

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

KUSUR ESASINA DAYALI OLARAK CEZANIN
BELİRLENMESİ

Emine KABAK YÜCE

Danışman
Doç. Dr. Koray DOĞAN

İZMİR – 2022

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

23/06/2022

Emine KABAK YÜCE

İmza

XXXXXX

ÖZET

Doktora Tezi

Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi

Emine KABAK YÜCE

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Programı

Cezanın belirlenmesi, kanun koyucu tarafından kanunda gösterilmiş olan soyut cezanın mahkeme tarafından somutlaştırılmasıdır. Cezanın belirlenmesinin esasının ne olduğuna karar vermek bu konunun en önemli meselesini oluşturmaktadır. Bu kararın dayanağı Anayasal hukuk devleti olmak zorundadır. Bu itibarla cezanın, failin kusuruna göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu gereklilik kusur kavramına cezanın belirlenmesi bağlamında nasıl bir anlam verileceğini, ağırlığının nasıl ölçüleceğini ve bu ölçünün somut bir cezaya nasıl dönüştürüleceğini açıklama ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Kusur ilkesi her ne kadar kusurun cezanın hem gerekçesi hem de ölçüsü olduğunu ifade etmekteyse de tek başına kusurun ağırlığına etki eden hususların neler olduğunu ve kusur esasında belirlenmiş olan cezanın failin lehine olarak değiştirilmesinin mümkün olup olmadığını göstermemektedir.

Çalışmamızda cezanın kusur esasına dayalı olarak nasıl belirleneceği ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin yerindeliği ele alınmaktadır. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde cezanın belirlenmesinin temel esasları incelenmekte ve anayasal ilkeler ile cezanın meşruiyetini açıklayan ceza teorilerinden cezanın kusur esasında belirlenmesi gerekliliğinin dayanakları ve kapsamına ulaşılmaktadır. İkinci bölümde cezanın belirlenmesi kusurunun nasıl ölçüleceği araştırılmaktadır. Bu itibarla cezanın belirlenmesi kusurunu oluşturan haksızlık ile haksızlığının kınanabilirliği unsurları incelenmekte ve Kanunda yer alan düzenlemelerin kusurun ağırlığını değerlendirmek

bakımından yeterli olup olmadıkları tartışılmaktadır. Üçüncü bölümde kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmeden somut bir ceza miktarına geçişte başvurulabilecek yöntemler, ceza türünün seçiminde kusurun ağırlığının nasıl esas alınabileceği açıklanmakta ve son olarak kusur esasında belirlenmiş olan cezanın kusurun denkleştirilmesi veya cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında değiştirilebilir olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Teorileri, Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Temel Ceza, Sonuç Ceza, Takdiri İndirim Nedenleri, Cezanın Belirlenmesi Kusuru, Hareketin Haksızlığı, Neticenin Haksızlığı, Kınanabilirlik.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Sentencing on the Basis of Guilt
Emine KABAK YÜCE

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

Sentencing is the phase where a trial court fixes the punishments foreseen by the law. Deciding the basis of the sentencing is the core issue of this subject. This decision must be based on the requirements of constitutional rule of law principle. In this regard the guilt of the offender must be the basis for sentencing. This requirement entails the necessity to explain the specific meaning of the guilt for sentencing, how to measure its weight and how to convert this measure into a specific sentence length. Even though the principle of guilt puts forward that the guilt of the offender is both the reason and the measure of the punishment, it does not provide explicitly for the circumstances that affect the severity of the guilt or whether the guilt appropriate sentence length can be changed on behalf of the offender.

Within our study, how to sentence based on guilt and whether provisions of the Turkish Penal Code are appropriate or not are tackled. The study consists of three parts. In part one fundamental principles are examined and the foundations and the scope of sentencing based on guilt are drawn from the constitutional principles and theories of punishment which provide for the justifications of punishment. In second part it is analysed how to measure the severity of the guilt. In this regard wrong and blameworthiness of the wrong are researched into and the legal provisions are reviewed for their capacity to evaluate the severity of the guilt. In part three the methods for converting the measure of the guilt to a specific sentence length, how to choose the type of the

punishment based on the guilt, and whether deviations from the guilt appropriate sentence in the framework of guilt balancing and individualisation of the punishment are discussed.

Keywords: Theory of Punishment, Sentencing, Individualisation of the Punishment, Basic Sentence, Final Sentence, Grounds for Discretionary Mitigation, Sentencing Guilt, Act-related Wrong, Outcome-related Wrong, Blameworthiness.



KUSUR ESASINA DAYALI OLARAK CEZANIN BELİRLENMESİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİNİN TEMEL ESASLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR	18
A. Ceza Kavramı ve Türleri	18
1. Genel Açıklamalar	18
2. Şekli Ceza Kavramı	21
3. Maddi Ceza Kavramı	23
a. Tanım	23
b. Maddi tanıma getirilen eleştiriler	27
c. Ara sonuç	30
4. Cezanın Türleri ve Seçenek Yaptırımların, Erteleme veya HAGB Kararı ile Birlikte Sanık Hakkında Hükmedilen Yükümlülük ve Tedbirlerin Hukuki Niteliği	31
a. Cezanın Türleri	31
b. Seçenek Yaptırımların, Erteleme veya HAGB Kararı ile Birlikte Sanık Hakkında Hükmedilen Yükümlülük ve Tedbirlerin Hukuki Niteliği	35
(1) Genel Açıklamalar	35

(2) Seçenek yaptırım olarak öngörülen tedbirlerin hukuki niteliği	36
(3) Ertelemenin hukuki niteliği	39
(4) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği	40
B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kavramları	40
1. Genel Açıklamalar	40
2. Cezanın Belirlenmesi	43
3. Cezanın Bireyselleştirilmesi	47
4. Cezanın Belirlenmesi ve Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi	52
II. CEZANIN BELİRLENMESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ	54
A. Genel Açıklamalar	54
B. Hukuk Devleti İlkesi ve İnsan Onuru	58
C. Kanunilik İlkesi	64
1. Genel Açıklamalar	64
2. Kanunilik İlkesinin Cezanın Belirlenmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar	71
D. Kusur İlkesi	82
1. Kusur İlkesinin Anayasa ile İlişkisi	82
2. Kusur İlkesinin Cezanın Belirlenmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar	83
a. Kusur İlkesinin Cezanın Belirlenmesinde Geçerliliği Sorunu	83
b. Kusurun Cezanın Belirlenmesine Esas Oluşturmasının Anlamı	86
(1) Sorunun tespiti	86
(2) Cezanın kusur ile oranlı olması	88
(3) Cezanın kusur ile oranlı olması gerekliliğinin kapsamı ve sınırları	91
3. Kusur ilkesinin Cezanın Bireyselleştirilmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar	97
E. Ölçülülük İlkesi	97
F. Eşitlik İlkesi	104

G. Ara Sonuç	111
III. CEZA TEORİLERİ VE CEZANIN BELİRLENMESİNE ETKİLERİ	115
A. Genel Açıklamalar	115
1. Meşruiyet Girişiminin Anlamı/Nedenleri	116
2. Cezanın Amaçları Sorusunun Cezanın Meşruiyeti Sorunu ile İlişkisi	119
B. Ceza Teorilerine Genel Bakış	125
C. Ceza Teorileri ile Cezanın Belirlenmesi Arasındaki İlişki	143
D. Benimsediğimiz Yaklaşım	148

İKİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURU, AĞIRLIĞININ ÖLÇÜLMESİ VE TÜRK CEZA KANUNU’NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURU	152
A. Cezaya Esas Oluşturan Kusur – Cezanın Belirlenmesine Esas Oluşturan Kusur Ayrımı	152
B. Cezanın Belirlenmesi Kusurunun Anlamı ve Niteliği (Derecelendirilebilir Olup Olmadığı Sorunu)	162
C. Cezanın Belirlenmesi Kusurunun İçeriği (Unsurları)	170
D. Cezanın Belirlenmesi Kusuru Kavramına Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirmemiz	176
II. CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURUNUN AĞIRLIĞINI GÖSTEREN HUSUSLAR	179
A. Genel Açıklamalar	179
B. Haksızlığı Belirten Hususlar	183
1. Hareketin Haksızlığına (<i>Handlungsunrecht</i>) İlişkin Olan Hususlar	183
a. Genel Açıklamalar	183
b. Suçun işleniş biçimi	187
c. Yükümlülük ihlalinin ölçüsü	191
d. Kast ve Taksirin Çeşitleri	192
2. Neticenin Haksızlığına (<i>Erfolgsunrecht</i>) İlişkin Olan Hususlar	194

a. Tipik neticenin türü ve ağırlığı	194
b. Fiilin tipik olmayan sonuçlarının türü ve ağırlığı	200
C. Haksızlığın Kınanabilirliğini Belirten Hususlar	206
1. Kusur Yeteneğine Etki Eden Hususlar	206
2. Haksızlık Bilinci	217
3. Failin Saiki ve Amacı	218
D. Fiilden Sonraki Davranışların Kusura Etkisi	224
E. Ara Sonuç	231
III. TÜRK CEZA KANUNU’NUN CEZANIN KUSUR ESASINDA BELİRLENMESİNİ SAĞLAMAYA ELVERİŞLİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ	237
A. Türk Ceza Kanunu’nda Kusurun Cezanın Belirlenmesinin Esası Olarak Kabul Edilip Edilmediği Ön-sorunu	237
B. Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan ve Cezanın Miktarının Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususların Değerlendirilmesi	243
1. Genel Açıklamalar	243
2. Temel Cezanın Belirlenmesi	245
3. Olası Kast veya Bilinçli Taksirin Cezaya Etkisi	260
4. Nitelikli Hallerin Cezaya Etkisi	265
5. Sonuç Cezanın Belirlenmesi	268
6. Çifte Değerlendirme Yasağının Anlamı	277
C. Temel Ceza-Sonuç Ceza Ayrımının Cezanın Belirlenmesi Kusurunun Ağırlığının Ölçülmesine Etkisi	278

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURUN AĞIRLIĞINA İLİŞKİN ÖLÇÜNÜN CEZAYA

DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

I. GENEL AÇIKLAMALAR	281
II. CEZANIN MİKTARININ BELİRLENMESİNDE YÖNTEM	288
A. Sorunun Tespiti	288
B. Bir Çözüm Önerisi Olarak Karşılaştırmalı Yaklaşım	296

1. Genel Açıklamalar	296
2. Yargıtay Tarafından Başvurulan “Alt Sınırdan Uzaklaşma” Formülü	297
3. Cezanın Miktarının Belirlenmesinde Diğer Mahkeme Kararlarının Önemi	303
4. İstatistiki Olarak En Sık Gerçekleşen Olayın Referans Noktası Kabul Edilmesi	308
5. Normatif Normal Olayın Referans Noktası Kabul Edilmesi	311
6. Bütüncül Yaklaşım – Aşamalı Yaklaşım Ayrımı	313
7. Görüşümüz	317
III. SEÇİMLİK CEZALARDA CEZANIN TÜRÜNÜN BELİRLENMESİNDE YÖNTEM	318
A. Türk Hukukunda Cezanın Türünün Belirlenmesi Yöntemi	318
B. Görüşümüz	319
C. Ceza Hukukunun Suç İşlenmesine Bağladığı Sonuçların Ağırlıklarına Göre Sıralanması	321
1. Ağırlığın Değerlendirilmesinde Yöntem	321
2. Cezaların Ağırlıklarına Göre Sıralanması	323
a. Farklı Türde Cezaların ve Ceza Hukuku Reaksiyonlarının Sıralanması	323
b. Aynı Türde Cezaların Sıralanması	329
IV. KUSUR ESASINDA BELİRLENMİŞ OLAN CEZANIN DEĞİŞTİRİLMESİ	331
A. Kusurun Denkleştirilmesi	331
B. Cezanın Bireyselleştirilmesi	337
1. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kurumunun Tarihsel Arka Planı	337
2. Cezanın Kusur Esasında Belirlenmesi ve Cezanın Bireyselleştirilmesi Arasındaki İlişki	345
SONUÇ	355
KAYNAKÇA	371

KISALTMALAR

Al. CK	Alman Ceza Kanunu
AT	Allgemeiner Teil
AYM	Anayasa Mahkemesi
BGH	Bundesgerichtshof
Bkz.	Bakınız
CD.	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	Esas
HAGB	Hükmün açıklanmasının geri bırakılması
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
kn.	Kenar numarası
m.	Madde
parag.	Paragraf
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
StGB	Strafgesetzbuch
T.	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd.	ve devamı
yy.	yüzyıl

GİRİŞ

a. Problemin Tespiti

Çalışmamızın konusunu cezanın belirlenmesi oluşturmaktadır. Cezanın belirlenmesi, kanun koyucu tarafından kanunda gösterilmiş olan soyut cezanın mahkeme tarafından somutlaştırılmasıdır. Cezanın belirlenmesi, ceza genel hukukunun bir bölümü olan yaptırım teorisinin bir alt dalını oluşturmaktadır ve ceza hukukunun diğer konuları ile de sıkı bir ilişki içindedir. Özellikle de cezanın faile uygun hale getirilmesi anlamına gelen cezanın bireyselleştirilmesi kavramı ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Tezin kapsamı cezanın mahkeme tarafından belirlenmesi ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda cezanın kanun koyucu tarafından belirlenmesi ve mahkeme tarafından güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi konuları kapsam dışı kalmaktadır. Cezanın bireyselleştirilmesi ise sadece cezanın belirlenmesi ile ilişkisi bağlamında incelenmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Genel Hükümler başlıklı Birinci Kitabının Yaptırımlar başlıklı Üçüncü Kısımının Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi başlıklı Üçüncü Bölümünde yer alan 61, 62 ve 63'üncü maddelerinde sırasıyla cezanın belirlenmesi, takdiri indirim nedenleri ve mahsup düzenlenmektedir. Bu bölümde yer almamakla birlikte TCK'da düzenlenen cezanın ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması da cezanın bireyselleştirilmesi araçları olarak kabul edilmektedir.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin hükümler sanığın suçu işlediğinin sabit olduğunun kabul edildiği her ceza muhakemesinde uygulanmaktadır. Bir başka deyişle her ceza mahkemesi failin ne şekilde cezalandırılacağını somut olarak belirtmek zorundadır. Bu zorunluluk cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi müessesesini ceza hukukunun temel konularından biri haline getirmektedir. Mahkemelerin yıl içerisindeki iş yoğunluğu bu hükümlerin ne kadar da sık bir şekilde uygulandığını realitede de göstermektedir. Adalet Bakanlığı tarafından

yayınlanan istatistiklere göre¹: 2020 yılı içerisinde 1.541.870 mahkûmiyet kararı verilmiştir. 443.874 adet hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı bu sayıya dâhil değildir. Bu demek oluyor ki neredeyse 2 milyon kararda ceza mahkemeleri yargılama sonucunda sanığın suçunun sabit olduğuna karar vermiş ve ardından seçimlik ceza söz konusu ise hangisinin seçileceğine, temel cezanın ne kadar olacağına, nitelikli haller bakımından yapılacak olan cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesine, takdiri indirim sebeplerinin bulunup bulunmadığına, eğer kısa süreli hapis cezası söz konusu ise cezanın seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceğine, koşulları var ise hükmün açıklanıp açıklanmayacağına ve yine koşulları mevcut ise cezanın ertelenip ertelenmeyeceğine karar vermiş bulunmaktadır.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümleri hakkında uygulanan kişi açısından çok büyük bir etki doğurmaktadır². Bu hükümler doğrudan kişi hak ve hürriyetleri üzerinde etkiye sahiptir; kişinin ceza evinde ne kadar kalması gerektiği ne kadar adli para cezası ödemesi gerektiği, cezasının ertelenip ertelenmeyeceği gibi hususlar kişi açısından hayatidir. Sanığın mevcut sosyal yaşamına devam edip etmeyeceği mahkemenin kararına bağlıdır. Dahası verilecek olan kararlar, toplumun ceza adaleti ile olan ilişkisi ve hukuka olan güvenine de etki etmektedir. Bu bakımdan sadece sanık için değil yakınları ve toplumun tamamı açısından da bu hükümlerin uygulanışı önemlidir.

Cezanın belirlenmesi hakimler tarafından icra edilen oldukça zorlu bir karar alma sürecidir. Yapılan yargılamanın sonucunda mahkeme sanığın suçlu olup olmadığına ilişkin gerçeği tespit eder. Bu tespit, yargılama sürecinin sonucunda delillerin tarafların da (savunma ve iddia) katılımıyla ileri sürülmesi, tartışılması ve değerlendirilmesi suretiyle oluşan kanaatini yansıtır. Mahkeme ayrıca sanığın neyden ötürü suçlu olduğunu da belirtmelidir. Bir başka ifade ile fiilin hukuki nitelendirmesini

¹ T.C. Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adalet İstatistikleri 2020**, Ankara, Eylül 2021, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1692021162011adalet_ist-2020.pdf (01.06.2022), ss. 78 vd.

² Hans-Jürgen Bruns / Georg-Friedrich Gütge, **Das Recht der Strafzumessung**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019, ss. 15-16; Johannes Kaspar, “Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen - Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?”, **Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018**, Band I, Gutachten Teil C, C. H. Beck, München, 2018, (Gutachten), s. C 10; Hans Kudlich ve Jennifer Koch, “Das Ringen um die richtige Strafzumessung”, **Neue Juristische Wochenschrift: NJW**, Cilt: 71, Sayı: 38, 2018, s. 2762; Mirko Bagaric, **Punishment and Sentencing: A Rational Approach**, Routledge-Cavendish, London, 2001, s. 3.

yapmalı ve uygulanacak olan tüm ceza hukuku normlarını da tespit etmelidir. Mahkeme dış dünyada gerçekleşmiş olan gerçekliğin hangi normun konusunu oluşturduğunu tespit ettiği bir hukuk yöntemini (tasım, *sylogism*, *Syllogismus*) uygular³. Mahkemenin mahkûmiyet kararının tamamlanabilmesi için sanığın fiilinin suç oluşturduğu kanaatine vardıktan sonra cezayı belirlemesi gerekir. Cezanın belirlenmesi sanığa verilen cezanın hükümde gösterilmesini sonuçlayan bir karar alma sürecidir. Ancak genellikle cezanın belirlenmesi denilince tek bir kararın alınmasına ilişkin bir süreçten değil, birden fazla farklı nitelikte kararların alınmasını ifade eden bir süreçten söz edilmektedir. Esasında cezanın kararda -o hukuk sistemince aranan kesinlikte/belirlilikte- gösterilebilmesi cezanın belirlenmesi kapsamında alınan tüm kararların birbirleri ile ilişkilendirilmesi sonucunda mümkün olur. Dolayısıyla, cezanın belirlenmesi, hükümde gösterilecek olan cezaya ulaşmak amacıyla mahkeme tarafından yapılan işlemlerin ve alınan kararların tamamını kapsayan bir süreçtir. Ayrıca, cezanın belirlenmesinde, sanığın fiilinin suç oluşturup oluşturmadığını belirlemede başvurulacak tasım yöntemine başvurulamaz. Zira cezanın belirlenmesinde maddi gerçekliğin hangi hukuk kuralının kapsamında olduğunu tespit etmenin ötesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Mahkeme cezayı belirlerken sözlü bir değerlendirmeyi (Fail basit hırsızlık suçunu işlemiştir.) sayısal bir değerlendirmeye (2 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılır.) çevirmek zorundadır. Bu zorunluluk cezanın belirlenmesine kendine özgü karakterini kazandırmakta ve mahkemenin görevleri arasında onu özel bir konuma getirmektedir⁴.

Dahası cezanın belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi tanınmasından (bu yetkinin ölçüsü hukuk sistemine göre değişiklik göstermekle birlikte) vazgeçilememektedir⁵. Bir diğer ifade ile kanun koyucunun belirli bir olayda belirli bir faile hangi cezanın uygulanacağını önceden mutlak bir suretle belirlemesi – kasten öldürme gibi istisnai birtakım suçlar dışında – hem mümkün değildir hem de arzu

³ Karş. Rolf Gröschner, “Justizsylogismus? Jurisprudenz!”, **Die Sprache des Rechts: Band 2 - Recht Verhandeln**, (Ed. Kent D. Lerch), De Gruyter, Berlin/New York, 2005, ss. 204 vd.

⁴ Benzer yönde bkz. ve karş. Winfried Hassemer, “Automatisierte und rationale Strafzumessung”, **Gesetzesplanung: Beiträge der Rechtsinformatik**, (Ed. Arbeitsgemeinschaft Rechtsinformatik), De Gruyter, Berlin, 1972, (Automatisierte), s. 115.

⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 705.

edilen bir yöntem değildir. Bununla birlikte hukuki düzenlemelerin hakimlere cezayı belirler ve bireyselleştirirken izlemeleri gereken belirli bir yol-şemayı hiç veya yeteri kadar belirtmemesi, her hakimin farklı yaklaşımlarla farklı hukuki sonuçlara ulaşmasına sebep olabilir. Bu durumda hakimden hakime benzer olaylar için öngörülen “adil” cezalar birbirinden önemli ölçüde farklılaşabilir⁶. Adil ceza, o ceza ile ulaşılmak istenen amaç/amaçlar arasındaki öncelik ve ağırlık sırası, cezanın neyin ölçüsü ile orantılı olmasının istendiği, bu şeyin ölçüsünde hesaba katılan hususların neler olduğu ve nasıl bir yöntemle bu cezanın sayısal bir değere dönüştürüldüğüne ilişkin görüşlerle inşa edilir. Her hâkim farklı bir ceza amacını göz önünde bulundurarak farklı ölçütlere dayanarak aynı olay için bambaşka sonuçlara ulaşabilir. Bu durum benzer koşullar içerisinde benzer ağırlıkta suçlar işlemiş kişilerin farklı yoğunlukta cezalandırılmalarını ve eşitler arası eşitliğin söz konusu olmadığını ya da farklı koşullar içerisinde farklı ağırlıkta suçlar işlemiş kişilerin aynı yoğunlukta cezalandırılmalarını ve eşit olmayanlara eşit muamele edildiğini gösterir.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde aranan belirlilik ve eşitlik hâkimin bu konudaki takdir yetkisini ortadan kaldırma eğilimi olarak anlaşılmamalıdır. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasının hâkimin takdir yetkisini gerektirdiği genellikle kabul edilmektedir. Takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve bu yetkinin kanunla bağlı olduğu da ifade edilmektedir. Burada vurucu olan nokta bağlı takdir yetkisinin ölçüsüne karar verebilmektir. Yasama ve yargı arasında bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Bir yandan kanunilik ilkesi, hukuki güvenlik, belirlilik ve eşitliği sağlarken öte yandan hâkime tanınmış olan takdir yetkisi cezanın bireyselleştirilmesini ve somut olay bakımından adil bir sonuca ulaşılmasını güvence altına alır.

Takdir yetkisinin cezanın belirlendiği karar alma sürecindeki vazgeçilmez konumu, sayısal bir değerlendirme yapma zorunluluğu, cezanın belirlenmesinin tek bir karar alma sürecine indirgenemeyecek girift bir mesele oluşu onu zor bir yargısal faaliyet haline getirmektedir. Cezanın belirlenmesinin zor bir yargısal faaliyet olarak tespit edilmesi bu süreçte meydana gelebilecek olan sorunların ve istenmeyen

⁶ Neil Hutton, Cyrus Tata, John N. Wilson, “Sentencing and Information Technology: Incidental Reform?”, **International Journal of Law and Information Technology**, Cilt: 2, Sayı: 3, 1994, s. 256.

neticelerin sebeplerinin anlaşılabilmesi için oldukça önemlidir. Bu zorluklar tek bir ülke hukukuna özgü değildir. Farklı hukuk sistemlerinde de ifade edilmektedir⁷.

Bir yılda yaklaşık 2 milyon kez failin cezai sorumluluğunun somutlaştırılması amacıyla cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümlerine başvurulduğunu, bunun sanık ve diğer muhakeme süjeleri ve onların yakınları da dâhil olmak üzere tüm toplum açısından önemli sonuçlar doğurduğunu ve esasında çok zorlu bir yargısal faaliyet olduğunu ifade ettikten sonra şu sorunun cevaplandırılmasına geçebiliriz: Cezanın belirlenmesine ilişkin uygulama adil ve etkili bir sonuç ortaya koymakta mıdır? Zira beklenti faillerin adil bir şekilde cezalandırılmaları ve ayrıca cezanın amaçlarını gerçekleştirmek bakımından etkili olmasıdır⁸. Bu sorunun cevabı için mahkemelerin TCK'daki düzenlemeleri doğru uygulayıp uygulamadıkları sorusunun ötesine geçilmelidir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin düzenlemeler, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu icra etmesi bakımından, diğer yandan da gerek suçlunun kişiliğinin ele alınmasını gerekse işlenen suça ilişkin adil bir cezaya hükmedilmesini sağlaması bakımından önemlidir⁹. Bu itibarla bizzat bu hükümlerin adil ve etkili bir cezalandırma sistemi yaratmaya elverişli olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. Zira adil bir cezalandırma sadece kanunların doğru ve istikrarlı bir şekilde uygulanmasını değil, aynı zamanda bu kanunların Anayasa'ya ve dolayısıyla demokratik hukuk devletine uygunluğunu da gerektirir. "Adil" nitelmesi demokratik bir hukuk devletinde anlam ifade eden bir adalet anlayışına göre belirlenmelidir¹⁰. Hukuk devletinde kabul edilebilir olan bir cezalandırmanın nasıl olması gerektiği odak noktası olmalıdır. Sonuç olarak cezanın belirlenmesine hâkim olan anayasal ilkeler ile uyumlu ve ancak bir hukuk devletinde kabul edilebilir olan cezanın amaçlarına hizmet eden bir cezanın belirlenmesi sistemi adil ve etkili olarak kabul edilebilir. Pozitif hukuk hükümlerinin bu açıdan değerlendirilmesi ve sınanması ise ancak cezanın belirlenmesine ilişkin bir teorinin geliştirilmesi ile mümkün olabilecektir.

⁷ Kaspar, Gutachten, s. C 10; Kudlich / Koch, s. 2762.

⁸ Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 356.

⁹ Koca/Üzülmez, s. 704.

¹⁰ Veli Özer Özbek, "21. Yüzyılda Ceza Adaleti", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu, **Hukuk Felsefesi ve. Sosyolojisi Arkivi**, Sayı 13, 2004, ss. 96-108.

Çalışmamızın temel problemini cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğini ortaya koymak ve gerekçelendirmek oluşturmaktadır. Temel olarak yanıtlanması gereken ilk soru cezanın neye göre/nazaran belirlenmesi gerektiğidir. Cezanın belirlenmesi bir ölçme-kıyaslama-oranlama faaliyetidir. Hakimin önce bir şeyler ölçmesi ardından bu ölçüyü cezanın sayısal değer ifade eden ölçüsüne dönüştürmesi gerekir. Bir diğer ifade ile cezanın bir şeye oranla belirlenmesi gerekmektedir. Bu sorunun olası yanıtları olarak iki kavram ön plana çıkmaktadır¹¹: kusur ve tehlikelilik. Bu temel sorunun ardından sırasıyla şu soruların yanıtlanması gerekir: cezaya esas olan şeyin ölçüsüne etki eden ve bu ölçüyü ortaya koyan durumlar, hususlar nelerdir? Seçilen şeyin ölçüsüne ilişkin değerlendirme sayısal bir değere nasıl/hangi yöntemle dönüştürülmelidir? Bu sorulara verilen cevaplar kadar hangi gerekçe ile bu cevapların verildiği de büyük bir önem arz etmektedir. Zira benimsenen görüşün demokratik bir hukuk devletinde kabul edilebilir olması gerekmektedir. Cezanın belirlenmesi, çeşitli hususların rastgele göz önünde bulundurularak bir ceza miktarının tespit edildiği bir süreç olamaz. Hukuk sisteminin değerlerini ve politikalarını yansıtan bir süreç olmak zorundadır. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususların meşruiyeti, kabul edilen değerleri ve politikaları ifade etmesine bağlıdır¹².

Dahası bu cevaplar bir iç tutarlılığa sahip olmalıdırlar. Cevapların tutarlı bir sistem dahilinde ortaya konulmaları sadece şekli bir estetik duygusundan dolayı değil asıl olarak benimsenen görüşün meşruiyeti açısından önemlidir. Zira cezanın neye göre belirlendiğine ilişkin yaklaşımın ardındaki meşruiyet gerekçesinin belirlenen cezada birtakım değişikliklere gidilip gidilemeyeceğine ilişkin yaklaşım bakımından da geçerli olması gerekir. Cezanın belirlenmesine ilişkin bir konuda belirli bir gerekçe ile hareket edilip bir diğer konuda bu gerekçeye aykırı bir tutum takınmak kabul edilemez. Bu nedenle cezanın belirlenmesi problemine teorik bir çerçeve çizmeyi amaçlamaktayız. Problemin bir teori inşası içerisinde ele alınması, cezanın belirlenmesi kapsamındaki her bir meselede hem içsel tutarlılığın hem de maddi meşruiyetin sağlanmasına hizmet edecektir. Cezanın belirlenmesine ilişkin teorilerin temel işlevi

¹¹ Wolfgang Frisch, “Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, (Ed. Wolfgang Frisch), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, ss. 3 vd.

¹² Leslie Sebba, “Is Sentencing Reform a Lost Cause? A Historical Perspective on Conceptual Problems in Sentencing Research”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, No 1, 2013, s. 243.

ilişkin oldukları alanın önemli sorularını sistematik olarak cevaplandırmaktır. Teori niteliği ilgili meselelerin sistematik olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu yaklaşımımızın nihai amacı, olan hukukun olması gereken hukukla ne ölçüde örtüştüğünü değerlendirmeye hizmet edecek bir araç geliştirmektir.

b. Yöntem

Hukuk tezlerinin çoğunda olduğu gibi bu hukuk tezinin temel yöntemi de ampirik değil doktrinel yöntemdir¹³. Çalışmanın amacı cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin bir teori geliştirmektir. Bunun için başvurulacak yöntemde sadece pozitif hukuk kurallarının açıklanması ve yorumlanması ile yetinilmemektedir. Daha ziyade olması gerekene yönelik bir araştırma yapılmaktadır¹⁴. Pozitif hukuk kaynağı olarak Anayasa temel bir kaynak oluşturmaktadır. İleri sürülen cezanın belirlenmesi teorisinin kabul edilebilir olması için adil, meşru ve dolayısıyla da Anayasaya uygun olması gerekmektedir. Bunun için Anayasadan kaynaklanan ilkelerin talepleri açıkça ortaya konulmalıdır. Anayasal ilkelerden cezanın belirlenmesinde izlenmesi gereken yola ilişkin ulaşılan somut yönergeler bir teorinin oluşturulması için gereken tüm sorulara yanıt vermeyebilir. Ama en azından asgari koşulları ve sınırları belirler. Bu sınırlar içerisinde hareket etmek koşulu ile olan hukuktan uzaklaşarak cezanın meşruiyetine ilişkin görüşleri içeren ve ceza teorileri olarak adlandırılan felsefi düşüncelere başvurulabilir. Benimsenecek olan teori bu görüşlerden düşünsel temelini ve meşruiyetini devşirmelidir. Dolayısıyla problemin çözümünde kullanılacak olan kaynaklar münhasıran pozitif hukuk kaynakları olmadığı gibi olan hukuktan tamamen uzak bir düşünce deneyindeymişçesine bir yaklaşım benimsenmemektedir.

Alman ceza hukuku öğretisinde cezanın belirlenmesine ilişkin hukuki düzenlemenin farklı yorumlara açık olduğu ifade edilmektedir¹⁵. STRENG'e göre

¹³ Bu konuda özellikle bkz. Terry Hutchinson ve Nigel Duncan, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research", **Deakin Law Review**, Cilt: 17, Sayı: 1, 2012, ss. 83-119.

¹⁴ Benzer yönde bkz. Bagaric, s. 8.

¹⁵ Franz Streng, "§ 46", **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Streng, § 46), kn. 96. Alman Ceza Kanunu paragraf 46'da yer alan cezanın belirlenmesine ilişkin temel düzenleme, içeriğinin belirsiz olması sebebiyle eleştirilmektedir. Belirsizliğin bir sebebi 1. fıkranın 1. cümlesinde cezanın belirlenmesinin temelini kusur olarak kabul edilmesinin ardından 2.

kanun koyucu bu şekilde cezanın belirlenmesi öğretisinin gelişimine alan tanımıştır. Bu alan özellikle de cezanın belirlenmesi teorilerinin oluşturulmasında kullanılmıştır. Bu teorilere kanuni düzenlemenin nasıl uygulanacağını açıklama ve sistemleştirme görevi verilmektedir. Bu teorilerin konusunu soyut cezanın tespiti, temel düzenlemenin içeriği, cezanın amaçlarının anlamı ve ölçütlerin kullanımı oluşturmaktadır¹⁶. Kanunda belirtilmiş olan ceza aralığından sonuç cezaya ulaşmayı konu edinen “cezanın belirlenmesi teorileri” genellikle hukuk teorileri olarak anlaşılmaktadır. Pozitif hukuk, hakime takdir yetkisi tanımaktadır. Hakim bu takdir yetkisini hukuki gerekçeler vasıtasıyla sonuç cezayı belirlemek üzere kullanır. Cezanın belirlenmesi teorileri de burada devreye girerler. Bu teoriler, cezanın belirlenmesi hukukunun önemli bir bölümünü oluştururlar. Her mahkumiyet hükmünün belirli süreli bir hapis cezasını ya da belirli bir miktarda adli para cezasını göstermesi gerektiğinden bu teoriler hukukun bir parçasıdır ve hukukun veya belirli bir kararın geçerliliğinin etiğe/ahlaka bağlı olup olmadığı tartışmasından bağımsızdırlar¹⁷.

Gerçekten de cezanın belirlenmesine ilişkin bir teori yürürlükteki hukukun anlaşılması açısından önemli bir işleve sahiptir. Bir teori hukuki düzenlemelerin nasıl uygulanması ve yorumlanması gerektiğine ilişkin bir açıklama içerebileceği gibi bu düzenlemelerde yer alan tercihlerin anlam, önem ve sonuçlarının daha geniş bir perspektiften ele alınmasını da sağlayabilir. Bu işlevini alanına ilişkin temel soruları tespit etmesi vasıtasıyla gerçekleştirir. Bu soruların mevcut hukukta nasıl cevaplandırıldığını açıklamaya çalışır.

cümlesinde cezanın belirlenmesinde cezanın failin yaşamı üzerindeki etkilerinin dikkate alınacağını belirtilmesidir. Düzenlemenin bu haliyle cezanın belirlenmesinde yol gösterici olarak kabul edilen cezanın amaçlarından hangilerinin kanunen kabul edilmiş oldukları ve birbirleri ile ilişkilerinin nasıl olduğu kesin olarak anlaşılamamaktadır. Belirsizliğin bir diğer sebebi ise düzenlemede kusur kavramına yer verilmiş olmasıdır. Kusur kavramının içeriği ve hangi unsurlardan oluştuğu hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın düzenlemeden çıkarılamamaktadır. Her ne kadar 2. fıkra da yer alan ve mahkeme tarafından cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gereken unsurlar örnekseyici bir şekilde sayılmış ise de bunların kusurun mu yoksa önlemenin mi bir ölçüsü olduğu belirli değildir. Franz Streng, **Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen**, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012, (Strafrechtliche Sanktionen), kn. 522.

¹⁶ NK-Streng, § 46 kn. 96.

¹⁷ Thomas Grosse-Wilde, **Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung: Die Verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in Einer Regelgeleiteten Strafmaßelehre**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, ss. 13-14.

Bununla birlikte mevcut teorileri incelediğimizde bu açıklamaların çoğu zaman tamamlayıcı olmanın ötesine taşıklarını ve önemli tercihler bakımından kurucu bir rol oynadıklarını görmekteyiz. Bu bakımdan cezanın belirlenmesine ilişkin teoriler olan ve olması gereken hukuk bakımından hassas bir denge gözetmektedirler. Zira hem uygulanabilir olmayı hem de en adil sonuca ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Bunun için hem ceza hukukunun ve özellikle de yaptırım sisteminin sunduğu imkanlar çerçevesinde hareket ederler hem de hukuki düzenlemenin sessiz kaldığı noktaları veya çelişki arz eden unsurlarını düzenlemenin bütünüyle tutarlı bir şekilde açıklamaya, yorumlamaya ve hatta yeniden keşfetmeye çalışırlar. Bazı teorilerin diğerlerinden daha fazla yürürlükteki hukuku açıklamaya önem verdiği ileri sürülebilir. Ancak çoğu teorinin hukuki düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce ileri sürülmüş olduğunu ve bazılarının aslında düzenlemeye şekil verdiğini gözden kaçırmamak gerekmektedir¹⁸. Bu bakımdan kanunu en iyi açıklayan teori esasında kendisini kanunlaştırmayı başarmış olan görüşe ilişkin olabilir. Dolayısıyla bir teorinin akla yatkın ve inandırıcı olması sadece mevcut düzenlemeye uygunluğu ile değerlendirilmemelidir. Her kanuni düzenleme değiştirilebilir olduğundan bugün kanundan ayrıksı bir görüş ileri süren teori yarın kanunu en iyi açıklayan teori olabilir. Birçok teori mevcut düzenlemenin açıklanması ile yetinmeyip tamamen yeni bir sistem ile bunları uygulamaya geçirecek kanun maddesi önerileri geliştirmektedirler¹⁹. Dolayısıyla cezanın belirlenmesi teorilerini salt kanunun nasıl uygulanacağını açıklayan teoriler olarak görmemekteyiz.

¹⁸ Cezanın belirlenmesine ilişkin temel düzenlemeyi içeren Alman Ceza Kanunu parag. 46'nın kanunlaşma sürecine ilişkin olarak bkz. Werner Theune, "§ 46", **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 2: §§ 32 bis 55**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Klaus Tiedemann ve Ruth Rissing-van Saan), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2006, (LK-Theune, § 46), s. 1064; Baskın görüşün başarısının nedenlerine ilişkin olarak bkz. ve karşı. Georg-Friedrich Guntge, "Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre?", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Ausgabe 9, 2018, s. 385; Hans-Jörg Albrecht, "Sentencing In Germany: Explaining Long-Term Stability In The Structure Of Criminal Sanctions And Sentencing", **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, ss. 231 vd.; Bernd-Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, 5. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2019, s. 176. Ayrıca bkz. ve karşı. Eduard Dreher, "Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes", **Juristenzeitung**, Cilt: 22, Sayı: 2, 1967, (Spielraumtheorie), s. 41; Mehmet Arslan, "The Main Determinants Of Sentencing Decisions In Germany", **Law & Justice Review**, Cilt: 10, Sayı: 19, 2019, s. 18.

¹⁹ Örnek olarak bkz. Hörnle Tatjana, **Tatproportionale Strafzumessung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, ss. 143 vd.; Kaspar, Gutachten, ss. C 104 vd.

Cezanın belirlenmesine ilişkin Alman öğretisi genellikle tüme varım yöntemiyle çalışmaktadır: yargı kararlarından cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususları tespit edip bunlardan cezanın ilgili amacına ulaşırlar. Bazen de tümden gelim yöntemiyle çalışmaktadırlar: cezanın amaçlarından hangi hususların göz önünde bulundurulabileceğini anlamaya çalışırlar. STAHL, bir hususun cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı sorusunun hukuka uygunluğu yönünden de değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun için de cezanın belirlenmesine ilişkin bir teori kurulurken öncelikle pozitif hukukun değerleri gözetilmelidir. Bu değerlerin neler olduğu ise ucu açık bir sorudur. Yazara göre cezaya ilişkin sınırlı sayıdaki normun verimsizliği, ceza teorilerine ilişkin yaklaşımlarının ne olduğu hakkındaki tartışmalar göz önünde bulundurulunca ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte suç genel teorisi, ikna edici bir cezanın belirlenmesi teorisi geliştirmede önemli bir rol oynayabilecektir²⁰. Gerçekten de Anayasa, TCK'nın öngördüğü temel yaptırım sistemi ve felsefi ceza teorilerinin yanında suç genel teorisi de cezanın belirlenmesi teorisinin inşasında önemli bir kaynak sunmaktadır. Çalışmamızda bu kaynaklardan hareketle soyut bir temel kabul edilmekte ve bu temelden hareketle cezanın belirlenmesinin münferit meselelerinde nasıl hareket edilmesi gerektiği somutlaştırılmaktadır. Bu bakımdan tümden gelim yöntemine başvurulduğu söylenebilir.

