiyacı ile hukuk düzenimize girmiştir. Müebbet hapis cezasından farkı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGTİHK) ve ilgili yönetmelikte düzenlenen sıkı bir güvenlik rejimine göre çektilrilmesidir¹¹⁷.

Müebbet yani ömür boyu hapis cezası, aksi düzenlemelerden bağımsız olarak hüküm giyen kişi ölünceye kadar devam eder (TCK m. 48).

Müebbet hapis ve ağırlaştırılmış müebbet hapis gibi sabit cezalar, cezanın bireyselleştirilmesine imkan tanımayan cezalardır. Bu sebeple, hukuk sistemimizde çok sık bu tür sabit cezalara rastlanmamakta, suç karşılığında çoğunlukla alt ve üst sınırları olan süreli cezalar yer almaktadır.

1.3.2.2.Süreli Hapis Cezası

Süreli hapis cezası, kanunda ayrıca bir düzenleme söz konusu değilse bir aydan az olamayacağı gibi, yirmi yıldan fazla da olamaz (TCK m. 49/ 1). Kanunda uzun süreli hapis cezası tanımlanmamıştır. Ancak bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının kısa süreli hapis cezası olarak tanımlanmış olmasından hareketle (TCK m. 49/ 2), bir yıldan uzun süreli hapis cezasını da uzun süreli hapis cezası olarak tanımlayabiliriz. Kısa süreli hapis cezasının kanunda ayrıca tanımlanmasının sebebi, kısa süreli hapis cezalarına özgü birtakım düzenlemeler yapılmış olmasından kaynaklanır. Kısa süreli olarak düzenlenen hapis cezasının kanunda belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilmesi, TCK’da düzenlenen bir cezanın bireyselleştirilmesi

¹¹⁷ “Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezasının infazının nasıl olacağı CGTİHK m. 25’te ve 28/3/2020 tarih 2324 sayı ile 29/3/2020 tarih 31083 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik” te detaylı olarak düzenlenmektedir.

yoludur. CGTİHK ile de kısa süreli hapis cezasına özgü infaz usulleri¹¹⁸ düzenlenmiş olup; aynı şekilde bu usuller de cezanın infaz aşamasında bireyselleştirilmesi amacına hizmet eder.

1.3.3.Adli Para Cezası

Adli para cezası TCK m. 52’de düzenlenmektedir. Hükme göre, adli para cezası, en az beş gün, kanunda farklı bir düzenlemenin yapılmadığı hallerde en fazla yedi yüz otuz gün olarak uygulanır. Belirlenen bu tam gün sayısının, her bir günün bedeli olarak takdiren belirlenen tutar ile çarpılarak hesaplanmak suretiyle tespit edilen tutarın, hakkında hüküm verilmiş kişi tarafından Devlet Hazinesine ödenmesi ile ceza infaz olunmuş olur. Adli para cezası, kesinleşmesinin ardından hapis cezası gibi derhal infaz olunur¹¹⁹.

Belli dönemlerde güncellenmekle beraber, adli para cezalarında bir günün değeri en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olarak belirlenir (m. 52/ 2). Ancak 7499 Sayılı Kanun¹²⁰ m. 9 ile 1 Haziran 2024’te yürürlüğe girmek üzere bu değer en az yüz en fazla beş yüz Türk Lirası olarak belirlenecek şekilde değiştirilmiştir. Bu miktar adli para cezasına çarptırılan hükümlünün maddi durumu ve diğer bazı kişisel durumları göz önünde bulundurularak belirlenir ve ödenmesi için mehil verilmesi veya taksitlendirme söz konusu olabilir (m. 52/ 4). Hükümde adli para cezasının belirlenmesinde gözetilen tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak belirlenen miktar mutlaka ayrı ayrı gösterilir (m. 52/ 3).

1.4.CEZANIN BELİRLENMESİ

Maddi ceza hukukunda önemli bir yeri olan kanunilik ilkesi, elbette cezanın belirlenmesi hususunda da uygulamanı alanı bulacaktır. Kanunilik ilkesi TCK m.

¹¹⁸ Özel infaz usulleri CGTİHK m. 110’da detaylı düzenlenmektedir.

¹¹⁹ Adli para cezasının infazının geri bırakılmasına ilişkin ayrıksı düzenlemeler olabilir. Sözgelimi CGTİHK m. 118’e göre, “sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ayrık olmak üzere, askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı er ve erbaşlar ile yedek astsubay ve yedek subaylar hakkında kısa süreli hapis cezaları yerine hükmedilen Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yazılı tedbirler ile bu Kanunun 106 ncı maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamanaşımı işlemez.”

¹²⁰ 7499 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kabul Tarihi: 02/03/2024, Yayımlandığı RG Tarih/ Sayı: 12/03/2024/ 32487.

2’de¹²¹, AY m. 38’de¹²², AİHS m. 7’da¹²³ yer alan temel bir ceza hukuku ilkesidir. Cezanın belirlenmesine ilişkin kuralların kanunda düzenlenmesi gerekliliği bu ilkenin bir sonucudur. TCK m. 61/1’ de cezanın belirlenmesi sırasında hangi hususların değerlendirilebileceğini sıralamış, temel cezanın sadece bu hususlar çerçevesinde yapılabileceğini belirtmiştir. Hükmün devamında, belirlenen temel ceza üzerinden yapılacak indirimler ve artırımlar ile sonuç cezanın tespitine ilişkin kurallar getirilmiş, hatta adil bir ceza tayini için hangi indirimin hangi sırayla yapılacağı da kurala bağlanmıştır.

Cezanın belirlenmesi, ceza türünün ve ceza miktarının belirlenmesini gerektirir. Cezalar, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak kanunda belirlenir. Bu sayede kanunda gösterilen cezalardan başkaca cezaya hükmedilemeyeceği belirlenmiş olur. Bu belirlemenin ardından her suç tipinde, ilgili suç için hangi cezanın uygulanabileceği kanun koyucu tarafından ayrıca belirlenir. Bu belirleme tek bir ceza türünün belirlenmesi şeklinde olabileceği gibi, birden fazla türün birlikte veya seçimlik olarak belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda, cezanın belirlenmesi bakımından bir sonraki aşama, yani mahkemenin cezanın belirlenmesine ilişkin yapacağı değerlendirme ve kanunda yazılı kriterler çerçevesinde bir ceza belirlemesi aşaması gelir. Kanun tarafından yapılan belirleme, somut olaya özgü olmaması sebebiyle soyut; hakim her somut olay karşısında yaptığı değerlendirme ise somut belirlemeyi oluşturur. Soyut belirleme, herkese göre bir ceza belirlemesini, somut belirleme ise mahkeme tarafından somut olaydaki fail gözetilerek cezanın belirlenmesini ifade eder.

Cezanın bireyselleştirilmesi ihtiyacı, bu hususun, kanun koyucu tarafından cezanın soyut olarak belirlenmesi dahil, yasama ve yargılama aşamalarında göz

¹²¹ TCK m. 2: “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.”

¹²² AY m. 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.”

¹²³ AİHS m. 7: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

önünde bulundurulmasını gerektirmiştir¹²⁴. Hatta bu bireyselleştirme, yargılamanın tamamlanıp cezanın infazının başlanması aşamasında dahi devam eder. İnfaz edilecek ceza da, bu cezanın ne şekilde infaz edileceği de her kişi bakımından farklılık arz edebilir. Kanun CGTİHK’da, özel infaz usulleri¹²⁵ öngörmek suretiyle, bireyselleştirmeye infaz aşamasında da devam edileceğini hükme bağlamıştır.

1.4.1.Cezanın Belirlenmesinde Gözetilecek İlkeler

Cezanın belirlenmesinde gözetilecek ilkelerden ilki kanunilik ilkesidir. Cezanın soyut belirlenmesi, cezanın belirlenmesinin kanuni ayağını oluşturmaktadır. Cezalar; türleri ve gerek genel sınırı gerek her suç için öngörülen miktarları ile kanunda düzenlenir. Kanunun cezalar için belirlediği sınırlar, her suç için belirlediği

¹²⁴ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 136.

¹²⁵ Özel infaz usullerinin düzenlendiği CGTİHK m. 110’a göre; “(1) İnfaz hâkimi, hükümlünün talebi üzerine kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının; a) Her hafta cuma günleri saat 19.00’da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları, b) Hafta sonları hariç, her gün saat 19.00’da girmek ve ertesi gün saat 07.00’de çıkmak suretiyle geceleri, Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir. (2) Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere; a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl, b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl, c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yıl, veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. (3) Toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirlenen usule göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. (4) Doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Bu fıkra uyarınca talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş olması gerekir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infaz hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldırır. (5) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümleri uygulanır. Ancak, 105/A maddesi hükümleri uygulanmaz. (6) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir. (7) İnfaz hâkimi talep üzerine, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi sırasında bu usulün uygulanmasına son verebilir. Özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde ise bu usulün uygulanmasına son verilir ve bu hâlde infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilir. Özel infaz usulüne göre geçirilen süre, infaz aşamasında mahsup edilir. Bu fıkranın uygulandığı hâllerde 105/A maddesi hükümleri uygulanmaz. (8) Bu madde hükümlerine göre verilen kararlara itiraz yolu açıktır. (9) Üçüncü ve dördüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri; a) Terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar, b) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar, c) Adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler, d) Koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler, hakkında uygulanmaz. (10) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

ceza miktarları ya da hapis cezası/ adli para cezası seçeneklerinden hangisine, birlikte ya da seçenekli olarak karar verileceği hususunun temel amacı; ceza verilmesinin gerekli olduğuna kanaat getirildikten sonra hangi ceza verilirse cezalandırmanın amacına hizmet edileceğinin tespitidir. Somut ceza belirlenirken ve ceza bireye uydurulurken de bireyselleştirilen cezanın, cezalandırmanın amacına hizmet etmesi amaçlanır. Soyut belirleme ile gerçekleştirilemeyecek olan bireyselleştirilme, cezanın somut belirlenmesi yolu ile gerçekleştirilir ve bu belirleme ile failin hak ettiği ceza tespit edilmiş olur. Olması gereken cezadan kasıt, cezalandırmanın amacına hizmet eden, somut olayda suç işleyen faile uygun, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyen, belirlenmesine ilişkin hükümlerin kanunda açıkça düzenlendiği, eylem ile orantılı, artırılacağı veya indirileceği zaman gerekçelendirilebilir bir cezadır. Bu cezanın nasıl belirleneceğine ilişkin hususlar kanunda düzenlenirken, hakime bir hareket alanının tanınması da önemli bir husustur. Bunun sağlanabilmesi için alt ve üst sınırlı cezalar arasında verilecek cezayı hakimın takdirine bırakmak gerekir. Aksi halde ceza belirlenmiş olur ancak bireyselleştirilmiş olmaz. Alt ve üst sınır aralığının çok dar olması, hakimın cezayı belirlemesinde işini zorlaştırıcı etkiye sahiptir¹²⁶.

Kanunilik ilkesinin temel bir sonucu olarak, cezanın keyfî olarak belirlenmemesi gerekir¹²⁷. Keyfilikten kaçınma zorunluluğu, hukuki güvenliği beraberinde getirir¹²⁸ ve kişi özgürlüğünün keyfî müdahalelerle sınırlandırılması engellenmiş olur. Kanun koyucu, soyut cezayı belirleme konusunda mutlak değilse bile bir serbestiye sahiptir; cezanın amacına hizmet edecek şekilde ceza türlerini soyut olarak belirleyebilir. Kanunu uygulayacak olan mahkemenin de, soyut cezayı somutlaştırırken, kanundaki sınırlar içinde hareket etme mecburiyeti söz konusudur. Ancak bu sınırlar içinde belirleyecekleri somut cezanın yine cezanın amacına hizmet etmesi, faili ve failin cezalandırıldığını gören diğer kişileri suç işlemekten alıkoyabilecek bir ceza olması gerekir. Cezayı somutlaştıracak olan hakimın, keyfilikten uzaklaşabilmek adına empati ve anlayışla cezayı belirlemesi beklenir;

¹²⁶ Baumann, s. 667.

¹²⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 56.

¹²⁸ Zafer, s. 61.

nitekim ceza sadece matematiksel hesaplamalarla tespit edilemez, bu yüzden ki cezanın belirlenmesinin bir sanat olduğu ifade edilmektedir¹²⁹.

Kanunilik ilkesi gereği, her suçun karşılığı olarak, o suçun düzenlenmesi dolayısıyla yaptırımın da öngörülmüş olması mecburiyetinden ötürü, bir ceza ya da tedbir ilgili suç tanımında yer alır. Bu ceza, sabit bir ceza da olabileceği gibi alt ve üst sınırları olan farklılaştırılabilir bir ceza da olabilir. Kanunda sadece suçun düzenlenmesi ve bu suçun karşılığında herhangi bir yaptırımın düzenlenmemesi veya yaptırımı doğrudan ve takdiren hakimnin belirlemesi söz konusu değildir.

Cezalar, mahkeme tarafından somut olarak belirlenirken sürenin, eğer adli para cezası söz konusuysa miktarın hükümde zorunlu olarak gösterilmesi gerekir. Cezanın belirlenmesi hususunda en temel ilke, belirlenen ceza ile cezalandırmanın amacının sağlanmasıdır¹³⁰.

Kanunilik ilkesinin bir bölümünü belirlilik ilkesi oluştururken bir bölümünü de kıyas yasağı oluşturur. Belirlilik ilkesi; suçun tanımının, karşılığındaki yaptırımın türü ve miktarının, cezada artırım veya indirim yapılacaksa buna ilişkin belirlenmelerin kanunda açıkça ifade edilmesini gerektirir¹³¹. Kanun hükmünün belirsizliği, insanların hükmü anlamalarının zorluğu, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir ve sakıncalı görülmektedir¹³². Cezanın belirlenmesi hususunda kıyas yasağı geçerli olacaktır¹³³. TCK m. 61/1’de sayılan sebepler dışında bir sebebe dayanılarak temek cezanın belirlenemeyecek olması kıyas yasağının bir sonucudur.

Cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin kanunda eşitlik ilkesine¹³⁴ uygun olarak yer alması önemlidir. Ayrımcılık yapılması, kişinin herhangi bir

¹²⁹ Baumann, s. 659.

¹³⁰ Önder, C. 3, s. 119.

¹³¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 57.

¹³² Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s. 129 vd.

¹³³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 57.

¹³⁴ Eşitlik ilkesi AY m. 10’ da: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, eşitlik ilkesinin vurgulanması bakımından TCK m. 10’da da düzenlenmiştir. Buna göre; “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin

özelliği dolayısıyla farklı bir muameleye maruz kalmasının sonuçları oldukça yıkıcı olabilir. Bu ayrımcılığın ceza hukuku alanında yapılması, bırakacağı derin izler bakımından son derece sakıncalıdır¹³⁵.

Ceza kanunları o ülkede yaşayan herkes için geçerli olduğundan eşitlik ilkesine uyulmuş olur. TCK'da ya da özel ceza kanunlarında suçlar düzenlenirken, kanuni tipteki eylemi gerçekleştiren herkesin aynı cezayı alması, bu sayede eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi amaçlanmıştır. Oysa aynı eylemi gerçekleştiren herkesin aynı cezayı alması kimi zaman eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Cezanın belirlenmesi bakımından TCK m. 61/ 1'de gözetileceği belirtilen kriterlerin uygulanması suretiyle temel ceza belirlenirken, aynı suçu işleyen iki kişi için ayrı cezalar belirlenebilir. Bu husus eşitlik ilkesine aykırı değil bilakis eşitlik ilkesi sebebiyledir. Eşitlik ilkesi, eşitler arası eşitliği önemsemekte, eşit koşullar altında olmayanlar bakımından ise farklı hükümlerin¹³⁶ uygulanmasını gerektirmektedir. Kanunda, suçlar karşılığında belirlenen cezaların alt ve üst sınırlı ya da seçenek yaptırımlı olarak düzenlenmesi de herkesin aynı cezayı almasının adil olmaması gerekçesine dayanmaktadır¹³⁷. Cezaları bireye uygun hale getirmek Anayasaya aykırı olmayacağı gibi, doğaları gereği, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi araçları ile niteliği ve niceliği tespit edilen ceza kişiye göre değişebilen bir ceza olmak durumundadır¹³⁸.

Cezalar belirlenirken, eşitliğe aykırılık hususunda, hapis cezaları bakımından söz konusu olması pek muhtemel olmayan bir sorun adli para cezaları bakımından geçerli olabilir. Yani adli para cezasına hükmedilmesi halinde eşitlik ilkesini sağlamak bir hayli güç olabilir. Verilen para cezası, kişinin ekonomik durumu ne olursa olsun, kişide farklı bir etki doğuracaktır ve bu etki ceza hukuku sisteminin istediği bir sonuç değildir. Eşitsizliği önüne geçmek için gün para sistemi getirilmiş

ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz."

¹³⁵ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 88.

¹³⁶ Irmak Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 164.

¹³⁷ Koruculu, s. 165.

¹³⁸ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 90.

ve bu cezanın ekonomik durum göz önünde tutularak belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak burada problem olan asıl husus, sabit maaşla çalışan kişiler bakımından gelirlerini bordro ile tespit etmek kolayken, ekonomik olarak daha iyi konumda olan ancak geliri kolayca tespit edilemediği için beyanı üzerinden belirtilen gelir üzerinden verilecek ceza aynı olduğunda, kayıt dışılığın yarattığı eşitliğe aykırı durum oluşacaktır¹³⁹.

Kusur ilkesi, Anayasada ya da TCK'da detaylı olarak düzenlenmiş bir ilke değildir, ancak kusur ilkesi hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak modern ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır¹⁴⁰. Kusur kavramı uzun bir süre fiil ile fail arasındaki sübjektif bağ olarak tanımlanmış ve kusur sorumluluğu kast ve taksire göre belirlenmiştir¹⁴¹. Kusur ilkesi günümüzde ise, failin sadece kendisine ait ve kınanabilir¹⁴² bir eyleminden dolayı sorumlu tutulabilmesi¹⁴³ demek olup, faile ceza verilebilmesinin temelini¹⁴⁴ oluşturmakta, cezanın meşruluğu failin işlediği eylemin kusurlu olmasından kaynaklanmaktadır¹⁴⁵. Kusur ilkesi tersini ifade eden objektif sorumluluk, yani kişinin kusursuz olduğu; fail ile fiil arasında herhangi bir psikik bağın olup olmadığını araştırmaksızın failin fiilden sorumlu tutulduğu¹⁴⁶ durumlarda da cezalandırılabilmesi ceza hukuku bakımından geçerliliğini yitirmiştir.

Kusur ilkesi, cezanın belirlenmesi hususunda da etkili bir ilke olup, belirlenen cezanın failin kusurunu aşmamasını gerektirir¹⁴⁷. Ceza hukukunda genelleştirilmiş kusur kavramı ile cezanın esasını oluşturan kusurluluk hali ifade edilirken; cezanın belirlenmesi aşamasında ise sübjektif (bireyselleştirilmiş) kusur halinden söz edilmektedir¹⁴⁸. Böylelikle, kusur sorumluluğu bakımından failin kınanabilirliği

¹³⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 90; Koruculu, s. 165.

¹⁴⁰ Zafer, s. 52; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 67; Kusur ilkesinin geçmişten bugüne gelişim süreci hakkında bkz. Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 52 vd.

¹⁴¹ Meraklı, **Kusur**, s. 55.

¹⁴² Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 786; Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 54; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 61; Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 46 Parg.1-54.

¹⁴³ Zafer, s. 52.

¹⁴⁴ Meraklı, **Kusur**, s. 56.

¹⁴⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 786; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 44.

¹⁴⁶ Nevzat, Toroslu, "Cezai Sorumluluğun Gelişimi", **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 1-2, 1990, (121-125), s. 122.

¹⁴⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 44; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 67; Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 54; Meraklı, **Kusur**, s. 57.

¹⁴⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 46; Meraklı, **Kusur**, s. 91.

objektif olarak tespit edildikten sonra ceza belirlenirken de failin hukuk düzenine aykırı davranmasının sebebine göre bir sübjektif kusur durumu değerlendirilir ve ceza belirlenir¹⁴⁹. Nitekim cezanın belirlenmesi bakımından kusursuz ceza olmayacağı ilkesi geçerlidir. Yani kişi kusursuz eyleminden sorumlu tutulmadığı gibi ceza belirlenirken de ancak kusuru oranında, ne fazla ne de az, ceza alabilir¹⁵⁰. Alman CK, cezanın belirlenmesi bakımından temel ilkenin failin kusuru olduğunu düzenlemektedir (m. 46/ 1). TCK m. 61’ de bu husus ifade edilmese bile kusur ilkesine göre ceza belirlenmektedir¹⁵¹. Kişinin cezalandırılabilme şartı olarak kusurun aranması, aynı zamanda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi kapsamındadır¹⁵²; söz konusu ilke, kişinin sadece kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulabileceğini, kişinin başkasının eyleminden sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Kanun koyucunun TCK’da düzenlediği suçlar, kanunda temel şekilleri veya temel şekillerine farklı bir unsur eklenmek suretiyle yaratılan nitelikli şekilleriyle yer almaktadır. Somut olayın hangi suç tipini oluşturduğu tespit edilirken tipiklikte yer alan unsurlara bakılır. Suç tipinde yer alan her unsur, tipikliğin gerçekleşmesini sağlar ve bu unsurlar mevcut olduğu için eylem cezalandırılabilir. Söz gelimi, Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit etme suçu (TCK m. 106/ 1) silahla işlendiğinde (TCK m. 106/2- a) suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olur ve suç silahla işlendiği için ceza artırılır. Bu noktada önemli olan husus, suçun silahla işlenmesinden dolayı artırılmış ceza ile cezalandırılacak olan failin suçu silahla işlenmesinin, ceza belirlenirken temel cezasına etki edip etmeyeceğidir. Nitekim TCK m. 61/1’ de belirlenen kriterden biri de “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar” dır. Kanun koyucu, bu suçun silahla işlenmesini daha ağır bir ihlal olarak gördüğünden bu hali, suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hali olarak düzenlemiştir.

¹⁴⁹ Meraklı, **Kusur**, s. 90.

¹⁵⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 46; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 67; Özbek ve Diğerleri, s. 76; Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 54; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 61; Koruculu, s. 149.

¹⁵¹ “Suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5237 Sayılı T.C.K.ya göre kusur oranına göre temel cezadan indirim öngörülmediği, kusurun alt ve üst sınırları arasında T.C.K.nın 61. maddesi gereğince ceza belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” Y. 12. CD, E. 2012/324, K. 2012/7107, T. 14.3.2012.

¹⁵² Centel, Zafer ve Çakmut, s. 45.

Ancak ihlalin daha ağır kabul edilmesi, aynı sebepten dolayı failin birden fazla cezaya tabi olacağı anlamına gelmemelidir.

TCK m. 61/3’ te, m. 61/1’ de belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bu hususların temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulamayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu husus “çifte değerlendirme yasağı” olarak ifade edilmektedir. Bunun anlamı, temel ceza belirlenirken, suçun tipikliğinde yer alan aynı hususu gerekçe göstererek cezanın üst sınıra yaklaştırılarak temel cezanın belirlenmesinin yasak olmasıdır¹⁵³.

Soyut ceza belirlenirken dikkate alınması gereken bir diğer ilke, söz konusu suçla korunan hukuksal değerın ceza belirlenirken gözetilmesidir; aynı şekilde fiilin haksızlık içeriğı de ceza belirlenirken dikkate alınır¹⁵⁴.

TCK’da soyut olarak cezalar belirlenirken orantılılık ilkesi en temel ilke olarak göz önünde bulundurulmuştur. Fiili gerçekleştiren kişiye kusuru ve söz konusu fiilin ağırlığıyla orantılı bir ceza verilmesi zorunluluğı çağdaş hukuk sisteminin temelini oluşturmaktadır. Söz konusu ilke, cezaların kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlenmesinden tutun da cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi faaliyeti sırasında en son uygulanan takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ve dahi uygulanıp uygulanmaması hususunda göz önünde tutulması gereken bir ilkedir. Bu ilke cezanın kefaret olarak görülmesi düşüncesinin bir uzantısıdır¹⁵⁵. Aynı şekilde cezanın özel önleme amacının sağlanması, failde eylemin cezasız kalmayacağını anladığı için, bir daha suç işlememe eğiliminin oluşması bakımından da orantılı ceza verilmesi önem arz etmektedir. Orantı, cezada dengeyi sağlar; ne az ne çok, somut olaya uygun bir cezanın tayini orantılı ceza verilmesi ile mümkün olur. Eylemin, hak edilenden çok ya da az cezalandırılması adalet inancını sarsacağı için, cezalandırma amacına ulaşmayacaktır.

Orantılılık, TCK m. 3’ te “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine” hükmolunacağı şeklinde düzenlenmiştir. İlgili

¹⁵³ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 591.

¹⁵⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 695; Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 279.

¹⁵⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 347; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 91.

hükümde orantının sadece “filin ağırlığı” ile ifade edilmesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde değerlendirilen fail kaynaklı kriterlerin, hukuka aykırılık yarattığı şeklinde anlaşılabılır; hüküm bu haliyle TCK m. 61 ve m. 62 ile çelişki içindeymiş¹⁵⁶ gibi görünmektedir. Oysa orantının sağlanması, sadece fiil ile değil failden kaynaklı nedenlerle de somut olaya uygun bir ceza belirlenmesi sağlanabilir. Bu sebeptir ki Alman hukukunda benzer çelişkinin giderilmesi yolu olan, hakim in olayın tüm koşullarını değerlendirerek orantılı cezayı tayin etmesi görüşü hukukumuz açısından da kabul görmeli, sadece fiil ile orantılı ceza verilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı kabul edilmelidir.

Soyut ceza belirlenirken, alt ve üst sınırlar içinde belirlenen cezalar bakımından makas aralığının dar tutulması hakimi zorlayacak bir durum yaratmakla beraber aralığın çok geniş tutulması da, orantısız cezalara ve adaletsizliğe sebep olabilmektedir¹⁵⁷. Söz gelimi taksirle öldürme suçunun düzenlendiği TCK m. 85/ 2’ de yer alan özel hüküm gereği, taksirli fiil “*birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası*” ile cezalandırılacaktır. Söz konusu suçun karşılığı olan cezanın 2 ile 15 yıl olması, bu alt ve üst sınırlar arasında belirlenecek cezanın orantılı olmasını, kanun yolu aşamasındaki denetime rağmen zorlaştırabilmektedir.

1.4.2.Cezanın Soyut Belirlenmesi

Soyut ceza kanun koyucunun; türünü, aşağı ve yukarı sınırlarını belirlediği ve kanunda açıkça düzenlediği cezalardır¹⁵⁸. Soyut olan ceza, hükmün kanunda yer alışı biçimini oluşturur¹⁵⁹. Kanunun genel hükümler bölümünde cezaların çeşitleri ve en fazla ya da en az olabilecek şekilde süreleri gösterilir¹⁶⁰. Bu aşamada henüz hükmün uygulanmasından söz edilemez¹⁶¹. Cezanın belirlenmesinde somutlaştırılması

¹⁵⁶ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 93.

¹⁵⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 93.

¹⁵⁸ Özbek ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 695; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 136.

¹⁵⁹ Gökhan Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016, S. 3, (127-161), s. 130.

¹⁶⁰ Zafer, **Genel Hükümler**, . 610.

¹⁶¹ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 2045

gereken soyut cezayı belirleme kanun koyucunun takdirini ilgilendiren bir konudur¹⁶².

Cezanın soyut olarak belirlenmesi cezanın belirlenmesinin ilk aşamasıdır. Bu aşamada kanunun genel hükümler bölümünde cezaların çeşitleri ve en fazla ya da en az olabilecek şekilde süreleri gösterilir¹⁶³. Kanun koyucu ilk olarak, cezaların türlerine ve her bir cezanın ağırlığına göre genel bir ceza belirlemesi yapmakta, daha sonra her bir suç için özel olarak bir ceza belirlemektedir¹⁶⁴. Ceza kanunlarının suç tiplerinin tek tek incelendiği özel hükümler bölümünde her bir suç için hangi cezanın ve hangi miktarda uygulanacağı da yine soyut belirlemeyi ifade eder¹⁶⁵.

Cezanın kanun koyucu tarafından soyut belirlenmesi, mahkeme tarafından yargılama sonucunda ceza verilirken mutlaka bu soyut belirlemeye sadık kalacağı anlamına gelmemektedir¹⁶⁶. Nitekim hukuk sistemimiz cezanın bireye uydurulabilmesi için, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesine, hapis cezasının ertelenmesine cevaz vermektedir. Bu haliyle, soyut olarak belirlenen cezadan başka ancak yine kanunilik ilkesine uyumlu bir şekilde ceza verilmesi mümkün ve gereklidir.

TCK'da soyut olarak belirlenmiş cezalar hapis cezaları ve adli para cezalarıdır; Bu cezalar detaylı olarak kanunda yer almaktadır; özel hükümlerde yer alan bazı suç tipleri için belirlenmiş özel sınırlar dışında, en az ve en çok olarak uygulanabileceği süreler de kanunda belirlenmiştir. Bu belirleme bizzat kanun koyucu tarafından yapılmıştır ve genel bir belirlemedir. Somut olaya göre düzenlenmediği için de soyut kalmakta ve olası her suç için uyarlanabilir yani bireyselleştirilebilir bir özellik göstermektedir.

Ceza kanunlarının suç tiplerinin tek tek incelendiği özel hükümler bölümünde her bir suç için hangi cezanın ve hangi miktarda uygulanacağı da yine soyut

¹⁶² İlhan Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, 2006, C. 10, S. 3-4 (203-235), s. 203.

¹⁶³ Zafer, **Genel Hükümler**, s. 610.

¹⁶⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 584; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. ; Üzülmüş, s. 204; Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi” , **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir 2001, s. 356-357.

¹⁶⁵ Zafer, **Genel Hükümler**, s. 610; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2045.

¹⁶⁶ Üzülmüş, s. 204.

belirlemeyi ifade eder¹⁶⁷. Sözelimi işkence suçunun düzenlendiği hükümde bu suçun karşılığında hangi cezanın ve hangi süreyle tayin edilebileceği düzenlenmiştir; bu düzenleme cezaların özel soyut belirlenmesini ifade eder.

Ancak dikkat edilmelidir ki soyut ceza belirlenirken, ilgili suçla korunan hukuksal değerle orantılı bir ceza belirlenmesi yapılır¹⁶⁸; kanun koyucu her suç için aynı cezayı belirleyemez, böyle bir belirleme suçların sebep olduğu haksızlığın boyutunun farklı olmasından dolayı, haksız bir durum yaratır. Haksızlık boyutu arttıkça ceza da ağırlaşacaktır. Nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından, kastedilen ve gerçekleşen suçlar bakımından korunan değerlerin birlikte korunması ve bu sebeple soyut ceza belirlenirken, basamaklı cezanın seçilmesi suçun karakterine daha uyumlu ve daha yerinde olacaktır¹⁶⁹. Aynı şekilde kasten öldürme suçunun yaşam hakkını koruduğu gözetildiğinde, bu suçun cezası, sözelimi malvarlığı değerlerini koruyan mala zarar verme suçundan daha ağır olarak belirlenecektir.

1.4.3. Cezanın Somut Belirlenmesi

İşlenen suç için kanunun belirlemiş olduğu soyut cezanın, hakim tarafından, somut olaydaki özelliklere göre hüküm verilirken somutlaştırılmasına cezanın somut belirlenmesi denilmektedir¹⁷⁰. Bu aşamada mahkeme, gerekçeli olarak, kanunun kendisine verdiği takdir yetkisini kullanır ve seçimlik cezalar söz konusu olduğunda cezanın türünü; alt ve üst sınırlar arasında kalmak suretiyle de cezanın miktarını belirler¹⁷¹.

Cezanın belirlenmesinin son aşamasını hakim yerine getirir¹⁷². Hakimi bu noktada bağlayan husus somut cezayı belirlerken soyut cezayı esas alması zorunluluğudur. Bu aşamada hakimin faile uydurarak belirlediği ceza somut cezadır. Muhakeme ne kadar iyi yapılırsa, belirlenen ceza da o kadar doğru belirlenmiş olur

¹⁶⁷ Zafer, **Genel Hükümler**, s. 610.

¹⁶⁸ Koruculu, s. 197.

¹⁶⁹ Doğan, s. 280.

¹⁷⁰ Üzülmüş, s. 203.

¹⁷¹ YCGK, 29.11.2005, 8-141/ 149; Özbek ve Diğerleri, s. 696; Doğan, s. 282.

¹⁷² Zafer, **Genel Hükümler**, s. 611.

ve belirlenen temel ceza üzerinden yapılan artırım ve indirimlerle ceza gerçek anlamda fail bakımından somutlaşmış ve bireyselleşmiş olur¹⁷³.

Kanun koyucu tarafından soyut ceza sabit bir şekilde düzenlenmişse burada hakimın temel cezayı belirlerken yapacağı şey sabit cezayı alıp bireyselleştirilme aşamasına geçmektir. Söz gelimi ömür boyu hapis cezasının öngörüldüğü bir suç işlendiğinde temel cezayı belirlemek için yapabileceği bir şey yoktur zaten bu ceza temel ceza niteliğindedir¹⁷⁴. Ancak basamaklı cezaların olduğu hallerde, hakim faile uygulanacak somut cezayı, kanunda yazılı kriterler çerçevesinde somutlaştırma mecburiyetindedir.

Cezanın somut belirlenmesi, belli bir sıra dahilinde yapılacaktır. İlgili suç tipinde, tek bir ceza, türü belirlenmiş olması hali ayrı tutulmak üzere, öncelikle suç tipinde seçimlik ceza belirlendiyse bu cezalardan birinin tercih edilmesi gerekir. Belirlenen bu ceza hapis cezası veya adli para cezası olabilir. Nitekim mahkeme, kanunda soyut genel olarak belirlenmemiş bir cezayı, özel hükümlerde herhangi bir suç tipi için öngöremez. Bu belirlemenin ardından belirlenen cezanın alt ve üst sınırları arasında bir ceza belirlenecektir. Bu temel cezanın belirlenmesi aşamasıdır ve hakim, kanuni sınırlar içinde kalmak suretiyle, TCK m. 61/ 1' de yer alan kriterleri kullanarak temel cezayı belirleyecektir.

Temel cezanın belirlenmesinden sonra, bu ceza üzerinde yine m. 61'de düzenlenen kanuni indirim ve artırımların yapılması gerekir. Bu artırım ve indirimler de yine kanunda belirtilen sıraya göre yapılacaktır. Bu şekilde ortaya sonuç ceza çıkacaktır. Sonuç cezanın belirlenebilmesi için son olarak, şartların sağlanması halinde takdiri indirim yapılır. Cezanın infaz edilebilmesi için sonuç cezanın belirlenmiş olması gerekir ancak en son olarak, belirlenen sonuç ceza üzerinden gerektiği takdirde mahsup işlemi yapılır ve böylece infaz edilmesi beklenen ceza tespit edilmiş olur. Bu sıralamada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların bulunmaması bir eksikliktir¹⁷⁵.

¹⁷³ Taneri, s. 130.

¹⁷⁴ Özbek, Koray ve Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 698.

¹⁷⁵ Doğan, s. 281.

1.4.3.1. Somut Cezanın Tespit Süreci

1.4.3.1.1. Ceza Türünün Seçilmesi

Suç işleyen failin alacağı ceza belirlenirken ilk olarak cezanın türü tespit edilir¹⁷⁶. Bu ceza türünü doğru bir şekilde belirleyip, açıkça hükümde göstermek hükmü veren mahkemenin görevidir¹⁷⁷. Özel hükümlerde, suç tipinde suç teşkil eden eylemin karşılığı olan ceza, sabit olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda mahkemenin, ceza türünü seçme konusunda bir takdir hakkına sahip olduğu söylenemez ve söz konusu cezaya hükmetmesi gerekir. Hakim burada, suçun oluşup oluşmadığını tespit ettikten sonra, cezaya hükmetmenin ötesinde bir faaliyet gerçekleştirip hükme katkı sunamaz¹⁷⁸.

Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası, kanun koyucunun belirlediği sabit cezalardır. Bu cezalar, kasten öldürme gibi ağır bazı suçlar karşılığında öngörülmüştür. Sabit ceza sisteminin, her suç için kabul edilmesi durumu söz konusu olmamakla beraber, böyle bir durumun varlığı halinde, cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin birçoğu anlamsız kalırdı ve cezanın bireye uydurulması da zorlaşırdı¹⁷⁹. Bu sebeptir ki suç tiplerinin karşılığı olarak sabit cezalardan çok, alt ve üst sınırları olan süreli cezalar belirlenmiştir. Bu sayede bireye daha uygun ve cezanın amacına hizmet eden cezalar hakim tarafından belirlenebilmektedir¹⁸⁰. TCK m. 61/ 1’de yer alan kriterler, bu alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulmak üzere düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sabit cezalar bakımından TCK m. 61/ 1 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı şüphesizdir¹⁸¹. Ancak kanunun kabulüne göre bu cezalar zaten temel cezadır¹⁸² ve bu temel ceza üzerinden cezanın bireyselleştirilmesi söz konusu olacaktır. Sabit cezalar, hakime takdir hakkı

¹⁷⁶ Toroslu, **Genel Hükümler**, s. 272; Özbek ve Diğerleri, s. 696.

¹⁷⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 154.

¹⁷⁸ Koruculu, s. 207.

¹⁷⁹ Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. 2**, Seçkin Kitapevi, Ankara 1985, s. 242.

¹⁸⁰ Hans- Heinrich Jescheck, **Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 1989, s. 59; İçel, **Yaptırım Teorisi**, s. 140.

¹⁸¹ Koruculu, s. 208.

¹⁸² Zeki Hafizoğulları, “5237 Sayılı Türk Ceza Hukukunda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 1, 2007, s. 106

vermemesi dolayısıyla eleştirilirken, alt ve üst sınırlı olarak öngörülen cezalar bakımından uygulamada en büyük sorun, bu sınırların makas aralığının çok geniş tutulması dolayısıyla hakime bir hayli geniş bir takdir hakkı tanınmış olmasıdır. Bu durumun da kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gözden kaçırılmamalıdır¹⁸³.

TCK m. 61/1’de yer alan kriterleri saydıktan sonra, bu kriterler çerçevesinde suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirleneceğini ifade etmiştir. Ancak, söz gelimi kasten öldürme suçunu işleyen bir kimse bakımından failin güttüğü amaç doğrultusunda temel cezanın belirlenebilmesi mümkün olmalıydı. Ceza bu yolla gerçek anlamda somut olarak belirlenmiş ve bireyselleştirilmiş olurdu. Bu sebeple, zaten koşullu salıverilme hükümleri uygulandığında kişinin ömür boyu cezaevinde kalmadığı gerekçesiyle sabit cezaların tamamen kaldırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁴. Kanımızca, m. 61/1’ de yer alan kriterlerin, müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi halinde uygulanma imkanı varsa, gerekli belirleme yapılırken, koşullu salıverilme hükümlerinde o ceza için öngörülen süreler¹⁸⁵ baz alınabilir. Sözgelimi, müebbet

¹⁸³ Özbek ve Diğerleri, s. 699.

¹⁸⁴ Koruculu, s. 208.

¹⁸⁵ Koşullu salıverilme CGTİHK m. 107’de düzenlenmektedir. Buna göre koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi gereken süreler şu şekildedir; “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. Ancak, Türk Ceza Kanununun a) kasten öldürme suçlarından (m. 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, b) neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (m. 87/2- d), süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, c) işkence suçundan (m. 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, d) cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (m. 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, e) cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (m. 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, f) özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (m. 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, g) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (m. 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, h) devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (m. 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır. Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre; a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı, b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz, c) Bir ağırlaştırılmış müebbet

hapis cezası gerektiren bir suç işlemiş olan kişinin koşullu salıverilme hükümlerine göre infaz kurumunda geçirmesi gereken süre yirmi dört yıl olarak belirlendiği için (CGTİHK m. 107/2) ceza belirlenirken bu süre üzerinden artırım ve indirim yapılmalıdır.

Seçimlik cezaların öngörüldüğü suçlarda, mahkemenin yapacağı ilk iş hangi cezayı tercih edeceğini belirlemektir. Bu tercihin mutlaka gerekçeli olması gerekir¹⁸⁶. Bu tercihin gerekçesinin dayanağının ne olması gerektiğine ilişkin kanun herhangi bir kriter öngörmemiştir. Bu tercih yapılırken suçlunun kişiliğinin dikkate alınması gerektiği m. 61’de değişiklik yapan 5560 sayılı kanununun ilk maddesinin gerekçesinde belirtilmiştir¹⁸⁷. Seçimlik ceza öngörülen suçlarda hapis cezası veya adli para cezasına hükmedilmesi söz konusudur ve hakim, iki cezadan birini seçer. Seçimlik cezaların her biri ayrı ayrı alt ve üst sınırlar içinde belirlenmiş olabilir. Bu durumda suç türünün tercihinden sonra bir de temel ceza miktarının belirlenmesi gerekecektir.

Kanun, ilgili suç tipinde hapis cezası ve adli para cezası öngörmüş ise, bu durumda, hakime tanınan bir takdir hakkı yoktur; hakim her iki cezaya da hükmetmek durumundadır¹⁸⁸. Özellikle ekonomik getiri sağlayan suçlar bakımından¹⁸⁹, hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmedilmesi gerektiği düşüncesiyle birlikte cezalar düzenlenmektedir. Kanun koyucu bu suçlarda sadece adli para cezası verilmesini eksik bulmakta, hapis cezasına da aynı anda

hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı, d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz, e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz, yıldır. Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır. Ancak, bu süreler; a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk, b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört, c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk, d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört, e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yıldır. Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

¹⁸⁶ Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 357.

¹⁸⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 697.

¹⁸⁸ İçel, **Yaptırım Teorisi**, s. 140; Özbek ve Diğerleri, s. 697.

¹⁸⁹ Koruculu, s. 209.

hükmedilmesini istemektedir. Bu şekilde cezalandırılmanın, yani ekonomik gelirin kişiden alınmasının, kazanç için suç işleyen kimseler bakımından, daha caydırıcı olacağı kabul edilir¹⁹⁰. Bu kazanç müsadere edilebildiği ölçüde müsadere edilecektir ancak, kişinin ödeme gücünün bulunması halinde elinden parasının da alınmasının cezalandırmanın amacına hizmet edeceği şüphesizdir.

1.4.3.1.2. Temel Ceza Miktarının Belirlenmesi

Ceza türünün belirlenmesinden sonra yapılacak işlem, bu ceza türünün suç tipinde yer alan alt ve üst sınırları arasında bir ceza belirlemektir. Bu ceza temel cezadır ve TCK m. 61/1’de yer alan kriterlerden yola çıkılarak belirlenir ve TCK m. 61/2-5 fıkralarına göre yapılacak artırım ve indirimler bu temel ceza üzerinden yapılır. Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları, kanun koyucunun belirlediği temel cezalardır¹⁹¹ ve TCK m. 61/2-5 fıkralarına göre yapılacak artırım ve indirimler bu ceza üzerinden yapılır. Daha önce de değinildiği gibi kanımızca, m. 61/1’ de yer alan kriterlerin, müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi halinde uygulanma imkanı varsa, gerekli belirleme yapılırken, koşullu salıverilme hükümlerinde o ceza için öngörülen süreler¹⁹² baz alınabilir.

¹⁹⁰ Koruculu, s. 209.

¹⁹¹ Hafizoğulları, s. 106; Özbek ve Diğerleri, s. 697.

¹⁹² Koşullu salıverilme CGTİHK m. 107’de düzenlenmektedir. Buna göre koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi gereken süreler şu şekildedir; “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. Ancak, Türk Ceza Kanununun a) kasten öldürme suçlarından (m. 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, b) neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (m. 87/2- d), süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, c) işkence suçundan (m. 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, d) cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (m. 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, e) cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (m. 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, f) özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (m. 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, g) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (m. 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, h) devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (m. 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır. Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre; a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı, b)

Temel cezanın belirlenmesi TCK m. 61/1' de yer alan kriterler çerçevesinde olur ve mutlaka hangi sebebe dayandığının gerekçeli olarak hükümde gösterilmesi gerekir. Kanun ifadesinin tekrarlanmış olması, gerekçe olarak kabul edilmemelidir¹⁹³. Bu gerekçe her ne kadar hakimnin takdirenden belirlediği cezaya ilişkin ise de kanun yolu aşamasında bu gerekçeler denetlenmekte, haksız yere alt sınıra ya da üst sınıra yaklaşmış olması halinde hüküm hukuka aykırı kabul edilmektedir¹⁹⁴. Doktrinde takdir hakkının denetlenmesinin, hakimnin bağımsızlığını zedeleyebileceği belirtilse de¹⁹⁵, bu takdir sınırsız bir takdir hakkı olmayıp bizzat kanunla sınırlandırılmış, TCK m. 61/1'de yer alan hususlara göre cezanın belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kanun yolu aşamasında m. 61/1 hükmünün doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi olağandır.

1.4.3.1.3. Temel Cezanın Belirlenmesinde Dikkate Alınması Gereken

Hususlar

Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz, c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı, d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz, e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz, yıldır. Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır. Ancak, bu süreler; a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk, b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört, c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk, d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört, e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yıldır. Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

¹⁹³ “Gerekçeli karar içeriğinde sanık hakkında 5607 Sayılı Kanun'un 3-18 maddesi gereğince temel cezanın takdirenden alt sınırdan tayin edildiği belirtilmesine rağmen kısa kararda ve hüküm fıkrasında " "takdirenden ve teşdidinden" yazılarak temel cezanın teşdidinden belirlenmesi suretiyle hükümde karışıklığa neden olunması, isabetsizdir.” Y. 19.CD, E. 2019/15625, K. 2021/1428, T. 10.2.2021.

¹⁹⁴ “TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin ölçütlerle TCK'nın 3/1. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesi çerçevesinde, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen tehlike ile sanıkların kasta dayalı kusurunun ağırlığı, güttüğü amaç ve saik de göz önünde bulundurularak; hakkaniyete uygun alt sınırdan makul düzeyde uzaklaşarak bir cezaya hükmedilmesi gerekirken teşdidin derecesinde yanılığa düşülerek fazla ceza tayin edilmesi,” Y. 3. CD, E. 2022/23775, K. 2022/6059, T. 12.10.2022; “...bu kapsamda somut ve denetime elverişli gerekçe gösterilmek suretiyle alt sınırdan belirli oranda uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden kanunda yer alan bir kısım ifadelerin tekrarlanması şeklindeki yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması”, Y. 9. CD, E. 2022/10409, K. 2022/8624, T. 4.10.2022.

¹⁹⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 698.

TCK m. 61/1'e göre; hakim önüne gelen her somut olayda; a) suçun ne şekilde işlendiğini, b) suç işlenirken hangi suç aletlerinin kullanıldığını, c) suçun nerede ve ne zaman işlendiğini, d) suçun konusunun önemini ve değerini, e) suçun oluşturduğu zarar ve tehlikenin boyutunu, f) failin kastından veya taksirinden doğan kusurunu, g) failin gayesini ve onu suç işlemeye iten saikini dikkate alarak, işlenen suçun kanuni tanımında yer alan cezanın aşağı ve yukarı sınırları arasında gezinerek temel cezayı belirler.

Bu kriterlerin bir kısmı faile bir kısmı fiile ilişkindir. Kanun koyucu bu kriterleri örnekleyici olarak değil, sınırlı olarak belirlemiştir¹⁹⁶. Yani bu kriterlerden başka temel cezanın belirlenmesi noktasında değerlendirmeye alınabilecek bir husus yoktur. 765 sayılı TCK'da, cezanın belirlenmesi bakımından tahdidi koşullar öngörülmemiş; “gibi hususlar” demek suretiyle, hükmün uygulama alanı ve hakimnin takdir yetkisi genişletilmişti.

1.4.3.1.3.1. Faile İlişkin Hususlar

Türk Ceza Kanunu m. 61/ 1' de, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı cezanın belirlenmesinde dikkat edilecek hususlardan biri olarak düzenlemiştir. Faile ilişkin olan bir diğer temel cezanın belirlenmesi kriteri, failin güttüğü amaç ve saiktir.

1.4.3.1.3.1.1. Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Failin suçu işlerken doğrudan kast, olası kast, bilinçli taksir, bilinçsiz (basit) taksir düzeyinde bir cezai sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu doğrultuda, zaten manevi unsur kapsamında ceza tayin edilecektir. Ancak sözgelimi, suçu olası kastla işlediği kabul edilen birinin, istemediği neticeyi ne denli kabullendiği, suçu işlemedeki ısrarı¹⁹⁷ temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulur. Benzer şekilde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksir düzeyinde sorumluluğu doğan failin, bu özen yükümlülüğüne aykırılığın boyutu, kusurun

¹⁹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2047; Sedat Bakıcı, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan), Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (227-272), s. 233.

¹⁹⁷ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 596.

ağırlığı belirlenirken, suçta unsur olarak gözetilmediği müddetçe, temel cezanın belirlenmesi bakımından değerlendirilir.

1.4.3.1.3.1.2. Failin Güttüğü Amaç ve Saik

Failin, söz konusu suçu işlerken ki beklentisinin¹⁹⁸ ne boyutta olduğu, suç işlemekteki amacı, onu suçu işlemeye iten güdü, temel cezanın belirlenmesinde önemli bir kriterdir. Kural olarak failin kasten işlediği suçlar bakımından, suçu ne amaçla veya nasıl bir saikle işlediği önemsiz görülmektedir ve manevi unsur doğrultusunda tespit yapılırken, sözgelimi şakalaşma amacı kastın olmadığını gösteren bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. Kan gütme saikiyle insan öldürme gibi suçlar bakımından, saik suçun unsuru olarak kanunda gösterildiği için saik değerlendirilmesi gereken bir unsur olarak karşımıza çıkar. Bu şekilde saikin unsur olması halinde, zaten hükme göre cezayı etkileyen bir faktör olur. Ancak, saikin suçun unsurları arasında sayılmadığı hallerde, cezanın alt veya üst sınırdan verilmesini gerektiren bir sebep olarak değerlendirilmesi mümkündür. Açgözlülük gibi, daha fazla para kazanma hırsı gibi amaçlar, ilgili suç tipinde cezanın artırılması sebebi sayılmıyorsa, temel ceza verilirken dikkate alınır. Kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, kasten yaralama suçundan böyle bir artırım sebebi öngörülmemiştir; bu sebeple bu saik kasten yaralama suçu bakımından temel ceza belirlenirken dikkate alınmalıdır¹⁹⁹.

Suç işledikten sonra kovuşturmadan kaçmaya yönelik hareketlerde bulunulması ve soğukkanlılıkla yapılsa bile delillerin karartılması – gizlice gömülen cesedin bulunmaması için üstünün dallarla kapatılması gibi- cezanın artırılması sebebi olamaz. Ancak suçtan sonra gerçekleştirilen, cesedin mezardan çıkarılması, ölüm sebebinin anlaşılmaması için sahte belge düzenlenmesi gibi eylemler, failin hukuku ihlale yönelik tavrını göstermesi sebebiyle cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalı ve ceza üst sınıra yaklaşarak verilmelidir²⁰⁰. Burada failin suçun ortaya çıkmaması amacıyla yaptığı eylemler, ilgili suç bakımından suçun unsuru olarak

¹⁹⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2050.

¹⁹⁹ Bakıcı, s. 259.

²⁰⁰ BGH NStZ 2011, 512.

sayılmamıştır. Bu sebeple failin bu amacı, bu eylemler cezalandırılabilir başkaca bir suç oluşturuyorsa, ceza belirlenirken gözetilmelidir.

İşlenen suçta, cezanın belirlenmesi hususunda değerlendirilebilecek birden fazla neden olabilir. Yani somut olayda suçun işleniş biçimi, failin amaç veya saiki, suçta kullanılan araç kriterleri bir arada cezanın belirlenmesine etki edebilir; bu durumda hangi hususun cezanın belirlenmesinde ne derece etkili olduğunun mutlaka karara yansması gerekir²⁰¹. Bu durumda yapılacak olan, tüm sebepleri birlikte değerlendirip bunu kararda da göstermek suretiyle makul bir temel ceza belirlemektir.

Fail aynı anda iki ayrı suç işlemişse, söz konusu unsurların birlikte her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesi, iki suç açısından da makul bir ceza belirlenmesi gerekir. Yargıtay kararına konu olayda, failin *“oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın, 23/02/2004 doğumlu maktulü, köpek tasması alacağından bahisle kandırarak şehir merkezinden uzaktaki tarlaya götürdüğü, burada cebir kullanarak livata yoluyla cinsel istismarda bulunduğu, işlediği suçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öldürdüğü olayda”*²⁰², hem cinsel istismar hem kasten öldürme suçlarının işleniş biçimi, suçların işlendiği zaman ve yer, sanığın suç işleme amaç ve saikleri ile kastının yoğunluğu birlikte dikkate alınıp hakkaniyet ve orantılılık ilkesi çerçevesinde makul bir ceza verilmesi gerektiği halde, temel cezaların alt sınırdan belirlenmesini eksik ceza tayini olarak değerlendirerek, haklı olarak hukuka aykırı bulmuştur.

Taksirli suçlar bakımından failin suç işleme kastının olmaması sebebiyle, failin amacı veya saiki cezanın belirlenmesinde dikkate alınamaz. Yargıtay, taksirle öldürme suçunun gerçekleştiği ve ilk derece mahkemesinin; failin suntaların alınması amacıyla dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu, suntaların devrilerek maktulün üzerine düştüğü ve maktulün ölümüne neden olduğu somut olayda, cezanın belirlenmesinde alt sınıra yaklaşma sebebi olarak değerlendirdiği

²⁰¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2050.

²⁰² Y. 1. CD, E. 2016/2696, K. 2017/3935, T. 14.11.2017.

hükmü failin güttüğü amaç ve saiki gerekçesine dayanılamayacağı gerekçesiyle bozmuştur²⁰³.

1.4.3.1.3.2. Fiile İlişkin Hususlar

Cezanın belirlenmesinde ve temel cezanın tayininde, fiile ilişkin değerlendirilebilecek hususları; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri ve meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı olarak belirtmiştir.

1.4.3.1.3.2.1. Suçun İşleniş Biçimi

Suç, suç tipinde, suçun oluşması için yapılması istenen hareketten başka bir harekette de bulunmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, suçun işleniş biçimi cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur²⁰⁴. Suçun işleniş biçimi hem aleyhte hem de lehte²⁰⁵ bir etkiyle cezanın belirlenmesi bakımından değerlendirilebilir. Suçun işleniş biçimi kapsamında, suçun kaç kişiyle birlikte işlendiği, mağdurun suçun işlenmesine katkısının olup olmadığı gibi sebepler de değerlendirilmelidir²⁰⁶. Bu durum ceza belirlenirken bazen failin lehine bazen de aleyhine bir etki yaratır. Hakim, olayı değerlendirirken, bu hususların suçun işleniş biçimine katkısına göre cezayı alt veya üst sınırdan belirler. Bunun gerekçeli olarak hükümde açıkça belirtilmesi gerekir²⁰⁷. Suçun işleniş biçimi, failin kişilik özelliklerini ortaya koyması bakımından önemlidir²⁰⁸ ve bu hususun cezanın alt veya üst sınırına yaklaşıırken değerlendirilmeye alınarak cezanın belirlenmesine etki etmesi olağandır.

²⁰³ “Maktul ...'nın ... isimli (... Mobilya Orman Ürünleri Tic. Ltd. Şti. ticaret unvanlı) ... yerinde işçi olarak çalıştığı, suç tarihinde maktulün çalışma arkadaşı olan sanık ... ile birlikte duvara monteli şekilde bulunan sunta parçalarını almak istedikleri sırada, suntaların devrilerek maktulün üzerine düştüğü ve maktulün ölümüne neden olduğu, ...taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. maddesinin (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saiki" gerekçesine dayanılamayacağının gözetilmemesi isabetsizdir.” Y. 12. CD, E. 2020/9319, K. 2022/9944, T. 13.12.2022.

²⁰⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2048.

²⁰⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 593.

²⁰⁶ Bakıcı, s. 235.

²⁰⁷ Bakıcı, s. 235.

²⁰⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2049.

Bazı suçlar bakımından, hukuk düzeni ihlale yönelik eylemin ne kadar sürdüğü de suçun işleniş biçimi olarak cezanın belirlenmesinde etkili olabilir²⁰⁹. Yani aynı suçu oluşturan eylemin hemen sonlanması ile uzunca bir süre devam etmesi durumu, ceza belirlenirken göz önünde bulundurulur ve fail daha uzun süre hukuk düzenini ihlale yönelik eylemini gerçekleştirdiği için ceza üst sınırdan verilir. Ancak kesintisiz suçlarda, sözgelimi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, eylemin bir süre devam etmesi suçun unsuru olduğu için, bu husus cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmaz. Ancak hürriyet kısıtlamasının bir saat sürmesiyle bir yıl sürmesi farklılık arz edeceğinden bu süre cezalanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Suçun işleniş şekli bazen suçun tipikliğinde belirtilen bir unsur olabilir. Bu unsur o suç tipinin temel şeklinde yer alabileceği gibi temel şekilden türetilen nitelikli halinde de aranan bir unsur olabilir. Bu halde, bu unsurun ayrıca cezanın belirlenmesinde kullanılması söz konusu değildir²¹⁰. Söz gelimi, kasten öldürme suçunun yangın suretiyle (TCK m. 82/1-c) işlenmesi nitelikli hali bakımından yangın çıkarma suçun unsuru olduğundan, bu husus cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmaz.

1.4.3.1.3.2.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araç

Suçun işlenmesinde kullanılan araç, suçun işlenişine etkisi doğrultusunda temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır. Kullanılan araç, suç tipindeki haksızlık içeriğini artırmak suretiyle daha derin bir etkiye sebep oluyorsa²¹¹, bu hususun temel cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gerekir.

Kanun koyucu birçok suç bakımından, suçun işlenmesinde kullanılan aracı, suçun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu sebeple, suçta kullanılan araç suçun unsuru olacağından ayrıca ceza belirlenirken dikkate alınmaz. Sözgelimi suçun silahla işlenmesi, birçok suç bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir; kasten yaralama, tehdit,

²⁰⁹ Baumann, s. 664.

²¹⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 594.

²¹¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2049.

cinsel saldırı gibi. Bu suçlarda zaten ceza suçta kullanılan araca göre artırılacağı için, temel ceza belirlenirken ayrıca artırım yapılmaz.

Yargıtay bir kararında²¹² “mağdura yönelik yağma eylemini silahla ve birden fazla kişiyle birlikte gerçekleştirdiği anlaşılan suça sürüklenen çocuk hakkında, 5237 Sayılı Kanun’un 149. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yanında (c) bendi ile de uygulama yapılması ve aynı Yasa’nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, bu hususun dikkate alınarak alt sınırdan daha fazla uzaklaşılması gerektiğinin düşünülmemesinin” hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yağma suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK m. 149’ da, suçun silahla (m. 149/ 2- a) ve birden fazla kişi tarafından birlikte (m. 149/ 2- c) işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple suçun unsuru olan bu haller, “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar” gerekçesiyle ayrıca ceza belirlenirken gözetilmemelidir. Bu unsurlar dolayısıyla ceza belirlenirken üst sınıra yaklaşılması TCK m. 61/ 3’ e aykırılık oluşturacaktır.

1.4.3.1.3.2.3. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

Suçun işlendiği yer ve zaman, suçun unsuru değilse, temel ceza belirlenirken dikkate alınır. Söz gelimi, gece vakti işlenmesi suçun unsurları arasında sayılmamışken, gece vakti işlenen suç mağdurun daha korunmasız yakalanmasına²¹³ ya da suçun daha kolay işlenmesine sebep olabilir. Bu unsur, temel ceza verilirken indirimin alt sınırdan yapılmasını gerektirir. Yine, uyuşturucu maddeyi evinde kullanan kişi ile adliyede kullanan kamu görevlisinin eylemi, suçun işlendiği yer yönünden farklı değerlendirilmesini gerektirir. Bu husus, temel cezanın belirlenmesinde önemli bir işleve sahiptir.

1.4.3.1.3.2.4. Suçun Konusunun Önem ve Değeri

Suçun hukuku konusu suç ile korunan hukuksal değeri ifade ederken, suçun maddi konusu suçun üzerinde işlendiği eşya veya kişi²¹⁴; başka bir ifade ile bu eşya veya kişinin maddi yapısıdır²¹⁵. Suçun maddi konusunun önemi ve değeri ceza

²¹² Y. 6.CD, E. 2022/6204, K. 2023/13135, T. 5.10.2023.

²¹³ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 594.

²¹⁴ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 236; Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 213.

²¹⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 219.

belirlenirken dikkate alınır. Ancak, bu hususun yine suçun unsuru olarak ilgili suç tipinde yer almıyor, cezanın ağırlaştırılmasını ya da hafifletilmesini gerektirmiyor olması gerekir. Sözelimi, hırsızlık suçundan çalınan malın değerinin az olması halinde ceza hafifletilir. Bunun gibi, kusurun azaltıldığını gösterebilecek haller suç tipinde aranan bir unsur olmadığı müddetçe, temel ceza belirlenirken değerlendirilir.

Malın değerinin fazla olması, çalınan eşyanın manevi değerinin olması da tersi etki ile, cezanın belirlenmesinde unsur olarak kullanılabilir. Belgede sahtecilik suçu bakımından, bir belgede suçun işlenmesi ile suç tamamlanacakken, aynı özellikte birden fazla belgenin sahte olarak düzenlenmesi halinde belge sayısı cezanın belirlenmesine etki eden bir unsur olur.

Zarar suçlarında zararın, tehlike suçlarında da tehlikenin boyutuna göre bir ceza belirlenmesi yapılmalıdır²¹⁶. Mağdurun suçtan ne denli etkilendiği de göz önünde bulundurulacaktır; nitekim suçun konusu ne kadar değerliyse mağdur suçtan o kadar etkilenecektir²¹⁷. Bu etkilenme sadece maddi değil manevi açıdan da olabilir. Örneğin, maddi değeri olmayan bir fotoğrafa zarar verilmesi halinde kişi maddi bir kayıp yaşamaz ancak o fotoğrafın manevi değeri, onu kıymetli kabul etmemizi gerektirir.

Kasten öldürme suçu bakımından mağdurun yaşı, mağdurun değerini belirleyen bir husus olmadığı için, ceza tayininde değerlendirilmeye alınmaz²¹⁸. Ancak mağdur sayısı, bu kapsamda cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır²¹⁹.

1.4.3.1.3.2.5. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı

Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, esasen teşebbüs aşamasında kalan suçlar söz konusu olduğunda teşebbüs aşamasında kalan suç bakımından alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenirken gözetilecek bir husus olarak, TCK m. 35'te ve m. 61/ 5'in uygulanmasında dikkate alınır. Dolayısıyla bu unsur tamamlanan bir suçun işlenmesi halinde m. 61/ 1 kapsamında dikkate alınırken, teşebbüs aşamasında

²¹⁶ Bakıcı, s. 244.

²¹⁷ Baumann, s. 665.

²¹⁸ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 595.

²¹⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 198.

kalan suçlarda, m. 61/ 1 bakımından temel ceza belirlenirken değil, m. 61/ 5 bakımından sonuç cezanın belirlenmesinde gözetilir.

Meydana gelen zarar, maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir; mağdurun sosyal açıdan önemli bir özelliğini hedef alan bir eylem dolayısıyla bu açıdan uğranılan zarar da bu kapsamda değerlendirilir²²⁰. Sözgelimi, öldürülen kişinin yaşının büyük olması, meydana gelen zararın az olduğu, mağdurun yaşının genç olması ve önünde yaşayacağı uzun bir ömür olması da zararın ağırlığının büyük olduğu şeklinde yorumlanarak cezanın belirlenmesinde etkili olmamalıdır²²¹. Aynı şekilde, tehlike suçu olan tehdit suçunda, kişinin korkması suçun oluşu bakımından aranan bir unsur değildir, önemli olan, eylemin objektif olarak korkutucu sayılabilesidir. Bu sebeple, kişinin korkusunun büyük olması bu kapsamda suçun unsuru olarak cezayı artırmayacağı için cezanın üst sınırdan verilmesini gerektirebilir.

Mağdurun mesleği, cezanın belirlenmesi noktasında, meydana gelen zarar veya tehlike kapsamında önem arz edebilir. Nitekim, mesleğin toplum nezdinde saygınlığının zedelenmesi tehlikesi her meslek grubu bakımından farklılık oluşturur; bazen daha çok bazen daha az itibar kaybı söz konusu olur. Bu sebeple, somut olaya göre bu durumun dikkate alınması ihtiyacı doğabilir. Ancak bu durum diğer meslek gruplarının, daha az korunmaya değer olduğu şeklinde değerlendirilmeli ve bu değerlendirme kanuna yansıtılmamalıdır. Sözgelimi 765 sayılı TCK m. 438 düzenlemesinde olduğu gibi, cinsel saldırı suçunda mağdurun “fahişe” olması, cezanın indirilmesini gerektiren bir unsur olarak düzenlenmesi hukuka aykırı bir düzenlemeydi. Kanun koyucu, kabul edilemez bir şekilde, bu durumda zararın daha az olduğu şeklinde bir kanaat taşımakta ve kanaat kararlara yansımaktaydı. Oysa herkes, rızası dahilinde cinsel ilişkinin tarafı olabilir ve yerine getirdiği meslek, rızası hilafına bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde daha az zarara uğradığı şeklinde değerlendirilemez. Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği mevcut TCK m. 102’de, bu husus suçun indirilmesini gerektiren bir unsur olarak yer almamaktadır. Ancak bu

²²⁰ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 594.

²²¹ Centel. Zafer ve Çakmut, s. 594.

hususun unsur olarak düzenlenmemiş olması cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabileceği anlamına gelmez.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından, meydana gelen ağır neticenin yarattığı zarar cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır²²². Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, kastedilen suç ve gerçekleşen suçun koruduğu değerler korunmaktadır. Kasten yaralama suçu neticesinde ölüm meydana gelmesi durumunda hem vücut bütünlüğü hem de yaşam hakkı korunur²²³. Bu sebeple bu suçlar bakımından ceza belirlenirken zarara uğrayan tüm değerler gözetilerek ceza belirlenmelidir.

1.4.3.1.4. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Durumunda Sonuç Cezanın Belirlenmesi

Kişinin olası kast veya bilinçli taksir halinde suçu işlemesi, temel cezanın belirlenmesinden sonra m. 61/ 2 kapsamında ayrıca değerlendirilir. Yani işlenen bir suçta m. 61/ 1'deki kriterler doğrultusunda ceza belirlendikten sonra, ilk iş olarak manevi unsur değerlendirilerek faile verilecek cezanın tespit edilmelidir. Suç doğrudan kastla veya bilinçsiz (basit) taksirle işlendiğinde m. 61/2'nin değerlendirilmesi gerekmez, nitekim bu zaten kanunun belirlediği esas sorumluluk durumudur. Kastın yoğunluğunun fazlalığı, failin suç işlemesindeki kararlılığını göstermesi bakımından kusurun ağırlaştığının tezahürüdür²²⁴. Bu durumda failin eylemi karşılığında verilecek ceza, kastın yoğunluğuna göre belirlenecek ve farklılaşacaktır.

Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır (TCK m. 21/ 2). Kanun, doğrudan kastı düzenledikten sonra, doğrudan kast için aranan isteme unsurunun tam olarak gerçekleşmediği haller bakımından, daha az bir sorumluluk alanı yaratan olası

²²² “Sanığın eylemi sonucunda, şikayetçinin yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı, aynı zamanda hayat fonksiyonlarını orta (2.) derecede etkileyen kemik kırığının meydana geldiği olayda, birden fazla nitelikli hal ihlaline neden olan sanık hakkında 5237 Sayılı Kanun'un 86. maddesinin birinci fıkrası uyarınca temel cezaya hükmedilirken meydana gelen zararın ağırlığı ve kastının yoğunluğu da dikkate alınarak aynı Kanun'un 61. maddesindeki ölçütler ve 3. maddesindeki orantılılık ilkesi gözetilerek sonuca etkili olacak şekilde alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 1. CD, E. 2022/13559, K. 2023/5285, T. 13.9.2023.

²²³ Doğan, s. 280.

²²⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2050.

kastı düzenlemiştir. Olası kast söz konusu olduğunda, cezanın doğrudan kasta göre azaltılması gerekir (TCK m. 21/ 2). Bu azaltma; *“ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir”* şeklindedir.

Olası kastla suç işleyen fail bakımından, m. 61/ 1 kapsamında temel ceza belirlendikten sonra bu temel ceza üzerinden olası kast dolayısıyla indirim yapılması gerekecektir. TCK m. 61/ 2 gereği olası kast indirimin belirlenen temel ceza üzerinden yapılmasıyla ortaya çıkan sonuç cezanın adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı bu sebeple AY m. 2’de belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla hükmün “olası kast” yönünden Anayasa’ya aykırılığı dolayısıyla iptali istenmiştir²²⁵. İddianın gerekçesini; itiraza konu TCK m. 61/2’ de hükmüyle, olası kastın varlığı hâlinde cezada yapılacak indirimin TCK m. 61/1’ e göre belirlenen ceza üzerinden yapılmasının öngörüldüğü, bu durumun kanunda yer alan bazı suçlar (iptal davasına konu suç olası kast ile yaralama ile kasten öldürmeye teşebbüs suçlarına ilişkindir) bakımından doğrudan kast ve olası kastla belirlenen sonuç cezaların aynı olmasına neden olduğu, bu durumun adalet ilkesiyle bağdaşmadığı bu sebeple de AY m. 2’ ye aykırı olduğu oluşturmaktadır. Ancak AYM, haklı olarak bu iptal başvurusu hakkında red kararı vermiştir. AYM, ret gerekçesinde; olası kast durumunda, doğrudan kasta nazaran azalan kusurun yoğunluğu dolayısıyla, yapacağı indirimi hangi sırada yapacağını kanun koyucunun belirleyeceğini, bu takdir hakkına müdahale edilemeyeceğini; itirazda belirtildiği gibi bu belirleme yöntemiyle bazı suçlarda olası kast ve doğrudan kast durumunda cezanın aynı hesaplanmasının, hükümden değil suçların ve o suçlar karşılığında soyut olarak belirlenmiş cezaların niteliğinden kaynaklandığını belirtmiştir. Gerçekten de, ortaya bazı suçlar bakımından olası kast ve doğrudan kasta göre belirlenen sonuç cezanın aynı olması durumu her suç bakımından söz konusu olsaydı, hüküm bu yönüyle iptal edilebilir olarak değerlendirilebilirdi. Ancak bu durum her suç için değil bazı suçlar bakımından somut olaya göre gerçekleşmektedir. Bu da tamamen failin, hakimnin takdirine göre olayda kusur yoğunluğunun daha fazla görülmesinden bu sebeple

²²⁵ AYM, E: 2021/98, K: 2022/9, T: 26/1/2022, R.G. Tarih - Sayı: 8/4/2022 – 31803.

indirimin alt sınırdan yapılmasıyla ilgilidir ve hukuka uygundur. Bu itibarla AYM'nin kararda belirttiği gibi bu hükmün her somut olayın özellikleri gözetilmek suretiyle uygulanmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır²²⁶.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kast- taksir kombinasyonu olarak düzenlenmiş suçlardır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından hem kast hem de taksire ilişkin hususların cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gerekir²²⁷.

Taksirin düzenlendiği m. 22'de, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ceza sorumluluğu bilinçsiz taksir esas alınarak düzenlenmiştir. *“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”* Taksirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık daha yoğun²²⁸ bir şekilde gerçekleştiği için, temel cezanın belirlenmesinde mutlaka bu husus gözetilmelidir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, öngörülebilecek neticenin öngörülmemiş olması sebebine dayanır. Ancak öngörülebilecek olan neticenin öngörülmesi ama buna rağmen yine de eylemin gerçekleştirilmesi halinde, failin daha kusurlu olduğu değerlendirilmiştir ki bu durum bilinçli taksir düzeyinde bir sorumluluk alanı olarak ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre kişinin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin gerçekleşmesi halinde bilinçli taksir vardır ve bu durum bilinçsiz taksir bakımından belirlenen ceza üzerinden bir artırım yapılmasını gerektirir. Bu artırım taksirli suçla ilişkin cezanın üçte birden yarısına kadar artırılması şeklinde olur.

1.4.3.1.5. Nitelikli Hallerin Sonuç Cezanın Belirlenmesine Etkisi

Kanunda düzenlenen bir suçun temel şekline göre daha ağır ya da daha hafif nitelikli hali somut olayda gerçekleşmiş ise söz konusu nitelikli hal için kanunda öngörülen ceza üzerinden m. 61/ 1' de yer alan hususlar değerlendirilerek temel ceza belirlenir. Nitelikli haller kimi zaman cezanın artırılması kimi zaman da cezadan indirim yapılmasını gerektirecek şekilde düzenlenmiştir. Yani suçun temel şekline eklenerek nitelikli hal yaratılması bakımından suçla eklenen unsurun, suçun temel

²²⁶ AYM, E: 2021/98, K: 2022/9, T: 26/1/2022, R.G. Tarih - Sayı: 8/4/2022 – 31803.

²²⁷ Doğan, s. 284.

²²⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2050.

şekline nazaran haksızlık içeriği daha az ise cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hal; daha fazla ihlal söz konusu ve haksızlık içeriği daha fazla ise de cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal söz konusudur. Zincirleme suçun düzenlendiği TCK m. 43'e göre *“bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç”* sayılacaktır. Bu sebeple suçun nitelikli halinin bambaşka bir suç olduğunu söyleyemeyiz; nitekim suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için öncelikle suçun temel şeklinin gerçekleşmesi ve bununla birlikte eklenen unsurun da meydana gelmesi gerekir²²⁹. Suçun nitelikli halleri düzenlenirken; bazen fail²³⁰ veya mağdur²³¹ bakımından aranan bir özellik bazen de hareketin yapılışı veya suçun işleniş biçimi²³² dolayısıyla eklenen bir özellik söz konusu olur. Nitelikli halin uygulanması bakımından, nitelikli halin fail, mağdur ya da hareketin yapılışı veya suçun işleniş biçimi dolayısıyla düzenlenmesi arasında herhangi bir fark ya da uygulama sırası söz konusu değildir²³³.

Somut olayda birden fazla nitelikli halin aynı anda gerçekleşmesi söz konusu olduysa, bu durumda cezanın nasıl belirleneceği özellik arz eder. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği hükümde, seçimlik olarak düzenlenen nitelikli hallerin birden fazlası aynı olayda meydana geldiğinde; söz gelimi, kasten yaralama suçu; altsoya karşı, silahla ve canavarca hisle işlendiğinde (TCK m. 86/ 3- a, e, f) tek bir cezaya hükmedilecektir. Çünkü kanun, seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesini, cezalandırılabilmek için yeterli görmekte, birden fazlası gerçekleştiğinde de ortada tek suç olduğu için faile tek ceza vermektedir; ancak bu ceza verilirken alt ve üst sınırların olduğu suçlar bakımından alt sınırdan uzaklaşılarak temel cezanın belirlenmesi gerekmektedir²³⁴. Böylece fail ile failin suç teşkil eden eylemi arasında

²²⁹ Soner Demirtaş, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, **Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2021, (379-427), s. 382.

²³⁰ Örneğin; suçun, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi gibi (TCK m. 103/ 2- d)

²³¹ Örneğin; suçun avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi gibi (TCK m. 94/ 2- b).

²³² Örneğin; suçun imzasız mektupla veya özel işaretlerle işlenmesi gibi (TCK m. 106/ 2- b)

²³³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 258.

²³⁴ Y. 10. CD, E. 2021/15747, K. 2023/2500, T. 21.3.202; *“Kasten basit yaralama eylemini demir sopa ile eşine karşı gerçekleştiren sanık hakkında TCK 86/2. maddesine göre temel hapis cezasının aynı olayda iki nitelikli halin TCK'nin 86/3-a ve 86/3-e maddelerinin birleşmesi nedeniyle alt sınırdan uzaklaşılarak tayin edilmesi gerekmektedir. TCK 86/3. maddesindeki kasten*

adil bir denge kurulması ve cezalandırmanın önleme ve ödetme amacına hizmet etmesi için belirlenen soyut ceza, somut olaya uydurulabilir²³⁵.

Aynı olayda gerçekleşen birden fazla nitelikli hal, farklı hükümlerde düzenlenen ve bu hallerden bazılarının cezada artırım yapılmasını gerektiren bazılarının da cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hal olması durumunda ceza belirlenirken her bir nitelikli hali dolayısıyla ayrı ayrı indirim ve/ veya artırım yapılması gerekir. Cezanın belirlenmesine ilişkin m. 61/4, birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Buna 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” (TCK m. 61/4).

765 Sayılı TCK m. 29’da nitelikli hallere ilişkin benzer bir düzenleme bulunmamakla beraber, *“içtima eden sebeplerden bazıısı artırmayı ve bazıısı eksiltmeyi müstelzim olursa ilk önce artırmakla işe başlanır”* hükmü gereği benzer bir uygulama söz konusu olmaktadır. Bu uygulamayı destekleyen İçtihadı Birleştirme Kararına²³⁶ göre de cezanın belirlenmesinin sanığın en lehine olacak şekilde yapılması gerekmektedir. Kararda Yargıtay; cezanın belirlenmesine ilişkin kanunun belirlediği başkaca nedenler söz konusu olduğunda, önce cezayı artıran, daha sonra cezayı azaltan nedenler uygulanması, sanığın lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple, zaten 5237 Sayılı TCK

yaralama suçunun nitelikleri hallerinin birden fazla olması durumunda bir kez artırım yapılacağı, her bir nitelikli hal için ayrı ayrı artırım yapılamayacağı gözetilmeden TCK'nin 86/2. maddesine göre belirlenen temel cezanın TCK'nin 86/3-e maddesine göre (½) oranında artırılmasının ardından eşe karşı gerçekleştirilmesi nedeniyle TCK'nin 86/3-a maddesine göre tekrar (½) oranında artırılması suretiyle mükerrer artırım yapılmasında isabet görülmemiştir." Y. 1. CD, E. 2022/12629, K. 2022/10102, T. 19.12.2022; “Sanığın uyuşturucu maddelerle yakalandığı yerin “22'ler Mescit” isimli ibadethaneye 100 metre mesafede olduğunun belirtilmesi karşısında, suçun işlendiği yerin, belirtilen yere mutad ulaşım yolları ile (yürüme ya da araç ile) mesafesinin iki yüz metreden yakın olup olmadığının tespitinden sonra 5237 Sayılı Kanun’un 188. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin uygulanma koşullarının oluşması halinde birden fazla nitelikli halin aynı olayda birleşmesi nedeniyle temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmemesi...”.

²³⁵ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 677.

²³⁶ YİBK, E. 1955/19, K. 1955/28, T. 14.12.1955.

m. 62/ 4 hükmü olmasaydı da bu İBK'nın uygulanması suretiyle benzer bir ceza belirlenebilecekti²³⁷.

Birden fazla nitelikli halin aynı olayda gerçekleşmesi halinde, her bir nitelikli hal için ayrı alt ve üst sınırların belirlenmesiyle cezanın artırılması veya azaltılması gerekeceğinden, öncelikle bu durumda temel cezanın hangi nitelikli hale göre tespit edileceğinin belirlenmesi gerekir. TCK m. 61/4, bu hususa değinmemiştir. Burada “önce artırım sonra indirim yapılır” kuralından hareketle cezanın en ağır şekilde artırılmasını gerektiren nitelikli hale göre ceza artırımı yapılabileceği²³⁸ söylenebilir. Veyahut tam tersi görüşle cezanın en fazla indirilmesini gerektiren hale göre temel cezanın belirlenmesi de mümkündür. Kanunda bu husus belirtilmediği için 1955 tarihli İBK'na göre değerlendirme yapılması ve hangi uygulama sanığın lehine olacaksa ona göre karar verilmesi gerekmektedir²³⁹.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli haller kanunda farklı şekillerde düzenlenmektedir. Bazı suçlar bakımından, cezanın indirilmesi veya ceza vermekten vazgeçilebileceği, bazı suçlar bakımından da sadece cezada indirim yapılabileceği²⁴⁰ belirtilerek hakime bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu durumda hakim öncelikle somut olayı değerlendirerek ceza verip vermeyeceğini takdir etmeli, ceza vermeye karar verdiğinde de takdiren indirim miktarını belirlemeli ve cezayı bireyselleştirmelidir²⁴¹.

Nitelikli hallerde cezanın belirlenmesi hususunda değinmemiz gereken bir husus da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın belirlenmesinin, bu haller nitelikli halmiş gibi uygulanmaması gerektiğidir; nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından gerçekleşen ağır netice nitelikli hal oluşturmaz²⁴². Bu sebeple, söz konusu m. 61/ 4 hükmü, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından

²³⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 257.

²³⁸ İçel, bu durumda fikri içtima hükümlerini dikkate alan Alman uygulamasından hareketle, mantıksal sonuç olarak fikri içtima gereği en ağır cezayı gerektiren hale göre temel cezanın belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir; Kayıhan İçel, **Suçların İctimai**, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s. 189; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 203.

²³⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 257.

²⁴⁰ TCK m. 145'e göre; hırsızlık suçunda malın değerinin az olması halinde verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebileceği hükme bağlanmıştır.

²⁴¹ Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 199.

²⁴² Doğan, s. 283.

geçerli değildir. Bu suçlarda ceza belirlenirken, diğer suçlarda olduğu gibi temel cezanın belirlenmesi gerekir²⁴³.

1.4.3.1.6. Diğer Hallerin Sonuç Cezanın Belirlenmesine Etkisi- Sonuç Cezanın Belirlenmesi

765 Sayılı TCK'da, cezanın belirlenmesi konusu m. 29'da²⁴⁴ düzenlenmişti. Hükümde; yaş, akıl hastalığı, takdiri indirim nedeni ve en son olarak da tekerrür sebebiyle değerlendirme yapılarak sonuç cezanın tespit edileceği düzenlenmişti (m. 29/ 5). Buna karşın, teşebbüs, iştirak ve zincirleme suçun indirim sebebi olabileceği durumlarda, indirimin ne zaman yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. 5237 Sayılı TCK bu hususu önemsemiş ve bu gibi durumları da dahil ederek indirimin nasıl bir sıra izlenerek uygulanacağını düzenlemiştir. Buna göre; 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"* belirlenecektir. Bu hüküm gereği, sonraki her indirim veya artırım, listede kendisinden önce yer alan kurum dolayısıyla yapılan indirim ve artırım sonucu belirlenen ceza üzerinden yapılacaktır²⁴⁵. 765 Sayılı TCK'da cezanın belirlenmesi bakımından özellik arz eden tekerrür, 5237 Sayılı

²⁴³ Doğan, s. 283.

²⁴⁴ 765 Sayılı TCK m. 29: *"Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir. Kanunun muayyen bir nisbet dairesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan teşdit veya tahfif edici sebepler nazara alınmaksızın o fiil hakkında ne ceza tâyin edilecekse tezyit ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur. Eğer bir çok esbap içtima etmiş olursa artırıp eksiltme hususu, ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder. Eğer içtima eden sebeplerden bazıları artırmayı ve bazıları eksiltmeyi müstelzim olursa ilk önce artırmakla işe başlanır. Bütün hallerde mücrimin yaşı, aklı haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerrür hususları bu sıra takip olunmak şartile en sonra nazara alınır. Ceza artırılır veya eksiltilirken kanunun sureti mahsusada tâyin ettiği ahval müstesna olmak üzere her nevi ceza için muayyen olan hudut tecavüz edilemez. Hafif hapis, ağır veya hafif para cezalarının tertibi iktiza eden hallerde kanuni sebeplerden dolayı bu cezaların, 19, 21 ve 24 üncü maddelerde yazılı aşağı hadlerinden daha az bir miktarının verilmesi icap ettiği takdirde bunların yerine, taahhüt almağa hacet kalmaksızın, adli tevbih yapılır. Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsî ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari hadden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir."*

²⁴⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 601.

TCK'da m. 61/ 5'te yer almamaktadır. Zira tekerrür cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir husus değildir²⁴⁶.

Temel cezanın belirlenmesine ilişkin m. 61/ 1-4 hükümlerinin uygulanması ile bulunan somut ceza üzerinden m. 61/ 5'te gösterilen sırayla ve hükmün özelliğine göre indirim ve artırım yapılacaktır. Kanundaki sıranın, hakim tarafından değiştirilmesi, sözgelimi önce artırım gerektiren halleri daha sonra indirim gerektiren halleri uygulaması cezanın miktarında farklılık yaratacağı için hukuka aykırı olur²⁴⁷. Ancak kanun, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halinin birlikte gerçekleşmesi söz konusu olduğunda önce artırım sonra indirim yapılacağını belirttiği için (TCK m. 61/ 4), kanun koyucunun iradesinin, bu yönde olduğunu düşündürmektedir. TCK m. 61/ 5 bakımından ise, sıra ile sayılan²⁴⁸ sebepler bakımından buna dikkat edilmemiştir; söz gelimi teşebbüs indirimi yapıldıktan sonra zincirleme suç dolayısıyla cezada artırım yapılmaktadır. Bu husus, kanunun belli bir sistematığe göre hükmü düzenlemediği gösterir. Oysa belirlenen kural olan önce artırım sonra indirim yapılacağı kuralına uygun bir şekilde hükmün düzenlenmesi gerekirdi²⁴⁹. Sistematik dahilinde bir sıra gözetilecek olsaydı, zincirleme suçun ilk sıraya alınması gerekirdi. Ancak, kanunilik ilkesi gereği kanundaki sırayla ceza belirlenecektir.

1.4.3.1.6.1. Teşebbüs

Teşebbüs hükümleri, TCK m. 61/5'te ilk sırada yer alan indirim sebebidir. Teşebbüs, suçun özel bir düzenlenme şekli olarak, tipik suç tamamlanmasa bile failin cezalandırılabilmesini sağlayan önemli bir kurumdur. TCK m. 35'te düzenlenmiştir.

²⁴⁶ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 711.

²⁴⁷ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 263; Y. 1. CD, E. 2022/11584, K. 2022/9833, T. 12.12.2022; "Sanığın işlediği suçun kasten yaralamaya teşebbüs suçu olduğu, TCK'nin 43/3. maddesi gereğince bu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı, sanık hakkında üç ayrı katılana karşı kasten yaralama suçundan dava açıldığı, mağdur sayısınınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, tek bir hüküm kurulup, TCK'nin 43. maddesi uyarınca arttırım yapılarak sanık hakkında eksik ceza tayin edilmesinde isabet görülmemiştir. 3-Ayrıca, sanık hakkında, kasten yaralama suçundan dolayı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri uyarınca temel cezanın belirlenmesini müteakip, önce teşebbüs, ardından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, önce zincirleme suç sonra teşebbüs hükümlerinin uygulanması suretiyle sıralama hatası yapılarak karar verilmesinde de isabet bulunmamaktadır."

²⁴⁸ TCK m. 61/ 5' te sırayla uygulanacağı belirtilen sebepler şunlardır: "...teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri..."

²⁴⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 264.

Buna göre kişi kasten bir suç işlemeye yönelik icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan bir takım nedenler ile tamamlayamaz ise ilgili suça teşebbüs etmiş olur (m. 35/ 1). Hükümde, “ *suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” denilmek suretiyle teşebbüs halinde, suçun temel şekli için öngörülen cezada m. 35’te gösterilen indirilmiş cezaya hükmedileceği düzenlenmektedir. Bu indirim oransal bir indirim değildir²⁵⁰ ve hakime geniş bir takdir alanı yaratmaktadır²⁵¹.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, indirimin yapılması sırasında hakimi bağlayan husus, indirimin, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecek olmasıdır. Bu zarar ve tehlikenin büyük olması indirimin alt sınırdan yapılmasını, nispeten daha küçük bir zarar ve tehlike durumunda ise indirimin üst sınırdan yapılması söz konusu olur. Somut olayda “*Mağdur ...’ın yaralanmasının "kafa sol yanda sol kulak önünden başlayarak kafa üst yana kadar uzanan yaklaşık 6.5 cm lik kesi, kafa sağ yan parietal bölgede yaklaşık 3 cm lik kesi, dudak sağ üst yanda yaklaşık 1cm lik kesi, sol kol arka kısımda 3 adet bıçak giriş yarası, sırt arka sol yan skapula altında 2 adet bıçak giriş yarası, sol ön bacak bileğin yaklaşık 5 cm üst lateralinde yaklaşık 4 cm lik kesi, sol bacak dirseğin yaklaşık 6 cm alt dış lateralinde yaklaşık 5 cm lik kesi, sol bacak dirsek üstünde 2 adet yüzeysel kesi bulunduğu, yaralanmanın sol pnömotoraks ve dalakta laserasyon nedeniyle hayati tehlikeye neden olduğunun"* anlaşılması karşısında; mağdurda oluşan yaralanmanın niteliği, darbe sayısı, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre, sanık hakkında teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar ceza öngören TCK'nin 35. maddesinin uygulanması sırasında makul bir ceza yerine yazılı biçimde 11 yıl hapis cezası belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini...” bozma sebebi

²⁵⁰ Üzülmöz ve Koca, **Genel Hükümler**, s. 729.

²⁵¹ Demirbaş, s. 442; Önder Tozman, “Suça Teşebbüs”, Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan), Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (177-202), s. 191.

sayılmıştır²⁵². Dolayısıyla hakim teşebbüs halinde işlenen söz gelimi kasten öldürme (m. 81) suçu bakımından, teşebbüsün koşullarının gerçekleştiğine kanaat getirdiğinde, önce m. 61/ 1 kapsamında temel ceza, daha sonra da meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile orantılı olarak sonuç ceza belirlenecektir²⁵³. Zarar veya tehlikenin büyüklüğüne göre alt sınıra ya da üst sınıra yaklaşılarak ceza tespit edilecektir. Teşebbüs aşamasında kalan suç bakımından temel ceza belirlenirken ilgili suçun tamamlanmış halinin alt ve üst sınırları arasından bir ceza belirlenecektir²⁵⁴. Örneğin, TCK m. 86/ 1’de düzenlenen kasten yaralamaya teşebbüs suçu bakımından, temel ceza belirlenirken, kasten yaralama suçuna ilişkin m. 86/ 1’de yer alan alt ve üst sınırlı ceza arasından ceza belirlenir, daha sonra teşebbüs indirimi m. 61/ 5 kapsamında yapılır.

Teşebbüste cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması istenen “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” hususu, temel cezanın belirlenmesinin ilk basamağını oluşturan m. 61/ 1’de yer alan kriterlerden biridir (m. 61/ 1- e). Söz konusu kriter suçun unsurlarından biri olduğu takdirde ayrıca ikinci defa cezanın belirlenmesi bakımından değerlendirilememektedir. Bu durumda, teşebbüs aşamasında kalan bir suç bakımından bu husus teşebbüs dolayısıyla yapılan indirimin tek gerekçesi olduğundan, m. 61/ 1 kapsamında cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaz²⁵⁵. Nitekim bu husus tamamlanmış suçlara özgü olup, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da temel ceza söz konusu suçun temel şekline göre belirlenecek daha sonra teşebbüs indirimi yapılacağı sırada meydana gelen zarar

²⁵² “...çıkan tartışmada sanığın ele geçmeyen kesici delici alet ile her ikisi de ayrı ayrı hayati tehlike oluşturacak, vücuttaki kafatası kemik kırığının hayati fonksiyonlara etkisinin ağır (5) derecede olacak, sol el fonksiyonlarındaki bozukluğun organlarından birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olacak şekilde mağduru iki darbe ile yaraladığı olayda, mağdur G.’in vücudunda oluşan yaralar dikkate alınarak, teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören TCK’nin 35. maddesiyle yapılan uygulama sırasında meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte gözetilerek üst sınıra yakın makul bir ceza tayini yerine yazılı şekilde 10 yıl hapis cezası verilerek eksik ceza tayini...”, Y. 1. CD, E. 2022/135, K. 2022/2477, T. 31.3.2022.

²⁵³ Ahmet Gökcen ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Merkezi Dergisi**, 2011, C. 17, S. 1-2, (95-218), s. 164; Koruculu, s. 274.

²⁵⁴ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 729.

²⁵⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 1058; İlhan Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C. 10, S. 3-4, (203 – 235), s. 217, Üzülmüş ve Koca, **Genel Hükümler**, s. 728.

ve tehlikenin ağırlığı gözetilecektir²⁵⁶. Burada m. 61/ 1 hükmünün, teşebbüs indiriminin yapılması bakımından göz önünde bulundurulacak m. 61/ 5 hükmünden önce uygulanıyor olmasının bir önemi yoktur. Zaten teşebbüste mecburen göz önünde bulundurulacak bir hususun öncesinde değerlendirmeye alınmaması gerekir; aksi durum çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelir²⁵⁷. Ancak, aksi görüşün kanunun lafzına daha yakın olduğu, yani “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” hususunun hem m. 61/1 kapsamında temel ceza belirlenirken hem de m. 61/5 kapsamında teşebbüs dolayısıyla alt ve üst sınırlar arasında ceza belirlenirken uygulanması gerektiğini, çifte değerlendirme yasağının sadece suçun unsurları ile nitelikli halleri bakımından geçerli olduğu, dolayısıyla teşebbüs bakımından söz konusu olmadığı görüşünü benimseyenler de vardır²⁵⁸. Kanımca m. 61/ 3 hükmünün, yani çifte değerlendirme yasağının teşebbüsü kapsamadığı söylenemez. Hükümde, m. 61/ 1’de belirtilen hususlar, aynı zamanda suçun unsurunu oluşturuyorsa, bu hususların temel cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmayacağı belirtilmektedir. “*Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*” teşebbüs aşamasında kalan suçun unsuru olmasa bile, teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için dikkate alınacak bir unsurdur ve suçun teşebbüs aşamasında kalması dolayısıyla indirim yapılması da cezanın belirlenmesinin bir basamağını oluşturur. Aynı hususun, iki defa indirim sebebi sayılması, cezalandırmanın amacına hizmet etmez ve sanığın lehine olmakla beraber adil olmayan cezalar verilmesine sebep olur. Bu hususta esas sorun, teşebbüsün temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınamayacak olmasıdır²⁵⁹, zira m. 61/ 3, çifte değerlendirme yasağının, temel cezanın belirlenmesi aşamasında söz konusu olacağını düzenlemektedir. Ancak, burada “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*” kriteri teşebbüs bakımından uygulanıp, m. 61/ 5 kapsamında değerlendirme dışı bırakıldığında, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamış olacak böylece çifte değerlendirme de söz konusu olmayacaktır. Ancak, bu tartışmaların sona ermesi adına, m. 61/ 3’ ün açıkça teşebbüs halinde de uygulama alanı bulacağına ilişkin bir

²⁵⁶ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 1058.

²⁵⁷ Üzülmüş, s. 217; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 1058; Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 716.

²⁵⁸ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 267.

²⁵⁹ Tozman, s. 193; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 268.

düzenleme yapılması gerekmektedir²⁶⁰. Kanun koyucu, hem m. 35/ 2’de hem de m. 61/ 1’ de bu hususu düzenleyerek, ceza belirlenirken mutlaka meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı hususunun değerlendirilmesi gerektiğini emretmiş ve önemini vurgulamıştır²⁶¹. Bu sebeple bu hususun değerlendirmeye alınması önemlidir ancak iki defa değerlendirilebileceğini söylemek hatalı ceza belirlenmesi sonucunu doğurur. Zira Yargıtay da bu hususun sadece teşebbüs dolayısıyla yapılan indirimde göz önünde bulundurulacağı yönünde kararlar vermektedir²⁶².

Alman CK’ya göre, suça teşebbüs her durumda, kabahatlere teşebbüs ise kanunda açıkça hüküm olduğu takdirde cezalandırılabilir; suça teşebbüs halinde takdiri indirimin düzenlendiği m. 49/ 1’ e göre cezanın hafifletilmesi gerekebilir (m. 23). Kanun, teşebbüsün mutlaka uygulanacağını belirtmemekte, mahkeme isterse, teşebbüsü indirim sebebi saymaktadır; suçun yoğunluğu, suçun tamamlanmasına yakınlık, failin saiki ve kullanılan araçların elverişliliği hakim kararında belirleyici faktörlerdir²⁶³. Teşebbüs aşamasında kalan eylem, tamamlanmış suça yaklaştığı ölçüde cezanın belirlenmesinde etkili bir husus olacaktır²⁶⁴. TCK bakımından ise, suçun tamamlanmaya yakın olması indirimin alt sınırdan yapılmasını gerektirmektedir. Ancak Alman CK, teşebbüs indiriminin hangi aşamada yapılacağını düzenlememektedir. Suça teşebbüse ilişkin hükümlerin kanunilik ilkesi gereği kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği için bu hususun ayrıca düzenlenmemiş olması eksikliklerdir.

TCK’da, düzenlenen bir diğer kurum gönüllü vazgeçmedir. TCK’ya göre; *“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”* cezalandırılacaktır (m. 36). Gönüllü vazgeçme, koşulları gerçekleştiği takdirde kastedilen suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayı engeller. Bu durumda temel cezanın belirlenmesi, teşebbüs aşamasında kalmış suçun değil; o

²⁶⁰ Koruculu, s. 275.

²⁶¹ Tozman, s. 193.

²⁶² Y. 11. CD, T. 16.10.2007- 5158/ 6701 (Akt. Tozman, s. 194.)

²⁶³ Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 23 Parg.1-8

²⁶⁴ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 272.

ana kadar tamamlanan kısımlar tek başına bir suç oluşturuyorsa ilgili suçtan dolayı sorumluluk söz konusu olacağı için, bu suç üzerinden olur.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkün olmadığından²⁶⁵, teşebbüs bu suçlar için cezanın belirlenmesi bakımından ayrıca değerlendirilmeyecektir. Nitekim neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kastı suçun temel şekline olup, gerçekleşen daha ağır veya başka netice bakımından kastından ve dahi teşebbüsten söz edilemez²⁶⁶.

1.4.3.1.6.2. İştirak

Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç bakımından, cezanın belirlenmesinde teşebbüs değerlendirildikten ve teşebbüs indirimi uygulandıktan sonra çıkan ceza üzerinden, suça katılan her bir kişinin katkısına göre²⁶⁷ ceza verilir; suça yardım eden sıfatıyla iştirak eden kişiler bakımından cezada iştirak dolayısıyla indirim yapılır.

Suç iştirak etme, yani bir suçun birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi, ya suçun bizzat işlenmesi ile ya da suça fail dışında bir sıfatla katılma ile olur²⁶⁸. Suçun işlenişinin bizzat kişinin kendisine ait olması, failliği ifade ederken; iştirak ise bir başkasının suçuna dahil olunmasını ifade eder²⁶⁹ ve hukukumuz açısından bu dahil olma durumu azmettirme ve yardım etme şeklinde gerçekleşebilir. Faillik; birden fazla failin fiil üzerinde hakimiyet kurduğu durumlarda müşterek faillik, suç işlenmesinde başkaları araç olarak kullanıldığında dolaylı faillik olarak karşımıza çıkar. Her durumda faille verilecek ceza aynı olacaktır.

Hukukumuzda, fail tarafından suçun işlenmesi, cezalandırma bakımından yeterliken failin suçuna katılan kişilerin de cezalandırılabilmesi, iştirak hükümleri

²⁶⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 488; Y. 5.CD, E. 2006/1268, K. 2007/2807, T. 12.4.2007; “*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden...*”.

²⁶⁶ Aksi görüş için bkz. Koruculu, s. 277.

²⁶⁷ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 1059.

²⁶⁸ Lackner, Köhl ve Heger, StGB 30, Parg. 1-14

²⁶⁹ Lackner, Köhl ve Heger, StGB 30, Parg. 1-14

ile mümkün olur. Suça fail²⁷⁰, azmettiren²⁷¹ ve yardım eden²⁷² olarak iştirak edilebilir. Azmettiren, Alman CK'da da TCK'da fail gibi cezalandırılmaktadır. Ancak Alman CK, azmettirenin, suçlu üzerindeki belirleyici etkisine, azmettirmede özel bir baskı aracı kullanıp kullanmamasına göre daha az cezalandırılması da mümkündür²⁷³. TCK da ise azmettirenin failin işlediği suçun cezasından daha az ceza almasına ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, azmettirenin cezasının artırılmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. TCK'ya göre, *“üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır”*.

Cezanın belirlenmesi hususunda önem arz eden ilk durum, suça en az katkı sunmuş olması sebebiyle yardım eden kişinin durumudur. Suça yardım etme; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya failin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek şeklinde vücut bulabilir. Bu eylemler, fail ve azmettirme gibi değil, failin cezasında indirim yapılmak suretiyle cezalandırılır. Kanuna göre; *“suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.”* (TCK m. 39).

²⁷⁰ “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.” (TCK m. 37)

²⁷¹ “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. (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.” (TCK m. 38).

²⁷² “Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya failin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.” (TCK m. 39)

²⁷³ Ingeborg Puppe, “Die Architektur der Beteiligungsformen”, LSK, 2013, Vol. 160, Número 9 , (514-536), s. 534.

1.4.3.1.6.3. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK m. 43'te düzenlenen suçun özel bir görünüş şeklidir. Ceza hukukunda işlenen her suçun ayrı ayrı cezalandırılması kural olmasına rağmen, zincirleme suç hükmü ile ayrı ayrı cezalandırılması gereken eylemlerin tek bir suçmuş gibi cezalandırılması söz konusudur.

Madde gerekçesinde bir suçun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa bile farklı mağdurlara karşı birden fazla işlenmesi hâlinde, zincirleme suç kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Zincirleme suçta, suçu işleyen kişinin en başta sahip olduğu suç işleme kararı ve iradesiyle aynı suçu aynı mağdura farklı zamanlarda işlemesi söz konusudur (m. 43/ 1). Suçun aynı olmasından kasıt, suçun temel şekli veya cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şekillerinin söz konusu olmasıdır. Bu durumda faile her bir suçu için ayrı ayrı ceza verilmez, tek bir ceza verilir. Ancak, verilecek bu tek ceza, söz konusu suçun karşılığında kanunda belirlenen ceza değildir. Bu ceza üzerinde m. 43 kapsamında, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırım yapılması ile ceza belirlenir. Nitekim aynı suç aynı mağdura aynı suç işleme kararı ile işlendiği için sadece o suçun cezasının verilmesi ile yetinilmesi kabul edilmemiş, tek bir ceza verilecekse bile bu cezanın daha ağır bir ceza olması istenmiştir.

Zincirleme suçun bir diğer işlenmesi şekli TCK m. 43/2'de yer almaktadır. Buna göre; *aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi* durumunda da zincirleme suç söz konusu olur. Bu durumda da faile her bir suçu için ayrı ayrı ceza verilmez, tek bir ceza verilir.

Zincirleme suç, bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş, işlenen birden fazla suç arasında farazi bir birlik kurmak suretiyle²⁷⁴ cezalandırılmasının farklılaştırılmasını sağlamaya hizmet etmektedir. Aslında zincirleme suçun halkasını oluşturan suçlar bağımsız olarak varlıklarını korumaya devam ederler; sözgelimi af gibi bir durum ile ortadan kalksa dahi diğer suçlar varlığını korumaya devam eder²⁷⁵. Böylece, zincirleme suç kapsamında iki kere aynı suç işlenmiş olsa ve bu suçlardan

²⁷⁴ Yalçın Sancar, s. 248.

²⁷⁵ Yalçın Sancar, s. 249.

biri af ile ortadan kalksa, diğer suç bağımsız olarak hukuk alanında varlığını korumaya devam eder; sadece artık zincirleme suçun varlığından söz edilemez.

Zincirleme suç söz konusu olduğunda, bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır (TCK m. 43/ 1). Belirlenecek olan ceza, failin, gerçek içtima uygulanıp ayrı ayrı cezalandırılma durumunda alacağı cezadan az ve fakat zincirin halkasını oluşturan her bir suç için verilecek cezadan fazla olmalıdır²⁷⁶.

Zincirleme suçta, aynı suç işleme kararı ile işlenen aynı suç tek bir suçmuşçasına değerlendirmeye tabi tutulur. Dolayısıyla cezanın belirlenmesi bakımından tek bir ceza verilip bu cezayı kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında artırmanın sebebi bu suçların aynı suç işleme kararı ile işlenmesidir. Burada normun ihlali, suç sayısını belirleme ölçütü²⁷⁷ olarak kabul edildiğinde, tek bir suç işleme iradesi tek bir norm ihlalini ifade eder ve faile bir ceza verilir; bu ceza m. 43'te yer alan artırım oranları arasında belirlenir. Bu artırım yapılırken, işlenen suç sayısı ve meydana gelen zarar²⁷⁸ değerlendirilerek orantılı bir ceza belirlenmelidir.

Zincirleme suçun oluşumu bakımından bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılır (TCK m. 43/ 1). Zincirleme suçun halkasını oluşturan suçlardan biri aynı suçun temel şekli, diğeri daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali ise, ceza belirlenirken nitelikli hal

²⁷⁶ Fatma Doğan Karakaş, "Suçların ve Cezaların İçtimaı", GÜHFD- Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1, (813, 846), s. 827; Koruculu, s. 281.

²⁷⁷ Yalçın Sancar, s. 247.

²⁷⁸ YCGK, E. 2017/11-43, K. 2018/61, T. 27.2.2018; "Sanığın kredi kartını ne şekilde ele geçirdiğinin atılı suçun oluşumu bakımından bir etkisi olmayıp başka bir suç işlemek suretiyle kredi kartının ele geçirilmesi durumunda ise o suçtan da ayrıca cezalandırılacak olması, marketlerdeki kasiyerlerin kredi kartıyla ödeme esnasında kimlik ibraz edilmesini istememelerinden faydalanılarak işlenen suçta sergilenen bir ustalık bulunmaması, kısa aralıklarla iki farklı marketten alışveriş yapılması zincirleme suç hükmünün uygulanmasını gerektireceğinden, bu husus gerekçe gösterilerek kastın yoğunluğu sebebiyle alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesinin aynı sebepten mükerrer cezalandırmaya yol açacak olması, ayrıca mağdura ait kredi kartı hesap özetine göre kredi limitinin 3.550 Lira, kullanılabilir kredi limitinin ise 987,60 Lira olduğu göz önüne alındığında, mağdurun kredi kartını iptal ettirinceye kadar daha fazla harcama yapma imkânı bulunan sanığın iki farklı marketten yaptığı 434,10 Liralık alışverişten kaynaklanan zarar miktarının fazla olmaması karşısında; yerel mahkemece alt sınırdan uzaklaşarak temel ceza tayininde..."

üzerinden artırım yapılır²⁷⁹. Nitelikli halin daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olması halinde, ceza suçun temel şekli esas alınarak belirlenir. Zincirleme suçun halkasını oluşturan suçların bazıları teşebbüs aşamasında kalmış bazıları tamamlanmış ise bu durumda, ceza belirlenirken ise tamamlanmış suç esas alınır²⁸⁰.

Tamamlanmış suç, suçun temel şeklini, teşebbüs aşamasında kalmış suç ise suçun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halini oluştursa bile, ceza belirlenirken tamamlanmış suç esas alınmalıdır. Zira zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, failin en ağır cezayı almasını değil, eylemleri ile orantılı bir ceza almasını sağlamaya yöneliktir. Ancak Yargıtay’a göre bu orantının sağlanabilmesi için, somut olayda, her iki hüküm üzerinden ayrı ayrı uygulama yapılması ve sonuçların karşılaştırılması suretiyle cezanın belirlenmesi gerekecektir²⁸¹.

²⁷⁹ YCGK, E. 2012/13-1543, K. 2013/257, T. 21.5.2013; “Burada sanığın işlediği suçlardan bir kısmı suçun basit, bir kısmı da nitelikli hali ise ve nitelikli hal daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal ise ceza bunun üzerinden belirlenmeli...”.

²⁸⁰ Y. 2.CD, E. 2020/10312, K. 2021/8754, T. 21.4.2021; “Sanığın katılanın iş yerine giderek 4 adet 1 kg. miktarındaki tereyağ ile 2 adet 350 gramlık balı alarak kazağının altına sakladığı, dikkat çekmemek için 1 adet de küçük süt alıp sadece bunun parasını kasaya ödeyip geçmek isterken 1 gün önce benzer bir hırsızlık olmasından dolayı görevlilerce takip yapıldığından kasa yanında durdurulduğu ve yapılan incelemede üzerindeki malzemelerin ele geçirildiği, ayrıca 1 gün önceki hırsızlığı da yaptığını ikrar ettiği olayda, sanığın müştekiye yönelik eylemlerinin bir bütün olarak zincirleme suçu oluşturması karşısında, sanık hakkında tamamlanmış hırsızlık suçundan bir kez mahkumiyet hükmü kurulup cezasının 5237 Sayılı TCK’nın 43/1. maddesi gereğince artırılması yerine sanığın eyleminin bir kez teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması...”.

²⁸¹ “Somut olayda, yerel mahkemece ilk suçtan hüküm kurulurken temel cezanın alt sınırdan belirlenmesine karşılık, ikinci suçtan alt sınırdan uzaklaşılarak temel cezanın belirlenmesi, ilk suçun vasfının tespitinde hataya düşülmesi ve ilk suçun tamamlanmış, ikinci suçun ise teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından esas alınacak suçun daha fazla cezayı gerektiren halinin, her bir suç ile ilgili ayrı ayrı uygulama yapılıp sonuçlarının karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve buna göre tayin olunacak cezadan zincirleme suç uyarınca artırım yapılması gerektiği gözetilmeden...” Y. 2.CD, E. 2021/5480, K. 2022/21096, T. 19.12.2022; “Gaziosmanpaşa mahallesinde bulunan şubeden gerçekleştirilen 30/12/2013 ve 06/01/2014 tarihli hırsızlık suçlarının zincirleme şekilde işlendiği, bu kapsamda Bahçelievler Mahallesindeki şubeden 30/12/2013 tarihinde yapılan hırsızlık bakımından suç saatinin 17.50-18.10 saatleri arasında olduğu ve suç tarihinde gece vaktinin 17.37’de başladığı da gözetilerek, sanık hakkında TCK’nın 142/1-b, 143/1 ve 168/1. maddelerine göre hüküm kurulması gerektiği, Gaziosmanpaşa mahallesinde bulunan şubeden gerçekleştirilen hırsızlıklar bakımından 30/12/2013 tarihinde tamamlanmış hırsızlık eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 142/1-b, (şartları varsa TCK’nın 143. maddesi, müştekinin beyanına göre, eylemin 17.30-17.40 saatleri arasında gerçekleşmesi, gece

Zincirleme suç dolayısıyla verilecek ceza, zincirleme suçu oluşturan fiillerden ayrı ayrı hüküm kurulduğunda verilecek toplam cezadan fazla olmamalıdır²⁸².

1.4.3.1.6.4. Haksız Tahrik

Haksız tahrik kusurluluğu azaltan ve suça etki eden bir hal olarak TCK m. 29'da düzenlenmiştir. Buna göre; *“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”* Haksız tahrik halinde kişinin cezasında, bir indirim uygulanır. Bu indirimin uygulanmasının sebebi kişinin suçu haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olmasıdır. Fail suçu işlerken, sağlıklı düşünmemektedir. Haksız fiilin etkisi ile kusur yeteneğinde normal kişilere nazaran bir azalma²⁸³ mevcuttur ve bu husus kişinin suç işlemesini kolaylaştıran²⁸⁴ kendisi dışında bir unsurdur. Burada mağdurun haksız hareketi suç üzerinde etkin bir rol oynamış²⁸⁵ ve bu durum failin kusurunu azaltmıştır. Bu sebeple cezanın indirilmesi gerekir; zira mağdur faili suç işlemeye itmiştir.

Haksız tahrik indirimi zincirleme suç dolayısıyla cezanın artırılmasından sonra ve yaş küçüklüğü dolayısıyla ceza indirilmesinden önce uygulanır. Bütün suçlar bakımından uygulanabilecek genel bir indirim sebebi olan haksız tahrikte, indirim oranı belirlenirken, haksız eylem ve söz konusu haksız eylemin kusur yeteneğindeki azalmanın boyutuna bakılacak ve ona göre bir değerlendirme yapılacaktır. Her ne kadar bütün suçlar bakımından uygulanabilecek genel bir hüküm olarak düzenlenmişse de, haksız tahrik niteliği gereği bazı suçlar bakımından

vaktinin saat 17.37'de başlaması hususu da dikkate alınarak, adli emanette olduğu anlaşılan iş yeri kamera görüntüleri incelenip suç saati ve gece vaktinin koşullarının oluşup olmadığı kesin olarak tespit edilerek) ve 168/1. maddelerinde; 06/01/2014 tarihinde ise gündüz vakti teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık eyleminin ise aynı Kanun'un 142/1-b ve 35. maddelerinde düzenlenen suçu oluşturduğu; mahkemece her iki suç tarihindeki olaylar bakımından ayrı ayrı uygulama yapılarak daha ağır olan cezadan TCK'nın 43. maddesi gereğince arttırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Y. 2.CD, E. 2021/4716, K. 2022/16918, T. 17.10.2022.

²⁸² YCGK, E. 2012/13-1543, K. 2013/257, T. 21.5.2013.

²⁸³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 279.

²⁸⁴ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 360.

²⁸⁵ Dilaver Nişancı, “Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi”, **THD**, S. 2005, Eylül 2023, (58-72), s. 58.

uygulanamayacaktır; Yargıtay bazı suçların, örneğin resmi belgede sahtecilik²⁸⁶, cinsel saldırı gibi suçların, haksız eyleme tepki olarak işlenmesi durumunda haksız tahrikin söz konusu olamayacağını belirtmektedir²⁸⁷. Bu tespitin sebebi, bu suçlar bakımından haksızlık oluşturan fiil ve suç arasında nedensellik ilişkisinin kurulmasının zor olmasıdır²⁸⁸. Ancak bu durumun Yargıtay kararları ile gözetilmesinden, haksız tahrikin uygulanamayacağı suçların kanunda katalog halinde²⁸⁹ ya da ilgili suç tipinde ayrıca belirtilmek suretiyle, genel hükme istisna getirilmesi daha doğru olacaktır.

Taksirli suçlar niteliği gereği haksız tahrik hükümleri ile bağdaşmaz; zira haksız bir fiile gösterilen tepkinin sonucu olan haksız tahrik, tepki kasten gösterilmiş bir tepki olduğu için cezada indirim yapılmasını gerektirir²⁹⁰. Haksız tahrik tasarlanarak işlenen suçlar bakımından da uygulama alanı bulmaz. Tasarlama, ceza hukukunda genelde cezayı artıran bir etki doğurur; bunun sebebi Yargıtay tarafından soğukkanlılık²⁹¹ teorisi ile açıklanır²⁹².

1.4.3.1.6.5. Yaş Küçüklüğü

Ceza hukukunda ceza sorumluluğu için belli bir yaş aralığının belirlenmesi ihtiyacı; yaptığı eylemin sonuçlarını algılayabilecek olgunluğa erişmemiş olan

²⁸⁶ Y.11. CD, E. 2019/8218, K. 2023/1675, T. 20.3.2023; “5237 Sayılı Kanun’un 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin maruz kaldığı hukuka aykırı bir durumun meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi ile eylemini gerçekleştirmiş olmasının gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.03.1983 tarihli, 1-492/142 Sayılı kararında da açıklandığı üzere, suçun haksız tahrikin etkisi altında işlenmiş sayılabilmesi için fail tarafından yapılan hareketin haksız tahriki oluşturan fiilin sebep olduğu gazap ve elemin bir tepkisi olarak işlenmiş olması gerekmektedir birlikte, sanığın eyleminin de haksız tahrik teşkil eden fiili işleyen kimseye yönelmiş olması gerektiği; resmi belgede sahtecilik suçunun 5237 Sayılı Kanun’un sistematığında “kamu güvenine karşı suçlar” bölümünde yer aldığı ve bu suçun mağdurunun kamu olduğu, sanığın işten çıkarılma kaygısıyla atılı suçu işlemiş olmasının atılı suç yönünden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına imkan vermediği gözetilmeden...”.

²⁸⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 412; Nişancı, s. 59.

²⁸⁸ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 361.

²⁸⁹ Özbek ve Diğerleri, s. 412.

²⁹⁰ YCGK, E. 2017/1-413, K. 2021/315, T. 29.6.2021; “Haksız tahrik nedeniyle indirim hükümlerini düzenleyen 5237 Sayılı TCK’nın 29. maddesinin yalnızca kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği gözetilmeden uygulanması...”

²⁹¹ Tasarlamaların; soğukkanlılık, devamlılık, plan kurma ve teamül teorileri ile de açıklanabileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Nişancı, s. 66 vd.

²⁹² Y. 1. CD, E. 2023/5129, K. 2023/7250, T. 28.11.2023; “Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanığın eşi ile ilişkisi olan maktulü öldürme kararını önceden verdiğine, bu kararı verdikten sonra aradan soğukkanlılığa kavuşacak kadar makul bir süre geçmesine rağmen öldürme kararlarında sebat ettiğine ilişkin dava dosyasına yansıyan bir durumun bulunmadığı, sanığın savunmasında olayın ani bir kastla geliştiği sonucuna varılmakla...”

çocuğun, bir yetişkin gibi cezalandırılmasının, doğruyu yanlıştan ayırt edemiyor olmasının göz ardı edilmesinin hakkaniyetli bulunmamasından ileri gelmektedir. Türk hukuk sisteminde suça sürüklenen çocuklar bakımından suç sayılan eylemler, yetişkinler için suç oluşturan eylemlerden farklılaştırılmamıştır²⁹³. Yani yetişkinler açısından suç oluşturan her eylem çocuk bakımından da suç oluşturur. Çocuklar bakımından yaptırım belirlemede kullanılan ölçütler ise; algılama yeteneği, işlenen eylemin ağırlığı ve çocuğun yaşıdır²⁹⁴. Çünkü cezalandırılmak için, en eski hukuk sistemlerinden beri kişinin belli bir olgunluğa ulaşmış olması aranmaktadır²⁹⁵. Bu olgunluk halinin gözetilmemesi, çocuğa hak ettiğinden, cezalandırmanın amacına hizmet edecek ölçünün üstünde bir ceza verilmesi söz konusu olur. Belli bir yaş sınırı belirlemek ortak fikir olsa dahi, bu yaş sınırı her hukuk sisteminde farklı düzenlenmiştir. Söz gelimi Almanya için bu sınır 14 iken (Alman CK m. 19; Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu m. 1/ 2), Nijerya'da 8²⁹⁶, TCK'da ise 12 olarak belirlenmiştir (TCK m. 31). Almanya'da bu sınırın bilimsel bir sınır olmadığı tamamen suç politikası gereği böyle bir sınır belirlendiği kabul edilmektedir²⁹⁷. Alman hukukunda bu yaş sınırı mutlak cezai sorumsuzluğu getirir. Alman CK, bizim hukukumuzda olduğu gibi, 12 yaşından –ki Alman CK bakımından 14- büyük çocuklar bakımından basamaklı bir ceza sorumluluğu düzenlemesi içermemektedir. Yaşın ceza sorumluluğuna etkisi, suçun işlendiği andaki yaş ölçüt alınmak suretiyle belirlenir²⁹⁸; yargılama sırasındaki yaşın baz alınması hukuka aykırı olur.

Çocukların işlediği suçlar bakımından suçun niteliği ve çocuğun kişilik özellikleri gözetilerek yaptırım türü belirlenmekte, bu tedbir de çoğunlukla ceza değil çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olmaktadır²⁹⁹.

Yaş küçüklüğünün düzenlendiği TCK m. 31; ceza sorumluluğunu; on iki yaşını doldurmamış olan, on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış

²⁹³ Handan Yokuş Sevik, **Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım**, Beta Basın Yayın, İstanbul 1998, s. 14.

²⁹⁴ Sevik, **Kuramsal Yaklaşım**, s. 14.

²⁹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 407.

²⁹⁶ Sevik, **Kuramsal Yaklaşım**, s. 11.

²⁹⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 19 Parg. 1

²⁹⁸ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 19 Parg. 2-5; Lackner/Kühl/Heger, StGB § 19 Parg. 1-2.

²⁹⁹ Sevik, **Kuramsal Yaklaşım**, s. 14.

olan ve on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar şeklinde üç basamakta incelemektedir. Hükme göre; *“Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.”* (TCK m. 31/1). Bu yaş grubundaki çocuklar bakımından ceza soruşturması yapılması da mümkün olmamalıdır ancak, kanun ceza kovuşturmasını yani mahkemenin iddianameyi kabul ettikten sonraki evreyi ifade ettiği için, Çocuk Koruma Kanunu’nun ifadesi ile “suça sürüklenen çocuğun” soruşturma evresinde suçun aydınlatılabilmesi adına kullanılmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanabilir³⁰⁰. Bu sebeple hükmün ceza soruşturmasını da kapsayacak şekilde değiştirilmesi, çocuğun ceza adalet sisteminin dışında tutulmasını sağlayacak olması bakımından gerekli ve önemlidir³⁰¹. Bu çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunlu değildir (TCK m. 31/ 1).

TCK m. 31/ 2, ikinci yaş grubuna ilişkin düzenleme getirmektedir. Buna göre; *“fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz”* (TCK m. 31/2). Bu yaş grubundaki çocuklar bakımından, zorunlu olarak yaptırılacak sosyal inceleme³⁰² sonucunda,

³⁰⁰ Handan Yokuş Sevik, “Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesi'nin Değerlendirilmesi”, TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, (185- 198), s. 187; Handan Yokuş Sevik, “Yeni Ceza Mevzuatında Çocuğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **HPD**, Temmuz 2006, S. 7, s. 6.

³⁰¹ Yokuş Sevik, “Yaş Küçüklüğü”, s. 188.

³⁰² Çocuk Koruma Kanunu m. 35'te sosyal inceleme şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde*

işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olduğu, söz konusu suçun işlenmesi ile doğan durumun anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olduğunun anlaşılması halinde ceza sorumluluğu söz konusudur; tersi durumda ise suça sürüklenen çocuk on iki yaşından küçük çocuklar gibi değerlendirilir. Sadece bu grup çocuklar bakımından zorunlu olarak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK m. 31/ 2).

“Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz.” (TCK m. 31/3). Bu çocuklar üçüncü grup çocuklar olup, ceza sorumluluğu olan ancak cezalarında kanunda yazılı oranda indirim yapılan çocuklardır. Çocuğun yargılamasını yapan mahkemenin işlevi, yaşı tespitini yaptıktan sonra cezayı indirerek uygulamaktır. Bu açıdan çocuk suçluluğu söz konusu olduğunda uygulanacak yaptırım eğer güvenlik tedbiri değil de cezaysa, yetişkinlere uygulanacak ceza bakımından sadece nicelik farkı söz konusu olmaktadır³⁰³.

Çocuklar bakımından uygulanacak yaptırımın türü kadar süresi de önem arz etmektedir³⁰⁴. TCK m. 31/3 hükmü çocuklar bakımından, indirimli dahi olsa hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasının tek yaptırım olarak düzenlenmesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Suça sürüklenen çocuk, sosyal ilişkilerini olumsuz etkileyeceği belli olan bu tür cezaların olumsuz etkilerinden korunmalıyken, bu şekilde cezaevine alınmaları, çocukların topluma yeniden uyumlu bir duruma gelmelerini bir hayli zorlaştırmaktadır³⁰⁵.

bulundurulur. Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir. Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir.”

³⁰³ Sevük, **Kuramsal Yaklaşım**, s. 15.

³⁰⁴ Sevük, **Kuramsal Yaklaşım**, s. 15.

³⁰⁵ Yokuş Sevük, “Yaş Küçüklüğü”, s. 194; Handan Yokuş Sevük, “Yeni Ceza Mevzuatında Çocuğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 93.

TCK, m. 33'te sağır ve dilsizlik durumunda cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceğini m. 33'te hükme bağlamıştır. Buna göre; *“bu Kanunun, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da”* uygulanacaktır. Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişinin hem sağır hem de dilsiz olması gerekmektedir³⁰⁶; nitekim duyma yeteneğine sahip olmama halinde, konuşma yeteneği de gelişmeyeceği için, bu doğal bir sonuçtur³⁰⁷.

TCK m. 31 düzenlemesi dolayısıyla ceza sorumluluğu olduğu saptanan çocuklar bakımından cezada indirim yapılacağı belirtilmekte, bu indirim oranı yaş grubuna göre farklılık arz etmektedir. Bu indirim oranları bakımından adil bir denge gözetilmemiştir. Süreli hapis cezaları söz konusu olduğunda, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından cezanın yarısının; fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından ise üçte birinin indirileceği belirtilmiştir. Bu indirim bakımından ceza aralığı belirlenmemiş olması, her somut olayda her çocuğa aynı orandan indirim yapılmasının zorunlu olması cezanın bireyselleştirilmesine hizmet etmez. Oysa söz konusu cezanın müebbet hapis cezası olması halinde yapılacak indirim, ikinci grup bakımından on iki yıldan on beş yıla kadar hapis; üçüncü grup bakımından ise on sekiz yıldan yirmi dört yıla hapis cezasına indirilmektedir. Kanun koyucunun, müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarının, yaş küçüklüğü dolayısıyla indirilmesini düzenlediği hükümde ceza aralığı belirleyip, süreli hapis cezalarında belirlememiş olması aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir³⁰⁸.

³⁰⁶ Hakeri, s. 392; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 420; Zafer, s. 428.

³⁰⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 420.

³⁰⁸ Koruculu, s. 292.

1.4.3.1.6.6. Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı TCK m. 32’ de düzenlenen bir kusuru etkilen haldir. Buna göre; *“Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”* Hüküm gereği, akıl hastalığının derecesine göre failin ceza sorumluluğu tamamen ortadan kalkacak ya da cezasında indirim söz konusu olacaktır. İşlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişilerin ceza sorumluluğu vardır, bu kimselerin sadece cezalarında özel durumları dolayısıyla indirim yapılır. Bu indirim özellikle ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları bakımından, hakime takdir yetkisi vermeyecek şekilde sabit bir ceza olarak uygulanmaktadır. Ancak süreli hapis cezası gerektiren bir suç işleyen akıl zayıflığı olan failin cezasında yapılacak indirim, cezanın altıda birini geçmemek üzere yapılır. Bu oranın alt ve üst sınırlarının belirlenmesi daha yerinde olacaktır³⁰⁹. Nitekim kanunda indimin bir üst limiti belirlenmiş ve hakime cezayı belirleyeceği bir alan bırakılmıştır. Ancak indirimin en az ne kadar olacağına ilişkin bir düzenlemenin olmaması da eksikliklerdir. Akıl hastalığının türü ve ne derece ağır olduğu, failin iradesine dolayısıyla ceza sorumluluğuna etkisinin ne olabileceği tespit edilmek suretiyle bu indirim oranı takdir edilecektir³¹⁰.

1.4.3.1.6.7. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler olarak ayrılır; şahsi cezasızlık sebepleri suç işlendiği anda failde vardır ve sadece fail bakımından

³⁰⁹ Meraklı, **Kusur**, s. 445.

³¹⁰ Koruculu, s. 294.

cezanın indirilmesini gerektirir³¹¹. Cezadan indirim yapılması bazen suçun tamamlanmasının ardından, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ve dahi suç henüz adli makamlar tarafından öğrenilmeden önce söz konusu olabilecek şekilde ortaya çıkabilir. Etkin pişmanlık olarak TCK'nın özel hükümlerinde düzenlenen bu durum, bazen cezasızlık nedeni³¹² bazen de cezadan indirim³¹³ yapılmasını³¹⁴ gerektiren şahsi bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu halde indirimin ilgili hükümde yer alan sınırlar arasında belirlenmesi gerekir. Suça etki etmeyip cezaya etki eden söz konusu şahsi nedenler, suçun işlenmesi anında var olmaları veya suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkmalarına göre ceza belirlenirken dikkate alınacaktır³¹⁵.

TCK m. 38/ 2'de, azmettirenin belli olmadığı durumda, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer şerik hakkında cezada indirim yapılacağı öngörülmüştür. Bu indirim, hükümde, *“ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir; diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu husus, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

1.5. CEZANIN BELİRLENMESİNİN SERİ MUHAKEME USULÜNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK

1.5.1. Genel Olarak

Seri muhakeme usulü Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Bazı Suçlara İlişkin

³¹¹ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 123; Zafer, s. 470; Koruculu, s. 294.

³¹² Örneğin rüşvet suçunda etkin pişmanlığın düzenlendiği TCK m. 254/1' e göre; *“Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.”*

³¹³ Örneğin zimmet suçunda etkin pişmanlığın düzenlendiği TCK m. 248/ 1'e göre; *“soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.”*

³¹⁴ *“Oluş ve dosya kapsamına göre, kolluk tarafından düzenlenen 28.03.2016 tarihli tutanakta, ‘.....'nın cep telefonunun yanında olduğunu ve teslim edebileceğini belirterek mağdura ait cep telefonunu teslim ettiğinin..’ belirtildiği anlaşılmakla; kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası olup olmadığı mağdurdan sorularak sonucuna göre suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 Sayılı Kanun'un 168/3-1. maddesinde tanımlanan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olanağının tartışılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, hukuka aykırıdır.”* Y. 6.CD, E. 2022/6204, K. 2023/13135, T. 5.10.2023.

³¹⁵ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 283.

Muhakeme bölüm başlığı altında düzenlenen yeni bir muhakeme usulüdür. Bu usul soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısına, mahkeme gibi şüpheli hakkında hüküm verme yetkisi verir. Ancak bu yetki sınırlı bir yetkidir ve kanunda detaylı olarak düzenlenmektedir. Bununla beraber Cumhuriyet savcısı tarafından verilen hüküm mahkeme tarafından denetlenmekte ve gerekirse değiştirilebilmektedir. Seri muhakeme, bu usulü uygulayacak olan Cumhuriyet savcısının, müdafî huzurunda bu usulün uygulanmasına ilişkin şüphelinin kabulünü alıp yaptırımını belirlediği ancak yaptırımın hükme dönüşmesinin yine mahkeme kararı ile mümkün olduğu bir usuldür³¹⁶. Seri muhakeme, delil toplamak için gereken sürenin kısaltılması ve duruşmanın da büyük ölçüde hızlanması sonucunu doğurmaktadır³¹⁷.

Seri muhakeme usulü, usulün getirildiği 7188 Sayılı Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, basit suçlar için, muhakeme sürecini kısaltmayı hedeflemektedir. Bu usulün getirilmesinde, birçok Avrupa Konseyi üyesi ülkede de benzer düzenlemelerin yer alması da etkili olmuştur. Bu usul, sadece iş yükü baskısını hafifletme amacına değil, işlenen basit suçlara hızlı ve etkili bir karşılık verilmesi suretiyle, bozulan kamu düzeninin tesis edilmesine de hizmet etmektedir³¹⁸.

Ceza muhakemesi var olduğundan beri yargılama sürecinin nasıl daha etkili ama aynı zamanda hızlı olabileceğiyle ilgili yöntemler araştırılmaktadır. Usul hukuku açısından beklenti, yargılamanın makul süreyi aşmaması, bununla birlikte haklar dengesinin de gözetilmesidir; ancak, yargılamayı hızlandırmanın esas amacını usul ekonomisini sağlama oluşturmaktadır³¹⁹. Seri muhakeme, CMK'daki düzenlemeden çok farklı bir şekilde de olsa Almanya'da ilk olarak 1994 yılında uygulanmaya başlanmış, yargılamayı daha pratik hale getirerek savcılarının ve hakimlerin iş yükünü azaltmak amaçlanmış ancak başarılı olamamıştır³²⁰. Daha sonra kurumu iyileştirmek için kanun değişiklikleri yapılarak usul daha amaca hizmet eder

³¹⁶ Centel ve Zafer, s. 609.

³¹⁷ Christoph Barthe, Jan Gericke, **Karlsruher Kommentar zur Stsafprozessordnung**, C.H. Beck,, 2023, StpO § 417 Rn. 1- 6.

³¹⁸ 7188 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un genel gerekçesi.

³¹⁹ Christoph Knauer, Hans Kudlich, Hartmut Schneider, **Münchener Kommentar zur StPO**, Verlag C.H. Beck München, Band 3, 2019, StpO § 417 Rn. 17, 18; Aygörmez Ugurlubay, Haydar ve Korkmaz, s. 295.

³²⁰ **Münchener Kommentar zur StPO, Band 3**, StpO § 417 Rn. 17, 18; **Karlsruher Kommentar zur Stsafprozessordnung**, StpO § 417 Rn. 1- 6.

hale getirilmiştir (Alman CMK m. 417 vd.). Hızlı muhakeme olarak ifade edilen bu usul, CMK'daki seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin karması niteliğinde bir usuldür. Bunun dışında Alman CMK'da "hüküm anlaşması" (m. 257c) denilen bir kurum daha düzenlenmektedir. Seri muhakeme usulünün yer aldığı kanun metninin gerekçesinde, seri muhakeme usulünün Almanya'daki hüküm anlaşması kurumundan da esinlenilerek düzenlendiği belirtilmiştir.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin hızlı bir şekilde tamamlanması istenen bir durum olmakla beraber, hızlı bir muhakemenin her şeye rağmen yapılması hukukun istediği ya da onayladığı bir durum değildir. Yetkili makamların, hızlı bir yargılama için nelerden vazgeçebileceklerini doğru analiz etmek gerekir. Şüpheli kişi seri muhakeme usulünün gerektirdiği hızlılığa ayak uydurmaya çalışırken, hakları bakımından söz konusu olan kısıtlamaları anlayamayabilir; seri muhakemenin amaçladığı gibi radikal bir hızda yürütülen soruşturma ve hızlı usul işlemleri, savunmayı zorlaştırarak savunma hakkının dilendiği gibi kullanılmasını engelleyebilir³²¹. Savunma hakkı hızlı bir muhakeme süreci için vazgeçilebilecek bir hak değildir. O sebeptendir ki Almanya'da, şüphelinin ifadesi alınırken basit olarak değerlendirilen suçu işlediğini itiraf etmesi üzerine, bu usulün uygulanmasının bir hak ihlali oluşturmadığı; şüphelinin hızlandırılmış bir muhakeme süreci nedeniyle savunması zarar göreceyse, bu usulün bir seçenek olmadığı kabul edilmektedir³²². Ancak buna rağmen, makul sürede yargılanma hakkının korunması adına bu usulden vazgeçilmesi mümkün değildir³²³.

1.5.2. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanması

Soruşturma evresinin son aşamasında kanunda sınırlı olarak sayılan suçlarla³²⁴ ilgili olarak Cumhuriyet savcısınca iddianame düzenlenmesinin

³²¹ **Münchener Kommentar zur StPO, Band 3**, StPO § 417 Rn. 25- 29.

³²² Thomas Weigend, "Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht", **ZStW**, C. 113, S. 2, 2001, (271-304), s. 271.

³²³ Almanya'da, bu usulden vazgeçilmemekte, hatta uygulanmasını kolaylaştırmak için seri usulün uygulanmasına karar verildiğinde, duruşmada sanığın hazır bulunmasını sağlamak adına sanık hakkında geçici tutuklama yapılmasına dahi müsaade edilmektedir (ACMK, m. 127b).

³²⁴ Seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suçlar şunlardır : a) Türk Ceza Kanununda yer alan; hakkı olmayan yere tecavüz (m.154/ 2- 3), genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (m.170), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m. 179/ 2-3), gürültüye neden olma (madde 183), parada sahtecilik (m. 197/ 2- 3), mühür bozma (m. 203), resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (m. 206), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (m. 228/ 1), başkasına ait kimlik veya kimlik

ertelenmesi yönünde bir karar tesis edilmediği takdirde zorunlu olarak seri muhakeme usulü uygulanır. Cumhuriyet savcısının burada seri muhakeme usulünü uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir hakkı yoktur³²⁵. Alman hukukunda, seri usulün uygulanmasında, savcının, iddianame düzenlemek ve seri muhakeme usulünü uygulamak konusunda takdir yetkisi söz konusudur³²⁶. Seri muhakeme usulünün uygulanmasının zorunlu olması, bu hususun iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında denetlenmesini de zorunlu kılmaktadır. Kanuna göre; seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilecektir (CMK m. 174/ 1- c). Ancak Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermeyi tercih ettiği takdirde seri muhakeme usulü uygulanmayacaktır. Seri muhakeme usulü, soruşturma evresinin sonunda yeterli şüpheyi ulaştırılmasının ardından uygulanır. Usulün uygulandığı süre boyunca devam eden evre soruşturma evresidir. Kişinin şüpheli sıfatı, seri muhakeme usulünün uygulandığı süre boyunca devam eder³²⁷; mahkeme talep yazısını değerlendirip hüküm tesis ederken de şüpheli hakkında bir hüküm tesis etmektedir.

Seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suçlar kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Bu suçların ortak özelliği; şikayete haliyle uzlaştırmaya tabi olmayan, bireysel mağduriyet yaratmayan, düzenleyici işlemlerle işlenmesinin önüne geçilmesi mümkün olan³²⁸ hafif suçlardır. Bu haliyle kanun koyucu, bireysel mağduriyet doğuran suçlar bakımından alternatif çözüm yolu olarak uzlaşma

bilgilerinin kullanılması (m. 268), suçları; 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar; 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç, 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suç, 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç (CMK m. 250/ 1).

³²⁵ Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Nuran Haydar ve Mehmet Korkmaz, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: (2019-2), s. 263.

³²⁶ **Münchener Kommentar zur StPO, Band 3**, StPO § 417 Rn. 17, 18.

³²⁷ Uğur Ersoy, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28 S. 2, 2020, (857- 885), s. 860.

³²⁸ Hakan Kızılarıslan, “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 183-184, Kasım- Aralık 2019, (1885- 1960), s. 1923.

kurumunu düzenlemişken, bireysel mağduriyete sebep olmayan bazı suçları da seri muhakeme usulüne tabi kılmak suretiyle alternatif bir çözüm yaratmıştır³²⁹.

Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulünü uygulamaya karar verdikten sonra bizzat veya kolluk görevlileri marifetiyle, şüpheliye, seri muhakeme usulü hakkında bilgi verecektir (CMK m. 250/ 2). Bu bilgi verme zorunluluğunun kapsamı kanunda açıkça ifade edilmemiş ancak bu husus Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Şüpheliye Yönetmelik'te belirtilen hususlar³³⁰, seri muhakeme usulünün kapsamı anlayabileceği şekilde anlatılmalıdır. Bilgilendirme, uygulanacak yaptırımların neler olacağı hususunu da kapsamalıdır. Ancak Yönetmelik'te, bilgilendirme yapıldıktan sonra şüpheliye teklifin yapılacağı ve şüpheliye uygulanacak yaptırımların neler olduğunun teklif sırasında açıklanacağı ifade edilmiştir (Yön. m. 10/ 2). Bu hüküm, bilgilendirmenin yaptırımın ne olacağını da kapsadığı şeklinde yorumlanmalıdır³³¹.

Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirdikten sonra Cumhuriyet savcısınca şüpheliye seri muhakeme usulünün uygulanmasını isteyip istemediğine ilişkin teklif zorunlu olarak sunulur ve şüphelinin seçtiği veya görevlendirilen müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanmak suretiyle muhakeme yürütülür (CMK m. 250/ 3). Cumhuriyet savcısının, şüpheliye

³²⁹ Kızıllarslan, s. 1923.

³³⁰ Yön. m. 10: “Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmeden önce şüpheliyi bu usul hakkında bilgilendirir. Bilgilendirme; a) İsnat edilen eylem, eylemin oluşturduğu suç ile bu suçun seri muhakeme usulü kapsamına girdiği, b) Kamu davasının açılması için yeterli şüphenin bulunduğu, c) Özgür iradesiyle ve müdafii huzurunda kabul ettiği takdirde bu usulün uygulanacağı ve belirlenecek temel cezanın yarı oranında indirileceği, ç) Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilen yaptırım hakkında talep doğrultusunda mahkemenin hüküm kuracağı, bu hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği, d) Teklifin kabulünün ancak müdafii huzurunda gerçekleştirilebileceği, seçtiği bir müdafii yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafii görevlendirileceği, e) Mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar her aşamada seri muhakeme usulünden vazgeçebileceği, f) Mahkemece verilen hükmün adli siciline kaydedileceği, g) Bu usulün uygulanmasını kabul etmediği takdirde genel hükümlere göre hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılacağı, ğ) Genel hükümlerin uygulanmasına geçilmesi halinde, seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacağı, hususlarını kapsar.”.

³³¹ Zahit Yılmaz ve Özge Apış, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, **MÜHFAD**, C. 26, S. 1, Haziran 2020, (62- 106), s. 77.

sormadan, onun kabulünü almadan sehven seri muhakeme usulünü uygulaması mümkün değildir³³².

Seri muhakeme usulünün uygulanmasının teklif edilebilmesi için şüphelinin hazır bulunması gerekir. Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmek amacıyla mümkün olan en kısa sürede davet eder; bu davet telefon gibi iletişim araçları kullanılarak da yapılabilir. Şüphelinin bu davete uymaması halinde, seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır³³³ (Yön. m. 9). Yani şüphelinin, seri muhakeme usulünün teklifi amacıyla zorla getirilmesi veya bu sebeple kişi hakkında yakalama emri düzenlenmesi mümkün değildir (Yön. m. 5/ 7). Şüphelinin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan teklifi müdafî huzurunda kabulü gerekir³³⁴. Teklifin, Cumhuriyet savcısı bilgisi dâhilinde bile olsa kolluk tarafından yapılması hukuka aykırı olur³³⁵. Şüphelinin teklifi kabul ettiğini bizzat bildirmesi gerekir; bildirimin müdafî huzurunda yapılması zorunlu olup, sadece müdafî tarafından kabul edildiğinin bildirilmesi ise mümkün değildir. Müdafî huzurunda beyan edilmesi zorunlu olan kabul iradesi, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından tüm şüpheliler tarafından gösterilmelidir.

³³² Aygörmez Uğurlubay, Haydar ve Korkmaz, s. 265; Elif Er, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 1, s. 4.

³³³ Şüpheli bilinen adresinde bulunmuyorsa, yurt dışındaysa ya da başka bir sebep dolayısıyla kendisine ulaşamıyorsa, teklifin yapılması için ayrıca bir çaba içine girilmeksizin, seri muhakeme usulünün uygulanmaması tercih edilir (CMK m. 250/ 13). Şüpheliye adresinde bulunmamasına, yurt dışında olmasına rağmen kolaylıkla ulaşabiliyorsa, teklif iletişim araçları kullanılarak da yapılabildiğine göre, söz gelimi telefonla kendisine bilgilendirme yapılmalı, davete uyacağını beyan ederse beklenmeli, gelmediğinde veya kendisine ulaşamadığında seri muhakeme usulünün uygulanmasından vazgeçilmelidir.

³³⁴ Cumhuriyet savcısı tarafından teklif yapıldıktan sonra, şüpheliye teklifi değerlendirmesi ve dilerse hukuki yardım alması için bir süre tanınması gerekir; bu süre Yönetmelik’te “bir ayı aşmamak üzere makul bir süre” şeklinde ifade edilmiştir (Yön. m. 10/ 3). Cumhuriyet savcısının uygun göreceği süre içinde, teklife ilişkin bir cevap verilmemesi, teklifin kabul edilmediği anlamına geleceğinden, seri muhakeme usulünün uygulanmaması ve genel hükümlere göre soruşturmaya devam edilmesi gerekir (Yön. m. 10/ 4). Şüpheli, kabul beyanını açıkladıktan sonra fikir değiştirebilir, seri muhakeme usulünün uygulanmasının aleyhine olduğuna, söz gelimi beraat edebileceğine inanabilir. Bu durumda, seri muhakeme usulünün uygulanmaması yönündeki iradesine her zaman itibar edilmeli, mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar bu iradesinden vazgeçebilmelidir (Yön. m. 5/ 4).

³³⁵ Erdem ve Şentürk, s. 588; Er, s. 10; Koruculu, s. 305.

1.5.3. Talepname ve Cezanın Belirlenmesi

Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulünü uygulamaya karar verdikten ve dahi şüpheliye usulüne göre yapılan teklif kabul edildikten sonraki aşama seri muhakeme usulüne göre Cumhuriyet savcısının işlemlere devam etmesidir. Cumhuriyet savcısı, genel hükümlere göre yeterli şüpheyne ulaşmış olduğu için iddianame düzenlemeli ve iddianameyi mahkemeye sunmalıydı. Seri muhakeme usulü uygulanacağı için, yine Cumhuriyet savcısının, mahkemeye sunulmak üzere bir talep yazısı düzenlemesi gerekecektir. Cumhuriyet savcısının mahkemeye ileteceği talep yazısında yer alması gereken bilgiler kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, talep yazısı; şüpheli şahsın kimliği ve varsa müdafinin kimliği, mağdur ya da suçtan zarar görmüş kişilerin kimliği ile bu kişilerin varsa vekili ya da vasi gibi bir kanuni temsilcisi, isnat edilen suç ve suçun düzenlendiği kanun maddeleri, isnat edilen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, şüpheli tutuklanmış ise veya gözaltına alındıysa bu işlemlere ilişkin bilgiler ve süreler; gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri -tutuklu değilse bu durumun da belirtilmesi gerekir-, olayların özeti, aranan koşulların gerçekleştiği bilgisi, tespit edilen ceza veya diğer yaptırım bilgilerini içerecektir (CMK m. 250/ 8).