Cezanın belirlenmesine teorik bir alt yapı kazandırılması ihtiyacı ve bunun zorluğu sadece Türk hukukunda ortaya çıkmamaktadır. Yaptırım teorisi alanında çalışan akademisyenler tarafından diğer hukuk sistemlerinde de dile getirmektedir²¹. Alman hukukunda ve öğretisinde ise cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin derinlikli normatif mülahazaların var olduğu ve bu alanın gelişmişliği ifade edilmektedir²². Ancak bu durum hep böyle olmamış ve bir zamanlar cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusu ceza hukuku öğretisinde “üvey evlat”

²⁰ Dominik Stahl, **Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie: Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens**, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 33.

²¹ Bagaric, s. 5.

²² Albrecht, s. 231; Thomas Grosse-Wilde, “Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018“, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Ausgabe 2, 2019, (neues Strafzumessung), s. 130.

muamelesi görmüştür²³. Halen suç genel teorisine nazaran daha az gelişmiş bir alan olan cezanın belirlenmesi öğretisi özellikle son yıllarda önemli tartışmalara sahne olmuştur²⁴. Çoğu hukuk sisteminde cezanın belirlenmesinin nasıl olması gerektiğine ilişkin tartışmalar süregelmekte, mevcut sisteme yöneltilen eleştiriler, reform arayışları ve öneriler bu alanı canlı ve ilginç bir konu haline getirmekte ve en önemlisi bu alanda karşılaştırmalı hukuk yöntemine başvurulmasına imkan tanımaktadır.

Modern hukuk sistemlerinin ceza hukukları karşılaştırıldığında kusur ilkesi, kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi gibi aynı temel ilkelerin ve birbirine oldukça benzer teorilerin yürürlükteki hukuku şekillendirdiği fark edilecektir²⁵. Hem Anglo-Amerikan hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kanuni düzenleme, yargı içtihatları ve bilimsel eserleri incelediğimizde suçun maddi ve manevi unsurdan oluşan yapısının, kişinin cezalandırılabilmesinin bir koşulu olarak kusur ilkesinin ve kusur biçimleri olarak kast ve taksirin (hatta olası kast ve bilinçli taksir ayrımlarıyla beraber) kabul edildiğini kolaylıkla tespit edebiliriz²⁶. Suç genel teorisinin temeline ilişkin tüm bu benzerliklerin Anayasal gelenekleri ve yargılama sistemlerindeki kayda değer değişikliklere rağmen var olduğunu ifade edebiliriz. Bu benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesi ve yorumlanması bakımından karşılaştırmalı hukuk çalışmaları oldukça önemlidir.

Öte yandan ceza hukukunun yaptırım teorisi kısmına baktığımız zaman her bir hukuk sisteminin adil cezaya ve bu cezanın bulunmasına ilişkin kendine özgü formüller geliştirdiğini görmek bu bakımdan biraz şaşırtıcıdır²⁷. Bununla birlikte her

²³ Heinz Schöch, **Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr**, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1973, (Verkehrsdelinquenz), s. 1; Güntge, s. 384.

²⁴ Grosse-Wilde, neues Strafzumessung, s. 130.

²⁵ Thomas Weigend, "Criminal Law and Criminal Procedure", **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, (Ed. Jan M. Smits), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, (Criminal), s. 222; Tatjana Hörnle, "Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, (Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Turner ve Bettina Weisser), Oxford University Press, New York, 2019, (Comparative), ss. 889 vd.

²⁶ Karş. Markus D. Dubber ve Tatjana Hörnle, **Criminal Law: A Comparative Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2014, ss. 239 vd.; Hörnle, Comparative, s. 894.

²⁷ Andrew Ashworth, "Strafzumessung in Europa", **Neue Kriminalpolitik**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2000, s. 24; Michael Tonry, "Punishment Policies and Patterns in Western Countries", **Sentencing and Sanctions in Western Countries**, (Ed. Michael Tonry ve Richard S. Frase), Oxford University Press, Oxford, 2001, (Western), ss. 3 vd.; Nora V. Demleitner, "Sentencing in Europe", **Federal Sentencing**

hukuk sisteminde olması gereken cezalandırma sistemi oldukça benzer şekilde kurgulanmaktadır: Adil, rasyonel, bireyselleştirilmiş ve denetlenebilir bir cezalandırma sistemi. Dahası olan hukukun eksiklikleri ve sistemdeki sorunlar da benzer kavramlarla ifade edilmektedir. Her bir münferit hukuk sistemindeki aktörler (öğreti ve yargının içinde yer alan) farklı yoğunluklarda olmakla birlikte eşitsizlik yaratan, keyfiyete imkan tanıyan, irrasyonel süreçlerle ortaya çıkan bir cezalandırmadan şikâyet etmektedir²⁸. Özetle yaptırım sistemi bakımından hukukçuların hayalleri ve mevcut sisteme karşı duydukları memnuniyetsizlikleri coğrafi sınırları aşan bir ortaklık göstermektedir. Bu sebeptendir ki karşılaştırmalı hukuk çalışmaları cezalandırma alanına yönelmiştir²⁹. Diğer hukuk sistemlerinin bu meseleyi nasıl ele aldığı, sorunlara karşı hangi çözümleri ürettiği, hangi önlemler ile olması gerekenden uzaklaşılmasını engelledikleri ve cezalandırma sistemini nasıl raylar üzerinde tuttuklarını anlamak ve kendi sistemleri için faydalı olabilecek ilhamı başka sistemlerde bulmak karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının özünü oluşturmuştur. Esasında karşılaştırmalı hukuk her bir hukuk sisteminin diğerlerine nazaran ne kadar sorunlu ve olması gerekenden ne kadar uzak olduğunun değerlendirebilmesinin de yolunu açmıştır. Diğer ülkelerin reformlarını ve bu reformlar karşısında elde ettikleri neticeleri gözlemlene ve sorunların yoğunluğunu karşılaştırma imkânı, cezalandırmaya ilişkin bir hukuk reformunun gerekli olup olmadığını, gerekli ise bu reformun kapsamını (örneğin köklü mü yoksa mevcut sistemde ufak değişiklikler yapılması suretiyle mi gerçekleştirileceğini) gerçekçi bir şekilde tespit etmeyi kolaylaştırmaktadır³⁰.

Çalışmamızda özellikle Alman ceza hukukundan ve öğretisinden faydalanılmakla birlikte Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin öğretilerinden de ilgili

Reporter, Cilt: 7, Sayı: 6, 1995, ss. 272 vd.; Weigend, Criminal, s. 223; Hörnle, Comparative, ss. 893 vd.

²⁸ Matthias Maurer, **Komparative Strafzumessung: Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, ss. 25-45; Kaspar, Gutachten, s. 19; Ines Freixo, “Colloquium Report: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights”, **Criminal Law Forum**, Cilt: 30, 2019, ss. 473 vd.

²⁹ Hermann Mannheim, “Comparative Sentencing Practice”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 23, Sayı: 3, 1958, ss. 557 vd.; Michael Tonry ve Richard S. Frase, “Preface”, **Sentencing and Sanctions in Western Countries**, (Ed. Michael Tonry ve Richard S. Frase), Oxford University Press, Oxford, 2001, s. v.

³⁰ Demleitner, s. 274; Tonry, Western, s. 3; Weigend, Criminal, s. 215.

oldukları konularda faydalanılmaktadır. Hukuk sistemi tercihinde temel olarak üç neden etkili olmuştur. Birinci neden Alman ceza hukuku ile Türk ceza hukuku arasında çok sıkı bir ilişki bulunmasına rağmen cezanın belirlenmesi konusunda bambaşka yaklaşımlar benimsemeleridir. Bu iki hukuk sisteminde benimsenen suç genel teorisi ve ana hatlarıyla yaptırım sistemi ciddi ölçüde örtüşmektedir³¹. Ancak cezanın belirlenmesi konusunda kayda değer farklar bulunmaktadır³². Alman Ceza

³¹ Yaptırım sistemleri bakımından şu tespitleri yapmak mümkündür:

1. Yaptırımların iki izliliği (ceza-güvenlik tedbiri ayrımı) kabul edilmektedir. Cezalar kusurluluk esas alınarak uygulanırken, güvenlik tedbirleri bakımından tehlikelilik esastır.
2. Cezalar hapis cezası ve adli para cezasından oluşmaktadır. Hapis cezaları müebbet hapis ve süreli hapis cezalarından oluşmaktadır.
3. Her iki hukuk sisteminde de özel hükümler kısmında münferit suç ve cezaları düzenlenirken genel hükümler kısmında cezalandırmaya ilişkin genel ilkeler düzenlenmiştir.
- a. Özel hükümlerde düzenlenen normlar bir davranış normu ve bir ceza normundan oluşur. Bu ceza normu, soyut cezayı belirtmektedir. Soyut cezalar kanunda mutlak veya nispi olarak belirlenebilir. Mutlak soyut ceza, tür ve miktar olarak cezanın belirlenmiş olmasını ifade eder. Örneğin, kasten öldürme suçunun cezası müebbet hapis cezasıdır. Nispi soyut ceza ise alt ve üst sınırları göstermek suretiyle cezayı belirtir. Mahkemenin somut cezayı bu sınırlar arasında bulması gerekir. İlk bakışta her iki hukuk sisteminde de soyut cezaların düzenlenişi benzer görünmekle birlikte detaylı bir inceleme önemli farklılıkları ortaya koymaktadır.
- b. Her iki hukuk sisteminde de cezanın kanunda gösterilmiş olan alt ve üst sınırlar arasında nasıl belirleneceğini gösteren ve genel hükümlerde yer alan bir düzenlemesi vardır. Söz konusu düzenlemelerin içeriği yönünden muazzam farklar ortaya çıkmaktadır.
- c. Her iki hukuk sisteminde de hâkimin önce kanunda yazılı soyut cezayı belirlemesi ve eğer nispi ceza öngörülmüş ise somut cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirlemesi gerekmektedir.
4. Her iki hukuk sisteminde de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde cezanın amaçlarının gerçekleştirilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

Özetle her iki hukuk sisteminin kanunları, suç tipini ve cezasını gösteren normlar içeren özel hükümler kısmı ve soyut cezayı somutlaştırmada hâkimin izlemesi gereken esasları gösteren normları içeren genel hükümler kısmından oluşur. Esasında benzerlikler bunlardan ibarettir.

³² Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından ortaya çıkan farklar şunlardır:

1. Soyut cezanın belirlenmesindeki farklar:
 - a. Al. CK’nda alt ve üst sınırlar arasındaki aralık oldukça geniştir. Hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırlarını anlaşılır kılmak için sık rastlanan ve kanuni tanımları benzer olan suçlardan örnek vermekte fayda vardır. Basit hırsızlık suçu için TCK’nın öngördüğü ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası iken Al. CK’nın öngördüğü ceza adli para cezasından 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Bu hali hazırda geniş olan aralıklar alt ve üst sınırları değiştirmeyi sağlayan ve aşağıdaki maddelerde anlatılan düzenlemelerle daha da genişletilmektedirler.
 - b. Alman Hukuku açısından çoğu olayda suç tipinin tespit edilmiş olması soyut cezanın da doğrudan tespit edilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Zira birçok suç tipi açısından kanun farklı alt ve üst sınırlar öngören düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler daha az ağır hal ve özel ağır hal olmak üzere iki şekildedir. Bu hükümler hâkime sadece daha az ağır veya özel ağır hallerde faili şu kadardan şu kadara cezalandırılacağını öngörebilirler. Özel ağır hal örnekler verilerek de düzenlenebilir. Bu düzenlemelerin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte genellikle daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren suçun nitelikli hallerinden farklı oldukları, suçun kanuni tanımına herhangi bir değişiklik getirmedikleri ve esasında bir davranış normu içermedikleri kabul edilmektedir. (Bu konuda bkz. Jörg Eisele, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom*

Kanunu'nun (Al. CK) TCK'ya etkileri ve iki hukuk sistemi arasındaki benzerlikler karşılaştırmanın anlamlı ve faydalı olmasına imkan tanımaktadır³³. Birbirine suç genel

Tatbestand, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, ss. 143 vd.; Soner Demirtaş, "Alman Ceza Kanunu'nda Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi: Kanunilik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 49, 2022, ss. 429 vd.; Arslan, s. 6.)

- c. Türk Hukuku'nda suç tipinde öngörülen alt ve üst sınırların tespit edilmesi ve temel cezanın bu sınırlar arasında belirlendikten sonra sonuç cezanın (teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı vb. kanunun cezanın azaltılmasını veya arttırılmasını öngördüğü genel hükümlerde yer alan düzenlemeler uyarınca yapılan değişiklikler sonucunda) belirlenmesi söz konusudur. Bundan farklı olarak Alman Hukuku'nda ise genel hükümlerde yer alan cezanın azaltılmasını veya arttırılmasını öngören düzenlemeler tek bir maddeye (Al. CK parag. 49'a) atıf yapmaktadır. Bu hükümde ise değişiklik alt ve üst sınırlara ilişkindir. (TCK m. 62'de düzenlenen takdiri indirim nedenleri ve Al. CK parag. 49 arasındaki farklara ilişkin olarak bkz. Pınar Bacaksız ve Tuğba Bayzıt, "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 16, Sayı:47, 2021, ss. 427-471.
- d. Alman Hukukunda hâkim alt ve üst sınırlar arasında cezayı belirlemeden önce alt ve üst sınırların değiştirilip değiştirilmeyeceğini araştırmakla yükümlüdür. Bu sınırlar tespit edildikten sonra cezanın parag. 46 uyarınca belirlenmesine geçilebilir. Bu belirleme sonucunda elde edilen ceza ise sonuç cezadır. Bu cezanın miktarı üzerinde dar anlamda cezanın belirlenmesi bakımından bir değişiklik yapılamaz.
2. Cezanın amacına ilişkin olarak dayanak noktası oluşturan parag. 46/1 düzenlemesinin karşısında TCK m. 61 bu konuda suskun kalmaktadır. Al. CK parag. 46/1'de açıkça kusurun cezanın belirlenmesinin temeli olduğu kabul edilmiştir. Aynı fıkra da cezanın belirlenmesinde cezanın failin gelecek yaşantısı üzerindeki etkisinin göz önünde bulundurulması gerektiği yazılmaktadır. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar sınırlı olarak değil örnekseyici olarak sayılmıştır. TCK m. 61'de kusur cezanın belirlenmesinin temeli olarak açıkça zikredilmemektedir. TCK m. 3/2'de cezanın failin ağırlığı ile oranlı olması gerektiği düzenlemesi yer almaktadır. TCK m. 61/1'de sınırlayıcı olarak sayılan ve temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların kusurun ağırlığını ifade ettikleri söylenebilir. Öğretide ve yargıda da cezanın kusur ile oranlı olması gerekliliği kabul edilmektedir. Cezanın fail üzerindeki etkisi ise ancak m. 62 takdiri indirim nedenleri kapsamında sonuç cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilir. Dahası önleme amacına ilişkin mülahazaların ve failin kişiliğinin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi mümkün değildir. Bu durum iki hukuk sistemi arasındaki cezanın belirlenmesinde benimsenen yaklaşımdaki en büyük farkı oluşturmaktadır.
3. Al. CK parag. 46a uzlaşma, zararın giderilmesi ve bu yöndeki çabaların, parag. 46b daha ağır suçların açığa çıkarılmasına veya bu suçların işlenmesinin önüne geçilmesine yardım edilmesinin cezanın belirlenmesinde ne şekilde göz önünde bulundurulabileceğini düzenlemektedir. Türk hukukunda ise uzlaştırma ve etkinlik pişmanlık anlamına gelebilecek bu durumlar cezanın belirlenmesi ile ilişkilendirilmemiştir.
4. Kısa süreli hapis cezaları istisnai niteliktedir ve adli para cezasının önceliği söz konusudur. Cezanın ertelenmesi kararına sıklıkla başvurulmaktadır. Cezalandırma pratiği oldukça istikrarlıdır ve daha az şiddetli cezalar vermeye yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Türk ceza hukuku bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının oldukça fazla verildiği buna karşılık adli para cezası ve cezanın ertelenmesi kararının oldukça az verildiği söylenebilir. Cezalandırma pratiğinin istikrarlı olup olmadığına veya yüksek cezalandırma eğiliminin olup olmadığına istatistiki verilerin yokluğunda karar vermek oldukça zordur.

³³ Bu konuda bkz. ve karşı. Konrad Zweigert / Hein Kötz, **An Introduction to Comparative Law**, 3. Baskı, (Çeviren: T. Weir), Clarendon Press., Oxford, 1998, s. 34; A. Esin Örüçü, "Methodology of Comparative Law", **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, (Ed. Jan M. Smits), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, s. 445.

teorisi ve muhakeme hukuku bakımından bu kadar benzer olan iki hukuk sisteminin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kurumları arasındaki benzerliğin yüzeysel farklılıkların bu denli derin olması, bu iki hukuk sistemini karşılaştırmalı hukukun konusu haline getirmenin önemini ortaya çıkarmaktadır. Karşılaştırma ile elde edilen verilerin yorumlanması vasıtasıyla Türk Ceza Hukuku'na muazzam katkılarda bulunulabilir. Türk Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi yeni bir bakış açısı ile değerlendirilebilir, kanuni düzenlemenin yeterliliği değerlendirilebilir, kanuni düzenlemenin felsefi temelleri güçlendirilebilir ve uygulamada karşılaşılan sorunların sebeplerinin daha iyi anlaşılmasıyla bunlara karşı etkili çözümler üretilebilmesi sağlanabilir. Ancak Alman ceza hukukunun karşılaştırmada seçilmesinin tek nedeni bu değildir. Alman hukuku, başka hiçbir hukuk sisteminde olmadığı kadar öğreti tarafından şekillendirilmiş bir hukuk sistemidir³⁴. Alman cezanın belirlenmesi hukuku literatürünün zenginliği ve derinliği, kanundaki düzenlemelerin muğlaklığı³⁵ sonucunda birbirinden farklı teorilerin geliştirilmiş olması³⁶, uzun süredir devam eden tartışmaların konuyu güncel kılması bu hukuk sisteminin seçilmesinin ikinci nedenini oluşturmaktadır. Son olarak bütün eleştirilere rağmen Alman cezanın belirlenmesi uygulamasının yine de tutarlı ve aşırı cezalandırmadan uzak olduğu kabul edilmektedir³⁷. Bu da Alman cezanın belirlenmesi hukukunun araştırılmasını ve onların deneyimlerinden faydalanılmasını önemli kılmaktadır³⁸.

Bununla birlikte çalışmamızın bir karşılaştırmalı hukuk tezi olmadığını vurgulamak isteriz. Karşılaştırmaya konu edilen hukuk sistemleri ile Türk hukuku kapsamlı bir şekilde karşılaştırılmamaktadır. Bu çalışmada karşılaştırma amaç değil araçtır³⁹. Karşılaştırmalı hukuk yöntemi sadece cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine

³⁴ Guntge, s. 384; Weigend, Criminal, ss. 220-221; Markus Dubber, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", **German Law Journal**, Cilt: 6, Sayı: 7, 2005, ss. 1055 vd.

³⁵ Arslan, ss. 10, 13.

³⁶ NK-Streng, § 46 kn. 96.

³⁷ Örnek olarak bkz. Tatjana Hörnle, "Moderate and Non-Arbitrary Sentencing without Guidelines: The German Experience", **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, (Moderate), s. 189; Albrecht, ss. 229 vd.; Arslan, ss. 26 vd.

³⁸ Benzer yönde bkz. Su Jiang, "Strafzumessung in Deutschland und ihre Bedeutung für die Reform in China", **Zeitschrift für Chinesisches Recht**, Cilt: 23, Sayı:4, 2016, ss. 302 vd.

³⁹ Bu konuda bkz. Wilhelm Sauer, "Über die Rechtsvergleichung bei der Strafrechtsreform", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 67, Sayı: 3, 1955, s. 351.

ilişkin bir teorinin oluşturulmasında farklı seçenekleri değerlendirmemize imkan tanıyan bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle de karşılaştırmaya sadece olan hukuka ilişkin açıklamalar değil olması gereken hukuka ilişkin görüşler de konu edinilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk, hukuk kurumlarının alternatifleri olabileceğini göstererek farkındalığımızı arttırmaktadır. İyi bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yaklaşımlarımızın ne zorunlu ne de kaçınılmaz olmadıklarını gösterirken değişimin nadiren kolay olacağı izlenimini verir. Hukukun başarılı bir şekilde değiştirilebilmesi ancak hukukun ardında yatan değer ve kurumların değiştirilmesi ile mümkündür⁴⁰. Bu gerçeği getirilecek olan önerilerde göz ardı etmemek gerekmektedir.

c. Tezin Planı

Birinci Bölümde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin temel esasları ele alınmaktadır. İlk başlıkta temel kavramlardan olarak ceza, cezanın belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi tanımlanmaktadır. İkinci olarak cezanın belirlenmesinin anayasal temelleri araştırılmaktadır. Bu bölümde Anayasanın cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gereken hangi somut yönergeleri sunduğu tartışılmaktadır. Son olarak cezanın meşruiyetini açıklayan ceza teorileri ve cezanın belirlenmesi arasındaki ilişki incelenmekte ve Anayasal temelleri tamamlayan birtakım sonuçlara ulaşılmaktadır. Bu bölümde sonuç olarak kusurun cezanın belirlenmesinin esası olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuç takip eden bölümlerde ele alınan konuları da belirlemektedir.

İkinci Bölümde cezanın belirlenmesi bağlamında kusurun ne anlama geldiği, cezaya esas oluşturan kusur ve suç genel teorisi ile ilişkisinin ne olduğu, derecelendirilebilir bir kavram olup olmadığı ve hangi unsurlardan oluştuğu araştırılmaktadır. Ardından TCK'da benimsenen cezanın belirlenmesi sisteminin cezanın kusur esasında belirlenmesine ne derece uygun olduğu tartışılmaktadır. Bu bağlamda TCK'nın kusuru cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edip etmediği sorunu öncelikle cevaplanmaktadır. Ardından TCK'da cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların kusurun ağırlığını ölçmede yeterli olup

⁴⁰ James Q. Whitman, "Equality in Criminal Law the Two Divergent Western Roads", **Journal of Legal Analysis**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2009, s. 159.

olmadıkları incelenmektedir. Son olarak temel ceza-sonuç ceza ayırımının cezanın kusur esasında belirlenmesi ilkesi karşısındaki durumu tartışmaya açılmaktadır.

Üçüncü Bölümde cezanın tür ve miktar olarak belirlenmesinde nasıl bir yöntemin benimsenmesi gerektiği ele alınmaktadır. İlk olarak cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına ilişkin değerdendirmenin nasıl alt ve üst sınırlar arasında somut bir ceza miktarına dönüştürüleceği incelenmektedir. İkinci olarak seçimlik cezalarda cezanın türünün belirlenmesinde failin kusurunun ağırlığının mı failin kişiliğinin mi göz önünde bulundurulacağı tartışılmaktadır. Cezanın türünün kusur esasında belirlenmesine imkan tanıyan bir yaklaşım önerilmektedir. Son olarak kusur esasında belirlenmiş olan cezanın kusurun denkleştirilme ve cezanın bireyselleştirilmesi uyarınca değıştirilebilir olup olmadığı araştırılmaktadır. TCK m. 62’de yer alan takdir indirim nedenleri bu çerçevede ele alınmaktadır.

Sonuç kısmında tez çalışmamız kapsamında ulaştığımız sonuçlar ve önerilerimiz açıklanmaktadır.

Son olarak tarafıma 7 ay süre ile yurtdışı doktora araştırma bursu sağlayan TÜBİTAK’a teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİNİN TEMEL ESASLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Ceza Kavramı ve Türleri

1. Genel Açıklamalar

Ceza, belirleme ve bireyselleştirmenin konusunu oluşturduğu için öncelikle tanımlanması gereken bir kavramdır.

Arapça bir kelime olan “ceza”, karşılık anlamına gelmektedir⁴¹. Ceza, sadece bir hukuk terimi değildir aynı zamanda da günlük dilde ve özellikle sosyal yaşamın hukuk dışında kalan alanlarında kullanılan bir kelimedir. Günlük dilde birçok tepki, tedbir, yaklaşım vb. ceza olarak nitelendirilebilmektedir⁴². Ceza kelimesinin söz konusu çeşitli kullanımlarından bir takım ortak özelliklere ulaşmak mümkündür⁴³: Ceza, kural olarak kişinin istenmeyen bir davranışı sebebiyle başvuru ve ilgili kişinin yaşamına bir şekilde olumsuz etki eden veya etmesi beklenen bir şeydir. Ceza kavramı genelde olumsuz çağrışıma sahiptir. Günlük dil kullanımında belirli bir -bilim öncesi- anlayışın dışı vurulmakta olduğu ifade edilmektedir⁴⁴. Bununla birlikte günlük dilde ceza olarak nitelendirilen her şey ceza hukuku bağlamında ceza teşkil etmemektedir. Bir hukuk kavramı olan ceza gündelik dildeki kullanımından ayrılmalıdır⁴⁵.

⁴¹ Mustafa Özen, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 45. Ceza hukukunun özü karşılıklardır. Hukuk düzeninin karşılık olarak neler öngördüğü bu hukuk dalının özünü oluşturur. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1.

⁴² Çeşitli örnekler için bkz. Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, Kap. 1 kn. 1; Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin/Heidelberg, 2018, s. 8.

⁴³ Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg, 1997, s. 37.

⁴⁴ Öyle ki bu durum ceza kavramı bağlamında, meslekten olmayan hakimlerin dahi “ceza” kelimesi ile en azından özü itibarıyla doğru bir ilişki kurması sonucunu doğurmaktadır. Michael Pawlik, **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, s. 15.

⁴⁵ Bock, s. 8. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük cezayı iki farklı şekilde tanımlamaktadır: “1. isim Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya

Bununla birlikte, bir hukuk kavramı olarak da ceza yeknesak anlama sahip değildir. Farklı hukuki metinlerde farklı anlam ve içeriğe sahip olabilir. Örneğin, AİHS kapsamında “ceza” güvenlik tedbirinin uygulanmasını da kapsamaktadır⁴⁶. Ancak TCK bunları cezadan ayırmaktadır. Dahası TCK’da yer almayan idari para cezası, disiplin cezası gibi birçok yaptırım, AİHS m. 6/1 ve 2’de geçen “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlama” ve “Bir suç ile itham edilen” kavramlarının altına yerleştirilmektedir⁴⁷. Bu bakımdan çalışmamız bir ceza hukuku kavramı olarak cezayı incelemeye özgülenmiştir.

Ceza hukuku bağlamında ceza kavramını tanımlayabilmek için de öncelikle hangi ülke ceza hukuku bakımından bu tanımın yapıldığının belirlenmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir⁴⁸. Cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak iki ayrı yaptırım sistemi benimseyen hukuk sistemleri ile böyle bir ayrıma gitmeyen hukuk sistemleri arasında cezanın tanımlanması bakımından bir farklılık olabilir. Çalışmamızda ceza kavramı Türk Hukuku bakımından ortaya konulmaktadır.

yaptırım: 2. isim, hukuk Suç işleyen bir kimsenin yaşantısına, özgürlüğüne, mallarına, onuruna karşı yasaların öngördüğü yaptırım.” <https://sozluk.gov.tr/> (25.12.2020) Sözlük bu şekilde hem günlük dilde hem de bir hukuk terimi olarak hukuk alanında kullanılan ceza kavramını tanımlama yoluna gitmiştir. Bir hukuk terimi olan cezaya ilişkin yapılan tanım yeterli incelik ve derinliği yansıtmamakla birlikte, genel kullanıma ilişkin tanım isabetlidir. Günlük hayatta kullanılan ceza kavramı ile hukukçunun bağlı olduğu yönünde bkz. ve karşı. Ernst-Joachim Lampe, **Strafphilosophie: Studien zur Strafgerechtigkeit**, Heymanns, Köln, 1999, s. 1.

⁴⁶ AİHS’in ceza anlayışı için bkz. Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide On Article 7 Of The European Convention On Human Rights – No Punishment Without Law: The Principle That Only The Law Can Define A Crime And Prescribe A Penalty**, 30.04.2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, (01.06.2022), ss. 7-10; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 410 vd.; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:1**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 857; Can Yavuz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 32, Sayı 145, 2019, ss. 30-38.

⁴⁷ Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide On Article 6 Of The Convention – Right To A Fair Trial (Criminal Limb)**, 30.04.2022, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, (01.06.2022), ss. 9-10. Benzer şekilde Alman Anayasası m. 103/2 kapsamında “ceza” güvenlik tedbirinin uygulanmasını da kapsamaktadır. Ancak Al. CK da bunları cezadan ayırmaktadır. Dahası Al. CK’da yer almayan birçok yaptırım, Anayasa m. 103/2’de geçen “cezalandırılır” ve “cezalandırılabilirlik” kavramlarının kapsamında görülmektedir. Örneğin, Kabahatler Kanunu uyarınca uygulanan idari para cezası. Bock, s. 8.

⁴⁸ Meier, s. 15.

Öğretide ceza çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır⁴⁹. Bazı yazarlar ise, cezanın tanımını yapmaktan kaçınmaktadırlar⁵⁰. Alman öğretisinde ise ceza kavramı tanımlanırken genellikle şekli ve maddi ceza kavramları arasında bir ayrıma gidilmektedir⁵¹. Cezanın, pozitif hukuk düzenlemelerinden yola çıkılarak yapılan tanımına şekli tanım denilmektedir. Buna göre şekli ceza kavramı ceza kanunlarında ceza olarak düzenlenen ceza hukuku yaptırımlarını ifade etmektedir. Bu şekilde bir ayırım yapanlar cezanın, maddi olarak da tanımlanabileceğini ifade etmektedir. Cezanın, maddi tanımı onun diğer hukuk yaptırımlarından özellikle de suç karşılığında öngörülen güvenlik tedbirleri gibi yaptırımlardan içerik olarak nasıl ayrıldığı ve ayırt edici özelliklerinin neler olduğunu açıklamak üzere yapılmaktadır⁵². Ayrıca maddi ceza kavramı hukuk teorisi, hukuk felsefesi veya hukuk siyaseti ile ilişkili olup cezanın içeriği, karakteri ve anlamı çerçevesinde gerçekleşen bir tartışmanın ürünüdür. Bu tartışmalardan, olan hukukun yorumlanması veya olması gereken hukuk bağlamında ceza hukuku reformu yapılmasına ilişkin çeşitli düşüncelere ulaşılmaktadır.⁵³ Maddi-şekli ceza kavramı ayırımı vasıtasıyla ceza tanımlarında yer verilen niteliklerin hangilerinin doğrudan pozitif hukuk düzenlemelerinden çıkarılabildiği, cezanın sadece bu niteliklerle açıklanmasının tatmin edici olup olmadığı ve cezanın bu nitelikler ötesinde maddi bir içeriğinin olup olmadığı – dolayısıyla da kanunda ceza olarak

⁴⁹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, (II), no. 1309; Süheyl Donay, **Para Cezaları**, Kervan Yayınları, İstanbul, 1972, s. 9; Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver, **Yaptırım Teorisi**, Cilt III, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 4; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 403; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 602; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 483; Veli Özer Özbek ve diğerleri **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 s. 583; Koca/Üzülmez, ss. 51, 563; Yerdelen, s. 7; Nur Centel ve diğerleri, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 539. Ceza ve cezalandırma kavramlarının farkı için bkz. Lampe, ss. 1-2.

⁵⁰ Erem, cezanın tüm yönleriyle tanımlanmasının güç olduğunu ifade etmekte ve oldukça geniş bir tanıma yer vermektedir. Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Cilt I, 10. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 720.

⁵¹ Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, § 1 kn. 159.

⁵² Tobias Stadler, **Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Strafzumessungsrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, s. 18. Türk hukukunda yapılan tanımlarda da cezayı diğer yaptırımlardan ayıracak niteliklerin bir araya getirilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Dönmezer-Erman tanımının, cezayı diğer hukuka aykırı eylem ve hareketlerin yaptırımlarından ayırmaya yarayacak özellikler taşıması gerektiğini ifade etmektedirler. Dönmezer ve Erman, II, no. 1309.

⁵³ Bock, s. 8.

nitelendirilmeyen bir tedbirin maddi olarak ceza sayılıp sayılamayacağı açık bir şekilde değerlendirilebilir. Biz de bu sebeplerle cezanın tanımını şekli-maddi ayrımı üzerinden incelemeyi tercih etmekteyiz.

2. Şekli Ceza Kavramı

Çalışma konusu hukuk sistemi belirlendikten sonra cezanın tanımı için ilgili hukuk sisteminin pozitif hukuk kaynaklarına genellikle de Ceza Kanunu'na bakılmaktadır. Eğer kanunda bir tanım yapılmamış ise kanunun yaklaşımından hareketle ve özellikle de hangi yaptırımların ceza olarak nitelendirildiğine bakılarak bir tanıma ulaşılabilir.

Normlar hiyerarşisinin ve katı anayasanın kabul edilmiş olduğu Türk Hukuku'nda başvuracağımız ilk pozitif hukuk kaynağı Anayasadır. Anayasa “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesinde “(Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde) Bu hallerde ... suç ve cezalar geçmişe yürütülemez”; “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17. maddesinin 3. fıkrasında “... kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.”; “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddesinin 2. fıkrasında “Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” düzenlemeleri yer almaktadır. “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı m. 38’de cezaya ilişkin herhangi bir tanım yer almamaktadır.

Türk Ceza Kanunu, ceza kavramına Genel Hükümlerde yer vermektedir. TCK m. 1’e göre kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını koruma ve suç işlenmesini önleme amacını gerçekleştirmek için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türlerini düzenlenmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi başlıklı 2.

madde⁵⁴, adalet ve kanun önünde eşitlik başlıklı 3. madde⁵⁵ ile cezaya ilişkin ilkeler düzenlenmektedir. Bu maddelerde ceza kavramına ilişkin bazı özelliklerin belirtilmiş olduklarını kabul edebiliriz: Ceza, ancak kanunla konulan ve suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olarak hükmolunan bir hukuk kurumudur.

Cezalar, Kanunun “Yaptırımlar” başlıklı Üçüncü Kısımının “Cezalar” başlıklı Birinci Bölümü’nde yer alan 45-52. maddelerde düzenlenmektedir. Dolayısıyla Kanundaki teknik ve dar kullanımı ile ceza kavramı, bir suçun işlenmesi halinde uygulanabilecek olan hukuki sonuçların tümünü ifade eden yaptırım kavramından farklıdır. “Cezalar” başlığı taşıyan 45. maddede ise cezanın türleri gösterilmektedir. Buna göre “Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.”

Türk Ceza Kanunu’nda ceza tanımlanmamış olmakla birlikte cezaya ilişkin çeşitli hükümlerinden bizi bir tanıma götürecek bazı tespitlere ulaşmak mümkündür.

Bu düzenlemelerden cezayı suç karşılığında uygulanan, ancak kanunla konulan ve suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olarak hükmolunan bir yaptırım olarak tanımlayabiliriz. Dahası cezanın hapis ve adli para cezası olarak iki türünün bulunmasından hareketle ceza tanımına bir unsur daha eklenebilir: ceza, uygulandığı kişinin haklarına müdahalede bulunan bir yaptırımdır.

Türk Ceza Kanunu’nun ceza hakkındaki düzenlemeleri bunlarla sınırlı değildir. Cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile cezalandırılabilirliğin sınırları çizilmekle birlikte aynı zamanda da bir kavram olarak cezaya ilişkin sınırlamalar getirilmektedir. Suç, tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışdır. Failin, işlemiş olduğu tipe uygun ve hukuka aykırı fiil (haksızlık) sebebiyle cezalandırılabilmesi için onu kusurlu olarak işlemesi gerekir. Ceza, faile işlemiş olduğu suç – kusurlu olarak işlediği haksızlık – karşılığında uygulanan bir yaptırımdır.

⁵⁴ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Madde 2- (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

⁵⁵ Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. (2) 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 konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.

Al. CK, Genel Hükümlerin “Fiilin Hukuki Sonuçları” başlıklı Üçüncü Bölümünde yer alan Birinci Altbölümün başlığında ceza kavramına yer vermektedir. Bu bölümde §§ 38–60 madde numaraları ile düzenlenen hukuki sonuçlar için ceza kavramını kullanmaktadır. Buna göre cezalar hapis ve para cezasıdır. Cezanın bir suç karşılığında uygulanıyor olmasından cezanın ancak geçmişte işlenmiş olan bir fiile tepki olarak ileri sürülebildiği⁵⁶ ve bu nedenle bastırıcı nitelikte olduğu⁵⁷ sonucuna ulaşılmaktadır. Şekli olarak ceza şu şekilde anlaşılır: Ceza, ceza normunda tarif edilen ve ceza tehdidi altında bulunan bir haksızlığın kusurlu olarak gerçekleştirilmesinin hukuki sonucudur.⁵⁸

Sonuç olarak, Türk Ceza Kanunu’ndan hareketle, ceza, ancak kanunla konulan failin kusurlu olarak işlediği haksızlık karşılığında uygulanan, haksızlığın ağırlığıyla orantılı olarak fail hakkında hükmolunan ve kişinin haklarına müdahale eden bir yaptırım olarak tanımlanabilir.

3. Maddi Ceza Kavramı

a. Tanım

Maddi olarak ceza öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmakla birlikte iki unsur üzerinde fikir birliğinin sağlanmış olduğu söylenebilir. İlk unsur cezanın acı verici niteliği (*Übelszufügung- Übelscharacter*), ikincisi ise kınama (*Tadel*) unsurudur⁵⁹.

Türk ve Alman Ceza Kanunu’nda ceza olarak adlandırılan hukuki sonuçların tamamı şüphesiz mahkûm edilen bireyi olumsuz etkilemektedir. Ceza, kişiyi birtakım yoksunluklara uğratan bir yaptırımdır ve bu nedenle ıstırap, azap, sıkıntı, güçlük

⁵⁶ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1991, 1. Abschnitte kn. 2.

⁵⁷ Frister, Kap. 1 kn. 7; Pawlik, ss. 16, 18.

⁵⁸ Gropp, § 1 kn. 90; Tatjana Hörnle, “Die Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen”, **Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag**, (Ed. Roland Hefendehl/Tatjana Hörnle/Luis Greco), Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 2014, ss. 93-106, (Schuldurteilen), s. 100.

⁵⁹ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 65.

çektirici bir niteliktedir⁶⁰. Ceza, faile uygulanan, onu hürriyeti ve malvarlığı değerleri yönünden birtakım yoksunluklara uğratan bir tepkidir.⁶¹ Ceza, zararlı veya en azından tatsız sonuçlar içerir⁶². Bu sebeple ceza kavramının asli bir unsuru olarak acı verici oluşu kabul edilmektedir⁶³. Bununla birlikte öğretide ceza kavramının zorunlu olarak acı verme anını içerip içermediği veya kavramsal olarak sadece kınama unsurunun cezaya ait olup olmadığı tartışılmaktadır.

Bazı hallerde cezanın uygulandığı kişi üzerindeki etkisi o kişi tarafından olumsuz olarak algılanmayabilir, hatta cezanın etkisi arzu edilmiş dahi olabilir. Öğretide bu duruma verilen klasik örnek, evsiz bir kişinin soğuk kış aylarını sıcak bir yerde geçirmek üzere suç işlemiş ve neticesinde de cezalandırılmış olmasıdır⁶⁴. Fail üzerindeki gerçek etkisinden bağımsız olarak cezanın acı verici niteliği, failin temel haklarına bir müdahale olması vasıtasıyla normatif olarak vuku bulur⁶⁵. Soğuktan korunmayı özgürlüğüne tercih eden kişi örneğinde de kişinin tercihi onun ceza sebebiyle geçici olarak kişi hürriyetinden sınırsız olarak faydalanamayacağı gerçeğini değiştirmemektedir. Ceza olarak kabul edilebilmesi failin kendisine uygulanan cezayı gerçekten acı olarak algılayıp algılamadığına bağlı değildir, failin hisleri bu bakımdan ilgisizdir. Ancak failin cezayı nasıl algıladığı cezanın belirlenmesi aşamasında failin cezaya hassasiyeti-duyarlılığı bakımından ilgili olabilir⁶⁶. Cezanın acı verici niteliği ceza verenin niyeti ile de desteklenmektedir. Kişiye uygulanan cezanın genel değerlendirme karşısında olumsuz olarak algılanması yeterlidir⁶⁷.

Bununla birlikte cezanın acı verici niteliği ceza kavramını suç karşılığında uygulanan diğer yaptırımlardan ayırmak bakımından yeterli değildir. Niteliği gereği, bireyi yoksunluklara uğratmış ve bu sebeple ona acı vermiş olan güvenlik tedbirleri mevcuttur. Örneğin akıl hastası hakkında verilmiş olan güvenlik tedbiri gereğince

⁶⁰ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, (I), s. 6. Benzer yönde bkz. Demirbaş, s. 568; Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, USA Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 199; Öztürk/Erdem, s. 485; Koca/Üzülmez, s. 563.

⁶¹ Koca/Üzülmez, s. 563.

⁶² Hakeri, s. 643.

⁶³ Meier, s. 15; Pawlik, s. 15; Toroslu, s. 402.

⁶⁴ Eberhard Schmidhäuser, **Vom Sinn der Strafe**, 2. Auflage, Logos, Berlin, 2004, s. 44; diğer örnekler için bkz. Meier, s. 16.

⁶⁵ Meier, s. 16; Jescheck/Weigend, s. 65; SSW-Eschelbach § 46 Kn. 47.

⁶⁶ Meier, s. 16.

⁶⁷ Stadler, s. 19.

kişinin bir hastaneye yatırılması ilgili kişi tarafında olumsuz algılanabilir ya da kişinin haklarına bir müdahale teşkil ederek normatif olarak acı verici olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de ne isim verilirse verilsin bir kimsenin hürriyetini sınırlayan her tedbir buna maruz kalan kişi açısından ıstırap verici olma niteliğini taşır⁶⁸. Alman hukukunda da hakkında uygulandıkları kişi nezdinde ceza ve hürriyeti sınırlandırıcı güvenlik tedbirleri (*freiheitsentziehenden Maßregeln*) arasında büyük bir fark bulunmadığı ifade edilmektedir⁶⁹. Kısacası sadece ceza değil devlet tarafından zorla uygulanan tüm yaptırımlar-tedbirler bir acı vericiliğe sahiptir⁷⁰. Dahası bazı tedbirler, kanunun ceza olarak adlandırdığı yaptırımlardan daha ağır bir şekilde özgürlüğü sınırlandırabilmekte veya malvarlığı üzerinde etki edebilmektedir⁷¹.

Bu sebeple ceza kavramının açıklanabilmesi için başka unsurlara ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Cezayı diğer yaptırımlardan ayıran acı vericiliğinin yanı sıra bir kınama unsuruna sahip olmasıdır. Bu unsur, kusurlu olarak işlenmiş olan fiil hakkında kamusal ve sosyal-etik bir değersizlik yargısı ve bununla ilişkili olarak sosyal etik yönden bir onaylamama (*sozialethische Missbilligung*) içerir⁷².

Ceza, değerden soyut bir tepki değildir, aksine işlediği fiil nedeniyle failin sosyal etik değerler ölçüsünde azarlanmasını ifade etmektedir⁷³. Cezalandırmanın, failin bireysel etik veya ahlak bakımından kötülenmesi anlamına gelmediği sosyal-etik unsur vasıtasıyla açıklığa kavuşmaktadır. Ceza, toplumun bir tepkisidir⁷⁴. Bu tepki ile, beraber yaşamın kurallarına karşı olan bir davranışı onaylanmamış olur⁷⁵. Sosyal-etik

⁶⁸ Dönmezer ve Erman, I, s. 6.

⁶⁹ Patricia Ziffer, "Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung", **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy, Walter Perron), Duncker & Humblot, Berlin, 2013, s. 1079. Hatta sürücü belgesine el konulması (*Entziehung der Fahrerlaubnis*) ve meslek yasağı (*Berufsverbot*) da şüphesiz acı verici/ceza olarak algılanma potansiyeline sahiptirler. Muhakeme hukukunca öngörülen koruma tedbirleri, tazyik hapsi, disiplin yaptırımları gibi ceza hukuku dışındaki hukuk disiplinlerinden kaynaklanan yaptırımlar veya kabahatler karşılığı öngörülmüş olan idari para cezası veya tedbirler de ilgilileri üzerinde olumsuz etkilere sahiptir. Stadler, s. 19.

⁷⁰ Claus Roxin, "Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag**, (Ed. Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia), C. H. Beck, München, 2009, (Rechtsprechung), s. 602.

⁷¹ Klaus Volk, "Alles Strafe, oder was? – Zum Begriff der Strafe", **Festschrift für Egon Müller**, (Heike Jung, Bernd Luxenburger, Eberhard Wahle), Nomos, Baden-Baden, 2008, ss. 709 vd.

⁷² Jescheck/Weigend, s. 65; Gropp, § 1 kn. 90.

⁷³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 770.

⁷⁴ Dönmezer/Erman, I, s. 7.

⁷⁵ Kristian Kühl, "Zum Missbilligungscharakter der Strafe", **Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag**, (Ed. Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp,

değersizlik yargısı, norm ihlalinin temelinde yatan olayların kınandığını, faile kişisel bir sorumluluk atfedildiğini, mağdurla birlik olunduğunu ve normun geçerliliğinin onaylandığını gösterir ve böylece ceza hukukunun sembolik etkisini somutlaştırır⁷⁶. Mahkûmiyet hükmünde failin suçlu bulunması da bunu ifade etmektedir. Değersizlik yargısı mantıken ondan önce gelen kusur yargısını (*Schuldspruch*) takip eder. Kusur yargısı ise fiilin faile kişisel olarak atfedilebilmesini ve failin kınanabilmesini gerektirir. Nasıl bir suçun varlığı kusuru gerekli kılıyor ise hükmedilen bir yaptırım ancak kusurlu bir davranış sebebiyle hükmedilmiş ise cezadır⁷⁷. Ceza, bir bakıma kusur vasıtasıyla tanımlanmaktadır⁷⁸. Nitekim, bu sebeple kusurun suçun değil cezanın bir unsuru olduğunu savunan görüşler vardır⁷⁹.

Dahası cezaya içkin olan sosyal etik değersizlik yargısı, diğer yaptırımlardan farklı olarak, fiile ilişkin değerlendirmeyi devlet ve fail arasındaki iç ilişkiden kamusal alana taşımayı hedeflemektedir. Cezayı ifade eden mahkûmiyet hükmü Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca kural olarak alenen açıklanır. Hüküm, üçüncü kişiler, özellikle de mağdur ve onun çevresi, tarafından algılanmaya yöneliktir ki bu şekilde hukuki barışın kurulmasına katkıda bulunur⁸⁰. Bu itibarla kimi yazarlarca cezaya atfedilen “dışa vurumcu/iletişimsel” unsur sadece kavramsal açıklama düzeyinde kullanılmakla yetinilmemekte, bu durum cezanın anlam ve amacına ilişkin ceza teorileri alanında vuku bulan tartışmalarda da kullanılmaktadır⁸¹. Hem Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) hem de Alman Federal Anayasa

Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron, Susanne Walther), C.H. Beck, München, 2005, s. 154.

⁷⁶ Meier, s. 16. Karş. Jakobs, 1. Abschnitt, kn. 3, 11; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011, § 2, kn. 15.

⁷⁷ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 16; Meier, s. 16; Bernd Heinrich, **Strafrecht - Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2014, kn. 83; MüKo-Radtke, Vor § 38 kn. 14; Ziffer, s. 1078.

⁷⁸ Stadler, s. 21.

⁷⁹ Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, ss. 47 vd.

⁸⁰ Meier, s. 17. Karş. Kindhäuser, § 2, kn. 15.

⁸¹ Klaus Günther, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, **Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag**, (Ed. Cornélius Prittwitz, Michael Baumann, Klaus Günther, Lothar Kuhlen, Reinhard Merkel, Cornélius Nestler ve Lorenz Schulz), Nomos, Baden-Baden, 2002, (Bedeutung), ss. 205, 218; Tatjana Hörnle, **Straftheorien**, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, (Straftheorien), ss. 29 vd.

Mahkemesi'nin içtihadında “sosyal-etik değersizlik yargısı” ve yanı sıra “cezanın kınayıcı karakteri” kavramlarına sınırlandırma ölçütü olarak yer verilmektedir⁸².

Sonuç olarak maddi açıdan ceza şu şekilde tanımlanmaktadır: Önemli bir hukuk ihlalinin, bu ihlalin alenen kınandığını belirten ve bu sayede hukuki koruma sağlayan, haksızlık ve kusurun ağırlığına uygun bir acının uygulanması yoluyla denkleştirilmesidir⁸³. Denkleştirmeye vurgu yapan görüşlerin, ödetme amacını ön planda tutan daha klasik cezalandırma amacını savunan yazarlar olduğu görülmektedir. Cezanın tanımında cezanın meşruiyeti bakımından benimsenen görüşe göre bu gibi ifadeler yer verilebilir. Bu itibarla pozitif genel önlemeyi önceleyen bir yaklaşım cezayı denkleştirme yerine bozulan kamu düzeninin sağlanması-normun geçerliliğinin sağlanması olarak tanımlayacaktır⁸⁴.

b. Maddi tanıma getirilen eleştiriler

Ceza kavramının sosyal etik yönden belirlenmesine yönelik birtakım eleştiriler getirilmiştir. Özellikle kavramın bu şekilde belirlenmesinin Kant'tan beri tanınan hukuk ve ahlak ayrımını ihlal edeceği öne sürülmektedir⁸⁵. Zira sosyal-etik, ahlakın (*Moral*) bir parçası iken ceza hukuku hukukun bir parçasıdır⁸⁶. Dahası sosyal-etik yargılar, cezalandırılabilir davranışların ayırıcı bir tarifini yapabilmek bakımından belirsiz bulunmaktadır. Örneğin kabahatleri oluşturan bazı davranış biçimleri de sosyal-etik yönden kınamayı gerektirmektedir⁸⁷. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu argümanlara karşı olarak, kabahatlere yönelik kusur yargısının (*Schuldvorwurf*)

⁸² Kühl, ss. 156, 157; Klaus Volk, “Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cilt: 83, Sayı: 2, 1971, (Strafe), s. 430.

⁸³ Gropp, § 1 kn. 159; Jescheck/Weigend, s. 13; Thomas Weigend, “Einleitung”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 18**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Weigend, Einl.), kn. 57-63; Meier, s. 15; Volk, s. 709. Ceza bir acı içerir, bir davranışa ilişkindir, negatif bir değer yargısı içerir ve sadece objektif bir merci tarafından verilebilir. Andreas Henrici, **Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie**, Verlag H.R. Sauerländer, Zürich, 1961, ss. 28-30.

⁸⁴ Örnek olarak bkz. Jakobs, 1. Abschnitt, kn. 10 ve 11; Kindhäuser, § 2, kn. 15.

⁸⁵ Ulfrid Neumann, “§ 17”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Neumann, § 17), kn. 13.

⁸⁶ Roxin, Rechtsprechung, s. 603.

⁸⁷ Stadler, s. 23.

etik alanına ulaşmadığını⁸⁸, cezanın cezalandırılabilir bir davranışa, kusurlu haksızlığa, karşı ve onu kınayan bir tepki olduğunu⁸⁹ vurgulamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme bazı kararlarında sosyal-etik kavramını kullanmaktan kaçınmaktadır. Bu durum ise cezanın diğer yaptırımlardan nasıl ayrıldığına ilişkin problemi tekrar ortaya çıkarmaktadır⁹⁰.

ROXIN, alternatif olarak şu tanımlı önermektedir: “Ceza, kınanabilir yüksek ölçüde zararlı bir davranış sebebiyle devlet tarafından acı uygulanmasıdır.”⁹¹ Bu doğrultuda FRISTER, günümüz ceza hukukunda suç ve kabahatler arasındaki farkın büyük ölçüde salt nicelik bakımından anlaşıldığına işaret etmektedir. Hukuk normunun ihlalinin bir suç mu kabahat mi oluşturacağı bir başka ifade ile ceza veya başka bir yaptırım tehdidi altına alınacağı öncelikle kanun koyucunun değerlendirmesine bağlıdır⁹².

Cezanın maddi tanımına getirilen bir diğer eleştiri cezanın bir acının uygulanmasını/yüklenmesini gerektirip gerektirmediği ilişkindir⁹³. EREM, cezanın tanımında acı, ıstırap ve elemnin yer almaması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁴. Bunun sebebi olarak acının bir ıslah tedbiri olan cezanın arızı bir niteliği olduğunu belirtmektedir. EREM'E göre suç işleyen kimsenin ıslahını sağlamak için devletin kanunla tespit ve hükümle tatbik ettiği tedbirler cezadır⁹⁵. ÖZGENÇ ise klasik suç teorisinin etkisinde kalınarak cezanın suç işleyen kişiye karşı icra edilen bir kötülük olarak tanımlandığını ancak ceza hukukunun bugün ulaşmış bulunduğu gelişmişlik düzeyinde cezanın bir kötülük olarak anlaşılmadığını ifade etmektedir⁹⁶. Bu itibarla ceza hukuku yaptırımı uygulanırken amaç, haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurmak, bu kişiye belli etkilerde bulunmaktır⁹⁷.

⁸⁸ Roxin, Rechtsprechung, s. 603.

⁸⁹ BVerfG, 20.03.2002 - 2 BvR 794/95, <https://openjur.de/u/190442.html> (01.06.2022).

⁹⁰ Roxin, Rechtsprechung, s. 604.

⁹¹ Roxin, Rechtsprechung, s. 604.

⁹² Frister, Kap. 1 kn. 13. Bu konuda özellikle bkz. ve karşı. Jakobs, 3. Abschnitt, kn. 6 vd.

⁹³ Gropp, § 1 kn. 159; detaylı inceleme için bkz. Dieter Rössner, “Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung? -Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 9, 1992, s. 409.

⁹⁴ Erem, I, s. 720; benzer görüş için bkz. İçel ve diğerleri, s. 4.

⁹⁵ Erem, I, s. 153.

⁹⁶ Özgenç, s. 769, dipnot. 3; aynı yönde bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 463.

⁹⁷ Özgenç, s. 769.

Cezanın acı vericilik unsurundan kısmen veya tamamen vazgeçilebileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre cezayı diğer yaptırımlardan ayırt eden unsur mahkûmiyet hükmünde yer alan sosyal-etik kınamadır⁹⁸. Onaylamama/kınama yargısı ortaya konulduğu için uygulanacak acı daha az olabilir, şartlı olarak uygulanabilir veya bundan tamamen vazgeçilebilir⁹⁹. Hatta, haksızlığın ve kusurun tespiti suretiyle kınama ceza hukukunun tek tepkisi haline getirilebilir ve ceza hukuku sembolik-dışa vurumcu anlamına indirgenebilir¹⁰⁰.

Salt mahkûmiyet hükmüne gizlenmiş bir kınama ile yetinen bu tür ceza hukuku karşılıkları hem Türk hem Alman hukukunda mevcuttur. Örneğin, cezanın ertelenmesi. Bu tür bir cezalandırmanın tüm suç tipleri bakımından uygulanabilir olup olmadığı ise tartışmaya açıktır. Örneğin, kasten öldürme suçunu işlemiş faile karşı sadece fiili bakımından kusurlu olduğu ve davranışının toplumsal, kamusal ve sosyal-etik yönden kınandığının bildirilmesi ile yetinilecek olursa bu durumun kabul edilip edilmeyeceği sorusunu sormak gerekir¹⁰¹.

Acı verici olma niteliğine karşı getirilen eleştirilere karşı olarak kınamanın acı uygulamasının yerini alması durumunda fazladan bir yük altına gireceği de ifade edilmektedir¹⁰². Bundan başka acı karakterinin reddinin ceza kavramının kendisini reddetmek olacağı da ileri sürülmektedir¹⁰³. Zira ceza kavramsal olarak, kişiye kınanan bir davranışı sebebiyle yetkili makam tarafından uygulanmış olan bir menfaat ihlalidir (*Interessenverletzung*)¹⁰⁴. Dahası, hukuk sisteminin bağlayıcılığı, ancak bir hakkın ihlali kınamanın ötesinde failin kendisinin de hak kaybına yol açan ek sonuçlarla

⁹⁸ Winfried Hassemer ve Ulfrid Neumann, “Vor § 1”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1), kn. 103; Ulrich Schroth, “Bilder des Kriminellen: Homo oeconomicus versus homo soziologicus versus homo ethicus – Menschenbild und Verständnis der Strafe”, **Ecce Homo! Menschenbild – Menschenbilder**, (Ed. Wilhelm Vossenkuhl, Gian Domenico Borasio, Benedikt Grothe, Friedrich Wilhelm Graf, Konrad Hilpert, Armin Nassehi, Stephan Sellmaier, Ulrich Schroth), Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2009, ss. 87-105, s. 88.

⁹⁹ Bu konuda öğretide savunulan farklı görüşler için bkz. Kühl, s. 160.

¹⁰⁰ Günther, Bedeutung, s. 205.

¹⁰¹ Karş. Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2006, (AT I), § 3 kn. 45.

¹⁰² Kühl, s. 160.

¹⁰³ Jescheck/Weigend, AT, s. 65.

¹⁰⁴ NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn. 103; Werner Theune, “Vor §§ 46-50”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 2: §§ 32 bis 55**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Klaus Tiedemann ve Ruth Rissing-van Saan), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2006, (LK-Theune, Vor §§ 46-50), kn. 3.

ilişkilendirilirse sağlanacaktır¹⁰⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de şunları ifade etmiştir¹⁰⁶: “Her ceza doğası gereği bir acının uygulanması vasıtasıyla ödetmedir.” Acı vericilik zorlayıcılık anlamına gelmektedir.

Son olarak şunu vurgulamakta fayda görmekteyiz: Bu iki unsur birbirini dışlayan alternatifler olmak zorunda değildir, hatta bazı hallerde sadece kınama bile aynı zamanda fail üzerinde bir acı etkisi gösterebilir¹⁰⁷.

c. Ara sonuç

Ceza tanımının incelenmesinin ardından cezayı diğer hukuk yaptırımlarından ayıran hususları açıklıkla ortaya koyabiliriz. Cezayı, disiplin suçları veya kabahatlere karşı öngörülen yaptırımlardan ayıran husus öncelikle ceza verilebilmesini sağlayan usulde yatmaktadır. Ceza, ancak yapılan yargılamanın ardından mahkeme hükmü ile verilebilir¹⁰⁸. Ceza, diğer yaptırımlara göre daha vahim bir sonuç ortaya koyduğu için bunun meşru surette uygulanmasında daha fazla teminat-güvence aranmış, idare tarafından herhangi bir suistimale meydan vermemek için müstakil organlar vasıtasıyla uygulanması uygun görülmüştür¹⁰⁹. Cezayı güvenlik tedbirlerinden ayıran husus ise kusurdur. Ceza, ancak kusurlu olarak haksızlığı işlemiş olan fail hakkında uygulanabilir¹¹⁰. Güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için ise kusur aranmaz ve haksızlığın gerçekleşmesi yeterlidir. Bu nedenle ceza, bastırıcı nitelikte iken; güvenlik tedbirleri önleyici niteliktedir. Ceza, kusuru esas alırken; güvenlik tedbirleri tehlikeliliği esas alır. Cezanın, diğer yaptırımlardan bir diğer farkı devlet tarafından uygulanan özel bir infaz biçiminin belirlenmiş olmasıdır¹¹¹.

Sonuç olarak ceza kavramı ceza hukuku öğretisinde şu şekilde anlaşılmaktadır: Ceza, resmi bir yargılama süreci sonunda işlediği bir suç (haksızlık ve kusur unsurları

¹⁰⁵ Kühl, ss. 160 vd.

¹⁰⁶ BVerfGE 22, 125 (04.07.1967 - 2 BvL 10/62).

¹⁰⁷ Schroth, s. 88.

¹⁰⁸ Dönmezer/Erman, I, s. 8.

¹⁰⁹ Erem, s. 152.

¹¹⁰ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 435; İçel ve diğerleri, ss. 60, 65.

¹¹¹ Özbek ve diğerleri, s. 583.

gerçekleşmiş) sebebiyle hükmedilen ve faile zorla uygulanan bir olumsuzluktur (ezacı) ve fiilin toplum tarafından kınandığını ifade eder¹¹².

4. Cezanın Türleri ve Seçenek Yaptırımların, Erteleme veya HAGB Kararı ile Birlikte Sanık Hakkında Hükmedilen Yükümlülük ve Tedbirlerin Hukuki Niteliği

a. Cezanın Türleri

Cezalar hukuki nitelikleri ve yöneldikleri değerler bakımından sınıflandırılabilirler¹¹³. Hukuki nitelikleri yönünden cezalar asli ve fer'i (ek) ceza, seçimlik-tamamlayıcı ceza şeklinde ayrılabilir¹¹⁴. Asli ceza, kanunda suçun karşılığı olarak öngörülen cezadır. Fer'i ceza ise kanunun asıl cezaya ek olarak belirlediği cezadır. Ek cezanın en önemli özelliği, bu tür cezaya asli cezadan bağımsız olarak tek başına hükmedilmesinin mümkün olmayışındır¹¹⁵. TCK'da ek cezaya yer verilmemiştir.

Seçimlik ceza, kanunun hâkime asli ceza olarak öngördüğü cezalardan birini seçme imkânı tanıdığı hallerde söz konusudur¹¹⁶. Tamamlayıcı ceza ise asli cezaya kanuni sonuç olarak eklenen cezalara denilmektedir¹¹⁷. Bu cezalar ceza mahkumiyetinin doğrudan sonucu olduğundan ayrıca hükümde gösterilmese de infaz sırasında uygulanırlar¹¹⁸. TCK'da tamamlayıcı cezaya yer verilmemiştir.

Yöneldikleri değerler bakımından cezalar; yaşam hakkına, özgürlüğe, malvarlığına ve şerefe yönelik olabilirler¹¹⁹. Çağdaş ceza hukukunda bireyin yaşam hakkına ve şerefine yönelik cezalara yer verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir.

¹¹² LK-Weigend, Einl. kn. 62; Meier, s. 15; Schroth, s. 88.

¹¹³ Özbek ve diğerleri, s. 588; Koca/Üzülmez, s. 566.

¹¹⁴ Özbek ve diğerleri, s. 588; Koca/Üzülmez, s. 566.

¹¹⁵ Özbek ve diğerleri, s. 588.

¹¹⁶ Koca/Üzülmez, s. 566.

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, s. 566.

¹¹⁸ Özbek ve diğerleri, s. 588.

¹¹⁹ Özbek ve diğerleri, s. 588; Koca/Üzülmez, s. 566.

Nitekim TCK'da idam cezasına¹²⁰ ve hükmün ilanı kurumuna¹²¹ yer verilmemiştir. Özgürlüğe yönelik cezalar hapis cezası iken, malvarlığına yönelik cezalar para cezalarıdır.

TCK'da cezalar, hapis cezası ve adli para cezasıdır (TCK m. 45). Bir suç karşılığında ceza olarak sadece hapis veya adli para cezası öngörülebileceği gibi, adli para cezası ve hapis cezası birbirlerine seçenek olarak ya da her iki cezanın birlikte öngörülmesi mümkündür. TCK'nın özel kısmında düzenlenen suçların cezası olarak genellikle sadece hapis cezası öngörülmektedir. Kanunun sadece adli para cezası öngördüğü suçlar ise çevrenin taksirle kirletilmesi (TCK m. 182/1, cümle 1), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288), muhafaza görevini kötüye kullanma (TCK m. 289/3) ile sınırlıdır. Buna karşılık, hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü pek çok suç vardır. Kanunun, genelde hafif suçlar bakımından hapis ve adli para cezasını seçenek olarak; işlenmesiyle ekonomik bir zenginleşmenin gerçekleşebildiği suçlar bakımından hem hapis hem adli para cezasını öngördüğü söylenebilir¹²².

Hapis cezası, TCK m. 46'da ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olarak bir ayrıma tabidir. Bu ayrım sadece infaz süresi ve infaz koşullarına ilişkin olup cezanın amacı ve hak yoksunlukları açısından hapis cezaları arasında bir fark yoktur¹²³.

TCK'da öngörülen yaptırımlar sadece cezalar değildir. Kanunda yaptırımlar iki grupta düzenlenmektedir: cezalar ve güvenlik tedbirleri¹²⁴. Bu şekilde bir düzenleme yapılması öğretide yaptırım sisteminin iki izliliği¹²⁵ ya da iki şeritliliği¹²⁶

¹²⁰ Esasında ölüm cezası 765 s. TCK döneminde 21.07.2004 tarih ve 25529 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı kanunla kaldırılmıştı.

¹²¹ Hükmün ilanı kurumu 765. s TCK'da m. 43'te düzenlenmekteydi. Bu düzenleme yürürlükte olan TCK'da yer almamakla birlikte, iftira suçu bakımından özel bir düzenlemeye gidilmiştir. TCK m. 267/9'a göre "Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilan olunur. İlan masrafı, hükümlüden tahsil edilir." Bu hüküm şerefe yönelik bir ceza oluşturması sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. Özbek ve diğerleri, s. 588.

¹²² Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 639.

¹²³ Özgenç, s. 783.

¹²⁴ DEMİRBAŞ ise ceza hukukundaki yaptırımları, cezalar, ceza mahkûmiyetinin sonuçları, ceza yerine hükmedilen tedbirler, doğrudan doğruya hükmedilen tedbirler olarak sınıflandırmaktadır. Demirbaş, s. 601.

¹²⁵ Koca/Üzülmez, s. 561; Demirbaş, s. 601.

¹²⁶ Öztürk/Erdem, s. 55.

olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra günümüzde ceza hukukunda üçüncü bir iz olarak, mağdurun korunmasına ilişkin hükümlere yer verildiği ifade edilmektedir¹²⁷. TCK'nın genel hükümlere ilişkin birinci kitabının üçüncü kısmında, sırasıyla birinci bölümde 45-52. maddeler arasında cezalar; ikinci bölümde 53-60. maddeler arasında güvenlik tedbirleri düzenlenmektedir.

Ceza kavramı ele alınırken belirtildiği üzere cezaya hükmedilebilmesinin koşulu failin hukuka aykırı tipik fiili kusurlu olarak işlemesidir¹²⁸. Kendisine kusur atfedilemeyen bir kişi cezalandırılmaz¹²⁹. Öte yandan güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için failin kusurlu olması aranmaz¹³⁰. Cezalar bastırıcı/caydırıcı nitelikte iken; güvenlik tedbirine özelliğini veren husus failin tehlikeliliğini esas alması¹³¹ ve hem toplumu hem de faili korumayı amaçlamasıdır¹³². Esasında güvenlik tedbiri bir haksızlığın (hukuka aykırı tipik fiilin) işlenmesi sebebiyle başvurulabilecek¹³³ ve genellikle kusur yeteneği bulunmayan ve toplum için tehlike arz eden kişilere uygulanan bir yaptırım türüdür¹³⁴. Haksızlığın meydana gelmesi için kişinin kusurlu olması aranmadığından güvenlik tedbirinin suç karşılığı olarak öngörüldüğü söylenemez¹³⁵. Zira suç kusurlu haksızlığı ifade etmektedir. Bununla

¹²⁷ Özbek ve diğerleri, s. 594; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 823. Bu konuda kapsamlı açıklama ve tartışmalar için bkz. Veli Özer Özbek, **Ceza Hukuku'nda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, ss. 188 vd.

¹²⁸ Özgenç, s. 770; Koca/Üzülmez, s. 561.

¹²⁹ Önder, s. 485; Öztürk/Erdem, s. 573.

¹³⁰ Özgenç, s. 928; Koca/Üzülmez, s. 561.

¹³¹ Toroslu, s. 435; Demirbaş, s. 657.

¹³² İçel ve diğerleri, s. 130; Özbek ve diğerleri, ss. 626-627.

¹³³ Haksızlık karşısında hukuk düzeninin idamesi amacıyla bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Yaptırımla gerçekleşen haksızlık dolayısıyla bozulan hukuk düzeni tarafından kurulmuş olan kişiler arasındaki dengenin yeniden tesis edilmesi amaçlanır. Ceza hukuku yaptırımlarının asıl amacı haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulmasıdır. Özgenç, s. 928.

¹³⁴ Dönmezer/Erman, II, s. 568; Demirbaş, s. 657; Öztürk/Erdem, s. 573; Özbek ve diğerleri, ss. 627-628. ÖZGENÇ, güvenlik tedbirini münhasıran failin tehlikeliliği ile ilgili olarak açıklamamaktadır. Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır. Özgenç, s. 929.

¹³⁵ Haksızlığın işlenmesi ile suçun oluşacağı yönünde bkz. Özgenç, s. 773: "İşlediği fiil, haksızlık ve dolayısıyla, suç teşkil etme özelliğini devam ettirdiği için; bu durumda her ne kadar kişi hakkında cezaya hükmedilemeyecek ise de şayet bir tehlikelilik hali söz konusuysa, koruma ve ıslah amaçlı olarak güvenlik tedbiri uygulanabilir." ÖZGENÇ ayrıca kusur ilkesinin sadece cezayı kapsadığını kusursuz suç olmaz kuralını kapsamadığını ifade etmektedir. Bunun gerekçesi olarak haksızlık ve kusur arasındaki ayırım gösterilmektedir. Özgenç, s. 928. Ancak kanaatimizce haksızlık ve suç özdeş

birlikte failin kusurlu olması teoride güvenlik tedbirinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Güvenlik tedbiri bu halde dahi suça bir karşılık değildir, suçun bastırılmasını ya da suç sebebiyle failin kınanmasını ifade etmez. Türk ceza hukukunda güvenlik tedbirleri kanunda “güvenlik tedbirleri” başlığı altında tek tek düzenlenmiştir¹³⁶. Ancak güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen kurumlardan bazıları güvenlik tedbiri niteliği taşımamaktadır. Örneğin, TCK m. 53’de düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri niteliği taşımamaktadır¹³⁷. Dolayısıyla sadece kanundaki düzenleme göz önünde bulundurularak hukuki nitelendirme yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz¹³⁸. Kusur yeteneği bulunan bir kişi hakkında kusurlu işlediği haksızlık sebebiyle tehlikeliliği esas alınarak gerçek manada bir koruma tedbirine başvurulabilmesi imkânı Türk Hukukunda sadece TCK m. 57/6’da düzenlenmiştir. Bu hükme göre “İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenli ve sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir”. Burada da güvenlik tedbiri suç karşılığı olarak öngörülmüş bir yaptırım değildir. Bu sebeple kanunda güvenlik tedbirinin suç karşılığı olarak

kavramlar değildir. Kusur suçun bir unsuru ve haksızlıktan ayrıdır. Haksızlık ve kusur arasındaki ayrım kabul edilerek kusur suçun bir unsuru olarak anlaşılabilir ve dolayısıyla kusursuz suç olmayacağı kabul edilebilir. Haksızlık ve kusur arasındaki ayrımın zorunlu sonucu kusurun suçun bir unsuru olmadığı ve haksızlık ile suçun özdeş olduğu değildir. Haksızlık suç ile özdeş kabul edilmez ise kusur suçun haksızlıktan ayrı bir unsuru olarak kabul edilebilir. Bu iki görüş arasındaki fark haksızlık ve kusurun birbirinden ayrılmasına ilişkin kabulden değil suçun unsurlarının neler olduğuna ilişkin fikirlerden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ÖZGENÇ’İN bu gerekçesinin tek başına haksızlık suçla özdeş görüşünü ispatlamadığı görüşündeyiz.

¹³⁶ Kanunda güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen tedbirler şunlardır: belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadere, kazanç müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, tekerrür, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri.

¹³⁷ Zeki Hafizoğulları, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ce 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 1, 2007, (Cezalar), s. 91; Özbek ve diğerleri, s. 628; Demirbaş, ss. 657, 662. Müsadere ve tekerrür yönünden eleştiriler için bkz. Öztürk/Erdem, ss. 579, 589.

¹³⁸ 765 s. TCK’da fer’i ceza olarak düzenlenen bazı kurumların 5237 s. TCK’da güvenlik tedbiri şeklinde ifade edilmiş olması söz konusu kurumların hukuki niteliğini değiştirmek bakımından yeterli olamaz. Özbek ve diğerleri, s. 628.

nitelendirilmesi, niteliği itibariyle güvenlik tedbiri olmayan kurumların bu başlık altında düzenlenmesi doğru olmamıştır¹³⁹.

b. Seçenek Yaptırımların, Erteleme veya HAGB Kararı ile Birlikte Sanık Hakkında Hükmedilen Yükümlülük ve Tedbirlerin Hukuki Niteliği

(1) Genel Açıklamalar

Ceza hukukunun suç işlenmesine bağladığı hukuki sonuçlar cezalar ile sınırlı değildir. Failin işlediği suça karşılık olarak mahkeme, cezaya mahkûmiyete ilişkin hükmün açıklanmasını erteleyebilir, hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirebilir, hapis cezasının infazını erteleyebilir. Dolayısıyla mahkemenin suça karşılık olarak göstereceği tepkiler sadece hapis cezası ve adli para cezası ile sınırlı değildir. O halde mahkemenin gösterdiği bu karşılıkların hukuki niteliği nedir? Ertelenmiş bir ceza, seçenek yaptırım olan bir tedbir, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir ceza ya da başka bir yaptırım türü müdür?

Bu ceza hukuku kurumları, öğretide genellikle birer bireyselleştirme aracı olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰. Ancak bireyselleştirme aracı olmaları, hukuki niteliklerini açıklamak bakımından yeterli değildir. Öğretide bu kurumların hukuki niteliğine yönelik olarak çeşitli görüşler açıklanmıştır. Bunları seçenek yaptırım olarak öngörülen tedbirler, ertelenmiş hapis cezası ve HAGB kararı olarak ayrı ayrı inceleyeceğiz.

¹³⁹ Bununla birlikte öğretide güvenlik tedbirlerinin suç sayılan fiillere bağlanan hukuki sonuçlardan biri olarak düzenlenmesini doğru bulan yazarlar da vardır. Örneğin bkz. ve karşı. Koca/Üzülmez, s. 562.

¹⁴⁰ Örneğin, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin bireyselleştirme kurumu olduğu yönünde bkz. Özgenç, ss. 783, 815; Koca/Üzülmez, s. 575; M. Özen, s. 749. Ertelemenin bireyselleştirme kurumu olduğu yönünde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 708; Demirbaş, s. 713; Özgenç, s. 826; Koca/Üzülmez, s. 592. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bireyselleştirme kurumu olduğu yönünde bkz. Akif Yıldırım, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, ss. 161-162.

(2) Seçenek yaptırım olarak öngörülen tedbirlerin hukuki niteliği

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlıklı TCK m. 50/1'e göre *“kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; 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 yasaklanmaya, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.”*

Kanun başlığında seçenek yaptırımlar ifadesine yer vererek bu maddede sayılanların yaptırım olduklarını ifade etmektedirler. 5. fıkra da adli para cezası dışına kalan seçenek yaptırımlar tedbir olarak isimlendirilmektedir, 6. ve 7. fıkralarda da seçenek tedbir ifadesine yer verilmektedir. Tartışma bu tedbirlerin ne tür bir yaptırım olduklarına ilişkindir¹⁴¹. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki bazı yazarlar tedbirleri bir bütün olarak ele almakta ve hukuki niteliğini değerlendirmekte iken bazı yazarlar tedbirleri tek tek ele alarak her biri için hukuki nitelik araştırması yapmaktadır. Varılan sonuçları üç grupta toplamak mümkündür.

Birinci grup görüşe göre seçenek yaptırım olarak hükmedilen tedbirler güvenlik tedbidir¹⁴². Bu görüşün gerekçesi olarak yaptırımların kanunda açıkça

¹⁴¹ Tartışmalar için bkz. Soner Hamza Çetin, **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 48 vd.

¹⁴² Demirbaş, s. 639; Koca/Üzülmez, s. 579; Hakeri, ss. 645 vd. B bendinde düzenlenen mağdurun veya kamunun zararının tazmin edilmesi tedbirinin ne ceza ne de güvenlik tedbiri olduğu onun dışında kalan tedbirlerin güvenlik tedbiri oldukları yönünde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 594; aynı yönde Neslihan Göktürk, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımların Hukuki Niteliği”, **Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi 2. Cilt**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss.1891-1898. D, e ve f bendinde düzenlenen

cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak, cezaların ise hapis ve adli para cezası olarak sayıldığı, bu sebeple bu tedbirlerin ancak güvenlik tedbiri olabileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca bu tedbirlerin değiştirilebiliyor olmaları güvenlik tedbiri niteliklerini desteklemektedir¹⁴³. Seçenek yaptırımların hukuki niteliği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına da konu olmuştur¹⁴⁴. Kararda seçenek yaptırımlardan olan tedbirler güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmiştir. Ancak m. 50'de yer alan güvenlik tedbirleri ile m. 53-60 arasında düzenlenen güvenlik tedbirlerinin birbirinden farklı oldukları ifade edilmiştir¹⁴⁵. Bununla birlikte mahkeme uyuşmazlık konusu ile ilişkili olarak bu tedbirleri aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirip ceza olmamasına rağmen ceza olarak kabul etmiştir.

İkinci grup görüşe göre seçenek yaptırım olarak hükmedilen tedbirler cezadır¹⁴⁶. Zira bu tedbirlere işlediği suça karşılık olarak kusurlu fail hakkında hükmedilebilir. Tedbirler failin ihlaline tepki niteliğindedir, ceza muhakemesi ve

tedbirlerin güvenlik tedbiri olduğu, b bendinde düzenlenen tedbirin bir yaptırım olmadığı, c bendinde düzenlenen tedbirin ise bir yükümlülük olduğu yönünde bkz. Özgenç, ss. 816 vd. Eski kanunun döneminde CİK m. 4'te düzenlenen ve önlem olarak isimlendirilen tedbirleri güvenlik tedbiri olduğu yönünde bkz. İçel ve diğerleri, s. 132.

¹⁴³ Özbek ve diğerleri, s. 595.

¹⁴⁴ "TCK'nun 45. maddesinin madde metni ve gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere ceza olarak sadece hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Adli para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımların her biri aynı nitelikte olmamakla birlikte "güvenlik tedbiri" olduğu kabul edilmelidir. Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4/1-d. maddesinde açıkça adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımların "güvenlik tedbiri" niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Ancak TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırım olarak öngörülen güvenlik tedbirleri ile TCK'nun "güvenlik tedbirleri" başlıklı 2. Bölümünde 53-60. maddeler arasında düzenlenen klasik güvenlik tedbirleri arasında bir fark bulunduğu da bir gerçektir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için kusurun tespit edilmesine gerek yokken seçenek yaptırım olan güvenlik tedbirleri ancak kusurlu bulunan kişi hakkında uygulanabilmektedir... Bu nedenle ceza olmamakla beraber ceza yerine hükmolunan TCK'nun 50. maddesindeki "seçenek" tedbirlerin de, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 326. maddesinin 4. fıkrası kapsamında ceza gibi kabul edilmesi gerekir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/162, K. 2015/65, T. 24.3.2015, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁴⁵ Zafer'e göre de TCK'da "güvenlik tedbirleri" başlığı altında düzenlenen klasik güvenlik tedbirlerinden farklı olmakla birlikte bu tedbirler de hukuki nitelikleri itibarıyla güvenlik tedbirleridir. Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Yayınevi, 2019, ss. 607, 724.

¹⁴⁶ Öztürk/Erdem, s. 508; Ezgi Aygün Eşitli, "Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 65, Sayı 1, 2016, s. 68; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 473; Hafizoğulları, Cezalar, s. 80; Çetin, s. 50.

infazına ilişkin kurallara tabidir, kişi üzerinde birtakım yoksunluklar doğurur ve bunlara uyulmaz ise hapis cezası infaz ettirilir¹⁴⁷.

Üçüncü grup görüşe göre seçenек yaptırım olarak hükmedilen tedbirler ceza hukuku yaptırımlarının ayrı bir kategorisini oluşturmaktadırlar¹⁴⁸.

Bu görüşlerin gerekçeleri meselenin ele alınışına ilişkin iki farklı yaklaşımı ortaya koymaktadır. Yaklaşımlardan biri, pozitif hukuk düzenlemelerini değerlendirmesine esas kılmaktadır. Kanunun sistematüğinden ve nitelendirmelerinden yola çıkılarak bu tedbirlerin hukuki niteliğı tespit edilmektedir. Diğer yaklaşımda ise maddi ceza tanımındaki benzer bir yöntem kullanılmaktadır. Bizse her iki yaklaşıma göre bir değerlendirmede bulunmaktayız.