Talep yazısı düzenlenmesi, yani seri muhakeme usulü kapsamında hüküm vermesi için mahkemeden talepte bulunulması için, öncelikle yeterli suç şüphesinin söz konusu olması gerekiyor olmasına rağmen, kanunda bu hususun talep yazısında belirtilmesi koşulu aranmamaktadır. Genel hükümlere göre iddianame düzenleyen Cumhuriyet savcısının, iddianamede, yeterli şüphenin oluştuğunu belirtmesi koşulu da aranmıyor olmasına rağmen, “iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek” açıklanır dendiği için, mahkeme yeterli şüphenin oluşup oluşmadığını denetleyebilmektedir (CMK m. 170/ 3). Talep yazısında, yeterli şüpheyi oluşturan deliller somut olayla bağlantılı bir şekilde açıklanmazsa, bu durum Cumhuriyet savcısının keyfî bir şekilde seri muhakeme usulünü uygulayabilmesine sebep olur³³⁶. Ancak, talep yazısı “aranan koşulların gerçekleştiği bilgisi” de içereceğinden, yeterli şüphe şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin bu kapsamda denetlenmesi mümkündür.

³³⁶ Koruculu, s. 306.

Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen talep yazısında bulunması zorunlu olan koşullardan biri de belirlenen yaptırımdır (CMK m. 250/ 8- h). Mahkemeye ait olan cezayı belirleme yetkisi, seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilmektedir. Hükümün ilk düzenlendiği halinde, Cumhuriyet savcısı bir ceza belirleyip bunu talep yazısında belirttikten sonra, mahkeme *“şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda”* karar verme mecburiyetinde bırakılmıştı. Yani Cumhuriyet savcısı tam anlamıyla mahkemenin yerine geçip ceza belirlemekte ve mahkeme de bu belirlenen cezayı onama makamı olarak işlev görmekteydi. Bu husus Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir³³⁷. İptal başvurusunda; söz konusu hükmün *“Cumhuriyet savcısına yaptırım belirleme, hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme veya erteleme yetkisi tanınması ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri uygulama imkânı verilmesinin mahkemelere ait olan yargı yetkisinin savcılara devredilmesi anlamına geldiği, kurallarda mahkemenin talepten önce belirtilen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmak zorunda bırakılması suretiyle savcılığın tespit ve değerlendirmesiyle bağımlı hâle getirildiği, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine aykırılık oluşturacağı”* gerekçeleri ile AY’ ye aykırılığı ileri sürülmüştür. İptalin ardından hüküm 7331 Sayılı³³⁸ Kanun’la değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre; Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen ve talepten önce belirtilen yaptırım, şüpheliyi müdafî huzurunda dinleyen mahkeme tarafından gözden geçirilecek ve söz konusu yaptırımdan ağır olmamak üzere bir hüküm tesis edilecektir (CMK m. 250/ 9). Yani mahkemeyi burada bağlayan husus, Cumhuriyet savcısının belirlediği hükümden daha ağır bir yaptırıma hükmetmemek olacaktır. Mahkeme, delilleri değerlendirdikten sonra daha ağır bir yaptırım belirlenmesi gerektiğine kanaat getirirse bile verebileceği ceza en fazla Cumhuriyet savcısının belirlediği ceza kadar olabilecektir.

Cumhuriyet savcısının, yaptırımı belirleme görevi, genel yargılama usulüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümlerinden kısmen ayrılmak

³³⁷ AYM E. 2020/35, K. 2021/26, T. 31.3.2021, RG Tarihi ve Sayısı: 15.06.2021- 31512;

³³⁸ 8.7.2021 tarih ve 7331 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 22.

suretiyle yerine getirilecektir. Cumhuriyet savcısına, cezayı belirleme yetkisinin verildiği tek kurum seri muhakeme usulüdür ve ilk defa Cumhuriyet savcısının faile uygulanacak cezayı doğrudan belirleme yetkisi söz konusu olmaktadır³³⁹. Bu durum hukuk sistemimize oldukça yabancı olup, gerek değişikliklere rağmen kanun hükmünün düzenlenişi gerek uygulama bakımından sorun teşkil eder niteliktedir.

Seri muhakeme usulünde şüpheliye uygulanmasına karar verilecek yaptırım, Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilir. Cumhuriyet savcısının tarafından temel ceza belirlenirken sadece TCK maddi 61/1’de gösterilen kıstaslar göz önünde bulundurulabilir (CMK m. 250/ 4). Kanun, Cumhuriyet savcısının yaptırım belirleme yetkisini bu şekilde sınırlandırmıştır; yani TCK m. 61, tümüyle yaptırım belirleme açısından değerlendirilmeyecektir. Kanunun sadece TCK m. 61/1’ e atıf yapması bu anlama gelmektedir³⁴⁰. Cumhuriyet savcısı, TCK m. 61/1’de öngörülen kıstasları dikkate alarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın yukarı ve aşağı sınırı arasında bir yaptırım belirleyecektir. Bu kıstaslar; *“suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki”*dir. Bu kıstasların tamamı, somut olayın özelliklerine göre Cumhuriyet savcısı tarafından değerlendirilecek ve temel ceza belirlenecektir. Mahkemenin, genel hükümlere göre temel cezayı belirledikten sonra bu temel ceza üzerinden artırım veya indirim yapmak için göz önünde bulundurması aranan TCK m. 61/ 2- 5 fıkralarındaki hususlar, seri muhakeme usulünde cezayı belirleyen Cumhuriyet savcısı tarafından değerlendirilemeyecektir. Yani, Cumhuriyet savcısı, suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlendiğini değerlendirerek buna göre bir artırım veya indirim uygulayamayacak, birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi halini ayrıca dikkate alamayacaktır (TCK m. 61/ 2, 4). Bununla birlikte, belirlenen ceza üzerinden kanundaki sırayı gözetmek suretiyle; *“teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanmak suretiyle”* sonuç

³³⁹ Sinem Kızılbuğa, **Seri Muhakeme Usulü ve Ceza Pazarlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 16.

³⁴⁰ Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, “Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, **Hacettepe HFD**, C. 11, S. 1, s. 23.

cezanın belirleneceğine ilişkin hüküm de Cumhuriyet savcısı tarafından göz önünde bulundurulamayacaktır. Bu sınırlama, Cumhuriyet savcısına, seri muhakeme usulü ile mahkeme gibi hareket etme yetkisi verildiği eleştirisini çürütür niteliktedir. Nitekim bu durum, yaptırım belirleme faaliyetinin mahkemenin yetkisi dahilinde olmasından ve bu yetki seri muhakeme usulünü uygulayacak olan Cumhuriyet savcısına devredilmişse bile bu yetki devrinin sınırlı bir devir olması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak bu sınırlı yetki yani cezanın belirlenmesine ilişkin kriterlerin tamamının uygulanamaması, şüpheli bakımından aleyhe bir durum yaratabilecektir. Kişinin hak ettiği ceza, ancak TCK m. 61/ 2-5'te belirtilen hususların değerlendirilmesiyle belirlenebilir; bu durumda Cumhuriyet savcısının yapacağı belirleme eksik bir belirleme olacak ve asıl ceza saptanmamış olacaktır³⁴¹.

Seri muhakeme usulünde, Cumhuriyet savcısı, TCK m. 61/ 1' e göre temel cezayı belirleyecek, bu cezaya ilişkin olarak, koşulların varlığı halinde zincirleme suça ilişkin hükümleri uygulayacaktır. 7331 Sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, Cumhuriyet savcısı sadece TCK m. 61/1' e göre temel ceza belirlemekle yetken, değişiklikle; zincirleme suç dolayısıyla yapılacak artırımın da Cumhuriyet savcısı tarafından dikkate alınması mümkün hale geldi³⁴². 7331 Sayılı Kanun'un genel gerekçe ve ilgili madde gerekçesinde, zincirleme suçun göz önünde bulundurulacağına ilişkin değişikliğin gerekçesi belirtilmemiştir. TCK m. 61/5' te, sonuç cezanın belirlenmesi bakımından iştirake ilişkin hükümlerden sonra ve haksız tahrike ilişkin hükümlerden önce zincirleme suç dolayısıyla artırım uygulanacağı hükme bağlanmıştır. İlgili hükümde yer alan hususlardan sadece birinin Cumhuriyet savcısının ceza belirlerken değerlendirebileceği bir husus olarak CMK m. 250'de belirtilmesi anlaşılmaktan uzaktır. Kanımca, Cumhuriyet savcısının cezayı belirlerken söz gelimi teşebbüs aşamasında kalmış suç bakımından teşebbüs indirimi yapmayıp, aynı suçun zincirleme şekilde işlenmiş olması halinde zincirleme suç dolayısıyla ceza artırımını yapması hatalı ceza belirlenmesiyle sonuçlanacaktır. Oysa

³⁴¹ Kızılarıslan, s. 1932; Koruculu, s. 307; Ayşe Özge Atalay, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller”, **GSÜHFD**, 2020/ 2, (653- 732), s. 674.

³⁴² 7331 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG Yayımlandığı Tarih/ Sayı: 14.07.2021/ 31541; Kanun m. 22 ile CMK m. 250/ 4'e; “*“temel cezadan” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan” ibaresi eklenmiştir.*”

seri muhakeme usulüne ilişkin düzenlemeyi getiren 7188 Sayılı Kanun’ un gerekçesinde, seri muhakeme usulü uygulanırken, “*alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayinini haklı gösteren nedenler bulunmadıkça, alt sınırdan ceza tayinine*” gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu gerekçe, kurumun şüphelinin lehine bir ceza tayinini amaçladığını göstermekte; seri muhakeme usulünü, “*daha az bir yaptırım beklentisiyle*”³⁴³ kabul eden şüpheli bakımından cazip kılınması amaçlanmaktadır. Ancak, bu amaçla uygulanacak bir kurumu uygulayacak olan Cumhuriyet savcısına, somut olayın gerekli kıldığı indirimleri yapma yetkisinin verilmemesi ile bu amacın gerçekleşmesi zordur. Kaldı ki düzenlemenin ilk halinde, Cumhuriyet savcısının belirlediği cezayla mahkemenin bağlı kılınmış olması sebebiyle Cumhuriyet savcısının ceza belirleme konusunda daha sınırlı bir yetkisinin olması makul karşılanabileceken; 7188 Sayılı Kanun değişikliğiyle bu sorun da giderildiğine göre, Cumhuriyet savcısının cezayı, TCK m. 61’in tümünü uygulamak suretiyle belirlemesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

Cumhuriyet savcısı belirlediği temel ceza üzerinden zincirleme suç hükümleri gereği artırım yaparak belirlediği cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler. Bu indirim seri muhakeme usulünün şüpheli bakımından ödölmüş gibi değerlendirilen kısmını oluşturmakta, bu usulün uygulanmasının şüpheli bakımından cazip olarak kabul edilmesini sağlamaktadır. Gerçekten de bu indirim, seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul ederek yargılamanın hızlanmasına yardımcı olan şüpheli adına bir ödöl niteliğindedir. Ancak şüphelinin, somut olaydaki suçu işlememiş olmasına rağmen uzun yargılama sürelerini de göz önünde bulundurarak bir an önce dosyanın kapanması için seri muhakeme usulünü kabul edeceği de bir gerçektir. Bu noktada adil yargılanma hakkının korunması bakımından yargılanmanın hızlanması hususu önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

CMK’ya göre mahkeme tarafından verilen kararlar gerekçeli olmak zorundadır. Mahkeme hüküm verirken hangi delillere dayandığını, yetkisi dahilinde bir indirim ya da artırım yapıyorsa bunu mutlaka gerekçeli olarak yapma mecburiyetindedir. Takdiri indirim uygulanması hususunda da bu mecburiyet söz konusudur. Ancak Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulünü uygularken şüphelinin temel cezasında yarı oranda

³⁴³ 7188 Sayılı Kanun m. 23 gerekçesi.

indirim yapması hâlinde, bu indirimle ilgili bir gerekçe sunma zorunluluğu kanunda belirtilmemiştir. Her ne kadar, CMK'da gerekçe belirtme zorunluluğu genel bir düzenleme gibi görünse de Cumhuriyet savcısının bu durumda gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur³⁴⁴. Zira kanun koyucu bu düzenlemede, Cumhuriyet savcısına bir takdir yetkisi vermemiş³⁴⁵, koşulların varlığı hâlinde yarı oranda indirim yapmasını zorunlu kılmıştır. Cumhuriyet savcısı tarafından temel cezadan yapılacak indirim oranı her durumda yarı oranında olacaktır; indirim oranı sabittir ve indirim yapılması zorunludur.

Cumhuriyet savcısına, seri muhakeme usulü ile sınırlı da olsa cezayı belirleme yetkisi ile birlikte cezayı bireyselleştirme yetkisi de verilmiştir³⁴⁶. Cumhuriyet savcısı, bireyselleştirme araçlarından kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya hapis cezasının ertelenmesinin koşullarının gerçekleştiğini değerlendirdikten sonra bu araçların uygulanmasını mahkemeden talep edebilecektir. Benzer bir kurum olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerini de kıyasen uygulayabilecektir. CMK m. 250/ 5' e göre, Cumhuriyet savcısının belirlediği ceza, kısa süreli hapis cezası olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilebilecek (TCK m. 50) veya ertelenebilecektir (TCK m. 51). Aslında bu düzenlemenin; sonuç kısmında şüphelinin sadece aleyhine değil, lehine olan hususların da ileri sürülebildiği, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiğinin belirtildiği iddianamenin düzenlenmesinden bir farkı yoktur (CMK m. 170/ 5-6). Yani, iddianamede yer alan sevk maddeleri nasıl sadece talepten ibaret ise mahkemenin değerlendirmesi ile uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecekse; talep yazısında da Cumhuriyet savcısı belirlediği kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesini veya ertelenmesini, koşullarının gerçekleştiğini de belirtmek suretiyle bunum mahkemeden talep edecek ve mahkeme TCK m. 50 ve m. 51' in objektif koşullarını gerçekleştiğini saptarsa cezayı seçenek yaptırımlara çevirecek ya da erteleyecektir. Bu kurumların doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanacağı

³⁴⁴ Devrim Aydın, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Seri Muhakeme Usulü", **KHM**, C.2 S.2., s. 476.

³⁴⁵ Apiş, s. 217.

³⁴⁶ Apiş, s. 221.

şeklinde yorumlamak hatalı olacaktır³⁴⁷. Aynı şekilde CMK m. 231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler de kıyasen uygulanabilecektir (CMK m. 250/ 6). Cumhuriyet savcısı, koşulların gerçekleştiğine kanaat getirdiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebini de mahkemeye iletecek, mahkemenin uygun bulması ile hükmün açıklanmasının geri bırakılabilecektir. Cumhuriyet savcının cezayı bireyselleştirme faaliyeti bu kurumlar ile sınırlıdır. Nitekim, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanabileceği, Cumhuriyet savcısının temel cezada yarı oranda indirim yapma yetkisinin olduğu kanunda açıkça belirtilmiştir ancak söz gelimi Cumhuriyet savcısının takdiri indirim (TCK m. 62) yapma yetkisi kanunda belirtilmediği için, Cumhuriyet savcısı cezayı belirlerken takdiri indirim nedenlerine dayanarak indirim yapamayacak, ilgili suçun cezasının alt sınırına yaklaşamayacaktır³⁴⁸.

1.5.5. Seri Muhakeme Usulünde Mahkemenin Görevi

Seri muhakeme usulünün ilk düzenlendiği halinde mahkeme Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen ve dahi bireyselleştirilen cezayı onama makamı konumundaydı. Ancak buna rağmen, mahkemenin, buradaki denetleyici rolü, onama şeklinde bile olsa hükmü kuranın kendisi olması, seri muhakeme usulünün uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda değerlendirme yapma ve talep yazısını iade etme hakkı olması gibi sebeplerle seri muhakeme usulünde mahkemenin hakimiyetinin olduğu savunulmaktaydı³⁴⁹. Ancak seri muhakeme usulünün hakimiyeti kendisinde olan mahkemenin Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen cezayı değiştirme yetkisi yoktu. Kaldı ki, mahkemenin burada yaptığı denetim çok sınırlı³⁵⁰ bir denetimdi ve ceza üzerinde bir hakimiyetinin olmadığı hallerde süreci mahkemenin idare ettiğini söylemek de güçtü. Burada, hükmü verecek olan mahkeme, esasen kovuşturma evresindeki gerçek bir mahkeme sıfatıyla faaliyet yürütmemektedir³⁵¹. Seri muhakeme usulünün en tartışmalı noktası haklı olarak bu husus olmuş, Cumhuriyet savcısının mahkemenin yerine geçecek şekilde yetkilendirilmesi,

³⁴⁷ Atalay, s. 674.

³⁴⁸ Apiş, s. 215.

³⁴⁹ Kızıllarslan, s. 1912.

³⁵⁰ Atalay, s. 679.

³⁵¹ Atalay, s. 679.

muhakemeyi hızlandırıp yargının iş yükünü azaltması söz konusu olsa bile kabul görmemiştir. Nitekim yargılama ve hüküm verme yetkisinin bağımsız mahkemelerin tekelinde olması anayasal bir zorunluluktur. Anayasa mahkemesi de bu hususun Anayasa'ya aykırı olarak iptaline karar vermiş ve ilgili kanun hükmü yeniden düzenlenmiştir³⁵². İptal edilen bu hükme göre; “*mahkeme, ... belirtilen yaptırım doğrultusunda*” hüküm kurma mecburiyeti içerisinde olacaktı (CMK m. 250/ 9).

7188 Sayılı Kanun ile değiştirilen hükme göre; seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için Cumhuriyet savcısı ilk olarak mahkemeye bir talep yazısı gönderir. Bu talep yazısı öncelikle mahkeme tarafından şekli bir incelemeye tabi tutulur. Kanunda yazılı şartları taşımayan, maddi hata yapılmak suretiyle belirlenmiş bir yaptırımın yer aldığı, seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme veya hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına ilişkin objektif şartların somut olayda meydana gelmediği ya da önerilen cezanın özelliklerine uygun bir güvenlik tedbiri talep edilmeksizin gönderilen talep yazısı Cumhuriyet savcısına, düzeltme imkanı tanımak adına iade edilir (CMK m. 250/ 8). Bu iade, iddianamenin iadesi gibidir, ret anlamında değildir ve eksikliklerin giderilerek hataların düzeltilmesi suretiyle mahkemeye yeniden gönderilmesi amacını taşır.

Seri muhakeme usulünde, talep yazısının gönderileceği ve hükmü kuracak olan mahkemenin hangi mahkeme olduğu CMK m. 250' de ve Yönetmelik'te belirtilmemiştir. Kanun, mahkeme dediği ve söz konusu görevin kapsamı hüküm tesis etme olduğu için sulh ceza hakimliğinden söz edildiğini söyleyemeyiz³⁵³. Ağır ceza mahkemelerinin görev alanları da kanunda açıkça belirtildiği³⁵⁴ ve seri muhakeme

³⁵² Ceza Muhakemesi Kanunu m. 250/9'un birinci cümlesinde yer alan “...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...” ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 15.6.2021 tarih ve 31512 sayılı R.G.'de yayımlanan, 31.3.2021 T., 2020/35 E. ve 2021/26 K. sayılı Kararı ile (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE karar verilmiştir.

³⁵³ Kızılarıslan, s. 1940.

³⁵⁴ 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 12'ye göre; “*kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve*

usulünün uygulanması bu görev kapsamında düzenlenmediği için, ayrıca ağır ceza mahkemeleri ve sulh ceza hakimliklerinin görevi dışında kalan işler bakımından asliye ceza mahkemeleri görevli olduğundan (Adli Teşkilat Kanunu m. 11), seri muhakeme usulünde görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır³⁵⁵.

Seri muhakeme usulünde, mahkeme şüpheliyi, seçtiği veya görevlendirilen müdafii de bulunduğu halde dinleyip, seri muhakeme usulünün koşullarının sağlandığı, suçun seri muhakeme kapsamında olduğu ve en önemlisi dosyada yer alan deliller kapsamında mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine ulaşırsa, artık hüküm verme aşamasına geçilir. Bu noktada mahkeme, Cumhuriyet savcısının talep yazısında belirtilen hükümle bağlı olmamakla beraber, bu hükümden daha ağır olmayacak şekilde bir hüküm kurar. (CMK m. 250/9). Mahkeme, vereceği hüküm bakımından Cumhuriyet savcısının belirlediği cezayla bağlı olmamakla beraber, şüphelinin lehine olarak, Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırımdan daha ağır bir yaptırım belirleme yetkisine de sahip değildir. Bu aşamada, kanunun aleyhe değiştirme ve aleyhe bozma yasağını düzenlediği diğer hallerde olduğu gibi, mahkemenin bağımsız karar verme yetkisi şüphelinin lehine sınırlandırılmaktadır.

Mahkeme, şüpheliyi seçtiği veya görevlendirilen müdafii hazır durumdayken dinledikten sonra gerekli şartların gerçekleşmediği, şüphelinin eyleminin seri muhakeme usulü dışında olduğu ve soruşturma dosyasında yer alan tüm delillere göre mahkûmiyet kararı verilemeyecek olduğu kanaatine ulaşırsa Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulü uygulanması talebini reddeder. Talebin reddedilmesi halinde dosyayı, soruşturmanın genel hükümlere göre yani iddianame düzenlemek suretiyle tamamlanması maksadıyla Cumhuriyet başsavcılığına iade eder. Aynı şekilde şüpheli, mazeretsiz bir şekilde mahkemede bulunmazsa bu usulden vazgeçtiği kabul edilir. Bu durumda dosyanın yine soruşturmanın genel hükümlere göre yani iddianame düzenlemek suretiyle tamamlanması maksadıyla Cumhuriyet başsavcılığına iade edilmesi gerekecektir.

Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”.

³⁵⁵ Kızılarıslan, s. 1940.

Cumhuriyet savcısının, seri muhakeme usulünde tüm süreci bir yargılama süreci gibi yürütmesi ve sonunda da mahkemeymiş gibi bireyselleştirilmiş bir ceza takdir etmesi, kurumun daha çok yeni olmasından da kaynaklanacak şekilde, uygulamada birtakım problemler meydana getirmektedir ve getirecektir; çünkü infaz aşamasındaki cezanın bireyselleştirilmesi araçlarını hariç tutarsak cezanın bireyselleştirilmesi, yargılama faaliyetinin yegane yürütücüsü olan mahkemenin bir faaliyetidir³⁵⁶. Yargılamayı hızlandırmak için hukuk sistemimize giren seri muhakeme usulünden maksimum faydanın sağlanabilmesi ancak savcılığın ceza tayini ve bireyselleştirilmesi konusunda zamanla tecrübe kazanmasıyla mümkün olacaktır³⁵⁷.

Mahkeme tarafından kurulan bu hüküm sonuçları itibariyle gerçek bir hüküm değeri taşımakla beraber, bu hükmün hukuk mahkemeleri bakımından bağlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilemez³⁵⁸. Zira, ceza mahkemesi tarafından verilen bir hükmün hukuk mahkemeleri bakımından bağlayıcı olması, eylemin sabit görülmesi ya da sabit görülmemesi gibi kesin yargıların varlığına bağlıdır. Seri muhakeme usulünde, suçun ispatı yapılmamakta, yeterli şüphe üzerine kişiye bir hüküm uygulanmaktadır. Oysa genel hükümlere göre devam edecek olan yargılamada kişinin beraat etmesi mümkündür. Bu sebeple, hukuk mahkemesi hükme konu hususu kendisi değerlendirmeli, hüküm verilmiş olmasını aleyhe yorumlayarak eylem sabitmiş gibi karar vermemelidir.

Seri muhakeme usulünde, mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir (CMK m. 250/ 14). İtiraz mercii itirazı; seri muhakeme usulünün uygulanması için teklifin usulüne uygun yapıp yapılmadığı (m. 250/ 3) yönünden inceledikten sonra, mahkemenin, talep yazısı üzerine yaptığı değerlendirmenin hukuka uygunluğu yönünden de inceleme yapar (m. 250/ 9).

³⁵⁶ Aygörmez Uğurlubay, Haydar ve Korkmaz, s. 269.

³⁵⁷ Aygörmez Uğurlubay, Haydar ve Korkmaz, s. 269.

³⁵⁸ Atalay, s. 680.

1.6. CEZANIN BELİRLENMESİNİN BASİT YARGILAMA USULÜNDE GÖSTERDİĞİ ÖZELLİK

1.6.1. Genel Olarak

Yargı reformu strateji belgesi, ilk değişiklik paketi olarak ceza muhakemesinde basit yargılama ilişkin hükümler getirmiştir. Buna göre “*Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda*” basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilecektir.

Basit yargılama usulü, CMK m. 251’de şu şekilde düzenlenmektedir: Asliye Ceza Mahkemesi, kendisine gönderilen iddianameyi kabul ettikten sonra sadece adli para cezası veya adli para cezasıyla birlikte iki yıl ya da iki yıldan daha az süreli hapis öngörülen bir suç söz konusu olduğunda, isterse basit yargılama usulünü uygulayabilir; duruşma için bir gün tespiti yapıldıktan sonra bu usulün uygulanması mümkün değildir.

Basit yargılama usulünün düzenlendiği m. 251 detaylı incelendiğinde burada genel hükümlere göre gerçekleştirilecek muhakemeden oldukça farklı bir usulün gerçekleştirileceği görülmektedir. Ancak mahkemenin basit yargılama usulü kapsamında yaptığı yargılamalardan sonra verebileceği hükümler konusunda bir farklılık bulunmamaktadır. Yani mahkeme, CMK m. 223’te bulunan hükümlerden uygun olan birine karar verebilecek, bu hüküm kısa süreli hapis ise bunu kanunda sayılan seçenek yaptırımlara çevirebilecek veya hapis cezasının ertelenmesine karar verebilecek ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir³⁵⁹.

Basit yargılama usulü uygulandığında savunma ve açıklamalar taraflarca sözlü değil yazılı olarak bildirilecek; duruşma olmadan ve dahi Cumhuriyet savcısına görüşü sorulmadan hüküm açıklanabilecektir. Basit yargılama usulüne göre yapılan yargılama sonucu verilen hükümlere karşı istinaf değil itiraz yoluna gidilecektir. Ancak söz konusu itiraz, itiraz kanun yolundan farklı bir usule tabidir; itiraz üzerine

³⁵⁹ Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenleme Anayasa mahkemesi tarafından iptal edildi ancak 9 ay sonra iptal kararı yürürlüğe girecektir.

herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın doğrudan genel muhakeme hükümlerine göre yargılamaya devam edilir.

Basit yargılama usulünde sanığa ait birçok hakkın kısıtlanması ve yargılamaya hakim olan ilkeden vazgeçilmesi söz konusudur. Basit yargılama usulü doğrudan doğrualık, aleni yargılama, sözlülük ilkelerinden vazgeçilmesini gerektirmekte sanığın savunma hakkını da büyük ölçüde sınırlandırmaktadır³⁶⁰.

1.6.2. . Basit Yargılama Usulünün Uygulanması

Basit yargılama usulünün mahkemede uygulanabilmesi için öncelikle fiilin asliye ceza mahkemesinin madde yönünden yetki alanına girmesi gerekir. CMK m. 251/1'de bu durum açıkça ifade edilmiş; asliye ceza mahkemesince basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Basit yargılama usulü, kanunda istisnai olarak düzenlenen bir usul olduğu için, ilgili hükümlerin dar yorumlanması, uygulama noktasında tereddütün yaşandığı noktada genel muhakeme hükümlerine göre yargılamaya devam edilmesi gerekir³⁶¹. Nitekim mahkemenin genel hükümlere göre yargılamaya devam etmesi için, itiraz koşulu gerçekleşmek zorunda değildir.

Asliye ceza mahkemesince, iddianame kabul edildikten sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suçun varlığı hainde basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilir. Asliye ceza mahkemesine sunulan iddianamenin kabul edilebilir bir iddianame olması, yani CMK m. 170'de belirtilen iddianamenin taşınması gereken şartlara sahip olması gerekir. İddianame, CMK m. 174 kapsamında iade edilirse, iadenin ardından mahkemenin gerekli gördüğü düzeltmeler yapıldıktan sonra tekrar mahkemeye gönderilen iddianamenin kabulü ile basit yargılama usulünün uygulanması söz konusu olabilir.

Seri muhakeme usulünün uygulanması, koşulların varlığı halinde zorunlu olmasına rağmen, basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı mahkemenin

³⁶⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1042.

³⁶¹ Gökhan Taneri, **Seri Muhakeme Usul- Şartlar- Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü**; Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 285.

takdirine bırakılmıştır³⁶². Mahkeme, cumhuriyet savcısınca sunulan iddianameyi değerlendirip kabul ettikten sonra basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verebilir. Ancak burada mahkemenin takdir hakkı duruşma tarihini belirlediği ana kadar geçerlidir. Nitekim kanun duruşma günü belirlendikten sonra basit yargılama usulünün uygulanamayacağını belirtmektedir (CMK m. 251/1). Mahkeme önüne getirilen iddianameyi kabul etmesinin ardından, basit yargılama usulünü uygulamaya karar verirse, ilk olarak iddianameyi; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ yoluyla gönderir. Yapılan tebligatta bu ilgili kişilerden beyan ve savunmalarını yazılı olarak bildirmeleri talep edilir; bunun için ilgililere on beş günlük bir süre verilmelidir (CMK m. 251/2).

Mahkeme basit yargılama usulüne göre yargılama yaparken, genel hükümlere göre yapılan yargılamadan farklı olarak duruşma yapmaksızın yargılamayı tamamlama ve hüküm verme yetkisine sahiptir. Ancak duruşma yapılamayabileceği hususunun sanık, mağdur ve şikâyetçiye yapılacak tebligatta açıkça belirtilmesi zaruridir (CMK Mm. 251/2). Ancak, delillerin incelenmesi sonucunda suçun hukuki niteliği değişir ve cezanın artırılması ya da cezanın yanında güvenlik tedbiri de uygulanması gereği doğarsa, ek savunma hakkının tanınması için duruşma açılması gerekir³⁶³.

1.6.3. Cezanın Belirlenmesi ve Hüküm Verilmesi

Basit yargılama usulüne göre yargılamada; sanık, mağdur ve şikâyetçiye yapılan tebligatla, bu ilgili kimselerden diyecekleri varsa yazılı olarak bildirmeleri talep edilir; bunun için ilgililere on beş günlük bir süre verilir. Beyan ve savunma için verilen bu sürenin dolması üzerine mahkemece “*duruşma olmadan ve Cumhuriyet savcısının görüşü sorulmadan, Türk Ceza Kanunu m. 61’i göz önünde bulundurarak*”, CMK m. 223’de belirtilen kararlardan birine³⁶⁴ hükmedilebilir³⁶⁵.

³⁶² Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 17, s. 317.

³⁶³ Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 161, (36-51), s. 46.

³⁶⁴ CMK m. 223’e göre; “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.*”

Mahkeme tarafından sanığın mahkûmiyetine hükmedildiğinde sonuç ceza üzerinden kanunda yazılı oranda yani dörtte bir oranında indirim yapılır. Seri muhakeme usulünün uygulanması halinde Cumhuriyet savcısının belirlenen cezayı yarı oranında indirmesi mümkün olduğu halde, basit yargılama usulünü uygulayan mahkemenin belirlediği cezadan, basit yargılama usulüne bağlı olarak indirim yapma oranı dörtte bir olarak belirlenmiştir. Bu husus eleştiriye açıktır. Mahkeme, hüküm verme konusunda yetkili makam olmasına rağmen, seri muhakeme yapan Cumhuriyet savcısı kadar indirim yapma hakkına sahip değildir. Bu farklılığın sebebi anlaşılamamaktadır. Gerek seri muhakeme usulünde gerek basit yargılama usulünde ceza indirimi öngörülmüş olması, yargılamanın hızlanması için vazgeçilen kovuşturma ilkelerinin ödülü gibi görünmektedir ancak yargılamanın hızlanması isteği adil yargılanma hakkında vazgeçecek ölçüde olmamalıdır³⁶⁶.

Mahkeme basit yargılama usulü sonucunda verdiği hükümde bu hükme karşı gidilebilecek hukuki yolu ve bu yola başvurunun olası sonuçlarını mutlaka belirtir; bu yol kanunda itiraz olarak düzenlenmiştir (CMK m.252). Mahkeme yargılamayı yaparken her zaman yani hüküm verinceye kadar duruşma açmak suretiyle genel muhakeme çerçevesinde yargılamaya devam edebilir. (CMK m. 251/6)

1.6.4. Basit Yargılama Usulünün Uygulanamayacağı Haller

Basit yargılama usulü, sanığın yaşının küçük olması ve akıl sağlığının yerinde olmaması ile sağır ve dilsizlik söz konusu olduğunda uygulanmaz (CMK m. 251/ 7). Aynı şekilde basit yargılama usulünün uygulanması mümkün olan bir suçun, basit yargılama usulünün uygulanamayacağı başka bir suçla beraber gerçekleşmiş olması hâlinde basit yargılama usulü uygulanmaz CMK m. 251/ 8).

İki yıldan daha fazla hapis cezası öngörülmüş bir suç işlendiğinde, bu suçla ilgili basit yargılama usulü uygulanamaz. Bu husus, seri muhakeme usulünün, daha

³⁶⁵ Burada mahkemenin vereceği hükmün mutlaka gerekçeli olması gerekir. Duruşma yapılmaksızın karar verilebilecek olması, yani kovuşturma evresine hakim olan sözlülük ilkesinin bertaraf ediliyor olmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, savunma hakkı kapsamında denetlemekte, sözelimi duruşma yapılmadığı için dinlenmesi mümkün olmayan tanıkların yazılı söylemleri dayanak alınarak hüküm verilirken kısıtlanan savunma hakkının telafi edilebilmesi için başka bir yol gözetilip gözetilmediğini denetlemektedir; bkn. Centel ve Zafer, s. 1043; bkz. Schatschaschwili/ Almanya kararı, 15.12.2015.

³⁶⁶ Centel ve Zafer, s. 1043.

ağır cezayı gerektiren suçlarda bile uygulanabilmesi, bu sebeple oransızlık yaratan bir durum olması sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir³⁶⁷.

1.6.4. Basit Yargılama Usulüne İtiraz

Mahkemenin basit yargılama usulü uygulamak suretiyle verdiği hükümlere karşı itiraz edilebileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Eğer bu itiraz öngörülen zaman diliminde yapılmazsa hükmün kesinleşmesi söz konusu olur (CMK m. 252/ 1). CMK m. 260'a göre basit yargılama usulüne itiraz etmeye hakkı olan kişiler; sanık, katılan sıfatını almış ve veya alamamış olmasına bakılmaksızın bu sıfatı alabilecek derecedeki suçtan zarar gören kimseler, müdafî, vekil, sanığın kanuni temsilcisi veyahut eşidir.

Basit yargılama usulüne itiraza ilişkin CMK m. 252/ 2-6 fıkraları Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş³⁶⁸, yürürlüğü 11.07.2024'e ertelenen iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden 7499 sayılı Kanun³⁶⁹ ile hüküm, 01.06.2024 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Mevcut düzenlemede; verilen hükme itiraz edildiğinde itirazın haklı olup olmadığına bakılmaksızın hemen mahkemece derhal duruşma açılır ve genel muhakeme hükümlerine göre yargılamaya devam edilmesine karar verilir. (CMK m. 252/2). Burada önemli olan husus, itirazın süresi içinde yapılmış olması ve itiraz edenin itiraz hakkına sahip olmasıdır³⁷⁰. Mahkeme itiraz üzerine duruşma açıp hüküm verirken basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı olmayacaktır ancak sanık değil de bir başkası basit yargılama usulünde itiraz ederse mahkeme basit yargılama usulünde usulüne göre yaptığı indirimi duruşma sonundaki hükümde de yapmalıdır (CMK m. 252/3). İtiraz sonucunda verilen hüküm sanığın lehine ise lehe olan bu husus itirazda bulunmamış diğer sanıklara da uygulanması mümkünse, uygulanır (CMK m. 252/4). Duruşmadan önce itiraz eden kimse itirazlarından vazgeçerse hiç itiraz etmemiş gibi olur ve duruşma yapılmaz. Tarafların duruşmaya gelip gelmemesi bu noktada önem arz etmez, yokluklarında dava bitirilebilir ve

³⁶⁷ Centel ve Zafer, s. 1043.

³⁶⁸ AYM, E. 2020/79, K. 2023/113, T. 22/6/2023.

³⁶⁹ 7499 Sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kabul Tarihi: 02/03/2024, Yayımlandığı RG Tarih/ Sayı: 12/03/2024/ 32487.

³⁷⁰ Centel ve Zafer, , s. 1042.

hüküm verilebilir. Bu kişilere tebliğ edilen davetiyede bu durum belirtilir (CMK m. 252/2).

Hükmü veren mahkeme, hükme itiraz edildiğinde itirazın haklı olup olmadığını değerlendirmeksizin genel hükümlere göre yargılamaya devam edecekken, yeni düzenleme³⁷¹ ile bu durum değişmiş, itiraz üzerine dosya, o yerde birden fazla asliye ceza mahkemesi bulunması halinde tevzi sırasına göre belirlenen asliye ceza mahkemesine gidecek ve bu mahkemede genel hükümlere göre yargılama yapılacaktır.

Basit yargılama usulünde sanık bu usule itiraz ederse ve bunun sonucunda duruşma yapılırsa, genel muhakeme düzenlemelerine göre yapılacak yargılama sonucunda, mahkeme cezada indirim yapmak zorunda değildir; yani basit yargılama usulünde yapılan dörtte bir oranında indirim, itiraz söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirecektir. Basit yargılama usulünde hükümde indirim yapılmasının altında yatan sebep savunma hakkı gibi birtakım haklarından feragat etmiş olan sanığın ödüllendirilmesidir. Bu sebeple sanık karara itiraz ettiğinde bu indirimin korunmaması olağandır. Ancak ödül gibi görünen bu durumun, basit yargılamaya itiraz etmek isteyen sanık üzerinde bir baskı oluşturacağı da muhakkaktır³⁷².

1.7. CEZANIN HESAPLANMASI VE MAHSUP

TCK m. 61, cezanın belirlenmesini düzenlemektedir. Mahkeme, işlenen suçun karşılığı olarak kanunda soyut olarak belirlenen cezaya bakarak, seçenek

³⁷¹ 7499 sayılı “Kanun ile yürürlüğe girecek yeni düzenleme şu şekildedir: “İtiraz üzerine hükmü veren mahkemece dosya, o yerde birden fazla asliye ceza mahkemesi bulunması hâlinde tevzi kriterlerine göre belirlenen asliye ceza mahkemesine gönderilir ve bu mahkemece duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Tek asliye ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde ise, aynı mahkemede yetkili başka bir hakim varsa bu hakim tarafından; aksi hâlde adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanınca görevlendirilen hakim tarafından duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Taraflar gelmese bile duruşma yapılır ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebilir. Taraflara gönderilecek davetiyede bu husus yazılır. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi hâlinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır. (CMK m. 252/2) Mahkeme, ikinci fıkra uyarınca hüküm verirken, 251 inci madde kapsamında basit yargılama usulüne göre verilen hükümle bağlı değildir. Ancak, itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca indirim uygulanır (CMK m. 252/3). İtiraz üzerine verilen hükmün sanık lehine olması hâlinde, bu hususların itiraz etmemiş olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da itiraz etmiş gibi verilen kararlardan yararlanır (CMK m. 252/4). İkinci fıkra uyarınca verilen hükümlere karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 252/5)”.

³⁷² Centel ve Zafer, s. 1043.

yaptırım söz konusu ise öncelikle hapis cezasını mı yoksa adli para cezasını mı tercih edeceğine karar verecektir. Daha sonra, bu çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı gibi TCK m. 61/1’de belirlenen kriterlere göre alt ve üst sınırları olan cezalar arasında temel cezayı belirleyecektir.

TCK m. 61/1’e göre belirlenen ceza, temel cezadır; bu ceza üzerinden, önce m.61/1-5 fıkraları somut olayda değerlendirilerek gerekli artırım ve/ veya indirimler yapılacak, varsa koşulları varsa takdiri indirim uygulanacak ve bu sayede nihai ceza bireye uydurulmuş olarak belirlenmiş olacaktır. Cezanın hesaplanması, cezanın belirlenmesinin son aşaması olmakla beraber, hesaplanan ceza üzerinden yine kanunda belirtildiği şekil ve ölçüde mahsup işlemi yapılmak suretiyle, fail bakımından maruz kalacağı nihai ceza tespit işlemi tamamlanacaktır. Suç teşkil eden hukuka aykırı fiilleri önlemenin bir aracı olarak değerlendirilen ceza; önlenememiş suç ve suçlu bakımından, bastırılabilir ölçüde olmalıdır; bu ölçü de ancak cezaların doğru hesaplanması ile sağlanır³⁷³.

Cezanın belirlenmesi hususu ne kadar önemliyse belirlenen cezanın her olay için adil olacak şekilde doğru hesaplanması hususu da o denli önem arz etmektedir. TCK m. 61/ 6 hapis cezasının TCK m. 61/ 8 ise adli para cezasının hesaplanmasına ilişkin düzenlemelerdir.

1.7.1. Cezanın Hesaplanmasında Gözetilmesi Gereken İlkeler ve Ölçü Birimi

Suçlar ve cezalara ilişkin düzenlemeler bakımından geçerli olan kanunilik ilkesi cezaların hesaplanması bakımından da geçerlidir. Kanunda açıkça düzenlenmediyse cezalar ne artırılabilir, ne azaltılabilir, ne de değiştirilebilir (m. 61/10). Kanun her suç için bir ceza belirlemiştir. Doğal olarak hesaplamalar soyut olarak belirlenmiş bu ceza üzerinden yapılmalıdır.

Suçun karşılığında sabit bir ceza değil de çoğunlukla yapıldığı gibi alt ve üst sınırı olan bir ceza belirlendiyse, cezaların hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken ilk husus bu sınırlar içinde kalınmasıdır. Bu sınırların aşılabilmesi için, suçun daha ağır ya da daha hafif cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hallerin varlığı halinde,

³⁷³ Dönmezer ve Erman, C: III, s. 305.

kanun ilgili hükümde bir artırım ve indirim oranı belirlemiş ise mümkün olabilir³⁷⁴. Ancak kanun, suçun nitelikli hallerini düzenlerken, bazen suçun temel şekli ile aynı şekilde cezalandırılacağını hükme bağlamış olabilir. Bu durumda ceza hesaplanırken alt ve üst sınırların aşılması mümkün değildir. Kanun koyucu, hükmü verecek olan mahkemeye alt ve üst sınırlar arasında ceza belirlerken takdir hakkını kullanabilmesi adına sabit ceza sisteminden vazgeçmiştir³⁷⁵. Ancak bu sınırların içinde kalınması, takdir hakkının keyfi kullanılmaması için önemli bir husustur. Hakim alt ve üst sınırlar içinde, keyfiyetten uzak bir şekilde ve gerekçelendirerek alt sınırın üzerinde bir ceza verir. Alt sınır ve üst sınır arasında dilediği cezayı vermek hakimnin takdirinde olmasına rağmen, bu takdir hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmenin bir yolu olarak, karardaki gerekçeler kanun yolu aşamasında irdelenir ve buradaki takdir hakkı da denetlenir³⁷⁶. Ceza kanunlarında ilgili suç tipinde aksi bir düzenleme yapılmamışsa, süreli hapis cezası en az bir ay en fazla da yirmi yıl olabilir (TCK m. 49/ 1). Bu şekilde düzenlenen suçlar bakımından da alt ve üst sınırların aşılması yasağı geçerli olacak, kanuni alt sınırın belirlenmediği suçlarda alt sınır bir ay olarak uygulanacak ve bu sınırın altında ceza verilmesi mümkün olmayacaktır. Özel hükümler, bu sınırın aşılması kuralının uygulanmasının hakkaniyete aykırı olacağı haller bakımından, ilgili suç tipinde bu sınırı aşmak suretiyle ceza tayin etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda sınırın aşıldığı söylenemez³⁷⁷.

Cezalar hesaplanırken, hapis cezasının ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlar bakımından, tercih edilen ceza hapis cezası olduğunda, bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir (TCK m. 50/ 2).

³⁷⁴ Dönmezer ve Erman, C: III, s. 305.

³⁷⁵ Dönmezer ve Erman, C: III, s. 39.

³⁷⁶ “...sanığın eylemi nedeniyle katılanın hayati tehlike geçirecek ve hayat fonksiyonlarını 2. derecede etkileyen kemik kırığına neden olacak şekilde yaralandığı olayda, birden fazla nitelikli halin ihlali (TCK'nin 87/3 ve 87/1-d maddeleri) ile atılı suçu işleyen sanık hakkında, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, 5237 Sayılı TCK'nin 86/1. maddesi gereğince temel cezaya hükmedilirken, TCK'nin 3. maddesindeki cezada orantılılık ilkesi de gözetilerek hakkaniyete uygun ve sonuca etkili şekilde alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizdir.”, Y. 1.CD, E. 2022/4928, K. 2022/4657, T. 8.6.2022; “Sanık ...'un azmettirmesi üzerine suça sürüklenen çocuğun katılanı hayati tehlikeye ve organlardan birinin işlevinin sürekli yitirilmesine neden olacak şekilde yaralandığı olayda; teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören 5237 Sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözönünde tutularak üst sınıra yakın düzeyde ceza tayini yerine yazılı şekilde makul düzeyde hapis cezasına hükümlenerek eksik ceza tayini, hukuka aykırı bulunmuştur.”, Y. 1. CD, E. 2022/8491, K. 2023/4757, T. 5.7.2023.

³⁷⁷ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 702.

Cezaların hesaplanması hususunda mahkemenin göz önünde bulundurması gereken önemli bir hüküm de TCK m. 19 olacaktır. Bu hüküm yabancı ülke kanunlarının göz önünde bulundurulmasına ilişkindir. Buna göre; *“Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz. Ancak suçun; a) Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak, b) Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak, İşlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”* Dolayısıyla, TCK'da ilgili suç tipi için daha fazla bir ceza öngörülmüş olsa bile, verilecek ceza suçun işlendiği ülkede o suç için öngörülen cezanın üst sınırını geçemeyecektir. Bu sayede, suçun işlendiği ülke kanununu ihlal etmek suretiyle, o ülkede ilgili suçun karşılığındaki cezayı göze alan fail, bundan daha fazlasını çekmek zorunda kalmayacaktır.

TCK'ya göre, cezaların hesaplanmasında ölçü birimi olarak gün, ay ve yıl kullanılır. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür; yıl ise resmî takvime göre hesap edilir (m. 61/6). Kanun koyucu, ay ve yıl hesabı yapılırken oluşabilecek tereddütleri bertaraf etmek için, söz gelimi bir aylık hapis cezasının otuz gün alarak hesaplanacağını, bir yıllık hapis cezasının, bir sonraki yılın aynı gününe gelecek şekilde resmi takvime göre belirleneceğini düzenlemiştir. Ancak, bir günlük hapis cezasının yirmi dört saat olduğunu belirtmesi gereksizdir³⁷⁸. Gün, ay ve yıl birimleri ile hesaplanması gereken cezanın, beş hafta ya da on iki saat şeklinde hesaplanması mümkün değildir.

Kanunun müsaade etmediği ölçü birimlerinin kullanımı, cezanın iptal edilmesine ve hükmün bozularak ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine gerek kalmadan, kanun yolu aşamasında üst mahkeme tarafından düzeltilebilir bir hata olarak görülmektedir³⁷⁹.

765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi mevcut TCK'da da cezanın hesaplanması ile alakalı ayrıntılı düzenlemeler yer almamaktadır; cezanın hesaplanması bakımından geçerli olan ilkeler mahkeme içtihatları ile

³⁷⁸ Hakeri, s. 703.

³⁷⁹ MüKoStGB/Radtke StGB § 39 Parg.2, 3; Schönke/Schröder/Kinzig StGB § 39 Parg.1-5.

oluşturulmuştur³⁸⁰. Ceza hesaplanırken, failin işlemiş olduğu birden fazla suç varsa cezanın belirlenmesi ve hesaplanması her bir suç için ayrı yapılır³⁸¹.

1.7.2. Hapis Cezasının Hesaplanması

TCK m. 61/6'ya göre; hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bu hüküm dışında cezanın hesaplanmasına ilişkin detaylı düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Cezanın hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler her ülke ceza kanunda da bulunmamaktadır. İtalyan Ceza Kanunu m. 134'te, TCK m. 61/6 ile benzer bir düzenleme yer almaktadır; buna göre cezaların gün ay ve yıllara göre verileceği ve hesaplama yapılırken küsuratın hesaba katılmayacağı belirtilmiştir.

Alman CK'da cezaların hesaplanması m. 39'da düzenlenmiştir. Buna göre, bir yıldan az süreli hapis cezaları tam hafta ve aylarla, daha uzun süreli hapis cezaları ise tam ay ve yıllarla ölçülür. Bu hüküm, TCK açısından kısa süreli kabul edilen bir yıldan az hapis cezaları ile bir yıl ve daha fazla hapis cezaları bakımından mahkemenin kullanacağı ölçü birimleri arasında farklılık oluşturulmuştur; kısa süreli hapis cezalarında en küçük ölçü birimi bir hafta, diğer hapis cezalarında ise bir aydır³⁸². TCK'da hafta birimi kabul edilmemiştir. Uzun süreli hapis cezalarında artışların sadece ay birimi üzerinden yapılmasına izin verilmektedir, bu sebeple sözgelimi bir yıl bir haftalık hapis cezaları kabul edilemez³⁸³.

Yıl olarak hesaplanan ceza üzerinden, kanunda yazılı oranlarda artırım ve indirim yapılırken yılı, ay üzerinden hesaplayarak bu belirlemeyi yapmak gerekir³⁸⁴. Bu hesaplama sonucunda on iki aydan fazla çıkıyorsa, yine yıl üzerinden hüküm verilmesi gerekir³⁸⁵. Ayların yıla çevrilmesi, esasen sanık aleyhine bir durum yaratmaktadır. Sözgelimi, üç yıl olarak belirlenen hapis cezası üzerinden indirim yapılırken, üç yılı önce ay olarak düşünüp indirimi ay üzerinden yapmak

³⁸⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 316.

³⁸¹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 319.

³⁸² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 39, Parg. 1-7; BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 39 Parg.1-4.

³⁸³ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 39, Parg. 1-7.

³⁸⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 609; Özbek ve Diğerleri, s. 715; Apiş, s. 230; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 238; İBK, 25/58, T. 13.12.1939 :“bir sene ve daha fazla cezalar üzerinden yapılacak artırma, senenin aylara taksimi suretiyle yapılır. Ancak, artırma miktarları bir yılın altında ay olarak saptandıktan sonra ayların toplanıp 12 ayın bir yıl olarak ifadesiyle hükümlünün aleyhine karar verilemez.”

³⁸⁵ Dönmezer ve Erman, C: III, s. 308.

gerekecektir. Bu şekilde indirim yapılmak suretiyle on dokuz ay olarak belirlenen hapis cezası, soyut ceza yıl üzerinden hesaplandığından, bir yıl yedi ay olarak hükme bağlanır. Ay olarak hesaplandığında ceza, beş yüz yetmiş gün olarak infaz edilecekken, yıl olarak hesaplandığında beş yüz yetmiş beş gün olarak hesaplanmaktadır. Ancak sırf bu nedenle, cezanın ay olarak kalması gerektiği ileri sürülemez³⁸⁶. İlgili suç tipinde cezanın ay üzerinden verileceği belirtilmişse, o suçun cezasının artırılması veya indirilmesi suretiyle belirlenen ceza on iki aydan fazla olsa bile, hüküm yıl olarak değil ay olarak belirtilir; on dört ay hapis cezası gibi.

Hükümden önce kişinin tutukluluk hali dikkate alınıp cezadan mahsup edildiğinde, kanunun aradığı ölçü birimine uyumlu olmayan cezalar ortaya çıkabilir; ancak bu mahsup işlemi bir cezalandırma faaliyeti olmadığı için bu bir sorun teşkil etmez ve ölçü birimi bakımından aykırılık oluşturmaz³⁸⁷. Aynı şekilde azami cezanın belirlenmesi bakımından takdiri indirim uygulandığında da bir yıldan uzun süreli hapis cezaları bakımından haftaların da dikkate alınması gerekir³⁸⁸. Adli para cezasının uygulanamaması dolayısıyla hapis cezasına çevrilmesi durumunda da ölçü birimi farklılık arz edebilir. Alman CK'da adli para cezasından çevrilen hapis cezaları söz konusu olduğunda, her iki günlük adli para cezası bir günlük hapis cezası olarak uygulanır (Alman CK m. 43); burada hapis cezasının gün olarak hesaplanacağı belirtilmiştir.

Hapis cezası gün olarak hesaplandıysa sonuncu günün hangi saatinde hükümlünün salıverileceği doğru tespit edilmelidir. Bu noktada cezanın infazının hangi saatte başladığı önemlidir; nitekim hükümlü, cezasının son gününde aynı saatte salıverilecektir. Bu salıverilme anı ile ilgili farklılık oluşması, cezanın herhangi bir sebeple kesintiye uğraması halinde söz konusu olur³⁸⁹. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının arta kalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez (TCK m. 61/6).

³⁸⁶ YCGK, E. 1994/1-58, K. 1994/81, T. 28.3.1994.

³⁸⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 39, Parg. 1-7; BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 39 Parg.1-4

³⁸⁸ Schönke/Schröder/Kinzig StGB § 39 Parg.1-5.

³⁸⁹ Hakeri, s. 704; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 609; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 317; İçel ve Diğerleri, s. 173; Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 39 Parg.1-3.

TCK m. 49/ 1'de yer alan “*sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz*” hükmü gereği, ceza kanunlarında ilgili suç tipinde aksi bir düzenleme yapılmamışsa, sürelî hapis cezası en az bir ay en fazla da yirmi yıl olabilir. Bu hüküm, sınırlı da olsa kanunun sadece cezanın alt sınırını ya da üst sınırını belirlediği suçlar bakımından geçerlidir. Sözgelimi, insan üzerinde deney başlıklı TCK m. 90/ 4'e göre; hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, *bir yıla kadar* hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu suç bakımından kanunda bir düzenleme olmadığı için, verilecek ceza en az bir ay olacaktır.

Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz. (TCK m. 61/7). Bu düzenleme ile ceza bakımından tüm artırım ve indirimler yapıldıktan sonra belirlenen sonuç cezanın en fazla otuz yıl olabileceği hükme bağlanmıştır. Bu otuz yıl sınırı tek bir suç için geçerli olan üst miktardır. Yani kişinin birden fazla suç dolayısıyla yargılanıyor olması sebebiyle alacağı cezanın her bir suç için en fazla otuz yıl olması, toplamda ise otuz yıldan fazla olması mümkündür. Ceza hesaplanırken, bir suç karşılığı olarak öngörülen cezanın, artırımlar sonucunda otuz yıldan fazla olarak belirlenmesi halinde, bu cezanın otuz yıla düşürülmesi ve bu şekilde infaz edilmesi gerekir³⁹⁰.

1.7.3. Adli Para Cezasının Hesaplanması

Türk Ceza Kanunu m. 61/ 8'e göre, adli para cezası hesabı gün üzerinden yapılacaktır. Hapis cezasının gün olarak belirlenmesinden sonra, bir günün karşılığı olan para miktarının da belirlenmesi gerekir. Bu miktar en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası olabilirdi (m. 52/ 2). Ancak 7499 Sayılı Kanun³⁹¹ m. 9 ile 1 Haziran 2024'te yürürlüğe girmek üzere bu değer en az yüz en fazla beş yüz Türk Lirası olarak belirlenecek şekilde değiştirilmiştir. Bu miktar, kişinin ekonomik ve diğer şahsi durumları da göz önünde bulundurulmak suretiyle, mahkeme tarafından takdir edilir ve sonuç ceza bu iki birimin çarpılmasıyla hesaplanır. Artırım ve indirim sebepleri dikkate alınarak yapılan hesabın ardından, bulunan gün sayısı küsuratlı olarak

³⁹⁰ Koruculu, s. 415.

³⁹¹ 7499 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kabul Tarihi: 02/03/2024, Yayımlandığı RG Tarih/ Sayı: 12/03/2024/ 32487.

belirlenmiş olabilir. Belirlenen bu gün sayısının bir gün karşılığı için belirlenen miktarla çarpılması sonucu tespit edilen ceza sonuç ceza olacaktır. Gün hesabı yapılırken, kusurlu olan kısmın hesaba katılmayacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanunilik ilkesi gereği, bu kusuratin dikkate alınmaması mümkün değildir. Bu sebeple, kusurlu olarak belirlenen ceza, gün karşılığı olan miktar la çarpıldıktan sonra belirlenen cezada bir Türk lirasının kusurati olan kısım hesaba katılmayarak sonuç ceza miktarı belirlenmiş olacaktır³⁹². Ancak kanımca, uygulama birliği olması adına, TCK m. 61/ 6'da yer alan hapis cezalarında bir günün arta kalanı hesaba katılmayacağına ilişkin hüküm gibi, adli para cezasında, gün üzerinden artırım ve indirim yapılması sonrasında tespit edilen cezada, gün sayısının kusuratinın da dikkate alınmayacağına ilişkin bir hüküm getirilmesi gerekir.

Adli para cezası, ilgili suç tipinde sadece alt sınırı ya da sadece üst sınırı belirlenmiş olarak yer alabilir. Bu tip suçlar bakımından, belirlenmeyen alt veya üst sınırın belirlenmesi bakımından TCK m. 52 hükmü uygulanacaktır. Buna göre TCK, ilgili suç tipinde aksi bir düzenleme yapmamışsa, adli para cezası en az beş en fazla yedi yüz otuz gün olabilecektir. İlgili suç tipinde sadece adli para cezasına hükmedileceği belirtilmiş ise, mahkeme adli para cezasının gün sayısını belirleme konusunda somut olay çerçevesinde bir takdir hakkına sahiptir. Ancak bu takdir hakkının sınırını m. 52 oluşturmakta, mahkeme bu sınırlar içinde kalmak suretiyle bir ceza belirlemektedir.

İlgili suç tipinde adli para cezası, özellikle ekonomik çıkar sonucunu doğuran suçlar bakımından, TCK m, 52/ 1 hükmündeki sınırın çok üstünde belirlenmiş olabilir. Şüphesiz bu belirlemenin amacı, kazanç elde edilen suçlarda, kazancın miktarı tam olarak belirlenemediği için, kazanç müsadereyi yoluyla ulaşılamayan suç kaynaklarının varlığı da gözetilerek, özellikle yüksek adli para cezaları ile suç yoluyla zenginleşmenin önüne geçilmesidir³⁹³.

Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlar bakımından adli para cezasının uygulanmasına karar verildiğinde bu cezaya ilişkin gün biriminin alt

³⁹² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 318.

³⁹³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 321.

sınırı, ilgili suçun tanımında yer alan hapis cezasının alt sınırından az olamayacağı gibi üst sınırı da, ilgili suçun tanımında yer alan hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacaktır (TCK m. 61/ 9). Kanunun ilk halinde yer almayan bu düzenleme, adli para cezası seçildiğinde, sınırın belirlenmesi konusunda TCK m. 52’de yer alan sınırların esas alınması gerektiği fikri öğretide çoğunluk tarafından benimsenmiş ve uygulama da bu şekilde gelişmiştir³⁹⁴. Ancak bu uygulama doğru bulunmamış olmalı ki, tereddütlerin giderilmesi gerekçesiyle kanun değişikliğine gidilmiş ve m. 61/9 hükmü TCK’ya eklenmiştir. Bu hükmün getirilmesi kanunilik ilkesi bakımından yerinde bir değişiklik olmuştur ancak, kanun değişikliğinin, uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla yapılmış olması doğru bir gerekçe olmamıştır³⁹⁵. Uygulamaya uyumlu olacak şekilde TCK m. 52’ deki sınırların geçerli olacağı şeklinde bir düzenleme yapılması daha kabul edilebilir olabilirdi.

TCK’da, adli para cezalarının gün üzerinden hesaplanıyor olması, sabit geliri olan vatandaşların sayıca az olmasından dolayı, uygulamada zorluk yaratmaktadır³⁹⁶. Adli para cezasının hesaplanması, cezanın bireyselleştirilmesine hizmet etmesi bakımından kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri, söz gelimi bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı ve yükümlülüğün kendine getirdiği maddi külfet³⁹⁷, göz önünde bulundurularak belirlenir. Ancak bu husus, sadece, bir gün karşılığı olarak ödenmesi gereken miktarın belirlenmesi bakımından dikkate alınır. Kişilerin malvarlıklarına ilişkin sundukları belgeler üzerinden ekonomik durumları tespit edilerek adli para cezasında bir günün karşılığı olan miktar belirlenmekte, ancak gün miktarının belirlenmesi konusunda ekonomik durum dikkate alınmamaktadır. Bu sebeple de ekonomik durumla orantılı bir cezalandırmadan söz edilmesi de zordur. Ancak unutulmamalıdır ki adli para cezasının gün olarak belirlenmesi, suç işlenmesinin önlenmesi amacına hizmet edebileceği ölçüde olur³⁹⁸, bu sebeple gün sayısının belirlenmesi hususunda ekonomik durumun göz ardı edilmesi adildir. Sabit gelir

³⁹⁴ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 325, 326.

³⁹⁵ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 326.

³⁹⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 610.

³⁹⁷ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 910.

³⁹⁸ Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 40 Parg.1-20

sahibi olmayan kişilerin, gelirleri ve malvarlıklarına ilişkin tespitler tahminen ve takdireen yapılmaktadır³⁹⁹.

Hapis cezasının yanında adli para cezasının da öngörüldüğü suçlar bakımından, mahkeme cezayı hesaplarken hapis cezasını alt sınıra yaklaşıp, adli para cezasını da üst sınıra yaklaşıp tespit edebilir. Bu hususun gerekçelendirilebilmesi önemlidir; gerekçe noktasında herhangi bir çelişki söz konusu değilse, bu farklılığın sorun yaratacağı söylenemez⁴⁰⁰.

1.7.4. Mahsup

1.7.4.1. Genel Olarak

Mahsup, cezaların hesaplanması bir parçası olarak TCK m. 63'te düzenlenmiştir. Buna göre mahsup; *“hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler”*in hükmedilen hapis cezasından indirilmesini gerektirir. Bu haliyle mahsup, cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır. Mahsup, sonuç cezanın belirlenmesinden sonra uygulanan bir araçtır; bu sebeple mahsuptan sonraki cezanın sonuç ceza olduğundan söz edilemez⁴⁰¹.

Mahsubun söz konusu olabilmesi için, kişinin cezadan önce hürriyetinin kısıtlanmasını gerektiren bir tedbire maruz bırakılması gerekir. Bu sürenin belirlenen cezadan düşürülmesi elzemdir. Aksi takdirde, çekilen cezanın mahkeme tarafından tespit ve hak edilmiş cezadan daha fazla olması gibi adaletli olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Günümüz ceza muhakemesi sisteminde, uzun tutukluluk sürelerinin varlığı da gözetildiğinde, tutuklu yargılanan bir sanığın, hüküm verilinceye kadar kaldığı tutukevinde geçen süre, bir hayli uzun olabilmekte ve hükmedilen cezadan mahsup edilmediği müddetçe haksız bir duruma sebebiyet verebilmiş olacaktır.

³⁹⁹ Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 79; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 610.

⁴⁰⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 716; YCGK, E. 2017/15-496, K. 2018/246, T. 29.5.2018 *“hapis cezası alt sınırdan tayin olduğu hâlde ayrıca yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden aynı gerekçeyle adli para cezasına esas alınması gereken tam gün sayısının alt sınırdan uzaklaşılarak tayini suretiyle çelişkiye düşülmesi...”*

⁴⁰¹ Erhan Günay, İnfaz Hukukunda İçtima, Mahsup ve Koşullu Salıverilme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 37; Koruculu, s. 459.

Mahsup TCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen bir infaz hukuku kurumudur nitekim mahsup cezanın infaz aşamasında dikkate alınmaktadır⁴⁰². Mahsubun hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda bir fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre, mahsup cezayı hafifleten bir sebeptir⁴⁰³. Ancak mahsup işleminin uygulanmasıyla ceza hafiflememekte sadece indirimin yapılmasıyla birlikte infaz kurumunda geçirilecek süre farklılaşmaktadır; sonuç ceza aynı kalmaktadır. Mahsubun özel af olduğu savunulmaktadır⁴⁰⁴ ancak mahsubun af olarak kabul edilebilmesi için, kişilerin şahsına özgü durumlarının da mahsup yapılırken değerlendirilmesi⁴⁰⁵ ve mahsubun buna göre yapılması veya yapılmaması gerekir. Oysa mahsubun yapılmaması mahkemenin takdirinde değil bir zorunluluktur ve mahsup için önemli olan mahkumiyetten önce özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran bir durumun varlığıdır. Bir diğer görüş, tutukluluk halini bir ceza olarak gören⁴⁰⁶ ve mahsubu, cezanın çektirilen kısmının belirlenen cezadan indirilmesinden ibaret⁴⁰⁷ bir işlem olarak ifade eden görüştür. Ancak, bu görüşü desteklemek de mümkün değildir. Nitekim tutuklama veya diğer özgürlüğü kısıtlayan haller bir ceza değildir, geçici tedbir niteliğindedir. Kaldı ki, bu hallerin ceza olarak kabulü, mahkumiyetten önce kişiye ceza verilmesinin de kabulü anlamına gelir ki, böyle bir kabul, yani cezanın peşin olarak çekilmesi⁴⁰⁸, söz konusu olamaz⁴⁰⁹.

Mahsup bir cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır. Bu haliyle, tutuklama veya benzeri bir tedbir ile özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişiye bu mahrumiyetinin iade edilmesini sağlamaktadır⁴¹⁰. Mahsup, devlet organları tarafından verilen kararlar doğrultusunda hürriyeti kısıtlanan kişiye, bu sebeple geçirdiği sürelerin, mahkeme tarafından kurulan bir ceza mahkûmiyetinden indirilmesi hususunda tanınan, uygulanacak kişi bakımından denkleştirme görevi gören temel bir haktır⁴¹¹.

⁴⁰² Önder, C. 3, s. 173; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 346.

⁴⁰³ Önder, C. 3, s. 170; İçel, s. 567.

⁴⁰⁴ Çolak ve Altun, s. 6.

⁴⁰⁵ Koruculu, s. 445; Çolak ve Altun, s. 6.

⁴⁰⁶ Henschel, A, *Die Reform der Untersuchungshaft*, Berlin, 1909, s. 156; Akt: İçel, s. 568.

⁴⁰⁷ İçel, s. 568; Koruculu, s. 445.

⁴⁰⁸ Hasan Dursun, "Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2016, S. 7, (507- 558), s. 515.

⁴⁰⁹ İçel, s. 568.

⁴¹⁰ İçel, s. 568.

⁴¹¹ Dursun, s. 516.

Kişinin hapis cezası almasından önce maruz bırakıldığı geçici tedbirler ile özgürlüğünün kısıtlandığı zamanın, nihai olarak alacağı cezadan indirilmesi, adil bir hüküm verilmesinin gereğidir. Bu sayede, kişi geçici olarak özgürlüğünün kısıtlandığı zamana, ayrı bir cezaymış gibi katlanmak durumunda kalmayacaktır. Aksi halde, kişinin gerçekleştirdiği eylem ile kanunun orantılı olarak belirlediği cezadan fazlasına hükmedilmiş olur ve bu durum ceza adalet sistemini bozar. Mahsup hükümlü bakımından bir haktır⁴¹².

Mahsup konusu, her somut olayda kişinin tutuklulukta veyahut gözetiminde geçirilen bir süre olup olmamasına göre değişiklik arz eder. Aynı şekilde mahsubun uygulanıp uygulanmayacağı da her somut olaya göre farklı seyreder. Hükümün getiriliş amacı dolayısıyla mahsup lehe bir hükümdür ve talep olsun ya da olmasın uygulanması gerekir. Henüz kesinleşmiş bir ceza mahkumiyeti söz konusu değilken kişinin özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek bütün süreler, mahkumiyet kararının verilmesiyle birlikte söz konusu cezadan indirilmelidir⁴¹³.

Mahsup sadece hapis cezasına değil, adli para cezasına hükmedilmesi halinde de uygulanacaktır. Kişi hakkında hükmedilen cezanın para cezası olması halinde, kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı her gün, kanunun takdir ettiği beş yüz Türk lirası olarak hesap edilir ve belirlenen adli para cezasından indirilir (m. 63).

Alman hukukunda olduğu gibi, mahsubun takdiren uygulanmaması, bizim hukukumuz bakımından geçerli değildir. TCK'ya göre mahsup işleminin yapılması zorunluluktur. Bu durumda hakimın görevi, mahsup işlemine ilişkin hesaplamayı doğru bir şekilde yapmaktır⁴¹⁴. Kişinin kendisi şahsi özgürlüğü kısıtlayıcı durumu bizzat yaratsa bile mahsup işleminin yapılması zorunludur⁴¹⁵. Alman CK'Ya⁴¹⁶ göre, sanığın fiilden sonraki davranışları, mahsubu haklı kılmıyorsa, mahkeme kısmen mahsuba karar verebileceği gibi mahsup yapmama yönünde de karar verebilir (m. 51/1). Mahkemeye bu konuda mahsubu uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir

⁴¹² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 713.

⁴¹³ Murat Volkan Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 1015.

⁴¹⁴ Kayıhan İçel, "Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetlerinden Mahsubu", **İÜHKM**, Y. 1963, S. 3, (560-579), s. 570.

⁴¹⁵ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 740; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 612; İsviçre Ceza Kanunu da kusur halinde mahsubun uygulanmayacağını kabul etmektedir; Önder, s. 170.

⁴¹⁶ Yenisey ve Plagemann, s. 43.

hakkı verilmiştir⁴¹⁷. Fail, savunmasına hizmet etmeyen veya yargılama öncesi tutukluluğun uzatılmasını amaçlayan ya da kötü niyetle yargılamayı geciktirme amacını taşıyan bir davranış gösterirse, kaçmaya teşebbüs ederse bu durumda mahsup söz konusu olmayabilir; ancak bu eylemlerin gerçekte yargılamada amaçlanan gecikmeye yol açması şarttır⁴¹⁸.

1.7.4.2. Mahsubun Uygulanmasının Koşulları

Mahsubun uygulanabilmesi için, ilk koşul olarak, kişi hakkında verilmiş bir ceza mahkumiyeti bulunması gerekir. Diğer bir koşul olarak da bu ceza mahkumiyetinden indirilmesi gereken bir şahsi hürriyeti bağlayıcı bir halin varlığı gerekir.

1.7.4.2.1. Bir Ceza Mahkumiyetinin Varlığı

Mahsup işleminin yapılabilmesi için, öncelikle bir ceza mahkumiyetinin varlığı gerekir. Yani, kişi mahkum edilmeden önce yakalanmış veya benzer bir tedbirle özgürlüğü kısıtlanmış, daha sonra da hakkında bir mahkumiyet kararı verilmiş olmalıdır. Bu mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden önceki⁴¹⁹ tüm özgürlüğün kısıtlandığı haller, mahkumiyet hükmünden mahsup edilir. Mahsubun yapılması, söz konusu mahkumiyet hükmünün infaz edilebilir bir hüküm olmasıyla mümkündür⁴²⁰.

Mahkum olunan cezadan mahsup işleminin yapılabilmesi için, kişinin mahkumiyete konu suç dolayısıyla özgürlüğünün kısıtlanmış olması şart değildir⁴²¹. Kişi tutuklu kaldığı fiil dolayısıyla beraat etmiş veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmiş veya mahkum olsa bile, mahkum olunan süreden daha fazla tutuklu kalmış ise, bu kalan sürenin başka bir mahkumiyet hükmünden mahsup edilmesi mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahsup işleminin yapılacağı suçun, tutukluluk sebebi oluşturan ancak beraatle sonuçlanan

⁴¹⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 51 Parg.19-22.

⁴¹⁸ MüKoStGB/Maier StGB § 51 Parg.36-39; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB § 51 Parg.19-22.

⁴¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 611.

⁴²⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 612.

⁴²¹ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 714.

suça ilişkin beraat kararı kesinleşmeden önce⁴²² işlenmiş olmasıdır⁴²³. Sözelimi, tutuklulukta geçen bir sürenin ardından verilen beraat kararı kesinleştiikten sonra, kişi başka bir suç işler ve bu suçtan dolayı bir ceza mahkumiyeti söz konusu olursa, bu mahkumiyetten önceki tutukluluğun düşmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde, kişi tutuklu kaldığı süreyi devletten alacağı olarak görüp, alacağının tahsili için suç işlemeyi tercih eder; bu durum kabul edilemez. Kişinin bu durumda yapabileceği şey, koşulları oluştuğu ölçüde, koruma tedbiri dolayısıyla tazminat talebinde bulunmaktır⁴²⁴.