Kanundaki düzenlemelerden yola çıkılarak şu tespitleri yapmak mümkündür: kanunda yaptırım olarak ceza ve güvenlik tedbirleri öngörölmüştür. Cezalar sadece hapis cezası ve adli para cezasıdır. Güvenlik tedbirleri ise kanunda ilgili başlık altında düzenlenen yaptırımlardır. 50. madde kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar başlığını taşımakta ve kanunun üçüncü kısmının “cezalar” başlıklı birinci bölümünde yer almaktadır. Seçenек yaptırımlar, adli para cezası ve çeşitli tedbirlerdir. Eğer bu tedbirler ceza olarak kabul edilseydi madde başlığında bir üst kavram olan yaptırım ifadesi yer almazdı. Bu sebeple bu tedbirler ceza olarak nitelendirilemeyip güvenlik tedbiri olduklarının kabulü gerekir.

Kanunun düzenleme, isimlendirme ve sınıflandırmalarından bağımsız bir yorum yapacak olursak bu tedbirlerin maddi içeriğine göre bir değerlendirmede bulunmak mümkün olacaktır. TCK m. 50’de sayılan tedbirler, kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlama getirmektedir ve failin kusurlu haksızlığına karşılık olarak hapis cezası yerine geçmektedirler. Bu bakımdan bu tedbirler hem normatif bir acı vericilik¹⁴⁹ hem de failin kusurlu haksızlığına ilişkin sosyal etik değersizlik yargısını haizdirler. Ancak tedbirlerin yerine getirilmemesi halinde bunların zorla yerine getirilmesi mümkün olmayıp sadece ikame ettikleri hapis cezasının infazına karar verilir. Bu özellikleri bakımından cezalardan ayrılmaktadırlar. Öte yandan tehlikeliliğı

¹⁴⁷ Öztürk/Erdem, s. 508.

¹⁴⁸ M. Özen, s. 749.

¹⁴⁹ İnfaz tehdidi altında bazı davranışlarda bulunmaya zorlanarak kişinin özgürlüğüne müdahale edilmektedir ve bunun normatif olarak acı verici nitelikte olduğunu kabul edebiliriz.

esas almamaları ve failin kusurlu olması şartıyla bunlara hükmedilebilmesi sebebiyle de güvenlik tedbiri niteliğinde değildirler.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi tedbiri ceza veya güvenlik tedbiri olmayıp ceza hukukunda yeni benimsenmiş olan onarıcı adalet uygulamalarından biridir. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme tedbiri, TCK m. 51/4, a ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 231/8, a bentlerinde yükümlülük olarak düzenlenmektedir. Benzer şekilde belirli yerlere gitmekten yasaklanma tedbiri CMK m. 231/8 c bendinde bir yükümlülük olarak düzenlenmektedir. Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma tedbiri diğer tedbirlere nazaran ceza niteliği ağır basan bir tedbirdir. Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirinde aranan gönüllülük şartı bu tedbirin yaptırım olma niteliğini zayıflatmaktadır. Bu sebeplerle bu tedbirlerin kendine özgü bir yaptırım kategorisi olarak değerlendirilmesini mantıklı bulmaktayız.

(3) Ertelemenin hukuki niteliği

Erteleme bir bireyselleştirme kurumudur¹⁵⁰. Hukuki niteliği ise özel bir infaz biçimi olarak kabul edilmektedir¹⁵¹. TCK'daki düzenleniş biçimi ve ertelemeye bağlanan sonuç itibarıyla artık ertelemenin hukuki niteliğinin şartlı af olduğunu kabule imkân kalmamıştır¹⁵².

Erteleme kararı ile birlikte bazı yükümlülükler karar verilebilir. Bu yükümlülüklerin, tedbir, güvenlik tedbiri ya da ceza niteliğinde olmadıkları kabul edilmektedir¹⁵³.

¹⁵⁰ Özbek ve diğerleri, s. 708; Demirbaş, s. 713; Koca/Üzülmez, s. 592; Özgenç, s. 826.

¹⁵¹ Öztürk/Erdem, s. 518; Koca/Üzülmez, s. 596.

¹⁵² Öztürk/Erdem, s. 518.

¹⁵³ Özgenç, s. 809.

(4) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği

HAGB'nin hukuki niteliğine ilişkin tartışma onun maddi ceza hukuku kurumu mu muhakeme hukuku kurumu mu olduğu problemine odaklanmaktadır. Bu tartışma özellikle HAGB'ye ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasında benimsenecek ilkenin tespiti konusunda ortaya çıkmaktadır. Kimi yazarlar HAGB'yi bir muhakeme hukuku kurumu olarak kabul etmektedirler¹⁵⁴. Kimi yazarlar ise karma nitelikte bir kurum olduğunu, maddi ceza hukuku ile yoğun ilişkisinden dolayı zaman bakımından uygulanmasında maddi ceza hukuku ilkelerinin geçerli olacağını ileri sürmektedirler¹⁵⁵.

Bu tartışma bir yana bırakılacak olursa HAGB'nin işlevinden yola çıkılarak kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermek üzere başvurulacak bir kurum olduğu¹⁵⁶ veya erteleme kurumunun bir görünümü¹⁵⁷ olduğu da ifade edilmektedir. HAGB kararının bir ceza niteliğini haiz olmadığı açıktır. Bireyselleştirme araçlarından biridir. Türk ceza hukukunun mahkemeye tanıdığı suça karşılık olarak gösterilebilecek tepki/reaksiyon imkanlarından bir tanesidir. Uyarı fonksiyonu vardır ve denetim süresi boyunca yeniden suç işlememesi yönünde kişi üzerinde bir baskı oluşturur.

B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kavramları

1. Genel Açıklamalar

Cezanın tanımlanmasının ve farklı ceza hukuku reaksiyonlarının birbirleri ile ilişkilerinin tespit edilmesinin ardından cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kavramlarının açıklanmasına geçilebilir.

Cezanın belirlenmesi başlıklı 61. madde temel cezanın ve bundan hareketle sonuç cezanın belirlenmesini ve cezanın hesaplanmasını düzenlemektedir. Bu madde Kanunun Genel Hükümler kısmında Yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmın “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu

¹⁵⁴ Özgenç, s. 795, dipnot 52.

¹⁵⁵ Öztürk/Erdem, s. 530.

¹⁵⁶ Özgenç, s. 795.

¹⁵⁷ Koca/Üzülmez, s. 593.

bölümde düzenlenen diğer maddeler ise “Takdiri İndirim Nedenleri” başlıklı 62. madde ve “Mahsup” başlıklı 63. maddedir. Sadece Kanunun sistematüğinden hareketle cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini tanımlamak doğru olmayacaktır. Bu durum öğretide de kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi kurumlarının bireyselleştirme kapsamında kabul edilmesi bakımından kabul edilmektedir. Zira bu kurumlar açıkça birer bireyselleştirme araçlarıdır.

Suç ve cezaların kanuniliğı ilkesi gereğince suçlar ve cezalar kanunda açıkça düzenlenmek zorundadır. Kanunda cezanın açıkça düzenlenmiş olması bu cezanın belirli bir faile uygulanabilmesi için gerekli ancak yeterli değildir. Bu itibarla kişiye işlediğı suç karşılığı olarak bir cezanın uygulanabilmesi için, mahkeme tarafından bu yönde bir hüküm verilmesi gerekir. Türk hukukunda faile uygulanacak olan cezanın mahkeme tarafından tespitine ilişkin olarak iki kavram kullanılmaktadır: cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi¹⁵⁸. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin konusunu kanun koyucunun suç tipleri için öngördüğü soyut cezanın hangi ilke ve yöntemlerle somutlaştırılacağı, fiilin ve failin hangi niteliklerinin bu belirlemede göz önünde bulundurulacağı hususları oluşturur¹⁵⁹.

Türk hukukunda yasama ve yargı tarafından cezanın belirlenmesine ilişkin yürütülen faaliyetler bakımından farklı terimler kullanılmamakta, cezanın belirlenmesi terimi soyut ve somut olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁶⁰. Bu şekilde cezanın soyut belirlenmesi veya soyut cezanın belirlenmesi yasamanın kanunla ceza koyma faaliyetini ifade etmek için¹⁶¹; cezanın somut belirlenmesi veya somut cezanın belirlenmesi mahkeme tarafından yargılamanın sonunda suçu sabit görülen kişiye

¹⁵⁸ Cezanın belirlenmesi için eski tarihli eserlerde cezanın saptanması, cezanın tayini, cezanın hesaplanması ifadeleri de kullanılmaktaydı. bkz. İçel ve diğerleri, s. 150; Zeki Hafizoğulları, “Cezanın Tayin Edilmesi”, **Ceza Hukuku El Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 481. Ancak günümüzde cezanın belirlenmesi ifadesi genel olarak tercih edilmektedir.

¹⁵⁹ Koca/Üzülmez, s. 704.

¹⁶⁰ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt III, 8. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, (III), s. 109; İçel ve diğerleri, s. 150; Demirbaş, s. 685; Koca/Üzülmez, s. 704; Hakeri, s. 696; M. Özen, s. 852.

¹⁶¹ Soyut belirleme de kendi içinde genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel soyut belirleme kanunun genel hükümlerinde cezaların düzenlenmiş olmasını, özel soyut belirleme kanunun özel hükümlerinde veya diğer özel ceza kanunlarında her bir suç için soyut cezanın gösterilmesini ifade etmektedir. İçel ve diğerleri, s. 150; Demirbaş, s. 685; Zafer, s. 610; Centel ve diğerleri, s. 576.

uygulanacak cezayı tespit etmesine ilişkin faaliyetleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Benzer şekilde cezanın bireyselleştirilmesi de yasama, mahkeme ve infaz kurumları gibi farklı kurumlar tarafından gerçekleştirilen ve cezanın faile uydurulmasını amaçlayan faaliyetleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹⁶². Bununla birlikte genelde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi mahkeme tarafından gerçekleştirilen işlemleri ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Tez konumuzun kapsamını da bu faaliyetler oluşturduğu için bu terimler kullanılırken her seferinde ayrıca mahkeme tarafından gerçekleştirilme ve somut olma nitelikleri belirtilmeyecektir.

Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusunda kullanılan merkezi ifade “*Strafzumessung*” terimidir¹⁶³. Yargı içtihadında ve öğretilerde yerleşik olarak “*Strafzumessung*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim kanunda da kullanılmaktadır. Al. CK paragraf (parag.) 46’nın başlığı da “*Grundsätze der Strafzumessung*” (Cezanın belirlenmesinin temel ilkeleri) bu terimi taşımaktadır. Her ne kadar kanun koyucu Al. CK’nın Genel Hükümlerinin Üçüncü bölümünün İkinci ve Üçüncü alt bölümlerinde “*Strafbemessung*” başlığını kullanmış olsa da “*Strafzumessung*” Alman ceza hukukuna terim olarak yerleşmiş bir ifadedir¹⁶⁴.

Bu terim cezaya ilişkin-cezai (penal-punitive) anlamındaki “Straf-” ön eki ve “*Zumessung*” isminden türetilmiştir. “*Zumessung*” ise *zumessen* fiilinin isimleştirilmiş hali olup taksim etme, dağıtma, paylaşırma anlamına gelmektedir¹⁶⁵. Her ne kadar *zumessen* içinde ölçmek anlamındaki *messen* fiilini taşımakta ise de ölçmek, hesap etmek anlamındaki *messen* ve *bemessen* fiillerinden anlam olarak ayrılmaktadır. Anlamdaki bu farklılığın cezanın belirlenmesinin (*Strafzumessung*) bir ölçme ve hesaplama işleminden daha karmaşık ve tek bir ölçme işlemine indirgenemeyecek bir sürece işaret ettiği ifade edilmektedir¹⁶⁶. *Strafzumessung* terimini cezanın belirlenmesi

¹⁶² Dönmezer/Erman, II, ss. 702 vd.; Yerdelen, ss. 39-40.

¹⁶³ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 1.

¹⁶⁴ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 1.

¹⁶⁵ Duden Wörterbuch, <https://www.duden.de/rechtschreibung/zumessen>, (01.06.2022).

¹⁶⁶ Georgios Giannoulis, **Studien zur Strafzumessung: Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 8.

şeklinde Türkçeye çevirmeyi uygun görüyoruz. Türk öğretisindeki çeviriler de bu kanaatimizi desteklemektedir¹⁶⁷.

2. Cezanın Belirlenmesi

Cezanın belirlenmesi, mahkemenin kanunda öngörölmüş olan soyut cezadan faile uygulanacak olan somut cezaya ulaşması olarak tanımlanabilir¹⁶⁸. Bu şekilde mahkeme faile ceza uygulanabilmesine imkân sağlayan hükmünü verirken kanunu uygular.

Ceza hukukunun her suç normu kural olarak bir davranış ve bir ceza normundan oluşur. Davranış normunda hangi fiilin yasaklanmış olduğu açıkça düzenlenirken; bu fiilin işlenmesine bağlanan hukuki sonuç ise ceza normu ile gösterilir. O halde mahkeme failin hangi suçu işlediğine karar vermiş ise o normda gösterilen cezaya hükmeder. Burada önemli olan husus cezaların kanunda nasıl düzenlendiğidir. Soyut cezanın miktarının gösterilmesi bakımından, Türk Hukukunda mutlak ve basamaklı olmak üzere iki yöntem mevcuttur. Mutlak ceza yönteminde, ceza sabit bir miktar gösterilmek suretiyle ceza normunda açıkça belirlenmiştir. Örneğin, müebbet hapis cezası. Mutlak cezanın söz konusu olduğu hallerde mahkeme sadece bu normu tespit ederek temel cezayı belirlemiş olur¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Örneğin bkz. Erdal Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi: Türk ve Alman Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. XVIII, 3; Meraklı, s. 83.

¹⁶⁸ Benzer tanımlar için bkz. Koca/Üzölmez, s. 704; Akbulut, s. 925; Yerdelen, s. 146; İlhan Üzölmez, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, 2006, s. 204; Koray Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, 2007, (Belirleme), ss. 277.

¹⁶⁹ Mutlak ceza halinde sadece temel ceza belirlenmiş olmaktadır. Cezaya etki eden ve 61. maddede sayılan hususlardan somut olayda var olanların uygulanması suretiyle sonuç ceza belirlenecektir. Hatta bir bireyselleştirme aracı olan takdiri indirim sebeplerine ilişkin m. 62 uygulama alanı bulabilir. Bu sebeple mutlak cezanın bireyselleştirilemeyeceği yönündeki M. ÖZEN’in görüşüne katılmıyoruz. Karş. M. Özen, s. 851. Cezanın belirlenmesi yetkisinin münhasıran mahkemeye tanınmış olduğu gerekçesiyle seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısına temel cezayı belirleme yetkisinin verilmesine yönelik eleştiriler için bkz. İzzet Özgenç, **Seri Muhakeme Usulünde Hükmolunacak Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerisi**, 12.11.2021, <https://izzetozgenc.com/makale/seri-muhakeme-usulunde-hukmolunacak-cezanin-belirlenmesi-ve-bireysellestirilmesi-baglaminda-ortaya-cikan-sorunlara-iliskin-cozum-onerisi>, (01.06.2022).

Mutlak cezalar kanunilik ilkesine uygun olmakla birlikte, adaletin yerine getirilmesi için bazı sakıncalar doğurmaktadır. Bir suçun kanuni tanımına uygun olarak çok farklı şekillerde işlenebilmesi mümkündür. Bu farklı işleniş biçimlerinin farklı cezaları gerektireceği fikri mutlak cezadan farklı bir düzenlemeye gidilmesinin yolunu açmıştır. Buna göre cezalar alt ve üst sınırları belirtilmek suretiyle basamaklı olarak belirlenmelidir¹⁷⁰. Soyut cezanın “cezada kanunilik ilkesinin” bir sonucu olarak kanunda açıkça belirlenmiş olması ve ayrıca adaletin bir gereği olarak suçun işlenmesinde meydana gelebilecek olan ve kanun koyucunun öngöremeyeceği farklılıkların cezanın miktarına (ve türüne) etki etmesini sağlayacak ve farklı kişilere farklı muameleyi mümkün kılacak ölçüde hâkime takdir alanı sağlaması ancak basamaklı olarak düzenlenmesi ile mümkün olur¹⁷¹. Basamaklı cezalar, cezanın belirlenmesinde yasama ve yargının yetkileri arasında bir dengenin kurulabilmesi ve kanunilik ilkesi ile adalet ilkesinin gerekliliklerinin aynı anda sağlanabilmesi için üretilmiştir.

Cezanın belirlenmesi, faile uygulanacak olan cezanın mahkeme tarafından tür ve miktar olarak belirtilmesi / somutlaştırılması olarak tanımlanabilir¹⁷².

Alman ceza hukuku öğretisinde, cezanın belirlenmesinin dar ve geniş anlamda olmak üzere kavramsal olarak farklılaştığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁷³. Bu kavramın dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmasının önemli olduğu ve bu ayrımın birtakım sonuçlara ulaşılacağı öğretide ifade edilmektedir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ İçel ve diğerleri, s. 151.

¹⁷¹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn.507.

¹⁷² Cezanın belirlenmesi, cezanın hesaplanması, cezanın mahkemece tayini cezanın saptanması olarak da adlandırılmaktadır. YERDELEN, son dönemdeki gelişmeler ışığında daha geniş bir ifadenin kullanılması gerektiği ifade etmekte ve “yaptırımın tespiti” ifadesini önermektedir. Yerdelen, s. 146.

¹⁷³ Bruns/Güntge, s. 8.

¹⁷⁴ Bu ayrım cezanın amaçları arasındaki antinominin çözümü bakımından önem arz etmektedir. Zira dar anlamda ve geniş anlamda cezanın belirlenmesinde amaçlar arasındaki uyumsuzluğun çözümü birbirinden farklıdır. Dar anlamda cezanın belirlenmesine kusur ilkesi hakimdir. Geniş anlamda cezanın belirlenmesinde ise önleme amacı bu aşamada alınan kararlar (*Folgeentscheidungen*) bakımından belirleyicidir. Bununla birlikte dar ve geniş anlamda cezanın belirlenmesi arasındaki karşılıklı etkileşim, kanunun benimsediği yaklaşım (özellikle Al.CK § 46, I düzenlemesi ışığında) karşısında mümkün görünmemektedir. Bir başka ifade ile cezanın miktarı öncelikle sonraki değişikliklerden bağımsız olarak belirlenmelidir. Eğer bir hapis cezasının miktarı § 56 uyarınca ertelenebilmesine imkân sağlamak amacıyla iki yıldan daha az olarak belirleniyor ise hukuki hata yapılmış olur. Hâkim öncelikle kusura dayalı cezayı bulmalıdır. Cezanın miktarının belirlenmesinden sonra ertelemenin koşullarını oluşup oluşmadığı incelemesine geçilebilir. Faili bu hukuki imkândan yararlandırma çabası, ceza miktarının kusur ölçüsünün altında belirlenmesine

Dar anlamda cezanın belirlenmesi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Dar anlamda cezanın belirlenmesi, hâkim tarafından fiilin hukuki sonuçlarının belirlenmesidir, bu belirleme vasıtasıyla kanundaki soyut ceza tehdidi somutlaştırılmış olur¹⁷⁵. Bir diğer tanıma göre ise dar anlamda cezanın belirlenmesi somut olayın ilgili hukuk kuralı uyarınca değerlendirilmesi ve bu suretle belirli bir hukuki sonuca ulaşılmasıdır¹⁷⁶. Bu tanımlar tam olarak dar anlamda cezanın belirlenmesi ile hâkimin hangi faaliyetinin ifade edildiğini açıkça ortaya koymamaktadır. En geniş kabul gören tanıma göre dar anlamda cezanın belirlenmesi ceza miktarının ceza aralığından seçilmesini- belirlenmesi ifade eder¹⁷⁷. Dar anlamda cezanın belirlenmesi öğretide ve yargı içtihatlarında çoğunlukla benzer şekilde, yani hâkimin cezanın miktarını belirlemesi anlamında, kullanılmaktadır¹⁷⁸.

BRUNS, dar anlamda cezanın belirlenmesini cezanın doğru alt ve üst sınırlarının bulunması ve cezanın tür ve miktar olarak bu sınırlar içerisinde tespit edilmesi olarak tanımlamaktadır. Bazı hallerde suçun fail tarafından işlendiğinin sabit olmasına rağmen ceza vermekten vazgeçilmesi hali de dar anlamda cezanın belirlenmesine dahildir, örneğin; Al. CK § 60 (Ceza verilmesinden vazgeçilmesi). Cezanın indirilmesi de dar anlamda cezanın belirlenmesinin kapsamındadır, zira indirimde ceza vermekten kısmi bir vazgeçme söz konusudur¹⁷⁹. Bu tanımda da genellikle kullanılan tanımdan cezanın türünün seçiminin de dahil edilmesinden başka kayda değer bir farklılık olmadığını söylemek gerekir.

Al. CK parag. 46, ceza miktarının soyut cezanın öngördüğü alt ve üst sınırlar arasından hâkim tarafından nasıl belirleneceğine ilişkin temel kanuni düzenlemeyi içermektedir. Başlığında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere “Cezanın Belirlenmesinin

yönelmemelidir (BGHst 29, 321; 32, 65). Bruns/Güntge, s. 8. Karş. Eckehard Horn ve Gereon Wolters, “§ 46”, **Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch Band II**, (Ed. Jürgen Wolter), 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, (SK-Horn/Wolters, § 46), kn. 4.

¹⁷⁵ Bernd von Heintschel-Heinegg, “§ 46”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, (Bernd von Heintschel-Heinegg), 35. Edition, C. H. Beck, München, 2017, (BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46), kn. 1.

¹⁷⁶ Gerhard Schäfer ve diğerleri, **Praxis der Strafzumessung**, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2017, kn. 746.

¹⁷⁷ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 479.

¹⁷⁸ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 9.

¹⁷⁹ Bruns/Güntge, kn. 15.

İlkeleri” ifadesi kullanılmaktadır. Buradaki cezanın belirlenmesi dar anlamda cezanın belirlenmesini ifade etmektedir¹⁸⁰.

Buna karşılık geniş anlamda cezanın belirlenmesi ceza türünün seçimini de dahil olmak üzere¹⁸¹ somut cezanın miktarının belirlenmesinden sonraki aşamada verilen kararları ifade etmektedir¹⁸². Bu kararlara müteakip kararlar (*Folgeentscheidungen*) denmektedir ve bunlar faile uygulanacak olan hukuki sonuca etki eden kararlardır¹⁸³. Geniş anlamda cezanın belirlenmesi bu kararları kapsayan bir üst başlık olarak kullanılmaktadır¹⁸⁴. Örneğin, cezanın infaz ettirilip ettirilmeyeceğine (Cezanın ertelenmesi *Strafausssetzung zur Bewährung*) veya nasıl çektirileceğine (adli para cezasının taksitle ödenmesi) ilişkin kararlar geniş anlamda cezanın belirlenmesine dahildir. Denetim süresi içinde uygulanacak olan tedbirlere ilişkin kararlar ile ceza türünün değişmesine olanak sağlayan Al. CK § 47 ve § 59 uyarınca verilecek olan adli para cezasının koşullu ertelenmesi (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*) kararı da bu anlamda cezanın belirlenmesine dahildir¹⁸⁵. Bununla birlikte mahsup (*Anrechnung*) hükmedilen hapis cezasının azalması sonucunu doğurmakla birlikte cezanın belirlenmesi ile ilgili değildir.¹⁸⁶

Cezanın belirlenmesi hem dar hem de geniş anlamda hâkim tarafından yapılan ve suç işlediği sabit olan kişiye uygulanacak olan ceza yaptırımının tespitine ilişkin faaliyetleri ifade etmektedir. Cezanın soyut olarak kanun koyucu tarafından belirlenmesi faaliyeti için “*gesetzgeberische Strafbemessung*” “*gesetzliche Strafbestimmung*” terimleri kullanılmaktadır¹⁸⁷. Kanunda gösterilmekte olan cezaya “*Strafandrohung*” (ceza tehdidi), bu ceza tehdidinin türleri olarak mutlak (*absolut*) ve nispi (*relative*) ceza tehdidi ayırımına gidilmektedir¹⁸⁸. Nispi ceza tehdidinde yer alan

¹⁸⁰ Kristian Kühl, “§ 46”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, (Ed. Kristian Kühl ve Karl Lackner), 29. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, (Lackner/Kühl- Kühl, § 46), kn. 22.

¹⁸¹ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 479.

¹⁸² Bruns/Güntge, kn. 15.

¹⁸³ BeckOK- Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 5.

¹⁸⁴ Meier, ss. 249-250.

¹⁸⁵ Bruns/Güntge, kn. 15.

¹⁸⁶ Bruns/Güntge, kn. 15.

¹⁸⁷ Hans-Jürgen Bruns, **Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1985, s. 4; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 1.

¹⁸⁸ Mutlak ve nispi ceza tehdidi (*absolute-relative Strafandrohung*) ayırımı için bkz. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 506-507.

alt ve üst sınırlara ise *Strafrahmen* denilmektedir ve cezanın belirlenmesi bakımından çok önemli olan terimlerden bir tanesidir.

3. Cezanın Bireyselleştirilmesi

Cezanın bireyselleştirilmesi ise cezanın faile uygun hale getirilmesi / faile uydurulmasını ifade etmektedir. Cezanın faile uydurulmasında failin kişiliği, cezaya hassasiyet/duyarlılık, cezaya cevap verebilirlik, failin kusuru gibi kavramlar önemli bir rol oynamaktadır¹⁸⁹. Cezanın fiile uygun hale getirilmesi ise faile uygun hale getirilmesinden daha farklı bir anlama sahiptir.

Bireyselleştirmenin tanımlanması kolay olmakla birlikte bunun nasıl gerçekleştirileceğini tespit etmek oldukça zordur. Bir başka ifade ile hâkimin gerçekleştireceği hangi işlemlerin ve vereceği hangi tür kararların bireyselleştirme olduğunun açıklanması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle kanuni düzenlemeyi ve daha sonra öğretideki görüşleri inceleyeceğiz.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ifadesi kanuni düzenlemeye de yansımıştır. TCK'nın bölüm başlığında “cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi” ifadesi yer almaktadır. Bu bölümde üç madde düzenlenmiştir. TCK m. 61’de “Cezanın belirlenmesi” başlıklı düzenlemede temel cezanın ve ardından sonuç cezanın belirlenmesine ilişkin çeşitli kurallar getirilmektedir. TCK m. 62’de “Takdiri indirim nedenleri” başlıklı düzenlemede ise cezanın hâkim tarafından indirilebilmesine imkân tanınmaktadır. TCK m. 63’te “Mahsup” başlıklı düzenlemede ise sonuç cezadan failin hürriyetini kısıtlayıcı tedbirlerde geçen sürelerin çıkarılması ve bu şekilde hesaplanması zorunluluğu getirilmektedir. Cezanın belirlenmesini açıkça bu başlığın altında düzenleme yoluna giden kanun koyucu bireyselleştirme başlıklı ayrı bir maddeye yer vermemekte, bireyselleştirme tanımı yapmamaktadır.

Cezanın faile uygun hale getirilmesinin tek bir biçimi yoktur. Bir hukuk sisteminde bu amaca hizmet edecek çeşitli yöntemler benimsenebilir. Öğretide bu

¹⁸⁹ Ernst Heinitz, **Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses**, Walter De Gruyter, Berlin, 1960, ss. 8 vd; Gerhard Schäfer, “Zur Individualisierung der Strafzumessung”, **Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989**, (Ed. Hans-Heinrich Jescheck ve Theo Vogler), de Gruyter, Berlin, 1989, ss. 396-397. Centel ve diğerleri, s. 579.

yöntemler bireyselleştirme araçları olarak ifade edilmektedir. Bireyselleştirme araçları, cezanın failin kişiliğine uydurulmasına hizmet eden hukuki kurumlardır. Zira bireyselleştirme çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Kanunun sadece yukarıda açıklanan bölümünde yer alan maddeleri ile sınırlı olarak kabul edilmemekte, diğer hükümlerle genişletilmektedir. Seçimlik ceza halinde ceza türünün seçilmesi, takdiri indirim nedenleri, adli para cezası belirlenirken bir gün karşılığı miktarın tespiti, mahsup, hapis cezasının ertelenmesi, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi genellikle bireyselleştirme araçları olarak sayılmaktadır¹⁹⁰. Bir kuralın cezanın bireyselleştirilmesine hizmet edip etmediği meselesinde söz konusu kuralın sadece kanunda düzenlendiği yer değil onun içeriği ve amacı (hatta belki de yegâne) belirleyici unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Cezanın bireyselleştirilmesi cezanın uygulanacağı failin kişiliğine uygun olması gerektiği düşüncesi ile ortaya çıkmıştır. “Failin kişiliğine uygunluk” ise suç siyasetinin faile ve cezaya ilişkin belirli bir anlayışı yansıtmaktadır. Ceza failin kişiliğine öyle uygun olmalıdır ki fail bir daha suç işlememeli ve yeniden topluma kazandırılmalıdır. Bu bakımdan failin kişiliği, onun cezaya ne kadar yanıt vereceğini tayin etmek bakımından bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Failin kişiliğine onun yeniden suç işlemesi ihtimalini gösteren hususlar da dahildir. Failin yeniden suç işleme tehlikesinin yoğunluğu topluma yeniden kazandırılması amacıyla planlanan ceza bakımından hayati bir veridir. Cezanın ıslah edici etkisine ulaşmak (failin yeniden suç işlemesinin önüne geçmek) bakımından gerekli olan cezanın somut bir şekilde ortaya konulmasına ilişkin bir çaba cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini birbiri ile tamamen örtüştürür. Bu halde cezanın belirlenmesinde cezanın bireyselleştirilmesinden başkaca bir amaç veya menfaat güdülemez¹⁹¹. Bu anlayış aynı zamanda failin kişiliğinin yeniden suç işleme tehlikesini gösterdiği müddetçe cezasına devam edilmesi gerektiği fikrini de içermektedir¹⁹². Cezanın bu şekilde belirlenmesinin mahkemenin hüküm kurma anında mümkün olmayacağı düşüncesi (ki bu düşünce artık ampirik olarak da gerekçelendirilmekte ve geçerlilik kazanmaktadır) iki tür tepkiye yol açmıştır. İlki cezanın tür ve miktar bakımından belirlemenin (hiçbir

¹⁹⁰ Özgenç, ss. 1009, 1012, 1020.

¹⁹¹ Hörnle, s. 84.

¹⁹² Dönmezer/Erman, II, ss. 709-710; Roxin, AT I, § 3 kn. 16.

şekilde veya münhasıran) failin yeniden suç işlemesinin önüne geçmek ve onu yeniden topluma kazandırmak amacıyla yapılmaması gerektiği zira bu amacı gerçekleştirmeye elverişli somut cezayı bulmanın mümkün olmadığıdır¹⁹³. İkinci ise bu amacı gerçekleştirmeye elverişli somut cezayı bulmanın mahkeme tarafından hüküm kurulurken mümkün olmadığı dolayısıyla hükümde sürenin belirtilmemesi gerektiğidir¹⁹⁴. İlk görüş cezanın belirlenmesinde ya cezanın (burada anlatılan manada) bireyselleştirilmemesi gerektiği¹⁹⁵ ya da bireyselleştirmenin başka amaç ve menfaatlerle beraber gerçekleştirilecek hedeflerden biri olarak kabul edilmesi gerektiği¹⁹⁶ şeklinde ikiye ayrılabilir. Belirsiz süreli ceza kurumunu savunan ikinci görüş ise artık öğretide savunulmamaktadır.

Cezanın bireyselleştirilmesi cezanın miktarına, ceza türünün seçimine ve cezanın çektirilip çektirilmeyeceğine ilişkin kararlar bakımından ayrı ayrı da göz önünde bulundurulabilir. Bu görüş, cezanın belirlenmesi ile bireyselleştirilmesini tamamen örtüştüren görüşe nazaran hem hukuki düzenlemelerde hem de öğretide daha yaygın bir şekilde kabul görmektedir¹⁹⁷. Burada da cezanın bireyselleştirilmesi, failin kişiliği gözetilerek cezanın onun yeniden suç işlemesini önlemesi ve onu yeniden topluma kazandırması amacıyla cezanın somutlaştırılması anlamına gelmektedir¹⁹⁸. Örneğin; Türk ceza hukuku öğretisinde seçimlik ceza halinde cezanın türünün seçiminde failin kişiliğinin ve özel önleme amacının gözetilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁹. TCK temel cezanın belirlenmesinde failin kişiliğine ilişkin hususların gözetilmesini açıkça engellemişken, sonuç cezanın belirlenmesi esnasında takdiri indirim nedenlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Ayrıca kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi mümkündür. Dahası adli para cezası belirlenirken bir gün karşılığı olan para miktarı failin ekonomik durumu gözetilerek tespit edilir.

¹⁹³ Hörnle, ss. 85 vd., 92 vd.; Meier, ss. 227-228.

¹⁹⁴ Süresiz hüküm kavramına ilişkin olarak bkz. Dönmezer/Erman, II, ss. 706 vd.; Centel ve diğerleri, s. 580.

¹⁹⁵ Hörnle, ss. 85 vd., 92 vd.

¹⁹⁶ Yerdelen, s. 109.

¹⁹⁷ Dönmezer/Erman, II, ss. 702-703.

¹⁹⁸ Dönmezer/Erman, II, s. 700.

¹⁹⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718; Koca/Üzülmez, s. 706.

Alman hukukundan örnek verecek olursak cezanın türünün ve miktarının belirlenmesinde failin kişiliği ve önleme amacı gözetilmekte²⁰⁰, belirli bir miktarın altındaki cezalar adli para cezasına çevrilmekte veya ertelenebilmektedir²⁰¹. Bununla birlikte her iki hukuk sisteminde de cezanın belirlenmesi kapsamında saydığımız tüm kararların salt özel önleme amacını gerçekleştirmek üzere ve sadece failin kişiliği gözetilerek alınması kabul edilmemektedir²⁰². Bunun gerekçesi ise cezanın öncelikle (kusurun ağırlığı gibi) başka ölçütlerle belirlenmesi ve bunu aşan bir cezanın o ölçütleri gerektiren (kusur ilkesi gibi) ilke veya amaçlar bakımından kabul edilemez bulunmasıdır²⁰³.

Buna karşılık olarak bireyselleştirme, cezanın faile uygun hale getirilmesi, cezanın yeniden suç işleminin önüne geçmek ve onu yeniden topluma kazandırmak amacıyla failin kişiliğine uydurulmasından başka şekillerde de anlaşılmaktadır. Buna göre cezanın faile uygun hale getirilmesi, cezanın failin kusurunun ağırlığı ile orantılı olması halinde mümkündür²⁰⁴. Burada suçun işlenişi, ne kadar failin kişiliğini yansıtır ve ondan kaynaklanır sorusunun sorulması gerekmektedir. Cezanın failin kusurunun ağırlığı ile orantılı olmasının gerçekten bireyselleştirmeyi sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu görüş bakımından bir diğer tartışmalı husus ise haksızlığa (fail tarafından işlenmiş olan tipe uygun hukuka aykırı fiil) ilişkin olmayan ama kusurun yoğunluğuna etki ettiği düşünülen hallerin gerçekten de kusurun ağırlığına etki edip etmedikleridir. Örnek olarak işledikleri haksızlığın ağırlığı denk iken sabıka kaydı bulunan failin yeniden suç işlemiş olması halinde ilk defa suç işleyen kişiye göre kusurunun daha ağır olup olmadığı tartışması verilebilir. Burada bu durumun gözetilmesinin bireyselleştirmeyi sağlayıp sağlamadığından ziyade bunun genel olarak meşru ve adil olup olmadığı tartışılmaktadır²⁰⁵. Kanaatimizce

²⁰⁰ Meier, s. 229; Schäfer ve diğerleri, kn. 862-866.

²⁰¹ Al. CK parag. 47 ve 56.

²⁰² Bkz. TCK m. 61 vd.; Al. CK parag. 46 vd.

²⁰³ Örnek olarak bkz. Roxin, AT I, § 3 kn. 51 vd.; Meier, s. 37.

²⁰⁴ ÖZGENÇ'e göre cezanın belirlenmesi sürecinde kişinin kusurunun göz önünde bulundurulması aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanlarından biridir. Özgenç, s. 1001. Kusur yönünden bireyselleştirme ifadesine yer veren KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre kusura göre cezanın belirlenmesi cezanın bireyselleştirilmesidir. Koca/Üzülmez, ss. 712-713. Ancak yazarlara göre TCK m. 61/1 haksızlıkla doğrudan bağlantılı olduğundan bireyselleştirmenin konusunu oluşturan ölçütlere yer verilmemiştir. Koca/Üzülmez, s. 707.

²⁰⁵ Hörnle, ss. 159 vd.

bireyselleştirme cezanın failin kusuruna göre belirlenmesinden farklı bir anlama sahiptir.

Ayrıca AYGÜN EŞİTLİ cezanın bireyselleştirilmesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliği/bireyselliği arasında bir ilişki kurmaktadır²⁰⁶. Her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesi ceza sorumluluğunun şahsi olduğunun kabul edildiği bir hukuk sisteminde mümkün olabilecekse de cezanın bireyselleştirilmesi kurumuna asıl rengini ve anlamını veren paradigma failin yeniden topluma kazandırılması, suç işleminin önüne geçilmesi düşüncesinde yer almaktadır. Cezanın bireyselleştirilmesi fikri, cezaya, faile ve suça bakıştaki değişikliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Cezanın bireyselleştirilmesinin temelinde cezaların şahsiliği ilkesinin bir gereğini yerine getirme arzusundan ziyade suçla mücadelede suçlunun odak noktası halini alması ve yeniden suç işleminin önüne geçilmesi düşüncesi yer almaktadır²⁰⁷.

Bireyselleştirmeye ilişkin bir başka anlayış ise kusurun denkleştirilmesi bakımından failin özel durumlarının ve yargılama sürecinin cezanın belirlenmesinde gözetilebileceği ve bu şekilde cezanın bireyselleştirilebileceğidir. Buna göre ceza kusurun ağırlığı ile orantılı olarak belirlenmekle birlikte cezanın miktarında (veya türünde) sonradan kusurla ilişkili olmayan haller sebebiyle (azaltma yönünde) bir değişikliğe gidilmesi mümkündür. Bu haller kusura (kusurlu işlenmiş olan fiile) ilişkin olmamakla birlikte söz konusu fail bakımından ilk başta kusurla oranlı olduğu düşüncesiyle belirlenen ceza miktarının kusurun ağırlığını aşmasına neden olurlar. Bunlara örnek olarak, yargılamanın makul süreyi aşması, suçun fail açısından ağır neticeler doğurmuş olması, failin ağır bir hastalık sebebiyle ömrünün azaldığının düşünülmesidir. Bu haller gözetilerek cezanın miktarında yapılan ayarlamaların da cezanın bireyselleştirilmesine hizmet ettiği kabul edilmektedir²⁰⁸.

Cezanın bireyselleştirilmesi Alman ceza hukukunda “*die Individualisierung der Strafe/Sanktionen*” şeklinde ifade edilmektedir. Cezanın bireyselleştirilmesi, cezanın faile uygun hale getirilmesi, uydurulması şeklinde tanımlanmaktadır²⁰⁹. Bu

²⁰⁶ Aygün Eşitli, ss. 70-71. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve cezanın bireyselleştirilmesi arasındaki farklara ilişkin olarak bkz. ve karşı. Veysel Candan Canoğlu, **Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 120 vd.

²⁰⁷

²⁰⁸ Meier, ss. 245-246; Schäfer, kn. 717 vd.

²⁰⁹ Heinitz, s. 8.

terim Türk hukukunda olduğu gibi bir üst başlık olarak kullanılmamaktadır. Bundan ziyade ceza sisteminin/ cezalandırmanın bir yönelimi, bir ilkesi veya gerekliliği olarak anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından bu terim kullanılmamıştır. Ayrıca öğreti tarafından da çok sık kullanılan bir terim değildir²¹⁰. Örneğin, yürürlükteki hükümlerin bireyselleştirmeyi gerçekleştirmeye ne kadar elverişli ve uygun olduklarına ilişkin bir çalışmada²¹¹ veya cezanın belirlenmesine ilişkin bir eserde bireyselleştirmenin sınırlarının neler olduğunun ve eşitlik ilkesi ile ilişkisinin tartışıldığı bir kitap bölümünde²¹² karşımıza çıkmaktadır. Bireyselleştirme kavramının sıklıkla karşımıza çıkmıyor oluşu bireyselleştirmenin Alman Ceza Hukuku'nda önemsiz olduğu anlamına kesinlikle gelmez. Aksine Alman cezanın belirlenmesi hukuku bir bütün olarak bireyselleştirme odaklıdır. Her bir karar verme aşamasında bireyselleştirme gözetilmektedir. Öğretide de cezanın hem dar hem geniş anlamda belirlenmesi esnasında nasıl bireyselleştirildiği incelenirken başka kavramlara başvurulmaktadır. Örneğin; önleme amacının gözetilmesi, failin kişiliği, cezaya duyarlılık, cezaya hassasiyet, suça eğilim gibi. Kullanılan ifade ve anlatım biçimlerinin çeşitliliği karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan kişiyi yanıltmamalıdır.

4. Cezanın Belirlenmesi ve Cezanın Bireyselleştirilmesi Kavramları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Belirleme ve bireyselleştirme kavramları arasında bir fark olup olmadığı, iki ayrı kavrama ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve eğer duyuluyor ise bu iki kavram arasında nasıl bir ilişkinin olduğu sorularının cevaplandırılmasında fayda görmekteyiz. Bazı yazarlar cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini birbirinin yerine kullanmaktadırlar²¹³. Halbuki belirleme sonuç cezaya ulaşılmasını ifade eder. Cezanın

²¹⁰ Anahtar kelime olarak kullanılmamaktadır. Kitap, tez, makale başlıklarında çok az yer almaktadır. Kitap içi bölüm başlıklarında dahi görülmemektedir. *Individualisation of punishment/sanctions* ifadesi ise Anglo-Amerikan hukukunda yapılan çalışmalar ve diğer hukuk sistemlerine ilişkin İngilizce yapılmış olan çalışmalarda yaygın olarak kullanılmaktadır

²¹¹ Heinitz, ss. 1 vd.

²¹² Meier, ss. 247-249.

²¹³ Örneğin, İçel bireyselleştirmeyi hem kanunda yer alan soyut cezanın hüküm verilirken somutlaştırılması olarak hem de yaptırımın suçlunun kişiliğine uydurulması olarak tanımlamaktadır. Bireyselleştirme, ceza türünün seçilmesi, alt ve üst sınır arasında cezanın belirlenmesi, hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlerin uygulanması, failin yaşı, akıl durumu, tekerrür, içtima gibi halleri dikkate

belirlenmesi sürecinde bireyselleştirme yapılabilirse de zorunlu değildir²¹⁴. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliğinin gözetilerek bireyselleştirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Cezanın belirlenmiş olması için hâkimin hükmünde sanığa uygulanacak olan cezayı tür ve miktarı belirli olarak açıklamış olması gerekli ve yeterlidir. Cezanın belirlenmesinin nasıl olacağı ise ilgili hukuk sisteminin kanuni düzenlemesine bağlıdır. Kanunda soyut cezalar ve bunlardan somut cezaya nasıl ulaşılabileceğine ilişkin getirilen kurallar cezanın belirlenmesi sürecini yönetmektedir.

Cezanın alt ve üst sınırları arasında belirlenmesi yetkisinin hâkimin takdirine bırakılmasının bireyselleştirilmeyi sağladığı ve hatta onun bir sonucu olduğu ifade edilmektedir²¹⁵. Basamaklı ceza sisteminin öncelikle fiilin farklı işleniş biçimlerini farklı cezalandırabilmek için geliştirildiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla cezanın bireyselleştirilmesinin soyut cezanın mutlak olarak belirlenmesini engelleyerek soyut cezanın alt ve üst sınırları belirtilmek suretiyle basamaklı olarak belirlenmesini gerektirdiği ve bu şekilde cezanın bireyselleştirilmesinin yolunun açıldığı görüşüne kısmen katılmaktayız. Zira ceza aralığının seçilmesi ve seçilen ceza aralığında cezanın belirlenmesi esnasında faile ilişkin hususlar gözetilebileceği gibi tamamen göz ardı da edilebilir. Bu sebeple kanunda basamaklı cezanın varlığı doğrudan bireyselleştirmenin gereklerinin yerine getirilmiş olduğunu göstermeyeceği gibi bireyselleştirme aracı haline getirilmesini de gerektirmez. Hâkime takdir alanı sağlayan ceza aralığı fiile ilişkin özellikler gözetilerek cezanın seçilmesine hizmet ettiği gibi faile ilişkin özelliklerin gözetilerek cezanın seçilmesine de hizmet edebilir. Bu aralık hatta hâkimin kişiliğinden kaynaklanan farklılıklara, önyargılarına, yerel yargısal kabullere ve geleneklere ve keyfiyete dahi imkân sağlayabilir. Ceza aralığından belirli bir miktara ulaşılması süreci aralığın kendisinden bağımsızdır.

Türk ceza hukukundaki cezanın bireyselleştirilmesi ile Alman ceza hukukunda geniş anlamda cezanın belirlenmesi arasında bir paralellik görülebilir. Cezanın

alması, cezayı önleme çevirme, erteleme ve adli tevbih kararlarını vermesini içermektedir. İçel ve diğerleri, s. 62. Hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre, cezanın failin ve fiilin özelliklerine göre belirlenmesine cezanın bireyselleştirilmesi denilir. Bu bakımdan cezanın somut belirlenmesi cezanın bireyselleştirilmesi anlamına da gelir. Demirbaş, s. 685.

²¹⁴ Cezanın belirlenmesi, somut düzeyde cezanın işlevinin ve amacının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Cezanın belirlenmesinde cezalandırma ile birlikte özel önleme amacı dikkate alınmalıdır. Bireyselleştirme cezanın belirlenmesinde önemli bir işlemdir. Bkz. ve karşı. Centel ve diğerleri, s. 579.

²¹⁵ İçel ve diğerleri, s. 62; Yerdelen, s. 154.

ertelenmesine ve ceza türünün değiştirilmesine (Alman Hukukunda Al. CK § 47 uyarınca hapis cezasının bazı hallerde para cezasına çevrilmesi, Türk hukukunda TCK m. 50 uyarınca kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi) imkân sağlayan hukuki düzenlemeler Türk ceza hukukunda cezanın bireyselleştirilmesi başlığı altında incelenirken; Alman ceza hukukunda geniş anlamda cezanın belirlenmesi başlığı altında incelenmektedir. Ancak geniş anlamda cezanın belirlenmesini bireyselleştirme olarak adlandırmak (tercüme etmek) hatalı olacaktır. Zira Alman ceza hukukunda bireyselleştirmeye sadece geniş anlamda cezanın belirlenmesine dahil olan kararlar değil; (dar anlamda) cezanın belirlenmesi de hizmet etmektedir. Bu bakımdan cezanın belirlenmesi de bireyselleştirme araçlarından bir tanesidir. Bireyselleştirme verilen kararın, bu karar neye ilişkin olursa olsun, bir yönünü nitelemektedir. Bireyselleştirmeye yönelmiş bir karar, faile uygulanacak olan hukuki sonucun ona uygun hale getirildiği, failin karar verilmesi esnasında kişiliği ile birlikte göz önünde bulundurulduğu bir karardır.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kavramları farklı anlamlara gelmektedir²¹⁶. Dolayısıyla bu iki farklı kavramın tutulması yerindedir.

II. CEZANIN BELİRLENMESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

A. Genel Açıklamalar

Bir hukuk devletinde cezanın belirlenmesi konusunda yapılacak bir çalışmada ilk önce konunun anayasal temellerinin araştırılması zorunludur. Bu zorunluluğun gerekçelendirmeye dahi ihtiyacı yoktur²¹⁷. Ceza hukuku, anayasa hukukundan ve

²¹⁶ Benzer yönde, M. Özen, s. 851. ÖZBEK ve diğerlerine göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi arasındaki temel fark bireyselleştirmenin sadece belirli failler tarafından uygulanabilir olmasıdır. Cezanın belirlenmesi ise ceza kanunlarında yer alan tüm cezalar için genel geçer kurallar içerir. Özbek ve diğerleri, s. 669.

²¹⁷ Tatjana Hörnle, "Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes", **Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat**, (Ed. Eva Schumann), Walter de Gruyter, Berlin, 2010, (Strafzumessungslehre), s. 105. Hörnle, Alman ceza hukuku öğretisinde cezanın belirlenmesinin anayasa hukuku ile ilişkisinin genellikle yeterli düzeyde incelenmediğini belirtmekte ve bu alandaki eserlerden çeşitli örnekler vermektedir. Tüm bu hususlarla ilgili olarak bkz. Hörnle, Strafzumessungslehre, ss. 105-106. Literatürün detaylı bir incelemesi bu eleştirinin haklı olduğunu ortaya koymaktadır. Cezanın belirlenmesinin Anayasa ile ilişkisinin sınırlı da olsa incelendiği eserler için bkz. Klaus Mießbach ve Stefan Maier, "§ 46", **Münchener Kommentar zum**

anayasal devletten ayrı olarak düşünülemez²¹⁸. Devletin şiddet tekelinin bir ifadesi olarak ceza, anayasa hukukunun *par excellence* konusunu oluşturur²¹⁹. Bu sebeple kavramsal çerçevenin anlatıldığı ilk bölümde ceza teorilerinin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ilişkisinden önce anayasal temeller ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Anayasa, cezalandırmaya ilişkin çok az açık hükme sahiptir²²⁰. Kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen m. 19 birinci fıkrasında herkesin, kişi hürriyeti ve

Strafgesetzbuch, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 3. Auflage, 2016, (MüKo-Miebach/Maier, § 46), kn. 17-22; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 43 vd. Sistematiik olmamakla birlikte Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından yola çıkılarak yapılan değerlendirme için bkz. Ursula Schneider, "Vor §§ 46", **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 4: §§ 38 bis 55**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Schneider, Vor §§ 46), kn. 34-36. Jung ise daha genel bir değerlendirmede bulunarak ceza hukuku ve anayasa hukuku arasındaki ilişki ve etkileşimin genellikle her iki alanın hukukçuları tarafından da bazı istisnalar hariç (örneğin, Walter Stree, **Deliktsfolgen und Grundgesetz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1960; Heinz Müller-Dietz, **Strafe und Staat**, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1973; Klaus Tiedemann, **Verfassungsrecht und Strafrecht**, C. F. Müller, Heidelberg, 1991; Ivo Appel, **Verfassung und Strafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.) ihmal edildiğini ifade etmektedir. Bu hususlara ilişkin olarak bkz. Heike Jung, "Some Reflections on the German System of Sanctions", **Israel Law Review**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, 1996, s. 224. Ceza hukukunun ve özellikle de ceza teorilerinin anayasa karşısındaki yarı-özerk durumuna ilişkin olarak bkz. Axel Montenbruck, **Deutsche Strafrecht: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, Berlin, 2018, ss. 25-32. Türk ceza hukuku öğretisinde ise cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik olan monografik eser ve tezlerde konunun anayasal temelleri ya da anayasadan kaynaklanan temel ilkeleri mutlaka incelenmektedir. Örneğin bkz. Yerdelen, ss. 54 vd.

²¹⁸ Appel, s. 428.

²¹⁹ Jung, s. 225. Fransız devrimiyle ancien regime'den liberal sisteme geçilmesi, temel ilkelerinin anayasalarda düzenlendiği yeni bir ceza hukuku sisteminin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu süreç zamanla tüm kıta Avrupa'sında ve bağımsızlığını kazanan Amerikan kolonilerinde de yinelenir. Liberal sisteme geçiş ile modern ceza hukuku ilkelerinin anayasallaşması ve bu ilkelerin kanunlarda yer alması arasında sıkı bir ilişki vardır. Aniceto Masferrer, "Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America", **The Western Codification of Criminal Law: A Revision of the Myth of its Predominant French Influence**, (Ed. Aniceto Masferrer), Springer International Publishing, Valencia, 2017, ss. 10-11.

²²⁰ Bununla birlikte modern ceza hukukunun temel ilkelerinin tamamının bazen açık düzenlemeler bazen de hukuk devleti ilkesi vasıtasıyla anayasa güvencesi altına alındığını belirtmek isteriz. Bu bakımdan Anayasa'daki düzenlemelerin önemini azımsamamaktayız. Çok az açık düzenleme olması ifadesi cezanın tanımı, amacı, meşruiyeti, belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin açık düzenlemelerin olmadığı anlamındadır. Buradaki tespit Anayasa'nın cezalandırmaya yönelik belirli konularda kanun koyucuya net yönergeler sunmadığına ve geniş bir takdir yetkisi tanıdığına yöneliktir. Benzer bir durum hangi davranışların suç oluşturacağı meselesinde de mevcuttur. Türk Anayasa'sı bu yaklaşımında tek başına değildir. Benzer bir değerlendirme Jung tarafından hem Alman Anayasa'sı hem de AİHS bakımından yapılmaktadır. Yazara göre Alman anayasa hukuku ve AİHS'de belirtilen insan hakları düzeni, iş açık standartlara gelince biraz eksik kalmaktadırlar. Bu durum muazzam bir muğlaklığa ve somut taahhütler konusunda isteksizliğe yol açmaktadır. Jung, s. 225. Ayrıca bkz. Tecla Mazzarece, "Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three

güvenliğine sahip olduğunu ikinci fıkrasında da bu hakkın istisnalarını düzenlemektedir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen bu haller dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu istisnai hallerden bir tanesi de mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesidir. Suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı m. 38’de ise kanunilik ilkesi, masumiyet karanesi, *nemo tenetur* ilkesi, delil yasakları, ceza sorumluluğunun şahsiliği, borç için hapis yasağı, ölüm cezası ve genel müsadere yasağı, idare tarafından hürriyeti kısıtlayıcı yaptırım uygulanması yasağı, vatandaşın yabancı ülkeye verilmesi yasağı düzenlenmektedir. Bu hükümlerden cezanın varlığının ve gerekliliğinin doğal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır²²¹. Anayasa devletin cezalandırma yetkisini ve yükümlülüğünü meşru olarak kabul etmektedir. Bu yetkinin ve yükümlülüğün sınırlarını çizmektedir. Devletin bireyin hakkına müdahale yetkisi ve yükümlülüğü davranış normlarını koruma görevinden kaynaklanır. Ceza devletin, davranış normunun geçerliliğini belirtmek amacıyla bu normu ihlal eden bireye karşı tepki göstermesidir. Bu tepki, yani ceza, davranış normunun ihlal edildiğine ilişkin (sosyal-etik) değersizlik yargısı ve maddi bir külfet/zorluktan oluşur. Kusur ilkesi, kanunilik ilkesi, eşitlik ilkesi, cezaya mahkeme tarafından hükmedilme ilkelerine uygun ve normun rehabilitasyonu amacı bakımından ölçülü olduğu sürece ceza hem bireye hem de topluma karşı meşrudur²²².

Sorts of Problem”, **Recht, Gerechtigkeit und der Staat**, (Ed. Mikael M. Karlsson ve diğerleri), Duncker & Humblot, Berlin, 1993, ss. 208-210.

²²¹ Alman Anayasası bakımından da benzer bir yoruma gidilmektedir. Alman Anayasası madde 103/II ve III (“nulla poena sine lege” ve “ne bis in idem”) cezanın varlığının doğal olarak temellendirildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 107. Ceza hukuku kamu hukukunun bir dalı olarak Anayasanın altında yer alır. Ancak Alman anayasası cezanın kendisini önceden varsayar. Az sayıda hususa ilişkin olarak düzenleme içerir: kanunilik ilkesi (m. 103 II), ölüm cezası yasağı (m. 102), kötü muamele yasağı (m. 104), ne bis in idem ilkesi (m. 103 III) ve insan onuru (m. 1 I). Anayasa bu maddelerle cezayı ve buna ilişkin hukuku tanımaktadır. Bir dereceye kadar ceza hukuku, anayasa hukukundan ayrı bir konuma sahiptir. Montenbruck, s. 20.

²²² Aynı yönde bkz. Appel, s. 449: “Ceza hukukunun yaptırım normları, belirli hukuki değerlerin korunmasına ilişkin normlar değildirler; bunun yerine devlet tarafından anayasaya uygun şekilde belirtilmiş davranış yönergelerinin korunmasına yönelik normlardır. Davranış normlarının, hukuki değer ve menfaatleri koruduğu ölçüde ceza hukuku bu davranış normlarının pekiştirilmesi (Bewehrung) vasıtasıyla dolaylı olarak hukuki değerlerin korunması görevine katılır. Yaptırım normları, anayasaya uygun bir şekilde yasalaşan ceza kanunları vasıtasıyla şeklen meşruiyet kazanırken; demokratik bir anayasa devletinde maddi meşruiyet ancak ceza kanunlarının anayasaya ve özellikle de temel haklara uygun olması suretiyle kazanılır.”

Hangi yaptırımların öngörüleceği bakımından kanun koyucunun yetkisi sınırsız değildir. Davranış normlarında olduğu gibi yaptırımlar da iki kutup arasında yer alırlar: bir tarafta devletin hukuk düzeninin korunmasındaki menfaati ve üçüncü kişileri koruma görevi, diğer tarafta normu ihlal eden kişi temel hakları yer alır. Bu nedenle devlet keyfi olarak ağır yaptırımlar uygulayamaz. Temel haklar, devletin her zaman bireyin özgürlüğüne ilişkin menfaatini de göz önünde bulundurmasını ve sadece ulaşılmak istenen amaçlar bakımından elverişli, gerekli ve oranlı müdahalelere başvurmalarını zorunlu kılar²²³.

Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen m. 13 ceza hukukunun tümü bakımından olduğu gibi cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusunda da önemli bir kaynaktır. Bu hükme göre “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Bir davranışı suç olarak düzenleyen ve karşılığında bir ceza öngören normlar da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması neticesine yol açmaktadırlar ve bu sebeple m. 13’e uygun olmalıdırlar²²⁴. Sadece suç ve cezayı düzenleyen normlar değil, bir cezanın uygulanması kararı da temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Sadece ceza normunun ya da ceza hukuku müdahalesinin varlığının değil bu müdahalenin tür ve miktarı suretiyle içerdiği somut olaydaki yoğunluğunun da bu hükme uygun olması gerekir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin kuralların konulmasında ve bunların uygulanmasında m. 13’ün ve özellikle de ölçülülük-orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir.

Cezanın niteliği bakımından işkence ve eziyeti yasaklayan ve kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağını

²²³ Appel, s. 442.

²²⁴ Öztürk/Erdem, s. 28. Yaptırım normu, ilişkin olduğu davranış normunu aşan bir müdahale teşkil eder. Bir yaptırımın uygulanmasına izin verilmesinde, davranış normu ile getirilen sınırlamanın ötesine geçen ve norma uyulmamasına karşı tepki niteliğinde olan bir müdahale söz konusudur. Ceza hukukundan kaynaklanan ve genel önlemeyi sağlayan normun pekiştirilmesi, ancak davranış normuna aykırılık halinde norm rehabilitasyonunun özel bir aracı ile tepki verildiğinde işlev kazanır. Norm rehabilitasyonunun unsurları olarak norma aykırılığın özel bir şekilde kınanması ve maddi bir yükün/acının yüklenmesi ilgili kişinin haklarına müdahale eder ve bu nedenle anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gerekir. Appel, s. 474.

düzenleyen m. 17/3 kayda değerdir. Ayrıca m. 38/10 ölüm cezasını ve genel müsadereyi yasaklamaktadır. Bir başka ifade ile uygulanacak olan cezanın tür ve miktarına yönelik olan tek açık düzenleme m. 38/10'da bulunmaktadır ve bu düzenleme oldukça spesifik olup genel olarak cezanın tür ve miktarına ilişkin sınırlamalar içermemektedir. Dolayısıyla Anayasa'da cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almadığı söylenebilir. Bu durum şu anlama gelmektedir: Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin anayasal temellerinin temel haklardan ve anayasal ilkelerden geliştirilmesi gerekmektedir.

Bu bölümde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin anayasal temelleri olarak hukuk devleti ilkesi, insan onuru, kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, ölçülülük ilkesi, eşitlik ilkesi incelenmektedir²²⁵.

B. Hukuk Devleti İlkesi ve İnsan Onuru

Anayasa, 2. maddesinde hukuk devleti ilkesini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında düzenlemiştir. Hukuk devleti ilkesine göre, devletin üç temel organı – yasama, yürütme ve yargı – yetkilerini yalnızca Anayasa ve kanunlar çerçevesinde, insan onurunu korumak, temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlama amacıyla kullanabilirler ve bu onların meşruiyet temelini teşkil eder²²⁶. Özgürlük ve insan kişiliği hukuk devletinin esasıdır. Hukukun üstünlüğü, insan haysiyetinin en üstün değer olduğunun sayılması demektir²²⁷.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti kavramını bu şekilde anlamaktadır²²⁸. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hukuk devletinin ceza hukuku yönünden

²²⁵ Karş. Appel, s. 576 vd.

²²⁶ Öztürk/Erdem, ss. 38 vd.; Demirbaş, s. 64; Özbek ve diğerleri, s. 65.

²²⁷ Özbek ve diğerleri, s. 65.

²²⁸ “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2001/406, K. 2004/20, T. 17.2.2004, RG. 11.02.2005-25724. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararları için ayrıca bkz. İsmet Polatcan, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gereçler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler**, İstanbul, 1989, s. 28 vd.

ortaya koyduğu sonuçları ifade etmiştir. Bu kararlarda kanun koyucunun ceza hukukuna ilişkin düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin bir çerçeve geliştirilmektedir: suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması²²⁹; ceza hukuku kurallarının önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, orantılı, adil olması ve hakkaniyet ölçülerini gözetmesi²³⁰; hangi eylemlerin idari para cezası hangilerinin adli para cezası veya hapis cezası gerektirdiği, bu cezaların miktarı konusundaki takdir hakkının Anayasa'nın genel ve özel kuralları çerçevesinde kullanılması²³¹ vb.

Hukuk devleti ilkesi; insan onuru, hukukun üstünlüğü, ölçülülük, belirlilik, öngörülebilirlik, hukuk güvenliği, kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, maddi adalet, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi birçok önemli Anayasal ilkeyi bünyesinde barındıran hukukun en temel ilkesidir²³².

İnsan onurunun korunması ilkesi her ne kadar açıkça Anayasa'da yer almamaktaysa²³³ da hem hukuk devleti ilkesi ile arasındaki sıkı bağ²³⁴ hem de Türkiye Cumhuriyeti devletinin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukları uyarınca²³⁵ Türk hukukunda da geçerli olup anayasal nitelikte bir ilkedir. Nitekim Anayasa'da yer alan birçok maddede de insan onurunu korumaya yönelik çeşitli güvenceler getirilmiştir. Cezalandırma bakımından Anayasa m. 17/3'te yer alan işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza veya muamele yasağı bunun bir örneğidir²³⁶.

İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran manevi güç olarak tanımlanmaktadır²³⁷. Ceza muhakemesi hukukuna uygun bir şekilde yapılan adil bir

²²⁹ AYM, E. 2016/16, K. 2016/37, T. 5.5.2016, RG. 31.05.2016-29728.

²³⁰ AYM, E. 2014/81, K. 2014/145, T. 25.9.2014, RG. 21.5.2015-29362; AYM, E. 2001/119, K. 2004/37, T. 23.3.2004, RG. 21.07.2004/25529.

²³¹ AYM, E. 2001/119, K. 2004/37, T. 23.3.2004, RG. 21.07.2004/25529.

²³² Hukuk devleti ilkesi içeriğinin zenginliği sebebiyle biçimsel ve maddi olmak üzere ikiye ayrılarak da incelenmektedir. Bkz. Demirbaş, s. 60; Sururi Aktaş, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 1, 2020, ss. 3-6.

²³³ Buna karşın, Alman Anayasası, insan onurunun korunması ilkesini m. 1'de açıkça düzenlemiştir ve insan onuru kavramını değerler sisteminin merkezine yerleştirmiştir.

²³⁴ Öztürk/Erdem, s. 41; Özbek ve diğerleri, s. 65; Koca/Üzülmez, s. 52.

²³⁵ Meraklı, s. 71.

²³⁶ Ömür boyu hapis cezasının insan onuru bakımından ortaya koyduğu sorunlar için bkz. Hörnle, *Strafzumessungslehre*, ss. 132 vd.

²³⁷ Öztürk/Erdem, s. 40.

yargılamanın neticesinde kişi hakkında cezaya hükmedilmesi, bu cezanın infaz edilmesi insan onuruna aykırı kabul edilmemektedir²³⁸. Bununla birlikte ceza, failin onurunu ve anayasadan doğan haklarını ihlal etmek suretiyle onu suçla mücadelenin bir nesnesi haline getirmemelidir. Ayrıca ceza failin sosyal ve kişisel varlığının temel koşullarının sürdürülemeyeceği ağırlıkta olmamalıdır²³⁹.

İnsan onuru öğretide sıklıkla hümanizm (insanilik) ilkesi olarak ifade edilmektedir²⁴⁰. Hümanizm ilkesi, uygulanacak olan ceza hukuku yaptırımının türü ve infazı bakımından failin yeniden topluma kazandırılması ve topluma yararlı hale getirilmesini amaçlar²⁴¹. KOCA/ÜZÜLMEZ, bu amaca uygun hareket edilmesinin yanı sıra hem cezaya hükmedilirken hem de bu ceza infaz ettirilirken kişinin durumunun gözetilmesini – bireyselleştirilmeyi de bu ilkenin bir gereği olarak kabul etmektedir²⁴². Ancak bireyselleştirme amacıyla da insan onurunun ihlal edilmemesi gerekir²⁴³.

Hukuk devleti ve insan onurunun korunması ilkelerinden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin olarak birçok önemli sonuç çıkarılabilir. Kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, oranlılık ilkesi ve eşitlik ilkesi ile bağlantılı olan sonuçlar ilgili başlıklar altında incelenmektedir. Burada bireyin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirmesi hakkının özel bir görünümü olan kişisel verilerin korunması hakkı²⁴⁴ kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır.

²³⁸ Öztürk/Erdem, s. 41. Ceza bireye uygulandığı için onun insan onurundan kaynaklanan değer ve dikkat hakkına dokunur. Bu sebeple insan onuru ilkesi, cezanın doğası ve kusur-kefaret ilişkisine ilişkin anlayış bakımından belirleyici bir etkidir. Müko-Miebach/Maier, § 46 kn. 18.

²³⁹ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 19. İnsanın obje haline getirilmesi insan onuruna aykırıdır. Öztürk/Erdem, s. 40. Dahası, cezanın ve diğer ceza hukuku reaksiyonlarının ağırlığı ile haksızlığın ve kusurun ağırlığı arasında açıkça bir orantısızlık olması halinde kusur ilkesinin yanı sıra insan onurunun da ihlal edildiği kabul edilmelidir.

²⁴⁰ Örneğin bkz. Demirbaş, s. 65; Öztürk/Erdem, s. 39; Koca/Üzülmez, s. 53.

²⁴¹ Demirbaş, s. 65.

²⁴² Koca/Üzülmez, s. 53.

²⁴³ Örneğin bir kişi alkol etkisi altında hafif bir suç işlemiş ve dolayısıyla kısa süreli hapis cezası almış. Bu kişinin kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımı çevrilmesine karar verilmiş. Seçenek yaptırım olarak da alkol satışı yapılan mekanlara gitmesinin yasaklanması tedbiri belirlenmiş. Bu örnekte haksızlık içeriği oldukça düşük olan ve bu sebeple hapis cezasının uygun görülmediği bir suç için bireye bu denli bir müdahalede bulunulmasına şüpheli yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁴⁴ Kişisel verilerin korunmasının Anayasal temelleri için bkz. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta, İstanbul, 2008, ss. 111-137.

Her ne kadar günümüzde fiil ceza hukuku kabul edilmekte, fail ceza hukuku reddedilmekte ve buna yönelik olarak çeşitli kanuni güvenceler getirilmekteyse de²⁴⁵ failin kişiliği cezalandırmanın şekli bakımından halen önemli bir rol oynamaktadır. Failin kişiliği cezanın bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Bu itibarla failin kişiliği hem ceza hukukunun hem de ceza muhakemesi hukukunun bir konusu haline gelmektedir. Burada ele alınmak istenen soru kişinin kişiliği, aile yaşantısı, alışkanlıkları, eğilimlerinin ceza muhakemesi kapsamında araştırılması, dosyada yer alması, duruşmada alenileşmesi kişisel verilerin korunması hakkını ihlal edip etmeyeceğidir.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa m. 20/3'te düzenlenmektedir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar (Any. m. 20/3, c. 2). Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin bütün verileri kapsamaktadır (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 3). Kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, sağlık verileri, cinsel yaşamına ilişkin veriler gibi hassas veriler birey yaşamının dar alanına ait verilerdir ve bu hak kapsamında özel bir önemi haizdir.²⁴⁶

²⁴⁵ İlk güvence, hangi davranışların suç teşkil edeceğine ilişkindir. Suç tanımlarının hepsinde ihmali ya da icrai bir davranış yasaklanmaktadır, karakter kusuru ya da yaşama biçimine ilişkin bir yasak getirilemez. İkinci olarak “kusursuz ceza olmaz” ilkesi ve bunu hayata geçiren TCK’da yer alan düzenlemeler ile kusurlu olarak işlenen haksızlık sebebiyle kişinin soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması mümkündür. Üçüncü olarak mahkeme kanunda düzenlenmemiş olan bir sebeple cezayı ağırlaştıramaz, indiremez. Dördüncü olarak gerekçeli hüküm zorunluluğu mahkemenin izin verilmeyen gerekçelerle kişi hakkında bir cezaya hükmedebilmesini engellemeye yönelik önemli bir güvencedir.

²⁴⁶ Şimşek, s. 121. KVKK m. 6 şu şekildedir: “(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. (2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. (4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

Anayasa m. 20/3 ve KVKK m. 5 kişisel verilerin kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğini öngörmektedir. Bu m. 20/3, c. 3 temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen m. 13 ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira kişisel verilerin korunması hakkı bir temel haktır²⁴⁷, bu verilerin devlet organları tarafından işlenmesi de bu hakka bir müdahale-sınırlama teşkil eder. Bu müdahalenin bir ihlal olmaması için m. 13 gözetilmek zorundadır. Anayasa m. 13 sadece kanunla sınırlama kuralını getirmemekte bunun yanı sıra öze dokunma yasağı, sebeple bağıllık, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uymayı da emretmektedir. Ne yazık ki Anayasa m. 20/3 hangi amaçlarla kişisel verilerin işlenebileceğini açıkça düzenlememektedir. Bu da bir sınırlamanın – kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir kanun hükmünün – sebebe bağıllık ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını denetlemek bakımından bir zorluk yaratmaktadır. Olması gereken Anayasada hangi amaçlarla kişisel verilerin işlenebileceğinin açıkça belirtilmesidir.

Kişisel verilerin korunması hakkının Anayasa m. 20/3'te düzenlenmeden önce de m. 17'de düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve insan onuru ilkesi uyarınca Anayasal düzeyde korunan bir temel hak olduğu kabul edilmekteydi. Bu itibarla bu hakka kamu yararı sebebiyle ve kanunla müdahalede bulunulabileceği ve bu kanunda kişisel verilerin toplanması/işlenmesinin amacının ve kapsamının belirli olması ve ölçülülük ilkesine uyması gerektiği kabul edilmekteydi.²⁴⁸ Bu değerlendirmenin ışığında kişisel verinin işlenmesinin Anayasaya uygun olması için, kişinin rızası bulunmuyorsa, kanunla öngörülmesi, bu kanunun kişisel verinin işlenmesinin amacını ve kapsamını açık ve belirli bir şekilde düzenlemesi, kişisel verinin işlenmesinin kamu yararına hizmet etmesi, ölçülü olması, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması gerekir.

Genel bilgilerin ardından, önce TCK'da düzenlenen bireyselleştirme araçlarının göz önünde bulundurulmasını gerektirdikleri hususların kişisel veri

²⁴⁷ Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin hak ve özgürlüklerinden bağımsız olarak sadece verinin kendisinin değil, bilakis birey özgürlüklerinin korunmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla kamusal organlar tarafından kişisel verilerin sınırsız olarak toplanması, kaydedilmesi, kullanılması ve devredilmesi karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet etmektedir. Şimşek, s. 119.

²⁴⁸ Şimşek, ss. 14-127.

niteliğinde olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer buna olumlu yanıt veriliyor ise ikinci soru bireyselleştirme amacıyla gerçekleştirilen ceza muhakemesi işlemlerinin kişisel veri işlenmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Eğer buna da olumlu yanıt veriliyor ise son olarak bireyselleştirme kapsamında kişisel verilerin işlenmesinin Anayasaya uygun olup olmadığı sorusu ele alınacaktır.

TCK m. 50 uyarınca kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde için suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu; m. 52 uyarınca bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının takdirinde kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri; m. 62 uyarınca takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri gibi hususlar; CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmesinde sanığın kişilik özellikleri mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Failin kişiliği, kişilik özellikleri, geçmişi, şahsi halleri, sosyal ilişkileri, ekonomik durumu/halleri olarak ifade edilen bu hususların tümü şüphesiz kişisel veridir.

Bu kişisel verilerin nasıl ceza muhakemesine getirildiğine bakalım. CMK m. 191/3, a uyarınca duruşmada sanığın kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır. Hatta sanığın bu konuda susma hakkı olmadığı kabul edilmektedir.²⁴⁹ Mahkeme sanığın beyanıyla bağlı olmayıp kendisi de resen araştırma ilkesi kapsamında bu hususları kendisi de araştırabilir. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu (DSHK) m. 12 ve m. 13 sırasıyla soruşturma ve kovuşturma evresinde denetimli serbestlik müdürlüklerinin görevlerini düzenlenmektedir. DSHK m. 12/1, b uyarınca müdürlük “Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli görüldüğünde, şüpheli hakkında sosyal araştırma raporu düzenleyip sunmak”la görevlidir. DSHK m. 13/1, b uyarınca müdürlük “karar öncesinde mahkeme veya hâkimin isteği üzerine; sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak”la görevlidir. Denetimli serbestlik müdürlüğü bu görevlerini yerine getirirken kişisel verileri toplamakta, kaydetmekte ve aktarmaktadırlar. Gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında ilgilinin kişisel verileri çeşitli kamu makamları – adli kolluk, C. savcısı, denetimli

²⁴⁹ CMK m. 191/3, c bendi uyarınca susma hakkı sadece yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamayı içerir.

serbestlik müdürlüğü, mahkeme – tarafından araştırılmakta, toplanmakta, kaydedilmekte, aktarılmakta ve sonuç olarak işlenmektedir.

O halde şu sorunun cevaplanmasına geçilebilir: bireyselleştirme amacıyla kişisel verilerin işlenmesi Anayasaya uygun mudur? Muhakeme makamlarının bu konudaki görev ve yetkileri kanunda açık şekilde düzenlenmiştir. Hangi kişisel verilerin işleneceği de açıkça öngörülmektedir. Bu kişisel verilerin işlenmesinin amacı da ilgili her normdan anlaşılmaktadır: adli para cezasının belirlenebilmesi, takdiri indirim nedeninin uygulanabilmesi, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılabilmesi için bu kişisel verilerin muhakeme makamları tarafından işlenmesi gerekmektedir. Burada Anayasaya uygunluğun denetlenmesi bakımından en önemli ölçütü ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır. Kişisel verinin işlenmesi ile güdülen amaç ile kişinin hakkına yapılan müdahalenin oranlı olması gerekir. Ayrıca failin kişiliği, kişilik özellikleri, geçmişi, şahsi halleri, sosyal ilişkileri, ekonomik durumu/halleri olarak araştırılan ve işlenen kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri olmaması gerekir. Bu tür kişisel veriler ancak ilgilinin rızasıyla işlenebilir. Bu konularda açıklama yapmaya zorlanmaları insan onuru, kişilik hakkı, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyetini ihlal eder. Örneğin, sanığın cinsel yaşamı konusunda bireyselleştirmede göz önünde bulundurulacağı gerekçesiyle araştırma yapıp, veri toplanması kabul edilemez.

C. Kanunilik İlkesi

1. Genel Açıklamalar

Kanunilik ilkesi çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir.²⁵⁰ İlke latince “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” (kanunsuz suç olmaz, kanunsuz ceza olmaz) şeklinde ifade edilmektedir²⁵¹. Bu ilke hukuk devleti ilkesinin

²⁵⁰ Dönmezer/Erman, I, s. 21.

²⁵¹ Günümüzdeki kullanımıyla bu Latince ifade genellikle Feuerbach’a atfedilmektedir. Örneğin, bkz. Dönmezer/Erman, I, s. 25, dipnot. 37; Özgenç, s. 119; Dannecker, s. 288. Feuerbach tarafından kullanılan Latince ifade biraz daha uzun ve şu üç ilkeyi kapsamaktaydı: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali* (kanunsuz ceza olmaz, suçsuz ceza olmaz, ceza

gereklerinden bir tanesidir²⁵² ve ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun güvencesini oluşturur²⁵³. Hukuk devleti, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla kalmaz, aynı zamanda onu ceza hukukuna karşı korumak zorundadır²⁵⁴. Kanunilik ilkesi ceza hukukunun toplumsal savunmayı sağlama amacı ile bireyi koruma amacını bağdaştırmaktadır²⁵⁵. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturarak ceza kanunlarının güvence işlevini yerine getirmektedir²⁵⁶.

Bu ilke artık tüm modern hukuk sistemlerinde kabul edilmekte olup hukukun genel ilkesi haline dönüşmüştür²⁵⁷. Kanunilik ilkesinin tüm Avrupa hukuk sistemleri üzerinde etkili olmasına modern anayasalar (özellikle de 1791 Fransız Anayasası ve Erkek ve Yurttaş Hakları Bildirisi²⁵⁸ (*La Déclaration des droits de l'Homme et du*

hukuksuz suç olmaz). Feuerbach ilk olarak 1801’de yayımlanan ceza hukuku kitabında bu üç ilkeyi açıkça ifade etmekte ve istisnasız bir şekilde kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürmektedir. Paul Johann Anselm von Feuerbach, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**, Giessen, 1801, parag. 24. Hall, Feuerbach’ın kullanımı ve günümüzde ona atfedilen kullanım arasındaki bu farkı belirtmektedir. bkz. Jerome Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, **The Yale Law Journal**, Cilt: 47, Sayı: 2, 1937, ss. 169-170. Kanunilik ilkesi, Feuerbach tarafından Latince bir ifade kazandırılmadan ve onun kaleme aldığı 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu’nda yasalaşmadan önce 1789 Erkek ve Yurttaş Hakları Bildirisi (La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen) ve 1791 Fransız Anayasası tarafından anayasal düzeyde kabul edilmişti. Ancak Feuerbach’ın gerçek başarısı ve değeri mutlak monarşi söz konusu olan bir siyasi ortamda kanunilik ilkesinin yasallaştırılmasını sağlamasıdır. Masferrer, s. 12. Ayrıca Feuerbach’ın 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu üzerindeki etkisine ilişkin detaylı inceleme için bkz. Arnd Koch ve diğerleri (ed.), **Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch: Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

²⁵² Kayıhan İçel, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, 2016, s. 623; AİHM kararlarında, bu ilkenin hukuk devletinin önemli bir unsuru olduğu vurgulanmaktadır. O kadar ki savaş veya bir diğer olağanüstü durumda dahi bu ilkeye uyulmalıdır. Öztürk/Erdem, kn. 34.

²⁵³ Özbek ve diğerleri, s. 66; Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 17, 2011, s. 62.

²⁵⁴ Öztürk/Erdem, kn. 32.

²⁵⁵ Dönmezer/Erman, I, s. 21.

²⁵⁶ Öztürk/Erdem, s. 41; Özbek ve diğerleri, s. 65; Özgenç, s. 119; İzzet Özgenç, “Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Yıl: 3, Sayı: 2-3, 2000, (Güvence Fonksiyonu), ss. 90 vd.

²⁵⁷ Dönmezer/Erman, I, ss. 26, 27.