Kanun her ne kadar, adli para cezasına mahkumiyet halinde indirimin ne oranda yapılacağına ilişkin bir düzenleme getirdiyse de (TCK m. 63), hapis cezasına mahkumiyet halinde, mahsup işlemi yapılırken oranın nasıl olacağına ilişkin genel bir düzenleme getirmemiştir. Bu sebeple, özgürlüğü kısıtlayıcı sürelerin her bir gününün, bir günlük hapis cezasına eşit olması gerekir⁴²⁵. Ancak kanun bazı özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran tedbirler bakımından farklı düzenlemeler getirmiş olabilir. Sözelimi konutu terk etmemek tedbiri, mahkumiyet hükmünden mahsup edilirken, tedbirde geçirilen her iki gün bir gün olarak hesaplanır (CMK m. 109/ 6).

Hapis cezasının ertelenmesi, mahsubun uygulanmasına engel değildir⁴²⁶. Hapis cezasının ertelenmesine karar verilecekse bile, söz konusu cezadan özgürlüğün kısıtlandığı sürelerin mahsubu gerekir. Mahsup, özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın, hapis cezasına mahkumiyet halinde indirilmesini gerektirdiğinden, bireyin ceza infaz kurumunda geçireceği süreyi etkileyen bir kurumdur. Bu sebeple erteleme halinde, infaz kurumuna girilmeyeceğinden mahsubun uygulanmasının gerekliliği tereddüte yol açmaktadır⁴²⁷. Ancak, mahsup halinde kalan ceza, erteleme dolayısıyla söz konusu olacak denetim süresi içindeki yükümlülöklere uyulmaması halinde infaz

⁴²² YİBK, 05/68, T. 06.03.1940, (Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 714.).

⁴²³ Dönmezer ve Erman, C. III, s. ; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 714.

⁴²⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 611; Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat CMK m. 141 vd. düzenlenmiştir.

⁴²⁵ İçel ve Diğerleri, s. 278, Dölger, s. 1015, Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 740.

⁴²⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 614.

⁴²⁷ Hakan Kaşka, “Tutuklama – Mahsup – Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Hâlleri Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, Y. 2014, S. 3-4 (721-736), s. 723.

edilecek cezadır ve bu cezanın mahsup yapılmaksızın uygulanması mümkün değildir. Mahsup işleminin, cezanın infaz edilmek zorunda kalınacağı aşamada yapılması da hukuka uygun olmayacaktır. Ancak denetim süresi içerisinde suç işlenmesi halinde, cezanın infazına karar verileceği gözetilerek erteleme kararıyla birlikte mahsup işleminin yapılması yerine; somut olayda, deneme süresi içerisinde suç işlenmesini takiben cezanın infaz edilmesine karar verildiği sırada mahsup işleminin gerçekleştirilmesi daha uygun olacaktır⁴²⁸.

Kişi hakkında verilecek hapis cezası, mahsup edilecek sürenin indirilmesi üzerine erteleme sınırı içinde kalsa bile, bu cezanın ertelenmesi mümkün değildir⁴²⁹. Nitekim sonuç ceza, mahsup dolayısıyla indirim yapılmadan önceki cezadır ve erteleme sınırı belirlenirken sonuç cezaya bakılır.

1.7.4.2.2. Mahsuba Konu Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Hal Kavramının Kapsamı

Kanunumuzda tutuklama gibi hürriyeti sınırlayan tedbirlerde geçen sürenin mahkumiyet süresinden indirilmesi ilkesi geçerlidir ve bu husus mahkum olan şahıs için bir haktır⁴³⁰.

Hükümden anladığımız üzere hukuk sistemimiz genel ve soyut⁴³¹ bir kavram kullanarak tüm hürriyeti kısıtlayan hallerin cezadan indirileceğini belirtmiştir. Yani mahsubun uygulanabilmesi için sadece tutuklulukta geçen süreler dikkate alınmaz. TCK m. 63' te, “*şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran*” ifadesini kullanarak, özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran her durumu bu kapsama alarak, mahsubun alanını geniş tutmuştur⁴³². Yakalama⁴³³, gözaltı⁴³⁴ ve tutuklama⁴³⁵

⁴²⁸ Hasan Bıyıklı, “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, 1983, C. 9, S. 3, s. 287; Kaşka, s. 727.

⁴²⁹ Kaşka, s.725.

⁴³⁰ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 3**, s. 313.

⁴³¹ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 3**, s. 313.

⁴³² 765 sayılı TCK, sadece mevkufiyet yani tutukluluk halinde mahsup işleminin yapılacağı düzenlemekteydi (m. 40).

⁴³³ Yakalama tedbirinin süresine ilişkin CMK m. 94'e göre; “*Hâkim veya tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.*”

tedbirleriyle kişinin özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur, bu durumda bu tedbirlerde geçen sürelerin cezadan indirilmesi gerekir. Tutuklamanın alternatifi olarak düzenlenen adli kontrol tedbiri, genel olarak şahsi hürriyeti sınırlayan tedbir kapsamında değildir (CMK m. 109/ 6). Nitekim bu tedbir, tutuklama gibi bir tedbir ile özgürlüğünün kısıtlanmasının önüne geçmek adına alternatif olarak düzenlenen bir tedbirdir. Ancak adli kontrol tedbirlerinin bazıları, kişinin özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirebilir. Bunlar, “özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” (CMK m. 109/ 3-e) ve “konutunu terk etmemek” (CMK m. 109/3-j) tedbirleridir. İki durumda da kişinin özgürlüğü, diğer adli kontrol tedbirleri ile kıyaslanamayacak ölçüde kısıtlanmaktadır. Kanun bu tedbirlerin uygulanması durumunda, adli kontrol tedbirlerinin mahsup edilemeyeceği genel kuralından sapmak suretiyle, mahsubun mümkün olacağını belirtmektedir (CMK m. 109/6). Ancak, konutu terk etmemek

⁴³⁴ Gözaltı tedbirinin düzenlendiği CMK m. 91’e göre; “Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Suçüstü hâllerinde sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir.”

⁴³⁵ Tutuklulukta geçecek süre başlıklı CMK m. 102’ye göre; “Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez. Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Bu maddede öngörülen tutukluluk süreleri, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından yarı oranında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ise dörtte üç oranında uygulanır”

tedbir özelinde, özgürlük kısıtlanması kişinin evinde olduğu için, kişinin konutunda tedbir altında geçirdiği her iki günü bir gün olarak cezadan mahsup edilmektedir.

Mahsup bakımından, şahsi hürriyeti bağlayan hale, yurt içinde veya yurt dışında maruz kalma bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Kanuna göre, bir suçun nerede işlendiğine bakmaksızın, söz konusu suçtan dolayı yabancı bir ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir (TCK m. 16). Kanun, m. 63'te özgürlüğü kısıtlayıcı haller bakımından bir sınırlama yapmamış olmakla beraber, m. 16'ya göre yabancı ülkedeki özgürlüğü kısıtlayıcı halleri sayma suretiyle sınırlandırmıştır⁴³⁶; sadece bu haller mahsuba sebep oluşturabilir.

Yabancı ülkede özgürlüğün kısıtlanması ile geçen sürenin cezadan mahsubu, sadece aynı suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükümleri bakımından geçerlidir⁴³⁷. Yabancı ülke tarafından hüküm verildikten sonra dahi Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilmesine olanak sağlayan hallerde, infaz edilen hüküm bakımından da mahsup söz konusu olur. Ancak Yargıtay, yabancı mahkemeler tarafından verilen hükmün tamamının mahsubuna karar verilmesini hukuka aykırı bulmaktadır⁴³⁸.

Mahsup edilecek ceza hesaplanırken, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı ilk andan başlamak suretiyle hesap yapılır ve tutukluluk söz konusu ise hükmün kesinleştiği ana kadar olan süre mahsup edilecek cezaya dahil edilir⁴³⁹. Gözaltında adli muayene için zorunlu olarak kişinin özgürlüğünün kısıtlanması durumunda bu süre de cezadan mahsup edilecektir⁴⁴⁰. Muayene, gözlem altına alınma gibi, ceza mahkumiyeti ile doğrudan ilgili olmayan sürelerin cezadan mahsup edilmesi,

⁴³⁶ Koruculu, s. 462.

⁴³⁷ Özgenç, s. Y. 10.CD, E. 2014/4555, K. 2019/4952, T. 9.7.2019 “Sanık hakkında, suça konu uyuşturucu maddeyi Türkiye Cumhuriyeti'nden Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne götürmesi nedeniyle Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16/11/2017 tarih ve 6645/07 Sayılı kararı ile 5 ay hapis cezasına hükmedilmiş olduğundan, TCK'nın 16. maddesi uyarınca yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin cezasından mahsup edilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...”

⁴³⁸ Hakeri, s. 712; Y.9.CD, E. 2014/47, K. 2014/4747, T. 17.4.2014 “Hükmolunan cezadan TCK'nın 16. maddesi uyarınca yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin mahsup edilmesi gerektiği gözetilmeden TCK'nın 16 ve 63. maddeleri gereğince Yunanistan mahkemeleri tarafından verilen cezanın tamamının mahsubuna karar verilmesi, kanuna aykırı olup...”

⁴³⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 611

⁴⁴⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 612.

mahsubun amacına uygun düşmediği için eleştirilse de⁴⁴¹, bu sürelerin mahsup edilmemesi haksızlık teşkil edecektir.

Alman hukukunda, aynı suç için verilen disiplin tutuklaması cezasının hesaba katılması anayasal olarak zorunludur⁴⁴². TCK m. 63'te bu ayrıca düzenlenmemiş olsa bile, disiplin hapsi de özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren bir süre olarak cezadan mahsup edilmelidir.

1.7.4.3. Mahsubun Uygulanması

Şahsi hürriyeti bağlayıcı hallerin, ceza mahkumiyetinden mahsubu hükmü veren mahkeme tarafından yapılır. Talep olmasa bile mahsubun resen mahkeme tarafından gözetilmesi ve uygulanması zorunluluk arz eder. Ancak herhangi bir sebeple bu durumun mahkeme tarafından gözden kaçırılması söz konusu ise, mahsup işlemi infaz aşamasında yapılabilir. Mahsubun yapılmamış olması, bozma sebebi değildir⁴⁴³. İnfaz aşamasında mahsubun nasıl yapılacağı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun m. 98'te düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden, b) Çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülürse, infaz hâkimliğinden, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir. (2) Birinci fıkra uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemez. Ancak, mahkeme veya infaz hâkimliği olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.” Hükme göre, mahsup dolayısıyla cezadan indirim yapılması gerektiği ileri sürülmüşse, infaz hakimliğinden bu hususta bir karar vermesi istenecektir. Bu durumda cezanın infazı ertelenmeyecekse de duruma göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verilebilir. Örneğin mahsup edilecek ceza, infazına başlanan ceza ile miktar olarak aynıysa, infazın durdurulması gerekecektir; çünkü infaz hakimliğince mahsubun uygulanması halinde infaz edilecek bir ceza kalmayacaktır.

⁴⁴¹ Bıyıklı, s. 276.

⁴⁴² Lackner/Kühl/Heger, StGB § 51 Parg.1-17

⁴⁴³ Günay, s. 37.

Hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedildiğinde, mahsup işlemi önce hapis cezası üzerinden daha sonra hâlâ mahsup gerekiyorsa adli para cezası üzerinden yapılmalıdır⁴⁴⁴. Kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrildiğinde, mahsup adli para cezası üzerinden yapılmalıdır; önce mahsubun yapılması, akabinde kalan cezanın adli para cezasına çevrilmesi hukuka aykırıdır⁴⁴⁵.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kişiler, otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmi dört yılını infaz kurumunda iyi halli olarak geçirdikleri takdirde, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanabilirler (CGTİHK m. 107/ 1). Bu hüküm, ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezasına hükmedilmesi durumunda dahi kişinin ömür boyu infaz kurumunda kalmasını engeller. Bu cezalar bakımından mahsup işlemi, hükümde belirtilen yirmi dört ve otuz yıllık süreler üzerinden yapılır⁴⁴⁶.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun düzenlendiği TCK m. 188’de, mahsuba ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır. Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı suçunu oluşturan fiilin, ihracın yapıldığı ülke bakımından ithal olarak kabul edilmesi dolayısıyla ihracın yapıldığı ülkeye yapılan yargılama sonucunda kişi hakkında hükmolunan ceza infaz edilmişse, infaz edilen kısım Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilecektir (m. 188/ 2). Uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ihraç etme eylemi bakımından, bu eylemin başka ülkede ithal olarak değerlendirilip yargılama yapılması Türkiye’de yargılama yapılmasına engel değildir⁴⁴⁷. Yabancı ülkede yapılan yargılama sonucu cezanın kurumda infaz edilen kısmı⁴⁴⁸, Türkiye’de alacağı cezadan mahsup edilecektir. Bu suretle aynı fiilin iki defa cezalandırılması engellenmiş olacaktır.

⁴⁴⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 614.

⁴⁴⁵ Özgenç, s. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 614.

⁴⁴⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 614.

⁴⁴⁷ Yokuş Sevik, **Özel Hükümler**, s. 706.

⁴⁴⁸ Yokuş Sevik, **Özel Hükümler**, s. 706.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ ARACI OLARAK TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

2.1. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Cezanın bireyselleştirilmesi, ceza hukukunun amaçları doğrultusunda, cezanın her somut olayda bireye uydurulmasını ifade eder⁴⁴⁹. Bireyselleştirilme, cezanın failin bünyesine uydurulmasını ve bu sayede failin yeniden topluma kazandırılmasını amaçlar⁴⁵⁰. Mahkeme, önüne gelen şüpheliye ilişkin iddianameyi, duruşma sırasında öğrendikleri bilgiler çerçevesinde, yargıladığı kişiye uygun cezayı onun ıslah olması ve toplum açısından tehlike arz etmeyecek duruma gelebileceği ölçüde ceza verir⁴⁵¹; ancak cezanın bireyselleştirilmesi bakımından bu yeterli değildir. Failin cezasını bireyselleştirebilmek için onun kişiliği, geçmişi, onu suç işlemeye iten sebepler, yeniden suç işleme potansiyeli gibi hususlar ve hangi durumda yeniden suç işlemeyeceğinin belirlenmesi gerekir⁴⁵². Ceza belirlenirken, sadece niteliği bakımından değil suç işleyen kişinin kişiliğinden kaynaklanan içsel eğilimleri de rol oynamalıdır⁴⁵³.

Çağdaş hukuk sistemlerinde cezaların önemli özelliklerinden biri bireyselleştirilebilir olmasıdır. Bireyselleştirilmiş ceza, cezalandırmanın amacına hizmet eder ve bu sayede adil bir ceza uygulanabilir. Cezanın belirlenmesinde, kanuni sınırlar içinde dahi olsa hakime bir takdir alanının verilmiş olması, “*insanlık kurallarını teşhise hakim in yetkili kılındığı*”⁴⁵⁴ anlamına gelir. Cezanın tam anlamıyla adil olarak belirlenmesi mümkün değilse bile, adil cezaya yaklaşılması

⁴⁴⁹ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 3**, s. 39; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 588. Doğan Soyaslan, “Cezanın Bireyselleştirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-2, Y. 2003, s. 25.

⁴⁵⁰ Soyaslan, “Cezanın Bireyselleştirilmesi”, s. 25- 26.

⁴⁵¹ Sheldon Glueck, “Predictive Devices and the Individualization of Justice”, *Law and Contemporary Problems (LCP)*, C. 23, S. 3, 1958, s. 461.

⁴⁵² Glueck, s. 461.

⁴⁵³ Franz Von Liszt, **Strafbemessung**, J. Guttentag, Berlin 1910, s. 2.

⁴⁵⁴ Erem, **Genel Hükümler**, s. 241.

mümkündür⁴⁵⁵. Cezanın bireyselleştirilmesi halinde adil cezaya en yakın ceza tespit edilmiş olacaktır.

Cezaların belirlenmesi, alt ve üst sınırları olan cezalar arasında, TCK m. 61’de yer alan kriterler göz önünde bulundurularak temel cezanın belirlenmesini ifade eder. Ancak, yasal sınırlar içinde kalınması, her zaman ceza adaletinin sağlandığı anlamına gelmez⁴⁵⁶. Cezanın bireyselleştirilmesi sayesinde her somut olayda faile uygun bir ceza belirlenmiş ve ceza adaleti sağlanmış olur.

Cezanın bireyselleştirilmesi, yasama, yargılama ve cezanın infazı aşamalarında söz konusu olabilir. Cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesi bakımından TCK’da düzenlenen araçlar; kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), mahsup (TCK m. 63) ve takdiri indirim nedenleri (TCK m. 62)’dir. Bu bölümde, bireyselleştirme araçlarından takdiri indirim nedenleri kurumuna yer verilecek, diğer cezanın bireyselleştirilme araçları olan kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi kurumları ise çalışmanın 3. bölümünde değerlendirilecektir.

2.2.HAKİMİN TAKDİR YETKİSİ

2.2.1. Genel Olarak

Hakimin takdir yetkisi, hukuk sistemimizde her disiplin açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Hukuk muhakemesinde, idari yargıda ve ceza muhakemesinde hakimin takdir yetkisinin varlığı ve sınırları farklılık arz etmektedir. Özel hukukta daha geniş bir şekilde uygulama alanı bulan takdir yetkisi, kamu hukuku bakımından daha dar bir alanda kullanılabilen bir yetkidir.

Ama çok ama az, her alanda hakimin takdirine ihtiyaç duyulduğu için hakimin takdirinin önemsiz olduğu bir disiplin mevcut değildir. Nitekim hakime tanınan bu takdir yetkisi kaynağını Anayasadan alır. AY m. 138/ 1’ de; “*hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm*” verecekleri ilkesi kabul edilmiştir; hakimin bu vicdani

⁴⁵⁵ Baumann, s. 628.

⁴⁵⁶ Baumann, s. 657.

kanaatini kullanmasının yolu da kanun ve dahi hukuk sınırları içinde kalmak suretiyle kendisine yaratılmış takdir alanının da dışına çıkmadan hüküm vermesidir. Hakimin takdir yetkisi, hakim kanun karşısında, kanuna bağlı da kalmak suretiyle sahip olduğu serbestiyi ifade eder⁴⁵⁷.

Hukuk mahkemelerinde hakim, önüne gelen somut olayı öncelikle kanun hükümlerini uygulamak suretiyle çözümlemek zorundadır. Ancak hüküm çoğunlukla her somut olaya uyacak şekilde ayrıntılı düzenlenmediği ve soyut kaldığı için, soyut olan hükmü TMK m. 4' e dayanarak somut olaya uygulayacaktır⁴⁵⁸. TMK m. 4' e göre; *“kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”*. Hakim, TMK'nın kendisine vermiş olduğu bu takdir yetkisini kullanırken keyfi davranamaz. Bu husus, takdir yetkisinin özel hukukta da olsa kamu hukukunda da olsa sınırsız olamaması ile ilgilidir. TMK'ya göre bu yetki *haklı sebeplere, hukuka ve hakkaniyete* uygun olarak kullanılmalıdır. Haklı sebepler kavramının içinin doldurulması ise hakime bırakılmıştır⁴⁵⁹. Hakim, uygulayacağı hükmün takdire yer veren bir kural⁴⁶⁰ olduğuna kanaat getirdiğinde, hukuk içinde kalmak suretiyle o hükmü somut olaya uyarlayacaktır.

Kanunun, hakime takdir yetkisi tanıdığı haller kanunda açıkça belirtilebileceği⁴⁶¹ gibi -ki çoğu düzenleme bu şekildedir-⁴⁶², açık olmayan kanun ifadesinin yorumlanması⁴⁶³ yoluyla da bu yetkiyi tanındığı anlaşılabılır; veya kanun

⁴⁵⁷ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Medeni Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 76.

⁴⁵⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s.76; Haluk Hadi Sümer ve Ömer Ulukapı, **Temel Hukuk Bilgisi**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2011, s. 55.

⁴⁵⁹ Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayıncılık, Eylül 2011, s. 125.

⁴⁶⁰ Seyfullah Edis, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mart 1973, C. 30, S. 1, s. 170.

⁴⁶¹ “Hükmen teslim” başlığını taşıyan TMK m. 766'ya göre; *“bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukukî ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz. Böyle bir amaç güdülüp güdülmediğini hâkim takdir eder.”*

⁴⁶² Edis, “Takdir...”, s. 170.

⁴⁶³ TMK m. 176; *“ tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir.*

“*verebilir*” şeklinde bir ifadenin kullanılmış olması⁴⁶⁴, hakim o hususta karar verip vermemeye ilişkin bir takdir hakkının olduğu anlamına gelir⁴⁶⁵.

Özel hukukta olduğu gibi kamu hukukunun önemli bir parçası olan idare hukukunda da hakim bir takdir alanı mevcuttur. İdari yargıda mahkemenin takdir yetkisinin kapsamı, İdari Yargılama Usulü Kanunu veya Anayasa ile öngörülmekte bazen de Danıştay kararlarıyla buna ilişkin kıstaslar belirlenmektedir; idari yargıda mahkemenin takdir yetkisi, yetkinin kullanıldığı idari işlemde ayrıksı olarak düşünülmesi gereken bir konudur ve söz konusu somut işlemle ilgili yargılama yapıp bittikten sonra bu yetki de ortadan kalkar⁴⁶⁶. İdare bakımından da karşılaşılan somut sorunlar çeşitlilik arz ettiğinden her sorun için aynı doğrultuda karar verilmesi mümkün olmayabilir. Bu sebeple, idare bir taraftan kanuna uymak ama bir taraftan da vatandaşın haklarını gözetmek durumundadır⁴⁶⁷. İdari yargı hakimi idareymiş gibi hareket ederek idari işlem ya da idari bir karar tesis edemez⁴⁶⁸. Ancak idarenin benzer olaylar söz konusu olduğunda benzer şekilde kararlar verme yükümlülüğü vardır⁴⁶⁹; aksi takdirde keyfilikten söz edilebilir.

2.2.2. Takdir Yetkisinin Benzer Kavramlardan Farkı

2.2.2.1. Hakim Hukuk Yaratması

Hakimin takdir yetkisi hakim hukuk yaratmasından ayrılır. Hukuk yaratma faaliyeti, uygulanabilecek bir hükmün olmadığı ve kanunun da bilinçli bir şekilde o hususu havada bırakmadığı, yani bilinçli boşluk oluşturmadığı durumlarda, somut olaya uygulanabilecek bir hüküm yaratmasını ifade eder⁴⁷⁰. Hukukta bir boşluk varsa bu boşluk ya kıyas yoluyla doldurulur ya da hakim yeni bir hukuk yaratma yoluna

⁴⁶⁴ Nafaka miktarının takdirini düzenleyen TMK m. 330’a göre; “*nafaka miktarı, çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir.*”

⁴⁶⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 78.

⁴⁶⁶ Hulusi Alphan Dinçkol, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, **MÜHFAD (Nur Centel’e Armağan)**, S: 19, 2013, s. 1572-1573.

⁴⁶⁷ Nurhan Hacıbrahimoglu, “Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi, 2010 Anayasa Değişikliğinin Bu Duruma Muhtemel Etkisi”. (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**), 2012, s. 60.

⁴⁶⁸ Dinçkol, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, s. 1573.

⁴⁶⁹ Erman Bayraktar, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976, (254-284), s. 260.

⁴⁷⁰ Muhammed Özkes, **Temel Hukuk Bilgisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 115.

gider⁴⁷¹. Söz konusu boşluğun doldurulması amacıyla hukuk yaratılması, sadece söz konusu somut olaya özgüdür. Nitekim hakimın yarattığı hukuk, benzer somut olaylara uygulanabilecek ya da uygulanması zorunlu tutulabilecek bir norm değildir⁴⁷².

Kanunda boşluk, gelişen teknolojiye bağlı olarak her somut olayın kanunda özel olarak düzenlenmesinin mümkün olmadığı, kanuni düzenlemenin iptal edilmesi üzerine ikame yeni bir düzenlemenin yapılmamış olması nedenlerinden ileri gelebilir⁴⁷³. Kanun koyucunun bilinçsiz boşluk bırakması halinde bu boşluğun hukuk yaratma yoluyla doldurulması için kanunun bu hususu açıkça yasaklamamış olması gerekir⁴⁷⁴. Hukuk yaratma, ceza hukuku gibi kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı alanlarda mümkün değildir.

Takdir yetkisinin kullanılabilmesi, öncesinde bu yetkinin kullanılabileceği bir hüküm le mümkün hale gelir⁴⁷⁵. Takdir yetkisi, hukuk yaratmaya nazaran daha kısıtlı ve sınırlarını yine kanunun belirlediği bir yetkidir⁴⁷⁶. Bu haliyle hakimın takdir hakkını kullanması ve olmayan bir husus hakkında hukuk yaratması birbirinden çok farklı iki durumdur. Nitekim takdir yetkisinin kullanılabildiği yerde hukuk boşluğu söz konusu değildir⁴⁷⁷. Kanunda bilinçsiz boşlukların varlığı durumunda o boşluğu doldurma faaliyeti takdiren değil zorunlu olarak, somut olayı çözebilmek adına gerçekleştirilen bir faaliyettir, zira somut olayın çözümsüz ve sürüncemede kalması hukuk düzeninin kabul edebileceği bir husus değildir.

2.2.2.2. Hükmün Yorumlanması

Kanunda yer alan bir hükmün hem kanun koyucunun iradesini gösteren hem de hükmün düzenlenme amacını yansıtan haliyle anlaşılmasının sağlanması hükmün

⁴⁷¹ Sümer ve Ulukapı, s. 55.

⁴⁷² Sümer ve Ulukapı, s. 56. Bu yönüyle hukuk yaratma faaliyeti sonucu yaratılan norm, İçtihadı Birleştirme kararlarından da ayrılır. İçtihadı Birleştirme Kararları, yargı makamları tarafından bağlayıcı olan kararlardır, sadece somut olay bakımından geçerli değildir.

⁴⁷³ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1989, s. 116; Nurbanu Erzurumlu Işık, **Medeni Usul Hukukunda Yorum- Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları**, On İki Levha Yayınları, Ankara 2023, s. 155.

⁴⁷⁴ Erzurumlu Işık, s. 156.

⁴⁷⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 77.

⁴⁷⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 77.

⁴⁷⁷ Özokes, s. 115.

yorumlanması yoluyla olur. Yani hükmün gerçek manasının ve sınırlarının anlaşılması ancak yorum ile mümkün hale gelir⁴⁷⁸. Ceza hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda hükmün yorumlanması mümkündür. Ceza muhakemesinde, maddi ceza hukukundan farklı olarak sınırlı da olsa kıyas mümkündür. Ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümler ile istisnai hükümlerde⁴⁷⁹ kıyas yasak olmakla beraber diğer alanlarda kıyasın mümkün olduğu kabul edilir.

Hüküm yorumlanırken, kanun koyucunun hükmü düzenleme amacı dahil birçok husus dikkate alınabilir. Düzenlemenin tamamlanmasının ve hukuk alanında yer almasının ardından artık kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir işleve sahip olduğu açıktır⁴⁸⁰. Bu sebeple hükmün düzenlendiği zamanın koşulları ile uygulanacağı zamanın koşulları arasında yorum açısından farklılık söz konusu olduğunda hükmün yorumlanmasında, günümüz koşulları öncelikli olarak yorum aracı olarak kullanılmalı, hükmün uygulanacağı zaman var olan irade⁴⁸¹ üzerinden hükmün yorumlanmasında fayda vardır. Hükümün kanun içinde düzenlendiği yer de bir yorum aracı olarak dikkate alınabilir. Hüküm yorumlanırken, hükmün gerçek anlamı ortaya çıkana kadar tek bir yorum aracı değil adil bir değerlendirme yapabilmeyi sağlayacak birçok yorum aracı kullanılabilir.

Ceza hukukunda kuralların yoruma muhtaç olması durumunda, yorum yoluyla gerçek anlamın ortaya çıkarılması söz konusu olabilir. Hakimlerin, kanun koyucu olmamaları sebebiyle kuralları sadece uygulamaları gerektiği, yorumlayamayacakları doktrinde bir görüş olarak ileri sürülse de⁴⁸² günümüz ceza kanunlarında belirsiz olan bazı hükümlerin yorumlanması gerektiği de açıktır. Ancak bu yorumlama faaliyetinin ceza hukuku bakımından daha dar şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Nitekim kanunilik ve kanunilik ilkesinin bir uzantısı olarak belirlilik ilkesi gereği ceza kuralları açık, net ve anlaşılır olmalı, hükmün gerçek anlamını ortaya çıkarmak için okumak yeterli olmalıdır. TCK m. 2/ 3, kıyas anlamına gelebilecek şekilde genişletici yorum yapılmasını yasaklamaktadır. Ancak bu hüküm genişletici yorumu yasaklamayı değil hükmün yorumlanmasının kıyas ile

⁴⁷⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 87; Edis, s. 184.

⁴⁷⁹ Centel ve Zafer, s. 55; Özbek ve Diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 91.

⁴⁸⁰ Edis, 192.

⁴⁸¹ Erzurumlu, s. 12

⁴⁸² Beccaria, s. 124.

karıştırılmaması hususunun öneminin vurgulanmasını amaçlamaktadır⁴⁸³. Gerçekten de kıyas, bir boşluk doldurma faaliyetidir ve ceza hukukunda, düzenlenmeyen bir hususun, benzer bir kuruma ilişkin hükümlerin uygulanmasının tercih edilmesi yoluyla doldurulması mümkün değildir. Kıyas yoluyla, lehe bir durum yaratılması halinde dahi kıyas yapılması mümkün olmamalıdır⁴⁸⁴.

Ceza hakimi yorum yaparken, bir kişi gibi değil bir kurum gibi davranmalı, yazılı kuralı yorum kurallarına uygun bir şekilde algılamalı ve algıladığı gibi de uygulamalıdır⁴⁸⁵.

Hükmün yorumlanması ceza hukuku açısından elzem olabilmektedir. Bu durumda hükmün yorumlanması mümkündür. Ancak hükmün yorumlanması, hakimin takdir yetkisinden farklı bir durum olduğuna dikkat etmek gerekir. Hüküm yorumlanırken hükmün gerçek amacının anlaşılması amaçlanır. Oysa hakimin takdir hakkını kullandığı durumlarda çoğu zaman hüküm açıktır ve yorumlanma ihtiyacı içinde değildir. Hakim, açık ve net olarak düzenlenen bir hükümde alt ve üst sınırlar arasında takdir hakkını alt sınırdan ya da üst sınırdan ceza vermek üzere kullandığında hükmü yorumlamış değil uygulamış olur.

2.2.3. Ceza Hâkiminin Takdir Yetkisi

Hukuk hakimleri, boşluk doldurmak, yorum yapmak konularında daha geniş bir takdir yetkisine sahipken, ceza hakimlerinin bu konuda daha az yetkili olduğu bir gerçektir.

Ceza kanunlarında oldukça katı bir şekilde uygulanan ve uygulanması da gereken kanunilik ilkesi sebebiyle suç tipi yaratma ya da tipiklikte belirtilen cezadan farklı bir cezaya hükmetme, ya da kıyas yoluyla bir eylemi ona benzeyen başka bir eylemi tanımlayan kanun maddesine göre cezalandırma gibi bir yetkisi söz konusu değildir. Ceza yargılamasının sonuçlarının elbette ki hukuk mahkemelerinin ihdas edeceği sonuçlardan daha ağır olması bunun temelini oluşturmaktadır.

⁴⁸³ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 95; Zafer, s. 103.

⁴⁸⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 97; Zafer, s. 102.

⁴⁸⁵ Sami Selçuk, “Yargıcın Nesnel Mantıkla Davranması İlkesi”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, (653- 658), s. 657.

Ceza hakimine takdir alanı tanıyan durumlar, suçu işleyen kimsenin lehinedir. Söz gelimi takdiri indirim sebepleri hukuk sistemimizde mevcutken, takdiren cezanın artırılması gibi bir durum söz konusu değildir.

2.2.4. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanmasında Bazı Kriterler

Ceza mahkemelerinin yargılama yaparken, duruşmada önüne gelen ve tartışmaya açtığı delillere dayanarak tesis ettiği hükmü vicdani kanaati ile takdir eder (CMK m. 217.). Nitekim geçmişte işlenmiş ve önüne gelmiş, ispata yönelik argümanları çoğunlukla iradi olarak ortadan kaldırılmış bir olayı anlamlandırma çabasını ifade eden suçu veya suçsuzluğu ispat faaliyeti ancak bu şekilde adil olabilir. Hakime bu noktada tanınan takdir yetkisinin kullanılmasının mantık kuralları çerçevesinde olmasında menfaat vardır.

Hüküm tesis etme noktasında öteden beri otorite olan hakim bu yetkisini kullanırken bağımsız olması, akla gelebilecek her çeşit dış etkiden arınması, genel geçer mantıksal çerçeve ile olayı ve hükmü değerlendirmesi gerekir⁴⁸⁶. Bu sayede vicdani kanaat gerçekleşir. Ancak hakim de insan olması bu değerlendirmenin nesnel olmasını engeller mahiyette olabilir⁴⁸⁷. Hakim, duyan hisseden bir kimse olmakla beraber yargılama yetkisini⁴⁸⁸ kullanan el konumundadır. Bu sebeple yapılan değerlendirmelerde dışa karşı bağımsız olması gerektiği gibi kendine karşı⁴⁸⁹ da bağımsız kalabilmelidir; bu sayede taraf olmayan hakimden söz edilebilir.

Hakim, önüne gelen somut olayda takdir yetkisini kullanırken menfaat dengesini gözetmelidir. Sanık ve mağdur arasında çatışma sebebi olan ceza uyumsuzluğunda, sanığın lehine hükümler değerlendirilirken mağdurun menfaatlerinin zarar görmemesi, ikincil bir mağduriyet yaratılmaması hususu da hakim tarafından gözetilmelidir. Elbette değerlendirme yapılırken, toplumun vicdanının da yara almamasına özen gösterilmeli, menfaatler arasındaki denge doğru kurulmalıdır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Selçuk, s. 654.

⁴⁸⁷ Selçuk, s. 655.

⁴⁸⁸ Faruk Erem, **Adalet Psikolojisi**, Ürün Yayınları, Ankara 2020, s. 268.

⁴⁸⁹ Centel ve Zafer, s. 687.

⁴⁹⁰ Edis, “Takdir...”, s. 179.

Takdir yetkisinin kullanılması, cezanın bireye uydurulması bakımından gerekli önemli bir husustur. Her somut olayın birbirinden farklı olduğu varsayımından hareketle diğer bireyselleştirme araçlarıyla birlikte takdiri indirim ihtiyacı duyulmuştur. Ancak her somut olay ve o suçu işleyen her birey farklı olsa bile olaylar ve bireyler arasında, şüphesiz aynı toplumda yaşıyor olmanın getirdiği benzerlikler de mevcuttur. Hakim takdir hakkını kullanırken bu benzerlik noktalarından da hareketle, hükmü benzer olaylara benzer şekilde uygulamalıdır⁴⁹¹.

2.2.5.Cezaların Takdiren Artırılması ve Azaltılması

Ceza hukukunda takdir hakkının kullanılacağı alanlar sınırlıdır. TCK m. 62 gereği, failin yararına olacak şekilde cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin söz konusu olduğunda cezanın indirilebileceği düzenlenmektedir. Ancak benzer bir şekilde failin aleyhine olacak şekilde cezayı artıracak takdiri nedenler söz konusu olduğunda cezanın artırılması tercih edilmez. Suçun düzenlenen temel haline göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmesi söz gelimi, kasten öldürme suçunun töre saikiyle işlenmesi (TCK m. 82/ k) durumunda cezanın artırılması, hakim takdir hakkı kapsamında değildir. Ancak böyle bir gereklilik söz konusu olduğunda, bu husus cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenir ve ancak bu yolla o failin daha ağır cezalandırılması söz konusu olur.

TCK m. 62/2' nin, takdiri indirim nedeni olarak düzenlediği durumlardan biri failin geçmişidir. Uygulamada, failin geçmişte işlediği bir suçun yani sabıkasının⁴⁹² olmaması durumunu cezanın indirilmesi sebebi olarak görüp takdiren cezada indirim yapabilir. Ancak tersi durumda, yani failin sabıkasının olması halinde, bu husus cezanın artırılması sebebi sayılamaz. Nitekim kanunda açıkça düzenlenmediyse cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir. Bu sebeple, cezanın

⁴⁹¹ Edis, "Takdir...", s. 179.

⁴⁹² "5237 Sayılı TCK'nın 62. ve 51. maddelerinde düzenlenen takdiri indirim ve erteleme hükümlerinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken, dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip denetime olanak verecek somut gerekçeler gösterilmek suretiyle takdir hakkının kullanılması gerektiği, dosya içeriğine göre, hakkında kesinleşmiş bir sabıka kaydı ve dosyaya yansıyan herhangi bir olumsuz kişilik özelliğinin bulunmayan, ayrıca aşamalarındaki beyanlarında eylem nedeniyle pişman olduğunu dile getiren ve hakkında lehe hükümlerin uygulanması talebi bulunan sanık hakkında dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile anılan lehe hükümlerin uygulanmamasına karar verilmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y. 11. CD, E. 2021/8954, K. 2022/11051, T. 7.12.2022.

takdiren artırılması, bu hususta bir düzenleme yapılmasıyla olur. Oysa kanun m. 62 ile cezaların takdiren indirilebileceğini düzenlediği halde, cezaların takdiren artırılmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir düzenleme yokken kanunilik ilkesine aykırı olacak şekilde cezanın artırılmasını⁴⁹³ hukuk düzeni korumamaktadır. Ancak temel ceza veya nihai olarak takdiri indirim sebebi uygulanmak suretiyle sonuç ceza belirlenirken cezanın kanuni sebeplere dayanılarak üst sınıra yaklaşarak verilmesi, cezaların takdiren artırıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁴⁹⁴. Nitekim alt ve üst sınırları söz konusu olan suçlar bakımından ceza belirlenirken her seferinde lehe değerlendirme yapıp alt sınıra yaklaşmak zorunda değildir. Üst sınıra yaklaşarak ceza belirlenmesi de cezanın hesaplanmasını ve adil bir cezanın belirlenip uygulanmasının kanuni bir gereğidir.

Sanığın sabıka kaydının bulunmadığı bir davada, İtalya mahkemeleri bu hususu takdiri indirim nedeni olarak uygulamamış ve hak ihlali oluştuğunu düşünen Felloni uyuşmazlığı AİHM'ne taşımıştır. Kararı veren İtalya mahkemelerinin gerekçesi, kanunda bu hususun mutlak bir indirim sebebi olarak açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Ancak AİHM, mahkemenin bu gerekçesini yerinde bulmamış ve yetersiz gerekçe ile verilen takdiri indirim uygulanmaması kararının adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir⁴⁹⁵.

2.3.TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

2.3.1.Tanımı

Cezanın bireyselleştirilmesi yani şahsa uydurulması araçlarından biri olan takdiri indirim, yargılama yetkisine sahip olan mahkemenin; yargılanan sanığa vereceği muhtemel cezadan, kanundan kaynaklı başka bir indirim yapılırken göz önünde bulundurulmayan bir sebebe dayanarak ve kanun gereği son aşamada yapabileceği, takdir edebileceği ama zorunda olmadığı indirimdir. Yani, indirim yapıp yapmamak son aşamada hakime bırakılmıştır⁴⁹⁶. Bu yetki mahkemeye somut

⁴⁹³ Önder, C. 3, s. 132.

⁴⁹⁴ Önder, C. 3, s. 132.

⁴⁹⁵ Felloni v. İtaly Davası, 44221/ 14, T. 06.02.2020, parag. 14, 19, 31, (hudoc.echr.coe.int, E.T. 02.11.2023).

⁴⁹⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. 2**, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 623.

olaydaki cezayı olayın ve sanığın özelliklerini de göz önünde bulundurarak uyarılama imkanı verir⁴⁹⁷. Yargılamaya konu olayın koşulları suçu işleyen failin birtakım özellikleri dikkate alındığında cezayı fail ile uyumlu hale getirme takdiri indirimin amaçlarından biridir⁴⁹⁸.

Takdiri indirim sebeplerinin kabul edilmesi, cezanın faile uydurulması bakımından önemlidir. Aynı suç iki ayrı kişi tarafından ayrı koşullar altında işlendiğinde aynı cezanın uygulanması çağdaş hukuk sisteminin kabul edemeyeceği bir durum yaratır. Kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanıp bir cezai yaptırımla karşılanan fiil dolayısıyla yargılanıp hüküm giyme nedeni ile yargılanan ve mahkum olan her suçluya aynı cezanın verilmesi kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaya bile bu ilkenin nihai amacı olan ceza adaletinin sağlanması esasına aykırılık oluşturur⁴⁹⁹. Kişilerden biri pişmanken diğeri değilse, alacakları ceza birinin geleceği açısından bir tehdit unsuru oluşturuyorken diğeri için böyle bir sakınca yoksa bu iki kişinin cezalarının kendi durumlarına uydurulması yani bireyselleştirilmesi için takdiri indirim sebebi, mahkemenin uygulayacağı en son aşama indirim sebebidir.

Soyut cezayı belirleyen kanun koyucu, bu cezanın somut olarak belirlenmesi noktasında hangi kriterlerin uygulanacağını TCK m. 61/ 1’de düzenlemektedir. Buna göre, hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suç işlenirken kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve suçun işlendiği yeri, suçun konusunun önemini ve değerini, suç sonucunda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak temel cezayı belirler. Bu kriterlerin çoğunluğu fiile ilişkin sebeplerdir. Nitekim bu kriterlere dayanılarak, alt ve üst sınırlar arasında alt sınıra yakın bir ceza belirlenebilir. Ancak bu durumda dahi hala cezanın tam olarak bireye uydurulduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bu sebeptendir ki kanun, bu belirlemenin ardından TCK m. 62’de belirtilen sebepler doğrultusunda cezada tekrar indirim yapabilecektir. Nitekim m. 62, daha çok faile ilişkin durumların cezaya etki etmesine ilişkindir.

⁴⁹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 593; Meier, s. 165.

⁴⁹⁸ Fatih Selami Mahmutoglu ve Serra Karadeniz; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1376-1377; Apış, s. 179.

⁴⁹⁹ Levent Ünsal, “Ceza Hukukunda “Takdiri İndirim Nedenleri” ve TCY “Madde 59””, **Yargıtay Dergisi**, C. 28, S. 4, 2002, (624-655), s. 625.

Takdiri indirim nedenleri, kanunun diğer hükümlerinde değinip tespit etmediği ama hakim tarafından göz önünde bulundurulması aranan ve sonuç olarak da cezanın bir miktar indirilmesi olanağı sağlayan durumlara verilen addır⁵⁰⁰. Kanunda 7406 sayılı Kanun⁵⁰¹ ile değişiklik yapılmadan önce; kanun koyucu hangi sebeplerin takdiren indirim sebebi sayılabileceği konusunda mahkemeye yön gösterecek birkaç kıstas belirledikten sonra “gibi hususlar”⁵⁰² demek suretiyle, bu sebeplerin sayılanlarla sınırlı kalmadığı, mahkemenin daha önceden göz önünde bulundurulmamış herhangi bir sebebi cezanın indirilmesinde kıstas olarak kullanabileceği değerlendirilmekteydi. Bu durum hakimin takdir yetkisinin sınırı açısından çok eleştirilmekte, mahkemeye cezada bir indirim daha yapmak için bahane sunuluyormuş gibi düşünölmekteydi. Oysa, ceza hukukunda hakime sınırlı olarak tanınan bu yetkinin daraltılması sonucunu doğuran ancak kötü uygulamaların önüne geçmek amacıyla yapılan bu değişiklik yerinde olmamıştır.

Cezanın belirlenmesi toplumsal değerlere uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmeli ve bu husus adalete hizmet etmelidir. Mahkemelerin takdiri indirim yetkisini kullanırken toplumsal değerleri yok sayması beklenemez. Bu takdir hakkı, yargı kararlarında mahkemenin bağımsızlığı ile birlikte düşünöldüğünde hukuk sınırları içerisinde kalarak somut olaya özgü yaratıcı ve yapıcı çözümler bulma ve yorumlama olarak ifade edilebilir⁵⁰³.

TCK ve ilgili tüm kanunlarda mahkemenin objektif olarak yargılama yaptığı suça ilişkin verilecek cezada indirim yapılabileceğine ilişkin pek çok düzenleme mevcuttur. Mahkeme bu indirim sebeplerini kanundaki üst sınırlara yaklaşarak ya da uzaklaşarak uyguladığında belirlediği cezalar objektif olarak sanığa verilmesi gereken cezalardır. Ancak şu da unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde esas olan

⁵⁰⁰ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s. 623.

⁵⁰¹ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG Yayınlanma Tarihi/ Sayısı: 27.05.2022/ 31848.

⁵⁰² Bu durum kanun gerekçesinde de ifade edilmişti. Gerekçeye göre; “*takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Bunlar, maddenin ikinci fıkrasında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar olarak belirlenmişlerdir. Bu nedenler, Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar arasında gösterilmişti. Ancak, yapılan değişiklikle, mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla, bu nedenlerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması, sadece takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulması gereği kabul edilmiştir.*”

⁵⁰³ Henha, s. 1095.

maddi gerçeğe ulaşmak ve sanığa hak ettiği kadar –ne eksik ne fazla- ceza vererek adil bir yargılama yapmaktır. İnsanların biyolojik yapısı, sosyo-kültürel kazanımı, fizyolojisi, yaşadığı coğrafya gibi faktörlerin insanın karakterinde yarattığı etki, hem suçların hem de suçların işleniş şekillerinin farklılaşmasına neden olur⁵⁰⁴

Biyolojik yapıdan, sosyal-kültürel kazanıma, yaşadığı coğrafyadan, fizyolojik bünyesine kadar çeşitli faktörlerin insan karakterinde oluşturduğu etki, yalnız suçlarda değil onların işlenmesinde de farklılık yaratmaktadır

Mahkemelerin takdiren cezada indirim ihdas etme yetkileri söz konusuysa her ne sebeple olursa olsun cezada takdiri artırım yetkileri yoktur⁵⁰⁵. Sözelimi, o sanığa verileceği tespit edilen cezanın somut olayın özellikleri, duruşmada sanığın hal ve davranışları, yargılama sürecindeki olumsuz tavırları, yargılamayı uzatmaya yönelik ve adil yargılamanın yapılmasına engel olan durumlar yaratması gibi hususları değerlendirerek cezayı artırabileceğine ilişkin bir düzenleme kanunda öngörülmemiştir. Ancak bu tarz olumsuz tavırların yokluğu, mahkemenin yargılama sürecini yürütürken işini kolaylaştırdığı için, mahkemeye, sanığın cezasını verirken son aşamada bir indirim yapma yetkisi tanımıştır. Yani failin olumsuz bir yargılama süreci yaratmaması kendisi lehine değerlendirilerek daha az ceza almasına imkan sağlamaktadır.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması konusunda takdir hakkını kullanacak olan kişi hakimdir. Takdir, sübjektif bir değerlendirme olduğundan, bu değerlendirme ancak somut olayı değerlendirip davayı yöneten hakime ait olmalıdır ve şüphesiz bu değerlendirmeyi en iyi yapacak kişi de hakimden başkası değildir⁵⁰⁶.

2.3.2.Hukuki Niteliği

Cezanın bireyselleştirilmesi, suçun değil suçlunun esas alınmasını, ceza yerine tehlikeli görülen suçluya yönelik güvenlik tedbirlerinin uygulanması⁵⁰⁷ gerektiğini kabul eden pozitivist okulun etkisiyle ortaya çıkmıştır⁵⁰⁸. Nitekim *Pozitivist Okul*, irade özgürlüğü kavramını kabul etmediği için ceza yerine faile

⁵⁰⁴ Ünsal, s. 625.

⁵⁰⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.. 593.

⁵⁰⁶ Surlu, s. 680.

⁵⁰⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 67-68.

⁵⁰⁸ Apiş, s. 180.

uygun güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının gerekliliğini savunur. Bu okul, tek tip suçlu olmadığını bu sebeple de her suçluya cezanın aynı şekilde uygulanamayacağını, cezanın kişilere uydurulmasını kabul ettirmiştir⁵⁰⁹.

Takdiri indirim nedenleri, cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden, mahkemeye cezada indirim yapma yetkisi veren bir kurumdur. Takdiri indirim nedenleri düzenlenirken hangi sebeplerin indirim sebebi sayılacağı kanunda tek tek sayılabilir (sınırlayıcı sistem) ya da genel bir çerçeve çizilerek hakim bu konuda tamamen serbest bırakılabilir⁵¹⁰. Hukuk sistemimiz bakımından, hakimi tam olarak olmasa bile serbest bırakan, yani kanunda örneklendirilerek fakat sınırlı olarak sayılmaksızın takdiri indirimin uygulanabileceği bir sistem kabul edilmekteyken, 7406 sayılı kanun değişikliği ile TCK m. 62' de daha sınırlayıcı bir sisteme dönmüştür. Ancak her haliyle, takdiri indirim nedenleri, hakimin suç ve ceza arasında olması gereken oranı, faile ve/ veya fiile göre indirimi uygulamak suretiyle sağladığı en son uygulanan cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır. Bu sayede, suç ve ceza arasında adil bir oran elde edilerek adaletin sağlanması mümkün olur.

Kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlenen cezalar, çoğunlukla alt ve üst sınırlı cezalar olduğu ve hakimin cezayı belirlerken bu sınırlar içinde alt sınıra ya da üst sınıra yaklaşarak ceza verebileceği düşünüldüğünde, takdiri indirim nedenleri kurumuna ihtiyaç olmadığı söylenmiştir⁵¹¹. Ancak kanun koyucu soyut cezaları belirlerken fiilin ağırlığını esas almakta, muhtemel failleri düşünerek cezaları belirlememektedir. Bir suçun işlenme oranının artması durumunda, cezanın genel ve özel önleme amacına hizmet etmek adına, suç karşılığında cezaların artırılması yoluna gidilirken de faili esas alarak düzenleme yapılması söz konusu değildir. Nitekim bu gerekli de değildir. Belirlenen soyut cezanın alt ve üst sınırlar arasından somut olay üzerinden değerlendirme yapan hakimin somut cezayı belirlerken göz önünde bulundurması beklenen kriterler de çoğunlukla⁵¹² fiile ve somut olaya

⁵⁰⁹ Sulhi Dönmezer, **Cezai Mesuliyitin Esası**, İsmail Akün Matbaası, İstanbul 1949, s. 63; Apiş, s. 180.

⁵¹⁰ Mehmet Handan Surlu, "Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)", **Adalet Dergisi**, S. 11, Y. 1970, (677-694), s. 678.

⁵¹¹ Surlu, s. 679.

⁵¹² "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

ilişkindir (TCK m. 61/1). Dolayısıyla cezanın somut belirlenmesi aşamasında fail ile ilgili bazı hususların da tartışılıp cezaya etki etmesi gerekebilir. Takdiri indirim nedenleri, bunu sağlamaya yönelik olarak uygulama alanı bulur.

Takdiri indirim nedenleri, hukuki niteliği itibariyle suça tesir eden nedenler arasında da sayılabilir. Suça tesir eden nedenler, kanunda tek tek düzenleme alanı bulmuşsa suça tesir eden kanuni nedenlerden söz edilir. Kanunun suça tesir eden nedenlerin tespit ve takdirini hakime verdiği durumlarda suça tesir eden takdiri nedenler söz konusu olur. Takdiri indirim nedenleri de suça tesir eden takdiri nedenlerden biridir⁵¹³. Hakimin takdiriyle uygulanabiliyor olması sebebiyle, sanığın talepte bulunmasına gerek olmaksızın göz önünde bulundurulması, uygulanmayacaksa bile tartışılması gerekir. Yargıtay, sanığın talebine rağmen takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını veya uygulanmasa bile gerekçelendirilmemesini bozma sebebi saymaktadır.

Suçta tesir eden nedenlerin özelliklerinden biri fiilin ve cezanın bireyselleştirilmesini sağlamaktır⁵¹⁴. Soyut olarak kanunda belirlenen suç tipi ve karşılığındaki ceza, somut olaya uygulanmak suretiyle somutlaştırılır. Cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bu eylem, suçun cezasını azaltma şeklinde tezahür eder. Yani bireyselleştirme araçları, özellikle de takdiri indirim nedeni olmaksızın soyut ve renksiz görünen suç tipi, takdiri indirim nedeninin etkisiyle farklılaşmış ve bireye uydurulmuş olur⁵¹⁵. Bu haliyle takdiri indirim de suça etki eden bir bireyselleştirme aracıdır.

2.3.3. Amacı

Takdiri indirim nedenleri hakime bir özerk alan belirlemek böylece hakimin de bu özgürlükle soyut cezayı mevcut olaya ve suçluya denkleştirerek daha insafli ve daha adil bir ceza tayin etmesini sağlamak için vardır⁵¹⁶. Sadece indirim sebebi olarak öngörülmüştür, cezayı artırma aracı olarak kullanılması mümkün değildir.

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

⁵¹³ Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 705.

⁵¹⁴ Atacan Köksal, **Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 43.

⁵¹⁵ Köksal, s. 44.

⁵¹⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*,. 626.

Kanunilik ilkesi gereği, bir sebebin cezanın artırılmasına sebep olabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Zira TCK'da böyle bir düzenleme mevcut değildir. Mahkemelerin her ne sebeple olursa olsun takdiren cezada takdiri artırım yetkileri yoktur⁵¹⁷.

Takdiri indirim sebeplerinin kanunlarda düzenlenmesinin sebebi cezanın faile uydurulması noktasında hakime bir alan bırakmak olduğu için, kanun yolu aşamasında ilk derece mahkemelerinin bu husustaki görüşüne riayet edilmesi beklenir; ama bu kararların gerekçesiz ya da keyfi olabileceği manasına gelmemektedir⁵¹⁸. Bölge Adliye Mahkemesi kural olarak duruşmalı denetim yaptığı için BAM bakımından, ilk derece mahkemesinin kullandığı takdir yetkisinin oranı dikkate alınmayıp daha fazla indirim uygulaması mümkündür. Ama Yargıtay çoğunlukla dosya üzerinden indirim yaptığı için suç işleyen kişiyle karşı karşıya gelmeyecek bu sebeple de herhangi bir indirim uygulanmasının doğru olup olmadığını anlamayacaktır; Bu sebeple kararların Yargıtay'ın önüne giderken gerekçeli olması önemlidir⁵¹⁹.

Cezalandırma devlet tarafından toplumu yönetme aracı olarak kullanıldığında bu cezanın bireyselleştirilmesinin etkinliği suç işlenmesinin önlenmesini sağlaması hususunda kendini gösterir. Bireyselleştirilmiş bir ceza toplumda suça teşviki azaltıp adil bir cezalandırma yaptığı için devleti de memnun eder, toplumda ceza sorumluluğunun kaçınılmaz olduğu noktasında bir teamül oluşturur ve suça maruz kalabilecek kimseler bakımından mağduriyet korkusunu azaltır⁵²⁰. Bireyselleştirilmiş ceza nihai olarak takdiri indirim nedenlerinin somut olaya uydurulmasıyla tamamlanmış olur.

Takdiri indirim nedenleri, failin işlediği suç dolayısıyla, cezayı kendisine uydurup, cezanın azaltılmasını sağlamak amacıyla uygulanır. Ancak nihai olarak bir cezasızlık sebebi ya da failin suçluluğunun ortadan kaldırılması manasına gelmeyen bir kurumdur. Takdiri indirimin uygulanmasını bir zorunluluk gibi görüp

⁵¹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.. 593; Önder, s. 132.

⁵¹⁸ Süheyl Donay, **Ceza Kanunu Şerhi**, s. 103.

⁵¹⁹ Süheyl Donay, **Ceza Kanunu Şerhi**, s. 103.

⁵²⁰ Vladimir Pavlovich Konyakhin,, "Individualization Of Punishment İn The Context Of The Public's Fear Of Crime", SHS Web of Conferences 108, (2021). s. 2.

gerekmediği durumlarda da dahi başvurulmuş bir yol gibi değerlendirilmesi, mağdurda ve toplumda bunun bir cezasızlık alanı yarattığı algısı yaratabilecek olması sebebiyle tehlikelidir. Sözgelimi Rusya'da yapılan bir araştırmada; hırsızlık suçunu işleyenlerin çok az bir kısmının hapis cezası aldığı, % 75'in üzerinde bir kesiminde toplum içinde başkaca yaptırımlarla karşılandığı değerlendirilmiştir. Aynı şekilde hooliganlık suçunu işleyen kişilerin de % 25'i ancak hapis cezası aldığı ve diğerlerinin toplum içinde kalmaya devam ettiği görülmüştür⁵²¹. Bu durum toplumda benzer bir algı yaratmaktadır ve cezanın genel önleme fonksiyonunu yerine getirmediğini düşündürmektedir. Cezaya tek etkisi indirim yapılabilmesine vesile olmasıdır; suçun cezasında indirim sağladığı için de suçun hukuki niteliğini değiştiren bir kurum değildir⁵²².

Takdiri indirim nedenlerini kanunda tek tek saymaya her soyut cezayı potansiyel bir failin kişiliğine uygun olarak belirlemeye imkan yoktur; çünkü her suçlu farklı bir kişiliğe sahiptir, dolayısıyla en doğru yol bu farklılığı cezaya yansıtma takdirini hakime bırakmaktır⁵²³ ve hatta eleştirilse bile, bir zorunluluktur⁵²⁴. Cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayacak her sebebin önceden öngörülmesi de mümkün değildir⁵²⁵. Cezada takdiren indirim yapılabilmesi, sadece failin kişiliğiyle ilgili bir husus değildir. Kimi olayda suçun işleniş şekli ile ilgili bir husus, kimi olayda failin gösterdiği özellikler⁵²⁶, kimi olayda da somut olaya ilişkin bir veri, cezanın farklılaştırılmasını gerektirebilir. Cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından olan hapis cezasının ertelenmesi ya da kısa süreli olarak düzenlenen hapis cezasının kanunda yazılı seçenek yaptırımlara çevrilmesi çoğunlukla faille alakalıdır. Ancak bireyselleştirilme sadece suçu işleyen kişinin karakteristik özellikleriyle tanımlanabilecek bir husus değildir⁵²⁷. Bazen bireyselleştirilme somut olay

⁵²¹ Konyakhin., s. 4.

⁵²² Alahattin Şimşek, "Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)", s. 35.

⁵²³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II., 626.

⁵²⁴ Giuseppe Maggiore, **Diritto Penale**, 1955 Bologna, s. 532; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II., 626.

⁵²⁵ Önder, s. 132.

⁵²⁶ Önder, s. 132.

⁵²⁷ Apiş. s. 179.

dolayısıyla önem kazanır⁵²⁸ yani bir failin yargılandığı olayda indirim gerektirmeyen bir husus başka bir somut olayda bireyselleştirilme gereği indirimi zorunlu kılar.

Hakimler; suçun özelliklerini, failin bireysel özelliklerini hukuki bir farkındalık ve tecrübe birikimiyle değerlendirirler. Hakimlerin hayat görüşleri, yaşadıkları toplumun hayat görüşünden bağımsız değildir ve ona göre şekillenir; dolayısıyla bu durum, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarını kullanırken değerlendirmeye aldıkları kriterleri de etkiler⁵²⁹. Hakim takdiri indirim nedenlerini uygularken gerekçelendirebildiği ölçüde kurumu uygulama ya da uygulamama konusunda serbesttir ancak uygulayacaksa bunun objektif şekilde somut olayla bağlantılı bir kritere dayandırarak yapılmalıdır.

TCK ve ilgili tüm kanunlarda mahkemenin objektif olarak yargılama yaptığı suça ilişkin verilecek cezada indirim yapılabileceğine ilişkin pek çok düzenleme mevcuttur. Mahkeme bu indirim sebeplerini kanundaki üst sınırlara yaklaşarak ya da uzaklaşarak uyguladığında belirlediği cezalar objektif olarak sanığa verilmesi gereken cezalardır. Ancak şu da unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde önemli olan maddi gerçeğe ulaşmak ve sanığa hak ettiği kadar –ne eksik ne fazla- ceza vererek adil bir yargılama yapmaktır.

İştirak halinde işlenen suçlarda, takdiri indirim sebeplerinin varlığı her bir şahıs için ayrı ayrı incelenmelidir; şeriklerden birinin takdiri indirimden yararlanması diğerlerinin yararlanması sonucunu doğurmaz; aynı durum tersi için de geçerlidir. Çünkü takdiri indirim nedenleri, kanunda da ifade edildiği üzere varlığı halinde “fail yararına” indirim imkanı tanıyan, şahsi bir husustur, diğer suç ortaklarına sirayet etmez⁵³⁰. Ancak takdiri indirimi gerektiren olay müşterek gerçekleştirilen eylemle ilişkili ise takdiri indirim tüm ortaklar için uygulama alanı bulabilecektir⁵³¹.

Suç işleyen kişinin çevresinde meydana gelen olaylardan etkilenmesi her insanın ruhsal ve düşünsel yönden farklı özellikler göstermesi, kendisine ceza

⁵²⁸ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1379; Apış, s. 179.

⁵²⁹ Konyakhin, s. 2.

⁵³⁰ Jale Güral, ““Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme I”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 63, s. 16.

⁵³¹ Alahattin Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)”, (“Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü”), Samsun 2014, s. 35.

verilirken göz önünde bulundurulabilir; cezada takdiren uygulanan bu indirimin, cezanın bireyselleştirilmesinde etkin kullanılabilmesi, mahkemenin psiko-sosyal inceleme ve değerlendirme gerçekleştiren uzman kişilerle koordineli olarak çalışması ile mümkün olabilir⁵³².

Takdiri indirim sebepleri, failin işlediği suç dolayısıyla, cezayı kendisine uydurup, cezanın azaltılmasını sağlamak amacıyla uygulanır. Ancak nihai olarak bir cezasızlık sebebi ya da failin suçluluğunun ortadan kaldırılması manasına gelmeyen bir kurumdur. Cezaya tek etkisi indirim yapılabilmesine vesile olmasıdır; suçun cezasında indirim sağladığı için de suçun hukuki niteliğini değiştiren bir kurum değildir⁵³³.

2.3.4. Kurumun Tarihsel Gelişimi

İnsanlar her zaman bulundukları yerde birbirlerinin haklarını ihlale yönelik eylemler gerçekleştirmişler, bu durum da bu eylemlere karşı bir tepki gösterme ihtiyacını doğurmuştur⁵³⁴. İhlal oluşturan eylemler ceza hukukunda suç, suça gösterilen tepki de ceza olarak ifade edilir. Suç ve cezalar, tarihsel süreç içinde farklılaşmış, modernleşmiş ve günün koşullarına en uygun olduğu düşünülen hale gelmiştir. Suç ve cezalar gibi, bu cezaları kimin uygulayacağı, ne kadar uygulayacağı ve bu miktara kimin karar vereceği hususları da geçmişten bugüne farklılaşmıştır. Hakimin takdir yetkisinin varlığı ve sınırları her dönemde farklı şekillerde karşımıza çıkmış, kimi zaman bu yetki daraltılırken kimi zaman çok geniş bırakılmıştır. İki zıt akımın – takdir yetkisinin daraltılması ve genişletilmesinin- en açık tezahürü takdiri indirim konusunda kendini gösterir⁵³⁵. Ama günümüze geldiğimizde, ceza hakimine tanınan takdir yetkisinin sınırlarının çizildiğini ve bu yetkinin denetlendiğini görmekteyiz.

2.3.4.1. Roma Dönemi

Roma hukukunda her şeyden önce ekonomiye ve topluma hakim olan üst sınıfın menfaatleri ceza ve ceza yargılamasını doğrudan etkilemiş; devlet otoritesinin

⁵³² Apiş. “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 179.

⁵³³ Alahattin Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)”, s. 35.

⁵³⁴ Erem, **Genel Hükümler**, s. 151.

⁵³⁵ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, S. 623.

her zaman varlığını koruması, hakimlerin ceza alanında serbest hareket etmesini engellemiştir⁵³⁶. Bu dönemde, kanunlarda daha çok sabit cezalar var olduğu için, aslında hakime takdir yetkisi tanınmamış değildi; sadece böyle bir yetki kullanmaya gerek kalmıyordu.

Hakimin takdir yetkisinin olmaması, iktidarın keyfine bağlı ve iktidardaki kişinin sınırsız bir cezalandırma yetkisinin olduğu bir sistem yaratmıştır⁵³⁷. Doğu Roma İmparatorluğuna kadar hakimin takdir yetkisini kullanarak cezada indirim yapabilmesi mümkün değildi⁵³⁸.

Roma hukukunda ceza hukuku, çok uzun bir süre yabancı bir kavram olarak kalmıştır. Nitekim Roma’da suç teşkil eden haksız eylemlerin çoğu bakımından bu eylemden zarar gören kişilerin misilleme yapma hakları mevcuttu ve bu hak kullanılıyorken devletin doğrudan kovuşturma yapması mümkün olmuyordu⁵³⁹. Roma’da İmparatorluk döneminde, “*cognitio extra ordinem*” adı verilen yeni bir usulün ihdas edilmesiyle birlikte, hakimin cezayı bütün objektif ve sübjektif unsurları ile değerlendirip serbestçe takdir etmesi mümkün hale gelmiştir⁵⁴⁰. Takdir yetkisinin bu denli geniş tutulmasının suiistimallere yol açması, Justinyen döneminde, kanunilik ilkesinin daha katı uygulanmasına ve bu sebeple takdir yetkisinin daraltılmasına imkan verdi⁵⁴¹.

2.3.4.2. Orta Çağ ve Aydınlanma Dönemi

Orta çağda, cezaların keyfiliği sistemi hakimdi ve bu durum hakimlere geniş bir takdir alanı tanımaktaydı⁵⁴². Hakim cezayı hem artırma hem de indirme

⁵³⁶ A. Wilinski, “Roma Ceza ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı” (Çev. B. Erdoğan), **DÜHFD**, Y. 1983, C. 1, S. 1, (329-335), s. 329.

⁵³⁷ Bülent Tahiroğlu, “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk- İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku I**, (Ed. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (25- 40), s. 29.

⁵³⁸ Ünsal, s. 627; Servet Sezgin, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, *Adalet Dergisi*, C. 42, S. 8, Ağustos 1951, (1314-1326), s. 1314.

⁵³⁹ A. Wilinski, s. 329.

⁵⁴⁰ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 624; A. Wilinski, s. 332.

⁵⁴¹ Sezgin, s. 1315; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 624.

⁵⁴² Ünsal, s. 627; Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 624; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 42.

konusunda takdir hakkına sahipti⁵⁴³. Bu denli geniş bir yetki kullanımı, “*en iyi kanun, hakime en az takdir payı bırakan kanundur*” düşüncesiyle eleştirilmiştir⁵⁴⁴.

Aydınlanma döneminde, gerçekleşen ihtilallere bağlı olarak, keyfi olarak belirlenen cezalar bakımından katı bir şekilde uygulanmak üzere, kanunilik ilkesi benimsenmiş, hakimın takdir yetkisi sınırlandırılmış, hakim sadece kanunda hesabı yapıp cezayı bildiren kişi konumundadır⁵⁴⁵.

Fransız İhtilali sonrası, kanunilik ilkesinin çok sert biçimde uygulanmasıyla bu yetki sınırlandırıldı ve sabit cezalar sistemi kabul gördü⁵⁴⁶. Ancak bu durumda, kanunda sabit olarak belirlenen katı cezaları uygulamak istemeyen hakimlerin beraat kararı vermeyi tercih ettikleri görüldü; bunun önüne geçebilmek için bazı suçlarla ilgili –cinayet suçları- takdiri indirim nedenleri kabul edilmeye başlandı⁵⁴⁷. Daha sonraki süreçte, kademeli olarak ve en son tüm suçlar bakımından geçerli bir takdiri indirim nedenleri kurumu hukuk düzenindeki yerini aldı⁵⁴⁸. Fransa’nın ardından, diğer Avrupa ülkeleri de kanunlarında takdiri indirim nedenlerine yer vermeye başladılar⁵⁴⁹.

2.3.4.3. Osmanlı Dönemi

İslam hukuku bir ceza doktrinine sahip olmaması sebebiyle kazuist bir yolla doğup geliştiği söylene de çok geliştirilmiş bir suç teorisine ve sisteme sahiptir⁵⁵⁰. İslam- Osmanlı hukukunda, cezalar tasnif edilmemiş, her bir suç için had, kısas ve tazir cezası yaptırım olarak zikredilmiştir⁵⁵¹. Kur’an’da farklı bölümlerde hapis cezasından söz edildiği halde, İslam hukukçularına göre hapis cezası aslî bir yaptırım

⁵⁴³ Ünsal, s. 627.

⁵⁴⁴ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 624; Ünsal, s. 627.

⁵⁴⁵ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 42.

⁵⁴⁶ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 624.

⁵⁴⁷ Ünsal, s. 628.

⁵⁴⁸ Ünsal, s. 628.

⁵⁴⁹ Dönmezer ve Erman, **Ceza Hukuku C. 2**, s. 625.

⁵⁵⁰ Mustafa Avcı, “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2016, (639- 656),

⁵⁵¹ Avcı, s. 650.

olarak benimsenemez⁵⁵². Osmanlı hukuku ise kanunnamelerde hapis cezalarına yer vermiş, ancak bu cezaların sürelerine karar verme yetkisini hakime bırakmışlardır⁵⁵³

İslam hukukunda suçlar, birinci ve ikinci ve üçüncü sınıf suçlar olarak ayrılır. Birinci sınıf suçlar cinayet ve yaralama; ikinci sınıf suçlar, Kur'an'da gösterilen Allah'a karşı işlenen suçlar; üçüncü sınıf da taziren cezalandırılan fiillerdir⁵⁵⁴. Birinci grup suçlarda, kişisel haklar öne çıktığı için, bu suçlar bakımından af ve sulh geçerli olup, hakim müdahalesi söz konusu değildir. İkinci grup suçlarda da cezaların miktarı değişmediği ve sabit ceza olduğu için, hakim takdir yetkisinin de söz konusu olmadığı suçlardır⁵⁵⁵. Üçüncü grup suçlar ise, hakkında ayet ya da hadis bulunmadığı için, bu eylemler bakımından cezanın tayin ve takdiri hakime bırakılmıştır⁵⁵⁶.

2.3.4.4. Cumhuriyet Dönemi

Takdiri indirim nedenleri 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde düzenlenmekteydi. Buna göre "kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse" cezada indirim yapılacaktır. Daha sonra kanun değişikliğiyle indirim oranı azaltılsa da takdiri indirim hükmüne hep yer verilmiştir. Bu düzenlemede hangi hususların takdiri indirim sebebi olarak gözetileceği belirtilmemiş, bu konuda hakime daha geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Hükmün uygulandığı dönemde, yerleşik içtihatlara göre, kanun hükmü yanlış uygulanmadığı müddetçe, takdiri indirimin uygulanması bozma sebebi sayılamazdı⁵⁵⁷. Ancak, takdir hakkını tamamen mahkemeye bırakan ve somut olaydaki sebebin takdiri indirim gerektirip gerektirmediğini denetlemeye

⁵⁵² Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 47.

⁵⁵³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 48.

⁵⁵⁴ İlhan Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", **AÜHFD**, C. 52, S. 1 2003 (167- 181), s. 167;

⁵⁵⁵ Akbulut, s. 168.

⁵⁵⁶ Akbulut, s. 168.

⁵⁵⁷ YCGK, T. 31.01.1977, 574/ 36; (Akt. Erem, **Genel Hükümler**, s. 26); Faruk Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", **AÜHFD**, C. 3, S. 2, 1946, (357- 364), s. 359.

kendini yetkili görmeyen Yargıtay'ın, gerekçeyi yetersiz bularak aksi doğrultuda kararlar verdiği de görülmekteydi⁵⁵⁸.