²⁵⁸ Bu bildiri genellikle “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” olarak Türkçeye çevrilmiştir. Ancak bildiri orijinal dili olan Fransızca’da insan ifadesini değil erkek ifadesini kullanmaktadır. İngilizce çevirisinde bazen (Declaration of the Rights of Man and Citizen) erkek ifadesi bazen (Declaration of Human and Civic Rights) insan ifadesi kullanılmaktayken; Almanca çevirisinde (Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte) insan ifadesine yer verilmektedir. Oysa bildirideki erkek ifadesi bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır. Bildirinin başlığında ve içeriğinde erkek (l’Homme) ifadesi tüm insanları kapsayacak şekilde kullanılmamıştır. Zira bildiride yer verilen haklar kadınlara tanınmamıştır. Devrimin gerçekleşmesinde birçok kadının çabaları da etkili olmuşken, devrim kadınların haklarını görmezden gelmiştir. Siyasal haklar bakımından etkili bir insan olan ve Kadın

citoyen) başta olmak üzere diğer Bildiriler) sebep olmuştur. Bununla birlikte ilkenin Fransız Ceza Kanunu'nda yer alması, etkisinin diğer hukuk sistemlerine yayılmasına katkıda bulunmuştur. Yine de kanunilik ilkesinin batı hukuk geleneğinde yaygınlaşması ve genelleşmesinin birçok Avrupa ceza kanunu da içeren daha geniş bir hareketin sonucu olduğunu vurgulamakta fayda vardır.²⁵⁹ Bununla birlikte kanunilik ilkesinin tarihçesi 18 ve 19. yy.'dan daha geriye gitmektedir.²⁶⁰ 18. ve 19. yy. bu ilkenin anayasa ve kanunlarda yer almaya başladığı dönemdir. Beccaria, Montesquieu, Feuerbach, Lardizábal gibi aydınlanmacı yazarlar tarafından talep edilen ve modern olarak betimlenen çoğu ceza hukuku ilkesi önceden müşterek hukuk (*ius commune*) hukukçuları tarafından da savunulmaktaydı²⁶¹. Yine de ilkenin bugünkü anlam ve içeriğinin oluşması için 18. yy.'ın geçmesi gerekmiştir²⁶².

Hakları Bildirisini yazan Olympe de Gouges, devrim karşıtı olduğu suçlamasıyla giyotin ile ölüme mahkûm edilmiştir. Bu sebeple 1789 Bildirisinin Türkçe çevirisinde bu tarihi gerçeğe de dikkat çekmek için birebir çeviriyi tercih etmekteyiz. Fransız Devrimi ve kadın hareketleri konusunda bkz. Sophie Mousset, **Women's Rights and the French Revolution: A Biography of Olympe De Gouges**, Routledge, New York, 2017. İnsan hakları ifadesi ile erkek hakları ifadesinin eş değer olup olmadığı sorununun tarihi kökleri ve 1789 Bildirisindeki ifadelerin değerlendirilmesi için bkz. Konrad Hilpert, "Menschenrechte: Männerrechte – Frauenrechte?", **Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften**, Cilt: 34, 1993, ss. 41-42.

²⁵⁹ 1721 tarihli Prusya Kanunu (Verbessertes Landrecht), 1734 tarihli İsveç Krallık Kanunu (Sveriges Rikes Lag), 1751 tarihli Bavyera Ceza Kanunu (Codex juris Bavarici criminalis) ve 1769 tarihli Avusturya Kanunu (Constitutio Theresiana) gibi ilk kanunlar kanunilik ilkesini tüm sonuçlarıyla kabul etmeksizin düzenlemekteydi. Mahkemelerin takdir yetkisini ve kıyası açıkça yasaklayarak kanunilik ilkesini açık bir şekilde düzenleyen ilk Avrupa ceza kanunu 1787 tarihli II. Joseph tarafından Avusturya'da yürürlüğe koyulan Suçlar ve Cezalara ilişkin Genel Kanundur (Allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen). 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu, sabit cezalar sistemi ile herhangi bir indirim ya da affa izin vermeyen çok katı bir kanunilik ilkesi düzeni kurmuştur. Bu katılık daha sonra 1810 tarihli Napolyon Ceza Kanunu ile giderilmiştir. 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu da kanunilik ilkesini teoride tüm zorunlu sonuçları ile birlikte kabul ederek bu ilkeyi güçlü bir şekilde onaylamıştır. Ardından çoğu Avrupa Kanunu, bazıları 1810 tarihli Fransız ya da 1813 tarihli Bavyera Kanunu'ndan etkilenecek kanunilik ilkesine yer vermiştir. Masferrer, s. 12. Kanunilik ilkesinin yasalaşmasının gelenekten kopuş olup olmadığına ilişkin ceza hukuku tarihi tartışmaları için bkz. Masferrer, ss. 16-18.

²⁶⁰ Kanunilik ilkesinin 18. yy.'nin sonunda bulunduğunu iddia etmek yanlış olur. Teorik alanda söz konusu ilke düşünürler tarafından daha önce de ifade edilmiştir. Dönmezer/Erman, I, ss. 24-25. Kanunilik ilkesinin 18. yy. liberalizminden doğduğu ve Roma Hukuku kökenli olmadığı genel kabulüne karşı bu meselesinin o kadar da basit olmadığına ilişkin kayda değer değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Hall, s. 165-166. Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimini konu alan eserlerin detaylı bir listesi için bkz. Masferrer, s. 15, dipnot 35.

²⁶¹ Masferrer, ss. 7, 17.

²⁶² Dönmezer/Erman, I, s. 25. Benzer yönde bkz. Hall, ss. 167-169.

Türk hukukunda bu ilkeye ilk defa 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu ve 1876 Anayasası yer vermiştir²⁶³. Günümüzde ilke Anayasa m. 38²⁶⁴ ve TCK m. 2²⁶⁵ ve 7²⁶⁶’de düzenlenmektedir. Ayrıca AİHS m. 7’de de yer almaktadır²⁶⁷.

Kanunilik ilkesine göre kişi ancak işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunda suç sayılan bir fiilden dolayı yine kanunda bu fiile karşılık olarak gösterilen ceza hukuku yaptırımı ile cezalandırılabilir. Dolayısıyla bir kişinin fiilinden ötürü cezalandırılabilmesi için fiilin işlenmesinden önce bu fiilin suç olarak kanunda tanımlanmış ve karşılığında uygulanacak yaptırımın belirlenmiş olması gerekir. Kanunilik ilkesinin iki yönü bulunmaktadır: kanunsuz suç olmaz ve kanunsuz ceza

²⁶³ Özbek ve diğerleri, s. 67. Hem yabancı hukuk sistemlerinde hem de Türk Hukukunda kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi ve yasalaşma sürecine ilişkin olarak ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, I, ss. 24-39.

²⁶⁴ Kanunilik ilkesi Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “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.” ikinci fıkrada “Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.” üçüncü fıkrada “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” düzenlemeleri yer almaktadır.

²⁶⁵ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi başlıklı TCK m. 2’deki düzenleme şu şekildedir: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” 2. maddenin çağdaş Avrupa Mevzuatıyla tam olarak uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Öykü Didem Aydın, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, s. 72. Aydın bu değerlendirmeyi 12.05.2004 itibarıyla Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda kabul edilen metnini esas alarak yapmıştır. Ancak metin herhangi bir değişikliğe uğramadığı için değerlendirme halen geçerlidir.

²⁶⁶ Zaman bakımından uygulama başlıklı TCK m. 7’deki düzenleme şu şekildedir: “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) (Değişik: 29/6/2005 –5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.”

²⁶⁷ Kanunsuz ceza olmaz başlıklı AİHS m. 7’deki düzenleme şu şekildedir: “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hu-kuka göre suç oluşturmeyen 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.”

olmaz²⁶⁸. “*Kanunsuz suç olmaz*” ilkesi, suç teşkil eden fiilin unsurlarının, herkesin neyin yasak neyin serbest olduğunu anlayabilmesine olanak verecek ve hâkime mümkün olan en az takdir yetkisini kullandıracak ölçüde tanımlanması gereğini güvence altına almaktadır²⁶⁹. “*Kanunsuz ceza olmaz ilkesi*” cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce tespit edilmiş olmasını gerektirir. Bu açıdan kanunilik ilkesi TCK’nın gerek genel gerek özel hükümlerinde yer alan ve cezalandırılabilirliğe ilişkin tüm maddi koşulları kapsadığı gibi mahkumiyete bağlı sonuçlar da olmak üzere (örneğin hak yoksunluğu, müsadere), ceza niteliğini taşıyan tüm yaptırımlar bakımından geçerlidir²⁷⁰. Bu ilkenin zorunlu sonuçları şunlardır: idarenin düzenleyici işlemleri veya örf ve âdet hukuku ile suç ve ceza ihdas edilemez, kanunlar belirli ve açık olmalıdır, ceza kanunları geçmişe yürüyemez, ceza kanunlarında kıyas yapılamaz²⁷¹.

İlke kanun koyucunun yazılı, belirli ve açık bir kanun şeklinde bağlayıcı bir kararını gerektirerek hem bireye hem de hukukun uygulayıcılarına kendilerini yönlendirme imkân ve eminliği sağlamaktadır²⁷². Bu şekilde ilke ceza kanunlarının güvence işlevini yerine getirmektedir. İlk olarak kanunilik ilkesi sayesinde bireyler hangi davranışlarının suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve davranışlarını buna göre yönlendirme olanağına sahip olurlar²⁷³. Kanunilik ilkesinin esası ve mantığı, bireylere bu imkânın tanınması düşüncesine dayanmaktadır²⁷⁴. İkinci olarak kanunilik ilkesi devletin ceza tekeline yöneliktir ve onu sınırlandırır.

İlkenin devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırıcı niteliği hem onun güvence fonksiyonunu göstermekte hem de dayanağına işaret etmektedir. Yürütme ve

²⁶⁸ Özbek ve diğerleri, s. 66; Öztürk/Erdem, kn. 35.

²⁶⁹ Aydın, s. 71.

²⁷⁰ Buna karşılık münhasıran muhakeme koşulları ve muhakeme hukukuna ilişkin kurallar bakımından bu ilkenin geçerliliği yoktur. Öztürk/Erdem, Kn. 35. Kanunilik ilkesi, maddi ceza hukukunun suç ve cezaları belirleyen hükümlerinde geçerlidir. Dönmezer/Erman, I, s. 23.

²⁷¹ Özbek ve diğerleri, s. 67; Öztürk/Erdem, kn. 45 vd.; Aydın, s. 71. ÖZGENÇ, belirliliği kanunilik ilkesinin zorunlu sonuçlarından biri olarak değil, kanunilik ilkesinden bağımsız bir ilke olarak kabul etmektedir. Özgenç, ss. 119, 130. Belirlilik ilkesini, kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi, zorunlu unsur olarak kabul etmekteyiz.

²⁷² Gerhard Dannecker, “Das Verbot unbestimmter Strafs: Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen”, **Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15 Mai 2011**, 2011, s. 287. Benzer yönde bkz. Öztürk/Erdem, kn. 32; Özbek ve diğerleri, s. 65.

²⁷³ Dönmezer/Erman, I, s. 21; Öztürk/Erdem, s. 41; Özbek ve diğerleri, s. 66; Dannecker, s. 287.

²⁷⁴ Dönmezer/Erman, I, s. 21. Kanunilik ilkesine uyulmayacak olursa kişinin kendi hareketlerine egemen olma iktidarı ortadan kalkar ve bu halde kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığının sadece tehlikeye düşmesi değil tamamen ortadan kalkması söz konusu olur. Dönmezer/Erman, I, s. 22.

yargı erkinin kanuna bağılılığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi, kanunilik ilkesinin dayanağı (ya da en azından dayanaklarından biri) olarak kabul edilmektedir²⁷⁵. Özgürlüğün en büyük değerlerden biri olarak kabul edildiği modern hukuk sisteminde, özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına gelen suç ve ceza normu ancak zorunlu hallerde ve egemenliği temsil etmesi sebebiyle bu zorunluluğu takdir etme yetkisine sahip olan kanun koyucu tarafından konulabilir²⁷⁶. Bu yetkinin siyasal akımların etkisinde bulunan yürütmeye tanınması yetkinin kötüye kullanılması tehlikesi yaratacaktır. Bu yetkinin yargıya tanınması ise yargının tarafsızlığı ilkesine aykırılık teşkil eder²⁷⁷. Böylece kanunilik ilkesi mahkemelerin fiilleri suç sayma ve cezalandırma yetkisini sınırlandırmış ve keyfiliğin de önüne geçmiş olur²⁷⁸. Bu şekilde suç ve ceza yaratma bakımından yasamanın yetkilendirilmiş olması, cezaya mahkumiyetin kamusal bir kınamayı ifade ettiği ve böyle bir değer yargısının özel olarak hukuk devleti güvencesini gerektirdiğinin dikkate alındığı anlamına gelmektedir²⁷⁹. Sonuç olarak kanunilik ilkesi, kuvvetler ayrılığı²⁸⁰ ve demokrasi ilkelerinin²⁸¹ bir tezahürüdür.

Kanunilik ilkesi, cezanın genel önleme amacına da dayandırılmaktadır²⁸². Bu fikir ilk olarak Feuerbach tarafından “psikolojik zorlama teorisi” (*psychologischen*

²⁷⁵ Öztürk/Erdem, kn. 33; Halen günümüzde kanunilik ilkesinin dayanağı liberalizmin yargının soyut kanunlarla bağılı olmasına yönelik talebidir. Dannecker, s. 287. Kanunilik ilkesinin anayasal arka planına ve dayanaklarına ilişkin tartışmalar için bkz. Barbara Remmert, “Art. 103 Abs. II”, **Grundgesetz Kommentar**, (Ed. Theodor Maunz ve Günter Dürig), C. H. Beck, München, 2017, (Maunz/Dürig- Remmert, Art. 103 Abs. II GG), kn. 30 vd; Gerhard Dannecker ve Jan C. Schuhr, “§ 1”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 18**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Dannecker/Schuhr, § 1), kn. 50-63. Dannecker kanunilik ilkesinin ardındaki düşünsel temel/dayanak meselesindeki fikir ayrılığının ilkenin yargısal uygulamasına da etki ettiğini iddia etmektedir. Dolayısıyla bu tartışma salt felsefi mecrada gerçekleşmemekte ilkenin uygulamasına ve hakimlerin karar verme sürecine dolayısıyla da kararlarına etki etmektedir. Dannecker, ss. 287, 292-295.

²⁷⁶ Dönmezer/Erman, I, s. 22. Cezalandırma, bireyin özgürlüğüne şiddetli bir müdahale oluşturduğu için, koşullarının halkı temsil eden parlamento tarafından belirlenmesi meşruiyeti için zorunludur. Dannecker, s. 288.

²⁷⁷ Dönmezer/Erman, I, s. 22.

²⁷⁸ Özbek ve diğerleri, s. 66.

²⁷⁹ Dannecker, s. 287.

²⁸⁰ Bernd Schünemann, **Nulla poena sine lege?**, De Gruyter, Berlin, 1978, s. 1 vd; Gerald Grünwald, “Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 76, Sayı: 1, 1964, s. 14. Eleştirel yaklaşım için bkz. Bonner Kommentar-Rüping, Art. 103 II GG Kn. 18.

²⁸¹ Grünwald, s. 14.

²⁸² Öztürk/Erdem, kn. 33; Dannecker, s. 288.

Zwangstheorie) kapsamında geliştirilmiştir. Beccaria'nın görüşlerine dayanarak geliştirdiği²⁸³ psikolojik zorlama teorisine göre ceza tehdidinin amacı bireyleri suç işlemekten alıkoymaktır²⁸⁴. Olası failin suç işlemeye karşı bir motivasyon geliştirebilmesi için fiili işlemesi halinde kendisine ne olacağını kesin olarak bilmesi gerekir. Bu da kanunilik ilkesini gerektirir.²⁸⁵ DÖNMEZER/ERMAN da psikolojik yönden ilkenin eğitici ve korkutucu değeri itibarıyla de kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazarlara göre ilke hem getirdiği güvence ile bireylerin yetilerini serbestçe geliştirmelerine ve kullanmalarına alan tanıyarak toplumun da gelişmesine imkân sağlamaktadır. Zira bireyler yersiz yere herhangi bir davranışları sebebiyle cezalandırılacakları endişesi duymamakta ve hareketsizliği tercih etmemektedirler. Hem de genel önleme yoluyla bireyler üzerinde eğitici bir etki göstermektedir.²⁸⁶

Kanunilik ilkesinin dayanaklarından biri olarak kusur ilkesi de kabul edilmektedir²⁸⁷. Kusur ilkesi, kişinin cezalandırılabilmesi için fiilinden ötürü kusurlu olmasını şart koşar. Kişinin kusurlu olduğundan bahsedebilmek için kişinin fiilinden önce davranışının yasaklandığını bilmesi ya da en azından bilebilme imkanına sahip olması gerekir. Bu da cezalandırılabilirliğe ilişkin koşulların fiilden önce kanunla düzenlenmesini gerektirir.²⁸⁸ Bununla birlikte Alman ceza hukuku öğretisindeki

²⁸³ Dannecker, s. 288.

²⁸⁴ Paul Johann Anselm von Feuerbach, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**, Giessen, 1832, (Lehrbuch), parag. 13 vd. Feuerbach'ın kanunilik ilkesine ilişkin görüşlerinin detaylı bir incelemesi için bkz. Tatjana Hörnle, "PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law", **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, (Ed. Markus D. Dubber), Oxford University Press, Oxford, 2014, (Feuerbach), ss. 131-136. Feuerbach ve von Liszt'in kanunilik ilkesine ilişkin görüşlerinin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. Susanne Ehret, "Strafrechtsbegrenzung durch das Gesetzlichkeitsprinzip bei Franz von Liszt?", **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Cilt: 79, Sayı: 4, 1996, ss. 340-354.

²⁸⁵ Thomas Vormbaum, **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2019, s. 42. Kanunilik ilkesinin zorunlu dört sonucundan (suç ve cezalar kanunla düzenlemelidir, belirli olmalıdır, geçmişe yürütülemez, kıyas yapılamaz.) sadece ilki Feuerbach tarafından bizzat formüle edilmiştir; diğer üçü ise onun öğretisinden çıkarsanmaktadır. Vormbaum, s. 43.

²⁸⁶ Dönmezer/Erman, I, s. 27. Cezanın korkutucu etkisini gerçekleştirebilmesi için kanunda hangi davranışların yasaklandığının açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekir. Selahattin Kolcu, "Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi", **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 76, Mart 2016, s. 16. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesi cezanın genel önleme amacıyla doğrudan bağlantılıdır.

²⁸⁷ Öztürk/Erdem, kn. 33.

²⁸⁸ Maunz/Dürig-Remmert, Art. 103 Abs. II GG, Kn. 1 vd; Roxin, AT I, § 5 kn. 24.

baskın görüş kanunilik ilkesinin kusur ilkesine dayandırılmasına karşıdır²⁸⁹. Zira kusur yargısının başlangıç noktası ceza kanununun değil, söz konusu fiile ilişkin yasağın bilinmesidir²⁹⁰. Dahası kusur, cezalandırılabilirlik ya da cezanın miktarına ilişkin bir bilinci değil haksızlık bilincini gerektirir. Şu kadar ki kanunilik ilkesi, kusur ilkesinin gerektirdiklerinin ötesine geçer. Bu bakımdan kusur ilkesinin, kanunilik ilkesinin bir koşulu olarak sayılabileceği ifade edilmektedir.²⁹¹ Bu görüşe karşı şu gerekçelerle itiraz edilebilir. Öncelikle cezalandırılabilirliğin kapsamına haksızlık bilinci de dahildir ve haksızlık bilincinin tespiti bakımından kanunilik ilkesinin varlığı zorunludur. Kanunilik ilkesi cezalandırılabilirliğin fiilin işlenmesinden önce kanunda yer alıyor olmasını gerektirdiği için haksızlık bilinci de cezalandırılabilirlik kapsamında değerlendirileceğinden kusur ilkesinin kanunilik ilkesinin bir dayanağı olduğu sonucuna ulaşılabilir. İkinci olarak ceza hukukundaki kusur ahlaki değil hukuki bir niteliği haizdir, kaynağını pozitif normlardan alır. Failin hangi davranışının kusur yargısına tabi tutularak kınanabileceğinin kanunda belirtilmesi kusur ilkesi bakımından zorunludur. Zira normda belirtilmeyen hususlarla failin kınanması mümkün değildir. Buradan hareketle de kusur ilkesinin kanunilik ilkesini gerektirdiği sonucuna ulaşılabilir.²⁹²

2. Kanunilik İlkesinin Cezanın Belirlenmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar

Kanunilik ilkesinin anlamını, sonuçlarını ve dayanaklarını inceledikten sonra cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından nasıl bir anlamı olduğunu incelemeye geçebiliriz. Her ne kadar kanunilik ilkesi hem suçlar hem de cezalar (suçun karşılığı olarak öngörülen hukuki sonuçlar) bakımından açıkça²⁹³ kabul edilmişse de

²⁸⁹ LK-Dannecker/Schuhr, § 1 kn. 61.

²⁹⁰ Grünwald, ss. 11 vd; Schünemann, s. 15.

²⁹¹ LK-Dannecker/Schuhr, § 1 kn. 61.

²⁹² Meraklı, s. 62.

²⁹³ Alman Anayasası ve Al. CK'daki düzenlemenin aksine hem Anayasa hem TCK açıkça suçların ve cezaların ancak kanunla konulabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Alman ceza hukukundaki gibi bir durum söz konusu değildir. Her ne kadar Alman hukukunda da kanunilik ilkesi şüphesiz cezalar açısından da kabul edilmekteyse de Alman Anayasa'sının bunu açıkça düzenlememiş olması, en azından hukukçuları ilkenin cezalar bakımından da geçerli olduğunu belirtme zahmetine sokmaktadır. Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi cezaların kanuniliği ilkesini bir

cezalar bu ilkenin bir nevi üvey evladı konumundadırlar²⁹⁴. Belki de bunun sebebi suçların kanunda nasıl düzenlenmeleri gerektiğinin cezalara nazaran daha girift bir mesele olarak algılanmasıdır. Cezaların ancak kanunla konulabileceği ilkesi, ilk bakışta oldukça açık bir ilke görünümü vermektedir. Oysaki ilkenin cezalar bakımından kanun koyucudan somut olarak neyi talep ettiği ve ilkeye uygunluğun somut ölçütlerinin neler olduğu meselesi tartışmalara açıktır.

Cevaplanması gereken ilk soru “kanunsuz ceza olmaz” ilkesindeki kanunla düzenlenme gereğinin hangi konuları kapsadığına ilişkindir. Kanunilik ilkesinin uygulama alanına cezalar (asli ve feri), ceza mahkumiyetine bağlanmış hukuki sonuçlar, ceza niteliği taşıyan tüm yaptırımlar ve güvenlik tedbirleri girmektedir²⁹⁵. Aynı şekilde cezanın yerine geçen seçenek yaptırımlar ile HAGB ve erteleme kararı ile birlikte fail hakkında hükmedilen yükümlülükler de kanunilik ilkesine tabidir.²⁹⁶ İnfaz hukukuna ilişkin düzenlemelerin kanunilik ilkesinin uygulama alanına girmediği kabul edilmektedir.²⁹⁷ Kanunilik ilkesi kapsamına girmediği kabul edilen tüm konuların hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak belirli olmaları gerektiği unutulmamalıdır.²⁹⁸ Ayrıca Anayasa m. 13 uyarınca kişi hak ve özgürlüklerine ancak kanunla sınırlama getirilebilir. Dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerin sınırlayıcı nitelikte bir ceza hukuku kurumunun mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir.

kararında şu şekilde ifade etmiştir: “Bireyin sadece hangi davranışların yasaklandığını önceden bilmesi yeterli değildir, dahası herhangi bir yasağın ihlal edilmesi durumunda hangi ceza tehdidi ile karşı karşıya olduğunu da bilebilmelidir.” BVerfGE 25, 285. Alman Anayasa’sındaki maddenin tarihçesi için bkz. Maunz/Dürig-Remmert, Art.103 Abs. II GG, kn. 9-23; Dannecker, ss. 289-291; Volker Krey, **Keine Strafe ohne Gesetz**, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, ss. 97-98.

²⁹⁴ Dannecker, s. 285. Gerçekten de kanunilik ilkesine ilişkin literatürün incelenmesi bu durumu Türk hukuku bakımından da gözler önüne sermektedir. Genellikle suçlar bakımından detaylı incelemelerde bulunulurken, cezalar bakımından genel değerlendirmeler ile yetinilmektedir. Örneğin bkz. Kolcu, ss. 17-20; Aydın, s. 71, 111, 125; Öztürk/Erdem, ss. 50-51; Özbek ve diğerleri, s. 69 vd.; Özgenç, s. 122-124, 130.

²⁹⁵ Öztürk/Erdem, kn. 35.

²⁹⁶ Cezanın ertelenmesi kararıyla birlikte getirilebilecek olan yükümlülüklerin ve tedbirlerin kanunilik ilkesi kapsamına girmediği yönünde bkz. LK-Dannecker/Schuh, § 1 kn. 99; Henning Radtke, “Art. 103 GG”, **Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz**, (Ed. Volker Epping ve Christian Hillgruber), C. H. Beck, München, 2016, (BeckOK-Radtke, Art. 103 GG), kn. 21. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesinin kapsamında olup olmadığı sorusuna cevap vermeden ve buna gerek olmadığını da vurgulayarak Al. CK § 56b’de düzenlenen yükümlülüklerin belirlilik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. BVerfGE 83, 128.

²⁹⁷ Bernd Hecker, “§ 1”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Hecker, § 1), kn. 24.

²⁹⁸ S/S-Hecker, § 1 kn. 24; LK-Dannecker/Schuh, § 1 StGB kn. 100.

Kanunilik ilkesinin suçun hukuki sonuçlarını kapsadığı tartışmasız iken, cezanın belirlenmesini de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır²⁹⁹. Türk ceza hukuku tarihi, cezanın belirlenmesine ilişkin hususların kanunlarda düzenlenmesi gereğine ilişkin farklı yaklaşımlara sahne olmuştur. 765 s. TCK m. 29’da cezanın belirlenmesine ilişkin bazı hususlar düzenlenmişti. Ancak 21.11.1990 tarihli 3679 sayılı Kanun ile değişiklik yapılanı kadar alt ve üst sınırlar arasında cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin olarak hâkime kılavuzluk edecek bir düzenlemeye yer verilmemişti³⁰⁰. 1926 yılından 1990 yılına kadar temel ceza belirlenirken hangi hususların göz önünde bulundurulacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması öğretide kanunilik ilkesi yönünden eleştirilmemektedir³⁰¹. Bu dönemde Yargıtay hem birtakım kriterler geliştirerek hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını göstermeye çalışmış hem de gerekçe gösterme zorunluluğunu vurgulamıştır³⁰². Zamanla bu anlayışın değiştiği ve kanunda temel cezanın belirlenmesine ilişkin açık hükümlere yer verildiği sadece Türk hukukunda değil diğer hukuk sistemlerinde de gözlemlenmektedir³⁰³.

²⁹⁹ Dannecker, s. 285.

³⁰⁰ 21.11.1990 tarihli 3679 sayılı Kanun m. 2 ile eklenen fıkra şu şekildedir: “Hakim, 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, geçmiş, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddenden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”

³⁰¹ Bkz. Dönmezer/Erman, III, s. 114 vd.

³⁰² “İki sınır arasında ceza tayini, hâkimin genel takdir ve değerlendirme yetkisinin içerisinde ise de bu yetkinin kullanılmasında adalet ve nesafet kurallarına bağlı kalınması, suçun işleniş tarzı, sanığın ahlaki temayülleri kanun ve nizamlara muhalefetin derecesi gibi objektif unsurların göz önünde bulundurulması, adil ölçüler içinde tayini ve dosya münderecatına uygun olması gerekir.” Yargıtay 3. Ceza Dairesi (CD), E. 1977/7980, K. 1977/8026, T. 16.11.1977, (Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1979, Sayı 3, s. 426).

³⁰³ Cezanın belirlenmesine ilişkin kanuni düzenleme Al. CK’nın yeni düzenlemelerinden biridir. İlk olarak 25 Haziran 1969 tarihli Ceza Hukuku Reformuna İlişkin Birinci Kanun (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* kısaca *I. StrRG*) ile Al. CK’nın 13’üncü paragrafında cezanın belirlenmesine ilişkin genel bir düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu hüküm, Büyük Ceza Hukuku Komisyonu’nun müzakerelerinde ortaya çıkmıştır. Bu müzakereler temel olarak 1962 tarihli Tasarı’nın 60. paragrafı ve Alternatif Tasarı’nın 59. paragrafı üzerinden yürütülmüş, sonuç olarak 1962 tarihli Tasarı’nın 60. paragrafı baskın görüş olarak yeni hükmün oluşturulmasına kaynaklık etmiştir. NK-Streng, § 46, kn. 1. 4.7.1969 tarihli kanun değişikliği (2. *StrRG* v., *BGBI. I 1969, 717ff*) ile 1.10.1973 tarihinde parag. 13 hükmü § 46 olarak yürürlüğe girmiştir. Al. CK. Parag. 46’nın kanunlaşma sürecine ilişkin olarak bkz. MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 5-11; LK-Theune, Einleitung, kn. 22 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 2-4; Reinhart Maurach ve diğerleri, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Teilband II Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, § 62, kn. 1 vd. Türk cezanın belirlenmesi hukukunun tarihçesi için bkz. Yerdelen, s. 47 vd. TCK m. 61/10’da “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da uzun bir süre cezanın belirlenmesi hukukunun geniş ölçüde hâkimin takdir yetkisini gerektirdiğini ve kanuni bir düzenlemenin kısıtlayıcı olacağını savunulmuştur³⁰⁴. Cezanın belirlenmesi “olay hakiminin alanı” olarak anlaşılmış ve kanun yolu denetimi vasıtasıyla da bu alana müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir³⁰⁵. Ancak 20. yy.’dan itibaren bu alanda acilen bir kanuni düzenlemeye gidilmesi gerektiğine yönelik talepler dile getirilmiştir. Sonunda 20. yy. ikinci yarısında kanun koyucu bu talepleri karşılamıştır³⁰⁶.

Artık günümüzde kanunda cezanın belirlenmesine ilişkin konuların açıkça düzenlenmesinin kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu kabul edilmektedir³⁰⁷. Özellikle de belirlilik ilkesi gereğince kanun, hâkimin cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirlerken başvuracağı somut yönergeleri düzenlemelidir³⁰⁸. Aynı değerlendirmeyi cezanın bireyselleştirilmesinin araçları bakımından da yapmak mümkündür. Sonuç olarak cezaların ve cezaların nasıl belirlenip bireyselleştirileceğinin kanunda düzenlenmesi gerekir. Bu hususların kanunilik ilkesine uygun bir şekilde nasıl düzenlenmesi gerektiği ise ikinci soruyu teşkil eder.

AY m. 38/3’te yer alan “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” ve TCK m. 2/1, c. 2’de yer alan “kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” düzenlemeleri ışığında cezanın ancak kanunla konulabileceği ve kanunda olmayan bir

eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme mülga TCK m. 29/1’de de “Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir.” şeklinde yer almaktaydı. Bu hükümler her ne kadar cezaların kanuniliği ilkesine hizmet etmekte iseler de cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların kanunda düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmemektedirler.

³⁰⁴ Özellikle de yargı bu görüşü savunmaktadır. Thomas Bunz, “Eine Einführung in die Grundlagen der Strafzumessung”, **Juristische Ausbildung**, Cilt: 33, Sayı: 1, 2011, s. 15.

³⁰⁵ Bruns, s. 296. Hassemer bu durumu kral-hâkim (*Richterkönig*) ifadesiyle betimlemiştir. Winfried Hassemer, **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 1990, s. 108. Bkz. ve karş. Dönmezer/Erman, III, s. 114 vd.

³⁰⁶ LK-Theune, § 46 s. 1063; NK-Streng, § 46 kn. 2.

³⁰⁷ Ralf Eschelbach, “§ 46”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier ve Gunter Widmaier), 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2018, (S/S/W-Eschelbach, § 46), kn. 12.

³⁰⁸ S/S-Hecker, § 1 kn. 23.

cezaya mahkemelerin hükmedemeyeceği anlaşılmaktadır. O halde cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce kanunda düzenlenmesi zorunludur.³⁰⁹

Kanunilik ilkesi gereğince kanunda cezanın sadece türünün gösterilmesi yeterli değildir süresinin de en azından belirli bir aralık gösterilmek suretiyle belirtilmesi gerekir. Bu bakımdan cezalar ve klasik güvenlik tedbirleri arasında kanunilik ilkesinin uygulanması açısından farklı bir yaklaşım benimsenmektedir³¹⁰. Zira kanunda güvenlik tedbirinin ne kadar süre ile uygulanacağı gösterilmemektedir³¹¹. Oysa cezaların kanunda belirli süreli olarak gösterilmesinin kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu Kıta-Avrupası hukuk sistemlerinde yeknesak olarak kabul edilmektedir³¹².

³⁰⁹ Öztürk ve diğerleri, s. 61; Öztürk/Erdem, kn. 35; Özgenç, s. 121; Roxin, AT I, § 5 kn. 4 vd; LK-Dannecker/Schuhr, § 1 kn. 89; S/S-Hecker, § 1 kn. 22; Roland Schmitz, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 3. Auflage, 2016, (MüKo-Schmitz, § 1), kn. 70.

³¹⁰ Her ne kadar TCK m. 2’de açıkça güvenlik tedbirlerinin kanunilik ilkesi kapsamında olduğu kabul edilmişse de güvenlik tedbirlerinin belirsiz süreli oluşu kanunilik ilkesine aykırı bulunmamaktadır. Türk ceza hukukundaki düzenlemenin aksine Alman ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin kanunilik ilkesi kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Bu hususa ilişkin olarak bkz. LK-Dannecker/Schuhr, § 1 kn. 93-96. Güvenlik tedbirlerinin kanunilik ilkesi kapsamında olup olmadığı tartışması hakkında bkz. Heike Jung, “Rückwirkungsverbot und Maßregel”, **Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag**, Luchterhand, Darmstadt u.a., 1985, ss. 875 vd.

³¹¹ TCK m. 57’de düzenlenen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin sona ermesi için hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan kişinin, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi gerekir. Ancak bu halde kişi infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir. Bu bakımdan tedbirin uygulanacağı süre tedbire hükmedildiği zaman belirlenmiş değildir. Bu kuralın istisnası 6. fıkradaki düzenlemede yer almaktadır Buna göre işlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, infaz hâkimi kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

³¹² Cezaların bireyselleştirilmesinin, hapis cezasının miktarının mahkûmiyet hükmü verildiği anda belirsiz olmasını gerektirdiği yönündeki görüşler 19. yy.’da ortaya çıkmıştır. Bu fikir hem Kıta-Avrupası hem de Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde geniş çaplı tartışmalara neden olurken hukuk devleti ve kanunilik ilkesini benimseyen bu iki sistemin konuya yaklaşımları farklı olmuştur. Kıta-Avrupası hukuk sistemlerinde kanunilik ilkesi karşısında cezanın miktarının belirsiz olamayacağı katı bir şekilde savunulurken faillerin rehabilitasyonu ve toplumun tehlikeli faillerden korunması düşünceleriyle kanunilik ilkesi bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Bu bağdaştırma çabasının sonucu yaptırımların iki izliliğidir: bir yanda belirli süreli ceza ile nulla poena sinne lege ilkesi muhafaza edilmiş; diğer yanda belirsiz süreli güvenlik tedbirleri ile toplumun korunması çağrısına kulak verilmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde özellikle de ABD’de ise süresiz hapis cezası uygulaması 19 yy.’dan 20. yy.’ın ilk yarısına kadar ceza hukukuna hâkim olmuştur. Bu dönemde kanunilik ilkesinin cezalar bakımından esnetildiğini ve yeniden yorumlandığını görmekteyiz. Hukuk devleti ilkesi ve kanunilik ilkesini benimseyen köklerini liberal devletten alan bu iki hukuk sisteminin bu denli farklı sonuçlara ulaşmış olması ilkelerin yorumlanmasında hukuk geleneklerinin farklı dinamiklerinin etkili olduğunu açığa vurmaktadır. Bu hususlara ilişkin olarak bkz. Michele

Dolayısıyla belirsiz süreli hapis cezası öngören bir ceza normu (Örneğin, “ilgili suçu işleyen kişi süresiz olarak hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde formüle edilebilir ya da kanunda hem genel hem de özel hükümlerde süreli hapis cezasının alt ve üst sınırlarına yer verilmeyebilir) kanunilik ilkesini ihlal eder. Belirli süreli ceza anlayışı sadece kanun koyucuyu değil mahkemeyi de bağlamaktadır. Bu bakımdan mahkemenin de mutlaka uygulanacak olan cezayı tür ve miktar bakımından hükmünde belirtmesi gerekir.

Kanunilik ilkesi cezanın tür ve miktarının soyut olarak belirlenmesini gerektirmekle birlikte bu belirlemenin mutlak surette olmasını gerektirmez³¹³. Dolayısıyla soyut cezanın basamaklı olarak düzenlenmiş olması kanunilik ilkesine aykırı değildir. Önemli olan bir suçun olası hukuki sonuçlarının tür ve miktarı hakkındaki temel kararların kanun koyucunun kendisi tarafından verilmesidir. Böylece hâkim, hukuku uygularken içinde hareket etmekle zorunlu olduğu çerçeveyi mümkün olduğunca açık bir şekilde tespit edebilir. Bu şekilde somut cezanın belirlenmesi hâkimin öngörülemez ve hesaplanamaz bir işlemi haline dönüşmez³¹⁴.

Hatta mutlak cezaların adil olmayan sonuçlara yol açacağı, zira somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulmasını engellediği ifade edilmektedir³¹⁵. Zira mahkeme, failin kusurunun ağırlığı oranında bir ceza belirlemekle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kanun koyucu tarafından ona bu imkânın

Pifferi, **Reinventing Punishment: A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries**, Oxford University Press, Oxford, 2016; Michele Pifferi, “Individualization of Punishment and the Rule of Law: Reshaping Legality in the United States and Europe between the 19th and the 20th Century”, **The American Journal of Legal History**, Cilt: 52, Sayı: 3, ss. 325-376, (Individualization).

³¹³ Winfried Hassemer ve Walter Kargl, “§ 1”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Hassemer/Kargl, § 1), kn. 18. İlk bakışta mutlak ceza tehdidi yöntemi, ceza eşitliğinin sağlanmasında bazı suç tipleri bakımından uygun görünmektedir. Bu suçlar öyle suçlardır ki tipe uygun fiilin gerçekleştirilme biçimleri ağırlık bakımından birbirine denktir. Mutlak ceza düzenlemesine sahip Al. CK § 211 kasten öldürme suçunun uygulamasına bakılacak olursa durumun böyle olmadığı görülmektedir. Mahkemelerin, somut olay bakımından adil bulmadıkları mutlak cezaya (ömür boyu hapis cezası) hükmetmemek için bu normu dolaşmaya çalıştıkları eskiden beri gözlemlenmektedir. Eğer infaz kuralları veya kıyasen uygulanan indirim kuralı gibi başkaca yollarla gereken esneklik sağlanamaz ise mutlak cezalar açıkça farklı olanlara aynı davranılmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple mutlak cezalar da cezada eşitliğin sağlanmasında kayda değer bir etki ortaya koyamamaktadırlar. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 408.

³¹⁴ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 20.

³¹⁵ Bruns, s. 68. Federal Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları için bkz. BVerfGE 45, 187, s. 259; BVerfGE 45, 363, s. 371; BVerfGE 25, 269, s. 286.

sağlanması gerekir³¹⁶. Kanunda öngörülmüş olan cezanın farklı durumlarda ortaya çıkacak olan farklı kusur ağırlıklarını karşılayacak farklı tür ve veya miktarda cezaları içermesi gerekir³¹⁷. Kanunilik ilkesi ve kusur ilkesi arasındaki bu ilişki, cezaların belirliliğinin, tipiklik bakımından aranan belirlilikten daha gevşek ölçütlere tabi olmasına sebep olur³¹⁸. Dolayısıyla soyut cezanın mutlak olarak veya fazla dar bir ceza aralığı belirtilmek suretiyle düzenlenmesi kusur ilkesi açısından sakıncalar taşır ve cezanın kusur oranında belirlenememesi neticesine yol açabilir. Bu durumda da somut cezanın adil olduğundan söz edilemez.

Öte yandan alt ve üst sınırları gösterilerek basamaklı olarak belirlenmiş cezalar bakımından da bu iki sınır arasındaki açıklığın makul bir düzeyde olması gerekir. Alt ve üst sınırların çok açık olması kanunilik ilkesini ihlal eder³¹⁹. Buna örnek olarak

³¹⁶ Roxin, AT I, § 5, kn. 79; MüKo-Schmitz, § 1 kn. 70; S/S-Hecker, § 1 kn. 22; MüKo- Miebach/Maier, § 46 kn. 19-20.

³¹⁷ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 409. Dolayısıyla belirlilik ilkesi kesinlik ve esneklik arasında bir denge kurulmasını gerektirir. Bu denge yasama ve yargı arasındaki iş bölümünde de kendisini göstermektedir. Yasama kanunları aşırı bir kesinlikte düzenlemekten kaçınmalı ve mahkemelere kanunun amacını zamana uygun şekilde geliştirme ve somut olayda adil sonuçlara ulaşılmasına imkân tanıyacak ölçüde takdir alanı tanımalıdır. Bu sebeptir ki mutlak cezalar ve hatta zorunlu alt sınır öngören düzenlemeler kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettikleri gerekçesiyle farklı hukuk sistemlerinde eleştirilmektedir. Bkz. Anthony Mason, “Mandatory Sentencing: Implications For Judicial Independence”, **Australian Journal of Human Rights**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2001, ss. 21-30; Wanja Andreas Welke, “Mandatory sentencing: Ein kritischer Bericht über die Tendenzen zu absoluten Strafen im Rechtsbereich des common law”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Cilt: 35, Sayı: 5, 2002, ss. 207-214; Kieran Riley, “Trial By Legislature: Why Statutory Mandatory Minimum Sentences Violate The Separation Of Powers Doctrine”, **Public Interest Law Journal**, Cilt: 19, 2010, ss. 285-310; Courtney Jarrell, **Mandatory Minimum Sentencing vs. Alternative Sentencing Options: A Comparative Analysis**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Graduate School Southern Illinois University, Edwardsville, 2019.

³¹⁸ Roxin’e göre cezalandırılabilirliğin koşullarına göre cezalar bakımından daha büyük bir belirsizliğe tahammül gösterilebilir, zira kusur ilkesi ve cezanın belirlenmesine ilişkin hükümler faile belli oranda güvenlik sağlayabilirler. Roxin, AT I, § 5 kn. 79. Aynı yönde bkz. LK-Dannecker/Schuh, § 1 kn. 224; NK-Hassemer/Kargl § 1 kn. 18-20; Dannecker, s. 285. Hassemer/Kargl’a göre ceza hukukunun belirsizliğe ilişkin ihtiyacının meşru görülmesi gerekir ve bu ihtiyaç münhasıran olmasa da öncelikli olarak cezanın belirlenmesinde ortaya çıkar. NK-Hassemer/Kargl, § 1 kn. 18. Belki de bu durumu belirsizliğe duyulan ihtiyaç olarak değil de belirliliğin ceza hukukunun farklı alanlarında farklı gereklilikler ortaya koyması olarak ifade etmek daha doğru olacaktır. Belirlilik ilkesini farklı şekillerde gerçekleştirilebileceğinin kabulü de meşru zemine dayanmalıdır. Kusur ilkesi cezanın belirlenmesi bakımından söz konusu meşruiyet zeminini sağlamaktadır.

³¹⁹ Özbek ve diğerleri, s. 71; Doğan, Belirleme, s. 280; Tuğba Gül Ateş Öncü, **Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 152. Al. CK çoğu maddesinde oldukça geniş bir aralığa sahip alt ve üst sınırlar öngördüğü için eleştirilmektedir. Cezanın belirlenmesine ilişkin mevcut problemlerinin çoğunun basamaklı cezalar sisteminden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 408-409; Tatjana Hörnle, “Moderate and Non-Arbitrary

TCK m. 85/2’de düzenlenen taksirle öldürme suçunun cezası verilebilir. Fazla geniş ceza aralığının tanımış olduğu geniş takdir yetkisi mahkeme tarafından cezanın izin verilen hususlara göre değil de istenmeyen birtakım yargılara dayanılarak belirlenmesi tehlikesine yol açar³²⁰. Kanunilik ilkesi ise tam olarak bu tür bir keyfiliğin önüne geçilmesi için uygulanmaktadır.

Bu bahisle soyut genel belirlemenin yeterli olmayacağını ifade etmek gerekir. Zira bir soyut cezanın alt sınırı en hafif ceza ve üst sınırı en yüksek ceza olarak belirlenmiş ise bu tür bir düzenleme belirlilik ilkesini ihlal eder³²¹. Soyut cezanın özel olarak belirlenmesinde de Anayasa tarafından geniş bir takdir alanı tanınan kanun koyucunun tamamen serbest olduğu söylenemez. Yargı gibi yasama da kusur ilkesi ile bağlıdır³²². Cezanın kusur oranında olması ilkesi uyarınca ceza tehdidi ile suçun

Sentencing Without Guidelines: The German Experience”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, 2013, (Moderate), s. 192. Geniş aralıklı cezaya örnek olarak hırsızlık suçunun cezasının düzenlendiği Al. CK § 242 I ve § 243 I, 1 hükümleri verilebilir. Bu hükümler uyarınca hırsızlık suçunun cezası para cezasından 10 yıla kadar hapis cezasıdır. Bir diğer örnek ise şantaj suçunun düzenlendiği Al. CK 253 § I, IV düzenlemesidir. Buna göre fail para cezasından 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Streng bu örneklerin uç örnekler olmadığını vurgulamaktadır. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 410. Soyut cezaların düzenlenmesine ilişkin mevcut sistem yasamanın cezanın belirlenmesi görevinin tamamını yargıya terk ettiği ve bu şekilde Anayasa m. 103/2’de düzenlenen belirlilik ilkesinin ve ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 410; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 179; Dannecker, s. 302. Alman ceza hukukunda kanunilik ilkesi bakımından tartışma yaratan bir diğer meseleye ilişkin olarak bkz. Demirtaş, ss. 434 vd. ABD’de Federal Cezanın Belirlenmesi Yönergesi’ni hazırlamakla görevlendirilmiş olan komitenin bir yargı organı mı, yürütme organı mı olduğu, yasama yetkisini mi kullandığı ve komitede görev alan hakimlerin bağımsızlıklarının zedelenip zedelenmediği çok tartışılmıştır. Bu tartışmalar cezanın belirlenmesinde yasama ve yargı yetkisi arasındaki soyut belirleme-somut belirleme ayrımının o kadar da net olmadığını göstermektedir. Bu hususlara ilişkin olarak bkz. Kristin L. Timm, “The Judge Would Then Be the Legislator”: Dismantling Separation of Powers in the Name of Sentencing Reform—*Mistretta v. United States* 109 S. Ct. 647 (1989)”, **Washington Law Review**, Cilt: 65, Sayı: 1, 1990, ss. 249-268; Jackie Gardina, “Compromising Liberty: A Structural Critique of the Sentencing Guidelines”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Cilt: 38, 2005, ss. 345-395.

³²⁰ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 409.

³²¹ Roxin, AT I, § 5 kn. 77 vd. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi 1959 yılında verdiği bir kararında ceza aralığının en hafif ceza ile en ağır ceza arasında belirlenmiş olmasını belirlilik ilkesine uygun olacağını kabul etmiştir. Bkz. BGH, 09.06.1959 - 1 StR 4/58, (BGHSt 13, 191). Basamaklı cezanın belirlilik ilkesine uygunluğunu değerlendiren Alman Federal Anayasa Mahkemesi şu ölçütü geliştirmiştir: Eğer soyut ceza yasama tarafından yapılmış olan değerlendirmeyi hukuk uygulayıcısına ve bireye açık bir şekilde aktarıyor ve uygulanacak olan somut cezanın ölçüsü yaklaşık olarak tahmin edilebiliyor ise belirlilik ilkesine aykırılık söz konusu değildir. NK-Hassemer/Kargl, § 1 kn. 25; MüKo-Schmitz, § 1 kn. 70.

³²² MüKo- Miebach/Maier § 46 kn. 19.

kanuni tanımını birbirlerine uyumlu hale getirilmelidirler³²³. Ayrıca daha hafif cezalar öngören normların daha ağır cezalar öngören normlara kıyasla daha az belirli olmalarına müsaade edilebileceği kabul edilmektedir³²⁴.

Bu açıklamaları yapmakla birlikte ceza aralığının hem kusur ilkesi hem de kanunilik ilkesinin gereklerine uygun olacak şekilde ne ölçüde geniş olması gerektiğini belirlemenin zor olduğunu belirtmek isteriz³²⁵. Benzer bir zorluk cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin belirli ve açık olup olmadıklarına karar vermek bakımından da ortaya çıkmaktadır.

Cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin en azından hangi konulara ilişkin kurallar içereceği ortaya konulabilir. Öncelikle cezanın temel olarak ne ile oranlı olması gerektiğinin kanunda belirtilmesi gerekir. Kanun koyucunun, kusur, fiil, tehlikelilik, caydırma etkisi vb. etmenlerden hangisi veya hangilerini cezanın ölçüsünde esas kabul ettiğini açıklaması ve bunlar arasındaki öncelik ilişkisine karar vererek olası çatışmaların nasıl çözüleceğine ilişkin kurallar öngörmesi gerekir. Bunun için kanunun cezanın ve cezalandırmanın amacına yönelik tercihini bildirmesi de gerekebilir. Dahası esas kabul edilen etmenlerin nasıl ölçüleceği ve hangi hususların bu ölçümde göz önünde bulundurulacağının da düzenlenmesi gerekir³²⁶. Cezanın tür ve miktarına etki edecek tüm hükümlerin hangi sırayla ve yöntemle uygulanacağını da kanunda düzenlenmesi gerekir. Bu itibarla seçenek cezalardan hangisine hükmedileceğine ilişkin kararın neye göre verileceğinin de kanunda düzenlenmesi

³²³ BVerfGE 86, 288, s. 313; BVerfGE 80, 244, s. 255.

³²⁴ S/S-Hecker, § 1 kn. 20; BVerfGE 86, 311; BVerfGE 14, 251. Karş. Matthias Krah, **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)**, Lang, Frankfurt, 1986, s. 317.

³²⁵ Dannecker, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 20.03.2007 tarihli oy çokluğuyla verilmiş bir kararına göndermede bulunarak söz konusu ceza hükmünün belirliliği konusunda fikir birliğine varılamamış olmasının bu meselenin çözümünün basit olmadığını gösterdiğini vurgulamaktadır. Dannecker, ss. 285, 292-301. Bu kararda malvarlığı cezasını (*Vermögensstrafe*) düzenleyen Al. CK § 43a hükmünün belirli olup olmadığı tartışılmış ve mahkeme oy çokluğuyla söz konusu hükmün belirsiz ve anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Üç hâkim ise karşı oy kullanmış ve karşı oy yazılarında hükmün neden belirli olduğunu gerekçeleriyle açıklamışlardır. BVerfGE 105, 135.

³²⁶ LK-Dannecker/Schuh, § 1 kn. 229, 236.

gerekir³²⁷. Aynı şekilde cezanın bireyselleştirilmesi araçlarının neler olduğu, koşulları ve faile getirilecek olan yükümlülüklerin kapsamı belirli olmalıdır³²⁸.

TCK’da yer alan cezanın belirlenmesine ilişkin temel düzenleme değerlendirildiğinde mülga 765 S. TCK ile 5237 S. TCK arasında düzenleme biçimi bakımından bir fark olduğu gözlemlenmektedir. Temel cezanın belirlenmesinde gözetilecek hususlar mülga kanunda örnekseyici yürürlükteki kanunda sınırlı olarak sayılmıştır³²⁹. Kabul etmek gerekir ki kanunilik ilkesi ve özellikle de belirlilik ilkesinden sınırlı sayım ilkesinin zorunlu olduğu sonucuna doğrudan ulaşmak mümkün değildir. Belirlilik ve öngörülebilirlik açısından iki önemli gereklilik vardır. Birincisi, kanunda açıkça cezanın belirlenmesinde temel kabul edilen etmenin düzenlenmesidir³³⁰. Bu şekilde mahkemenin göz önünde bulunduracağı hususun bu kapsamda olup olmayacağı yeterli ölçüde öngörülebilir. İkincisi, mahkemenin cezayı belirlerken göz önünde bulundurduğu hususları hükümde açıkça göstererek neden

³²⁷ TCK’da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda 5560 S. Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un madde gerekçesine göre “Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlemede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.” Özbek ve diğerleri, s. 676. Kanun koyucunun bu tercihini açıkça kanunda düzenlemesi gerekirdi, gerekçede yer alması belirlilik ilkesine uygunluk sağlamamaktadır. Aynı yönde bkz. LK-Dannecker ve Schuhr, § 1 StGB, kn. 229, 236. Hâkimin bu yetkisinin bağlı yetki olmadığı yönünde bkz. ve karşı. Öztürk/Ertem, kn. 973. Seçenek cezaların bireyselleştirme aracı olduğu ve bu konudaki yetkinin TCK m. 62/2’de sayılan hususların ve failin ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması yönünde bkz. Özgenç, s. 1008.

³²⁸ Bununla birlikte hukuki sonuçların bireyin aleyhine ya da lehine olmasına göre bir ayrıma gidilmektedir. Belirlilik ilkesinin, aleyhe olan durumların öngörülemezliğine karşı bir güvence getirdiği; lehe olan durumların öngörülemez olmasının ilkeyi ihlal etmeyeceği kabul edilmektedir. Bu itibarla takdiri indirim nedenlerinde göz önünde bulundurulacak olan hususların örnekseyici olarak sayılması belirlilik ilkesi bakımından bir sorun yaratmamaktaydı.

³²⁹ Al. CK § 46/2’de de mahkemenin cezayı belirlerken göz önünde bulunduracağı hususlar sınırlı olarak değil örnekseyici olarak sayılmıştır. Al. CK. § 46’da yer alan düzenlemenin belirlilik ilkesine uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar sadece 2. fıkradaki örnekseyici sayıma ilişkin değildir, daha ziyade kusur kavramının belirsizliği, cezanın amaçları arasındaki antinominin nasıl çözüleceği konusunda kanunun sessiz kalması, basamaklı cezalar sisteminin tanıdığı geniş takdir yetkisi yönünden düzenleme eleştirilmektedir. Bu hususlara ilişkin olarak bkz. NK-Streng, § 46 kn. 8 vd.; Jörg Kinzig, “§ 46”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Kinzig, § 46), kn. 1; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 13 vd.; Dannecker, ss. 285 vd. Alman Federal Anayasa Mahkemesi § 46’da yer alan düzenlemenin belirli olduğu kanaatindedir. BVerfGE 105, 156-157.

³³⁰ TCK m. 3/1’de yer alan “failin ağırlığıyla orantılı ceza” Al. CK § 46 I’de yer alan “failin kusuru cezanın belirlenmesinin temelidir” düzenlemeleri örnek olarak verilebilir.

cezaya etki ettiklerini gerekçelendirmesi zorunluluğudur. Gerekçelendirme zorunluluğu yeteri kadar icra edilmez ise kanunda her konunun açıkça düzenlenmiş olmasının bir anlamı kalmaz³³¹.

Adli para cezasının belirlenmesi ve hesaplanmasına ilişkin sistemi değerlendirecek olursak ilk başta mahkemeye geniş bir takdir yetkisi verildiği izlenimi edinilebilir³³². Bununla birlikte gün para cezası sisteminin öngördüğü geniş takdir yetkisinin sakıncalı olmadığı kabul edilmektedir³³³. Özellikle de cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin hâkimin takdir yetkisine getirdiği sınırlar belirlilik bakımından ortaya çıkabilecek sakıncaları gidereceği ileri sürülmektedir³³⁴. Öte yandan hem adil hem de özel önlemeyi gerçekleştirebilecek bir adli para cezasına ancak böyle geniş bir ceza aralığından ulaşılabilecektir³³⁵.

Sonuç olarak, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin düzenlemelerin bir bütün olarak belirli ve açık olması gerekir³³⁶. Zira bir ceza normunun ihlalinin cezai karşılığı, normun muhatabı tarafından öngörülebilir olmalıdır³³⁷. Bu da ancak kanunların açık ve belirli olması ile mümkündür. Öngörülebilirlik, güvenilirlik ve doğrulanabilirlik gibi ceza hukukunun taşıması

³³¹ Aynı yönde bkz. S/S/W-Eschelbach § 46 kn. 14.

³³² “Adli para cezası” başlıklı TCK m. 52/1’e göre adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanır. 2. fıkra bir gün karşılığının en az yirmi ve en fazla yüz Türk lirası olacağını düzenlemektedir. Alt ve üst sınırları üzerinden adli para cezasını hesaplarsak 100 Türk lirasından (kural olarak) 73.000 Türk lirasına kadarlık bir aralık elde ederiz.

³³³ S/S-Hecker, § 1 kn. 22. Farklı yönde bkz. Roxin, AT I, § 5 s. 78.

³³⁴ TCK m. 61 vd. ve m. 52 mahkemenin adli para cezasını hesaplarken hem tam gün sayısı hem de bir gün karşılığının belirlenmesine ilişkin somut yönergeler sunmaktadır.

³³⁵ S/S-Hecker, § 1 kn. 22. Türk hukuku bakımından farklı bir değerlendirme yapmak mümkündür. Kanunda bir gün karşılığı adli para cezası miktarının en az 20 en fazla 100 Türk Lirası olarak belirlenebileceği düzenlenmektedir (TCK m. 52/2). Bu aralığın yeterli ölçüde geniş olmadığı eleştirisini getirmek mümkündür.

³³⁶ Cezanın bireyselleştirilmesi araçları ile karmaşık bir sistem yaratılmıştır. Bu sistemde mahkeme hapis cezası veya adli para cezası veya seçenek bir yaptırıma hükmetme, hapis cezasını erteleme gibi önemli yetkilere sahiptir. Dönmezer ve Erman, modern ceza hukukundaki gelişmeler karşısında cezada kanunilik prensibinden geriye ne kalmış olduğunun sorgulanabileceğini ifade ettikten sonra şu cevabı vermektedirler: cezada kanunilik ilkesi kamu hukukunda en temel ilkelerden biridir ve saklıdır. Cezaların bireyselleştirilmesini ifade eden vasıtaları kullanmak suretiyle, cezaları suçlunun kişiliğine uydururlarken, kanundan almış bulundukları bir yetkiyi, takdir yetkisini, kullanırlar. Bu takdir yetkisinin sınır ve kapsamı gene kanunlarda gösterilmiştir ve hâkim bu yetkisini hükümde gerekçe göstererek kullanabilir. Dönmezer/Erman, II, kn. 1314.

³³⁷ BVerfGE 26, 42.

gereken nitelikler, belirli bir hukuki sonucu değil hukukun uygulanması usulünü tanımlayan niteliklerdir. Bu itibarla belirlilik ilkesi, sonuç güvencesi olarak değil süreç güvencesi olarak anlaşılmalıdır³³⁸. Cezalarda kanunilik ilkesinin gereklerinin ne ölçüde gerçekleştirilmesi gerektiği bu yaklaşım ile ele alınmalıdır.

D. Kusur İlkesi

1. Kusur İlkesinin Anayasa ile İlişkisi

Kusur ilkesi her ne kadar Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş ise de hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucu olarak değerlendirilmekte ve anayasal bir güvence altında bulunduğu kabul edilmektedir³³⁹. Kusur ilkesinin, Anayasa’da açıkça yer alamayan ancak taraf olunan uluslararası anlaşmalardan doğan insan onurunu gözetme ödevinin kapsamında olduğu da ifade edilmektedir³⁴⁰. Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararında kusur ilkesinin hem m. 38’de yer alan cezaların şahsiliği ilkesinde mündemiç olduğunu hem de hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olduğunu belirtmiştir.³⁴¹

³³⁸ NK-Hassemer/Kargl, § 1 kn. 20.

³³⁹ Meraklı, s. 70; Uğur Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 109, 2013, ss. 204-205.

³⁴⁰ Meraklı, s. 71. Aynı yönde bkz. Öztürk/Erdem, s. 52.

³⁴¹ AYM, T. 31.3.2021, E. 2020/35, K. 2021/26, R.G. 15.6.2021 – 31512, kn. 8. AYM, bir diğer kararında m. 38/7’nin gerekçesinden alıntı yaparak cezaların şahsiliği ilkesinin kusur ilkesi ile ilişkisini ortaya koymuştur. 7. fıkranın gerekçesi şu şekildedir: “...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve ‘kusura dayanan ceza sorumluluğu’ ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır.” Karşı oy yazısında da Anayasa m. 38/7’de yer alan cezaların şahsiliği ilkesinin kusur ilkesinin bir yansıması olduğu vurgulanmıştır. AYM, T. 10.12.2020, E. 2020/61, K. 2020/74, R.G. 17.3.2021 – 31426, kn. 6 ve Başkan vekili Hasan Tahsin Gökcan tarafından yazılan karşı oy yazısı, kn. 7. AYM bir diğer kararında, “Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini barındıran “cezaların şahsiliği ilkesi” gereğince kişilerin cezalandırılabilmesi için kusurlu bir davranışının bulunması gerekir.” ifadesiyle kusur ilkesinin cezaların şahsiliği ilkesine dahil olduğu hususunu vurgulamıştır. (AYM, T. 22.4.2015, E. 2015/35, K. 2015/40, R.G. 23.5.2015 – 29364). AYM’nin kusur ilkesini ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul ettiği ve örtülü olarak hukuk devleti ilkesi ile ilişkilendirdiği daha eski tarihli kararı için bkz. AYM, T. 19.02.2009, E. 2006/72, K. 2009/24, R.G. 25.06.2009 – 27269. Jescheck’in Anayasa m. 38’de düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin, kusur ilkesinin kabulü olarak anlaşılması gerektiği yönündeki görüşü AYM’nin yeni tarihli kararları ile desteklenmiştir. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında

Alman hukukunda da kusur ilkesinin anayasal bir ilke olduğu uzun zamandan beri kabul edilmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ilk kez 1966 yılında anayasadan “*nulla poena sine culpa*” (kusursuz ceza olmaz) ilkesine ulaşmıştır. Mahkeme kusur ilkesini, hukuk devleti ilkesinden çıkarsamıştır³⁴². Birkaç yıl sonra ise mahkeme yeni bir gerekçe oluşturarak kusur ilkesinin m. 1/1 ve m. 2/1 ile anayasal düzeyde korunan insan onurundan kaynaklandığını belirtmiştir³⁴³. O zamandan bu yana düzenli olarak kusur ilkesinin anayasal temelleri, farklı norm kombinasyonlarına dayanan gerekçeler ile belirtilmiştir³⁴⁴.

2. Kusur İlkesinin Cezanın Belirlenmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar

a. Kusur İlkesinin Cezanın Belirlenmesinde Geçerliliği Sorunu

Ceza hukukunun çağdaş gelişim düzeyini de ortaya koyan kusur ilkesi uyarınca günümüz ceza hukuku kişiyi ancak kusurlu neticeden sorumlu tutmaktadır³⁴⁵. Kusur ilkesi “kusursuz suç ve ceza olmaz”³⁴⁶ veya “kusursuz ceza olmaz”³⁴⁷ şeklinde ifade

Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, çev. Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, s. 29. Anayasa m. 38’de yer alan cezaların şahsiliği ilkesinin dolaylı olarak kusur ilkesine işaret ettiği yönünde bkz. Öztürk/Erdem, kn. 46; Koca/Üzülmüş, s. 51. Cezaların şahsiliği ilkesinin kusur ilkesinin bir sonucu olduğu yönünde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 78. Karş. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, (Kusurluluk), s. 48.

³⁴² BVerfGE 20, 331.

³⁴³ “Bu ilke anayasada öngörülmüş olan ve madde 1/1 ve madde 2/1’de koruma altına alınmış olan insan onuru ve şahsi sorumluluktan kaynaklanmaktadır ve bunlara kanun koyucu tarafından ceza hukukunun düzenlenmesi esnasında da dikkat edilmeli ve saygı gösterilmelidir.” BVerfGE 25, 285.

³⁴⁴ Müko- Miebach/Maier, § 46 kn. 18. Bazı kararlarda sadece hukuk devleti ilkesi, diğerlerinde sadece insan onuruna gönderme yapılırken bazı kararlarda da hukuk devleti ilkesi ve madde 1/1 (madde 2/1 olmaksızın) beraber kullanılmaktadır. En sık olarak hukuk devleti ilkesi, madde 1/2 ve madde 2/1 beraber anılmaktadır. Tüm yeni kararlarda kusur ilkesinin geçerliliği o kadar tabii görülmektedir ki neden hukuk devleti ilkesi, madde 1/1 ve madde 2/1’den kaynaklandığı izah edilmemektedir. Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 107. Kusur ilkesinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından gerekçelendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Tatjana Hörnle, “Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, **Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht-Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag**, (Ed. Ulrich Sieber), Heymann, Köln, 2008, ss. 325 vd.

³⁴⁵ Özbek ve diğerleri, s. 78; Öztürk/Erdem, kn. 46; Özgenç, s. 772 vd.

³⁴⁶ Özbek ve diğerleri, s. 78.

³⁴⁷ Özgenç, s. 772 vd.

edilmektedir. Bununla birlikte ilkeyi farklı şekillerde ifade eden görüşler arasında ilkenin anlamı ve kapsamı bakımından kayda değer bir fark bulunmamaktadır³⁴⁸. Öğretide³⁴⁹ ve mahkeme içtihatlarında³⁵⁰ kusurun hem cezalandırılabilmenin nedenini hem de sınırını oluşturduğu kabul edilmektedir. Kusurun cezalandırılabilmenin nedenini oluşturması kusursuz kişiye ceza verilemeyeceğini ifade eder. Kusurun cezalandırılabilmenin sınırını oluşturması ise cezanın kusurun oranını geçemeyeceğini ifade eder. TCK’da yer alan birçok düzenlemede kusur ilkesi somutlaştırılmaktadır³⁵¹.

Öğretide kusur ilkesinin dört farklı yönü bulunmakta olduğu ve bunların birbirinden ayrı ele alınması gerektiği de ifade edilmektedir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:³⁵²

- Kusurun cezanın verilmesine esas oluşturması
- Haksızlık ile kusur arasında bir birliktelik bulunması zorunluluğu
- Kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması
- Kusurun eyleme ilişkin kusur olarak anlaşılmasının gerekmesi

Buna mukabil Alman ceza hukuku öğretisinde kusur ilkesinin kapsamı “cezanın belirlenmesine esas oluşturma” sonucunu içerip içermediği yönünden tartışılmaktadır³⁵³. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, cezanın somut olayda oranlı

³⁴⁸ İfadeler arasındaki fark esasında kusurun suçun bir unsuru olup olmadığı meselesine ilişkin görüş farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Örneğin, ilkeyi “kusursuz ceza olmaz” şeklinde ifade eden Özgenç, kusurluluk ve haksızlık arasındaki ayrımı dayanarak “kusursuz suç ve ceza olmaz” şeklindeki ifadeyi kabul etmediğini vurgulamaktadır. Özgenç, s. 773.

³⁴⁹ Öztürk/Erdem, kn. 46; Özbek ve diğerleri, s. 78; Özgenç, s. 771; Koca/Üzülmez, s. 51; Meraklı, ss. 56-57; İçel, s. 623; Yerdelen, s. 61; Can Canpolat, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, ss. 120 vd.

³⁵⁰ “Bir ceza hukuku normunda öngörülen yaptırımın, konusu olan hukuki değeri korumaya elverişli olması ve ayrıca öngörülen cezanın da fiille orantılı bulunması gerekmektedir. Ceza yaptırımlarının fiille orantılı olması ilkesi 2 ve 13. maddelerden başka, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen ve kusur ilkesini barındıran ‘cezaların şahsiliği ilkesi’nin de bir gereğidir. ... Modern ceza hukuku, cezalandırmanın temelini kusura dayandırmakta ve kusur bulunmadığında kişinin cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Kusur ilkesinin sonucu olarak, ceza yaptırımının da kusurlu orantılı olması gerekir.” (AYM, T. 04/05/2017, E. 2015/41, K. 2017/98, RG. 3.8.2017 – 30143, Karşı oy gerekçesi)

³⁵¹ TCK m. 21, 22, 23, 25/2, 30/3, 4, 31, 32, 61/1 f.

³⁵² Meraklı, ss. 55-58. Karş. Özbek ve diğerleri, ss. 78-79.

³⁵³ Thomas Weigend, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.Geburtstag**, (Ed. Thomas Weigend ve Georg Küpper), de Gruyter, Berlin, 1999, (Verhältnismäßigkeit), ss. 927-928. Kusur ilkesinin kavramsal muğlaklığına ilişkin bkz. Joachim Hruschka, “Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 51, Sayı: 2, 1996, s. 68.

olup olmadığını incelerken, kusur ilkesini uygulamaktadır. Buna göre her ceza, fiilin ve failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olmalıdır³⁵⁴. Mahkeme, 1966 tarihli kusur ilkesini anayasal düzeyde kabul ettiğini bildirdiği ilk kararının gerekçesinde hem hukuk devleti ilkesinden hem cezaya içkin olan kınama kavramından, hem de ödetmeden yola çıkarak kusurun cezanın ölçüsü bakımından da esas alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır³⁵⁵. HÖRNLE, mahkemenin hukuk devleti ilkesine dayanan bu gerekçesini mahkemece açıkça ifade edilmemiş ek bir önerme ile desteklemektedir. HÖRNLE'nin ek önermesi şu şekildedir:³⁵⁶ “Cezaya içkin olan kınamanın yoğunluğu kendisini cezanın ağırlığında gösterir. Dolayısıyla cezanın ağırlığı kusurla orantılı olmalıdır.” Buradaki gerekçenin odak noktası cezanın dışı vurduğu kınamadır³⁵⁷.

WEIGEND'e göre “Hukuk devleti ve insan onuru ilkeleri sadece “kusursuz ceza olmaz” ilkesini anayasal bir ilke düzeyine getirmemekte bunun yanı sıra somut cezanın kusurla oranlı olmasını da güvence altına almaktadır” şeklindeki kabul gerekçeye muhtaçtır. Yazar, şu argümanı yeterli bir gerekçe olarak kabul etmektedir:

³⁵⁴ BVerfGE 6, 439; BVerfGE 45, 228; BVerfGE 50, 215; BVerfGE 86, 313; BVerfGE 96, 249; BVerfGE 120, 254. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1957 gibi erken bir zamanda soyut cezanın failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olmasının anayasal bir zorunluluk olduğu kanaatine varmıştır. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Anayasa'nın genel ilkelerinden özellikle de hukuk devleti ilkesinden, ceza tehdidin fiilin ve failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ceza tehdidi, türü ve miktarı itibarıyla ceza tehdidi ile yasaklanan davranış karşısında kesinlikle oransız ya da zalimane olmamalıdır. Bunu ihlal eden bir ceza kanunu anayasal düzenin bir parçası olamaz.” BVerfGE 6, 439.

³⁵⁵ “Hukuk devleti ilkesi sadece hukuki güvenliği değil, maddi adaleti de kapsar. Maddi adalet tipiklik ile hukuki sonuç arasında adil bir ilişkinin kurulmasını gerektirir. Ceza, sırf önlemeyi amaçlayan tedbirlerin aksine önleme amacının yanında bastırma ve ödetmeyi de amaçlar. Ceza ile fail hukuka aykırı davranışından ötürü kınanır. Böyle bir kınama, kınanabilirliği bir başka ifade ile cezai kusuru şart koşar. Aksi halde ceza, hukuk devletine aykırı olarak kişinin sorumlu olmadığı bir durumun ödetilmesi olurdu.” BVerfGE 20, 331.

³⁵⁶ Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 109.

³⁵⁷ Zaten HÖRNLE, cezanın meşruiyetini onun dışavurumcu-iletişimsel (expressiv-kommunikativ) işlevinde görmektedir. Bu sebeple de kusurun cezanın belirlenmesinde esas oluşturması gerektiği görüşünün gerekçesini bu nokta üzerine inşa etmektedir. Bkz. Hörnle, ss. 112-118, 135-136; Hörnle, *Straftheorien*, ss. 31-46; Tatjana Hörnle, “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie**, (Ed. Andreas von Hirsch ve diğerleri), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, (deutsche Diskussion), ss. 24-28. Cezanın bir kınama ifade etmesi ve kınamanın yoğunluğu ile cezanın ağırlığı arasındaki ilişki üzerinden cezanın belirlenmesi-kusur ilişkisini açıklayan diğer görüşler için bkz. Andrew von Hirsch, **Censure and Sanctions**, Oxford University Press, Oxford, 1996, (Censure), s. 15; Andrew von Hirsch ve Nils Jareborg, **Strafmaß und Strafgerechtigkeit: Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität**, Forum Vlg Godesberg, Bonn, 1991, s. 12.

Eğer kusursuz ceza verilememesi gerekiyorsa, o halde kusurlu olarak gerçekleştirdiği haksızlıkla ilişkili olmayan bir ceza miktarının faile verilmesi de kabul edilemez³⁵⁸.

En baştan şunu belirtmek isteriz: Kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturduğu kabul edilse bile cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin şu soruların kesin cevaplarına bu ilkeden ulaşmak mümkün değildir:

1. Kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde kullanılacak ve kullanılmayacak ölçütler nelerdir?³⁵⁹
2. Kusurla oranlı ceza belirli bir nokta mıdır? Yoksa kusurla oranlı olan cezaları kapsayan bir aralıktan söz edilebilir mi?
3. Kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmenin ceza ağırlığı olarak karşılığı alt ve üst sınırlar arasında nasıl konumlandırılmalıdır?³⁶⁰

Kusur ilkesinin sınırlarına işaret etmekte olan bu durum kabul edilebilir bir durumdur. Zira Anayasal ilkeler genellikle sadece – içerisinde çeşitli tartışmalara da alan tanıyan – bir çerçeve sunmaktadırlar.

Sonuç olarak, kusur ilkesi cezanın belirlenmesinde de uyulması gereken bir ilkedir ve kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturmasını da kapsar. Bu belirlenmenin ardından daha detaylı olarak kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturmasının ne anlama geldiğinin incelenmesine geçilebilir.

b. Kusurun Cezanın Belirlenmesine Esas Oluşturmasının Anlamı

(1) Sorunun tespiti

Kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturmasının ne anlama geldiği kendiliğinden anlaşılır ve açık bir mesele olmayıp, bunun kesin bir biçimde ifade edilmesi zorunludur³⁶¹. Her ne kadar faile kusurunun ağırlığından daha fazla bir

³⁵⁸ Weigend, Verhältnismäßigkeit, ss. 927-928.

³⁵⁹ Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 113; Weigend, Verhältnismäßigkeit, s. 928.

³⁶⁰ Alman hukukunda ileri sürülen görüşler için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 1170 vd.

³⁶¹ Zira kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturmasından ne anlaşıldığı cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik geliştirilecek yaklaşımın dayanaklarından birini teşkil eder.

cezanın verilemeyeceği genellikle kabul edilmekteyse³⁶² de kusurunun ağırlığından daha az bir cezanın verilip verilemeyeceği üzerinde fikir birliğine varılamamıştır³⁶³. Temel olarak, kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturmasının, cezanın mutlaka failin kusuru oranında (ondan ne daha az ne daha fazla) verilmesi gerektiği anlamına mı yoksa kusurun ağırlığının sadece cezanın üst sınırını oluşturduğu ve fail hakkında meşru nedenlerle kusurundan daha az bir cezaya hükmedilebileceği anlamına mı geldiği tartışılmaktadır. Cezanın belirlenmesi teorilerinin çoğunun odağında bu tartışma yer almaktadır.³⁶⁴

Kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması, “cezanın (ağırlığının), failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olması” gerekliliği olarak da ifade edilebilir³⁶⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere konunun temel tartışması bu gerekliliğin kapsamına ve sınırlarına ilişkindir. Bu tartışmaya geçmeden önce “cezanın (ağırlığının), failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olması” formülünde³⁶⁶ yer alan iki kavram – kusurun ağırlığı ve oranlı olma – kısaca açıklanacaktır. Cezanın ağırlığı kavramı, ceza kavramı başlığı altında açıklandığı için burada sadece seçimlik ceza öngören düzenlemelerde cezaların ağırlıklarına göre sıralanmasının kusurla oranlı cezanın belirlenmesinde nasıl bir işlev üstlendiği gösterilmektedir. Ardından cezanın ağırlığının, failin kusurunun ağırlığı ile oranlı olması gerekliliğinin kapsamı ve sınırlarına ilişkin tartışma açıklanarak görüşümüz belirtilecektir.

³⁶² Özbek ve diğerleri, s. 78; Öztürk/Erdem, kn. 46; Demirbaş, s. 63; Özgenç, s. 771; Koca/Üzülmez, s. 51. Meraklı, s. 57; Hans-Heinrich Jescheck, “Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht”, **Festschrift für Koichi Miyazawa**, (Ed. Hans-Heiner Kühne), Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, (Kriminalpolitik), s. 368.

³⁶³ Schäfer ve diğerleri, kn. 823 vd; Kristin Tomforde, **Die Zulässigkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe aus präventiven Gesichtspunkten**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999, s. 11.

³⁶⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 820 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 96 vd.

³⁶⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, oranlı olma gereğini “adil bir ilişki” ya da “uygun bir ilişki” olarak da ifade etmektedir. Bkz. BVerfGE 6, 439; BVerfGE 45, 228; BVerfGE 50, 215; BVerfGE 86, 313; BVerfGE 96, 249; BVerfGE 120, 254.

³⁶⁶ Bu ifade gerçekten de bir matematik formülüne benzetilebilir: Kusurun ağırlığı [oranlılık] cezanın ağırlığı.

(2) Cezanın kusur ile oranlı olması

İlk olarak açıklanacak kavram kusurun ağırlığıdır. Buradaki kusur kavramı, cezanın belirlenmesi kusuru (*Strafzumessungsschuld*) olarak isimlendirilmektedir. Cezanın belirlenmesi kusurunun maddi içeriğine ilişkin asıl açıklamayı ikinci bölümde yapmayı ve burada sadece üç noktaya değinmeyi uygun görüyoruz. Birinci nokta, cezanın belirlenmesi kusuru ile cezaya esas oluşturan kusurun (*Strafbegründungsschuld*) farklarına ilişkindir: Buradaki kusur, derecelendirilebilir niteliktedir³⁶⁷ – ki ağırlığından söz etmekteyiz – ve daha geniş ve farklı bir anlama sahiptir.³⁶⁸ İkinci nokta, cezanın belirlenmesi kusurunun şu niteliklerine ilişkindir: bu kusur, ahlaki kusur değil hukuki kusurdur³⁶⁹ ve karakter kusuru/yaşam tarzı kusuru değil fiil kusurudur.³⁷⁰ Kusurun ağırlığının ölçülmesinde failin kişiliğine, karakterine ve yaşam tarzına dayanılmaz, failin işlediği eylem bakımından kusurunun ağırlığının göz önünde tutulması gerekir.³⁷¹ Üçüncü nokta ise cezanın, kusurun ağırlığı ile oranlı olması gereğinin farklı şekillerde formüle edilmesine ilişkindir: kusur kavramı *Schuld* ya da *Verschulden* olmak üzere iki ayrı şekilde³⁷² ifade edilebildiği gibi yanına “ve

³⁶⁷ TCK m. 61/1, f bendinde “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını”nın temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmektedir. Ancak kanundaki ifade, cezanın belirlenmesine esas oluşturan kusurun ağırlığından daha dar kapsamlı bir içeriğe işaret etmekte ve yetersiz kalmaktadır. Aynı yönde bkz. Meraklı, s. 87.

³⁶⁸ Meraklı, ss. 85-88. Bu kavramın ne kadar farklı ve ne kadar geniş olduğu ise çok tartışmalıdır. Bu konu aşağıda İkinci Bölümde detaylı olarak incelenmektedir.

³⁶⁹ Hukuki kusur – ahlaki kusur ayrımı için bkz. Meraklı, ss. 72-77.

³⁷⁰ Meraklı, s. 57; Koca/Üzülmez, s. 51; Günter Stratenwerth, **Tatschuld und Strafzumessung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1977, s. 7.

³⁷¹ Meraklı, ss. 81-82; Özbek ve diğerleri, s. 78; Öztürk/Erdem, kn. 48; Özgenç, s. 772.