2.3.5.İndirim Nedenlerine Yönelik Eleştiriler

Mahkemeye tanınan bu takdiri indirim yetkisi birçok bakımdan eleştirilmektedir. Sözgelimi böyle bir yetkinin varlığı kanun koyucunun cezada indirim söz konusu olabilecek hususlarda bir tespit yaparken kısıtlanması sonucunu doğurabilir⁵⁵⁹. Bunun doğal sonucu olarak da kanunda boşluk olduğunu gören hakim bu boşluğu kanun koyucunun yerine geçmek suretiyle doldurabilecek⁵⁶⁰, bu durum da cezaların belirliliği ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından sorun oluşturacaktır. Kaldı ki bu yetki kötüye kullanılabilir bir yetkidir; Nitekim birçok yargı kararında mahkemelerin takdiren indirim uygulamaları gerektiğinde dahi bu yetkiyi kullandığını gözlemliyoruz. Mahkemeler takdir yetkilerini kullanırken her somut olayda kabul edilebilir gerekçeler göstermemekte, bu kurun halk nezdinde, sanığın; hangi suçu işlemiş olursa olsun hangi saikle işlenmiş olursa olsun duruşmaya takım elbiseyle geldiği takdirde sırf bu sebeple cezasında indirim yapılabileceği gibi bir algı hasıl olmaktadır. Bu husus da adalete olan güveni yaralamaktadır. Özellikle toplum içerisinde büyük infial yaratan cinsel istismar gibi suçların, takdiri indirimin kapsamı dışında tutulması gerektiği yönündeki tartışmalar hâlâ sürmektedir⁵⁶¹. Ancak kanımca işlenmiş olan suç ne olursa olsun Suçu işlemiş olan kimsenin şahsı ile alakalı indirim yapılmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde bu indirimin uygulanmaması haksızlığa sebep olabilir; bu noktada hakimin takdirini kullanırken dikkatli davranması, olması gerektirir.

2.3.6.Bazı Ülke Kanunlarında Takdiri İndirim Nedenleri

2.3.6.1.Almanya

Alman CK, TCK'daki gibi bir takdiri indirim hükmüne yer vermemektedir. Alman CK'nın "*cezayı indiren özel kanuni sebepler*" başlığını taşıyan 49. maddesi,

⁵⁵⁸ "Kavganın esbabı gayri malumeden çıkmış olmasının esbabı muhaffifei takdirdiyeden olarak kabul edilmesi veçhinin izah edilmemesi yolsuzdur." Y. 2.CD, E. 12785, K. 14080, T. 13.11.1937 (Akt. Erem, **Genel Hükümler**, s. 260.)

⁵⁵⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.. 593.

⁵⁶⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.. 593.

⁵⁶¹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s. 623.

indirim sebeplerini sıraladıktan sonra, ikinci fıkrasında; mahkemenin bu hükmü gönderme yaptığı bir madde uyarınca cezayı takdiren indirebiliyorsa, cezayı, ilgili suçun karşılığı olarak kanunda öngörülen cezanın alt sınırına kadar indirebilir ya da hapis cezası yerine adli para cezasına karar verebilir demektir. Yani görüldüğü gibi burada sadece takdiren hapis cezasını indirme yetkisinin değil, hukuk sistemimizde tersi uygulamanın mükerrerlik konusunda olduğu gibi, hapis cezası ve adli para cezasının seçimlik olup olmadığına dahi bakılmaksızın hapis cezası yerine adli para cezasına karar vermesinin de mümkün olduğunu görüyoruz. Bu hükmün uygulama alanı çok dar olduğu için örneklemek de zordur⁵⁶². Ancak bu hüküm suçla orantılı bir yaptırımın belirlenmesini daha mümkün kılar⁵⁶³.

Alman CK m. 49, “cezayı indiren özel kanuni nedenler” başlığıyla takdiri indirim nedenlerini düzenlemektedir. Kanuna göre; indirim yapılması hususunda m. 49’a yollama yapan bir hüküm söz konusu olduğunda, fail hakkında belirlenen ceza müebbet hapis cezası ise üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası; süreli hapis cezalarında ilgili suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın üst sınırının en fazla dörtte üçüne kadar hapis cezasına hükmedilebilir. Adli para cezası söz konusu olduğunda, yine adli para cezasının üst sınırı üzerinden aynı oranda indirim yapılabilir. Süreli hapis cezasının yükseltine alt sınırı bakımından indirim yapılırken; beş- on yıl olan alt sınır iki yıla, iki- üç yıllık alt sınır altı aya, bir yıllık alt sınır da üç aya indirilir; diğer durumlarda indirim kanuni alt sınıra kadar indirim yapılır (Alman CK m. 49/1).

Alman CK, m. 49/1 bakımından, ceza indirime müsaade etmekle beraber, hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesine cevaz vermemektedir⁵⁶⁴. Aynı sebep, Alman CK m. 49/1 uyarınca birden fazla ceza indirimi gerektirdiğinde, iki defa indirim yapılmaz⁵⁶⁵. Failin cezalandırılabilmesinin nedenini oluşturan şahsi sebepler, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak eden kişilerde yoksa yani bu kişiler sadece suç ortağı olarak cezalandırılacaksa⁵⁶⁶ bu şeriklerin

⁵⁶² Erdal Yerdelen, **Türk ve Alman Hukukunda Cezanın Belirlenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 288.

⁵⁶³ Yerdelen, **Türk ve Alman Hukukunda Cezanın Belirlenmesi**, s. 288.

⁵⁶⁴ Heintschel-Heinegg, **BeckOK StGB**, 58. Baskı, 2023, StGB § 49 Parg. 4, 5.

⁵⁶⁵ Jürgen Schäfer, **Münchener Kommentar zum StGB**, 4. baskı 2020, StGB § 49 Parg. 5-10.

⁵⁶⁶ Schäfer, **Münchener Kommentar zum StGB**, § 49 Parg. 5-10.

cezasında m. 49 uyarınca indirim yapılmasını da engeller (Alman CK m. 28). Aynı şekilde çifte değerlendirme yasağı Alman Ceza Kanunu bakımından da geçerlidir; yani başka bir kanuni indirim gerekçesi olan bir husus aynı zamanda m. 49 uyarınca takdiri indirimi de mümkün kılrsa bile, tekrar indirim yapılmaz (Alman CK m. 50).

Alman CK m. 49/ 2'ye göre; mahkeme, m. 49'a yollama yapan bir kanun hükmüne göre cezayı takdiren indirebiliyorsa, söz konusu suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın alt sınırına kadar indirebilir veya hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedebilir (Alman CK m. 49/2). Hükmün ilk fıkrasında, indirim uygulanırken herhangi bir sebeple hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine izin verilmemişken, bu fıkra bakımından hapis cezasının indirilmesi ya da hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesi mümkündür.

Alman CK'nın takdiri indirimi düzenlediği hükme baktığımızda, bu şekilde bir indirimin kanunda m. 49'a atıf yapan suçlar bakımından geçerli olduğu görülmektedir. Yani, her suç için değil sadece kanunun açıkça takdiren cezanın indirilebileceğini belirttiği suçlarla ilgili hakime bir takdiren indirim yapma hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde, genel hükümlerde de m. 49'a atıf yapılmak suretiyle indirim sebebi öngörülmüş olabilir. Genel veya özel hükümlerde yer alan düzenlemeler çerçevesinde indirim sebepleri zorunlu olarak uygulananlar veya isteğe bağlı olarak uygulananlar olarak ayrılmaktadır⁵⁶⁷. Alman CK m. 49/1'e atıf yapılan durumlarda indirim yapılması zorunluyken, diğer durumlarda indirim yapılması isteğe bağlıdır⁵⁶⁸.

Alman CK, takdiren indirime sınırlı da olsa izin vermekle beraber, takdiren cezanın artırılmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁵⁶⁹. Bu hüküm gereği indirim yapılabilecek suçlar kanunda düzenlenmekle beraber, özel olarak m. 49'a atıf yapmayan suçlar bakımından hakimind indirim yapma hakkının bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak, bazı suçlar bakımından kanun bu hükmün uygulanmasını özel olarak yasaklanmaktadır. Sözgelimi, Gençlik Mahkemeleri Kanununda düzenlenen suçlar bakımından m. 49'un uygulanması mümkün değildir.

⁵⁶⁷ Pınar Bacaksız ve Tuğba Bayzit, "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri", CHD, 2021, S. 47, 427- 471, s. 435.

⁵⁶⁸ *Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB*, StGB § 49 Parg. 1-4.; Bacaksız ve Bayzit; s. 436.

⁵⁶⁹ Heintschel-Heinegg, *BeckOK StGB*, StGB § 49 Parg.4, 5.

Alman CK m. 49’da takdiri indirimi düzenlemekle beraber bu indirimin hangi durumlarda uygulanabileceğine ilişkin herhangi bir kriter getirmemiştir. Doktrinde, indirim sebebi belirlenirken m. 46’da düzenlenen cezanın belirlenmesine ilişkin ilkelerin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunulmuştur⁵⁷⁰. Baskın görüş olarak, cezanın belirlenmesine ilişkin genel ilkelerle⁵⁷¹ sınırlı bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulsa da ⁵⁷², uygulamada suç ve suçlulukla ilgili tüm durumlar, failin önceki mahkumiyet durumu da, indirim yapılması bakımından göz önünde bulundurulmuştur⁵⁷³.

Alman CK m. 49, TCK m. 62 oldukça farklıdır. TCK m. 62, hakime müstakilen bir indirim yapma imkanı tanırken; Alman hukukunda, genel ve özel hükümlerde yer alan takdiri indirim sebeplerinin sınırını çizen bir düzenleme söz konusudur.⁵⁷⁴

2.3.6.2.İtalya

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda, hakimin takdir yetkisini mümkün mertebe kısıtlamak için takdiri indirime ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı⁵⁷⁵. Ancak kanuna sonradan eklenen bir hükümle bu kurumun düzenlendiği görülmektedir. İtalyan Ceza Kanunu’na⁵⁷⁶ göre; hakim kanunda belirlenen sınırlar içinde cezayı takdiri bir şekilde belirler ve bu takdir yetkisinin kullanılmasının haklı sebeplerini hükümde belirtir (m. 132/ 1). Hakim, cezayı belirlerken, cezanın artırılmasında veya azaltılmasında, kanunla açıkça belirlenen haller dışında, her bir ceza türü için belirlenen sınırlar içinde kalmak zorundadır; bu sınırları aşamaz (m. 132/ 2).

⁵⁷⁰ Gerhard Timpe, **Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot**, Duncke R & Humblot, Berlin 1983, s. 82; Karl Lacner, Kühl Kristian, Heger, **Strafgesetzbuch: StGB**, 30. Baskı, C. H. Beck 2023§ 49 Parg 4.

⁵⁷¹ Alman Ceza Kanunu m. 46’da sayılan cezanın belirlenmesine ilişkin genel ilkerler şunlardır: Failin kusuru, cezanın failin gelecekteki toplumsal yaşantısındaki etkileri, failin saiki, failin fiilden anlaşılan zihniyeti, yükümlülük ihlalinin yoğunluk derecesi, failin önceki hayatı, kişisel ve ekonomik durumu, olaydan sonraki davranışları, zararı ortadan kaldırmak için gösterdiği çaba.

⁵⁷² Lacner, Kühl, Heger, § 49 Parg. 4.

⁵⁷³ Lacner, Kühl, Heger, § 49 Parg. 4.

⁵⁷⁴ Bacaksız ve Bayzıt; s. 443.

⁵⁷⁵ Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, s. 625; Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, s. 165.

⁵⁷⁶ <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-09/criminal%20code%20of%20Italy.pdf>; (E.T. 13.11. 2022).

Hakim, İtalyan CK m. 132’de belirtilen takdir yetkisini kullanırken kanunda sayılı sebepler takdiri indirim sebebi olarak dikkate almalıdır. Bu sebepler suçun ağırlığına ve failin kastının yoğunluğuna ya da suç işleme eğilimine⁵⁷⁷ göre gruplandırılabilir. Suçun ağırlığı kapsamında dikkate alınması gereken kriterler; eylemin niteliği, türü, araçları, amacı, zamanı, yeri ve diğer her türlü şekli ve suçtan zarar gören kişinin uğradığı zararın veya maruz kaldığı tehlikenin ağırlığıdır (m. 133/ 1). Failin kastının yoğunluğuna göre dikkate alınması gereken kriterler ise; failin suç işleme nedenleri ve kişiliği, failin sabıka ve adli sicili ve genel olarak suçtan önceki davranışları ve yaşamı, fiili işlerken veya işledikten sonraki davranışları, failin bireysel, ailevi ve sosyal yaşam koşulları, belirli ahlaki veya sosyal değer saikiyle hareket edip etmediğidir (m. 133/ 2).

2.3.6.3.Fransa

Fransa, takdiri indirim nedenlerinin doğduğu yerdir. 1789 Fransız İhtilali döneminde Fransız ceza kanunlarında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çok katı olarak uygulandı ve bu durum hakime takdir yetkisi verilmesinin önünde en büyük engel oldu⁵⁷⁸. Hatta bu durum takdir yetkisinin “demir çember” içerisine⁵⁷⁹ hapsedildiği şeklinde ifade edilmiştir. Hakime ceza vermede bir takdir alanı tanımamak adına da suç karşılığında, alt ve/ veya üst sınırları olmayan, tek tip cezalar öngörüldü.

Cezaların tek tip olması, hakimlerin “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesini belki de zorunlu olarak uygulamaya itti. Suçun karşılığında öngörülen cezaların ağır bulunduğu ama kanun gereği da indirilemediği zamanlarda hakimler, aslında ceza alması gereken bazı kimseleri, kural ihlali yapmamak için beraat kararıyla sonuçlandırmak durumunda kaldılar⁵⁸⁰; yani grinin olmadığı yerde siyah yerine beyazı tercih ettiler.

Fransa’da 1810 yılında yapılan kanunla, daha esnek bir tavır göze çarpmakta, aşağı- yukarı sınırı olan bir sistemin benimsendiği görülmektedir⁵⁸¹. Devamında da

⁵⁷⁷ Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, s. 165.

⁵⁷⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, s. 624.

⁵⁷⁹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 624.

⁵⁸⁰ Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m. 62)”, s. 59.

⁵⁸¹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 624.

sadece bazı suçlar için bile olsa takdiri indirim sebepleri kabul edilmiş ancak zamanla bu kurum tüm suçları kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁵⁸². Sonraki aşamada da her suç için takdiren indirim yapabilen hakime, hangi hallerde indirim yapabileceğiyle ilgili sınırlamalar getirilerek⁵⁸³, kanunilik ilkesinin uygulanması ve belirlilik sağlandı.

Fransız ceza uygulamasında, takdiri indirim sebeplerinin, sadece indirim sebebi olarak değil, suçun hukuki niteliğini değiştiren bir durum yarattığı bir dönem olmuştur; takdiri indirim sebepleri söz konusu olduğunda, daha hafif olan cezanın uygulanması söz konusu olmaktadır; söz gelimi kabahat olan eylem cünhaya dönüşebilmekteydi⁵⁸⁴.

Mevcut Fransız Ceza Kanunu'na⁵⁸⁵ göre mahkeme tarafından verilen bütün cezalar bireyselleştirilmelidir; kanunda belirlenen sınırlar içinde, mahkeme, Fransız Ceza Kanunu m. 130-1'de belirtilen cezanın amaç ve işlevlerine uygun olarak, suçun işleniş şekline, failin kişiliğine ve maddi, ailevi ve sosyal şartlarına göre verilen cezaların niteliğini, miktarını ve infaz rejimini belirler (m. 132-1). Kanunda cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin hükümler m. 132-24 ila m. 132-70'de⁵⁸⁶ detaylı olarak düzenlenmektedir.

2.3.7. Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenleri 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesinde yer almaktaydı. Buna göre *“kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemeye her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse”* cezada indirim yapılacaktır. Daha sonra kanun değişikliği ile indirim oranı azaltılsa da takdiri indirim hükmüne hep yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, takdiri indirim nedenlerini m. 62'de düzenlemiştir.

⁵⁸² Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 624; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)”, s. 59.

⁵⁸³ Dönmezer ve Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 625.

⁵⁸⁴ Jale Güral, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme I”, s.17; Şimşek, “Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)”, s. 35.

⁵⁸⁵ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149820/2024-01-28, (E. T. 13.04.2024).

⁵⁸⁶ İlgili hükümlerde, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi cezanın bireyselleştirilmesine yönelik araçlar düzenlenmektedir.

2.3.7.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenleri 765 sayılı TCK'da da düzenlenmekteydi. Buna göre; *“kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir.”* Daha sonra kanun değişikliğiyle indirim oranı azaltılsa da takdiri indirim hükmüne hep yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'da herhangi bir örneklendirme de yapmadan sadece *cezayı hafifletecek takdiri sebepler* ifadesi kullanıldığı için hakimın herhangi bir sebebi indirim aracı olarak kabul edip edemeyeceği tartışılmaktaydı⁵⁸⁷. Doktrinde, sanığın suçu işledikten sonra veya işlemeyen önce etkisi altında olduğu sosyal, psikolojik ve ekonomik durumların takdiri indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabileceği savunulmaktaydı⁵⁸⁸.

Yargıtay mahkemenin bu takdirine müdahale etmemekte⁵⁸⁹ ancak takdir hakkı kullanılırken makul, kanunun amacına aykırı düşmeyecek vicdanları rahatsız etmeyecek bir özellik göstermesine dikkat edilmesini belirtmekteydi⁵⁹⁰.

765 Sayılı TCK döneminde, takdiri indirim nedenlerinin hangi suçlarla alakalı uygulanacağıyla ilgili herhangi bir sınırlama yoktu. Hangi hallerin takdiri indirim sebebi yapılacağı da hakimın takdirine bırakılmakta ancak bu takdir de denetlenmekteydi. Takdiri indirim nedenlerinin, belirli suçların işlenmesi halinde

⁵⁸⁷ Önder, s. 133.

⁵⁸⁸ Surlu, s. 680;

⁵⁸⁹ Önder, s. 133; Surlu, s. 680.

⁵⁹⁰ YCGK, E. 1980/1-335, K. 1980/428, T. 15.12.1980: *“TCK.nun 59. maddesi bir atıfet maddesi değildir. Murakabeye tabidir. Bu maddenin uygulanması mahkemenin takdirine bağlı hususlardan olmakla beraber; bu takdir hakkı kullanılırken gösterilen sebeplerin makul ve makbul olması, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, kanunların esas, maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması, hak ve nesafet kurallarına uygun olarak kullanıldığının açıkça anlaşılması gerekmektedir. Sanığın her türlü insani, medeni ve ahlaki iyi duygulardan tamamen yoksun, toplum için mutlak suretle zararı ve hiçbir sebep ve ihtimal ile uslanması mümkün bulunmayan bir kişi olduğu suçun işleniş tarzı ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu tip sanıklar hakkında, suçlarını ikrarları sebebiyle 59. maddenin uygulanmasında isabet yoktur. Kaldı ki, sanık hazırlık soruşturması sırasında kabul ettiği suçunu, duruşmanın devamı boyunca inkar etmiştir. Böylece mahkemenin (suçun ikrar ettiği) biçimindeki gerekçesi de dosya içeriğine uygun değildir.”*

mutlaka uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay, ceza adaletsizliğinin önüne geçebilmek adına, takdiri indirimin uygulanmadığı bazı durumlarda, bunu bir zorunluluk olarak gördüğü ve mutlaka uygulanmasını istediği için bozarak ilk derece mahkemesine geri gönderiyordu. Her ne kadar kanunda böyle bir zorunluluk olmasa da uygulamada süregelen bu durum, hakime tanınan takdir hakkının sınırlandığını göstermektedir. Ancak, cezada adaletin sağlanması bakımından da bunun bir zorunluluk olduğu da doktrinde savunulmuştur⁵⁹¹. Uygulamada, hırsızlık suçundan malın iadesi veya zararın tazmini, zimmette kısmi ödeme yapılması, uyuşturucu kullanımında miktarın az olması, kaçırma evlenme amacı gibi haller söz konusu olduğunda, Yargıtay takdiri indirim yapmayan mahkemenin kararını, takdiri indirimi zorunlu olarak uygulaması için bozma sebebi saymaktaydı. Aslında bu durum, sadece bazı suçlarla ilgili olsa bile, suçların işleniş şekli ve failin suçun işlenmesinden sonraki tutumlarına ilişkin konulardır. Bu sebepleri takdiri indirim sebebi görüp görmemek her somut olayda hakimnin takdirine bırakılmalıydı. Hakimi takdiri indirim uygulamak zorunda bırakmak, hükmün getiriliş amacına aykırıdır.

Kanun koyucu, 765 sayılı TCK m. 59'da, her ne kadar kararın gerekçeli olması gerektiğini belirtmemişse de kararın denetlenebilmesi için gerekçeli olması şartı⁵⁹². 5237 Sayılı TCK, 7406 Sayılı kanun değişikliği öncesinde, kararın gerekçeli olması şartını aramamaktaydı; buna rağmen genel olarak mahkemelerin kararının gerekçeli olması gerektiği için böyle bir gereklilik de yoktu. 5237 sayılı TCK, mevcut haliyle kararların gerekçeli olması gerektiğini m. 62'de belirtmişse de bu düzenlemenin uygulamada herhangi bir farklılık yaratması beklenmemektedir.

Somut olayda takdiri hafifletici neden olarak uygulanabilecek birden fazla durum bulunsa bile bunların her biri için ayrı ayrı m. 59' un uygulanması mümkün değildi⁵⁹³. Her sebep kararda belirtilmek suretiyle bir defa takdiren ceza indirimi yapılması gerektiği kabul edilmekteydi. Çifte değerlendirme yasağı, m. 59 bakımından da geçerli olup, kanunda başka bir indirim sebebi olarak gösterilen bir husus ayrıca takdiri indirim sebebi olarak uygulanamazdı.

⁵⁹¹ Surlu, s. 691.

⁵⁹² Önder, s. 133.

⁵⁹³ Önder, s. 133; Surlu, s. 688.

2.3.7.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri

5237 sayılı TCK, takdiri indirim nedenlerini m. 62’de düzenlemiştir. 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 altıda birine kadar indirilir. 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.”*(m. 62).

7406⁵⁹⁴ Sayılı kanun değişikliğinden önce hüküm şu şekildeydi: *“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 kadar indirilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”*

Kanun, ilk düzenlendiği haliyle, ilgili maddede sınırlı sayma sistemini kabul etmemiş, hakim alanını genişletmek için, “gibi hususlar” demek suretiyle gerekçeli olmak üzere, başka sebeplerin de takdiren indirim yapılması sonucunu doğurmasına cevaz vermişti. 27.5.2022 tarih ve 31848 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 12.5.2022 tarihinde kabul edilen 7406 sayılı Kanunun birinci maddesi “gibi hususlar” ifadesini kanun metninden çıkarmıştır. Kanunda yapılan diğer değişikliklere de aşağıda değinilecektir.

Takdiri indirim sebeplerinin sınırlı olarak sayılmaması karşısında, hakim bu konuda sınırsız bir takdir hakkına sahip olup olmadığı tartışma konusuydu. Ancak hakim takdir yetkisinin sınırlandırılmamasına ilişkin İBK’na⁵⁹⁵ dayanılarak,

⁵⁹⁴ Türk Ceza Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, KT. Kabul Tarihi: 12 Mayıs 2022, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Mayıs 2022 - S: 31848.

⁵⁹⁵ 07.06.1976 gün ve 3-4 Sayılı İBK.

Yargıtay, kararlarında bu hususu açıkça vurgulayarak; kanun koyucunun, takdiri indirim hükmünün uygulanması konusunda uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme olanağı bulunmayan çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında indirim nedenlerini kısıtlamaktan özenle kaçındığını belirtmekte ve kendisi de hakimın takdir yetkisini kısıtlamama yönünde kararlar vermiştir; ancak bu yetkinin sınırsız olmayacağı da kararlarda ayrıca belirtilmek suretiyle, kararlarn mutlaka gerekçeli olması gerektiği de sıklıkla belirtilmekteydi⁵⁹⁶. Ancak, kanun koyucu, hükmün fazla geniş yorumlandığını ve taksir hakkının sınırının çizilmesi gerektiğini düşünmüş olacak ki “gibi hususlar” ifadesini metinden çıkararak sınırlı bazı sebeplerin indirim sebebi sayılmasını kabul etmiştir.

2.3.7.2.1. Kanunda Sayılan Nedenler

2.3.7.2.1.1. Failin Geçmişi

Maddi ceza hukukunda, failin kusurluluğu belirlenirken, suç işleme anındaki kusur durumu değerlendirilir⁵⁹⁷. Bu bağlamda failin geçmişinin cezaya etki edebilmesi için, bu hususun ayrıca kanunda belirtilmesi gerekir. Nitekim TCK m. 62’de, failin geçmişinin takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu husus, kanunun ilk tasarısında cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulacak hususlardan biriydi⁵⁹⁸, ancak daha sonra kanunlaşan metinde, failin geçmişi, m. 62 kapsamında temel ceza belirlenirken değil, son aşamada takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda göz önünde bulundurulacak kriterlerden biri olmuştur. Bu sebeptir ki failin geçmişi sadece lehe olarak göz önünde bulundurulabilir⁵⁹⁹.

Failin geçmişi ifadesinden anlaşılması gereken, sadece suçluluğa ilişkin olgular yani failin daha önceden herhangi bir suç işlemiş olmaması değildir. Ancak

⁵⁹⁶ Y. 1.CD, E. 2019/276, K. 2019/2150, T. 9.4.2019.

⁵⁹⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 720.

⁵⁹⁸ Hükümet Tasarısında bir suça ilişkin cezanın belirlenmesinde aynı neden birkaç defa dikkate alınabilecek şekilde düzenleme yapılmıştır. Örneğin temel cezanın belirlenmesinde, başka nedenlerin yanı sıra, “failin geçmişi” de dikkate alınacak şekilde düzenleme yapılmış, ancak, bu nedenin takdire bağlı hafifletici nedenler çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında da dikkate alınması gerekeceği için, kanunlaşırken, bu husus sadece m. 62’ye alınmıştır; (bkz. Adalet Komisyonu Raporu.)

⁵⁹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 605; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, **Genel Hükümler**, s. 736; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 2053.

en yaygın olan husus budur⁶⁰⁰. Elbette, failin daha önceden suç işlememiş olması cezanın takdiren indirilmesi bakımından değerlendirilmesi gereken bir husustur⁶⁰¹. Fail daha önceden suç işlemişse, işlemiş olduğu suçlar arasında benzerlikler mevcutsa⁶⁰², bu fail hakkında takdiri indirim uygulamak doğru olmayabilir. Bu husus failin kişiliği ve suça meyline ilişkin fikir edinilmesini sağlar. Bunun dışında, failin kamuya faydalı işler yapmış biri olması⁶⁰³ felaket hallerinde sunulan katkı⁶⁰⁴, hayır işlerine katılmış olma⁶⁰⁵ gibi durumlar da takdiri indirim sebebi sayılabilir.

Failin geçmişi kapsamında, yetiştirildiği kültürün yansımaları da gösterilebilir ancak bu durumun cezanın indirilmesine sebep olup olmayacağının doğru değerlendirilmesi gerekir. Ganalı olan ve Gana’da yaygın olarak eğitimde şiddetin kullanılmasından dolayı bu şiddetle büyüyen failin, Almanya’da eğitim amaçlı şiddet uyguladığı çocuğu öldürmesiyle sonuçlanan olayda, ilk derece mahkemesi kişinin yabancı olması ve mensup olduğu kültürü değerlendirerek bu durumu, cezanın indirilmesi sebebi olarak görmüştür. Ancak Alman Federal Mahkemesi bu kişinin uzun zamandır Almanya’da yaşıyor olmasından dolayı buradaki hukuk sistemini bilmiyor olmasını ve failin geçmişinin ve yetiştirildiği kültürün sanığın lehine değerlendirilmesini ve bu durumun indirime gerekçe gösterilmesini haklı olarak hukuka aykırı bulmuştur⁶⁰⁶.

Fail, daha önce suç işlemişse mahkeme, takdiri indirim sebepleri uygulama konusunda tereddüte düşebilir. Alman hukukunda failin geçmişi, cezanın belirlenmesi bakımından sayılan kriterlerden biri olması sebebiyle lehe ya da aleyhe bir değerlendirme yapılabilir. Yani failin sabıkasının olması, cezanın üst sınırdan verilmesine olanak sağlayabilir. Ancak TCK’da, bu kriter takdiri indirimin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin olduğundan sadece failin geçmişindeki lehe hususlar

⁶⁰⁰ Apiş, s. 187; Carissa Byrne Hessick, “Why Are You Onlu Bad Acts Good Sentencing Factors?”, Boston University Law Review, C. 88, 2008, (Elektronik Kopya, E.T: 11.05.2023), s. 3.

⁶⁰¹ Y. 9.CD, E. 2022/13699, K. 2023/42, T. 10.1.2023; “...sanığın sabıkasız oluşu ve soruşturma aşamasındaki ifadeleri ile yargılamaya katkısının olması nedeniyle, yargılama sürecindeki olumlu hali lehine takdiri hafifletici neden kabul edilerek cezasından TCK’nın 62/1 maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak...”

⁶⁰² Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 738.

⁶⁰³ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 736.

⁶⁰⁴ Centel, Zafer ve Çakmut; s. 605.

⁶⁰⁵ Hessick, s. 3.

⁶⁰⁶ BGH NStZ 2011, 512.

değerlendirilir. Ancak tek başına, eskiden suç işlenmemiş olması, indirim yapma zorunluluğu gerektirmez⁶⁰⁷. Mahkemenin, bu durumun fail bakımından olumlu bir sonuç çıkarılabilecek bir veri olarak görmesi gerekir⁶⁰⁸. Aynı şekilde sabıkanın varlığı da tek başına indirim yapılmamasını gerektirmemelidir. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme olmamakla beraber, sabıkanın bulunması, mahkemeye failin kişiliğine ilişkin fikir verebilir. Önceki suç ve mevcut suç arasında benzerliğin veya kronolojik bir bağın⁶⁰⁹ olması, çıkar karşılığı benzer suçların işlendiği kanaatinin hasıl olması, geçmişin bugünkü yargılamada indirim uygulanmamasına tesirinden söz edilir⁶¹⁰. Kişinin önceki mahkumiyetinin, cezanın artırılmasında rol oynayıp oynamayacağı da tartışılmış ancak, bu durumun artırım sebebi sayılması için yeterli argümanın bulunmaması sebebiyle, bu görüş taraftar bulamamıştır⁶¹¹. Önceki mahkumiyet hukuk sistemimizde sadece tekerrür bakımından cezaya tesir eden bir sebep oluşturabilir; ancak bu durumda da cezanın artırılması değil⁶¹², infazın ağırlaştırılması gibi bir sonuç söz konusu olur. Fail bakımından tekerrür hükümlerinin uygulanabilecek olmasının da tek başına takdiri indirimin uygulanmaması sonucunu doğurmayacağının kabulü gerekir.

Özellikle tesadüfi suçluluk söz konusu olduğunda, failin geçmişinde işlenmiş bir suç olmasına rağmen, bu durum kötücül bir profil çizdiğini göstermez. Olağanüstü durumlar, beklenmedik şekilde kişiyi suç işlemeye itmişse, bu kişinin sabıkalı olması cezada yapılabilecek indirime engel olmamalıdır⁶¹³. Benzer şekilde, taksirle işlenen bir suç da failin bugün alacağı cezanın takdirenden indirilmesinin önünde bir engel olmamalıdır⁶¹⁴. Her somut olayda hakimın sabıkanın varlığını ve yokluğunu doğru bir şekilde değerlendirip, karar vermesi gerekir. Ehliyetsiz araç kullanarak

⁶⁰⁷ Özбек ve diğerleri, s. 724; Yargıtay kararlarında, sabıkanın varlığı halinde takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğini belirtmektedir.

⁶⁰⁸ Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 736.

⁶⁰⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 287.

⁶¹⁰ Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 736; Artuk ve Gökçen, s. 982.

⁶¹¹ Hessick, s.3.

⁶¹² Tekerrürün düzenlendiği TCK m. 58' göre: "*Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez. Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur. Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.*"

⁶¹³ Baumann, s. 663.

⁶¹⁴ Koca ve Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 736.

yapmış olduğu trafik kazası sonucu kişilerin ölümüne ya da yaralanmasına sebep olan sanık hakkında Yargıtay, önceden trafik kazası yapmamış olmasını takdiri indirim açısından göz önünde bulundurmamış ancak, sanığın yaralıya yardım etmesini indirim sebebi saymıştır⁶¹⁵. Alman uygulamasında, uzun yıllardır araç kullanıp ilk defa kaza yapan sanık hakkında takdiri indirim sebepleri uygulanmaktadır⁶¹⁶.

Failin geçmişı bakımından, daha önceden suç işlemiş olmasından kastedilen, hakkında verilmiş bir kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunmasıdır. Ancak, kişi hakkında mahkumiyet dışında bir karar verilmiş olması veya yargılamanın devam ediyor olması durumunda, bu husus takdiri indirimin uygulanmaması gerekçesi olabilir. Nitekim bu husus, suç işlemeye meylinin olup olmaması yönünden temel ceza belirlenirken de göz önünde bulundurulmaktadır⁶¹⁷. Cezanın belirlenmesi bakımından, henüz tamamlanmamış yargılamaların göz önünde bulundurulmasının masumiyet ilkesini ihlal ettiğini söylemek de güçtür⁶¹⁸. Bu veriler, mahkemenin takdirinde olan bir hususu değerlendirirken dikkate almasını sağlar. Dikkate alıp almamak da yine mahkemenin takdirindedir. Mahkeme, sanığın geçmişte işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı yargılandığı bilgisi ile takdir hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Önemli olan bu hususun gerekçelendirilmesidir. Takdir hakkının kullanılmaması, önceki eylemin failin sonraki eyleminden sorumluluğu konusunda mahkemenin bir sonuca varmasına yardımcı olur⁶¹⁹.

Mahkemenin, takdiri indirim nedenlerini uygulamayacağını belirtmesinden sonra, sanığın sabıkasız olduğu gerekçesiyle cezada indirim yapması halinde takdiri indirimin uygulandığı ancak karar ve gerekçenin çelişkili olduğu söylenebilir; bu durum bozma sebebi sayılabilir⁶²⁰. Faile yönelik ceza yargılamasında ise

⁶¹⁵ Y. 9.CD, T. 09.12.1981 (Aktaran; Özbek ve diğerleri, s. 724.)

⁶¹⁶ Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, München 2004, m. 46, par.37a; Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 736.

⁶¹⁷ Apiş, s. 188.

⁶¹⁸ Apiş, s. 188.

⁶¹⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, m. 188.

⁶²⁰ Y. 2CD, E. 2020/27225, K. 2022/6522, T. 4.4.2022: “verilen kararın gerekçe kısmında sanık hakkında takdiri indirim yapılmaması gerektiğinin belirtilmesine ve kısa karar ile hüküm fıkrasında sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 142/2-b maddesi gereğince 5 yıl hapis cezasına hükmedildikten sonra takdirin gerekçesi de açıklanarak 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesine karşın, dosya ile ilgisi olmayan açıklama ve

tasarlayarak öldürme hâli söz konusu olmasına karşın bu durumun dikkate alınmadığını, verilen cezanın orantısız, yapılan ceza indirimlerinin de haksız olduğunu belirterek adil yargılanma, etkili başvuru ve yaşam haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Kişinin sabıkalı olmaması, takdiri indirimin uygulanabilmesi açısından önemli bir veridir ve bu durumda takdiri indirimin uygulanmamış olması bozma sebebi sayılabilir. Tam tersi şekilde, kişinin adli sicil kaydında birden fazla suç kaydının olması, işlenmiş suçların ağırlığı, kasten mi taksirle mi işlenmiş olduğu gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, mahkeme takdirini, indirimin uygulanmaması yönünde kullanabilir⁶²¹, hatta mahkemece takdir hakkını kullanarak cezada indirim yapılması hukuka aykırı olacaktır.

Alman CK m. 46 hükmü, m. 49'un yollamasıyla TCK m. 61 ve 2'yi kapsayan bir düzenlemedir. Bu hükümde; failin eylemden sonraki davranışları, zararı tazmin edip etmediği, zihniyeti gibi hususlar değerlendirilerek ceza belirlenmektedir (Alman CK m. 46). Hüküm, bu haliyle, failin karakter özelliklerinin ve eylemin dışında kalan davranışlarının cezanın belirlenmesi aşamasında etkili olmasına sebep olmaktadır⁶²² ve bu husus indirimin sınırını genişletir niteliktedir.

TCK m. 62' de failin geçmişi ve sosyal ilişkileri takdiri indirim sebebi olarak sayılmıştır ancak dikkat edilmelidir ki; TCK, failin kişilik özelliklerini cezanın belirlenmesi aşamasında değil, sonuç ceza belirlendikten sonraki bireyselleştirme aşamasında dikkate almaktadır. Bu durum, TCK'nın karakter kusurunu esas aldığı şeklinde yorumlanamaz⁶²³; nitekim fiilin esas alındığı çokça gerekçeden sonra failin kişiliğinin değerlendirmeye alınıp cezaya etki ettiği bir alan olması sebebiyle ayrı değerlendirilmelidir.

gerekçe ile hükmün devamında "Sanığın sabıkasız oluşu, idarenin zararını karşılaması lehine değerlendirilerek sanık hakkında verilen ceza 5237 sayılı Yasa'nın 62. maddesi gereğince takdiren 1/6 oranında indirilerek sanığın 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına" şeklinde karar verilmek suretiyle infazda tereddüde yol açacak biçimde çelişkiye neden olunması..."

⁶²¹ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1418.

⁶²² Meraklı, **Kusur**, s. 81.

⁶²³ Meraklı, **Kusur**, s. 82.

Failin kötü bir karaktere sahip olması, sözgelimi ırkçı olması⁶²⁴, failin geçmişinde indirimi engelleyen bir neden olduğu söylenemez. Bu husus ancak, failin geçmişinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir husus olabilir.

2.3.7.2.1.2. Failin Sosyal İlişkileri

TCK m. 62’de, takdiri indirim sebebi olarak, failin sosyal ilişkilerinin değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu husus, failin diğer insanlarla olan münasebeti, toplumla olan bağıyla ilgili bir husus olup, olumlu bir veri oluşturma halinde cezanın indirilmesi sebebi olabilir. Kişinin ailesiyle ya da yakın çevresiyle iyi geçinebiliyor olması⁶²⁵, eğitim düzeyi veya mesleği gibi hususlar bu değerlendirmede göz önünde bulundurulabilir. Bu durumun Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünebilir. Nitekim 765 Sayılı TCK döneminde bu konu Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. 765 Sayılı TCK’da failin sosyal durumu ve şahsi durumu, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterlerden biriydi, ayrıca takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmiyordu. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine aykırılık iddiasını değerlendirirken⁶²⁶, eşitlik ilkesinin, bir eylemin herkes için suç

⁶²⁴ Apış, s. 191.

⁶²⁵ Koruculu, s. 339.

⁶²⁶ AYM, E: 1994/92, K: 1995/14, RG: 23071, T: 20.6.1995; “Başvuru kararındaki Anayasa’ya aykırılık gerekçesi şöyledir: “TCK’nun 29. maddesi son bendinde aynen şöyle denilmektedir: “Hakim iki sınır arasında temel cezayı, ... şahsi ve sosyal durumu ... gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler ...”. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Türk Ceza Yasası’nın 29. maddesinin son fıkrasındaki temel cezanın yargıç tarafından belirlenmesine ilişkin olarak yargıcın takdir hakkını düzenleyen ögeler arasında yer alan, sanığın şahsi ve sosyal durumunun gözönünde tutulmasını öngören kuralın Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür. İtiraz konusu kural, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılığı yönünden incelenirken Anayasa’nın ceza ile ilgili ilkeleri yönünden de irdelenmesi gerekir. Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, suç ve cezanın yasallığı ilkesi düzenlenmiştir. Suç ve cezaların mutlaka yasa tarafından belirlenmesi ilkesi bir anlamda yasaların genelliği ve eşitliği ilkesini de içermektedir. Zira suçun ve cezanın yasada açıkça belirlenmesi, yasada belirlenen bir eylemin yurdun her yerinde ve herkes için suç sayılması ve bu eylem için öngörülen cezanın herkes için mutlak olarak uygulanması anlamındadır. Yasa’da cezanın alt ve üst sınırlarının belirlendiği durumlarda hakim bu iki sınır arasında kimi hususları gözönünde bulundurarak temel cezayı saptamasının aynı suçu işleyenler arasında farklı cezalar uygulanması sonucunu doğurup doğurmayacağı ve bu farklılığın Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi karşısındaki durumu, sorunun temelini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin pekçok 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

sayılması ve buna ilişkin kuralın herkese uygulanması anlamına geldiğini, herkesin her yönden aynı kurallara tabi olmasının gerekmediğini söyleyerek, bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Gerçekten de takdiri indirim olarak göz önünde bulundurulacak bir husus, cezanın bireyselleştirilmesine hizmet ettiğine göre, herkes için aynı olamaz. Kaldı ki, mahkemenin takdiren bu durumu değerlendirmeye değer bulup bulmaması önemlidir. Sözgelimi, bir doktor her durumda, ilkokul mezunu olmayan birine göre, cezada takdiren indirim yapılmasını gerektiren bir hal içinde olmayabilir. Aynı şekilde kişinin kötü bir yaşam tarzının olması da cezada indirimi engelleyen bir durum olması her durumda haklılık içermez⁶²⁷. Veyahut ekonomik durumu iyi olan bir kimsenin sahip olduğu servet, ekonomik suçlar bakımından suçluluğunu artırıcı bir etki gösterebilir⁶²⁸ ve indirim sebebi olmayacağı değerlendirilebilir. Alman mahkemelerine göre; failin genel yaşam tarzının bir parçasını oluşturan koşullar, ancak hükme konu suçla bir bağlantı içindeyse ve bu durum failin eyleminin haksızlık içeriğini artırıyorsa kendisine atfedilebilir. Aksi durumda, mahkeme varsayımlar üzerinden, faili, cezayı takdiren indirebileceği bir gerekçeyi mahkemeye sunmaması dolayısıyla cezalandırmış olur⁶²⁹.

Somut olayın özellikleri hüküm uygulama alanını belirlemekte kanımca bu husus eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Failin sosyal ilişkilerinin, eşitlik ilkesine aykırı olarak uygulanıp uygulanmayacağı tamamen hakime bağlıdır. Hakim, eşitlik ilkesine aykırı hareket etmek istemiyorsa, takdiri indirim uygularken bu gibi nedenleri suçun özel önleme amacı doğrultusunda değerlendirmesi gerekir⁶³⁰.

Sosyal ilişkiler failin suça eğiliminin değerlendirilmesi konusunda hakime yol gösterir veya failin haksızlık bilincinin güçlü olup olmadığının değerlendirilebilmesini sağlar⁶³¹.

durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olamaz. Temel cezanın yargıç tarafından saptanmasında gözönünde bulundurulması gereken hususlar, cezadan beklenen amaca ulaşmak bakımından önem taşır..."

⁶²⁷ Baumann, s. 663.

⁶²⁸ Baumann, s. 661.

⁶²⁹ BGH, -4Str 288/13, T. 13.08.2013.

⁶³⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s.606; Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1419.

⁶³¹ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1419.

2.3.7.2.1.3. Failin Fiilden Sonraki “Pişmanlığını Gösteren” Davranışları

TCK m. 62’de, suç işleyen ve yargılanan kişinin fiilden sonraki “pişmanlığını gösteren” davranışlarının takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. 7406 Sayılı kanun ile değişmeden önce, bu husus *failin fiilden sonraki davranışları* olarak ifade edilmişti. Aslında suç işlendikten sonraki tavır ve davranışlar, henüz netice gerçekleşmediyse gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde dikkate alınabilir; suç tamamlandıktan sonra da özel hükümlerde düzenlemenin olduğu durumlarda etkin pişmanlık sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir. Ancak, failin kusurunu azaltan ya da kaldıran bir husus değildir⁶³². Ancak bu husus kusura değilse de cezaya etki eden bir sebep olarak değerlendirilip, cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılabilir. Failin davranışları, pişmanlığı veya kayıtsızlığı, suça ilişkin bakış açısının hakimde bir izlenim oluşturabilir⁶³³. Aynı şekilde kişinin nedensiz yere suç işlemesi indirim uygulanmamasını gerektirir⁶³⁴.

TCK m. 62’nin 7406 Sayılı Kanun ile değiştirilmesi ile metne eklenen “*pişmanlığını gösteren*” ifadesinin eklenmesi, hakimin takdir yetkisinin kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

Pişmanlığın gösterilmesi sadece şekli bir tutumdan ibaret olabilir. Bu sebeptendir ki sanığın pişman olduğunu beyan etmesi, samimi bir pişmanlığı ifade etmiyorsa indirim sebebi sayılmamalıdır. Pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi de gerekmez. Failin davranışlarının hakime, pişman olduğu şeklinde yansımaları yeterlidir. Suçun tamamlanmasının ardından, failin delillerin ortaya çıkmasına yardım niteliğindeki söylem ve hareketleri, mağdurun zararını giderme⁶³⁵ veya azaltma⁶³⁶ çabaları, sözgelimi hastanede olan mağduru ziyaret ederek yardımcı olmaya çalışması gibi davranışlar indirim sebebi sayılabilir.

⁶³² Apiş, s. 194.

⁶³³ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1419.

⁶³⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 607.

⁶³⁵ Koruculu, s. 340.

⁶³⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 607.

2.3.7.2.1.4. Failin Yargılama Sürecindeki “Pişmanlığını Gösteren” Davranışları

TCK m. 62’de, suç işleyen ve yargılanan kişinin yargılama sürecindeki “pişmanlığını gösteren” davranışlarının da takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Failin pişmanlığı samimiye bu bunun takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmesinde bir sakınca yoktur.

Faili işlemiş olduğu suç dolayısıyla cezalandırırken işlenen fiille orantılı bir ceza verilmesi önemli bir husustur. Cezanın bireye uydurulması bakımından bu orantının sağlanması faile ilişkin bir takım değerlendirmelerin de ceza belirlenirken kullanılmasını gerektirir. Bu değerlendirmeler yapılırken hakim esnek davranabileceği alan ne kadar esnek olursa, iyi bir uygulamayla daha adil cezaların verilmesi sağlanabilir. Örneğin, İngiltere’de cezalandırma politikasının temelini, sanığa hak edilen cezayı verme politikası oluşturmakta ancak bu husus, takdiri indirimin uygulanmasını ya da benzeri cezalandırılmaya müdahale yöntemlerinin yaygınlaşmasına engel olmaktadır. Bu sebeple İngiltere’de de cezanın belirlenmesi konusunda daha esnek davranılması görüşü gelişmektedir⁶³⁷.

Mahkemeler suçun ikrar edilmesini faili daha ılımlı bir şekilde cezalandırma eğilimindedirler çünkü suçunu kabul eden failin hatasının farkında olduğu dolayısıyla topluma daha erken adapte olabileceği şeklinde yorumlanmaktadır⁶³⁸. Bu tutum, sanığın mahkemeye yardımcı olması olarak anlaşılır ve indirim sebebi olduğu söylenebilir⁶³⁹. Ancak sanığın, ceza muhakemesi sisteminde mahkemeye yardımcı olma yükümlülüğü olmadığına dikkat etmek gerekir⁶⁴⁰. Yani sanık suçunu ikrar etmese bile, mahkeme zaten suçluluğu araştırıp tespit etmesi gereken bir pozisyonadadır. Kaldı ki suçunu ikrar eden sanık, bunu samimiyetle değil, zaten cezalandırılacağını anladığı için, mahkemenin gözünü boyamak için de yapmış olabilir. Bu sebeple değerlendirmenin doğru yapılması önemlidir.

⁶³⁷ Ralph Henha, “Sentencing Policy, Social Values and Discretionary Justice”, Oxford Journal of Legal Studies, 2022, Vol. 42, (1093- 1117), s. 1093.

⁶³⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 607.

⁶³⁹ Y. 6.CD, 2057/5989, T. 24.4.2022, “Suçunu samimi olarak ikrar eden ve lehe hükümlerin tatbikini isteyen sanığa TCK.62’deki “geçmiş, sosyal ilişkileri, filden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları gibi hususları tartışmadan takdiri indirim yapılmaması yasaya aykırıdır.”

⁶⁴⁰ Baumann, s. 663.

Suçun pasif kalınarak sözgelimi susma hakkını kullanarak ikrarından kaçınılması, hatta aktif bir şekilde yalan söyleyerek inkar edilmesi tek başına indirimin uygulanmamasına⁶⁴¹ sebep olmamalıdır. Susma hakkı, savunma hakkı kapsamında kalan anayasal⁶⁴² bir haktır ve susma hakkının kullanılmasına olumsuz sonuçlar bağlanması bu hakkın kullanılmasına engel teşkil eder, savunma hakkını kısıtlar⁶⁴³. Susmanın, takdiri indirimin uygulanmaması sebebi oluşturması bu bakımdan savunma hakkının kısıtlanması sebebiyle hukuka aykırı olacaktır. Mahkemenin takdir hakkını kullanıp kullanmama konusunda özgür olması, savunma hakkını kısıtlayabileceği şeklinde geniş de yorumlanmamalıdır. Ancak suçluluğun inkar edilmesi, susma hakkını kullanmak suretiyle değil de yargılamayı yanlış yönlendirecek şekilde yalan tanık veya sahte delillerle desteklenmişse, bu durum anlaşıldığında, indirimin uygulanmamasının gerekçesi olabilir. Alman Federal Mahkemesi, suçun hüküm verildikten sonra dahi ısrarla inkar edilmesini takdiri indirim bakımından tek başına sanığın aleyhine bir durum yaratmadığını belirterek; ancak sanığın çok ciddi bir hukuka aykırı tavır ya da tehlikeli davranış içinde bulunması halinde bunu indirimin uygulanmama sebebi kabul edebileceğine dikkat çekmiştir⁶⁴⁴.

Suçluluk konusunda hiçbir mahcubiyet göstermemesi ya da suçlu olduğuna dair hüküm hukuken bağlayıcı hale geldikten sonra suçu inkar etmeye devam etmesi, inkar eden sanığın aleyhine kullanılmamalıdır. Farklı bir değerlendirmeye ancak sanığın savunmasında suçun niteliği ve failin kişiliği dikkate alındığında özellikle hukuka aykırı ve tehlikeli bir davranış sergilemesi halinde izin verilebilir.

Failin duruşma sırasındaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz (m. 62/ 2). Bu hüküm TCK'ya 7406 Sayılı Kanun değişikliğiyle eklenmiştir.

⁶⁴¹ Baumann; s. 663; "Savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken suçu inkâra yönelik beyanların, sanığın pişman olmadığını gösteren bir beyan olarak kabul edilerek takdiri indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırıdır." Y. 3. CD, K: 2023/2906, T: 10.05.2023.

⁶⁴² AY m. 38'e göre; "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Y. 3. CD, K: 2023/2906, T: 10.05.2023.

⁶⁴³ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 607-608.

⁶⁴⁴ BGH, 1Str 589/13, T. 29.01.2014.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmamasıyla ilgili en temel tartışma, hükmün var olduğu zamandan beri, uygulamadaki aksaklıklar dolayısıyla olmuştur. Kötü uygulamalar, hükmün varlığının sorgulanmasına, gereksiz olduğuyla ilgili tartışmalar yapılmasına sebep olmuştur. Bu durumun çözümünün de kanun değişikliği yapılması olduğu sanılmıştır. Oysa kanun değişikliğine rağmen kötü uygulamaların devam etmeyeceğinin bir garantisi yoktur. Hakime, cezanın somut belirlenmesinin ardından somut olaya göre, cezayı bireye ve olaya uydurabilmek için takdiren indirim hakkı tanındıktan sonra, bu hakkın kullanılmasının kanun hükmüyle sınırlandırılması takdir hakkının özüyle uyuşmamaktadır. Bu sebeptendir ki failin duruşma sırasındaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şeklî tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağı biçiminde bir sınırlama yapılması yersiz bir müdahaledir. Takdir hakkını kullanacak olan mahkeme, hangi durumu, indirim sebebi olarak göreceğine kendisi karar vermelidir. Cezanın bireyselleştirilmesi, her somut olay açısından farklı bir denklem yaratır ve bu denklemi çözecek olan mahkemedir.

Hükme yönelik önemli tartışmalardan biri de kamuoyunda sıklıkla gündeme gelen bazı suçlarla ilgili olarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının yasaklanmasıdır.

Sanığın dosyaya yansımayan duruşmadan kaçma girişimine dayanılarak⁶⁴⁵, susma hakkını kullanarak siyasi bir tutum sergilediğinden bahisle⁶⁴⁶, pişman olmadığını gerekçe gösterildiğinde, neye dayanılarak pişman olmadığının anlaşıldığı belirtilmeksizin⁶⁴⁷, ikrarda bulunduktan sonra bu ikrarından dönmesi⁶⁴⁸ gibi

⁶⁴⁵ “...sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri konusunda mahkemede oluşan kanaate göre takdiri indirim uygulanıp uygulanmayacağına karar verildiğinde tartışılması gerekirken, duruşmalardan kaçtığına dair duruşma tutanaklarına yansıyan olumsuz bir tutumu bulunmayan sanık hakkında duruşmalardan kaçtığından şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması hatalıdır.” Y. 11.CD, E. 2021/13098, K. 2022/20359, T. 13.12.2022.

⁶⁴⁶ “Ancak; CYY.sı 147.maddesinde tanınan susma hakkı kullanan sanık hakkında, “... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ...” biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması;” Y. 4. CD, E. 2008/10723, K. 2008/21522, T. 2.12.2008.

⁶⁴⁷ “...ayrıca dosyaya olumsuz kişiliği yansım, ayan ve talimat yoluyla savunması alınan sanık hakkında, ne şekilde pişmanlık göstermediği ve hangi gerekçe ile tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaate varılmadığı hususları tartışılmadan, yasal olmayan ve yetersiz gerekçe ile ertelemeye yer olmadığına ve sanık hakkında verilen cezada TCK’nun 62/1. maddesi uyarınca takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...” Y. 7.CD, E. 2021/6773, K. 2021/17861T. 20.12.2021.

sebeplerle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını Yargıtay hukuka aykırı bulmuş ve bozma kararı vermiştir.

2.3.7.2.1.5.Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Etkileri

TCK m. 62'ye göre verilecek cezanın, suç işleyen kişinin gelecek hayatına etki edebileceği, bu etkinin değerlendirilerek indirim sebebi kabul edilebileceği de hüküm altına alınmıştır. Bir kimsenin hapis cezası alması, her durumda kişinin geleceği üzerinde olumsuz bir etki yaratacaktır. Failin suçtan önce ve suç dolayısıyla kendisine verilen cezanın infazından sonraki yaşamı arasında oluşacak muhtemel değişiklikler⁶⁴⁹ dikkate alınmak suretiyle, bu durum indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, mahkemenin değerlendirmesi sonucunda, verilecek cezanın failin geleceğini olumsuz etkileyecek olması ve bu olumsuz etkinin cezada indirim yapılmak suretiyle, en azından azaltılabilme ihtimalinin varlığıdır⁶⁵⁰. Her suçun zaten geleceği etkileyecek olması sebebiyle, takdiri indirim sonucu verilecek daha az cezanın bu etkiyi azaltma ihtimalinin olmaması halinde bu gerekçeyle takdiri indirim uygulanmamalıdır. Yargıtay kararlarında, suçun olası etkileri denmek suretiyle takdiri indirim uygulanmakta ancak bu etkinin ne olduğu ya da takdiri indirim uygulanmasının bu etkiyi en azından azalttığına ilişkin yeterli gerekçe sunmadan karar verdiği görülmektedir. Kadın sanığın gebe olması⁶⁵¹, sanığın öğrenci olması veya bir sınava hazırlanıyor olması⁶⁵² gibi nedenler, cezanın failin geleceğini etkileyebileceğini göstermektedir. Benzer durumlar söz konusu olduğunda

⁶⁴⁸ “Sanık ile ilgili olarak, TCK'nın 62/2. maddesinde 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 gözetilerek, bilahare ikrarından dönmesi nedeniyle hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına yasal olanak bulunmayan ancak suçun sübutu ve vasfının tayini açısından ikrarı delil kabul edilen sanık hakkında istikrar kazanmış uygulamalar ve hakkaniyet gereği olarak TCK'nın 62. maddesinin uygulanması lüzumu bozma nedenidir. Sanıkların temyiz aşamasında gönderdikleri dilekçelerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediklerini bildirdikleri görülmekle, duruşmada hazır edilip etkin pişmanlık kurumunun mahiyet ve şartları da anlatılmak suretiyle ayrıntılı beyanlarının alınması, gerektiğinde teşhis işleminin yaptırılması, verdikleri bilgilerin örgütte kaldıkları süre, örgütsel faaliyet ve konumlarına uygun faydalı bilgiler olup olmadığının ilgili birimlerden sorulmasından sonra sonucuna göre sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmasında zorunluluk bulunması...” Y. 3.CD, E. 2021/6428K. 2022/8838, T. 28.11.2022

⁶⁴⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 301.

⁶⁵⁰ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, **Türk Ceza Hukukunda Ceza VE Güvenlik Tedbirleri**, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s. 571.

⁶⁵¹ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1420.

⁶⁵² Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1420.

mahkemenin, bu etkiyi en aza indirebilmek adına takdir indirimi uygulaması yerinde olacaktır.

Cezanın failin geleceğine etkisi, failin cezaya duyarlı olup olmasıyla ilgilidir; sözgelimi ilk defa suç işleyen bir kimsenin adli para cezası alması, daha önce defalarca ceza alan bir faile verilecek hapis cezasından daha etkili olabilir⁶⁵³. Bu sebeple, gelecek yaşamdaki olumsuz etkinin azaltılabilmesi ile cezada indirim yapılması arasında bir ilişki kurulabilir.

Cezanın failin geleceği üzerindeki muhtemel olumsuz etkileri dolayısıyla cezada indirim yapılabilmesi için, bu gerekçenin başkaca bir kanuni indirim nedeni yapılmamış olması gerekir. Temel cezanın m. 61/ 1 çerçevesinde değerlendirilmesi sırasında da göz önünde bulundurulmaz. Alman uygulamasında, takdiri indirim nedenleri m. 49'da tek tek sayılmadığından, temel cezanın belirlenmesindeki kriterlere dayanılarak cezada takdiren indirim yapılmaktadır. Cezanın failin toplum içindeki gelecekte yaşamı üzerinde öngörülebilir etkilerinin dikkate alınması belirtildikten sonra (m. 46/ 1 c. 2), verilecek cezanın faili toplum dışına itmeyecek şekilde olmasını⁶⁵⁴, yani indirim oranı belirlenirken buna uygun bir indirim yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır.

Failin geleceğini etkileyen sadece verilecek ceza değildir. Takdiri indirim eğer mümkünse bu etkiyi azaltmayı amaçlamaktadır. Cezanın yanında, infaz sırasında ve özellikle de infaz sonrasında fail hakkında uygulanması gereken hak yoksunlukları da failin geleceği üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır. Bu hak yoksunlukları⁶⁵⁵ çoğu zaman kasten işlenen bir suçtan alınan hapis cezasının kanuni sonucu olarak mecburen uygulanır. Fail, aldığı hapis cezasının infazı

⁶⁵³ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 302.

⁶⁵⁴ Schönke, Schröder ve Kinzig, StGB § 46 Parg. 3-5a.

⁶⁵⁵ Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlıkla TCK m. 53 hükmü şu şekildedir: “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, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.”

tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz. Ancak fail, sayılan hak ve yetkilerden birini kötüye kullanarak bir suç işlediğinde, sadece infaz sırasında değil, infazdan sonra da hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle bu hak ve yetkiyi kullanmaktan yasaklanabilir (TCK m. 53/ 5). Cezanın infazından sonra da uygulanacak olan bu hak yoksunlukları şüphesiz failin geleceğini etkileyecektir. Ancak bu durumda, mahkemenin, olası etkileri gözeterek, hak yoksunluğuna karar vermemesi, takdiri indirim kapsamında değerlendirilemez. Bu durumda failin bu olası olumsuz etkilere katlanması gerekecektir.

2.3.7.2.2. Diğer Nedenler

7406 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, TCK m. 62’de takdiri indirim nedenleri sınırlı olarak sayılmamış, hakimın cezayı takdiren indirebileceği haller örneklemek suretiyle sayıldıktan sonra “*gibi hususlar*” denilerek, kanunda yazılan sebepler dışında, her somut olayda hakimın takdiren indirim yapabileceği düzenlenmişti. Hakim somut olayın özelliklerine bakarak, indirim sebebi olabilecek bir durum tespit ettiğinde takdir hakkını kullanabilecekti. Kötü uygulamalar dolayısıyla gelen adaletsiz sonuçlardan bağımsız olarak, takdiri indirim nedenlerinin düzenlenmiş olmasının amacına en uygun düzenleme, indirim sebeplerinin kanunda sınırlı olarak sayılmaması şeklindeki düzenlemedir⁶⁵⁶. Zira her somut olay kendince farklılık arz eder; takdiri indirim sebeplerinin sınırlanmış olması, uygulanmasının gerekli olduğu durumlarda uygulanamaması sonucunu doğurabilir.

Her ne kadar değişiklik öncesinde, takdiri indirimin gerekçeleriyle hükümde belirtilmesi gerektiği kanunda ifade edilmemişse de hakim kararını gerekçeli olarak vermekte ve bu kararı kanun yolu aşamasında denetlenmekteydi. Dolayısıyla hakimın ceza indirimi konusundaki denetime tabi takdiri, bu yetkinin sınırsız bir şekilde kullanılmasının önünde en büyük engeldi. Bu sebeptir ki, yanlış uygulamalar yoluyla hükmün amacını aşacak şekilde geniş uygulanmasının önüne geçebilmek adına, m. 62’de sayma yoluyla takdiri indirim sebepleri sayılmıştır. Bu sebepler dışında bir sebebe dayanılarak indirim uygulanması da mümkün değildir.

⁶⁵⁶ Faruk Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, AÜHFD, C. 3, S. 2, Mayıs 1946, (357-364), s. 361.

7406 Sayılı kanun değişikliğinden önce, kanunda sayılan “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri*” kapsamında olmamakla beraber bunlara benzer “gibi hususlar” söz konusu olduğunda, hakim bu hususu takdiri indirim sebebi olarak kabul edebilmekteydi. Bu konuda denetime tabi de olsa bir takdir yetkisine sahipti. Hakimin bu konuda elbette ilk sınırı, kanunda başkaca bir sebeple cezada indirim yapılmasını gerektiren bir unsur ayrıca takdiri indirim sebebi olarak değerlendirip indirim uygulayamazdı⁶⁵⁷. Söz gelimi, resen kovuşturulan suçlarda, mağdurun şikayetçi olmadığını belirtmesi, mahkeme tarafından takdiri indirim sebebi sayılabilirdi⁶⁵⁸. Ancak, malın değerinin azlığı zaten indirim sebebi olduğu için burada ayrıca takdiri indirim nedeni olarak sayılamazdı.

“Gibi hususlar” ifadesinin kanun metninden çıkarılmasının iki nedeni vardır. İlk olarak, kötü uygulamalar nedeniyle herkese otomatik uygulanabilir bir zorunlu indirime dönüşmesi ve bu şekilde algılanması; ikinci olarak da hükmün belirlilik ilkesinin ihlali sayılabilecek ölçüde takdir hakkını genişletiyor olmasıdır. Bu sebeple, hükmün alanının nispeten daraltılmış olmasının kötü uygulamaların önüne geçmesi beklentisini karşılayıp karşılamayacağı belirsiz olmakla beraber; bu daraltmaya rağmen hakime tanınan takdir hakkından vazgeçilmemiş olması da önemlidir. 2022 yılında yapılan değişiklikte, “gibi hususlar” tabiri kanun metninden çıkarılmış, dolayısıyla hakimin takdir hakkının sınırı tahdidi sayılan hallerle kanuni sebeplerle sınırlandırılmıştır⁶⁵⁹.

2.4.TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI

2.4.1.Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması

2.4.1.1.Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezasına Mahkumiyet Halinde Takdiri İndirim

Türk hukuk sisteminde ölüm cezası varken, ölümden daha hafif ceza türü olarak ömür boyu hapis cezası mevcuttu. Kanun tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen uzun süre uygulanmayan ölüm cezasının kaldırılmasının ardından onun

⁶⁵⁷ Koruculu, s. 344.

⁶⁵⁸ Koruculu, s. 344.

⁶⁵⁹ Apış, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, s. 185.

yerine geçmek üzere ve fakat ömür boyu hapis cezasından daha ağır bir ceza yaratma isteğinden dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hukuk sistemine girdi. Ağırlaştırılmış ya da değil müebbet hapis cezası teoride ömür boyu hapis cezası olmakla beraber, koşullu salıverilme hükümleri çerçevesinde belirlenen sürelerin geçmesiyle kişinin infaz kurumundan çıktığı, yani aslında pratikte ömür boyu cezaevinde kalmadığı cezalardır. Aralarında temel fark cezaların infaz edilişi hususundadır.

Takdiri indirim nedeni uygulanırken, kanunda belirtilen aralıklarda bir ceza indirimi yapılması gerekmektedir. Buna göre; fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir (TCK m. 62/ 1). Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası TCK'nın sabit olarak belirlediği cezalardır. Sabit cezalar üzerinden herhangi bir indirim sebebine bağlı olarak indirim yapılacağı zaman, bu indirimin miktarı mutlaka hükümde gösterilir. Nitekim müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet gibi sabit cezalar kanun özel bir düzenlemeyle nasıl indirileceğini belirtmediği müddetçe indirime tabi tutulamaz⁶⁶⁰. TCK m. 62' de, indirimin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre takdiri indirim sebeplerinden birinin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine ise yirmi beş yıl hapis cezası verilecektir.

2.4.1.2. Süreli Hapis Cezasına Mahkumiyette Takdiri İndirim

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, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir (TCK m. 62/1). Kanun süreli hapis cezalarını, diğer cezalar ifadesinin içinde belirterek, süreli hapis cezası öngörülen suçlar bakımından takdiri indirim uygulanırken cezanın altıda birine kadarının indirileceğini belirtmektedir.

⁶⁶⁰ Şimşek, s. 121.

2.4.1.3. Adli Para Cezasına Mahkumiyette Takdiri İndirim

TCK m. 62’de, takdiren indirim yapılabilmesini sağlayacak bir durumun somut olayda varlığı halinde, ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası yerine, ömür boyu hapis; ömür boyu hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası uygulanacağı, diğer cezalar bakımından da cezada en fazla altıda bir oranında indirim yapılacağı ifade edilmektedir.

İndirim miktarlarını gözeterek hükmü yorumladığımızda, takdiri indirimin sadece hapis cezaları bakımından indirim teşkil edebilecek bir durum yarattığı anlaşılmaktadır. Ancak sadece adli para cezası gerektiren suçlar bakımından takdiren cezada indirim yapılamayacağı görüşü haksızlık oluşturabilecek bir durumdur. Aynı şekilde hapis cezası ile birlikte adli para cezası da gerektiren bir suçtan dolayı yargılanan şahıs bakımından hapis cezasında takdiren indirim yapıp adli para cezasında indirime gitmemek de çelişki yaratacaktır.

Kanımca, TCK m. 62’de, *“diğer cezalar bakımından da cezada en fazla altıda bir oranında indirim yapılacağı”* hükmünün diğer cezalar derken adli para cezasını da kapsadığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla adli para cezaları da takdiri indirime konu olur.

2.4.2. Takdiri İndirim Nedenlerinde Gerekçe Gösterilmesi

Mahkemelerin verdiği nihai hükümler ya da ara kararlar, CMK m. 34 gereği gerekçeli olmak zorundadır. Bu şekilde bir genel düzenleme olmasına rağmen birçok muhakeme hükmünde gerekçe tekrar vurgulanmaktadır. Sözelimi tutukluluğa ilişkin kararların da mutlaka gerekçeli olması gerektiği kanunda belirtilmiştir.

Takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği TCK m. 62, 7406 sayılı Kanun ile söz konusu indirim sebeplerinin gerekçeleriyle birlikte hükümde gösterilmesi gerektiği şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce, kanun hangi sebebe dayanılarak indirim yapıldığının kararda yazılmasını belirtmekte, ayrıca bir gerekçe zorunluluğu aramamaktaydı.

7406 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, takdiri indirim sebepleri maddede tahdidi olarak sayılmamış, “gibi hususlar” demek suretiyle kanunda yazılı olanların

dışındaki sebeplerin de indirim sebebi olabileceği belirtilmişti. Bu sebeptendir ki mahkemeler, hangi sebebe dayanarak indirim yaptıklarını hükümde belirterek kanun yolu aşamasında bu nedenin denetlenmesine imkan vermektedir. Mevcut haliyle, takdiri indirim sebepleri kanunda sayılı hallerle sınırlı olarak düzenlenmiştir. Mahkeme sayılı sebeplerden birine dayanarak indirim uyguladığında, hangi sebebe dayandığını gerekçeli olarak yazmak zorundadır.

Bu takdir hakkı, hukuk sınırları içerisinde kalarak somut olaya özgü yaratıcı ve yapıcı çözümler bulma ve yorumlama olarak ifade edilebilir; ancak ceza verilmesi noktasında varlığı kabul edilen takdiri indirim yetkisinin nasıl gerekçelendirildiği ve bu takdir yetkisinin nelerden etkilendiği tam olarak belirli olduğu da söylenemez⁶⁶¹. Mahkeme, takdiri indirim nedenlerini uygularken genelde kanuni ifadeleri söylemekle yetinmektedir. Somut olayla bağlantı kurmak suretiyle, hangi kanuni sebebe dayanılarak indirimin yapıldığını tespit etmek mümkün olabilir. Ancak, takdiri indirimin uygulanmaması halinde neden uygulanmadığının gerekçeli bir şekilde yazılması gerekir. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki, kanuna yeni değişikliklerle kararların mutlaka gerekçeli olarak verilmesi gerektiği hükmü getirilmese bile CMK ve AY gereği kararlarda gerekçe bulunması gereklidir. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin elzem ve olmazsa olmaz bir gereklilik sonucu hükme eklendiğini belirtmek zordur.

2.4.3. Birden Fazla Takdiri İndirim Sebebinin Bulunması

Takdiri indirim nedenlerinin uygulamasıyla belirlenen cezanın Bölge Adliye Mahkemesi tarafından bozmak suretiyle ilk derece mahkemesine iade etmesi ya da duruşma açarak yeniden yargılama yapması sonrası takdiri indirim nedenlerini uygulama zorunluluğu yoktur. Eğer hükmün bozulması takdiri indirim sebebinin uygulanmasına ilişkin aykırılık dışında başka bir sebebe dayanıyorsa, bu durumda ilk derece mahkemesi bozma üzerine yeniden hüküm tesis ederken, hâlâ takdiri indirim sebebinin varlığı mevzubahisse bu hükmü uygulayabilir⁶⁶².

Aynı failin, birden fazla suçuyla ilgili birleştirilmek suretiyle birlikte görülen davalarda, takdiri indirim sebeplerinin uygulanıp uygulanamayacağı her suç için ayrı

⁶⁶¹ Henha, s. 1095.

⁶⁶² Bunun zorunlu olduğu yönündeki görüş için bkz. Surlu, m. 689.

ayrı değerlendirilmelidir⁶⁶³. Eğer, genel olarak faile ilişkin veya yargılamaya ilişkin bir indirim sebebi söz konusu ise sanığın alacağı her bir ceza için bu hususun takdiri indirim sebebi sayılması gerekir. Aksi halde çelişkiden söz edilebilir. Ancak suçlardan birine yönelmiş bir indirim sebebi söz konusu ise o zaman sadece ilgili suç için indirim gündeme gelebilir⁶⁶⁴.

Takdiri indirim nedenleri, uygulanmasına karar verildiğinde tüm asli cezalar bakımından uygulanmalıdır⁶⁶⁵. Söz gelimi hapis cezası ya da adli para cezasına mahkumiyet, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da mahkumiyet halinde takdiri indirim söz konusu olabilir. Hapis cezası ile birlikte adli para cezasına mahkumiyet halinde, hapis cezası bakımından uygulanan takdiri indirimin adli para cezası bakımından uygulanmaması hukuka aykırı olur. Ancak takdiri indirim sadece cezalara ilişkin olduğundan, güvenlik tedbirlerinin uygulanması bakımından takdiri indirim uygulanabileceğinden söz edilemez.

Yargılamaya konu somut olayda her durumda sadece bir tane indirim yapılırken göz önünde bulundurulacak husus söz konusu olmaz. Bazen, olayda birçok indirim sebebi olabilir. Bu durumda bu hususun indirim oranını etkileyip etkilemeyeceği ya da her indirim sebebi için ayrı ayrı mı indirim yapılması gerektiği konusu tartışmalıdır. Orantılılık ilkesi dikkate alındığında birden fazla takdiri indirim uygulanabilecek hal söz konusu olsa bile aynı fail için bunun birden fazla uygulanması orantısızlık yaratacaktır bu sebeple ceza her bir durum için birden fazla defa değil sadece bir defa indirilmelidir⁶⁶⁶; ancak indirim oranı belirlenirken bu husus dikkate alınmalı, indirim oranı ona göre tayin edilmelidir⁶⁶⁷.

Takdiri indirimin uygulandığı hallerde ilgili suç için birden fazla ceza söz konusuysa takdiri indirimin her ceza için uygulanması⁶⁶⁸ ya da uygulanmaması

⁶⁶³ Surlu, s. 687-688.

⁶⁶⁴ Surlu, s. 688.

⁶⁶⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 603.

⁶⁶⁶ Özbek, Koray ve Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 721; Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 231, Apiş, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, s. 212.

⁶⁶⁷ Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s. 231.

⁶⁶⁸ Erhan Günay, **Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini**, Adil Yayınevi, Ankara 1995, s. 42-43.

gerekir; ancak ceza haricindeki yaptırımlar söz konusu olduğunda yani hapis cezasıyla birlikte bir güvenlik tedbirinin de uygulanması gereken hallerde güvenlik tedbiri hakkında böyle bir indirim uygulanması mümkün değildir⁶⁶⁹.

Uygulamada bir diğer problem, aynı sanığın birden fazla suçtan yargıldığı durumlarda, mahkemenin takdiri indirim hususunda nasıl davranacağıdır. Yargılamalar farklı mahkemelerde yapılıyorsa, her mahkeme kendisi indirim uygulayıp uygulamayacağına karar verecektir. Aynı mahkemede farklı suçlarla yargılanan sanık açısından ise mahkeme her suç için takdiri indirim sebebinin var olup olmadığını birbirinden bağımsız olarak değerlendirmelidir⁶⁷⁰. Yargıtay da bu durumlarda bir suç için indirim uygulayıp diğeri için uygulanmamasını çelişkili görerek kararları bozmaktadır.

2.4.4. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanabileceği Suçlar

TCK m. 62, herhangi bir suç sınırı belirlenmeksizin tüm suçlar bakımından uygulanan bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Zaten takdiri indirim kurumu, doğası gereği tüm suçlarla ilgili olarak uygulanabilecek şekilde düzenlenmelidir. Zira, takdiri indirim; uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin hakim tarafından değerlendirildiği, koşulları gerçekleşmiş ise hangi oranda indirim yapılacağına yine hakimin takdirine bağlı olduğu bir kurumdur.

Cezanın indirim nedeni olarak kanunda birçok sebep sayılabilir. Cezanın daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli haller, şahsi cezasızlık nedenleri indirim yapılması sebebi olarak öngörülmüş olabilir. Aynı şekilde temel cezanın belirlenmesi hususunda yararlanılabilecek kriterler TCK m. 61/ 1' de sayılmış, ceza belirlenirken bu kriterler çerçevesinde alt sınırdan veya üst sınırdan ceza verilmesi söz konusu olabilir. Temel cezanın belirlenmesi için kullanılacak kriterler, daha çok suç teşkil eden fiile yönelik kriterler olup, doğrudan faile yönelik kriterler değildir. Söz gelimi, failin kişiliği temel ceza belirlenirken dikkate alınacak bir kriter olarak görülmemiştir. Bu sebeptir ki failin kişiliği gibi hususlar, daha sübjektif bir

⁶⁶⁹ Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997, s. 782; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 310.

⁶⁷⁰ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 310.

değerlendirmeyeyle cezada indirim yapılabileceğine ilişkin bir hükmün düzenlenmesi hukuka aykırılık teşkil etmediği gibi gerekli de sayılabilir. Takdiri indirim tam olarak böyle bir düzenleme olup, gerekliliği tartışılmazdır. Temel ceza belirlenirken, belirlenen sınırlar arasında takdiren bir cezanın belirleniyor olması, takdiri indirim kurumuna ihtiyaç olmadığı anlamına gelmez.

Gerekliliği hususunda tartışmanın olmadığı takdiri indirim nedenlerinin, bazı suçlarla ilgili uygulanmasının yasaklanması gerektiği sürekli dile getirilen ve tartışılan bir husus olmuştur. Bu tartışmanın en temel sebebi bilhassa toplumda infial oluşturan ve toplum vicdanını da yaralayan olaylar hakkında yapılan yargılamalarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasıyla failin daha az ceza almasından kaynaklanan, suç işleyenlerin cezasız kaldığı algısıdır. Cinsel istismar, cinsel saldırı gibi suçların faillerinin otomatik olarak takdiri indirimden yararlandırılmalarının yarattığı rahatsızlık, bu suçlar bakımından takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasının yasaklanması konusunda bir beklenti yaratmaktadır. Ancak ceza kanunları toplumla birlikte şeklen kurallar olmakla beraber toplumun her türlü beklentisine ceza hukuku ile cevap vermek de mümkün değildir⁶⁷¹. Hakim, kanunda yer alan hususlara uygun davrandığı müddetçe kanunları uygulamak konusunda serbesttir. Hakimin bağımsızlığı topluma karşı bağımsız olmasını da gerektirir⁶⁷².

Hakimin her suç bakımından takdiri indirim nedenlerini uygulaması mümkün olmakla beraber, indirim uygulama konusunda bir zorunluluğu yoktur. Takdiri indirim nedenlerinin denetleniyor olması sebebiyle, hangi gerekçeyle indirim uygulamadığı hususu da denetlenecektir. Bu sebeple gerekçelendirebildiği her suç bakımından indirim uygulamak ya da uygulamamak hakim in takdirine bırakılmıştır. İlk derece mahkemesi önüne gelen bir cinsel istismar dosyasında, takdiri indirim nedenlerini uygulamamış, Yargıtay da, bu gerekçeyle hükmü bozarak ilk derece mahkemesine geri göndermiştir. Mahkeme, ilk kararından direnerek; *“Her ne kadar sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmaması hususu Yargıtay ilamında bozma nedeni yapılmış ise de; eğitici konumunda bulunan sanığın olay tarihinde henüz sekiz yaşında olan bir çocuğa karşı nitelikli cinsel istismarda bulunması*

⁶⁷¹ Mustafa Atalan, “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu Ve Toplumsal Beklenti”, **TBBD**, 2022, S. 163, (109-154), s. 143.

⁶⁷² Centel ve Zafer, s. 686.

karşısında hakkında takdiri indirim maddesinin uygulanmasını gerektirir olumlu bir kişilik özelliği veya davranışının olduğundan söz edilemeyeceğinin açık olduğu, yargılama aşamasında da vasıtasızlık ilkesi gereği mahkememiz heyetince birebir dinlenen sanığın pişmanlığını gösterir bir davranışının bulunduğu görülmemesi, TCK'nın 62. maddesinin genel geçer herkese uygulanır bir kanun maddesi olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması, tam tersi özellikle bu tarz vahameti olan bir suçta uygulanabilmesi için gerekçe ortaya konulması gerektiği ki sanık hakkında uygulanması gerektirir bir gerekçenin de bulunmadığı hususları dikkate alınarak sanık hakkında takdiren TCK'nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim” uygulamamakta ısrar etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da istikrarlı şekilde verdiği diğer kararlarında olduğu gibi burada da yetersiz gerekçeyle verilen bu kararı hukuka aykırı bulmuştur. Zira YCGK'ya göre⁶⁷³; “Serbest takdir sisteminin bir gereği olarak da olayda sanık yararına takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren nedenlerin varlığını veya yokluğunu belirleme yetkisi yargılamayı yapan hâkime ait olacaktır. Zira yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan hâkim, sanığı birebir gözlemleyen ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin varlığı ya da yokluğunu en iyi tespit edebilecek konumdaki kişidir. Hâkim; “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin yanında, her somut olaya göre değişebilecek ve önceden öngörülemeyecek nedenleri de birlikte değerlendirerek bu hususta hak, ... ve nesafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapacaktır.” Gerçekten de suç ne olursa olsun, ortada indirim yapılmasını haklı gösteren bir neden varsa bunun cezaya etki etmesi gerekmektedir. Karar, kanun değişikliğinden önceki döneme ait olduğundan, indirim sebeplerinin sınırlı da olmadığını, gerekçelendirebildiği ölçüde bir nedene dayanılarak indirim sebebi uygulanabileceğini ya da en azından bu hususun kararda tartışılması gerektiğini vurgulamaktadır. Nitekim Yargıtay da; kanun koyucunun, hâkime takdiri indirim nedenlerine ilişkin hükmün uygulanması konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmesinin, zor da olsa, uygulamada ortaya çıkabilecek ve önceden öngörülmesi

⁶⁷³ YCGK, E. 2023/84, K. 2023/94, T. 22.2.2023

mümkün olmayan tüm halleri kapsayacak bir kalıp bulmak suretiyle, sınırlamaktan kaçınıldığı görülmektedir. Bu sebeple bazı suçlar bakımından uygulanmaması yerine, hakim otomatik indirim uygulamasının önüne geçmek, uygulamama konusundaki takdiri de hakime bırakmak gerekmektedir. Burada denetlenmesi gereken husus, indirim sonucunda belirlenen cezanın suç teşkil eden eylemle orantılı olup olmadığı, indirime rağmen caydırıcılığın sağlanıp sağlanmadığıdır⁶⁷⁴.

Takdiri indirim nedenlerini bazı suçlar bakımından uygulamama şeklinde bir irade olabilir. Bu irade genelde kendini terör suçları ya da örgüt suçları kapsamında göstermektedir. Ancak yukarıda belirtilen sebeplerle bu durumun hukuka aykırı olduğunu belirtmemiz gerekir.

TCK, takdiri indirimi düzenlediği m. 62/1'de *“fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.”* şeklinde bir indirim belirlemiştir. Kanun koyucunun belli suçlar bakımından takdiri indirimin uygulanmamasına dönük bir iradesinin olmadığı hükmün düzenlenişinden anlaşılmaktadır. Zira takdiri indirim nedeni uygulanacağı vakit, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis cezası uygulanacaktır; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, kanunda en ağır suçlar karşılığında söz gelimi kasten öldürmenin nitelikli halleri söz konusu olduğunda uygulanan bir cezadır. Kanun koyucu bu suç için dahi takdiri indirimin söz konusu olabileceğini hükme bağlayarak, bu tür yanlış uygulamalarının önüne geçmeye çalışmıştır. Ama buna rağmen, kanun koyucunun sahip olmadığı iradeyi mahkeme göstermekte ve örgüt suçlarını hatalı olarak indirim uygulanamayacak suçlar olarak değerlendirmektedir. Oysa fiil merkezli değil fail merkezli⁶⁷⁵ olan bir indirim gerekçesi olan takdiri indirim nedenlerinin, fiil odaklı bir sınırlamaya tabi tutulması da hukuka uygun olmayacaktır.

Kanun koyucunun bazı suçlar bakımından takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına dönük bir iradesi söz konusu ise bunun için mutlaka bir kanun

⁶⁷⁴ Nurcan Hamzaoglu, Burcu Türk ve Yasemin Sanal, “Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi”, **Adli Tıp Bülteni**, 2019; 24(3), (198-208), s. 207.

⁶⁷⁵ Atalan, s. 145.

değişikliği yapılması gerekmektedir. 7406 Sayılı Kanun değişikliği sonrası, “gibi hususlar” ibaresinin kanun metninden çıkarılması, aslında kısıtlanmaması gereken takdir yetkisinin kısıtlanması şeklinde bir iradenin mevcut olduğunu göstermektedir. Kanun koyucu, iradesi bu yönde ise birkaç farklı yol ile belli suçları takdiri indirim uygulanması mümkün olmayan suçlar kapsamına alabilir.

Alman hukukunda olduğu gibi, genel bir düzenleme olan m. 62 mevcut haliyle varlığını korumaya devam ederken, özel hükümlerde, cinsel istismar, kasten öldürme gibi suçlarda bu indirimin uygulanmayacağına yönelik özel düzenlemeler getirilebilir. Dolayısıyla uygulayıcı, her suç için ilgili suç tipinde, takdiri indirim uygulanmasını sınırlandıran bir hal olup olmadığını incelemek zorunda kalır. Bu çok pratik bir çözüm değildir⁶⁷⁶.

Diğer bir yöntem olarak, takdiri indirimin düzenlendiği m. 62 hükmüne, ikinci fıkradan sonra gelmek üzere, “takdiri indirim sebepleri, sadece aşağıda sayılan suçlar bakımından uygulanabilir” ya da “takdiri indirim sebepleri, aşağıda sayılan suçlar bakımından uygulanamaz” şeklinde katalog suçlar ihdas etmek suretiyle takdir yetkisini kısıtlayabilir. Takdiri indirimin sadece sayılı suçlara ilişkin uygulanabileceği hükmü, tıpkı tutuklama (CMK m. 100) ve müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması (CMK m. 153) hükümlerinde olduğu gibi, sayılı suçlar söz konusu olduğunda uygulamanın zorunlu sayılması gibi bir yanılsama ve genel kabule sebep olabilir. Bu durum da hukuka aykırı sonuçlar çıkmasına sebep olur.

Sayılı suçlarda takdiri indirimin uygulanmayacağı şeklindeki düzenleme de kanımca takdir yetkisini sınırlandıran bir düzenleme olmasının dışında bir sakınca teşkil etmemektedir. Ancak bu hakkın kanun ile ve fiil esas alınmak suretiyle sınırlandırılması kanımca doğru değildir. Bir sınırlandırma yapılmasının en doğru yolu, terditli bir belirleme yapmak suretiyle, cinsel istismar gibi belli suçlar bakımından ek bazı koşullar getirilmesi⁶⁷⁷ ve bu koşulların da sağlanmasıyla takdiri indirimin uygulanmasıdır. Bu yolun uygulanabilmesi, pek pratik olmamakla beraber, belirli suçlara ilişkin özel düzenlemelerde bu ek koşulların düzenlenmesidir. Bu

⁶⁷⁶ Bacaksız ve Bayzit, s. 438.

⁶⁷⁷ Bacaksız ve Bayzit, s. 438.

sayede hem fiili merkeze alıp takdiri indirimin uygulanamaması gibi hukuka aykırı bir yol tercih edilmeyecek hem de takdiri indirimin bazı suçlar bakımından uygulanması zorlaştırılarak toplumsal beklenti de karşılanmış olacaktır.

2.4.5. Çifte Değerlendirme Yasağı

Çifte değerlendirme, somut olayda var olan bir durumun, kanunun farklı hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, somut cezaya iki defa indirim olarak yansıma ihtimaline ilişkin bir husustur. Takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen bir hususun aynı zamanda olaya konu suçun kanuni tanımındaki unsurlarından biri olması ya da kanunun özel olarak öngördüğü bir indirim hali olması bu hususu takdiri indirim sebebi olarak uygulamayı gerektirir⁶⁷⁸. Yani suçun ağırlaştırılmasını ya da hafifletilmesini gerektiren nitelikleri, nitelikli halleri ya da tipiklikteki unsurları ayrıca takdiri indirim sebebi oluşturmaya da müsait olabilir⁶⁷⁹. Nitekim bu hususlar zaten takdiri indirim uygulanması noktasına gelene kadar indirim yapılması ya da soyut cezanın altısı sınıra yaklaşarak somutlaştırılması için göz önünde bulundurulmuştur. Bu sebeple yeniden indirim sağlanmasına gerekçe⁶⁸⁰ olamaz. İşte bu durum çifte değerlendirme yasağı olarak ifade edilir.

⁶⁷⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 594.

⁶⁷⁹ Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 20, S: 2, s. 114.

⁶⁸⁰ Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, s. 114.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİNE HİZMET EDEN DİĞER ARAÇLAR

3.1. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASININ SEÇENEK YAPTIRIMLARA ÇEVİRİLMESİ

3.1.1. Genel Olarak

Kısa süreli hapis cezalarının kişinin infaz kurumuna alınmaksızın başka yaptırımlara çevrilmek suretiyle infaz edilmesi, cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan⁶⁸¹, bu sayede hapis cezasının olası sakıncalarını da ortadan kaldırmayı hedefleyen kurumlardan biridir. Bu kurumun uygulama alanı bulabilmesi için belirlenen sonuç cezanın kısa süreli hapis cezası olması gerekir. Miktar olarak hapis cezasının ne zaman kısa süreli sayılacağı konusunda her devlet kanunu ayrı bir sınır belirleyebilir⁶⁸². Bu hapis cezalarının sınırını belirleme konusunda kesin bir ölçüt tespit etmek zordur. Bu konuda daha çok şekli⁶⁸³ bir takım ölçütlerin belirlendiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar, kişilerin ne kadar sürede yaptıkları eylemin kötülüğünün farkına varacaklarını, yani cezalandırmanın özel önleme amacına ulaşılacağını tespit etmek zor olsa da şekli de olsa bir ölçüt belirlemek zorunludur.

Kısa süreli hapis cezaları, suç işleyen bireyin cezanın özel önleme amacına uygun olarak bir daha suç işlememesini sağlamaya yönelik bir iyileştirme imkânı veremeyecek⁶⁸⁴ kısıklıkta olan ve hükümlü üzerinde önemli bir etki bırakacak elverişlilikte olmayan⁶⁸⁵ cezalardır. TCK'ya göre sonuç ceza olarak verilen bir yıl veya bir yıldan az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır (m. 49). Dolayısıyla hukuk sistemimiz, bir yılın altında olan hapis cezalarını kısa süreli hapis cezası olarak kabul ederek, bu cezaların infaz kurumuna girmeksizin, yine kanun tarafından

⁶⁸¹ İzzet Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 839.

⁶⁸² Sözelimi, Alman Ceza Kanunum. 47'de bu sınır altı ay olarak belirlenmiştir.

⁶⁸³ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri", TBB Dergisi, 2006, Sayı 67, s. 175.

⁶⁸⁴ Baumann, s. 630; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II**, İstanbul 1997, s. 647; Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri", s. 175.

⁶⁸⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. III, İstanbul 2021, s. 102.

belirlenen başka yaptırımlarla karşılamanın daha yerinde olacağını kabul etmiştir. Bu süre mülga 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun, ilk kabul edildiği halinde altı ay olarak kabul edilmiş daha sonra kanun değişikliği⁶⁸⁶ ile bir yıl ve bir yıldan daha az süreli hapis cezaları kısa süreli olarak düzenlenmişti (m. 3).

Hürriyeti bağlayıcı cezaların kısa ya da uzun süreli olarak sınıflandırılması çok temel bir ayırım değildir; ancak şu husus önemlidir ki kısa süreli hapis cezalarının Kanun'da gösterilen başka yaptırımlara çevrilebilmesi mümkündür. Hatta Kanun, bazı durumlarda uzun süreli olan hapis cezalarının dahi seçenek bir yaptırım olan adli para cezasına çevrilebilmesine cevaz vermektedir. Kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda infazını sağlamak dışında başka yaptırımlara çevrilmesi düşüncesi, daha önce de belirtildiği gibi kısa süreli hapis cezalarının fail üzerinde ciddi bir tesir etmeye yetecek uzunlukta olmamasından kaynaklanmaktadır. Seçenek yaptırımlara çevrilme imkanı, hapis cezalarının yaratacağı muhtemel sakıncaları gidermeye yardımcı olur⁶⁸⁷. Cezaevlerinde cezalarını çekmekte olan hükümlülerin büyük bir kısmı kısa süreli kabul edilen hapis cezasını çarptırılan kişilerdir. Bu durumun cezalandırmanın önleme amacına hizmet ettiğini söylemek zordur ayrıca bu durum devlet açısından da ciddi bir mali yükür⁶⁸⁸.

Hapis cezaları gibi özgürlüğü bağlayıcı cezalar, insanların özgürlüklerine, özgür olma haklarına çok ciddi bir müdahale oluşturur; böyle bir ceza, şahısların seyahat özgürlüğü gibi diğer özgürlük alanlarından da yararlanabilmeleri için gereken fiziksel alanı ellerinden almayı da hedefler⁶⁸⁹. Kısa süreli hapis cezalarının, sürenin kısa olması dikkate alındığında, cezanın muhatabı olan hükümlü bakımından gerçekten ıslah etkisi yaratıp yaratmadığının tespiti, tüm değişkenler doğrultusunda düşünüldüğünde, zor bir konudur⁶⁹⁰. Nitekim kısa sürenin ne olduğu konusu birçok uluslararası toplantıda tartışma konusu yapılmış, söz gelimi 1948' de toplanan

⁶⁸⁶ 1988 yılında 3506 Sayılı kanunun 5. maddesi ile değiştirilmiştir.

⁶⁸⁷ Zafer, **Genel Hükümler**, s.

⁶⁸⁸ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. III, İstanbul 2021, s. 103.

⁶⁸⁹ Ezgi Aygün Eşitli, “Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65 (1), 2016, s. 65

⁶⁹⁰ Eşitli, “Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, s. 65-66.

Milletlerarası Ceza ve İnfaz Komisyonu, üç aydan fazla olmayan hapis cezalarının kısa süreli olarak değerlendirilmesine karar vermiştir⁶⁹¹.

Alman CK'ya göre; kanunda adli para cezası öngörülümüşse ve hükmedilecek hapis cezası altı aydan uzun değilse, birinci fıkra gereği hapis cezası verilmesinin kaçınılmaz olmadığı hallerde mahkeme adli para cezasına hükmeder, kanunda hapis cezasının alt sınırı artırılmışsa, para cezasının alt sınırı da buna göre belirlenir (Alman CK m. 47/2)⁶⁹². Görüldüğü gibi altı ay olarak öngörülen kısa süreli hapis cezasının, hapis cezası vermenin kanun koyucu tarafından zorunlu görülmediği durumlarda adli para cezasına çevrilmesi esas, kısa süreli hapis cezasının uygulanması ise istisna olarak görülmektedir.

Kısa süreli hapis cezaları, Alman hukukunda istisnai olarak yer almaktadır. Kanuna göre; mahkemenin hükmettiği altı aydan daha az hapis cezaları kısa sürelidir ve mahkeme, yalnızca suça veya failin kişiliğine ilişkin özel koşullar gereği, failin etkilenmesi ve hukuk sisteminin korunması açısından hapis cezası verilmesi zorunlu ise kısa süreli hapis cezasına hükmedebilir (Alman CK m. 47/1)⁶⁹³. Buna göre; suçun işlenmesine sebep olan koşullar ve failin kişiliği birlikte değerlendirildikten sonra hapis cezasının verilmesi esas olmalıdır⁶⁹⁴. Bu değerlendirme yapılırken, ihlal edilen hukuki menfaatin türü, bu ihlalin ağırlığı, suçun psikolojik faktörleri gibi hususlar göz önünde bulundurulur⁶⁹⁵. Kısa süreli hapis cezası verilmesinin gerekli görülmesi halinde mahkemenin buna ilişkin gerekçesini de detaylı yazması gerekir. Sakıncalı görülen kısa süreli hapis cezaları, adli para cezasına tercih edilecekse, bunun gerekçelendirilmesi şarttır. Aksi halde, suça göre ceza verilmemesi yani orantılılık ilkesinin ihlali söz konusu olur. Mahkeme, hapis cezası verebilmek adına, failin kişiliğinde bulunan bazı hususları aleyhe değerlendiriyorsa, kararını, kanun yolu

⁶⁹¹ Eşitli, “Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, s. 65-66.

⁶⁹² <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> (E.T. 11.09.2022); Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük), Beta Yayınları, 2015, s. 41.

⁶⁹³ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> (E.T. 11.09.2022); Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s. 40

⁶⁹⁴ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, StGB § 47, Parg. 8.

⁶⁹⁵ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, StGB § 47, Parg. 8.

aşamasında bu değerlendirmenin doğruluğunun araştırılabilmesine imkan verecek şekilde kaleme almalıdır⁶⁹⁶.

Almanya’da da kısa süreli hapis cezaları, cezaların önleme amacına hizmet etmeyen cezalar olarak görülmektedir. Suç işleyen kişi, kısa bir süreliğine bile olsa sosyal bağlantılarından kopar, kendini suç işleyen insanların olduğu bir ortamda bulur ve bu süre o kadar kısadır ki failin ıslah olması da mümkün olmaz; bu nedenledir ki Almanya’da para cezası verilmesi kısa süreli hapis cezası verilmesinden önceliklidir⁶⁹⁷. Failin kişiliğiyle alakalı özel nedenler varsa, örneğin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmadan cezanın amacına ulaşamayacak fail yeniden sosyalleşemeyecekse kısa süreli hapis cezaları uygulanabilir⁶⁹⁸. İlgili hükümde, sadece hapis cezası öngörülmüşse bile, bunun adli para cezasına çevrilmesi gerekir. Ancak, bu durum; bazı tesadüfi suçlular bakımından, mahkumiyet kararından hemen sonra infaz edilecek bir hapis cezası uygulamasının daha anlamlı olabileceği, bu sebeple adli para cezasına çevrilmenin zorunlu görülmemesi yönünden eleştirilmektedir⁶⁹⁹. Zira kısa süreli hapis cezasının, adli para cezası veya diğer tedbirlere göre cezadan beklenen amaca daha iyi hizmet ettiği söylenemese bile daha az etkili olduğu da söylenemez⁷⁰⁰.

Alman hukukunda, kısa süreli hapis cezasının uygulanması zorunlu görülüyorsa, bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir⁷⁰¹. Bu durum, özellikle değeri az olan sözgelimi malvarlığına karşı işlenen suçların işlenmesini kısa süreli bile olsa hapis cezası ile karşılamak, orantılılık ilkesinin ihlali olarak görülmektedir⁷⁰².

TCK’ya baktığımızda, Alman CK’dan farklı olarak, kısa süreli hapis cezalarının uygulanmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesi de mahkemenin takdirinde olmakla beraber, kural olarak zorunlu değildir. Mahkeme sadece bazı

⁶⁹⁶ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 58. Baskı, 2023, StGB § 47, Parg. 11-14.

⁶⁹⁷ Baumann, s. 634; Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 58. Baskı, 2023, StGB § 47, Parg. 1-2.

⁶⁹⁸ Baumann, s. 633.

⁶⁹⁹ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, StGB § 47, Parg. 1-2.

⁷⁰⁰ Thomas Weigend, “Die kurze Freiheitsstrafe - eine Sanktion mit Zukunft?” 41. Jahrg., Nr. 6 (21. März 1986), (260-269), s. 260.

⁷⁰¹ Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, StGB § 47, Parg. 3-7.

⁷⁰² Bu yönde mahkeme kararları için bkn: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, StGB § 47, Parg. 3-7.

hallerde, seçenek yaptırım olarak adli para cezasının seçilmesini zorunlu görmekte; bazı durumlarda da seçenek yaptırımlara çevrilme zorunluluğu getirmekte, ancak hiçbir şekilde kısa süreli hapis cezasının uygulanmasının zorunlu olduğunu belirtmemektedir.

3.1.2. Seçenek Yaptırımların Hukuki Niteliği

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların hukuki niteliği konusunda doktrinde fikir birliği yoktur. Bu yaptırımlar TCK'da "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının, "Cezalar" başlıklı birinci bölümü altında düzenlenmektedir. "Cezalar" bölüm başlığı altında düzenlenen esasen hapis cezası ve adli para cezası olmakla beraber, hükmedilecek hapis cezasının kısa süreli olması halinde bir alternatif olarak öngörülen yaptırımlar da aynı bölümde düzenlenmektedir. Ancak sadece kanunda düzenlendiği yere bakarak, seçenek yaptırımların ceza olduğunu kabul etmek doğru olmaz. TCK m. 50'nin madde başlığında "seçenek yaptırım" ifadesi kullanılmakta ve çevrilen yaptırımlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Dolayısıyla bu yaptırımın adli para cezası veya diğer seçeneklerden biri olması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki adli para cezasına çevrilme, diğer seçenek yaptırımlardan farklı olarak, bazı durumlarda kısa süreli olmayan hapis cezasına hükmedilmesi halinde de söz konusu olabilmektedir. Nitekim TCK'ya göre basit taksirle işlenen suçlarda hükmedilecek hapis cezası uzun süreli olsa bunun diğer seçenek yaptırımlara değilse bile adli para cezasına çevrilebileceği belirtilmiştir. Bilinçli taksir halinde, uzun süreli bir hapis cezası söz konusu olacaksa bu hükmün uygulanmasıysa mümkün değildir (m. 50/4).

TCK, cezaları, hapis cezası ve adli para cezası olarak ayırmaktadır. Kanunun özel hükümler kısmında, suçların karşılığında kimi zaman sadece hapis cezası veya nadiren de olsa sadece adli para cezası öngörülmüştür. Ancak kanun koyucu cezayı soyut olarak belirlerken, hapis cezası ve adli para cezasını seçenek olarak düzenlemiş ve hangi ceza türünün uygulanmasının uygun olacağını hakimın takdirine bırakmış olabilir. Bu durumda hakim, somut olaya göre hangi ceza türünü uygulayacağına kendisi karar verir; takdirini hapis cezasından yana kullanıp somut cezayı belirledikten sonra, bu hapis cezasını kısa süreli olduğu gerekçesiyle seçenek yaptırımlara çevirebilecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu seçenek yaptırım adli

para cezası dışında bir yaptırım olmalıdır (TCK m. 50/ 2). Nitekim adli para cezası uygulanmasının uygun olacağı takdir edilseydi, soyut ceza olarak belirlenen adli para cezası seçeneği seçilebilirdi. Seçimlik ceza olarak adli para cezasının seçilmemesi ancak devamında bunun adli para cezasına çevrilmek istenmesi çelişki oluşturur.

Kısa süreli hapis cezalarına seçenek olarak öngörülen yaptırımların ceza olarak değerlendirilemeyecek olmaları, bu yaptırımların hukuki niteliğinin ne olması gerektiğiyle ilgili tartışmaları da beraberinde getirir. Seçenek yaptırımların hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. İlk görüş, bu tedbirleri ceza olarak kabul eden görüştür⁷⁰³. Buna göre, her ne kadar TCK m. 50’de hatalı olarak tedbir kelimesi kullanılmışsa da, kanun başlığı seçenek yaptırımlardan söz etmektedir. Bu sebeple tedbir kelimesinin güvenlik tedbiri olarak algılanmaması gerekir⁷⁰⁴. Güvenlik tedbirleri, failin tehlikeliliği dolayısıyla uygulanan tedbirlerdir; oysa kısa süreli hapis cezasına alternatif olarak uygulanacak seçenek yaptırımların bu özellikte olmadıklarını malumdur. Seçenek yaptırımları, ceza olarak kabul eden görüşün bir diğer gerekçesi, kanunda ihlale tepki olarak düzenlenen bir yaptırımın adına ceza denmese bile ceza olduğunun kabul edilmesi gereğidir⁷⁰⁵. Ancak, ihlale tepki olarak kanunda düzenlenen yaptırımların hepsi ceza niteliğinde olmayıp, güvenlik tedbiri niteliğinde olabilir.

Diğer görüş ise, adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımları güvenlik tedbiri olarak gören ancak adli para cezasını ceza olarak kabul eden görüştür⁷⁰⁶. Bu görüşü destekleyen, TCK m. 45’de cezaların hapis cezası ve adli para cezası olarak ayrılmasıdır. Seçenek yaptırımların, adli para cezası dışında, bu ayrıma dahil olmadığı için, bir diğer yaptırım türü olan güvenlik tedbirleri içinde değerlendirilmesi gerekir. Aynı şekilde Adli Sicil Kanununun⁷⁰⁷ adli sicil kaydına kaydedilecek bilgileri düzenlediği m. 4’e göre; *“Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda; d) Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırıma*

⁷⁰³ Çetin, s. 121.

⁷⁰⁴ Eşitli, s. 67.

⁷⁰⁵ Zeki Hafizoğulları, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 1, 2007, s. 80

⁷⁰⁶ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 647; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 841.

⁷⁰⁷ 5352 Sayılı Kanun, 25832 sayılı RG, T. 01.06.2005.

mahkûmiyet halinde; 1. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak, adli para cezasına mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanması hükmü, 2. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar, 3. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin değiştirilmesine ilişkin karar” adli sicile kaydedilmelidir. İlgili hükümde, kısa süreli hapis cezasının yerine uygulanacak yaptırımlar “adli para cezası veya güvenlik tedbiri” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hüküm de adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımların güvenlik tedbiri, adli para cezasının ise ceza olduğu görüşünü desteklemektedir.

Hukuk sistemimizde yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ceza olarak kabul edilmeyen tedbirlerin, güvenlik tedbiri olarak kabulü gerekir. Nitekim AY m. 38, “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla*” konulacağını belirtmektedir. Anayasaya göre, bir yaptırım ceza olarak değerlendirilmeyecekse ve ceza yerine uygulanıyorsa, bu tedbir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmelidir. Adli Sicil Kanunu m. 4 ve AY m. 38 ile birlikte değerlendirdiğimizde, adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımların ceza değil de güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi kanımca yerindedir. Ancak, kısa süreli hapis cezasının çevrildiği adli para cezasının, niteliği itibariyle yaptırım olarak doğrudan hükmedilen adli para cezasından farklı olduğunun gözetilmesi gerekir. Nitekim bu adli para cezası seçenek yaptırım olan “adli para cezasıdır”. Hükümün madde başlığında adli para cezası da diğer yaptırımlar içinde sayılmış, ayrı tutulmamıştır; bu sebeple hukuki nitelik olarak birbirlerinden farklı olmadıklarını kabul gerekir. Bu tedbirlerin ceza ya da güvenlik tedbiri olmayıp, kendine özgü ayrı bir yaptırım olduğu da söylenebilir⁷⁰⁸.

Hukuk sistemimizde kısa süreli olarak kabul edilen hapis cezasına seçenek yaptırımlar TCK m. 50’de yer almaktadır. İlgili hükmün devamında da uygulamada esas mahkûmiyetin, hapis cezası değil çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğu düzenlenmektedir (TCK m. 50/5). Uygulamada esas mahkumiyetin çevrilen tedbir olması sebebiyle, cezanın ertelenmesine, tekerrüre, koşullu salıverilmeye ve belli

⁷⁰⁸ Özbek ve Diğerleri, s. 604; Koruculu, s. 352.

hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirine ilişkin hükümler bu cezalar bakımından söz konusu olmaz⁷⁰⁹.

Seçenek yaptırımlar kısa süreli hapis cezasının yerine uygulanmaktadır dolayısıyla mahkeme bu seçenek yaptırıma karar verdikten sonra faile ayrıca ceza veremez⁷¹⁰.

Mülga 647 Sayılı Kanun, adli para cezalarının da ertelenebileceğini düzenlediği için bu Kanun'un uygulanmasında kısa süreli hapis cezalarının yerine uygulanan adli para cezalarının ertelenmesi de mümkündür (m. 6); ancak mevcut düzenlemede adli para cezaları ertelenmediği için kısa süreli hapis cezalarının yerine uygulanan adli para cezaları da ertelenemeyecektir⁷¹¹.

3.1.3. Seçenek Yaptırımlara Çevrilmenin Koşulları

TCK'ya göre kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin bir takım koşullara bağlı olduğu görülmektedir. Gerekli olmakla birlikte yeterli olmayan ilk koşul olarak, seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilecek cezanın kısa süreli hapis cezası olması gerekir. Yani mahkeme somut cezayı bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olarak belirlediğinde bunu Kanun'da belirtilen seçenek yaptırımlardan birine çevirebilir. Mahkeme tarafından, ilgili suç tipi bakımından soyut olarak belirlenen cezanın, gerekli kanuni artırım ve indirim nedenlerini uyguladıktan sonra bir yıl veya bir yılın altında bir ceza olarak belirlenmesi halinde artık seçenek yaptırımlara çevrilme söz konusu olabilir. Basit taksirle işlenen suçlar söz konusu olduğunda, cezanın adli para cezasına çevrilmesi için belirlenen cezanın bir yıl veya bir yıldan az olma koşulu aranmaz. Bu suçlar bakımından uzun süreli bir cezaya hükmolunsa dahi bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkündür. Ancak bu istisna hüküm sadece, cezanın adli para cezasına çevrilmesini mümkün kılar; diğer seçenek yaptırımların uygulanma alanı bulması, taksirli suçlardan dolayı uzun süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde söz konusu değildir. Aynı şekilde bilinçli taksirle işlenen bir suç karşılığında uzun süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, adli para cezasına veya diğer yaptırımlara çevrilme de mümkün değildir

⁷⁰⁹ Eşitli, "Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar", s. 67.

⁷¹⁰ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 840.

⁷¹¹ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 840.

(TCK m. 50/4). Mahkemenin, manevi unsur bakımından değerlendirme yaparken, tespitini doğru yapması, bu hükmün uygulama alanı bulup bulmaması bakımından oldukça önemlidir⁷¹². Hükmedilen cezanın kısa süreli olması halinde, suçun kasten ya da taksirle işlenmiş olması, seçenek yaptırımlara çevrilme bakımından önem arz etmez.

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi bir zorunluluk değildir⁷¹³; kanun “*çevrilebilir*” demek suretiyle bu durumu hakimın takdirine bırakmıştır. Nitekim zorunlu olarak uygulanması emredilen bir hükmün cezanın bireyselleştirilmesine hizmet ettiği de söylenemez. Ancak TCK, bu hükmü, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, suçu işlediği tarihte on sekiz yaşını henüz tamamlamamış çocuklar ile altmış beş yaşını tamamlamış kişiler bakımından esnetmek istemiştir. Kanuna göre, bu kişilerin mahkum oldukları bir yıl veya daha kısa süreli hapis cezası, zorunlu olarak seçenek yaptırımlardan birine çevrilir (m. 50/3). Kanun, burada sadece adli para cezasına çevrilme gibi bir sınırlama getirmemiş, hükümde yer alan seçenek yaptırımlardan mahkemenin takdir edeceği birine çevrilmesini hüküm altına almıştır. Kanun koyucu aynı şekilde, kim tarafından işlenmiş olursa olsun otuz gün ve daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet hükümleri halinde de seçenek yaptırımlara çevrilmeyi zorunlu kılmıştır (m. 50/3). Bu durumda da otuz gün veya daha az süreli hapis cezasına mahkum edilen kişi bakımından da daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş ve bu cezanın kesinleşmemiş olması koşulu aranacaktır. Bu durumda seçenek yaptırıma çevrilme zorunlu kılınmış olmakla beraber, mahkemenin hangi seçenek tedbiri seçeceği konusunda takdir hakkı devam etmektedir⁷¹⁴. Kişi daha önce hapis cezasına mahkum edildiyse seçenek yaptırıma çevrilme, mahkemenin takdirine bağlı olacaktır⁷¹⁵.

Kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar bazı özel ceza kanunlarında da yer almaktadır. Söz gelimi, 5187 Sayılı Basın Kanunu’nda, seçenek yaptırımlara çevrilme yasağına ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre; “*düzeltilme*

⁷¹² Hüseyin İnce, **Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar**, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 168.

⁷¹³ Özbek ve Diğerleri, s. 609.

⁷¹⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 706.

⁷¹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 616.

ve cevabın yayımlanmaması” (m. 18) suçu ile “*basılmış eserleri engelleme, tahrip ve bozma*” (m. 22) suçu dışında Basın Kanunu’nda düzenlenen suçlar için hapis cezasına hükmedildiğinde bu ceza seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir. (m. 28)

Kişi, kısa süreli hapis cezasına hükmedilmeden önce tutuklanmış ve hükmedilecek cezayı tutuklu olarak infaz kurumunda geçirmiş ise artık ortada uygulanabilecek bir ceza kalmayacağı için, bu cezanın para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olmayacaktır⁷¹⁶; nitekim mahsup yoluyla ceza bireyselleştirilecektir.

Failin birden fazla suçu ile ilgili olarak birlikte görülen davalarda, seçenek yaptırımlara çevrilme için her cezanın, ayrı ayrı değerlendirilip kısa süreli olup olmadığının tespiti gerekir⁷¹⁷. Bu tespit failin toplam cezası üzerinden yapılamaz.

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin subjektif koşulunu, TCK m. 50/1’ de yer alan kriterler oluşturur. Buna göre; kısa süreli hapis cezası, “*suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere*” göre Kanun’da sayılı yaptırımlardan birine çevrilebilir.

3.1.4. Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar

TCK m. 50/1’de kısa süreli hapis cezasının hangi seçenek yaptırımlara çevrileceği sayma usulüyle belirlenmiştir. Buna göre kısa süreli hapis cezası; adli para cezasına; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine; en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya; sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan

⁷¹⁶ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: III, Beta Basım Yayın, 1989, s. 45.

⁷¹⁷ Özbek ve Diğerleri, s. 609.

yasaklanmaya; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirine çevrilebilecektir.

Kısa süreli hapis cezaları, seçenek yaptırımlara çevrildiğinde, uygulamada esas mahkûmiyet, çevrilen adlî para cezası veya tedbir olacak (m. 50/ 5), artık hapis cezası mahkumiyetinden söz edilemeyecektir. Bu sebeple sözgelimi, mahkeme, önceki hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilen kişinin, daha sonra işlemiş olduğu bir suçu dolayısıyla erteleme kararı verilip verilemeyeceğini değerlendirirken, hapis cezasının ertelenebilmesi için gerekli koşullardan biri olan *“daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma”* koşulunun sağlanmadığına, zira ortada eski bir hapis cezası mahkumiyeti bulunmadığına dikkat etmelidir.

3.1.4.1. Adlî Para Cezasına Çevrilme

Kısa süreli hapis cezası, failin kişiliğine, ekonomik ve sosyal durumuna, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa ve suçun işlenişindeki özelliklere göre adli para cezasına çevrilebilir. TCK’ya göre cezalar, -kısa veya uzun süreli- hapis cezası ve adli para cezası olarak ayrılır. Hapis cezasının kısa süreli olması halinde çevrilen adli para cezasının, “cezadan çevrilen bir güvenlik tedbiri” olduğuna dikkat etmek gerekir. Kısa süreli hapis cezası, uygulanması bakımından daha kolay ve bilindik olması sebebiyle sıklıkla adli para cezasına çevrilmektedir⁷¹⁸.

Kanun koyucu, cezaları soyut olarak belirlerken, adli para cezası verilmesinin uygun görüldüğü suçlar bakımından, suç tanımında hapis cezası ve adli para cezasını seçenek olarak düzenlemiştir. Bu suçlar söz konusu olduğunda, mahkeme hapis cezası veya adli para cezasından hangisi uygunsa onu uygulamaktadır. TCK’ da, suç tanımında adlî para cezası ile hapis cezasının birbirine seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, mahkemenin hapis cezasına hükmetmesi halinde, bu cezanın yeniden adli para cezasına çevrilmesini yasaklamaktadır (TCK m. 50/ 2). Hükümün amacı, imkanı varken adli para cezası seçeneğini tercih etmeyen mahkemenin daha sonra adli para cezasını seçenek yaptırım olarak tercih ederek çelişkiye düşmesini engellemektir.

⁷¹⁸ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.589; Koruculu, s. 366.

Nitekim bu sayede mahkemenin kendi işini uzatmasına da mani olunmaktadır⁷¹⁹. Öte yandan, soyut cezayı belirleyen kanun koyucunun, adli para cezasını, ilgili suç tipinde seçimlik ceza olarak belirlemediği durumlarda mahkemeye bu cezayı adli para cezasına çevirme imkanı tanınması da farklı bir çelişki yaratmaktadır. Nitekim kanun koyucu gerekli olduğu kanaatinde olsaydı, o suç tipinde seçimlik yaptırım olarak adli para cezasını düzenleyebilirdir. Bu sebeple, seçimlik ceza olarak belirlenebilecekken tercih edilmeyen suç tipleri bakımından, kısa süreli hapis cezalarına seçenек yaptırım olarak diğer tedbirlerin yanında adli para cezasının da bir tedbir olarak öngörölmüş olması gereksizdir⁷²⁰.

TCK m. 50/2 hükmü, adli para cezasının seçenек bir tedbir olarak öngörölmesinin gereksiz olduğu fikrini, destekler niteliktedir. Hükme göre, ilgili suçun karşılığı olarak hapis cezası ve adli para cezası seçimlik olarak öngörölmüş ve mahkeme tarafından tercihen hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza daha sonra kısa süreli olduğu gerekçesiyle adli para cezasına çevrilmez. 765 sayılı TCK döneminde, bu konuda açık bir düzenleme olmamakla beraber, uygulamada hapis cezası yaptırım olarak belirlendikten sonra bu cezanın adli para cezasına çevrilebileceği kabul edilmekteydi ve bu uygulama bir İBK⁷²¹'na dayanmaktaydı. Bu uygulama, 5237 sayılı Kanun, bu durumu açıkça yasakladıktan sonra son bulmuştur. Kanımca, kanun koyucunun, ilgili suç tipinde adli para cezasını seçimlik ceza olarak düzenleme imkanı varken, tercihini sadece hapis cezasından yana kullanmasının ardından, hükmü uygulayan mahkemeye, bu cezayı hapis cezasına çevirme imkanı tanımak da benzer şekilde çelişki yaratmaktadır.

Kısa süreli hapis cezalarının çevrileceği seçenек yaptırımlardan biri olarak adli para cezasının da öngörölmüş olması gereksiz ise de uygulamada, uygulanmasındaki kolaylık dolayısıyla en sık çevrilen seçenек yaptırım da adli para cezasıdır. Bu sebeple, olması gereken, adli para cezasının uygulanmasının gerekli göröldüğü suçlar bakımından, hapis cezasına seçenек yaptırım olarak adli para cezasını öngörürken, m. 50 kapsamında seçenек yaptırım olarak adli para cezasının uygulanmasına son vermektir. Bir diğer çözüm ise hapis cezası ve adli para cezasının

⁷¹⁹ Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 45.

⁷²⁰ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 840.

⁷²¹ YİBK, E. 1973/3, K. 1973/5, T. 24.12.1973.

seçimlik yaptırım olarak ilgili suç tipinde gösterilmeyip, kanun koyucunun gerektiğinde m. 50 uyarınca, hapis cezasını seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevirmesine müsaade etmektir. Her somut olayın özelliğine göre adli para cezasına çevrilip çevrilmemenin tespiti daha yerinde olacağından ikinci çözüm kanımca daha uygun olacaktır.

Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezası seçenek olarak öngörülmüşse ve mahkeme TCK m. 61 uyarınca cezayı belirlerken hapis cezasını seçmişse, bu hapis cezasının, koşulları sağlasa bile artık adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir⁷²² (m. 50/ 2). 765 Sayılı TCK'da, böyle bir yasak söz konusu olmadığından, hakimın seçimlik ceza olarak önce hapis cezasını seçip daha sonra bunu adli para cezasına çevrilebileceği görüşü hakimdi⁷²³. Burada hakimın, hapis cezasını adli para cezasına çevirirken dikkat etmesi gereken husus, çevrilen adli para cezasının miktar olarak suç tanımındaki adli para cezasının üst sınırından daha az⁷²⁴ olması idi; nitekim bu doğrultu bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile de, hükümde öngörülen adli para cezasının ancak alt sınırının aşılarak hüküm verilebileceği belirtilmişti⁷²⁵.

CMK'ya göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkeme, sanığın kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi üzerine hükmü açıklayacak, açıklanan hükümde yer alan hapis cezasının, şartları gerçekleştirdiği takdirde ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir (m. 231/ 11). Bu seçenek yaptırımlar, adli para cezası dışındaki yaptırımlardır. Nitekim Kanun burada adli para cezası veya seçenek yaptırımlar ifadesini değil sadece seçenek yaptırımlar ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle, seçenek yaptırımların içine adli para cezasının da dahil edilmesi yanlış bir uygulama yaratacaktır. Mahkemenin, seçimlik ceza olarak hapis cezasını

⁷²² “Seçimlik ceza öngören hakaret suçundan tercih edilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilemeyeceği gözetilmeyerek, TCK'nın 50/2. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir.” Y 4.CD, E. 2020/2670, K. 2022/9790, T. 11.4.2022.

⁷²³ Kayıhan İçel ve Diğerleri, Yaptırım Teorisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 141; Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi**, s. 323.

⁷²⁴ Önder, s. 65.

⁷²⁵ “Hakimin evvela maddedeki hapis cezasını vermiş olması sebebiyle nihai takdir hakkının kısıtlanamayacağı ve hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezasının 647 sayılı Kanunla para cezasına çevrilmesinin sözü edilen İnfaz Kanununun ruh ve amacına uygun düşeceği, bu nedenlerle İkinci Ceza Dairesi karar ve içtihadının yerinde olduğu, ayrıca çevrilme sonunda kanun maddesinde yazılı para cezasının aşağı haddinin aşılabileceği görüşüne varılmıştır.” İBK, T. 24.12.1973.

seçmesinin ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi durumunda, denetim süresinde işlenen bir suç sebebiyle hüküm açıklanırken, bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi de mümkün değildir⁷²⁶. Mahkeme, bu durumda hükmedilen cezayı adli para cezasına çevirmekten yasaklamışsa da bu yasak sadece adli para cezası bakımından geçerlidir; cezanın diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür⁷²⁷.

Adli para cezasına çevrilme tedbiri, diğer seçenek yaptırımlardan farklı değerlendirilmekte ve seçenek tedbirlerin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler yaparken de ikiliğe sebep olmaktadır. Kanımca seçenek tedbirler, adli para cezası da dahil güvenlik tedbirleridir. Adli para cezası da, bu hüküm kapsamında hükmedildiğinde, ilk olarak hükmedilen adli para cezasından nitelik olarak farklılaşmış bir yaptırımdır. Bu sebeple kısa süreli hapis cezasının çevrildiği adli para cezasının da güvenlik tedbiri olarak kabulü gerekmektedir. Ancak bu ikiliğin ya da fikir ayrılığının ortadan kalması bakımından yapılması gereken adli para cezasının seçenek yaptırımlar kapsamından çıkarılmasıdır. Nitekim bir suç için adli para cezasının uygulanmasını isteyen kanun koyucu bunu cezanın soyut belirlenmesi aşamasında belirlemesi mümkündür.

3.1.4.2. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi

Kısa süreli kabul edilen hapis cezaları, suç dolayısıyla mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şeklinde bir yaptırıma çevrilmesi mümkündür. Zararın giderilmesi ya söz konusu zararın aynen iade edilmesi ya durumun suç işlenmeden önceki hale döndürülmesi ya da zararın tazmin edilmesi suretiyle mümkündür. Bu seçenek yaptırım da, diğer seçenek yaptırımlar gibi bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmekle beraber niteliği gereği, tıpkı seçenek yaptırım

⁷²⁶ “Sanık hakkında “2 ay 15 gün” hapis cezasına hükmedildiği, hükmün sanık müdafii tarafından temyizi üzerine 5271 Sayılı CMK’nin 231. maddesi yönünden değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile bozulduğu, bozma sonrası yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle mahkemece açıklanması geri bırakılan hükmün aynen açıklanması yetinilmesi gerekirken, hapis cezasının adli para cezasına çevrilerek CMK’nin 231/11. maddesine aykırı hareket edilmesi, sanık hakkında TCK 86/2. maddesinde belirlenen seçimlik cezalardan hapis cezası tercih edilmiş olmasına rağmen daha sonra bu cezanın aynı yasanın 50/2. maddesine aykırı şekilde adli para cezasına çevrilmesi, hatalıdır.” Y. 1CD, E. 2022/4825, K. 2022/5002, T. 14.6.2022.

⁷²⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 618.

olan adli para cezası için geçerli olduğu gibi, klasik güvenlik tedbiri kavramından farklıdır.

Mağdura veya kamuya verilen zararın tazmin edilmesi, ceza hukukunda bazı kurumlar bakımından öngörülmüş bir koşuldur. Sözelimi hapis cezasının ertelenmesinde bu bir koşul olarak mahkemece belirlenebilmekte ve bu koşul gerçekleşmediği müddetçe erteleme kararı verilememektedir. Benzer şekilde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/2) veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/5) kararlarının verilebilmesi için gerçekleşmesi şart olan koşullardan biri de mağdur ve kamunun uğradığı zararın giderilmesidir. Bu kurumlarının hiçbirisi bakımından zararın giderilmesi bir yaptırım olarak belirlenmemiş; yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağının bir koşulu olarak öngörülmüştür. Bu sebeple de mağdurun ve kamunun uğradığı zararın giderilmesi niteliği itibariyle diğer seçenek yaptırımlara benzememekte, güvenlik tedbiri özelliği göstermemektedir. Zararın giderilmemesinin sonucu, seçenek yaptırıma çevrilen hapis cezasının infaz edilmesidir. Zararın cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin sağlanması, fail üzerinde böyle bir baskı aracı bulunması söz konusu değildir; bu sebeple bu seçenek yaptırımının güvenlik tedbiri hatta bir yaptırım olduğunu kabul etmek de zordur⁷²⁸.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi için kanunda üç şekil öngörülmüştür. Mahkeme hükmünde, tarafların menfaatlerini de gözетerek hangi şekil ile zararın giderilmesinin beklendiğini mutlaka belirtmelidir⁷²⁹. Bu sayede, olası tereddütlerinden de önüne geçilmiş olur⁷³⁰.

Zararın giderilmesinin *ilk şekli*, zarar gören suç konusunun aynen iade edilmesidir. Aynen iade, ancak aynen iade edilebilecek eşyalar bakımından söz konusu olabilir. Bu sebeple, her somut olayda iadenin mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerekir⁷³¹. *İkinci şekli*, suç işlenmesiyle birlikte oluşan zarar, hiç oluşmamışken mevcut olan duruma dönülmesi yani durumun suçtan önceki hale

⁷²⁸ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 841.

⁷²⁹ Soner Hamza Çetin, **Türk Ceza Hukukunda Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 171; Koruculu s. 373.

⁷³⁰ Çetin, s. 171.

⁷³¹ Çetin, s. 170.

getirilmesidir. Zararın bu yolla giderilmesi, zarara uğrayan eşyanın söz gelimi onarılması, suç yoluyla çalışmaz hale geldiyse yeniden çalışır hale getirilmesiyle sağlanır. Bu yol la zararın giderilebilmesi için, maddi ve onarma, yeniden çalışır hale getirme gibi yöntemlerle eski hale getirmenin mümkün olduğu durumlarda söz konusu olabilir⁷³². *Üçüncü şekli* ise zararın tazmin edilmek suretiyle tamamen giderilmesidir. Giderilmesi gereken zarar, mağdurun veya kamunun uğradığı maddi zararın⁷³³ yanında manevi zararı da kapsar. “*Zararın tamamen giderilmesi*” ifadesi, giderilmesi gereken şeyin ölçülüp tartılabilir olduğu şeklinde yorumlanabilmektedir.⁷³⁴ Ancak kanımızca “*tamamen*” ifadesi her türlü zararın karşılanmasının beklendiğini göstermektedir; bu sebeple mağdur veya kamu, manevi bir zarara uğradıysa bu zararın da tamamen giderilmesi gerekir; aksi takdirde zararın tamamen giderildiği söylenemez. Üstelik bu hükmün sadece maddi zararların ödetilmesini amaçladığı da söylenemez⁷³⁵.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik’e göre; zararın karşılanması için otuz günlük bir süre öngörülmüştür, bu süre içinde zarar giderilmediği takdirde, bu durum Cumhuriyet başsavcılığınca, infaz hâkimliğine bildirilecektir (Yön. m. 38/ 2, m. 38/ 3-ç). Bu durumda da infaz hakimi, seçenek yaptırımın gereğinin yerine getirilmemiş olması sebebiyle hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verecektir. Mahkeme, tazmin suretiyle zararın giderilmesine karar verdikten sonra, tazminatın miktarını da kararda belirtmeli, ayrıca kararda tazminatın miktarını belirlemek için gerekli olan her türlü bilgiye de yer verilmelidir⁷³⁶. Mahkeme zararın taksitler halinde ödenmesine karar veremez. Nitekim kanun, zararın defaten ya da taksitli bir şekilde ödenebileceğiyle ilgili bir belirleme yapmamıştır⁷³⁷.

TCK, bazı suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümleri getirmiştir. Sözelimi, dolandırıcılık suçunu işleyen bir kişi, bu suçu tamamlandıktan sonra ve

⁷³² Çetin, 170.

⁷³³ Sadece maddi zararın tazminine karar verilebileceği görüşü için bkz. Özgenç, **Genel Hükümler** s. 841.

⁷³⁴ Mehmet Maden, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 196.

⁷³⁵ Koruculu, s. 374.

⁷³⁶ Çetin, s. 172.

⁷³⁷ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 841.

fakat bu nedenle hakkında henüz kovuşturma başlamadan önce, bizzat pişmanlık göstererek *mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderirse* cezasında indirim yapılır (TCK m. 168/ 1). Etkin pişmanlık dolayısıyla cezada indirim yapılmasıyla verilecek ceza kısa süreli hapis cezasına dönüşürse, bu cezanın seçenek yaptırım olarak yeniden *mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi* tedbirine hükmedilip hükmedilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki etkin pişmanlığın uygulanma koşulu olan zararın tazmin edilmesi, cezayı etkileyen bir sebeptir ve cezanın indirilmesini sağlar ancak cezayı ortadan kaldırmaz; seçenek bir yaptırım ya da güvenlik tedbiri de değildir⁷³⁸. Bu yönüyle TCK m. 50/ 1- b ve m. 168/ 1 düzenlemelerini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayrıma değindikten sonra iki hükmün birlikte uygulanıp uygulanmayacağıının belirlenmesi gerekir. TCK m. 168 ve diğer indirim öngörülen etkin pişmanlığa ilişkin hükümler uygulanabilmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesiyle olur. Mahkemenin etkin pişmanlık hükmünü uygularken zararın bir kısmının karşılanmasını şart koşması da mümkün olmadığına ve bu şekilde zarar giderildiğine göre, ortada giderilmesi gereken bir zarar da kalmayacaktır⁷³⁹. Bu sebeple, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasından sonra indirilmiş ceza kısa süreli hapis cezası ise, bu cezanın m. 50/1-b dışında kalan diğer tedbirlerden birine çevrilmesi gerekir. Nitekim zarar yoksa m. 50/1-b seçenek yaptırımın uygulanmasında da bir gereklilik bulunmamaktadır. Sanığın etkin pişmanlık hükmünden yararlandırılmaması durumunda ise hükmedilen hapis cezası m. 50/ 1- b dahil olmak üzere herhangi bir seçenek yaptırımlara çevrilebilir.

3.1.4.3. Bir Eğitim Kurumuna Devam Etme

Kısa süreli hapis cezaları, failin bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme

⁷³⁸ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 617.

⁷³⁹ Özbek Doğan ve Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 617; Eşitli, s. 84; Koruculu, s. 371.

tedbirine çevrilebilir (m. 50/ 1- c). Bu tedbirin nasıl uygulanacağı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde detaylı olarak düzenlenmiştir⁷⁴⁰.

Bir eğitim kurumuna devam etme seçeneği yaptırımı için alt sınır iki yıl olarak belirlenmişken, bu eğitimin en fazla ne kadar sürebileceğine ilişkin TCK'da herhangi bir sınırlama yapılmamıştır⁷⁴¹. Mülga 647 Sayılı Kanunda, tam aksi bir düzenleme bulunmakta, eğitim kurumuna devam süresiyle ilgili bir alt sınır söz konusu değilken, eğitimin en fazla altı ay süreceği hükme bağlanmıştı (m. 4). Mevcut düzenlemeye göre ise bu süre, hayatın olağan akışı içinde söz konusu eğitimin tamamlanması için beklenen süre kadar olmalıdır ve süreyi mahkeme takdir etmelidir. Mahkemenin, tedbiri uygularken süre belirtmemesi hukuka aykırı olacaktır⁷⁴².

Eğitim tedbirinin iki yıl olarak belirlenmiş olması öğretide eleştirilmektedir⁷⁴³. Gerçekten de iki yıllık sürenin hangi husus düşünülmekle belirlendiği anlaşılamamaktadır. Eğitimin “*meslek ve sanat edinilmesinin sağlanması*

⁷⁴⁰ Yönetmelik m. 63: “(1) Eğitim kurumuna devam etme; mahkemelerce hükümlünün kişisel, sosyal ve eğitim durumu dikkate alınarak, en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeyi zorunlu kılan seçeneği yaptırımdır. (2) Eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infazında; hükümlünün yaşı, eğitim ve sağlık durumu, yaşadığı yerde bulunan eğitim kurumlarının kapasitesi ve kuruma kabul şartları dikkate alınır. (3) Eğitim kurumuna devam etme yaptırımının yerine getirilmesi kapsamında hükümlünün eğitim kurumuna kayıt işlemleri gerektiğinde yetişkinler için eğitim ve iyileştirme bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı, suça sürüklenen çocuklar için ise çocuk hizmetleri bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı refakatiyle yapılır. (4) Bu yaptırımın infazı için, okul yönetimi veya rehberlik servisi ile iş birliği yapılır. Eğitim kurumundan iş birliği yapılacak rehber ya da sorumlu öğretmen belirlenmesi istenir. İş birliği yapılacak öğretmene; yaptırımın amacı, süresi ve yapılacak çalışmalar konusunda eğitim ve iyileştirme bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı tarafından bilgi verilir. İş birliği yapılacak öğretmenden; hükümlünün okuldaki durumu, davranışları, sosyal uyumu, sorumluluk bilincindeki gelişmeleri ile ailesi hakkında bilgi alınır ve yürütülecek rehberlik çalışmalarına destek vermesi istenir. Suça sürüklenen çocuklar için bu çalışmalar çocuk hizmetleri bürosu tarafından yerine getirilir. (5) Bu yaptırımın uygulanmasında; hükümlünün durumu okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler haricinde kimseyle paylaşılamaz. Okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler ifşa olmaması ve dışlanmaması için hükümlünün durumunu okul çalışanları ve diğer kişiler ile paylaşamaz. Bu konuda okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler bilgilendirilir. (6) Eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infazı; hükümlünün denetim planında belirlenen kurumdaki programa başlaması ile başlar ve mahkeme kararında belirtilen sürenin tamamlanmasıyla sona erer.”

⁷⁴¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 619.

⁷⁴² “Suça sürüklenen çocuk hakkında iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçundan hükmolunan kısa süreli hapis cezası 5237 Sayılı TCK'nın 50/1-c maddesi gereğince, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme” seçeneği yaptırımına çevrilirken, seçeneği yaptırımın uygulanma süresinin açıkça belirtilmesi gerektiği gözetilmeden, infazda duraksamaya neden olacak şekilde sürenin “en az 2 yıl” olarak öngörülmesi bozma nedenidir.” Y. 2. CD, E. 2019/12824, K. 2019/18922, T. 9.12.2019.

⁷⁴³ Özgenç, Genel Hükümler, m. 841.

amacıyla” verildiği belirtildiği için, tedbirin uygulanacağı kişinin bir meslek ve sanat sahibi olmaması gerekir⁷⁴⁴. Henüz lise öğrenimini tamamlamamış bir sanıkla ilgili bu tedbir uygulanacaksa, tedbirin önceliği sanığın lise öğreniminin tamamlanması olmalıdır. Nitekim bu kişiler de henüz meslek ve sanat sahibi değildir ve tedbir lise öğrenimini tamamlamak şeklinde de uygulanabilir⁷⁴⁵. Örneğin lise öğreniminin son yılında olan sanık için mahkeme bu eğitimin tamamlanmasına karar verdiğinde, bir yıl dolduğunda eğitim tamamlanmış olacaktır⁷⁴⁶; bu durumda en az iki yıl eğitime devam etme şartı sağlanamayacaktır. Bu zorunluluk mahkemeye daha sonra mecburen başka bir eğitim programı belirleme gibi bir yük yüklemektedir. Bu sebeple iki yıl olarak üst sınırın kaldırılması ve somut olayın özelliklerine göre eğitimin süresinin miktarını belirleme yetkisinin tamamen hakimın takdirine bırakılması daha yerinde olacaktır.

3.1.4.4. Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma

Kısa süreli hapis cezası, mahkûmiyete konu cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, sanığın belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan men edilmesi tedbirine çevrilebilir (m. 50/ 1- d). Mülga 647 sayılı Kanunda, bu tedbirin en fazla bir yıl süreyle yasaklanmayı mümkün kılacağı belirtilmişti (m. 4).

Belirli yerlere gitmek ya da belirli etkinlikleri yapmaktan men edilmekten ne anlaşılması gerektiği Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Buna göre: *“Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma; mahkemelerce hükümlünün kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile tekrar suç işleme riski göz önüne alınarak iyileştirmeyi ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan, hükümlünün mahkûm olduğu hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmesini veya belirli etkinlikleri yapmasını yasaklayan seçenek yaptırımdır. Belirli yerler veya etkinlikler; hükümlünün suç işlemesinde, suça yönelmesinde ya da zararlı alışkanlıklar edinmesinde veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan*

⁷⁴⁴ Koca ve Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 432; Koruculu, s. 375.

⁷⁴⁵ Özgenç, **Genel Hükümler**, m. 841.

⁷⁴⁶ Özgenç, **Genel Hükümler**, m. 841.

ya da hükümlünün yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerdir.” (Yönetmelik m. 64). Dolayısıyla sanığın nereye gidemeyeceği, hangi etkinlikleri yapamayacağına ilişkin belirlemeyi mahkeme yapacak, bu belirlemeyi yaparken de somut olayı Yönetmelikte belirtilen hususlar çerçevesinde değerlendirecek ve tedbiri hukuka uygun bir şekilde uygulayacaktır. Mahkemenin burada dikkat etmesi gereken husus bu belirlemeyi yaparken; denetlenebilir, işlenen suçun niteliğine uygun, sanığın yeniden suç işlemesini önleyebilecek bir yaptırım belirlemeli ve bu yaptırımın içeriğini ve süresini açıkça kararda belirtmelidir⁷⁴⁷. Sanığın bu tedbir kapsamında sözgelimi meyhaneye gitmesinin yasaklandığının kararda belirtilmesi yeterli olup, mutlaka belirli bir meyhane olarak ifade edilmesi şart değildir⁷⁴⁸. Ancak burada belirli yerlere gitmekten men edilme tedbiri uygulanırken sanığın temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturacak şekilde belirlemeler yapılması da hukuka aykırı olacaktır⁷⁴⁹. Alkol bağımlılığı dolayısıyla meyhaneye gitmesinin yasaklanmasında hukuki menfaat olsa da, tedbirin sınırının çok geniş olması sanığın temel hak ve özgürlüğünü beklenenin üzerinde ihlal edebilir.

Tedbir kapsamında gidilmesi engellenen yer veya men edilen etkinliğin, işlenen suçla ilgili⁷⁵⁰ olması, yeniden suç işlenmesi bakımından elverişli bir yer veya etkinlik olması gerekir⁷⁵¹; aksi takdirde tedbirin amacına ulaşacağını söylemek mümkün olmaz⁷⁵².

⁷⁴⁷ “Sanık hakkında tayin olunan kısa süreli hapis cezasının ve kanun koyucunun amacına uygun, denetime elverişli, işlenen suçun niteliğine uygun, yeniden suç işlemesini önleyebilecek bir yaptırma çevrilmesi gerektiği gözetilmeden infaz ve denetim olanağı bulunmayacak şekilde "5 ay süreyle alkollü içki satışı yapılan yerlere gitmekten yasaklanması tedbirine çevrilmesine" ve "10 ay süreyle alkollü içki satışı yapılan yerlere gitmekten yasaklanması tedbirine çevrilmesine" biçiminde seçenek yaptırımlarına çevrilmesi hatalıdır.” Y 7. CD, E. 2021/15541, K. 2022/7281, T. 12.4.2022.

⁷⁴⁸ Önder, s. 47.

⁷⁴⁹ Koruculu, s. 377.

⁷⁵⁰ Çetin, Seçenek Yaptırımlar, s. 193.

⁷⁵¹ Hafızogulları, Ceza ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82; Özbek ve Diğerleri, s. 620.

⁷⁵² “Bu bağlamda suça sürüklenen çocuk hakkında hükmedilecek seçenek yaptırımın infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, suça sürüklenen çocuğun yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, suça sürüklenen çocuğun sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken, kanunlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak niteliğinde olması gerektiği ve suça sürüklenen çocuğun PVSK'nın 12/2. maddesine göre girmesi zaten yasak olan kahvehane, bilyardo ve oyun salonları ile internet kafelere giremeyeceği gözetilerek suça sürüklenen çocuk hakkında hükmedilen hapis

Bu tedbirin süresi Kanunda sınırlandırılmıştır. Buna göre, sanığın belli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması tedbiri, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süre ile sınırlı olarak verilir.

3.1.4.5. Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınmasına, Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma

Kısa süreli hapis cezası, seçenек yaptırım olarak sanığın ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ve belli bir mesleği ve sanatı yapmaktan yasaklanması tedbirine çevrilerek infaz edilebilir⁷⁵³. Tedbir, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle uygulanabilir.

Söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için bu ehliyet ve ruhsatın, yerine getirilen meslek ve sanatın sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması şarttır. Yani suç ya kasten bu yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle işlenir ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirle işlenir. Geri alınan ehliyet ve ruhsat bir mesleği yerine getirme amacıyla verilmiş bir ehliyet ve ruhsat olduğu takdirde suçun konusunu oluşturur. Dolayısıyla mesleğini şoförlük yaparak sağlamadığı bir müddetçe bir kişinin sürücü ehliyetinin alınması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir⁷⁵⁴.

cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/1-d maddesine göre bir başka tedbire ya da TCK'nın 50/1. maddesinde belirtilen diğer seçenек yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanun'un 50/1-d maddesi uyarınca " 8 ay 20 gün süreyle kahvehanelere gitmekten yasaklanması" seçenек yaptırımına çevrilmesi bozmayı gerektirmiş..." Y. 2. CD, E. 2021/11485, K. 2021/20729, T. 7.12.2021.

⁷⁵³ İnfazın nasıl yapılacağı CGTİHK m. 51/5' te düzenlenmiştir: Buna göre "Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı: a) Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, hükümlünün ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması şeklinde yerine getirilir, b) Kesinleşen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımını içeren ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca, ilâm denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Başvurması halinde hükümlüye belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenек yaptırımın infazına başlanmaması hâlinde durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir."

⁷⁵⁴ Koruculu, s. 380.

3.1.4.6. Gönüllü Olarak Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma

Kısa süreli hapis cezaları, mahkûm olunan cezanın yarısından az, bir katı kadarından fazla olmayacak bir süreyle ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılma şeklinde çektirilebilir. Bu seçenek yaptırım, hükümlünün sahip olması gereken sorumluluk bilincinin gelişmesine katkı sağlarken, hem hükümlünün yetenekleri hem de kamuya yararlı işin niteliğini birlikte değerlendirip işlevsel bir şekilde gerçekleştirilirse, ücretsiz ve verimli bir iş gücü sağlaması sebebiyle devlet bütçesine katkı sağlayacaktır⁷⁵⁵.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırmadan ne anlaşılması gerektiği CGTİHK m. 105/ 1’ de ifade edilmiştir. Buna göre kamuya yararlı bir işte çalıştırma; *“hükümlünün, ücretsiz olarak iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde”* çalıştırılması anlamını taşır. Hükümlü, bu tedbir kapsamında ücret almadan ve geçici ya da sürekli bir kadro işgal etmeden çalıştırılabilir⁷⁵⁶. Osmanlı döneminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine benzer bir tedbir olarak kürek cezası uygulanmaktaydı ancak bu ceza uygulanma şekliyle hapis cezasından daha ağırdı⁷⁵⁷ ve kişinin kabulüne bağlı olmaksızın uygulanıyordu. TCK m. 51/1-f tedbiri ise zorla uygulanabilecek şekilde düzenlenmemesi sebebiyle bu tedbirden farklıdır. 765 Sayılı TCK, çalıştırma tedbirini, hafif hapis cezalarına seçenek olarak düzenlemiştir. Buna göre Kanun’un belirlediği durumlarda hafif para cezası, bazı imalâthanelerde veya kamu ve belediye işlerinde kullanılmak suretiyle de çektirilebilirdi. (m. 22).

5237 Sayılı TCK, çalıştırılmanın kamuya yararlı bir işte olmasını aramaktadır. Bu seçenek tedbirin uygulanması bakımından aranan bir koşul daha mevcuttur; buna göre ancak kişinin gönüllü olması şartıyla bu tedbir uygulama alanı bulabilir. Gönüllülük söz konusu değilse, kişi çalışmak istemiyorsa bu durumda başka bir seçenek tedbirin gündeme gelmesi gerekir. Bu sebeple, Kanun bunu ayrıca

⁷⁵⁵ Vehbi Kadri Kamer, “Denetimli Serbestlik”, **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, (703-710), s. 706.

⁷⁵⁶ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1170.

⁷⁵⁷ Musa Kaya, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 20, S. 3 (257-296), s. 259.

ifade etmemişse de Yargıtay' a göre, sanığa kamuya yararlı bir işte çalışmayı isteyip istemediği sorulmalı, reddetme hakkı olduğu belirtilmeli⁷⁵⁸ çalışmayı istediğini beyan etmediği müddetçe bu tedbire çevrilme mümkün olmamalıdır⁷⁵⁹. Hatta sanık çalışmayı kabul edip etmemek konusunda özgür olmakla beraber, hangi işyerinde çalışacağına ilişkin de iradesine dikkat edilmesi gerekir⁷⁶⁰, mümkünse seçenekler sunulmalı ve kişi hangi işte çalışacağına da karar verebilmelidir. Gönüllülük şartının öngörülmesinin sebebi kuşkusuz AY m. 18/1 gereği zorla çalıştırmanın ve angaryanın yasaklanmış olmasından ileri gelir⁷⁶¹. Bu sebeple kişinin çalışmaya zorlanması mümkün değildir. Ancak gönüllülük şartının aranıyor olması, bu tedbirin yaptırım olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır⁷⁶². Gönüllülük esasının belirlenmiş olması; Yargıtay'ın kamuya yararlı bir işte çalışmanın, sanık tarafından mutlaka açıkça kabul edilmesi halinde uygulanabileceğini vurgulamasına rağmen, hükümlünün bu beyanının gerçek iradesini yansıtır şekilde tezahürünün, devlet ve hükümlü arasındaki güç dengesi dikkate alındığında, zor olduğunu kabul gerekir.

Kısa süreli hapis cezası kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilecek olan hükümlünün, başka bir suç dolayısıyla hapis cezasına mahkum edilmiş olması halinde tedbirin değiştirilmesi gerekecektir⁷⁶³. Zira hükümlünün infaz kurumunda olup aynı zamanda çalıştırılması mümkün değildir, öncelikli olarak hapis cezasının infaz edilmesi gerekir.

Kamuya yararlı işte çalıştırma tedbiri bakımından çalışma saatleri en az iki en fazla sekiz saat olacak şekilde düzenlenir (CGTİHK m. 105). Denetimli serbestlik müdürlükleri, görev yaptıkları bölgede, bu şekilde çalıştırma için ihtiyaç ve

⁷⁵⁸ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1171.

⁷⁵⁹ “*sanığın gönüllü olması halinde cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevrilebileceği nazara alındığında, 19/07/2021 tarihinde sanığa tebliğ edilen şerhli tebligatta "...seçenek yaptırıma çevrilmesi halinde hükmolunan cezanın bir katına kadar süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya gönüllü olup olmadığını yukarıda sözü edilen 15 gün içerisinde sunacağı yazılı dilekçesinde bildirmesi; bildirmediği takdirde tüm bu hususları reddettiğinin kabul edileceğinin ihtarına,..." şeklinde açıklamaya yer verilmesine karşın, sanığın sözlü ya da yazılı bir savunmada bulunmadığı gibi kamuya yararlı bir işte çalışmak isteyip istemediğine dair de bir beyanının alınmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.*” Y. 6. CD, E. 2023/17361, K. 2023/12648, T. 21.9.2023.

⁷⁶⁰ Kaya, s. 274.

⁷⁶¹ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1171.

⁷⁶² Çetin, s. 218; gönüllük şartının tedbirin hukuki niteliği bakımından çelişki oluşturduğu görüşü için bkz. Ayvaz Cebre, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı”, **TAAD**, 2012, Y. 3, S.10, (687-718), s. 705.

⁷⁶³ Mahmutoglu ve Karadeniz, s. 1172.

alabilecekleri hizmete ilişkin bilgi alabilmek adına kurumlarla iletişim halinde olurlar ve böyle bir liste oluşturup planlama yapabilirler (CGTİHK m. 105/ 2). Tedbirin nasıl infaz edileceği Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte düzenlenmiştir⁷⁶⁴. Tüzük m. 51/6' ya göre; *“kesinleşen kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımını içeren ilâm Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca ilâm, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından, yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması hâlinde durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.”*

3.1.5. Seçenek Yaptırımlara Çevrilmenin Sonuçları

Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, infaz hâkimliği kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz. Hükmedilen seçenek

⁷⁶⁴ Tüzük m. 51/6): “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazı: a) Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, bir kamu kurumu veya kuruluşunda belirli hizmetlerde, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla ücretsiz olarak çalıştırılmasıdır, b) Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu, bölgesinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında hükümlülerin ne suretle çalıştırabileceklerine ilişkin olarak bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemeye verilir. Mahkeme bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır, c) Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez, d) İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir, e) Çalışma süresinin hesabında hükümlünün çalıştığı kurumun bu konudaki mevzuatı esas alınır, f) Kesinleşen kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımını içeren ilâm Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca ilâm, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından, yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması hâlinde durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.”

tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, infaz hâkimliğince tedbir değiştirilir (TCK m. 50/ 6).

3.2. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ

3.2.1. Genel Olarak

Hapis cezasının ertelenmesi, cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılan önemli bir araçtır. Hapis cezasının ertelenmesi kurumu, TCK m. 51’de düzenlenmiştir. Hapis cezasının ertelenmesinde mahkeme cezaya hükmeder ancak Kanun’da yazılı şartların varlığı söz konusu olduğunda, bu hükmün infazını bir süre erteler. İşlediği bir suç dolayısıyla hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı ceza uygulanmasına karar verilmiş kişilerin bu cezalarının uygulanmasının bir süre geri bırakılmasına erteleme denir⁷⁶⁵.

Hapis cezasının ertelenmesi TCK’da düzenlenmiş olmasına rağmen bir infaz hukuku kurumudur. TCK m. 7/3’e göre; *“hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler”* zaman bakımından derhal uygulanma ilkesine tabidir. Erteleme, söz konusu hükme göre, derhal uygulama ilkesine tabi olmamakla beraber bir infaz rejimi kurumudur. Hakim somut olayda cezayı belirledikten sonra bu cezanın infaz edilip edilemeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapar. Erteleme hükmün verilmesinin ardından cezanın infazından şartlı olarak vazgeçilmesini ifade eder⁷⁶⁶.

TCK m. 51’de düzenlenen erteleme, mahkeme tarafından verilen hükmün, henüz infazına başlanmadan ertelenmesidir. Gerek CMK’da gerek infaz kanununda ertelemeye benzer düzenlemeler mevcuttur. Hapis cezasının infazının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi; TCK m. 51’ de öngörülen erteleme kurumuna benzer kurumlardır. Bu kurumların ortak özelliği, suç işlemiş olan kişinin infaz kurumuna girmeksizin ya da hükmün infazına infaz kurumu dışında devam edilmek suretiyle uygulanmasıdır. Ancak kurumlar sonuçları ve bazı uygulanma koşulları bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

⁷⁶⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 731.

⁷⁶⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 664; Soyaslan, 612; Türkan Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava Ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” un Hukuksal Niteliği Ve Sonuçları”, **TBBD**, C. 18, (149-195), 165.

TCK m. 51'deki düzenlemeden önce, 647 sayılı mülga Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenen erteleme (tecil), sadece hapis cezasına mahkumiyet halinde değil, yalnızca adli para cezasına mahkumiyet halinde de uygulanmaktaydı⁷⁶⁷. Mevcut düzenlemede sadece hapis cezaları ertelenebilir; adli para cezaları, hapis cezaları ile birlikte hükmedilip hükmedilmediğine bakılmaksızın, ertelemeye konu olamaz. Söz konusu adli para cezası hapis cezasından çevrilmiş olsa dahi ertelenemez⁷⁶⁸, nitekim burada asıl mahkumiyet seçenek yaptırım olarak çevrilen adli para cezasıdır (TCK m. 50/5).

Erteleme sanık açısından bir hak değildir⁷⁶⁹; izlenen ceza politikası gereği takdiren uygulanan bir tedbirdir. Kişi cezanın ertelenmesini talep etmese dahi mahkeme erteleme kararı verebilir⁷⁷⁰.

3.2.2. Ertelemenin Amacı

Cezanın ertelenmesi, yani hükmün açıklanmasından sonra cezanın infazından şartlı olarak vazgeçilmesi⁷⁷¹, kesinleşmiş her hükmün mutlaka infazının gerektiği kuralından sanık lehine vazgeçilmesi demektir. Zira erteleme cezaların bireyselleştirilmesi amacını sağlamaya yönelik önemli bir araçtır ve suç işleyen kişilerin bazıları bakımından cezanın infazının mutlak bir zorunluluk olmaması nedeniyle, uygulanması gereklidir⁷⁷².

Erteleme kurumunun gerekliliği tartışılmakla beraber, söz konusu kurumun sakıncalı görülen yanları vardır. Hapis cezalarına hükmedilmesi ile birlikte aslında o hapis cezalarının infaz edilmesi sağlanmalıdır. Cezaların infaz edilmemesi, cezanın

⁷⁶⁷ 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 6'da erteleme (tecil) şu şekilde düzenlenmekteydi: *"Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde erteleme sebebi hükmünde yazılır. Suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış olanlar ile 65 yaşını ikmal etmiş bulunanların mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki yıldan, hapis veya hafif hapis cezası üç yıldan fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanabilir. Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askerî suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır."*

⁷⁶⁸ Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 731.

⁷⁶⁹ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 611.

⁷⁷⁰ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 611.

⁷⁷¹ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 664.

⁷⁷² Yalçın Sancar, "Erteleme", s. 165.

infaz edilmediğini gören kimseler nezdinde cezasızlık algısı yaratabilir. Bu durum da cezanın genel önleme özelliğinin gerçekleşmesinin önünde bir engel durum yaratır⁷⁷³. Erteleme, cezanın kesinliğini engeller ve bu husus cezanın genel amaçları ile bağdaşmaz⁷⁷⁴.

Erteleme, cezanın kesinleşmesini engellemesi bakımından cezalandırmanın genel önleme amacı ile uyuşmuyor olmasına rağmen, cezanın sebep olduğu birtakım olumsuz sonuçların önüne geçmesi bakımından önemlidir. Erteleme kurumunun kabul edilmesinin en temel amacı hapis cezasının muhtemel sakıncalarının önüne geçmektir. Bazen, hapis cezasının infaz edilmesinin faydasından çok zararı olur⁷⁷⁵ ve bu durum da cezalandırmanın amacına uygun düşmez⁷⁷⁶ ve muhtemel suçlular yaratılmasına sebep olabilir⁷⁷⁷. Erteleme, bilhassa kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını gidermeye yardımcı olur. Kısa süreliğine cezaevine girmenin hükümlüyü ıslah etmekten ziyade tam tersi sonuçlar doğuracağı muhakkaktır; nitekim başka suçlularla tanışıp kaynaşabilir, suç işleme eğiliminde artış görülebilir, aileden kısa süreli kopuşa neden olacağı için de şüphesiz bireyin kişiliği üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilir⁷⁷⁸.

Erteleme, kurumu az bir cezaya mahkum edilen şahsın cezaevine girmiş olmaktan kaynaklı olumsuzluklardan etkilenmemesi sağlanmakta ama aynı zamanda yapılan eylem cezadan yoksun kalmamaktadır⁷⁷⁹. Tesadüfi suçlu olarak ifade edilen, ilk defa suç işlemiş kimselerin cezaevinin olumsuzluklarından etkilenmemesi erteleme kurumu gibi kurumların kapsamının genişlemesi ile mümkün olmaktadır⁷⁸⁰.

⁷⁷³ Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. 2**, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 281.

⁷⁷⁴ Yalçın Sancar, “Erteleme”, s. 166.

⁷⁷⁵ Bedeni cezaların yerine özgürlüğü bağlayıcı cezaların öngörülmesiyle birlikte beklenen, hapis cezalarının hükümlüyü topluma yeniden kazandırma amacının gerçekleşmesi uzun bir süreçtir. Başlangıçta, cezaevine giren hükümlünün, daha profesyonel suçlularla bir araya gelmesi, başka suç işleme yöntemleri öğrenmesi, bir arada olan hükümlüler arasında salgın hastalıkların hızla yayılması gibi olumsuz durumlarla daha sık karşılaşılırdı. bkz. Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 611.

⁷⁷⁶ Baumann, s. 715; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 664.

⁷⁷⁷ Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 611; Gropp, s. 640.

⁷⁷⁸ Yalçın Sancar, “Erteleme”, s. 165.

⁷⁷⁹ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 731; Rezan Epözdemir, “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, **GSHFD**, C. 2022/1, s. 452.

⁷⁸⁰ Yalçın Sancar, “Erteleme”, s. 165.

Hapis cezalarının ertelenmesi ile belirlenen denetim süresi içinde suç işlememe ya da yükümlülüklere uymaya ilişkin getirilen koşullar sayesinde kişinin iyi halli bir yaşam idame ettirmesi sağlanır ve bu sayede tekerrüre düşmeleri de engellenmiş olur⁷⁸¹.

3.2.3. Ertelemenin Koşulları

Hapis cezasının ertelenmesi kurumunun uygulanabilmesi için, genel olarak; kişinin iki yıl veya iki yıldan daha az süreyle hapis cezasına mahkûmiyetine hükmedilmiş olması, kişinin daha önce kasten işlediği bir suç dolayısıyla üç aydan daha fazla hapis cezasına çarptırılmamış olması, bu kişinin suçu işlemesinin ardından yargılama devam ederken gösterdiği gerçek pişmanlık sebebiyle yeniden suç işlemeyeceği konusunda mahkemece bir kanaat hasıl olmuş olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar sınırlı sayıdadır; mahkemenin, başka koşullar belirleyerek ertelemenin uygulanmasını zorlaştırması mümkün değildir.

TCK m. 51/1’de sayılan zorunlu koşulların yanı sıra, hükmü veren mahkemenin takdirine bağlı olarak suçun mağduru olan kişinin veya kamunun karşı karşıya geldiği zararın tamamen giderilmesi koşulu aranmak suretiyle de erteleme kararı verilebilir. Eğer bu koşul yerine getirilirse, hükmü veren mahkeme değil infaz hâkiminin vereceği bir kararla hükümlü infaz kurumundan hemen salıverilir (TCK m. 51/2).

Hükümlü, belirlenen denetim süresi içinde yükümlülüklere uygun olarak ve süreci iyi halli olarak tamamladığı takdirde, ceza infaz edilmiş gibi olacaktır (TCK m. 51/8). Yani kişinin adli sicilinde hükmolunan ceza varlığını koruyacak, ancak kişi infaz kurumuna girmemiş olacak ve infaz kurumunun olumsuz etkilerinden korunmuş olacaktır.

Hapis cezasının ertelenmesi genel bir hüküm olarak tüm suçlar hakkında uygulanabilir ancak bazı kanunlarda ertelemeye ilişkin özel koşulların belirlenmesi de mümkündür⁷⁸²; bu durumda erteleme bakımından bu özel koşulların gerçekleşmesi gerekecektir.

⁷⁸¹ Yalçın Sancar, “Erteleme”, s. 165.

⁷⁸² Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 667.

Ertelemenin koşulları gerçekleşmiş olsa bile sanığın lehine başka bir kurumun uygulanabilmesi mümkünse bu kuruma başvurulmalı aksi halde ertelemeye hükmedilmelidir⁷⁸³. Sözgelimi, erteleme ile benzer özellik gösteriyor olmasına rağmen sonucu itibarıyla daha lehe bir düzenleme olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme yerine tercih edilebilecektir.

3.2.3.1. Ertelemeye Konu Hapis Cezası Mahkûmiyetinin Belli Ağırılıkta Olması

Hapis cezasına özgü bir bireyselleştirme aracı olan ertelemenin uygulanabilmesinin ilk koşulu, ertelenip ertelenmeyeceğine ilişkin karar verilecek ceza mahkûmiyetinin iki yıl dahil olmak üzere iki yılın altında seyreden bir hapis cezası mahkûmiyeti olmasıdır. Zira miktarı ne olursa olsun adli para cezalarının ve güvenlik tedbirlerinin⁷⁸⁴, kısa süreli hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımların, muhakeme masraflarının⁷⁸⁵ ertelenmesi mümkün değildir. İstisnalar dışında adli para cezasının ödenmemesi dolayısıyla çevrilen hapis cezaları da, tazyik hapsi niteliğinde⁷⁸⁶ olduklarından, ertelemeye konu olamaz (CGTİHK m. 106/9).

Hapis cezası iki yılın altında bile olsa, adli para cezasından daha ağır bir yaptırım olmasına rağmen ertelenebiliyorken, az miktarda bile olsa adli para cezasının ertelenmemesi eleştirilebilir⁷⁸⁷. Ancak ertelemenin amacının, hapis cezalarının olumsuz etkilerinden kişileri korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu ayrımın gözetilmesi yerindedir. Nitekim söz konusu olumsuz etkiler adli para cezası bakımından geçerli değildir. Kanunda hapis cezası ile birlikte adli para cezası öngörülmüşse, koşulların varlığı halinde hapis cezasının ertelenmesine ve adli para cezasına ilişkin mahkûmiyetin infazına karar verilecektir⁷⁸⁸; bu haliyle erteleme bölünebilir bir yapıdadır⁷⁸⁹. Ancak kanımca, hapis cezası ile birlikte hükmedilen adli para cezalarının da ertelenebilmesi mümkün

⁷⁸³ Özbek ve Diğerleri, **Genel Hükümler**, s. 733.

⁷⁸⁴ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 654.

⁷⁸⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 669.

⁷⁸⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 669.

⁷⁸⁷ Özgenç, s. 611; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 655; Centel, Zafer ve Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 667. Bu hususun Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ancak Anayasa Mahkemesi... 19.02.2009.

⁷⁸⁸ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 655.

⁷⁸⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 670.

olmalı, denetim süresinde yükümlülöklere aykırı davranıldığı takdirde hapis cezası ile birlikte adli para cezasının infazı sağlanmalıdır. Bu durum cezanın bireyselleştirilmesi bakımından daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Ancak TCK m. 50, mevcut haliyle hapis cezası ile birlikte verilmiş olsa bile adli para cezalarının ertelenmesine müsaade etmemektedir.

Hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedildiğinde, hapis cezası ertelenmeli, adli para cezası hakkında erteleme kararı verilemeyeceğı için de bu cezanın, kesinleştikten sonra ödenmesi sağlanmalıdır. Mahkemenin, adli para cezasını ertelemeyeceğı için, birlikte hükmedeceği hapis cezasının koşulları gerçekleştiğı halde ertelememe yoluna gitmesi hukuka aykırıdır.

Bir suçun karşılığında hapis cezası veya seçimlik olarak adli para cezası öngörölmüşse, mahkeme hapis cezasını seçtiğı takdirde erteleme kararı verebilecektir ancak adli para cezasını tercih ederse erteleme mümkün olmayacaktır.

Ertelemeye konu hapis cezasına, kasıtlı veya taksirli işlenmiş bir suç dolayısıyla hükmedilmiş olabilir; önemli olan hükmolunan cezanın miktar olarak kanunda yazılı sınırın altında olmasıdır⁷⁹⁰. Kanunda cezanın miktarı konusunda suçun kasten veya taksirle işlenmesi arasında bir ayrım yapılmamıştır⁷⁹¹.

Hapis cezasının ertelenmesi için kanunda belirlenen sürenin iki yıl olan üst sınırı, on sekiz yaşını henüz tamamlamamış çocuklar ile altmış beş yaşını tamamlamış bireyler için üç yıl olarak uygulanmaktadır (TCK m. 51/1). Bu sürenin farklı düzenlenmesinin sebebi kuşkusuz, bu koşulları sağlayan bireylere erteleme koşulunu daha fazla suç için uygulayabilmektir.

Kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlardan birine çevrildiğinde (TCK m. 50/1), uygulamada esas mahkûmiyet, çevrilmiş adli para cezası veya tedbir olduğundan, artık cezanın hapis cezası olma özelliğı ortadan kalktığı için, seçenek yaptırımın ertelenmesi mümkün değildir⁷⁹².

⁷⁹⁰ İzzet Özgenç, “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18, S. 1, s.106; Özbek ve Diğerleri, s. 734.

⁷⁹¹ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 613.

⁷⁹² Epözdemir, “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, s. 454.

Hapis cezasının erteleme kapsamında olup olmadığı miktar olarak belirlenirken, soyut ceza değil yargılamanın bitiminde tespit edilmiş somut cezaya bakılır⁷⁹³. Birden fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde, her bir suç için erteleme koşulları ayrı ayrı değerlendirilmeli, kanunda belirlenen sınırın aşıp aşılmadığı tespit edilirken toplam ceza üzerinden değil, her bir ceza için belirlenmelidir. Bu halde, miktar olarak kanunda yazılı sınırın altında kalan hapis cezaları hakkında erteleme kararı verilmesi mümkünken, sınırın üstündeki cezalar hakkında erteleme koşulları değerlendirilmeyecektir. Birden fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde, cezalardan birinin sınırın üstünde olduğu, diğer cezaların ertelenmesine engel teşkil etmez. Failin yargılandığı birden fazla suçun tamamı erteleme sınırının altında ise çelişkiye düşmemek adına ya hepsinin ertelenmesi ya da yine hepsinin ertelenmemesi gerekir⁷⁹⁴. Nitekim mahkemede suçların bazılarıyla ilgili “bir daha suç işlemeyeceği kanaati” oluşmuşken diğerleriyle ilgili oluşmaması mümkün değildir.

Mahkeme, failin birden fazla suçuyla ilgili yargılama yaparken, bazı suçlara ilişkin mağdurun zararının giderilmesi koşuluyla erteleme kararı verirken, diğer suçlarla ilgili bir zarar tespiti yoksa koşulsuz erteleme kararı verebilir. Bu durumda, koşullu ertelenen hüküm hakkında, koşulun yerine getirilmemesi nedeniyle ertelemenin kaldırılması çelişki yaratmayacaktır.

3.2.3.2. Ertelemeye Konu Suçtan Önceki Ceza Mahkûmiyetinin Belli Ağırılıkta Olması

Hapis cezasının ertelenip ertelenmeyeceğine karar verilecek ceza mahkumiyetine ilişkin koşulu belirleyen TCK m. 50, bu koşulla birlikte gerçekleşmesini aradığı üç koşul daha sıralamıştır (m. 51/1). Bu koşullardan biri daha önceden işlenmiş olan bir suç dolayısıyla alınan ceza mahkumiyetinin miktarı ile alakalıdır. Kişinin cezasının ertelenebilmesi için söz konusu suçu işlemekten önce kasten işlemiş olduğu bir suçtan ötürü üç ayı geçen bir cezaya çarptırılmamış olması gerekir (TCK m. 51/1- a).

⁷⁹³ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 670; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 655; Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 734.

⁷⁹⁴ Önder, s. 190; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 656.

Hapis cezasının ertelenebilmesi için fail hiç suç işlememiş olmalı veyahahut işlemiş olduğu bir suç varsa bu suçtan dolayı en fazla üç aylık bir hapis⁷⁹⁵ cezasına mahkum edilmiş olmalı ve bu ceza kesinleşmiş olmalıdır. Devam eden yargılama süreci varsa bir mahkumiyet henüz mevzubahis değildir ve erteleme mümkündür. Erteleme kararı verildikten sonra söz konusu hüküm kesinleşse bile artık ertelenmiş olan cezaya herhangi bir etkisi olmayacaktır⁷⁹⁶. Hakkında verilmiş olan bir mahkumiyet kararı henüz kesinleşmemiş olan kişinin, daha önceden suç işlemiş olmaması koşulu bakımından ertelemeye engel olmasa da, bu yargılama sürecinden haberdar olan mahkemenin, suç işlenmeyeceğine olan kanaatini etkilemesi mümkündür⁷⁹⁷. Ancak bu durumda dahi mahkemenin kanaatini sadece yargılama sürecindeki pişmanlığına dayanması gerekeceği için, başka bir suçun buna gerekçe olarak gösterilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Kişinin önceki hapis cezası mahkumiyeti kısa süreli hapis cezası olduğu gerekçesiyle adli para cezasına veya başkaca bir tedbire çevrilmişse, uygulamada asıl mahkûmiyet adlî para cezası veya ilgili tedbir olacağından (TCK m. 50/ 5), ertelemeye engel bir mahkumiyetten söz edilemez. Ancak önceki hapis cezası ertelenmiş ise, bu mahkumiyet, belirlenen denetim süresinin yükümlölöklere uygun ve iyi halli olarak geçirilmiş olup olmasına bakılmaksızın⁷⁹⁸, ertelemeye engel olur. Ancak önceki ceza hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse bu karar ertelemeye engel olmaz; zira ortada henüz açıklanmış bir hüküm yoktur⁷⁹⁹.

Kişinin önceki hapis cezası ertelenmiş ve kişi denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlemişse, bu husus hem cezanın ertelenmesine engel olur hem de önceki ertelemenin gereklerine uyulmadığı için erteleme kararının kaldırılması ve cezanın çektirilmesi söz konusu olur⁸⁰⁰. Bu durumda kişi, iki suçunun da cezasını çekecektir.

⁷⁹⁵ Mülga 647 Sayılı kanunda bu şart, adi para cezasından başka bir cezaya mahkum olmamış olma şeklindeydi. Mevcut düzenleme ile ertelemenin uygulama alanının fail lehine genişlediğini söyleyebiliriz.

⁷⁹⁶ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 656.

⁷⁹⁷ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 612.

⁷⁹⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 668.

⁷⁹⁹ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 657.

⁸⁰⁰ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 612.

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi durumunda, tedbirin gerektirdiği şekilde hareket edilmemesi dolayısıyla söz konusu tedbirin kaldırılmasına ve cezanın kısmen veya tamamen infaz edilmesine karar verilebilir. Bu halde, hapis cezası söz konusu olur ve bu ceza üç aydan fazla olduğu takdirde ertelemeye engel teşkil eder⁸⁰¹.

Failin, daha önceden kasıtlı değil de taksirli işlemiş olduğu bir suç; suçun bilinçli taksir ya da basit taksir ile işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, aldığı hapis cezası ne kadar olursa olsun, hapis cezasının ertelenmesine engel teşkil etmez.

Failin daha önceden işlemiş olduğu suç dolayısıyla aldığı mahkumiyetin hapis cezası dışında bir ceza, söz gelimi adli para cezasına ilişkin olması hâlinde de ceza ertelenebilir. Aynı şekilde, önceki mahkumiyetin bir güvenlik tedbirine ilişkin olması da ertelemeyi mümkün kılacaktır; bu durum kanunda açıkça ifade edilmemişse de sadece ceza mahkumiyeti noktasında bir sınırın çizilmiş olması, güvenlik tedbirine mahkumiyetin ertelemeye engel olacağına hükümde açıkça belirtilmemiş olması dolayısıyla bu sonuca varmak gerekir⁸⁰². Önceki mahkumiyetin genel affa uğramış olması veyahut adli sicilden silinmiş olması ertelemeye engel olmaz.

Kişinin daha önceden işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla hakkında hükmedilen hapis cezası mahkumiyetinin üzerinden kanunda belirtilen sürelerin geçmesi tekerrür hükümlerinin uygulanmasını engeller. Tekerrüre ilişkin sürenin dolmuş olması bu mahkumiyetin ertelemeye engel olacağı anlamına gelmez. Eğer söz konusu mahkumiyet üç aydan fazla hapis cezasına ilişkin ise erteleme kararı verilemez⁸⁰³.

Hapis cezasının ertelenmesi cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden bir araç olduğu için, failin önceki ceza mahkumiyetine Türk mahkemeleri veya yabancı mahkemeler tarafından hükmedilmiş olması arasında bir fark yoktur⁸⁰⁴. Ancak uygulamada bu durum gözardı edilmekte ve sadece Türk mahkemelerinin verdiği mahkumiyet kararlarının ertelemeye engel olacağı kabul edilmektedir.

⁸⁰¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 667.

⁸⁰² Özbek ve Diğerleri, s. 736.

⁸⁰³ YİBK; E. 1950/7, K. 1952/3, T. 10.12.1952.

⁸⁰⁴ Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 656; Centel, Zafer ve Çakmut, s. 668; Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 737.

3.2.3.3. Sanığın Tekrar Suç İşlemeyeceği Konusunda Mahkemede Bir Kanaatin Oluşması

Cezanın ertelenmesinin subjektif koşulu mahkemenin, tekrar suç işlenmeyeceğine ikna olması, erteleme kararı verdiği takdirde sanığın suç işlemekten çekineceğine inanmasıdır (TCK m. 51/1- b). Bu subjektif koşul, erteleme kararının hakimnin takdirinde olduğu anlamına gelir ancak önemli olan bu takdirin keyfî olarak kullanılmamasıdır⁸⁰⁵. Erteleme kurumundan beklenen menfaatin temini, esas itibarıyla söz konusu subjektif koşulun gerçekleşmesine bağlı olup bu koşulun tespiti mahkemeyi zorlayabilecek bir husustur; ancak gerekçelendirebilmek koşuluyla, sanığın duruşmadaki hal ve hareketleri, suçu inkarı, samimi bir pişmanlık içinde olup olmadığı gibi hususlar bu konuda mahkemeye bir fikir verebilir⁸⁰⁶.

Sanığın tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşması beklenen kanaatin dayanağı sadece sanık olmalı, sanık dışındaki olay veya kişilerin durumu kanaati etkilememelidir⁸⁰⁷. Nitekim bu halde ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bakımından da sakıncalı bir husus yaratılacaktır. Sanığın erteleme kararına rağmen suç işleyebileceği yönündeki kanaatin sebebi sözgelimi sanığın eşine ilişkin bir husus olmamalıdır.

TCK m. 51'e göre, mahkemede oluşan suç işlenmeyeceğine dair kanaatin sadece aynı suçun tekrarlanmayacağına yönelik olması şart değildir; failin herhangi bir suç işlemeyeceği⁸⁰⁸ kanaatinin oluşması yeterlidir. Mahkeme bu kanaatini değerlendirirken yargılama sürecini baz alır; failin önceki yaşantısını göz önünde bulundurmaz⁸⁰⁹. Kanun koyucu, bu kanaatin oluşması bakımından değerlendirilebilecek hususları, sadece yargılamayı yapan ilk derece mahkemesinin takdir edebileceğini vurgulamak⁸¹⁰ bakımından, sadece “yargılama sürecinin” dikkate alınmasını istemektedir. Failin daha önceden sabıkasının olması, kanaatin

⁸⁰⁵ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 614; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 658.

⁸⁰⁶ Yalçın Sancar, “Erteleme...”, s. 169.

⁸⁰⁷ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 614.

⁸⁰⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 671.

⁸⁰⁹ 647 Sayılı kanunda; *geçmişteki hali ile ahlaki temayüllerine göre cezanın tecili ilerde cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edilirse* şeklinde ifade edilen bu koşul, mahkemeye failin geçmişini de değerlendirmeye alma imkanı vermekteydi (m. 6/1).

⁸¹⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 738.

oluşumu konusunda gözetilebilecek bir husus değildir⁸¹¹. Söz konusu sabıkaya konu suç, ertelemenin objektif koşulu olan *üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olma* koşulunu sağlamadığı müddetçe, failin suç işlemeye meyilli veya suç işleyebilir kanaati oluşturmaya uygun kabul edilmemelidir.

CMK, “*mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık*” tutabileceğini belirtmektedir (m. 196/1). CMK’da buna benzer, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller mevcuttur. Erteleme kararı verilebilmesi için sanığın duruşmada olması şart değildir⁸¹². Nitekim erteleme kararı sanığın kabulüne bağlı değildir ve resen uygulanır. Ancak sanığın duruşmaya katılmadığı durumlarda, erteleme kararı verecek olan mahkemede, sanığın bir daha suç işlemeyeceği yönündeki kanaatinin sağlıklı bir şekilde oluşması zordur. Aynı şekilde, uzun yargılama süreci içinde davaya bakan hakimin değişmesi halinde de bu kanaatin oluşması mümkün gözükmemektedir⁸¹³; o halde erteleme kararının sübjektif koşulunun oluşmaması sebebiyle erteleme kararı verilememesi gerekir.

Failin, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık, mahkemede tekrar suç işlemeyeceği kanaatinin oluşması bakımından aranan tek kriterdir. Bu kanaat, sanığın hem soruşturma hem kovuşturma evresinde gösterdiği pişmanlığa bağlı olarak oluşmalıdır; yani yargılama sürecine sadece kovuşturma evresi değil soruşturma evresi de dahil edilmelidir⁸¹⁴. Bununla birlikte yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın aynı zamanda takdiri indirim sebebi olarak da düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda, mahkeme aynı sebebi yani söz konusu pişmanlığı takdiren cezanın indirilmesi bakımından değerlendirmeli; daha sonra aynı durumu ertelemenin koşulu olarak dikkate alarak failin suç işlemekten çekineceği yönündeki kanaatini gerekçelendirmelidir⁸¹⁵. Sanığın pişmanlığına dayanılarak cezada takdiren indirim yapıp (TCK m. 62) daha sonra “*suç işlemeyeceği yönünde kanaatin*” oluşmadığı belirtilerek erteleme kararının verilmemesi, gerekçeler arasında çelişkiye sebep olur ve bu husus bozma sebebi sayılabilir.

⁸¹¹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 671.

⁸¹² Turhan, **Erteleme**, s. 37; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 658.

⁸¹³ Özbek ve Diğerleri, s. 739.

⁸¹⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 671.

⁸¹⁵ Özbek ve Diğerleri, s. 739; Yalçın Sancar, “Erteleme...”, s. 169.

3.2.3.4. Takdiri Koşul: Zararın Giderilmesi

Tazmin koşulu hükmün açıklanmasının geriye bırakılması⁸¹⁶ kararı bakımından zorunlu olarak istenen bir koşul olmasına karşın, mahkeme ertelemeye karar verme hususunda somut olayda meydana geldiği iddia edilen zarar için giderilme şartı arayarak; tazmin edilmek suretiyle ya da başka bir surette zarar giderildiği takdirde erteleme kararı vermeyi kararlaştırabilir. Bu koşul zorunlu bir koşul değildir ve koşulu uygulayıp uygulamamak hakimnin takdirindedir⁸¹⁷.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme kurumları birbirine benzer nitelikte iki kurumdur. Bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin geri bırakılmayı düzenleyen CMK m. 231/ 5 ve sonraki fıkralarını iptal etmesi üzerine, yeniden yapılan düzenleme incelendiğinde; iki kurum arasındaki bazı farklılıkların yeni düzenlemede yer almadığı, bu haliyle iki kurumun daha çok benzerlik arz ettiği görülmektedir. İki kurum arasındaki farklılıklardan biri mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın giderilmesi hususunda kendini göstermektedir. İşlenen suç dolayısıyla mağdur ya da kamu bir zarara uğradıysa bu zararın giderilmesi, erteleme kurumu bakımından öncelikli bir koşul olmayıp mahkeme isterse ve gerekli görürse erteleme kararı vermeyi bu koşula bağlı kılabilir.

Buna göre, eğer mahkeme böyle bir koşul öngörmüşse, sanık zararı giderinceye kadar hüküm infaz edilir, infaza başlandıysa devam edilir; koşul yerine getirildiğinde de kişi hemen serbest bırakılır (TCK m. 51/ 2). Koşulun yerine getirilmesi, sanığın özgür iradesine ve rızasına dayanmalıdır. Zararın giderilmesi sözgelimi cebri icra yoluyla sağlanırsa, bu koşul rızaya dayanmadığı için sanık lehine bir durum yaratmamalı, erteleme mümkün olmamalıdır⁸¹⁸.

Zararın giderilmesi koşulu mağdur veyahut kamunun karşılaştığı zararın *“aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”*

⁸¹⁶ CMK m. 231/6'ya göre; “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, 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 hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir.”

⁸¹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 673; Özbek ve Diğerleri, s. 739.

⁸¹⁸ Dönmezer ve Erman, s. 58; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 659.

halinde gerçekleşmiş olur. Uğranılan ve giderilmesi beklenen zarar maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir; Kanun bu konuda herhangi bir sınırlama yapmamıştır⁸¹⁹. Aynı şekilde zararın mutlaka fail tarafından giderilmesi de gerekmemektedir. Söz konusu hükümde belirtilen koşul dışında başka bir koşula bağlı olarak erteleme kararı verilmesi mümkün değildir⁸²⁰; böyle bir yol erteleme kararının uygulanmasını zorlaştıracak için hukuka aykırı olur.

Hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi için zararın tazmin edilmesini isteyen mahkeme, bu kararla birlikte dosyadan elini çekmektedir. Kanun, mahkemeye söz konusu koşulun gerçekleşmesini bekleme görevi vermemektedir. Nitekim TCK'ya göre, koşul gerçekleşinceye kadar söz konusu hapis cezasının infazına başlanacak ve devam edilecektir. Yani koşulun gerçekleşmesi beklenmeden karar kesinleşecek ve infaz edilebilecektir. İnfaz devam ederken zararın giderilmesi halinde hükümlünün salıverilmesi söz konusu olur (m. 51/2)⁸²¹. Ancak infaza başlanması sonrasında koşula bağlı olarak infazın durması⁸²² ve dahi devamında erteleme kararına bağlı yükümlülöklere uyulmaması sonrası bir daha infaza başlanması doğru bir uygulama değildir. Sözgelimi uzlaştırma sonucunda⁸²³ bir sürece yayılan bir edim belirlendiğinde, bu edim yerine getirilinceye kadar beklenmekte, hemen kovuşturmayaya yer olmadığı ya da düşme kararı verilmemektedir. Hapis cezasının ertelenmesinin bir koşula bağlandığı durumlarda

⁸¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

⁸²⁰ Özbek ve Diğerleri, s. 740.

⁸²¹ 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun m. 9 ile TCK m.51/ 2'de yer alan "hakim" ibaresi "infaz hâkimi" olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte, kanun koyucunun; koşula bağlı olarak erteleme kararı veren mahkemenin dosyadan elini çektiğini, koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimini artık infaz hakimini yapması gerektiğini düşündüğünü anlıyoruz.

⁸²² Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

⁸²³ CMK m. 253/ 19: "Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır." CMK m. 254/ 2: "Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

da benzer şekilde zararı tazmin edebilmesi için faile süre verilmeli⁸²⁴, koşulu yerine getirmediği takdirde de erteleme kararı verilmeyip, hükmün kesinleşmesinin ardından cezanın infazı sağlanmalıdır.

Suçun mağduru, davaya katılma hakkını kullanmamışsa bile, mahkeme mağdurun zararının giderilmesi koşuluna bağlı olarak erteleme kararı verebilir⁸²⁵. Nitekim bu zararın karşılanması mağdurun talebi üzerine değil mahkemenin uygun görmesi üzerine aranacak bir koşul olacaktır. Mağdurun davaya katılmamış olması mağdur sıfatını etkileyen bir husus değildir.

3.2.4. Erteleme Kararının Verilmesi

Hapis cezasının ertelenmesi kararı, mahkumiyet kararı ile birlikte verilir; mahkeme önce cezayı belirleyip açıklar sonra da bu cezanın ertelenmesine karar verir⁸²⁶. Erteleme sanığın kabulüne bağlı değildir; kabul etmese bile mahkeme bu kararı verebilir⁸²⁷. Nitekim hükümlü lehine sonuç doğuran bir kurum olan ertelemeye karar verilmesi, hükümlünün ya da bir yakınının, kanuni temsilcisinin talebine de bağlı değildir⁸²⁸; Mahkeme, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini resen inceler. Erteleme yönünde bir talebin olmaması sebebine dayanarak ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırıdır⁸²⁹.

Hapis cezası ertelenecek olan sanığın, yargılama sırasında tutukluluk hali söz konusu olmuşsa, tutuklu geçirdiği süre cezasından mahsup edilmek suretiyle belirlenen cezanın ertelenmesi gerekir. Mahsubun ardından ortada infaz edilecek bir ceza kalmamışsa erteleme de söz konusu olamayacaktır. Kişi tutuklu iken hapis cezası ertelendiğinde bu kararın kesinleşmesi beklenmeden kişinin salıverilmesi gerekir⁸³⁰.

⁸²⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

⁸²⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

⁸²⁶ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 615.

⁸²⁷ Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 614.

⁸²⁸ Yalçın Sancar, “Erteleme...”, s. 169.

⁸²⁹ Önder, s. 199.

⁸³⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

3.2.4.1. Kararı Vermeye Yetkili Mercii

3.2.4.1.1. Mahkeme

Erteleme kararını yargılamayı yapan, yani esas hakkında kararı vermeye yetkili olan⁸³¹ mahkeme verir. Erteleme kararı hükümle birlikte verildiğinden, bu kararın Yargıtay tarafından verilmesi mümkün değildir⁸³². Bölge Adliye Mahkemesi, duruşma açıp yargılama yaptığında koşulları takdir edip erteleme kararı verebilecektir.

Mahkemenin erteleme kararını mutlaka gerekçeli olarak vermesi gerekir. TCK m. 51, gerekçeli karar verilmesi gerektiğini hükümde özellikle belirtmemişse de CMK m. 34'te yer alan genel kararların gerekçeli olması gerektiği hükmü sebebiyle gerekçesiz karar verilmesi söz konusu olamaz. Ancak bu gerekçe, kanun metninin tekrardan ibaret olmamalıdır⁸³³. Hükümdeki koşulların gerçekten somut olayda hangi açıdan gerçekleşmemişse bunun hükümde belirtilmesi ve hükümle bağlantılı bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Gerekçe akla ve mantığa uyumlu olduğu ölçüde hukuka uygun olacaktır⁸³⁴.

Erteleme kararı verilmemesi, söz gelimi suçun niteliği ya da suçta kullanılan araç gibi suçun unsuru sayılan haller gerekçesine dayanamaz⁸³⁵. Örneğin suçun ateşli silahla işlenmiş olması ya da darbe sayısının fazla olması gibi durumlar salt ertelemenin verilemeyeceği hususuna gerekçe olarak hükümde yer alamaz. Ancak, bu gibi durumlar, failin suç işlemeyeceği şeklinde mahkemede bir kanaat oluşmasını engelleyebilir. O halde mahkeme, bu kanaatin oluşmadığını gerekçe olarak kabul edecek ve hükümde belirtecektir.

Erteleme kararı resen verilebileceği gibi, sanığın, müdafinin, Cumhuriyet savcısının da bu yönde bir talebi varsa talep üzerine de karar verilebilir. Talep varsa, talep üzerine mutlaka bir değerlendirme yapılmalı ve karar verilmelidir⁸³⁶; bu kararın

⁸³¹ Özbek ve Diğerleri, s. 707.

⁸³² Centel, Zafer ve Çakmut, s. 671.

⁸³³ Önder, s. 197.

⁸³⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 672.

⁸³⁵ Önder, s. 197.

⁸³⁶ Koruculu, s. 408.

mutlaka olumlu bir karar olması gerekmez, koşulların gerçekleşmediği değerlendirilmek suretiyle talep reddedilebilir.

Ertelemenin mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşuluna bağlanıp bağlanamayacağına ya da denetim süresi içinde uyulması beklenen yükümlülöklere, erteleme konusunda karar verecek olan mahkeme karar verir.

3.2.4.1.2. İnfaz Hakimi

Yargılamanın sonunda erteleme kararını vermeye yetkili merci yargılamayı yapan mahkeme iken, bu erteleme kararının kaldırılmasına infaz hakimi karar verir (TCK m. 51/7).

Hapis cezasının ertelenmesi kararını hükmü veren mahkeme verir. Erteleme kararının kesinleşmesi ile mahkeme dosyadan elini çekmiş olur. Ancak erteleme kararı kesinleşmiş olsa bile, belirlenen denetim süresinin kötü halli geçirilme ihtimali hep vardır ve bu ihtimalin sonucu cezanın infazına karar verilmesi ve erteleme kararının kaldırılmasıdır. Kanunda, 2020 yılında yapılan değışiklik⁸³⁷ öncesi, bu durumda da ertelenmenin kaldırılmasına hakim karar vermekteydi. Ancak mevcut haliyle, belirlenen denetim süresi içerisinde sanığa yüklenmiş yükümlölöklere uygun hareket edilmediğinde ertelenen cezanın tamamının veya bir kısmın infaz kurumunda çektirilmesine karar verme yetkisi infaz hâkimliğine bırakılmıştır. Bu durum kesinleşmiş bir karardan sonra o dosyadan elini çekmiş olan ilk derece mahkemesinin, yeniden herhangi bir sebeple, o dosyaya bakmak zorunda bırakılmasının önüne geçmesi yönünden yerinde bir düzenlemedir.

Cezanın ertelenmesinin, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulduğu hallerde, bu koşulun yerine getirilmesi zaman alabilir. Bu süre zarfında infazın durması gerektiği Kanunda belirtilmediği için, cezanın infazına başlanır (TCK m. 51/2). Koşul gerçekleştiğinde kişinin derhal salıverilmesi gerekir. Bu salıverilme kararı da infaz hakimi tarafından verilir.

⁸³⁷ 7242 Sayılı kanun, RG Yayınlandığı Tarih/ Sayı: 15.04.2020/ 31100.

3.2.5. Denetim Süresi ve Yükümlülükler

Hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, hükümlünün salıverileceği ve herhangi bir şekilde denetlenmeyeceği bir durumun yaratılması hukuka uygun olmaz. Nitekim kişinin suç işlemeyeceğine kanaat getiren mahkeme, bu kanaatin yerinde olup olmadığını belirli bir süre denetlemek isteyecektir. Erteleme kararı, süresi belli olmayacak şekilde bir denetimi gerektirir bir karar olmayıp, kanun, hükümlünün belirli bir süre denetleneceğini düzenlemiştir. Buna göre; cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az olmamak ve üç yıldan da çok olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir; kanun bu süreyi takdiri olarak belirlenebilecek şekilde düzenlemiştir⁸³⁸ (TCK m. 51/ 3). Kanun bu sürenin bir yıldan az olamayacağını belirtmiş olsa da, ayrıca mahkum olunan cezanın süresi de dikkate alınarak, bu süreden az olmayacak şekilde bir süre belirlenmesi gerektiğini de aynı hükümde belirtmiştir.

Denetim süresi içinde, hükümlü bakımından, sadece suç işleyip işlemeyeceğine yönelik bir izleme yapılabilir ya da kişi bu süre içinde tamamen serbest de bırakılabilir. Ya da bu süre içinde suç işleyip işlemeyeceği denetlenirken aynı zamanda hükümlü bazı yükümlülüklerle tabi de tutulabilir. Bu yükümlülüklerin amacı, hükümlüyü uslandırmak olabilir⁸³⁹; ancak buna ihtiyaç duyulmaması halinde herhangi bir yükümlülük belirlenmeksizin de denetim süresi geçirilebilir.

TCK, belirlenen denetim süresi içinde kişinin uymakla yükümlü olabileceği yükümlülükleri şu şekilde düzenlemiştir: *“bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etme, bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılma, on sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi”* (m. 51/ 4). Bu yükümlülükler mahkeme tarafından belirlenir. Kanun sadece burada sayılı yükümlülüklerle konuyu sınırlı tutmuştur. Kanunda yazanlar dışında bir yükümlülük belirlenmesi hukuka aykırı olur. Yükümlülükler sadece Kanunda yazılı

⁸³⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 674.

⁸³⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 675.

olanlarla sınırlı olmakla beraber, aynı hükümlünün birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını Yargıtay kabul etmemektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında; kanun hükmünde birden fazla yükümlülüğe karar verebileceği hususunun düzenlenmediğini bu sebeple, birden fazla yükümlülük yüklenemeyeceğini, nitekim böyle bir yüklemenin de kanun koyucunun amacına aykırı olacağını belirtmektedir⁸⁴⁰.

Mahkeme, belirlediği denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik etmesi adına bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, *“kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini”* sağlama hususunda hükümlüye nasihatlerde bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri ile ya da çalıştığı kişilerle görüşerek fikir alışverişinde bulunur. Uzman kişi, hükümlü hakkında üçer aylık periyotlarla rapor düzenleyerek infaz hakimine verir; raporda hükümlünün davranışları, uyumu ve sorumluluk bilincinde oluşan ilerlemeye ilişkin değerlendirmeler yer alır (m. 51/ 5). Mahkeme tarafından karar verildikten sonra, ertelemeye ilişkin yapılacak işlemler bakımından infaz hakimi görevli olacağı için, bu rapor da infaz hakimine sunulacaktır.

Denetim süresi içinde yükümlülük belirleyip belirlememek mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme gerekli görmediğinde, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden ya da rehberlik edecek uzman bir kişi görevlendirmeden de geçirilmesine karar verebilir (m. 51/ 6).

3.2.6. Ertelemenin Sonuçları

Hapis cezasının ertelenmesi, söz konusu cezanın infazının geri bırakılmasını ifade eder. İnfazı geri bırakılan hüküm dolayısıyla kişi hükmün infazı için infaz kurumuna girmeyecektir; ancak belirlenen denetim süresi, iyi halli olarak tamamlanıncaya kadar hükümlü bakımından ceza tehdidi devam eder. Nitekim denetim süresi iyi halli geçmediği takdirde cezanın infazı söz konusu olur.

Hapis cezası ertelenen hükümlü, mahkemenin belirlediği denetim süresi içinde yine mahkeme tarafından takdiren belirlenen yükümlülüklere ısrarlı bir şekilde uymazsa ertelenen cezanın, yükümlülüklere uymama ısrarının denetim süresinin hangi aşamasında olduğu da dikkate alınmak suretiyle, kısmen veya tamamen infaz

⁸⁴⁰ Y. 22. CD, E. 2015/3797, K. 2015/4627, T. 30.9.2015.

kurumunda ektilirilmesine karar verilir; bu kararı vermekle yükümlü mercii infaz hkimliğidir (m. 51/ 7). Hükümlünün, ısrarlı uyumsuzluğu hususunu infaz hakimi takdir eder; zira ykmllklere uyulmaması üzerine gerekli uyarılar infaz hakimliğince ilgiliye yapılır, buna rağmen ykmllklere uymamaya devam edilmesi hükümlünün ısrarını gösterir.

Hükümlünün denetim süresi içinde suç işlemesi durumu iyi hali ortadan kaldıracabilir. Ancak iyi halin ortadan kalkması için, suçun kasten işlenmesini zorunlu kılınmıştır. Kast olmaksızın, yani taksir ile işlenen bir suçun denetim süresinde işlenmesi erteleme kararının kaldırılmasını gerektiren bir durum yaratmaz. Kasıtlı olarak işlenen suç, adli para cezası gerektiren bir suç olabileceği gibi hapis cezası gerektiren bir suç da olabilir. Kanun burada herhangi bir ağırlık aramamaktadır; önemli olan suçun kasten işlenmiş olmasıdır⁸⁴¹. Denetim süresi içinde kasten suç işlenmesinden söz edilebilmesi için suçun kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit bulunması gerekir⁸⁴². Yani sadece bu süre içinde kasıtlı işlediği iddia edilen bir suç dolayısıyla soruştırma geçiriyor olmak erteleme kararının kaldırılmasını gerektirmez. Nitekim kişinin erteleme kararının kaldırılmasının ardından beraat etmesi halinde, uygulama haksızlığa sebep olmuş olacaktır⁸⁴³.

Cezanın ertelenmesiyle belirlenen denetim süresi ykmllklere uygun bir şekilde veya iyi halli olarak, suç ilenmeksizin geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır (m. 51/ 8). Cezanın infaz edilmiş sayılması, erteleme kurumunun maddi ceza hukukundan ziyade infaz hukukunun bir parçası olduğunu gstermektedir⁸⁴⁴. Ceza ertelendiğinde, erteleme süresi içinde zamanaşımı süresi ilemeyecektir (CMKYUK m. 15/ 2).

⁸⁴¹ zgen, **Genel Hükümler**, s. 803; Koruculu, s. 412.

⁸⁴² Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 706.

⁸⁴³ Koruculu, s. 410.

⁸⁴⁴ Abdurrahman nl, “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, **Necmettim Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2018, (48- 73), s. 5.

3.2.7. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Erteleme

3.2.7.1. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin AYM İptal Kararları

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesine benzer bir kurum olarak CMK m. 231/ 5-14'te düzenlenmiştir. Buna göre; kendisine yüklenen iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına hükmedilebilecek bir suç dolayısıyla yapılan yargılama sonunda, Kanunda yazan diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (m. 231/5). Kanunda belirtilen ve birlikte gerçekleşmesi aranan diğer koşullar; sanığın daha önce işlemiş olduğu kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyetinin olmaması, mahkemenin, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını değerlendirerek, sanığın yeniden suç işlemeyeceği kanısına ulaşması, suç dolayısıyla mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir. Bu şartlarla beraber sanığa açıkça sorulması ve sanığın da kendisi hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine rıza göstermesi gerekir (m. 231/ 6). Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir (m. 231/ 12).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması koşulları itibariyle hapis cezasının ertelenmesi kurumuna benzer bir kurumdur. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının hapis cezasının ertelenmesi kurumundan farklarından biri kararlara karşı başvurulacak kanun yolları açısından kendini gösterir. Geri bırakılma kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüşken, erteleme kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır. Geri bırakılma kararlarına karşı itiraz kanun yolunun öngörülmüş olması uygulamada birçok soruna sebep olmakta, itiraz yoluyla yeterli bir denetim yapılmaması ve itiraz üzerine geri bırakılma kararının kaldırılmasının pek de mümkün olmaması eleştiri konusu olmuştur. İtirazın savunulmasının sebebi, geri bırakılma kararının teknik anlamda bir hüküm olmadığı, açıklanmamış bir hüküm dolayısıyla hüküm için gidilebilecek bir kanun yoluna başvurulmasının da düzenlemenin amacıyla uyumlu olmayacağı söylenebilir. Bu sebeptir ki, geri bırakılma kararına itiraz edilebileceğine ilişkin CMK m. 231/ 12 hükmünün Anayasa'nın "*kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesine, "*mülkiyet hakkı*"

başlıklı 35. maddesine, “*hak arama hürriyeti*” başlıklı 36. maddesine ve “*temel hak ve hürriyetlerin korunması*” başlıklı 40. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi bu hükmü 20.07.2022 tarihli⁸⁴⁵ kararı ile iptal etmiştir.

Hükmün iptalinin talep edilmesinin gerekçesini özetleyecek olursak; ilk gerekçe, hukuki bir sonuç doğurmayacak olması sebebiyle sanığın lehine bir hüküm niteliği gösteren geri bırakılma kararlarının, bu özelliğine rağmen, son dönemlerde birçok kanun ve yönetmelikle aksi düzenlemeler ve uygulamalarla failin lehine sonuç doğurabilecek şekilde düzenlenmesidir. Nitekim bazı meslek gruplarıyla ilgili yönetmeliklerde, “hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa dahi” meslekten çıkarılabileceği düzenlenmektedir. Bu hükmün özüne açıkça aykırıdır. AYM, iptal kararından önce de; güvenlik soruşturması neticesinde eşi hakkında geri bırakılma kararı verildiğinin anlaşılması üzerine, kişinin polis meslek eğitim merkezi öğrenciliğinden çıkarılması dolayısıyla yapılan başvuruda⁸⁴⁶, hak ihlali yapıldığını belirtmiştir. Kararda hem eşi ile ilgili bir kararın ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi çerçevesinde kişinin öğrencilikten atılmasının hukuka aykırı olduğu söylenmiş; hem de geri bırakılma kararı yönünden değerlendirmeler yapılmıştır. Buna göre, geri bırakılma kararının uyuşmazlığı esastan çözen bir karar olmadığı, hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceği, kararın nihai sonuç doğurmadığı, bu sebeple geri bırakılmanın öğrencilikten çıkarılma gerekçesi sayılmasının hak ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. AYM’nin istikrarlı kararları bu yöndedir. AYM, geri bırakılma kararının sanki mahkumiyet kararıymış gibi değerlendirildiği⁸⁴⁷ durumlarda da masumiyet karinesinin ihlal edildiğini belirtmektedir.

İptal kararının bir diğer gerekçesi, geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itiraz başvurularında, incelemelerin kural olarak dosya üzerinden yapıldığı, kararların esasına ilişkin bir incelemenin yapılamadığı, bu durumun da kanun yolunun denetim

⁸⁴⁵ AYM, E: 2021/121, K: 2022/88, T: 20/7/2022, R.G. Tarih - Sayı: 23.9.2022 - 31962.

⁸⁴⁶ AYM, T. 21/10/2021, R.G. Tarih - Sayı: 28.01.2022-31733.

⁸⁴⁷ “Ceza mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine rağmen hukuk mahkemesinin kesinleşmiş mahkumiyet hükmü varmış gibi değerlendirme yaparak karar vermesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği...”, AYM, T. 4/11/2015, R.G. Tarih - Sayı: 22.12.2015-29570.

işlevini yerine getirmesine, etkin başvuru ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği ve gerçek anlamda bir kanun yolundan geçmediğidir. İtiraz kanun yolu hem maddi hem hukuki denetim yapılmasının mümkün olduğu bir incelemeye müsaade ettiği için⁸⁴⁸, itiraz mercii tarafından denetimin sağlıklı bir şekilde yapılması kurum için oldukça önemlidir.

AYM, gerekçeli karar ilgiliye tebliğ edilmeden, dosyanın itirazı incelemek üzere yetkili mahkemeye gönderilip, savunma için gerekli zaman verilmeksizin itirazın değerlendirilmesini ve karar verilmesini⁸⁴⁹ hak ihlali olarak değerlendirmektedir. İtiraz mercii vereceği karar için önem arz eden her konuyu inceleyerek karar vermelidir, sadece mahkemenin takdirinde olan hususları inceleme dışı bırakmalıdır⁸⁵⁰. AYM, istikrarlı olarak geri bırakılma kararının, suçluluğu tespit eden bir karar gibi değerlendirilmesini de masumiyet karinesinin ihlali olarak görmektedir.

AYM, geri bırakılma kararı bakımından itiraz kanun yolunun öngörölmüş olmasına ilişkin hükmün iptaline ilişkin başvuruyu inceleyerek; AY m. 40'a aykırılık dolayısıyla⁸⁵¹ ilgili hükmün iptaline karar vermiştir. Bu kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren dokuz ay sonra⁸⁵² yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesi beklenmeden CMK m. 231/ 12 hükmü yeniden düzenlenmiştir⁸⁵³. *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir."* şeklindeki düzenleme, iptal kararının ardından; *"Hükmün açıklanmasının*

⁸⁴⁸ Aydın Devrim, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz", **TBB**, S. 65, 2006, s. 70; Özbek ve Meraklı, s. 226

⁸⁴⁹ AYM, itiraz yoluna ilişkin hatalı uygulamaları, hak ihlali olarak değerlendirmektedir. *"Anayasa Mahkemesi, daha önce HAGB kararının tefhim edilmesinden sonra verilen itiraz dilekçesi üzerine gerekçeli karar başvuruca tebliğ edilmeden dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi ve başvuruca ayrıntılı itiraz dilekçesi verme imkânı sağlanmadan itirazın incelenmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu başvuruda da söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir."* T. 15/6/2022, R.G. Tarih - Sayı: 18.08.2022-31927.

⁸⁵⁰ Özbek ve Meraklı, S. 227-228.

⁸⁵¹ AYM; AY m. 40 dolayısıyla aykırılık kararı verildikten sonra, başvuruda belirtilen diğer maddelerin ihlal edilip edilmediğini ayrıca değerlendirmemiştir.

⁸⁵² AY m. 153/ 3'te yer alan *"Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."* hükmüne dayanılarak iptal kararının yürürlük tarihi ertelenmiştir.

⁸⁵³ 7445 Sayılı kanunun 21. maddesi ile; T. 28/3/2023.

geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir.” şeklinde düzenlenmiştir. İtirazın; incelemelerin kural olarak dosya üzerinden yapıldığı, kararların esasına ilişkin bir incelemenin yapılamadığı, bu durumun da kanun yolunun denetim işlevini yerine getirmediği, etkin başvuru ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilen hükme ilişkin getirilen yeni düzenlemelerin sorunun çözümüne hizmet etmeyeceği açıktır. Nitekim değişiklik, itirazın usulüne ilişkin genel düzenlemeden farklı bir düzenleme getirmemekte, zaten var olan gerekçeli karar verme yükümlülüğünü tekrar etmektedir.

AYM, geri bırakılmaya ilişkin CMK m. 231/ 5 ve devam fıkralarına ilişkin uygulama kaynaklı sorunlara ilişkin hak ihlali kararları vermeye devam ederken, hüküm yeniden iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. AYM, bu iptal başvurusu üzerine geri bırakılmaya ilişkin hükmün tamamının iptaline⁸⁵⁴ karar vermiştir. Söz konusu iptal başvurusu hükmün; AY’nın “*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesini ihlal ettiği, geri bırakılma kararı verilmesinin “*mağdurlar açısından yeterli giderim sağlamadığı, faillerin cezadan muaf tutulmasına yol açtığı ve devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme şeklindeki yükümlülüğünü yerine getiremediği*” gerekçesine dayanmaktadır. AYM, kararda, iddiaları hükmün her fıkrası açısından ayrı ayrı değerlendirmiş⁸⁵⁵, sonuç olarak da önceki iptal kararı da dahil, bireysel başvuru sonucu verilen kararları da dikkate alarak; bu kararlarda belirtilen eksikliklerin giderilmediği, giderilmesine yönelik kanuni değişikliklerin yapılmadığı, kurumun mevcut haliyle kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin keyfi uygulamalarını engellemek konusunda yetersiz kaldığı, bu haliyle de AY’nin sadece 17. maddesine değil, 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna ve iptalinin gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde, hükmün devam fıkralarının da iptalle birlikte uygulama

⁸⁵⁴ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, T. 1/6/2023, R.G.Tarih- Sayı: 1/8/2023- 32266.

⁸⁵⁵ Kararın tamamı için bkz.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-107-nrm.pdf>. (E.T. 19.02.2024.)

olanağının kalmayacağı⁸⁵⁶ gerekçesiyle iptalinin gerektiğine karar verilmiştir. Kararda, geri bırakılmaya ilişkin düzenlemelerin yanlış uygulamaları da tespit edilerek geri bırakılma kararları dolayısıyla öngörülen itiraz kanun yolunun etkili bir kanun yolu olarak uygulanamadığı; bu kararlar birlikte verilen müsadere kararlarının ne şekilde infaz edileceğinin hükümde düzenlenmediği; yargılamanın henüz başında, hatta sanığın sorgusu dahi yapılmadan, sanığa geri bırakılma hükümlerinin uygulanmasını kabul edip etmediğinin sorulmasının, sanık üzerinde önemli bir baskı oluşturduğu ve sanığın bu baskıyla geri bırakılmanın uygulanmasını kabul ettiği ve bu kabulde birlikte de istinaf denetiminden feragat etmek zorunda kaldığı, bu haliyle hükmün amaca hizmet etmediği vurgulanmıştır. Üstelik, sanığın kabulü aranırken mağdurun iradesinin bir etkisi aranmamıştır⁸⁵⁷.

Ceza muhakemesinde, geri bırakılma kurumunun yeniden yer alıp almayacağı yer

⁸⁵⁶ CMK m. 231' in AYM tarafından iptal edilmesine karar verilmesiyle artık uygulanamayacağı için iptal edilen devam fıkraları şu şekildedir: "(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez. (8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanışı durur. (9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. (10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. (11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. (12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir. (13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

⁸⁵⁷ Güngör ve Okuyucu Ergün, s. 1958.

alacaksa uygulamasının nasıl olacağı ile ilgili kanun koyucunun takdir hakkı vardır. İptal kararına rağmen, kanun koyucu geri bırakılmaya ilişkin yeni düzenlemeler getirebilir. Nitekim AYM, kanun koyucunun geri bırakılmaya ilişkin hükümlerin iptalinin yaratacağı muhtemel boşluğu yeni bir düzenlemeyle doldurmak isterse bunun mümkün olabileceğini, ancak kararda belirtilen tespitler doğrultusunda Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelere uygun olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Bu gerekçeyle de iptal kararının yürürlüğünü Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl⁸⁵⁸ sonrasına ertelemiştir. Bu süre, 01.08.2024 tarihinde dolacaktır. Nitekim iptal hükmü henüz yürürlüğe girmeden kanun koyucu geri bırakılma kurumunu yeniden düzenlemiştir.

3.2.7.2. İptal Kararları Sonrası Yeniden Düzenlenen Haliyle Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Kanun koyucu, geri bırakılma kurumunun hukuk dünyasından silinmesine razı gelmemiş ve iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden geri bırakılmaya ilişkin hükmü yeniden düzenlemiştir. Söz konusu kanun teklifi⁸⁵⁹ 7499 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 12.03.2024 tarihinde Resmi Gazetede⁸⁶⁰ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin CMK m. 231/ 5-14 fıkralara yeniden düzenlenmektedir. Kanun maddesinin gerekçesinde⁸⁶¹; kurumun hukuk sistemimize ilk olarak suça sürüklenen çocuklara ilişkin olarak girdiği, uygulandığı günden bu yana özellikle çocuklar bakımından lekelenmeme hakkı dahil bir çok hakkı koruyarak görevini ifa ettiği, devletin suç ve ceza politikasını belirleyen kanun koyucu tarafından kurumun daha etkin ve verimli uygulanabilmesi amacıyla hükümde değişiklikler yapıldığı, AYM’ nin iptal kararından sonra, iptal kararının gerekçeleri de dikkate alınmak suretiyle kurumun yeniden düzenlendiği

⁸⁵⁸ AY m. 153/ 3’te yer alan “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” hükmüne dayanılarak iptal kararının yürürlük tarihi ertelenmiştir.

⁸⁵⁹ Kanun Teklifi Metni, E. 2/ 2023, T. 16.02.2024, S. 26.

⁸⁶⁰ RG Yayımlandığı Tarih/ Sayı: 12.03.2024/ 32487.

⁸⁶¹ Gerekçenin ve kanun teklifi metninin tamamı için bkz.

<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/6e8b6477-2942-49d1-acf1-cfa13bcac252.pdf> (E.T. 17.02.2023)

belirtilmiştir⁸⁶².

Yeniden düzenlenen hükümde, AYM' nin iptal kararı gerekçeleri dikkate alınmıştır. Düzenleme incelendiğinde, geri bırakılma kararının sanığın kabulüne bağlı olmasına ilişkin hükmün kaldırıldığı görülmektedir. AYM, iptal kararında söz konusu hükmün, sanığın üzerinde baskı kuracak şekilde uygulandığını belirtmişti. Gerçekten de uygulamada geri bırakılmayı kabul edip etmediği; henüz duruşmanın

⁸⁶² Yeniden düzenlenen hüküm şu şekildedir: "(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemeye, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder. (6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemeye, 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 hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez. (8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur. (9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. (10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. (11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. Açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilir, İtiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilir. (12) 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286 ncı madde hükümleri uygulanır. 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi halinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir. (13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

başında, deliller değerlendirilmeden, açıklanmasının ertelenebilecek hükme konu suçun mahkumiyet hükmüne sebep olacağı kesinlik kazanmadan sorulmakta, sanık da kabulün sonuçlarını yeterince anlamadan kabul etmektedir. Mahkeme bazen sanığın olmadığı oturumda sanık müdafisine geri bırakılmanın kabul edilip edilmediğini sormakta ve sanığın yokluğunda geri bırakılma kararı vermektedir. Bu haliyle kabul beyanları, gerçek iradeyi yansıtmamakta, sanık lehe olduğunu düşündüğü geri bırakılma kurumunu mahkumiyete tercih etmektedir. Bu sebeple, lehe olan bir kurumun uygulanmasının mahkemece resen gözetilmesi ve sanığın kabulünün aranmayacak olması yerinde bir düzenlemedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen iptal kararlarının ikisinde de itiraz kanun yolunun etkin işletilemediği gerekçesi bulunmaktaydı. Bu sebeptir ki yeni düzenlemeyle geri bırakılma kararlarına karşı itiraz kanun yolu değil istinaf kanun yoluna gidilebileceği hükme bağlanmaktadır. Buna göre, istinaf edilemeyeceği Kanunda ayrıca belirtilen haller saklı kalmak üzere (CMK m. 272/ 3), geri bırakılma kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Eğer geri bırakılma kararı derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verildiyse, bu halde de temyiz yoluna başvurulabilir. Bu aşamada karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelemeye tabi tutulacaktır.

CMK Kanunu m. 231/ 12'de yer alan kanun yolu itirazdır. Hüküm olmamakla beraber hükme benzer nitelikte bir karar olmasına rağmen⁸⁶³, geri bırakılma kararları itiraza tabi kılınmıştır. Nitekim hukuk sistemimizde itiraz kanun yoluna başvurulabilecek kararlara ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmadığı görülmektedir. Hakim kararlarına karşı ya da kanunda açıkça belirtildiyse mahkeme kararlarına karşı itiraz mümkün olabilir (CMK m. 267). Kanun herhangi bir ayırım yapmaksızın, mahkeme tarafından verilen hüküm dışındaki bütün kararları itiraz edilebilir kararlar şeklinde düzenleyebilir. Oysa Alman hukukunda, mahkeme tarafından verilen bir kararın itiraza tabi olması için, mahkeme tarafından hükümden önce verilmiş olması şarttır; Alman CMK, hükümle bağlantılı olmayan kararların temyize tabi olmadığını belirtmiştir (m. 304- 305). Buna göre, verilen hükümle

⁸⁶³ Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, "Karar İncelemesi- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan)**, 2013, C. 19 S. 2, (221-236), s. 226.

maddi ve içerik yönünden bağlantısı olan⁸⁶⁴ kararların hükümle birlikte temyiz edileceğini, hükümle bağlantılı olmayan kararlara karşı da itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştır; bu kararlar hükümle o kadar yakın bağlantı içinde olmayan kararlardır⁸⁶⁵. Sözelimi tutuklama kararına karşı CMK'ya kim tarafından verilmiş olursa olsun itiraz edilebiliyorken, Alman CMK m. 305'e göre, tutuklama kararları hükümle birlikte temyiz edilebilir, çünkü bu kararlar hükümle bağlantılıdır. Alman uygulamasında, bu kararlara karşı itiraz yolunun öngörülmesinin zaman kaybı yaratacağı, hükümle birlikte temyiz merciince incelenebilecek hükümle bağlantılı bir kararın ayrı bir kanun yoluna tabi tutulmasının bu anlamda doğru olmadığı görüşü hakimdir⁸⁶⁶. Alman uygulaması hükümle bağlantılı olan/olmayan ayrımı yapmak suretiyle hangi kararların itiraza tabi tutulamayacağını düzenlerken, TCK'da böyle bir ayrım bulunmamaktadır. Dolayısıyla geri bırakılma kararları da kanun tarafından itiraza tabi tutulmuş ve Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın denetimi dışında tutulmuştur.

AYM' nin iptal kararında, itirazın etkin bir başvuru yolu olmaması sebebiyle iptal edildiği vurgulanmıştır. Bu sebeple yeni düzenlemeyle itiraz yerine istinafa tabi tutulması yerinde bir düzenlemedir. İtiraz kanun yolunda, hem maddi hem hukuki denetim yapılabilir olması sebebiyle⁸⁶⁷, itiraz yerine istinaf kanun yolunun öngörülmüş olması, sanık açısından herhangi bir aleyhe durum yaratmaz. Ancak, itiraz, sözelimi temyiz incelemesine göre daha geniş bir denetim alanını sunduğu için⁸⁶⁸, istinaf kanun yolunun öngörülmemiş olduğu dönemde, geri bırakılma kararları istinaf yerine temyize tabi tutulsaydı bu durumun denetim alanı daraltacağı sebebiyle aleyhe bir durum yaratacağı söylenebilirdi. Ancak, Yargıtay, itiraz merciin inceleme alanının dar yorumlanmasını ve merciin sadece suça ve sanığa ilişkin

⁸⁶⁴ Özbek ve Meraklı, s. 224.

⁸⁶⁵ Christoph Barthe ve Jan Gericke, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, 2023, StPO § 305 Parg.1; Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider, *Münchener Kommentar zur StPO*, Verlag C.H. Beck, München 2024, StPO § 305 Parg.6-18.

⁸⁶⁶ Özbek ve Meraklı, s. 225.

⁸⁶⁷ Cumhur Şahin, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan)*, 2013, C. 19 S. 2, (283-293), s. 289.

⁸⁶⁸ Özbek ve Meraklı, s. 229.

objektif hususları değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁶⁹. Bunun da itirazın etkin bir şekilde uygulanmasının önünde bir engel olduğu söylenebilir.

Ancak düzenleme, itiraz yolundan da vazgeçmemiştir. Madde gerekçesinde geri bırakılma kararı iki ayrı karar gibi değerlendirilmektedir. Bu kararlardan ilki; teknik olarak hüküm sayılan ancak açıklanmadığı için hukuken varlık kazanmamış olan mahkumiyet hükmü, diğeri de hükmün üzerine inşa edilmiş olan ve hükmün hukuken sonuç doğurmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu yönüyle yeni düzenlemeyle geri bırakılma kararı istinafa tabi tutulmuşken, açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı da itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Geri bırakılma kararına karşı istinaf kanun yolunun öngörülmüş olması, etkin kanun yolu denetiminin mümkün olması bakımından önemlidir. Zira itiraz üzerine dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercii, itiraz konusunu, olması gerektiği gibi değerlendirmemekte ve itirazlar genelde kabul görmemektedir. Bunun sebebi kuşkusuz, geri bırakılmanın lehe bir hüküm olduğunun düşünülmesidir; ancak etkin bir inceleme yapılmaksızın reddedilen itiraz başvuruları hükmün açıklanmasını dolayısıyla ilgilinin istinafa başvurarak hükmün esasının denetlenmesini isteme hakkına mani olunmaktadır. Bu haliyle istinafa gidilebilmesine ilişkin yeni düzenleme yerindedir. Ancak kanun koyucunun hüküm ve geri bırakılma kararı gibi ikili bir ayırım yapıp, aynı hususa ilişkin iki ayrı kanun yolu öngörmüş olmasını anlamak güçtür. Zira istinaf kanun yoluna gidildiğinde hem hüküm hem de geri bırakılma kararı birlikte değerlendirilip ikisi bakımından da denetim yapılması mümkündür. Alman uygulamasının zaman kaybı olacağı gerekçesiyle reddettiği bu durum, uygulamada sorun yaratacak, hangi itiraz mercii hangi yönden denetim yapacağını tespit edemeyecektir. Bu yönüyle düzenlemenin gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Yeni düzenlemeyle gelen bir diğer farklılık, yine iptal kararında belirtildiği üzere, geri bırakılma kararıyla birlikte verilen müsadere kararlarının akıbetidir. İptal edilen CMK m. 231/5'te açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, yeni düzenlemede bu husus gözetilerek, geri bırakılma kararı verilmesi, *“müsadereye ilişkin hükümler*

⁸⁶⁹ Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **AÜHFD**, 2016, C. 65, S. 4, (1951-1965), s. 1961.

hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder” denilmek suretiyle müsadere kararlarının varlığını sürdüreceği açıkça söylenmektedir. Müsadere, suça ait izlerin ortadan kaldırılması bakımından en etkili hukuki araç olması sebebiyle önemli bir kurumdur⁸⁷⁰. Müsadere bir güvenlik tedbiri olarak TCK’da düzenlenmiştir. Müsadere bir güvenlik tedbiri olmakla beraber, hükmün gerekçesinde müsaderenin söz konusu olabilmesi için ilgili suç dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının gerekmeyeceği belirtilmiştir. Müsadere asıl ceza davası ile birlikte görülen bir tali davadır ve müsaderenin gerekip gerekmediğini mahkeme takdir eder⁸⁷¹. Yani suç dolayısıyla kişi cezalandırılabilir olmasa bile müsadere kararı verilmesi mümkündür⁸⁷². Ancak gerekçede belirtilen ceza mahkumiyetinin gerekmediğine ilişkin husus, müsaderenin asıl davaya bakan mahkemeden ayrı bir mahkemede de değerlendirilip karara bağlanabilecek olmasıdır. İlgili suç dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde müsadere kararı verilip verilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun, mahkumiyet hükmünün sonuç doğurmayacağını belirtmiş ancak müsadere ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Birlikte görülen davalarda suçluluğun mahkeme kararı ile kesinleşmesi, müsadere için bir gerekliliktir. Bu sebeple mevcut haliyle geri bırakılma kararının müsadere kararını engellemesi gerekir⁸⁷³. Ancak Kanun’da bu hususun açıkça düzenlenmemiş olmasının, iptal kararında gerekçe olarak gösterilmesi sebebiyle yeni düzenleme müsaderenin, geri bırakılma kararına rağmen sonuç doğuracağını hükme bağlamıştır; bu sayede müsadereye ilişkin karar geri bırakılma kararına rağmen verilebilir ve uygulanabilir, asıl dava konusu hüküm gibi askıya alınamaz.

Yeni düzenlemenin, iptale konu hususların değerlendirilmesiyle ona uygun bir şekilde yapıldığı belirtilmektedir. Ancak düzenleme bu haliyle farklı bir problem daha yaratmaktadır. TCK m. 51 hapis cezasının ertelenmesi kurumunu düzenlemektedir. Erteleme kurumu, geri bırakılmaya ilişkin iptal edilen düzenleme

⁸⁷⁰ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 464; CenteL, Zafer ve Çakmut, s. 753; Devrim Güngör ve Haluk Toroslu, “Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, 2016, S. 65, C. 4, (1967-1980), s. 1969.

⁸⁷¹ CenteL, Zafer ve Çakmut, s. 762.

⁸⁷² Güngör ve Toroslu, s. 1972.

⁸⁷³ Güngör ve Toroslu, s. 1977.

koşulları bakımından değilse bile sonuçları itibariyle karşılaştırıldığında, birbirinden farklı iki kurum idi. İki kurum da, uygulanma şartları itibariyle birbirine benzemekte; ceza sınırı -ki iki kurum için de iki yıldan az hapis cezası gerektiren bir suçun varlığı gerekir-, önceden bir mahkumiyetin bulunmuyor olması ve mahkemede suç işlenmeyeceği yönünde oluşacak kanaat her iki kurum için de ortak koşullardır. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tazmin edilmesi geri bırakılma bakımından zorunlu koşul iken ertelemede takdiri koşuldur. Bu bağlamda koşullar açısından iki noktada farklılıktan söz edebiliriz: İlki, adli para cezalarının ertelenmesinin mümkün olmamasına rağmen, geri bırakılma kararına konu olabilmesi; ikinci olarak da geri bırakılma kararı sanığın kabulüne bağlıyken erteleme kararı için sanığın kabulü gibi şartın aranmamasıdır. Şartları değerlendirdiğimizde iki kurum arasındaki tek önemli fark olarak sanığın kabulü şartı görülmekte ancak bu şart yeni düzenlemede yer almamaktadır.

Erteleme kararına ve ertelenen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır. Geri bırakılma kararı ise itiraz edilebilir bir karardır. Bu farklılık da yeni düzenleme ile ortadan kalkmakta, geri bırakılma kararı da etkin denetim için istinafa gidilebilir kararlar arasına alınmaktadır.

3.2.7.3. Yeni Düzenlenen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme Kurumlarının Karşılaştırılması

Hapis cezasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonuçları itibariyle çok farklı iki kurumdur. İki kurum da kısmen farklılık arz etmekle birlikte belirlenen bir denetim süresine tabi olup, bu süre içinde suç işleyip işlemediği ve yükümlülüklerle uygun davranılıp davranılmadığı denetlenmektedir. Hapis cezası ertelenen kişi denetim süresi içinde suç işler veya uyarıya rağmen yükümlülüklerle aykırı davranırsa ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesi söz konusu olur.

Hakkında geri bırakılma kararı verilen kişi, denetim süresi içinde suç işler veya uyarıya rağmen yükümlülüklerle aykırı davranırsa mahkeme hükmü açıklar; kişinin durumu değerlendirilerek cezanın kısmen veya tamamen infazı, mümkünse ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi söz konusu olur. Yeni

düzenlemede bu hususa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.

Denetim süresinin iyi halli, yani suç işlenmeksizin ve yükümlülöklere uygun davranılarak geçirilmesi durumunda ise iki kurum birbirinden ayrılmaktadır. Hapis cezasının ertelenmesi bakımından, bu durumda sonuç, cezanın infaz edilmiş sayılması iken, geri bırakılma kararı verilmesi halinde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir ve bu husus sanık açısından herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Yani, mahkumiyete bağlanan sonuçlar, geri bırakılmanın aksine, erteleme kararından sonra da etkili olmakta, mahkumiyet var olmaya devam etmektedir⁸⁷⁴. Yeni düzenlemeyle bu hususta da bir değişiklik yapılmamakta, geri bırakılma kararı yine hukuki sonuç doğurmayan bir karar olarak varlığını sürdürmektedir. Oysa erteleme bakımından cezanın infaz edilmiş sayılması, cezanın hukuk dünyasında varlığını koruması ve adli sicile işlenmesi söz konusudur.

Hapis cezasının ertelenmesi ve geri bırakılma kurumları karşılaştırıldıktan sonra tartışılması gereken husus, iptal ve uygulama hatalarıyla sürekli gündeme gelen ve değişiklikler geçirmesine rağmen amaca hizmet etmeyen bir kurum olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hâlâ ihtiyaç duyulup duyulmadığı konusudur. Zira, sanığın kabulü şartının da kanun metninden çıkarılmasıyla birlikte kurum hapis cezasının ertelenmesi kurumuna çok benzeyen bir kurum olarak varlığını sürdürecektir. Koşulları aynı ya da benzer, hukuki niteliği itibariyle karma nitelikli iki kurumun aynı anda hukuk siteminde yer alması sorun yaratmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sonuçları itibariyle daha sanığın lehine olan bir kurumdur. Bu haliyle uygulamada bilhassa gençlerin geleceği üzerindeki olası etkileri dolayısıyla erteleme yerine geri bırakılma kurumu tercih edilmektedir. Ancak AYM'nin hükmü tamamen iptal etmesine sebep olan gerekçelerden biri de, iptal kararında değinildiği gibi; *“cezasızlık; kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının*

⁸⁷⁴ Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 791; Demirbaş, **Genel Hükümler**, s. 722; Seda Yağmur Sümer, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi”, **TBB Dergisi**, 2022 S. 161, (85-143), s. 91.

sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmaktadır.”. Bu sebeple geri bırakılma, sonuçları itibariyle de eleştirilen bir kurumdur. Hükmün, hukuk sisteminden tamamen siliniyor olması sanık açısından bakıldığında lehe bir sonuç olmakla beraber, mağdur açısından ve ceza adalet sistemi açısından değerlendirildiğinde, her zaman ve herkesçe lehe değerlendirilmesi istenen bir sonuç değildir. Bu sebeple erteleme ve geri bırakılma iki ayrı kurum olarak hukuk sisteminde yer almakta, her somut olaya göre mahkeme, erteleme ya da geri bırakılma kararlarından birine hükmetmektedir.

Kanımca yeni düzenleme ile aralarında sadece sonuçları itibariye bir farklılık bulunan, diğer hususlar konusunda esasa etki etmeyecek küçük farklılıklar dışında birbirlerine çok benziyor olmaları sebebiyle, bu iki kurumun birlikte tek bir kurum olarak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim erteleme gibi bir kurumun var olduğu bir sistemde ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ihtiyaç yoktur⁸⁷⁵. Geri bırakılma kararının hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiş olmasına rağmen, kanun ve yönetmeliklerde zaman zaman mesleğe girişe engel veya meslekten çıkarılma sebebi sayılması dolayısıyla, gerçekten hukuki sonuç doğurup doğurmadığı hususu tartışmalı hale gelmiştir. Yani, ne kadar farklı düzenlenmiş olursa olsun, hakkındaki hapis cezası ertelenmiş veya geri bırakılmış kişi birbirinden çok da farklı statüde olmayacaktır⁸⁷⁶. Bu sebeple, kanun koyucunun geri bırakılmaya ilişkin iptal kararı üzerine geri bırakılma kurumunu, hapis cezasının ertelenmesi kurumuna benzetmek suretiyle yeniden düzenlemek, belki yeni tartışmalar ve iptallere sebep olmak yerine, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin TCK m. 51’de değişikliğe giderek, geri bırakılma ve ertelemeyi tek bir başlık altında hükme bağlaması daha isabetli olacaktır.

TCK m. 51’de yapılacak değişiklik, kurumun sonuçlarına ilişkin olmalıdır. Ancak, geri bırakılma kararının sonucu gibi, her durumda, denetim süresinin suç işlenmeksizin ve yükümlülöklere uygun bir şekilde geçirilmesiyle hükmün ortadan

⁸⁷⁵ Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, C. 2, (Madde 175-335)**, Adalet Yayınevi, Ankara: 2015, s.1041.

⁸⁷⁶ Yurtcan, s. 1041.

kalkması gibi sonucun öngörülmesi de ceza adalet sistemi ile bağdaşmaz.

Sanığın korunması önemli olmakla beraber, sanığın cezasız kalması ile mağdurun ikinci defa mağdur edilmemesi hususları birlikte değerlendirilmelidir. Mahkemeye bu bağlamda bir takdir hakkı tanınması, “kararın kişinin geleceği üzerindeki olumsuz etkileri” göz önünde bulundurulmak suretiyle hükmün tamamen kaldırılmasına veya infaz edilmiş sayılmasına mahkemenin her somut olaya göre karar vermesi daha hakkaniyetli olacaktır. Bu sayede aynı hususun iki ayrı kanunda yer alan iki ayrı ama benzer kurumda düzenlenmesi yerine, tek hükümle sorunun çözülmesi mümkün olabilecektir.



SONUÇ

İnsanlar her zaman birbirlerinin haklarını ihlale yönelik eylemler gerçekleştirmişler, bu durum da bu eylemlere karşı bir tepki gösterme ihtiyacını doğurmuştur. Bu tepki, kişiler arasında bozulan dengeyi yeniden sağlamaya yönelik yaptırımlardır. Ceza hukuku yaptırımları kişiye sadece fiziksel olarak değil psikolojik olarak da acı ve ızdırap verirler. Nitekim kişinin bizzatı şahsında etkilerini doğuran ceza, ödülün zıttı olan ve kişiye haz vermesi beklenmeyen bir yaptırımdır. Kötü olan cezalar, hukuk düzenini ihlal eden daha büyük bir kötülüğü devlet eliyle ortadan kaldırmak için gerekli oldukları ölçüde ve son çare olarak uygulanmalıdır.

Cezanın amacı, hukuk düzeninin varlığının devamlılığına katkı vermek, toplumdaki hukuk bilincini güçlendirmek, hukuki değerleri koruyarak suç işlenmesini önlemek, haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini gidermek ve işlenen suç dolayısıyla elde edilen ekonomik kazancı almaktır. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için devletin haklı olarak ceza yaptırımına başvurması gerekir. Bugün herkes tarafından kabul edilen, toplumsal düzeni bozarak insanların haklarına yönelen eylemlerin cezalandırılmasının zorunlu olduğudur.

Suç işleyen bireye ceza verilmesinin kaçınılmaz ve zorunlu olduğunun kabulünün ardından, cezaların hangi amaca hizmet etmek amacıyla verileceği hususu tartışılmalı ve cezanın amacını tespiti yönelik teoriler ortaya konulmaya çalışılmalıdır. Cezaların amacını ortaya koyabilmek için ortaya atılan teoriler; mutlak teoriler, nispi teoriler ve bu iki grup teorinin harmanlanması sonucu ortaya çıkan karma teoridir.

Mutlak teoriler suçluyu değil suçu esas alan ve cezanın verilmesi başlı başına bir amaç olarak gören teorilerdir. Toplumsal düzen bozulduğu için ceza verilir, cezalandırma için başkaca bir araç aranmasına gerek yoktur. Mutlak teorilerin geleceği dikkate almamasının eksikliği dolayısıyla cezanın amacı, suç işlenmesinin önlenmesi olan nispi teoriler ile açıklanmaya başlanmıştır. Günümüz hukuk sisteminde hem nispi hem mutlak teorileri bünyesinde barındıran karma teoriler

kabul görmektedir. Buna göre; ceza, hem suç işleyen bireye yaptığını ödetme amacıyla uygulanır hem de suçun genel ve özel önleme amacına hizmet eder.

Çağdaş hukuk sistemlerinde cezalar, orantılı olma, kanunilik ilkesine uygun olma gibi pek çok özelliği olmakla beraber, en önemli özelliklerinden birini bireyselleştirilebilme oluşturur. Kanunda tanımlanan cezanın, failin kişiliğine uydurulmasını ifade eden bireyselleştirilme, bireye uygun, daha adil ve orantılı bir ceza belirlenmesini sağlar.

Ceza hukuku yaptırım sistemi içinde cezalar, hapis cezaları ve adli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılır. Ölüm cezası hukuk sistemimizde yer almamaktadır. Ölüm cezasının kaldırılmasının ardından, ölüm cezası gerektiren suçlara karşılık olarak, müebbet hapis cezasının yanında, başka bir sabit ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür.

Müebbet hapis ve ağırlaştırılmış müebbet hapis gibi sabit cezalar, cezanın bireyselleştirilmesine imkan tanımayan cezalardır. Bu sebeple, hukuk sistemimizde çok sık bu tür sabit cezalara rastlanmamakta, suç karşılığında çoğunlukla alt ve üst sınırları olan süreli cezalar yer almaktadır. Hapis cezasının yanı sıra, adli para cezası da çoğunlukla alt ve üst sınırları kanunda belirlenen bir diğer cezadır; belli dönemlerde güncellenmekle beraber, adli para cezalarında bir günün değeri en az yüz ve en fazla beş yüz Türk Lirası olarak belirlenir (m. 52/ 2).

Ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezası ile adli para cezası olarak kanunda türleri belirlenen cezalar, kanunilik ilkesi gereği, özel olarak TCK veya özel ceza kanunlarında yer alan her suç için ayrıca soyut olarak belirlenmiştir. Cezanın belirlenmesi, tek bir ceza türünün belirlenmesi şeklinde olabileceği gibi, birden fazla türün birlikte veya seçimlik olarak da belirlenmesi mümkündür. Bu durumda, cezanın belirlenmesi bakımından bir sonraki aşama, yani mahkemenin cezanın belirlenmesine ilişkin yapacağı değerlendirme ve kanunda yazılı kriterler çerçevesinde bir ceza belirlemesi aşaması gelir. Kanun tarafından yapılan belirleme, somut olaya özgü olmaması sebebiyle soyut belirlemeyi; hakim her somut olay karşısında yaptığı değerlendirme ise somut belirlemeyi yani cezanın bireyselleştirilmesini ifade eder.

Cezanın bireyselleştirilmesi için her somut olayda suçun karşılığı olarak öngörülen alt ve üst sınırları olan cezada, altı sınıra ya da üst sınıra yaklaşarak bir ceza tayini yapılabilecek olması, yargılamada görevli hakime, cezanın şahsa uydurulması için bir alan yaratmaktadır. Bu alan o kadar önemlidir ki, adaletin tecellisi ancak bu alanın doğru kullanılmasıyla mümkündür. Kanun koyucu, soyut cezayı belirleme konusunda mutlak değilse bile bir serbestiye sahiptir; cezanın amacına hizmet edecek şekilde ceza türlerini soyut olarak belirleyebilir. Kanunu uygulayacak olan mahkemenin de soyut cezayı somutlaştırırken, kanundaki sınırlar içinde hareket etme mecburiyetleri vardır.

Suç işleyen failin alacağı ceza belirlenirken ilk olarak cezanın türü tespit edilir. Bu ceza türünü doğru bir şekilde belirleyip, açıkça hükümde göstermek hükmü veren mahkemenin görevidir. Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası, kanun koyucunun belirlediği sabit cezalardır. Bu cezalar, kasten öldürme gibi ağır bazı suçlar karşılığında öngörülmüştür. TCK m. 61/ 1’de yer alan kriterler, sabit cezalar için değil, çoğunlukla alt ve üst sınırlı olarak belirlenen suçlar bakımından bu alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulmak üzere düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sabit cezalar bakımından TCK m. 61/1 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı şüphesizdir. Sabit cezalar, hakime takdir hakkı vermemesi dolayısıyla eleştirilirken, alt ve üst sınırlı olarak öngörülen cezalar bakımından uygulamada en büyük sorun, bu sınırların makas aralığının çok geniş tutulması dolayısıyla hakime bir hayli geniş bir takdir hakkı tanınmış olmasıdır.

Temel cezanın belirlenmesi TCK m. 61/1’de yer alan kriterler çerçevesinde olur ve mutlaka hangi sebebe dayandığının gerekçeli olarak hükümde gösterilmesi gerekir. Kanun ifadesinin tekrarlanmış olması, gerekçe olarak kabul edilmemelidir. Söz konusu, kriterler, suçun unsuru olmadıkları müddetçe cezanın belirlenmesinde failin lehine ya da aleyhine olacak şekilde göz önünde bulundurulur.

TCK m. 61’de sayılı kriterlerin bir kısmı faile bir kısmı fiile ilişkindir. Kanun koyucu bu kriterleri örnekleyici olarak değil, sınırlı olarak belirlemiştir. Yani bu kriterlerden başka temel cezanın belirlenmesi noktasında değerlendirmeye alınabilecek bir husus yoktur. Faile ilişkin kriterler; failin kast veya taksire dayalı

kusurunun ağırlığı ve failin güttüğü amaç ve saiktir, Fiile ilişkin kriterler ise; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri ve meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığıdır.

TCK m. 61/1’de sayılan kriterlerden yararlanarak temel cezanın belirlenmesinden sonra, taksirli suçlar bakımından bilinçli taksirin varlığı halinde cezada artırım, kasten işlenen suçlar bakımından olası kastın varlığı halinde cezada indirim yapılır (TCK m. 61/2). Olası kastla suç işleyen fail bakımından, m. 61/1 kapsamında temel ceza belirlendikten sonra bu temel ceza üzerinden olası kast dolayısıyla indirim yapılması gerekecektir. TCK m. 61/2 gereği olası kast indirimin belirlenen temel ceza üzerinden yapılması ile ortaya çıkan sonuç cezanın adalet ilkeleri ile bağdaşmadığı bu sebeple AY m. 2’de belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddiası ile hükmün “olası kast” yönünden Anayasa’ya aykırılığı dolayısı ile iptali istenmiştir.

İddianın gerekçesini; itiraza konu TCK m. 61/2’ de yer alan hükümle olası kastın varlığı hâlinde cezada yapılacak indirimin TCK m. 61/1’ e göre belirlenen ceza üzerinden yapılmasının öngörüldüğü, bu durumun kanunda yer alan bazı suçlar (iptal davasına konu suç olası kast ile yaralama ile kasten öldürmeye teşebbüs suçlarına ilişkindir) bakımından doğrudan kast ve olası kastla belirlenen sonuç cezaların aynı olmasına neden olduğu, bu durumun adalet ilkesiyle bağdaşmadığı bu sebeple de AY m. 2’ye aykırı olduğudur. Ancak AYM, haklı olarak bu iptal başvurusu hakkında ret kararı vermiştir. AYM, ret gerekçesinde; olası kast durumunda, doğrudan kasta nazaran azalan kusurun yoğunluğu dolayısıyla, yapacağı indirimi hangi sırada yapacağını kanun koyucunun belirleyeceğini, bu takdir hakkına müdahale edilemeyeceğini; itirazda belirtildiği gibi bu belirleme yöntemiyle bazı suçlarda olası kast ve doğrudan kast durumunda cezanın aynı hesaplanmasının, hükümden değil suçların ve o suçlar karşılığında soyut olarak belirlenmiş cezaların niteliğinden kaynaklandığını belirtmiştir. Gerçekten de, bazı suçlar bakımından olası kast ve doğrudan kasta göre belirlenen sonuç cezanın aynı olması durumu her suç bakımından söz konusu olsaydı, hüküm bu yönüyle iptal edilebilir bir hüküm olarak değerlendirilebilirdi. Ancak bu durum her suç için değil bazı suçlar bakımından somut olaya göre gerçekleşmektedir. Bu da tamamen failin, hakimın takdirine göre olayda

kusur yoğunluğunun daha fazla görülmesinden bu sebeple indirimin alt sınırdan yapılması ile ilgilidir ve hukuka uygundur.

Somut olayda birden fazla nitelikli halin aynı anda gerçekleşmesi söz konusu olduysa, bu durumda cezanın nasıl belirleneceği özellik arz eder. Suçun nitelikli halinin düzenlendiği hükümde, seçimlik olarak düzenlenen nitelikli hallerin birden fazlası aynı olayda meydana geldiğinde; tek bir cezaya hükmedilecektir. Ancak bu ceza verilirken alt ve üst sınırların olduğu suçlar bakımından alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlenmesi gerekmektedir.

Aynı olayda gerçekleşen birden fazla nitelikli hal, farklı hükümlerde düzenlenen ve bu hallerden bazılarının cezada artırım yapılmasını gerektiren bazılarının da cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hal olması durumunda ceza belirlenirken her bir nitelikli hali dolayısıyla ayrı ayrı indirim ve/ veya artırım yapılması gerekir (TCK m. 61/4). Birden fazla nitelikli halin aynı olayda gerçekleşmesi halinde, her bir nitelikli hal için ayrı alt ve üst sınırların belirlenmesi ile cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektireceğinden, öncelikle bu durumda temel cezanın hangi nitelikli hale göre tespit edileceğinin belirlenmesi gerekir. TCK m. 61/ 4, bu hususa değinmemiştir. Kanunda bu husus belirtilmediği için 1955 tarihli İBK'na göre değerlendirme yapılması ve hangi uygulama sanığın lehine olacaksa ona göre karar verilmesi gerekmektedir.

Temel cezanın belirlenmesine ilişkin m. 61/1-4 hükümlerinin uygulanması ile bulunan somut ceza üzerinden m. 61/5'te gösterilen sırayla ve hükmün özelliğine göre indirim ve artırım yapılacaktır. Kanundaki sıranın, hakim tarafından değiştirilmesi hukuka aykırı olur.

TCK m. 61/5'e göre gözetilecek sıra, *“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”* nin uygulanması ve bu şekilde sonuç cezanın belirlenmesidir.

Teşebbüs hükümleri, TCK m. 61/5'te ilk sırada yer alan indirim sebebidir. Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, indirimin yapılması sırasında hakimi

bağlayan husus, indirimin meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecek olmasıdır (TCK m. 35/2).

Teşebbüste cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması istenen “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*” hususu, temel cezanın belirlenmesinin ilk basamağını oluşturan m. 61/1’de yer alan kriterlerden biridir (m. 61/ 1- e). Söz konusu kriter suçun unsurlarından biri olduğu takdirde ayrıca ikinci defa cezanın belirlenmesi bakımından değerlendirilememektedir. Bu durumda, teşebbüs aşamasında kalan bir suç bakımından bu husus teşebbüs dolayısıyla yapılan indirimin tek gerekçesi olduğundan, m. 61/1 kapsamında cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaz. Nitekim bu husus tamamlanmış suçlara özgü bir husus olup, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da temel ceza söz konusu suçun temel şekline göre belirlenecek daha sonra teşebbüs indirimi yapılacağı sırada meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilecektir. Burada m. 61/1 hükmünün, teşebbüs indiriminin yapılması bakımından göz önünde bulundurulacak m. 61/5 hükmünden önce uygulanıyor olmasının bir önemi yoktur. Zaten teşebbüste mecburen göz önünde bulundurulacak bir hususun öncesinde değerlendirmeye alınmaması gerekir; aksi durum çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelir.

Zincirleme suçun halkasını oluşturan suçların bazıları teşebbüs aşamasında kalmış bazıları tamamlanmış ise bu durumda, ceza belirlenirken tamamlanmış suç esas alınır. Tamamlanmış suç, suçun temel şeklini, teşebbüs aşamasında kalmış suç ise suçun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halini oluştursa bile, ceza belirlenirken tamamlanmış suç esas alınmalıdır. Zira zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, failin en ağır cezayı almasını değil, eylemleri ile orantılı bir ceza almasını sağlamaya yöneliktir.

Zincirleme suç sanığın, işlemiş olduğu her suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması kuralına istisna teşkil eden lehe bir hükümdür. Lehe olan bu hükmün, her somut olayda ceza belirlenirken dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi ve artırım oranının doğru tespit edilip hesaplanması önemlidir. Kanun, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını yasaklamaktadır (m. 43/3). Bu suçların haksızlık içeriğinin daha fazla olması, eylemlerin cezanın artırılması suretiyle dahi olsa bir defa cezalandırılmasının

önünde engel teşkil eder. Kanunda daha ağır sayılabilecek, söz gelimi cinsel istismar suçu gibi suçlar da mevcuttur ancak düzenlemenin ilk halinde yer almasına rağmen, bu suç bakımından böyle bir istisna durum söz konusu değildir. Bu haliyle gerekçeden yoksunluğu sebebi ile de TCK m. 43/3 hükmü eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratmaktadır.

2019 yılından beri ceza muhakemesi sistemimizde yer alan seri muhakeme usulünde cezanın belirlenmesine ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu usul soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına mahkeme gibi, şüpheli hakkında hüküm verme yetkisi verir. Ancak bu yetki sınırlı bir yetkidir ve kanunda detaylı olarak düzenlenmektedir. Bununla beraber Cumhuriyet savcısı tarafından verilen hüküm mahkeme tarafından denetlenmekte ve gerekirse değiştirilebilmektedir. Hükümün ilk düzenlendiği halinde Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen hüküm mahkemeyi bağlamakta, mahkeme başka bir eksiklik tespit edemediği durumlarda mecburen bu hükmü sadece onamaktaydı. Bu husus doktrinde çok eleştirilmiş, mahkemenin yargılama yetkisinin başka bir süje tarafından kullanılmasının sorunlu olacağı ifade edilmişti. Bu eleştiriler dikkate alınmış olacak ki, 7331 sayılı Kanun ile hüküm değiştirildi. Mevcut CMK m. 250’de, ceza yine, ilgili hükümdeki koşulların gerçekleşmesi halinde Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmekte ancak belirlenen ceza, talepname ile iletildiği mahkemeyi bağlamamaktadır. Mahkemeyi bağlayan tek husus, sanığın lehine olarak, yeni bir ceza belirleyecekse bile bunun Cumhuriyet savcısının belirlemiş olduğu cezadan yüksek olmamasıdır.

Genel muhakeme hükümlerinden cezanın belirlenmesi noktasında ayrılan yeni bir yargılama usulü olan basit yargılama usulünde cezayı belirleyen makam konusunda bir farklılık bulunmamaktadır. Cezayı belirleme yetkisi yine mahkemededir. Mahkeme basit yargılama usulünü uygulamaya karar verdiğinde, genel muhakeme esaslarından farklı olarak duruşmanın olmadığı, Cumhuriyet savcısının dinlenmediği, dosya üzerinden incelemenin yapılarak ceza tayin edildiği bir yargılama usulüne göre cezayı belirler. Ancak mahkeme, yine genel esaslardan farklı olarak cezada zorunlu olarak dörtte bir oranda indirim yapar. Bu indirim oranı, seri muhakemede yarı oranında iken mahkemede neden daha az olarak belirlendiği anlaşılamamaktadır.

Mahsup, cezanın hesaplanması aşamasında uygulanan bir indirim aracıdır. Mahsup, cezaların hesaplanmasının bir parçası olarak TCK m. 63'te düzenlenmiştir. Buna göre mahsup; *“hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler”*in hükmedilen hapis cezasından indirilmesini gerektirir. Mahsup TCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen bir infaz hukuku kurumudur nitekim mahsup, cezanın infaz aşamasında dikkate alınmaktadır.

Kişinin hapis cezası almasından önce maruz bırakıldığı geçici tedbirlerle özgürlüğünün kısıtlandığı zamanın, nihai olarak alacağı cezadan indirilmesi, adil bir hüküm verilmesinin gereğidir. Bu sayede kişi geçici olarak özgürlüğünün kısıtlandığı zamana, ayrı bir cezaymış gibi katlanmak durumunda kalmayacaktır.

Mahsup sadece hapis cezasına değil, adli para cezasına hükmedilmesi halinde de uygulanacaktır. Kişi hakkında hükmedilen cezanın para cezası olması halinde, kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı her gün, TCK'nın takdir ettiği beş yüz Türk Lirası olarak hesap edilir ve belirlenen adli para cezasından indirilir. (m. 63)

Kişinin mahkum olduğu cezadan mahsup işleminin yapılabilmesi için, kişinin mahkumiyete konu suç dolayısıyla özgürlüğünün kısıtlanmış olması şart değildir. Kişi tutuklu kaldığı fiil dolayısıyla beraat etmiş veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmiş veya mahkum olsa bile, mahkum olunan süreden daha fazla tutuklu kalmış ise, bu kalan sürenin başka bir mahkumiyet hükmünden mahsup edilmesi mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahsup işleminin yapılacağı suçun, tutukluluk sebebi oluşturan ancak beraatle sonuçlanan suça ilişkin beraat kararı kesinleşmeden önce işlenmiş olmasıdır.

Mahsup bakımından, şahsi hürriyeti bağlayan nedene, yurt içinde veya yurt dışında maruz kalma bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Kanuna göre, bir suçun nerede işlendiğine bakmaksızın, söz konusu suçtan dolayı yabancı bir ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir (TCK m. 16). Kanun, m. 63'te özgürlüğü kısıtlayıcı haller bakımından bir sınırlama yapmamış olmakla beraber, m.

16'ya göre yabancı ülkedeki özgürlüğü kısıtlayıcı halleri sayma suretiyle sınırlandırmıştır; sadece bu haller mahsuba sebep oluşturabilir.

Şahsi hürriyeti bağlayıcı hallerin, ceza mahkumiyetinden mahsubu hükmü veren mahkeme tarafından yapılır. Talep olmasa bile mahsubun resen mahkeme tarafından gözetilmesi ve uygulanması zorunluluk arz eder. Ancak herhangi bir sebeple bu durumun mahkeme tarafından gözden kaçırılması söz konusu ise, mahsup işlemi infaz aşamasında yapılabilir. Mahsubun yapılmamış olması, bozma sebebi değildir.

Cezanın bireyselleştirilmesi, ceza hukukunun amaçları doğrultusunda, cezanın her somut olayda bireye uydurulmasını ifade eder ve failin yeniden topluma kazandırılmasını amaçlar. Çağdaş hukuk sistemlerinde cezaların önemli özelliklerinden biri bireyselleştirilebilir olmasıdır.

Cezanın bireyselleştirilmesi, yasama, yargılama ve cezanın infazı aşamalarında söz konusu olabilir. Cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesi bakımından TCK'da düzenlenen araçlar; kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), mahsup (TCK m. 63) ve takdiri indirim nedenleri (TCK m. 62)'dir.

Cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesini sağlayan ilk araç, cezanın belirlenmesinde en son uygulanan takdiri indirim nedenleridir. Hukuk hakimleri, boşluk doldurmak, yorum yapmak konularında daha geniş bir takdir yetkisine sahipken, ceza hakimlerinin bu konuda daha az yetkili olduğu bir gerçektir. Ceza hakimine takdir alanı tanıyan durumlar, suçu işleyen kimsenin lehinedir. Söz gelimi takdiri indirim sebepleri hukuk sistemimizde mevcutken, takdiren cezanın artırılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Cezanın bireyselleştirilmesi yani şahsa uydurulması araçlarından biri olan takdiri indirim, yargılama yetkisine sahip olan mahkemenin; yargılanan sanığa vereceği muhtemel cezadan, kanundan kaynaklı başka bir indirim yapılırken göz önünde bulundurulmayan bir sebebe dayanarak ve kanun gereği son aşamada yapabileceği, takdir edebileceği ama zorunda olmadığı indirimdir.

Takdiri indirim nedenleri, kanunun tespit etmediği ama hakim tarafından göz önünde bulundurulması aranan ve sonuç olarak da cezanın bir miktar indirilmesi olanağı sağlayan durumlara verilen addır. Kanunda 7406 sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önce; kanun koyucu hangi sebeplerin takdiren indirim sebebi sayılabileceği konusunda mahkemeye yön gösterecek birkaç kıstas belirledikten sonra “gibi hususlar” demek suretiyle, bu sebeplerin sayılanlarla sınırlı kalmadığı, mahkemenin daha önceden göz önünde bulundurulmamış herhangi bir sebebi cezanın indirilmesinde kıstas olarak kullanabileceği değerlendirilmekteydi. Ceza hukukunda hakime sınırlı olarak tanınan bu yetkinin daraltılması sonucunu doğuran ancak kötü uygulamaların önüne geçmek amacıyla yapılan bu değişiklik yerinde olmamıştır. Nitekim takdiri indirim sebeplerinin sınırlı olarak sayılmaması karşısında, hakim bu konuda sınırsız bir takdir hakkına sahip değildi.

Takdiri indirimin cezaya etkisi, indirim yapılabilmesine vesile olmasıdır; suçun cezasında indirim sağladığı için suçun hukuki niteliğini değiştiren bir kurum değildir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, takdiri indirim sebeplerinin varlığı her bir şahıs için ayrı ayrı incelenmelidir; şeriklerden birinin takdiri indirimden yararlanması diğerlerinin yararlanması sonucunu doğurmaz; aynı durum tersi için de geçerlidir. Çünkü takdiri indirim nedenleri, kanunda da ifade edildiği üzere varlığı halinde “fail yararına” indirim imkanı tanıyan, şahsi bir husustur, diğer suç ortaklarına sirayet etmez.

TCK’ya göre; 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.

Failin geçmişi, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilir. Failin geçmişi ifadesinden anlaşılması gereken, sadece suçluluğa ilişkin olgular yani failin daha önceden herhangi bir suç işlemiş olmaması değildir. . Bu husus failin kişiliği ve suça meyline ilişkin fikir edinilmesini sağlar.

TCK m. 62’de, suç işleyen ve yargılanan kişinin fiilden sonraki “pişmanlığını gösteren” davranışlarının takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Pişmanlığın gösterilmesi sadece şekli bir tutumdan ibaret olabilir. Bu sebeptendir ki sanığın pişman olduğunu beyan etmesi, samimi bir pişmanlığı ifade etmiyorsa indirim sebebi sayılmamalıdır. Pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi de gerekmez. Failin davranışlarının hakime, pişman olduğu şeklinde yansımaları yeterlidir. Failin yargılanan kişinin yargılama sürecindeki “pişmanlığını gösteren” davranışlarının da takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir.

Failin pişmanlığı samimi ise bunun takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmesinde bir sakınca yoktur. Suçun pasif kalınarak sözgelimi susma hakkını kullanarak ikrarından kaçınılması, hatta aktif bir şekilde yalan söyleyerek inkar edilmesi tek başına indirimin uygulanmamasına sebep olmamalıdır. Susma hakkı, savunma hakkı kapsamında kalan anayasal bir haktır ve susma hakkının kullanılmasına olumsuz sonuçlar bağlanması bu hakkın kullanılmasına engel teşkil eder, savunma hakkını kısıtlar.

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmaması ile ilgili en temel tartışma, hükmün var olduğu zamandan beri, uygulamadaki aksaklıklar dolayısıyla olmuştur. Kötü uygulamalar, hükmün varlığının sorgulanmasına, gereksiz olduğu ile ilgili tartışmalar yapılmasına sebep olmuştur. Bu durumun çözümünün de kanun değişikliği yapılması olduğu sanılmıştır. Oysa kanun değişikliğine rağmen kötü uygulamaların devam etmeyeceğinin bir garantisi yoktur. Hakime, cezanın somut belirlenmesinin ardından somut olaya göre, cezayı bireye ve olaya uydurabilmek için takdiren indirim hakkı tanındıktan sonra, bu hakkın kullanılmasının kanun hükmü ile sınırlandırılması takdir hakkının özü ile uyuşmamaktadır.

Aynı failin, birden fazla suçu ile ilgili birleştirilmek suretiyle birlikte görülen davalarda, takdiri indirim sebeplerinin uygulanıp uygulanamayacağı her suç için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Eğer, genel olarak faile ilişkin veya yargılamaya ilişkin bir indirim sebebi söz konusu ise sanığın alacağı her bir ceza için bu hususun takdiri indirim sebebi sayılması gerekir.

Takdiri indirim nedenleri, uygulanmasına karar verildiğinde tüm asli cezalar bakımından uygulanmalıdır. Söz gelimi, hapis cezası ya da adli para cezasına mahkumiyet, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da mahkumiyet halinde takdiri indirim söz konusu olabilir. Hapis cezası ile birlikte adli para cezasına mahkumiyet halinde, hapis cezası bakımından uygulanan takdiri indirimin adli para cezası bakımından uygulanmaması hukuka aykırı olur. Ancak takdiri indirim sadece cezalara ilişkin olduğundan, güvenlik tedbirlerinin uygulanması bakımından takdiri indirim uygulanabileceğinden söz edilemez.

Aynı sanığın birden fazla suçtan yargılandığı durumlarda, mahkemenin takdiri indirim hususunda nasıl davranacağı hususu tartışmalıdır. Yargılamalar farklı mahkemelerde yapılıyorsa, her mahkeme kendisi indirim uygulayıp uygulamayacağına karar verecektir. Aynı mahkemede farklı suçlar ile yargılanan sanık açısından ise mahkeme her suç için takdiri indirim sebebinin var olup olmadığını birbirinden bağımsız olarak değerlendirmelidir.

TCK m. 62, herhangi bir suç sınırı belirlenmeksizin tüm suçlar bakımından uygulanan bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Zaten takdiri indirim kurumu, doğası gereği tüm suçlarla ilgili olarak uygulanabilecek şekilde düzenlenmelidir. Zira, takdiri indirim; uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin hakim tarafından değerlendirildiği, koşulları gerçekleşmiş ise hangi oranda indirim yapılacağının yine hakimin takdirine bağlı olduğu bir kurumdur.

Gerekliliği hususunda tartışmanın olmadığı takdiri indirim nedenlerinin, bazı suçlarla ilgili uygulanmasının yasaklanması gerektiği sürekli dile getirilen ve tartışılan bir husus olmuştur. Bu tartışmanın en temel sebebi bilhassa toplumda infial yaratan ve toplum vicdanını da yaralayan olaylar hakkında yapılan yargılamalarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ile failin daha az ceza almasından kaynaklanan, suç işleyenlerin cezasız kaldığı algısıdır. Cinsel istismar, cinsel saldırı, kadın cinayetleri gibi suçların faillerinin otomatik olarak takdiri indirimden yararlandırılmalarının yarattığı rahatsızlık, bu suçlar bakımından takdiri indirim hükümlerinin uygulanmasının yasaklanması konusunda bir beklenti yaratmaktadır. Ancak ceza kanunları toplumla birlikte şekillenen kurallar olmakla beraber toplumun her türlü beklentisine ceza hukuku ile cevap vermek de mümkün değildir. Hakim,

kanunda yer alan hususlara uygun davrandığı müddetçe kanunları uygulamak konusunda serbesttir. Hakimin bağımsızlığı topluma karşı bağımsız olmasını da gerektirir.

Hakimin her suç bakımından takdiri indirim nedenlerini uygulaması mümkün olmakla beraber, indirim uygulama konusunda bir zorunluluğu yoktur. Takdiri indirim nedenlerinin denetleniyor olması sebebiyle, hangi gerekçeyle indirim uygulamadığı hususu da denetlenecektir. Bu sebeple gerekçelendirebildiği her suç bakımından indirim uygulamak ya da uygulamamak hakimin takdirine bırakılmıştır. Bu sebeple bazı suçlar bakımından uygulanmaması yerine, hakimin otomatik indirim uygulamasının önüne geçmek, uygulamama konusundaki takdiri de hakime bırakmak gerekmektedir. Burada denetlenmesi gereken husus, indirim sonucunda belirlenen cezanın suç teşkil eden eylemle orantılı olup olmadığı, indirime rağmen caydırıcılığın sağlanıp sağlanmadığıdır.

Kanun koyucunun belli suçlar bakımından takdiri indirimin uygulanmamasına dönük bir iradesinin olmadığı TCK m. 62 hükmünün düzenlenişinden anlaşılmaktadır. Zira takdiri indirim nedeni uygulanacağı vakit, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis cezası uygulanacaktır; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, kanunda en ağır suçlar karşılığında örneğin kasten öldürmenin nitelikli halleri söz konusu olduğunda uygulanan bir cezadır. Kanun koyucu bu suç için dahi takdiri indirimin söz konusu olabileceğini hükme bağlayarak, bu tür yanlış uygulamalarının önüne geçmeye çalışmıştır. Ama buna rağmen, kanun koyucunun sahip olmadığı iradeyi mahkeme göstermekte ve örgüt suçlarını hatalı olarak indirim uygulanamayacak suçlar olarak değerlendirmektedir. Oysa fiil merkezli değil fail merkezli olan bir indirim gerekçesi olan takdiri indirim nedenlerinin, fiil odaklı bir sınırlamaya tabi tutulması da hukuka uygun olmayacaktır.

Cezanın yargılama aşamasında bireyselleştirilmesini sağlayan bir diğer araç, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesidir. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, infaz kurumunda iyileştirme olanağı sağlayamayacak kadar kısa olması sebebiyle infaz kurumuna girilmeksizin, başka yaptırımlara çevrilerek uygulanabilir. Söz konusu seçenek yaptırımların, hukuki

niteliği konusunda doktrinde fikir birliği yoktur. TCK'da "Cezalar" bölüm başlığı altında düzenlenmiş olması, bu tedbirlerin ceza olduğu anlamına gelmez; nitekim cezalar hapis cezası ve adli para cezası ile sınırlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Seçenek yaptırımları ceza olarak gören görüş, seçenek yaptırımları güvenlik tedbiri olarak gören görüş, adli para cezasını ayırıp ceza olarak nitelendirip, diğer yaptırımları güvenlik tedbiri olarak gören görüş mevcuttur. Kanımca adli para cezasını ayırmaksızın tüm tedbirleri aynı şekilde nitelendirmek gerekir. Adli para cezasının, ilk ceza olarak uygulanması ile seçenek tedbir olarak uygulanması birbirinden farklıdır. Bu sebeple ya tedbirleri aynı şekilde güvenlik tedbiri olarak kabul gerekir; ya da bu tedbirlerin ceza da güvenlik tedbiri de olmayan, kendine özgü tedbirler olduğunun kabulü gerekir.

Kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar bazı özel ceza kanunlarında da yer almaktadır. Söz gelimi, 5187 Sayılı Basın Kanunu'nda, seçenek yaptırımlara çevrilme yasağına ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre; *"düzeltme ve cevabın yayımlanmaması"* (m. 18) suçu ile *"basılmış eserleri engelleme, tahrip ve bozma"* (m. 22) suçu dışında Basın Kanunu'nda düzenlenen suçlar için hapis cezasına hükmedildiğinde bu ceza seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir. (m. 28). Failin birden fazla suçu ile ilgili olarak birlikte görülen davalarda, seçenek yaptırımlara çevrilme için her cezanın, ayrı ayrı değerlendirilip kısa süreli olup olmadığının tespiti gerekir.

Kısa süreli hapis cezaları, seçenek yaptırım olarak; adli para cezasına; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesine; bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etmeye; belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya; sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya; gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirine çevrilebilecektir.

Hukuki niteliği açıklama konusunda da ikilik yaratıyor olması sebebiyle bu seçenek yaptırımlardan birinin adli para cezası olması anlaşılmalıdır. Kanun koyucu,

cezaları soyut olarak belirlerken, adli para cezası verilmesinin uygun görüldüğü suçlar bakımından, suç tanımında hapis cezası ve adli para cezasını seçenek olarak düzenlemiştir. Bu suçlar söz konusu olduğunda, mahkeme hapis cezası veya adli para cezasından hangisi uygunsa onu uygulamaktadır. TCK'da, suç tanımında adli para cezası ile hapis cezasının birbirine seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, mahkemenin hapis cezasına hükmetmesi halinde, bu cezanın yeniden adli para cezasına çevrilmesini yasaklamaktadır (TCK m. 50/2). Hükümün amacı, imkanı varken adli para cezası seçeneğini tercih etmeyen mahkemenin daha sonra adli para cezasını seçenek yaptırım olarak tercih ederek çelişkiye düşmesini engellemektir. Bu sayede mahkemenin kendi işini uzatmasına da mani olunmaktadır. Öte yandan, soyut cezayı belirleyen kanun koyucunun, adli para cezasını, ilgili suç tipinde seçimlik ceza olarak belirlemediği durumlarda mahkemeye bu cezayı adli para cezasına çevirme imkanı tanınması da farklı bir çelişki yaratmaktadır. Nitekim kanun koyucu gerekli olduğu kanaatinde olsaydı, o suç tipinde seçimlik yaptırım olarak adli para cezasını düzenleyebilirdi. Bu sebeple, seçimlik ceza olarak belirlenebilecekken tercih edilmeyen suç tipleri bakımından, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırım olarak diğer tedbirlerin yanında adli para cezasının da bir tedbir olarak öngörülmüş olması gereksizdir.

Kısa süreli hapis cezaların çevrildiği seçenek yaptırımlardan biri eğitim tedbiridir. Kısa süreli hapis cezaları, failin bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme tedbirine çevrilebilir (TCK m. 50/1-c). Tedbir için alt sınır iki yıl olarak belirlenmişken, eğitimin en fazla ne kadar sürebileceğine ilişkin kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Tedbirin en az iki yıl uygulanma mecburiyetinin olmasının mantığı izaha muhtaçtır. Örneğin lise öğreniminin son yılında olan sanık için mahkeme bu eğitimin tamamlanmasına karar verdiğinde, bir yıl dolduğunda eğitim tamamlanmış olacaktır ancak tedbirin süre koşulu sağlanamayacaktır.

Değinilen son bireyselleştirilme aracı, hapis cezasının ertelenmesidir. Hapis cezasının ertelenmesinde mahkeme cezaya hükmeder ancak kanunda yazılı şartların varlığı söz konusu olduğunda, bu hükmün infazını bir süre erteler. Hapis cezasına özgü bir bireyselleştirme aracı olan ertelemenin uygulanabilmesinin ilk koşulu, ceza

mahkumiyetinin iki yıl dahil olmak üzere iki yılın altında seyreden bir hapis cezası mahkumiyeti olmasıdır.

Hapis cezası iki yılın altında bile olsa, adli para cezasından daha ağır bir yaptırım olmasına rağmen ertelenebiliyorken, az miktarda olan adli para cezası ertelenememektedir. Ancak ertelemenin amacının, hapis cezalarının olumsuz etkilerinden kişileri korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu ayrımın gözetilmesi yerindedir. Hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedildiğinde, hapis cezası ertelenmeli, adli para cezası hakkında erteleme kararı verilemeyeceği için de bu cezanın, kesinleştikten sonra ödenmesi sağlanmalıdır.

Hapis cezasının erteleme kapsamında olup olmadığı miktar olarak belirlenirken, soyut ceza değil yargılamanın bitiminde tespit edilmiş somut cezaya bakılır. Birden fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde, her bir suç için erteleme koşulları ayrı ayrı değerlendirilir.

Erteleme, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşuluna bağlanabilir. Mahkeme, failin birden fazla suçuyla ilgili yargılama yaparken, bazı suçlara ilişkin mağdurun zararının giderilmesi koşuluyla erteleme kararı verirken, diğer suçlarla ilgili bir zarar tespiti yoksa koşulsuz erteleme kararı verebilir. Bu durumda, koşullu ertelenen hüküm hakkında, koşulun yerine getirilmemesi nedeniyle ertelemenin kaldırılması çelişki yaratmaz.

Cezanın ertelenmesinin subjektif koşulu mahkemenin, tekrar suç işlenmeyeceğine ikna olması, erteleme kararı verdiği takdirde sanığın suç işlemekten çekineceğine inanmasıdır (TCK m. 51/1-b). Bu kanaatin dayanağı sadece sanık olmalı, sanık dışındaki olay veya kişilerin durumu kanaati etkilememelidir. Mahkemede oluşan suç işlenmeyeceğine dair kanaatin sadece aynı suçun tekrarlanmayacağına yönelik olması şart değildir; failin herhangi bir suç işlemeyeceği kanaatinin oluşması yeterlidir. Mahkeme bu kanaatini değerlendirirken yargılama sürecini baz alır; failin önceki yaşantısını göz önünde bulundurmaz.

Mahkeme, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşuluna bağlamak suretiyle erteleme kararı verdiğinde, bu karar ile birlikte dosyadan elini çekmektedir. Kanun, mahkemeye söz konusu koşulun gerçekleşmesini bekleme

görevi vermemektedir. Nitekim TCK'ya göre, koşul gerçekleşinceye kadar söz konusu hapis cezasının infazına başlanacak ve devam edilecektir. Yani koşulun gerçekleşmesi beklenmeden karar kesinleşecek ve infaz edilebilecektir. İnfaz devam ederken zararın giderilmesi halinde hükümlünün salıverilmesi söz konusu olur (m. 51/2).

Hapis cezasının ertelenmesi kurumuna benzer bir şekilde CMK'da düzenlenen bir diğer bireyselleştirme aracı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır (CMK m. 231/5-14). Koşulları itibariyle benzerlik göstermelerine rağmen sonuçları birbirinden farklıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunun öngörüldüğü CMK m. 231/12 hükmü, AYM tarafından 20.07.2022 tarihinde iptal edilmiştir. Hükmün iptalinin talep edilmesinin gerekçesini özetleyecek olursak; ilk gerekçe, hukuki bir sonuç doğurmayacak olması sebebiyle sanığın lehine bir hüküm niteliği gösteren geri bırakılma kararlarının, bu özelliğine rağmen, son dönemlerde birçok kanun ve yönetmelikle aksi düzenlemeler ve uygulamalarla failin lehine sonuç doğurabilecek şekilde düzenlenmesidir. İptal kararının bir diğer gerekçesi, geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itiraz başvurularında, incelemelerin kural olarak dosya üzerinden yapıldığı, kararların esasına ilişkin bir incelemenin yapılamadığı ve kararın gerçek anlamda bir kanun yolundan geçmediğidir.

AYM, geri bırakılmaya ilişkin CMK m. 231/5 ve devam fıkralarına ilişkin uygulama kaynaklı sorunlara ilişkin hak ihlali kararları vermeye devam ederken, hüküm yeniden iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. AYM, bu iptal başvurusu üzerine 01.06.2023 tarihinde geri bırakılmaya ilişkin hükmün tamamının iptaline karar vermiştir. İptal kararının dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiş, bu geçiş döneminde geri bırakılma kararı yeniden düzenlenmiş ve yeni düzenleme 7499 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 12.03.2024 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yeniden düzenlenen hükümde, AYM'nin iptal kararı gerekçeleri dikkate alınmıştır. Düzenleme incelendiğinde, geri bırakılma kararının sanığın kabulüne

bağlı olmasına ilişkin hükmün kaldırıldığı, geri bırakılma kararlarına karşı itiraz kanun yolu değil istinaf kanun yoluna gidilebileceğinin hükmüne bağlandığı görülmektedir. Yine bir diğer tartışma konusu olan ve iptal kararında da değinilen geri bırakılma kararı ile birlikte verilen müsadere kararlarının akıbetidir. Nitekim, geri bırakılma kararı, denetim süresinin ardından hukuki sonuçlarıyla birlikte hukuk dünyasından silindiğinde müsadereye ilişkin hükmüne ne olacağı kanunda ifade edilmiş değildir. Yeni düzenlemede bu husus gözetilerek, geri bırakılma kararı verilmesi, *“müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder”* denilmek suretiyle müsadere kararlarının varlığını sürdüreceği açıkça söylenmektedir.

Yeni düzenlemenin, iptale konu hususların değerlendirilmesiyle ona uygun bir şekilde yapıldığı belirtilmektedir. Ancak düzenleme, bu haliyle farklı bir problem daha yaratmaktadır. TCK m. 51 hapis cezasının ertelenmesini kurumunu düzenlemektedir. Erteleme kurumu, geri bırakılmaya ilişkin iptal edilen düzenleme koşulları bakımından değilse bile sonuçları itibariyle karşılaştırıldığında, birbirinden farklı iki kurum idi. Bu bağlamda koşullar açısından iki noktada farklılıktan söz edebiliriz: İlki, adli para cezalarının ertelenmesi mümkün olmamasına rağmen, geri bırakılma kararına konu olabilmesi; ikinci olarak da geri bırakılma kararı sanığın kabulüne bağlıyken erteleme kararı için sanığın kabulü gibi şartın aranmamasıdır. Şartları değerlendirdiğimizde iki kurum arasındaki tek önemli fark olarak sanığın kabulü şartı görülmekte ancak bu şart yeni düzenlemede yer almamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sonuçları itibariyle sanığın daha lehine olan bir kurumdur. Bu haliyle uygulamada bilhassa gençlerin geleceği üzerindeki olası etkileri dolayısıyla erteleme yerine geri bırakılma kurumu tercih edilmektedir. Ancak geri bırakılma, sonuçları itibari ile de eleştirilen bir kurumdur. Hükmün, hukuk sisteminden tamamen siliniyor olması sanık açısından bakıldığında lehe bir sonuç olmakla beraber, mağdur açısından ve ceza adalet sistemi açısından değerlendirildiğinde, her zaman ve herkesçe lehe değerlendirilmesi istenen bir sonuç değildir. Bu sebeple erteleme ve geri bırakılma iki ayrı kurum olarak hukuk sisteminde yer almakta, her somut olaya göre mahkeme, erteleme ya da geri bırakılma kararlarından birine hükmetmektedir.

Kanımca yeni düzenleme ile aralarında sadece sonuçları itibari ile bir farklılık bulunan, diğer hususlar konusunda esasa etki etmeyecek küçük farklılıklar dışında benzerlik olan bu iki kurumun birlikte tek bir kurum olarak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim erteleme gibi bir kurumun var olduğu bir sistemde ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ihtiyaç yoktur. Bu sebeple, kanun koyucunun geri bırakılmaya ilişkin iptal kararı üzerine geri bırakılma kurumunu, hapis cezasının ertelenmesi kurumuna benzetmek suretiyle yeniden düzenlemek, belki yeni tartışmalar ve iptallere sebep olmak yerine, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin TCK m. 51’de değişikliğe giderek, geri bırakılma ve ertelemeyi tek bir başlık altında hükme bağlaması daha isabetli olacaktır.

TCK m. 51’de yapılacak değişiklik, kurumun sonuçlarına ilişkin olmalıdır. Ancak, geri bırakılma kararının sonucu gibi, her durumda, denetim süresinin suç işlenmeksizin ve yükümlülöklere uygun bir şekilde geçirilmesiyle hükmün ortadan kalkması gibi sonucun öngörölmesi de ceza adalet sistemiyle bağdaşmaz. Sanığın korunması önemli olmakla beraber, sanığın cezasız kalması ile mağdurun ikinci defa mağdur edilmemesi hususları birlikte değerlendirilmelidir. Mahkemeye bu bağlamda bir takdir hakkı tanınması, “*kararın kişinin geleceğı üzerindeki olumsuz etkileri*” göz önünde bulundurulmak suretiyle hükmün tamamen kaldırılmasına veya infaz edilmiş sayılmasına mahkemenin her somut olaya göre karar vermesi daha hakkaniyetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- ABANOZ, Buket, “Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistematiik Olarak İncelenmesi” **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 5(2), 2017, (1-28).
- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, Eylül 2018.
- AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **AÜHFD**, C. 52, S. 1 2003 (167- 181).
- AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KARAMAN, Derya, **Medeni Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- AKMANLAR, A. Bülent, “Ceza Hakiminin Takdir Salahiyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1960, (12-18).
- ALBAYRAK, Mustafa, “Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Adalet Dergisi**, S. 33, 2009, (256-270).
- ALTIPARMAK, Cüneyd, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, S. 63, 2006, (244-270).
- APIŞ, Özge, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- ARTUK, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirlerinin Genel Esasları”, **Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan)**, Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (273-306).
- ATALAN, Mustafa, “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu Ve Toplumsal Beklenti”, **TBBD**, 2022, S. 163, (109-154).
- AVCI, Mustafa, “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2016, (639- 656).
- AYDIN, Devrim, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Seri Muhakeme Usulü”, **KHM**, C. 2 S. 2, 2022, (463- 485).
- AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün A., HAYDAR, Nuran, KORKMAZ, Mehmet, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, 2019, (255-306).

- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, “Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 65 (1), 2016, (63-100).
- BACAKSIZ, Pınar, BAYZİT, Tuğba, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, **CHD**, 2021, S. 47, (427- 471).
- BAKICI, Sedat “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan)**, Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (227-272).
- BARTHE Christoph, ve GERİCKE Jan, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, C.H. Beck, 2023.
- BAUMANN, Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 1977.
- BAYRAKTAR, Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976, (254-284).
- BECCARIA, Cesare: **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2016.
- BENTHAM Jeremy: **Ahlak ve Yasama İlkeleri**, (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu ve Uğur Kâşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BENTHAM, Jeremy, **Principles of Morals and Legislation**, Clarendon Press, 1879.
- BIYIKLI, Hasan “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, 1983, C. 9, S. 3, (272-289).
- CEBRE, Ayvaz, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı”, **TAAD**, 2012, Y. 3, S.10, (687-718).
- CENTEL Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, (337-372).
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım, 21. Baskı, İstanbul 2022.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Basım Yayım Dağıtım, 11. Baskı, İstanbul 2022.
- ÇETİN, Ece, “Cezanın Amaçları İyi Bir Cezada Bulunması Gerekli Nitelikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2020, (291-327).
- ÇETİN, Soner Hamza, **Türk Ceza Hukukunda Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

- ÇETİNTÜRK, E., Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiili) Sorunun İncelenmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, (466-489).
- ÇINAR, Ali Rıza, “Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasa Yolu ile İlgili Bir Yıllık Uygulama ve Yapılan Yasa Değişiklikleri Konusunda Değerlendirmeler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 159, Kasım 2017, (125-142).
- ÇINAR, Ali Rıza, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ÇOLAK, Haluk ve ALTUN, Uğurtan, **Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, Bilge Yayınevi, Ankara 2007.
- ÇOLAK, Haluk, ALTUN, Uğurtan, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar Ve İnfaz Rejimleri”, **TBB Dergisi**, 67, 2006, (163-229).
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 161, (36-51).
- DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ağustos 2023.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara 2023.
- DEMİRTAŞ, Soner “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, **Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2021, (379-427).
- DEVİRİM, Aydın “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz”, **TBB**, S. 65, 2006, (61- 72).
- DİLBEROĞLU, A. Vedat, “Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, (**Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi**), Ankara, 2007.
- DİLBEROĞLU, A. Vedat: “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”, **AÜHF**, Cilt: 65, Sayı:4, 2016, (1517-1544).
- DİNÇKOL, Hulusi Alphan “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, **MÜHFAD (Nur Centel’e Armağan)**, S: 19, 2013, (1572-1573).
- DOĞAN KARAKAŞ, Fatma, “Suçların ve Cezaların İçtimarı”, **GÜHFAD- Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. 1, 2010, (813, 846).
- DOĞAN, Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

- DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II**, Beta Basım Yayın, 10. Baskı, İstanbul, 1994.
- DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II**, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III**, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi, **Cezai Mesuliyetin Esası**, İsmail Akün Matbaası, İstanbul 1949.
- DURSUN, Hasan “Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2016, S. 7, (507- 558).
- DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2023.
- EDİS, Seyfullah “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mart 1973, C. 30, S. 1, (169-196).
- EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1989.
- EPÖZDEMİR, Rezan “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, **GSHFD**, C. 2022/1, (447-509).
- ER, Elif “Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri Ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 1, (55- 111).
- ERDEM Mustafa Ruhan, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, 24-25.11.2000, Ankara, 2001, (192-213).
- ERDEM Mustafa Ruhan, ŞENTÜRK Candide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)”, **CHD**, C. 14, S. 41, 2019, (573- 601).
- EREM, Faruk “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **AÜHFD**, C. 3, S. 2, Mayıs 1946, (357- 364).
- EREM, Faruk, **Adalet Psikolojisi**, Ürün Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2020.
- EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, Mehmet ARTUK, Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 1997.

- EREM, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. 2**, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, Seçkin Kitapevi, 12. Bası, Ankara 1985.
- ERSOY, Uğur, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28 S. 2, 2020, (857- 885).
- ERZURUMLU IŞIK, Nurbanu, **Medeni Usul Hukukunda Yorum- Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları**, On İki Levha Yayınları, Ankara 2023.
- EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Kısa Süreli Hapis Cezası Ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65 (1), 2016, (63- 100).
- EVĞÜN (KAYKAÇ), Saniye, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Erzincan, 2011.
- FREUND, George, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer, 2. Auflage, Marburg 2009.
- GEDİK, Doğan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 1, S: 4, 2006, (76-85).
- GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.
- GLUECK, Sheldon, “Predictive Devices and the Individualization of Justice”, **Law and Contemporary Problems (LCP)**, C. 23, S. 3, 1958.
- GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Merkezi Dergisi**, 2011, C. 17, S. 1-2, (95-218).
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)**, Sevinç Matbaası, 1966.
- GÖZLER, Kemal, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayıncılık, 8. Baskı, Eylül 2011.
- GROPP, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer, Gießen 2014.
- GÜNAY, Erhan, **İnfaz Hukukunda İçtima, Mahsup ve Koşullu Salıverilme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

- GÜNAY, Erhan, **Uygulamada Suçların Tespiti ve Cezaların Tayini**, Adil Yayınevi, Ankara 1995.
- GÜNGÖR Devrim, OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **AÜHFD**, 2016, C. 65, S. 4, (1951-1965).
- GÜNGÖR, Devrim ve TOROSLU, Haluk “Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, 2016, S. 65, C. 4, (1967-1980).
- GÜRAL, Jale, ““Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme I”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 63, 1949, (11-19).
- HACİİBRAHİMOĞLU, ,Nurhan “Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi, 2010 Anayasa Değişikliğinin Bu Duruma Muhtemel Etkisi”. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**), 2012.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 65, S: 1, (78-109).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki “5237 Sayılı Türk Ceza Hukukunda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 1, 2007, (78- 109).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2018.
- HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, Eylül 2019.
- HAMZAOĞLU, Nurcan, TÜRK Burcu ve SANAL, Yasemin “Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi”, **Adli Tıp Bülteni**, 2019; 24(3), (198-208).
- HEİNTSCHEL-HEİNEGG, BeckOK StGB, 58. Baskı, 2023.
- HENHA, Ralph, “Sentencing Policy, Social Values and Discretionary Justice”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 2022, Vol. 42, (1093- 1117).
- HESSİCK, Carissa Byrne, “Why Are You Onlu Bad Acts Good Sentencing Factors?”, Boston University Law Review, C. 88, 2008, (Elektronik Kopya, E.T: 11.05.2023)..
- İÇEL, Kayıhan “Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetlerinden Mahsubu”, **İÜHKM**, Y. 1963, S. 3, (560-579).
- İÇEL, Kayıhan ve Diğerleri, **Yaptırım Teorisi**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.

- İÇEL, Kayıhan ve DONAY, Süheyl: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2005.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- İNCE, Hüseyin, **Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar**, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- İŞ ARKUN, Gülten “**Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2018.
- JESCHECK, ,Hans- Heinrich, **Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 1989.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman Ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, (Çev. Ayhan Önder), **İÜHF**, C. 48, S. 1-4, 1983 (479-493).
- JESCHECK, Hans-Heinrich, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Duncker&Humblot, Berlin 1996.
- KAMER, Vehbi Kadri, “Denetimli Serbestlik”, **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, (703-710).
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- KARAKEHYA, Hakan ve İNCE TUNÇER, Asuman, “Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, **Hacettepe HFD**, C. 11 (1), (1- 62).
- KARAKEHYA, Hakan, İNCE TUNÇER, Asuman, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 17, 2021, (303-354).
- KAŞKA, Hakan “Tutuklama – Mahsup – Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Hâlleri Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, Y. 2014, S. 3-4. (721- 736).
- KAYA, Musa “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 20, S. 3 (257-296).
- KAYATEKİN Beyhan K., “Türk Hukukunda Ölüm Cezası”, **TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı (ARMER)**, 2020, <https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar> (Erişim Tarihi: 23.02.2023).

- KIZILARSLAN, Hakan, “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 183- 184, 2019, (1885-1960).
- KIZILBUĞA, Sinem, **Seri Muhakeme Usulü ve Ceza Pazarlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- KNAUER, Christoph, KUDLICH, Hans, SCHNEIDER, Hartmut, **Münchener Kommentar zur StPO**, Verlag C.H. Beck, München 2024.
- KOCA, Mahmut, ve ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, Eylül 2023.
- KONYAKHİN, Vladimir Pavlovich, “Individualization Of Punishment İn The Context Of The Public’s Fear Of Crime”, **SHS Web of Conferences** 108, (2021).
- KORUCULU, Irmak **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım, Ocak 2008.
- LACKNER, Karl, KÜHL, Kristian, HEGER, **Strafgesetzbuch: StGB**, 30. Baskı, C. H. Beck 2023.
- LISZT, Franz Von, **Strafbemessung**, J. Guttentag, Berlin 1910.
- MADEN, Mehmet **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami ve KARADENİZ Serra, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- MEIER, Bernd- Dieter, **Strafrechtliche Sanktionen**, 5. Auflage, Springer, Berlin 2019.
- MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2020.
- MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- MERAN, Necati, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cezanın Belirlenmesi”, **Adalet Dergisi**, S. 24, 2009.
- NİŞANCI, Dilaver “Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi”, **THD**, S. 2005, Eylül 2023, (58-72).

- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: III**, Beta Basım Yayın, 1989.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi. Ankara 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer, MERAKLI, Serkan, “Karar İncelemesi- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)**, 2013, C. 19 S. 2, (221-236).
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZEKES, Muhammed, **Temel Hukuk Bilgisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet, “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 18, S. 1, (99-148).
- ÖZTÜRK, Bahri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- PUPPE, Ingeborg “Die Architektur der Beteiligungsformen”, **LSK**, 2013, Vol. 160, Número 9, (514-536).
- ROXIN, Claus, GRECO, Luis, **Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, C.H. Beck, Berlin 2020.
- SAK Yıldırım, “Tarihsel Süreçte İnsan Onuruna Kısa Bir Bakış”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, Haziran-Temmuz 2017, (179-208).
- SCHÄFER Jürgen, **Münchener Kommentar zum StGB**, 4. baskı 2020.
- SCHMAHL, Stefanie “Avrupa’da Ölüm Cezasının Kaldırılması”, Çev. Özlem Yenerer Çakmut, **Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan)**, Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (215-226).
- SELÇUK, Sami, “Yargıcın Nesnel Mantıkla Davranması İlkesi”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, (653- 658).

- SEZGİN, Servet, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, C. 42, S. 8, Ağustos 1951, (1314-1326).
- SOYASLAN, Doğan, “Cezanın Bireyselleştirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-2 (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı), 2003, (25-49).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- SURLU, Mehmet Handan, “Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler (TCY m. 59)”, **Adalet Dergisi**, S. 11, Y. 1970, (677-694).
- SÜMER, Seda Yağmur, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi”, **TBB Dergisi**, 2022 S. 161, (85-143).
- SÜMER, Haluk Hadi, ULUKAPI, Ömer, **Temel Hukuk Bilgisi**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2011.
- ŞAHİN, Cumhur, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, ”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)**, 2013, C. 19 S. 2, (283-293).
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- TAHİROĞLU, Bülent “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk- İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku I, (Ed. Yener Ünver)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (25- 40).
- TANER, M. Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953.
- TANERİ, Gökhan, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2016, (127- 162).
- TANERİ, Gökhan, **Seri Muhakeme Usul- Şartlar- Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü**; Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- TİMPE, Gerhard, **Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot**, Duncke R & Humblot, Berlin 1983.
- TOKGÖZ, Havva Begüm: “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 1, 2020, (431-467).
- TOROSLU, Haluk, **Ceza Müeyyidesi**, Savaş Yayınevi, Ankara 2010.

- TOROSLU, Nevzat, , “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 1-2, (121- 125).
- TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- TOZMAN, Önder, “Suça Teşebbüs”, **Alman- Türk Karşılaştırmalı Hukuk C. 3 (Köksal Bayraktar’a Armağan)**, Yayına Hazırlayan: Eric Hilgendorf ve Yener Ünver, İstanbul 2010, (177-202).
- TRÖNDLE, Herbert, FİSCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, München 2004.
- TURAN, Hüseyin, “Hâkime Tanınan Takdir Yetkisi”, **Adalet Dergisi**, Y. 92, S. 8, Ankara 2001, (108- 113).
- TURHAN Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, (27-54).
- ÜNLÜ, Abdurrahman, “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2018, (48- 73).
- ÜNSAL, Levent, “Ceza Hukukunda “Takdiri İndirim Nedenleri” ve TCY “Madde 59””, **Yargıtay Dergisi**, C. 28, S. 4, 2002, (568- 578).
- ÜNVER, Yener, Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- ÜZÜLMEZ, İlhan “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C. 10, S. 3-4, (203 – 235).
- WEIGEND, Thomas “Die kurze Freiheitsstrafe - eine Sanktion mit Zukunft?” 41. Jahrg., Nr. 6 (21. März 1986), (260-269).
- WILINSKI, A. “Roma Ceza ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı” (Çev. B. Erdoğan), **DÜHFD**, Y. 1983, C. 1, S. 1, (329-335).
- YALÇIN SANCAR, Türkan, “"23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava Ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" un Hukuksal Niteliği Ve Sonuçları”, **TBBD**, C. 18, (149-195).
- YALÇIN SANCAR, Türkan, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 53, S. 4, 2004, (1- 25).
- YALÇIN SANCAR, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç””, **TBBD**, S. 70, (222-259).

- YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin ve ARTUÇ, Mustafa **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük), Beta Yayınları, 2015.
- YERDELEN, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 20, S: 2, 2012, (105-136).
- YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YERDELEN, Erdal, **Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- YERLİ, Fahrettin Kemal, “Cezanın Kişiselleştirilmesinde Takdiri Hafifletici Sebepler İle Para Cezaları Ve Taksitlendirme”
- YILMAZ Zahit, APİŞ Özge, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD**, C. 26, S. 1, Haziran 2020, (62- 106).
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesi'nin Değerlendirilmesi”, **TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap**, Ankara 2004, (185- 198).
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Yeni Ceza Mevzuatında Çocuğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **HPD**, Temmuz 2006, S. 7.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım**, Beta Basın Yayın, İstanbul 1998.
- YURTCAN, Erdener **Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi**, C. 2, (Madde **175-335**), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, Beta Basım Yayın, 8. Bası, İstanbul 2021.

İnternet Siteleri:

<https://beck-online.beck.de/>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www5.tbmm.gov.tr>

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://cdn.tbmm.gov.tr>

<https://legislationline.org>

<https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar>

<https://www.lexpera.com.tr/>

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