³⁷² Alman Federal Anayasa Mahkemesi failin kusurundan söz ederken, “Schuld” ifadesi yerine “Verschulden” ifadesini kullanmaktadır. “Verschulden” kavramı dilbilimsel olarak fiil ile genel “Schuld” kavramına göre daha yakın bir ilişkiye işaret etmektedir. “Schuld” kavramı, onu failin düşünceleri, eğilimi, yaşam biçimi ve/veya karakteri ile ilişkilendiren yorumlara açıktır. Nitekim “Verschulden” kelimesinin tercih edilmesi, mahkemenin geniş bir kusur fikri yerine fiil kusuruna gönderme yapmak istediğinin bir delili olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte bilinçli olarak bir ayırımı ve sınırlamanın bir başka ifade ile daha dar bir fiil kusuru anlayışının düşünüldüğü sonucuna eldeki verilerin yetersizliği karşısında kesin olarak varılamamaktadır. Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 111. Farklı kusur kavramları için ayrıca bkz. Wolfgang Frisch, “Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung”, **Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Guido Britz, Heike Jung, Heinz Koriath ve Egon Müller), C. H. Beck, München, 2001, (Schuld), ss. 243 vd.

fiilin ağırlığı” ibaresi eklenmek suretiyle³⁷³ de kullanılabilir. Kusur kavramına “ve fiilin ağırlığı” şeklindeki bir ek getirilmesinin kusur ilkesinin faile sağladığı güvenceyi sağlamlaştırmak ya da pekiştirmek için gerekli olmadığı ve hatta anlam bakımından olumsuz bir etki yarattığı kanaatindeyim³⁷⁴. Zira, buradaki kusur da fiil kusurudur ve kusurun ağırlığı, fiilin ağırlığını da içeren bir anlama sahiptir. Fiilin ağırlığının ayrıca belirtilmesi ile “kusurun cezanın belirlenmesinde esas oluşturması” ifadesindeki kusur kavramı içeriği bakımından iyice belirsiz hale getirilmektedir³⁷⁵.

İkinci olarak “oranlı olma” kavramı ele alınmaktadır. Bu itibarla kusur ilkesi bağlamında oranlılık ilkesinin incelenmesi gerekir³⁷⁶. Kusurla oranlı cezada, kusurun ağırlığı ile cezanın ağırlığının birbirine uygun hale getirilmesi, kusurun ağırlığı artarken cezanın ağırlığının da doğru orantılı olarak artması söz konusudur. Cezaların oranlılığı bakımından iki temel felsefî anlayış bulunmaktadır: nispi ve mutlak oran³⁷⁷. Nispi oranlılık bir suçun cezasını bir diğer suçun cezasına göre sıralarken; mutlak

³⁷³ Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, cezanın, fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile orantı içerisinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. BVerfGE 6, 439; BVerfGE 45, 228; BVerfGE 50, 215.

³⁷⁴ Buna karşılık HÖRNLE Alman Federal Anayasa Mahkemesinin “fiilin ağırlığı ve failin kusuru” şeklindeki kullanımından şu çıkarımlara ulaşmaktadır: Birincisi, mahkeme için fiilin ağırlığı esaslı bir faktördür. Bu bakımdan neticenin haksızlığı ön plana çıkmaktadır. İkincisi, failin kusuru cezanın ölçüsü bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Sadece failin hareketinin onun tarafından öngörülmüş olan veya onun bakış açısıyla öngörülebilen olan etkileri cezayı arttırıcı yönde değerlendirilebilir. Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 112.

³⁷⁵ Zaten kusur kavramı belirsiz bir kavram olması sebebiyle öteden beri eleştirilmektedir. Bkz. Stratenwerth, s. 5; NK-Streng, § 46 kn. 98. Ancak yeni terimler üretilmesi ile bu belirsizliğin önüne geçmek şöyle dursun daha da artacağı kanaatindeyiz.

³⁷⁶ Oranlılık ilkesi cezanın belirlenmesinde çoğunlukla kabul görmüş ilkelerden bir tanesidir. Genellikle oranlılık ilkesi cezanın ağırlığı ile suçun/fiilin ağırlığı arasında bir oran olması gerekliliği olarak anlaşılmaktadır. Nitekim TCK m. 3/1 “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunur” düzenlemesi de bu anlayışa bir örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte oranlılık ilkesi sadece ceza ve suç arasındaki orantıyı ifade etmek üzere kullanılmamaktadır. Oranlılık ilkesi farklı şekillerde de kurgulanabilir: Cezanın ağırlığı ile ceza vasıtasıyla elde edilecek faydalar arasında oran (*ends-benefits proportionality*) / alternatif araçlar arasındaki ilişkiden kaynaklanan orantı (*alternative means proportionality*) / genel önleme etkisi / özel önleme etkisi arasında oran. Cezanın ne ile oranlı olması gerektiğine normatif bir değerlendirmeden ulaşılmaktadır. Özellikle de cezanın meşruiyetine/amaçlarına ilişkin görüşler cezanın ne ile oranlı olması gerektiğini de kendi kurguları çerçevesinde açıklamaktadır. Bu bölümde cezanın kusur ile oranlı olması incelenmekte olup, oranlılık ilkesinin farklı görünüşleri, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak oranlılık ilkesi ve kusur ilkesinin oranlılık ilkesi ile ikame edilemeyeceği tartışması aşağıda “oranlılık ilkesi” başlığı altında incelenmektedir.

³⁷⁷ Alec Walen, "Retributive Justice", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Ed. Edward N. Zalta), Winter 2016 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>, (01.06.2022).

orantılılık bir cezanın ağırlığını mutlak olarak tespit etmeye çalışır³⁷⁸. Ağırlıklı olarak Anglo-Amerikan hukuk öğretisinde geliştirilmiş olan oranlılığa yönelik bu değerlendirmeler esasında soyut cezanın belirlenmesinde oranlılık ilkesinin nasıl gözetilmesi gerektiğine ilişkin olup mahkemeye cezanın belirlenmesinde başvurabileceği somut yönergeler sağlamamaktadır³⁷⁹. Peki mahkeme somut olayda kusur bağlamında oranlılık ilkesini nasıl hayata geçirebilir?

Mahkeme tarafından ceza belirlenirken basit bir ölçüm faaliyetinde bulunulmamakta, bunun yerine çoklu tartım ve dönüştürme işlemleri gerçekleştirilmektedir³⁸⁰. Mahkemenin pek tabii kusurun ağırlığını tartı ile tartması, cetvel ile ölçmesi ya da bir kaba doldurup kaç litre olduğunu tespit etmesi mümkün değildir, ancak mahkemeden failin kusuruna ilişkin değerlendirmesinin ardından sanki cetvel kullanıyormuşçasına nicelik belirten bir değere ulaşması beklenmektedir: ilgili failin kusurunun ağırlığı, beş yıl üç ay değerindedir.³⁸¹ Mahkemenin kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmesi gerçek manada bir ölçüm değildir, doğası gereği normatif ve nitel bir tespittir. Cezanın kusurla oranlı olarak belirlenmesi için şu yol

³⁷⁸ Richard S. Frase ve diğerleri, “Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany”, **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice**, (Ed. Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend ve Alexander Heinze), Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 215. Nispi oranlılık, suç tiplerinin birbirleriyle kıyaslanmasını ve cezalarının failin ağırlığına göre sıralanmasını ifade etmektedir: örneğin, kasten öldürme yaralamadan daha ağırdır, yağma basit hırsızlıktan daha ağırdır, kasten öldürme taksirle öldürmeden daha ağırdır vb. Buna uygun olarak cezalarının da daha ağır olması gerekir. Aynı suç için de failin ağırlığı ile cezanın doğru orantılı olarak artacağı kabul edilir. Bununla birlikte bu tür bir sıralamada ilgili suçun cezasının hangi rakamsal değere denk düştüğünü (hapis cezası bakımından ay veya yıl sayısı, para cezası bakımından gün sayısı) belirlemek ikinci bir adımı gerektirir. Hörnle, Strafzumessungslehre, ss. 110-111.

³⁷⁹ Kanunilik ilkesinde de vurgulandığı üzere kanun koyucu soyut cezaları belirlerken failin ağırlığı ile cezayı tür ve miktarı bakımından birbirine uyumlu hale getirmeli ve mahkemenin kusurla oranlı bir cezayı belirlemesine imkan sağlayacak şekilde cezanın alt ve üst sınırlarını tespit etmelidir. Bu bakımdan öğretide geliştirilmiş olan bu görüşler-teoriler oldukça değerlidir. Örneğin, TCK m. 141 uyarınca basit hırsızlık, m. 86/1 uyarınca basit kasten yaralama suçları bir yıldan üç yıla kadar hapis ve cezası ile cezalandırılırken; m. 148/1 uyarınca basit yağma suçunun cezası altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Hırsızlık ve kasten yaralama suçlarını işlemiş bir fail en fazla altı yıl alacak iken; bileşik suç niteliğindeki yağma suçunun cezası en az altı yıldır. Bu durumda yağma suçunun cezasının nispi oranlılığa uygun olmadığı söylenebilir.

³⁸⁰ Giannoulis, ss. 8-9.

³⁸¹ Cezanın belirlenmesinin en zor yargısal faaliyetlerden biri olarak kabulünün bir sebebi de budur. Cezayı belirleyen hakim(ler), bir davranışın hangi suçu oluşturduğu ve hangi ceza hukuku kurallarının olayda uygulanacağını tespit ederken başvurdukları tasım (Syllogismus) ve alta-koyma/altlama (Subsumption) yöntemlerinden cezanın belirlenmesi aşamasında sınırlı olarak faydalanabilmektedirler.

izlenebilir: Mahkeme, kusurun ağırlığını, en az ve en çok olarak nitelendirilen iki nokta arasındaki hayali bir çizgiye yerleştirir. Ardından bu konumun karşılığını cezanın alt ve üst sınırları arasındaki hayali çizgide tespit eder. Buradan da cezanın miktarına ulaşır. Bu şekilde failin kusuruna ilişkin nitel değerlendirmesini cezanın miktarını ifade eden nicel bir değere dönüştürür. Cezanın kusurla oranlı olması zorunluluğu, kusurun ağırlığının içine yerleştirildiği skaladan, ilgili suçun karşılığı olarak öngörülmüş olası tüm cezaların yer aldığı skalaya geçişte yerine getirilir. Dolayısıyla kusur ilkesi bağlamında oranlılık ilkesi işlevini, örneğin failin kusurunun ağırlığının az olarak nitelendirildiği bir durumda, cezanın ağırlığının da az olarak kabul edilen bir miktarda – alt sınırdan ya da ona çok yakın bir noktadan – belirlenmesi suretiyle gerçekleştirir. Kanunda seçenek yaptırımların öngörülmesi halinde cezanın türünün belirlenmesinde de kusurla oranlı ceza ilkesinin gözetilmesi gerekir.

Son olarak, cezanın failin kusuru ile oranlı olmasının, kısasa kısas olmadığını vurgulamakta fayda görmekteyiz. Oranlılık ilkesinden, mağdurun uğradığı zararın yoğunluğuyla aynı yoğunlukta faile zarar veren bir cezaya hükmedilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz³⁸².

(3) Cezanın kusur ile oranlı olması gerekliliğinin kapsamı ve sınırları

Kusur ilkesi uyarınca faile kusurundan daha ağır bir ceza verilemez. Cezanın failin kusurunu aşamayacağı tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir. Faile kusurundan daha ağır bir ceza verilememesi mutlak bir ilkedir. Bu itibarla genel ve özel önleme amacına yönelik gerekçelerle dahi buna istisna getirilemez³⁸³. Caydırma, suçla mücadele gibi gerekçelerle faile kusurundan daha ağır bir ceza verilmesi insan onuru ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira fail böyle bir ceza artırımı vasıtasıyla suç siyasetinin salt nesnesi haline getirilmiş olur³⁸⁴. Zaten, genel önleme etkisinin ancak

³⁸² Özellikle de kusur ve ceza arasındaki adil oran, mağdurun öldürülmesine karşılık failin de mutlaka öldürülmesi gerektiği anlamına gelmez. Bu şekilde nispi oranın tamamen göz ardı edildiği bir belirleme sisteminin kusur ilkesi ile bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 110. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de temel olarak nispi oranlılığı kabul etmektedir.

³⁸³ Schäfer ve diğerleri, kn. 820.

³⁸⁴ Heinz Zipf, *Die Strafmaßrevision*, C. H. Beck, München, 1969, s. 110; Wolfgang Frisch, “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, *Zeitschrift für*

ceza adil ve hak edilmiş olursa ortaya çıkabileceği ve kusurla oranlı cezanın adil ve hak edilmiş olduğu da haklı olarak ifade edilmektedir³⁸⁵.

Özellikle de güvenlik düşüncesiyle cezanın kusurun ağırlığını aşması mümkün değildir. Eğer failin toplum güvenliği bakımından arz ettiği tehlikelilik hali onun kusurla oranlı cezanın belirttiğinden daha uzun bir süre toplumdan uzak tutulmasını gerektiriyor ise, ancak güvenlik tedbirlerine başvurulabilir. Kusur ilkesi, ceza ve güvenlik tedbirinin net bir şekilde birbirinden ayrılmasını gerektirir³⁸⁶. Benzer şekilde fail üzerinde istenen etkiyi sağlaması amacıyla da kusurla oranlı cezanın belirttiğinden daha uzun bir ceza miktarına hükmedilemez. Örneğin, infaz kurumunda bir eğitim programını tamamlamasına imkan sağlamak amacıyla kusurun ağırlığı bakımından olması gerekenden daha uzun bir ceza miktarının belirlenmesi meşru değildir³⁸⁷.

Faile kusurundan daha az bir ceza verilip verilemeyeceğine ilişkin olarak ise çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar tarafından kusur ilkesi uyarınca failin kusurundan daha az bir cezaya hükmedilemeyeceği³⁸⁸ bazı yazarlar tarafından hükmedilebileceği savunulmaktadır³⁸⁹. Bazı yazarlar ise bu konuda açık bir görüş bildirmemektedirler³⁹⁰. TCK tarafından öngörölmüş olan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sistemi değerlendirildiğinde, faile kusurundan (hem miktar hem de tür olarak) daha az ağırlıkta bir ceza verilebileceğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır³⁹¹. Ceza failin kusurundan daha az olamaz şeklinde görüş bildiren çoğu yazar bireyselleştirmeye

die gesamte Strafrechtswissenschaft, Cilt: 99, Sayı: 3, 2009, (Zukunftsperspektiven Teil I), s. 367; Özgenç, s. 624.

³⁸⁵ Claus Roxin, "Prävention und Strafzumessung", **Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, Heymanns, Köln, 1978, (Prävention), s. 196.

³⁸⁶ Özbek ve diğerleri, s. 79; Schäfer ve diğerleri, kn. 821.

³⁸⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 821.

³⁸⁸ Örneğin; Özbek ve diğerleri, s. 78; Demirbaş, s. 63; Ersoy, s. 207. Özgenç, cezanın kusurdan daha az olmaması gerektiğini ancak bunun şahsi cezasızlık sebebi, cezayı bertaraf eden şahsi hal gibi bir nedenle failin cezalandırılmamasına engel olmayacağını ifade etmektedir. Özgenç, s. 772.

³⁸⁹ Meraklı, s. 57.

³⁹⁰ Örneğin; Öztürk/Erdem, kn. 46 vd; Koca/Üzülmez, s. 51.

³⁹¹ TCK m. 62'de düzenlenen takdiri indirim nedenleri m. 61'e göre belirlenmiş olan ceza miktarının kusura etki etmeyen hususlar göz önünde bulundurularak indirilmesine imkan tanımaktadır. Bu hüküm ile tam anlamıyla faile kusurundan daha az bir ceza verilmektedir. TCK m. 50, 51 ve CMK m. 231'deki düzenlemeler ise kusurla oranlı ceza yerine ondan daha hafif bir ceza reaksiyonunun tercih edilmesi suretiyle cezanın modalitesinin değiştirilmesi imkanını tanımaktadır.

karşı çıkmamaktadır³⁹². Bu sebeple “ceza failin kusurundan daha az olamaz” ifadesi ile neyin kastedilmiş olduğu anlaşılamamaktadır. Belki de kusurun altında ceza belirlememek gerektiği yönündeki görüşler sadece temel cezanın belirlenmesi aşamasına yönelik olarak ileri sürülmektedir. Ancak nasıl ki “ceza failin kusurundan daha fazla olamaz” ifadesi fail hakkında hükmedilen sonuç ceza bakımından bir anlam ifade ediyorsa, “ceza failin kusurundan daha az olamaz” ifadesi de faile kusurlu işlemiş olduğu haksızlık sebebiyle gösterilen ceza hukuku karşılığı bakımından bir anlam ifade etmelidir. Dolayısıyla eğer kusur ilkesinin, “faile kusurundan daha az bir ceza verilemez” anlamına geldiği kabul ediliyor ise buna imkan sağlayan hukuki vasıtaların ya reddedilmesi ya da neden kabul edilebilir olduklarının gerekçelendirilmesi gerekir.

Alman ceza hukuku öğretisinde ve yargı içtihadında kusurla oranlı cezanın altına inilmesi konusuna ilişkin temel olarak dört görüş bulunmaktadır³⁹³.

Sabit ceza teorisine (*die Theorie der Punktstrafe*) göre kusurun ağırlığı/ölçüsü sadece cezanın miktarına etki eder. Bu teori, önem sıralaması teorisi (*Stellenwerttheorie*) ya da basamaklar teorisi (*Stufentheorie*)³⁹⁴ olarak da isimlendirilmektedir. Bu teoriye göre mahkeme birinci basamakta kusurlu haksızlığa göre hapis cezasının miktarını alt ve üst sınırlar arasında belirler. Bu aşamada kusur dışında bir gerekçe ile cezanın miktarının arttırılması ya da azaltılması mümkün değildir. İkinci basamakta önleme amacı göz önünde bulundurularak kusur oranında belirlenmiş olan hapis cezasına mı yoksa başka bir cezaya mı hükmedilmeyeceği ve hükmedilen cezanın infaz ettirilip ettirilmeyeceğine karar verilir. Bir diğer ifadeyle hapis cezasının miktarının belirlenmesinde sadece kusurun ağırlığı esas alınırken, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi ya da ertelenmesi konusunda sadece önleme amacı gözetilir. Bu şekilde mahkemenin faile uygulanacak olan somut cezayı belirlemesi (geniş anlamda cezanın belirlenmesi) süreci iki basamağa ayrılmaktadır³⁹⁵. Her ne kadar bu teori cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecine getirdiği netlik/açıklık sebebiyle etkileyici bulunmaktaysa da Al. CK § 46’daki düzenleme ile bağdaştırılamadığından kabul edilmemektedir³⁹⁶.

³⁹² Özbek ve diğerleri, ss. 699 vd.; Demirbaş, s. 684; Özgenç, ss. 1001 vd.

³⁹³ Schäfer ve diğerleri, kn. 823.

³⁹⁴ SK-Horn, § 46 kn. 33 vd.

³⁹⁵ SK-Horn, § 46 kn. 33 vd.

³⁹⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 825.

Cezanın belirlenmesini bir sosyal tasarım/inşa/biçimlendirme eylemi olarak kabul eden teoriye (*die Theorie der Strafzumessung als eines sozialen Gestaltungsakts*) göre kusurla oranlı ceza alt ve üst sınırlar arasında tespit edilebilen sabit bir noktadır. Ancak bu belirli miktardaki (ve kusurla oranlı olan) ceza, genel ve özel önleme amacıyla – nokta ceza teorisinden farklı olarak – hem miktarı hem de türü itibariyle değiştirilebilir, yeter ki ceza halen kusurun denkleştirilmesi teşkil etsin³⁹⁷.

Al. CK’da yer alan bazı düzenlemelere³⁹⁸ dayandırılan bir diğer görüşe göre kusurla oranlı cezanın altına inilmesi özel önlemeden kaynaklanan zorunlu sebeplerin varlığı halinde ve hukuk düzeninin korunması mutlaka kusurla oranlı cezaya hükmedilmesini gerektirmiyorsa mümkündür³⁹⁹. Burada savunulan görüş, cezanın amaçlarına ilişkin (Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen) anlayışa uygunluğu sebebiyle doğru bulunmaktadır⁴⁰⁰. Ancak özel önleme amacıyla failin kusurundan daha az bir cezaya hükmedilmesinden genel önleme sebebiyle vazgeçilmesinin doğru olup olmadığı tartışılmaktadır⁴⁰¹.

Kusur çerçevesi (*Schuldrahmen*) ya da takdir alanı (*Spielraumtheorie*) teorisine⁴⁰² göre kusurla oranlı ceza nokta ceza teorisinin aksine belirli bir ceza miktarını değil kanuni alt ve üst sınırlar arasında yer alan ve ondan daha dar olan bir ceza aralığını – kusur çerçevesini/takdir alanını – ifade eder. Bu aralık içerisindeki tüm cezalar kusurla oranlıdır. Önleme amacı ancak bu kusur çerçevesi içerisinde gözetilebilir. Mahkeme, genel önleme veya özel önleme sebebiyle bu çerçevenin üst sınırına yaklaşılabilmesi gibi yine özel önleme sebebiyle alt sınırına yaklaşılacaktır⁴⁰³. Bununla birlikte takdir edilen bu kusur çerçevesinin üzerine çıkılması mümkün olmadığı gibi altına inilmesine de izin verilmemektedir. Cezanın

³⁹⁷ Eduard Dreher, “Über Strafrahmen”, **Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70 Geburtstag**, (Ed. Wolfgang Frisch ve Werner Schmid), Heymann, Köln/Berlin, 1978, (Strafrahmen), ss. 163-164.

³⁹⁸ Al. CK parag. 46/1, c. 2, 47, 56 vd.

³⁹⁹ Karl Lackner, **Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre**, C. F. Müller, Heidelberg, 1978, ss. 24-25; Aynı yönde bkz. Frisch, *Zukunftsperspektiven Teil I*, s. 367.

⁴⁰⁰ Bu anlayışa göre kusurun denkleştirilmesi tek başına cezanın amacı olarak kabul edilemez ve ceza ancak ceza hukukunun önleme görevine hizmet ettiği müddetçe meşrudur.

⁴⁰¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 827.

⁴⁰² Bu teori hem Alman Federal Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında savunulmakta (Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiş çeşitli kararlar için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 828 vd.) hem de öğretideki baskın görüşü oluşturmaktadır. NK-Streng, § 46 kn. 97; Thomas Fischer, “§ 46”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, (Fischer, § 46), kn. 20.

⁴⁰³ Bruns/Güntge, ss. 121 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 97; Schäfer ve diğerleri, kn. 830.

miktarının belirlenmesi esnasında önleme amacı bir rol oynamaktadır⁴⁰⁴. Bu teorisin avantajı esneklik sağlamasıdır. Dezavantajları ise önleme amacıyla kusurun altında bir cezanın belirlenmesine imkan sağlamaması ve birden fazla ceza miktarının kusurla oranlı adil bir ceza olabilmesinin zor kavranan bir durum olmasıdır⁴⁰⁵. Dahası bu teori bakımından temel nitelikteki önlemenin ancak kusur çerçevesi içerisinde gerçekleştirilebilir olduğu savı şüpheyle karşılanmaktadır⁴⁰⁶.

Anglo-Amerikan hukukunda da benzer bir tartışma oranlılık ilkesi çerçevesinde yapılmaktadır. Ödetici ceza teorisine (*retributive theory*) göre cezanın belirlenmesinde failin işlediği suç bakımından kınanabilirliğinin (*blameworthiness*) ölçüsü esas alınmalıdır. Failin kınanabilirliğinin ölçüsü, suçla neden olunan zarar ya da tehlike neticesinin niteliği ve ağırlığı ile kusurunun ağırlığına bağlıdır. Ödetici ceza teorisi, oranlılık ilkesini cezanın failin kınanabilirliğinin/kusurunun ölçüsünde olması gerekliliği olarak anlamaktadır. Oranlılık ilkesinin kapsamı bakımından iki görüş ileri sürülmektedir: pozitif ödeticilik ilkesi ve negatif ödeticilik ilkesi⁴⁰⁷. Pozitif ödeticilik ilkesine göre ceza failin kusuru ile orantılı olmak zorundadır. Devletin faile kusuru oranında bir ceza uygulaması hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bu ilke cezanın failin kusurunu aşmasına izin vermediği gibi failin kusurundan daha az bir ceza miktarı ile cezalandırılmasına da karşı durur⁴⁰⁸. Buna karşılık negatif ödeticilik ilkesi kusurun cezanın alt ve üst limitlerini belirlediğini bu limitler içerisinde başka gerekçelerle cezanın belirlenebileceğini ifade eder. Bu görüşün en önde gelen savunucusu Morris'e göre kusurun ölçüsü cezanın ağırlığını kesin olarak tespit etmek bakımından yetersizdir, dolayısıyla bir cezanın oransız olduğunun kabulü için bu cezanın failin kusuruna oranla ya açıkça ağır ya da açıkça hafif olması gerekir. Bu sınırlar içerisindeki bir ceza miktarının hak edilmemiş olduğu iddia edilemez⁴⁰⁹. Negatif

⁴⁰⁴ Hans-Gerd Meine, "Der Schuldrahmen in der Praxis der Strafzumessung", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sayı: 4, 1994, ss. 161 vd.

⁴⁰⁵ Schäfer ve diğerleri, kn. 838. Teorinin sınırlarına ilişkin olarak bkz ve karşı. NK-Streng, § 46 kn. 100-101.

⁴⁰⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 838. Özellikle bkz. Hörnle, *Strafzumessungslehre*, ss. 116-117.

⁴⁰⁷ Frase ve diğerleri, s. 215.

⁴⁰⁸ Andrew von Hirsch, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Rutgers University Press, New Jersey, 1985, (Sentencing), ss. 40 vd.; von Hirsch, *Censure*, ss. 18-19; Andrew von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences*, Bloomsbury Publishing, London, 2017, (Deserved), ss. 17 vd.

⁴⁰⁹ Norval Morris, *Future of Imprisonment*, University of Chicago Press, Chicago, 1974, ss. 60 vd.; Norval Morris, *Madness and the Criminal Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, s.

ödeticilik ilkesini savunan bir diğer görüş, pozitif ödeticilik görüşüne failin kusuru oranında cezanın bir dereceye kadar belirlenebilir olduğu konusunda katılmaktadır. Ancak pozitif ödeticilikten farklı olarak devletin sadece kusuru aşan bir ceza uygulamasının yasak olduğunu bununla birlikte kusurun altında bir ceza uygulamasının haklı gerekçelerle kabul edilebilir olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre kusurun ağırlığıyla oranlı cezanın tamamının verilmesi gerekli değildir. Kusurun ağırlığı ile tespit edilen üst sınırı katidir, ancak alt sınır daha esnekler ya da yoktur. Cezanın alt sınırı, suçla mücadele, cezanın ifadesel-dışavurumcu işlevi ve benzer suçlara açıkça eşit olmayan cezaların uygulanmaması gibi diğer cezalandırma amaçları tarafından belirlenir⁴¹⁰.

Görüşümüz: Kusur ilkesinin, faile kusurundan daha fazla bir ceza verilmesini yasakladığı muhakkaktır. Bununla birlikte kusur ilkesinden, meşru amaçlarla failin kusurundan daha az bir ceza verilmesinin yasak olduğu sonucuna ulaşamaz. Kusur ilkesi cezanın belirlenmesini yöneten en önemli ilke olmakla birlikte tek ilke değildir. Kusur ilkesi, devletin faili mutlaka cezalandırmasını gerektirmez. Kaldı ki tüm modern ceza hukuku sistemlerinde çeşitli vasıtalarla cezalandırmama yoluna gidilmektedir.⁴¹¹ Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi için önemli sonuçlar arz eden tüm Anayasal ilkelerin birbirleriyle uyumlulaştırılması ve hatta birbirlerine karşı dengelenmeleri gerekmektedir. Kanunilik ilkesi başlığında kusur ilkesinin belirlilik kavramının kapsam ve ölçüsünü tespitinde ne denli önemli bir rol oynadığı açıklanmaktadır. Kusur ilkesinin “kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması” yönünü anlamlandırırken diğer ilkelerden de faydalanmak gerekmektedir.

Bu itibarla kusur ilkesini tamamlayan ilkelerden bir tanesi Anayasa hukukundan kaynaklanan ölçülülük ilkesi bir diğeri sosyal devlet ilkesidir⁴¹².

199; Norval Morris ve Michael Tonry, **Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System**, Oxford University Press, New York, 1990, ss. 104-105; Richard S. Frase, “Sentencing Principles in Theory and Practice”, *Crime and Justice*, Cilt: 22, 1997, ss. 363-433, (Sentencing), ss. 366-368.

⁴¹⁰ Richard S. Frase, **Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System**, Oxford University Press, New York, 2013, ss. 25-31, 88-94.

⁴¹¹ Kamu davası açmada takdir yetkisi, uzlaştırma gibi diversiyon ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, HAGB, erteleme, seçenek yaptırımlara hükmetmek, şahsi cezasızlık sebepleri vb. birçok farklı kurum ile devletlerin her suç iddiasını soruşturamama ve kovuşturamama, her suç işlediği sabit olan kişiyi de cezalandırmama yoluna gittikleri bir gerçektir. Hatta bu şekilde ceza hukuku vasıtalarından ve cezalandırma eğiliminden uzaklaşılması teşvik edilmektedir.

⁴¹² Sosyal devlet ilkesi ise devletin ceza hukuku vasıtalarıyla müdahalede bulunduğu bireyi yeniden topluma kazandırma yükümlülüğünün kapsamını belirtir.

Cezalandırmak (ceza tehdidi, ceza mahkumiyeti ve cezanın infazı) suretiyle devlet bireyin hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Bunları sadece cezalandırmak adına yapması, cezanın kendinde bir amaç olması Anayasal düzenle bağdaşmaz. Bu sebeple ceza hukuku vasıtasıyla getirilen sınırlandırmanın özel önleme ve genel önleme gibi meşru amaçlara hizmet etmesi gerekir. Bu kabul kusur ilkesinin cezanın bireyselleştirilmesi ile ilişkisini de ortaya koymaktadır.

3. Kusur ilkesinin Cezanın Bireyselleştirilmesi Bakımından Ortaya Koyduğu Sonuçlar

Kusur ilkesi ile bireyselleştirme arasındaki ilişki bireyselleştirmenin yasaklanması şeklinde değil, sınırlandırılması şeklindedir. Bireyselleştirme amacıyla faile kusurundan daha ağır bir ceza verilmesi kusur ilkesi uyarınca yasaktır. O halde bireyselleştirme amacıyla faile kusurundan daha az bir cezanın verilmesi kusur ilkesini ihlal etmeyecektir. Bireyselleştirmenin kusur ilkesini ihlal etmemesi için kusurla oranlı cezanın belirlenmesi ve bu cezanın bireyselleştirilmesi arasında bir sıranın izlenmesinde fayda vardır. Mahkeme önce cezayı tür ve miktar bakımından failin kusuru oranında belirler. Ardından bireyselleştirme amacıyla failin kusurunun ağırlığından daha az bir cezaya şu şekillerde karar verilebilir: bu cezanın ya miktarında indirim yapılır ya türü değiştirilir (daha az ağırlıkta bir başka ceza türüne/seçenek yaptırıma çevrilmesi suretiyle) ya da bu ceza infaz ettirilmez. Bireyselleştirme araçları bakımından en önemli husus hangi amaçlara hizmet ettiğini iyi tespit etmektir. Zira kusur ilkesine uygun bir şekilde belirlenmiş bir cezaya ancak meşru amaçlarla etki edilmesi Anayasa'ya uygun olacaktır. Ancak bu amaçların neler olduğu kusur ilkesi ile ilişkili değildir.

E. Ölçülülük İlkesi

Hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak da kabul edilen⁴¹³ ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sisteminde uyulması gereken şartlardan

⁴¹³ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin, Ankara, 2011, s. 114. Bir hukuk devleti aşırılığa kaçmamalı, eylem ve işlemlerinde oranlı olmalıdır. Özbek ve diğerleri, s. 79.

biri olarak açıkça Anayasa’da sayılmıştır (m. 13). Bu ilke, üç alt ilkedен oluşur: elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri. Buna göre ölçülülük ilkesi, (1) sınırlamada başvurulacak aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, (2) sınırlama amacını gerçekleştirmek için gerekli (zorunlu) olmasını ve (3) araç ile amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁴¹⁴. Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvurulacak aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını⁴¹⁵, sınırlama aracının ulaşılmak istenen sonuca katkıda bulunması gereğini ifade eder⁴¹⁶. Gereklilik ilkesi, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli araçlar arasında en hafifinin yani temel hak ve hürriyeti en az sınırlandıran aracın seçilmesi gereğini ifade eder⁴¹⁷. Oranlılık (orantılılık) ilkesi ise, amaç ile araç arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasını ifade eder⁴¹⁸. Bu ilke, temel hakların sınırlandırılmasında başvurulacak genel bir ilke olmakla birlikte uygulandığı alana özgü birtakım özellikler de gösterebilir⁴¹⁹. Her ne kadar ölçülülük ilkesinin soyut gereklilikleri (elverişli, zorunlu ve oranlı olma alt unsurları) ceza hukuku yaptırımlarının denetlenmesinde farklılık göstermemekteyse de, cezanın kendine özgü özelliklerinden ve temel haklara müdahale etkisinden kaynaklanan bir takım zorluklar ortaya çıkmaktadır⁴²⁰. Buradaki inceleme, ceza hukukunun çeşitli alanlarında uygulama alanı bulan ilkenin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından ortaya koyduğu sonuçlar ile sınırlandırılmıştır.

⁴¹⁴ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 114; Özbudun, s. 114; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 147.

⁴¹⁵ Sağlam, s. 114; Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, ss. 223-226; Gözler, s. 147.

⁴¹⁶ Sağlam, s. 114; Gözler, s. 147.

⁴¹⁷ Sağlam, s. 115; Metin, ss. 226-235; Gözler, s. 148.

⁴¹⁸ Sağlam, s. 116; Metin, ss. 235-245; Gözler, s. 148.

⁴¹⁹ Appel, s. 576.

⁴²⁰ Appel, s. 577.

Farklı hukuk sistemlerinde ölçülülük-oranlılık ilkesi⁴²¹, cezanın belirlenmesinin temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir⁴²². Daha önce ifade edildiği üzere oranlılık ilkesi farklı şekillerde tanımlanmaktadır⁴²³. Bu tanımlardan birine göre, oranlılık ilkesi, cezanın, failin kusurunun ve/veya fiilinin ağırlığı ile oranlı olmasını ifade eder. Anglo-Amerikan hukuk öğretisinde de genellikle ilke bu anlamında ve “kusur ilkesi” hiç anılmadan kullanılmaktadır⁴²⁴. Halbuki, faile verilecek cezanın failin kusuru ile oranlı olması kusur ilkesinin bir gereğidir. Bazen de oranlılık ilkesi ve kusur ilkesi birbirleri ile sıkı ilişki içinde ve örtüşen anlamlara sahip ilkeler olarak kullanılmaktadır⁴²⁵. Hatta ölçülülük ilkesinin, kusur ilkesinin yerine geçebileceğine ilişkin görüşler dahi ileri sürülmektedir⁴²⁶.

⁴²¹ Türk hukukunda ölçülülük ve oranlılık olmak üzere iki farklı terimle ifade edilen bu kavramlar için Almanca ve İngilizcede tek bir terim (sırasıyla “*der Verhältnismäßigkeit*” ve “*proportionality*”) kullanılmaktadır. Bununla birlikte Alman hukukunda bu farklılığı ortaya koymak için alt ilkedен söz edilirken “dar anlamda” anlamına gelen “*im engeren Sinn*” ifadesine başvurulmaktadır: ölçülülük ilkesi “*der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (das Verhältnismäßigkeitsprinzip)*”, oranlılık ilkesi “*der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (das Verhältnismäßigkeitsprinzip) im engeren Sinn*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Wolfgang Frisch, “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 5, 2013, (Verhältnismäßigkeitsprinzip), s. 250. Anglo-Amerikan hukukunda ise bu şekilde bir kavramsal farklılığa gidilmemekte, oranlılık ilkesine ilişkin daha başka ayrımlar yapılmaktadır. Bkz. Frase ve diğerleri, ss. 212 vd.

⁴²² Özbek ve diğerleri, s. 80.; Özellikle de Anglo-Amerikan hukuk öğretisinde bu ilkeye çok önem verilmektedir. Richard S. Frase, “Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative to What?”, **Minnesota Law Review**, Cilt: 89, 2005, (Proportionality), s. 596; Joel Goh, “Proportionality – An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System”, **Manchester Student Law Review**, Cilt: 2, 2013, s. 43.

⁴²³ Cezanın ne ile oranlı olması gerektiğine normatif bir değerlendirmeden ulaşılmaktadır. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde oranlılık ilkesi ödetici ve faydacı teoriler bakımından yapılan ayırım çerçevesinde incelenmektedir. Ödetmeyi esas alan teorilere göre ceza, failin cezalandırılan fiilinden ötürü kınanabilirliğinin/kusurunun derecesi ile orantılı olmalıdır. Öte yandan faydacı (utilitarian, consequentialist) teorilere göre cezanın ondan beklenen fayda ile orantılı olması gerekmektedir. Frase ve diğerleri, ss. 212 vd. İlkenin yetersiz bir şekilde tanımlandığı ve sağlam temellere oturmadığı eleştirisi için bkz. Goh, ss. 41 vd.

⁴²⁴ Frase ve diğerleri, s. 212.

⁴²⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarında bu şekilde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bkz. BVerfGE 34, 267; BVerfGE 50, 215; BVerfGE 73, 253; BVerfGE 86, 313; BVerfGE 90, 203; BVerfGE 92, 342 vd.; BVerfGE 95, 140; BVerfGE 110, 13. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 253; Weigend, Verhältnismäßigkeit, ss. 926-927.

⁴²⁶ Cezanın belirlenmesinde kusur ilkesi yerine oranlılık ilkesinin benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Kaspar, Gutachten, C 23 vd., 116 vd.; Johannes Kaspar, **Zur aktuellen Diskussion über die Strafzumessung im deutschen Recht**, Vortrag am 4.12. 2020 an der Juristischen Fakultät der Universität Athen, 2020, (Diskussion), ss. 6, 10; Kusur ilkesinin diğer yönleri – özellikle de kusurun cezalandırmaya esas oluşturması yönü – bakımından ölçülülük ilkesi ile ikame edilebilirliğine yönelik tartışma hakkında bkz. Meraklı, ss. 64-66.

Bu görüşlerin doğruluğunu sınamak için öncelikle kendi hukuk sistemimizdeki anlamıyla ölçülülük ilkesinden hareket etmek gerekir. Türk Hukuku'nda Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeden oluşmaktadır: elverişlilik, gereklilik ve oranlılık. Ardından ölçülülük ilkesinden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusunda hangi somut yönergelere ulaşılabileceği ve bunların kusur ilkesinin yerini almaya yeterli olup olmadıklarını tespit etmek gerekir.

Ölçülülük ilkesi, belirli bir amaca ulaşmak için haklara müdahale teşkil eden belirli bir araca başvurulmasının anayasa uygun olup olmadığını denetlemeye yarar. Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri, amaç-rasyonel (*zweckrational*) düşüncenin ifadeleridir. Bu ilkeler, araç olarak hizmet eden belirli müdahalelerle belirli amaçlara ulaşmanın ne zaman makul ve bu anlamda uygun ve kabul edilebilir olduklarını anlamaya yararlar⁴²⁷. Burada mağdur-fayda veya maliyet-fayda oranlılığı olarak adlandırılan bir oranlılık söz konusudur⁴²⁸.

Ölçülülük ilkesi bağlamındaki amaç, gerçek bir amaçtır⁴²⁹. Bir diğer ifade ile amaca ulaşılması ile dış dünyada belirli, gözlemlenebilir, ölçülebilir bir değişiklik meydana getirilmiş olur. Bu itibarla amaca ulaşılmış olup olmadığı sorusu belirli ölçüde ampirik verilere dayanılmasını gerektirir⁴³⁰. Bu amacın ne olduğu sorusuyla ise ölçülülük ilkesi iştigal etmez. Ölçülülük ilkesi bir amacın belirlenmesinden sonra başvurulacak bir ilkedir.

Bu açıklamaların ardından ölçülülük ilkesinin cezanın belirlenmesine nasıl uygulanabileceğini araştırmaya geçebiliriz. Ancak bunun için önce bir amaç belirlememiz gerekir. Cezanın amaçları konusu ceza teorileri başlığı altında tartışılmaktadır. Genellikle cezanın gerçek amaçları olarak özel önleme ve genel önleme kabul edilmektedir⁴³¹. Özel veya genel önlemeyi amaçlayan bir cezanın belirlenmesinde ölçülülük ilkesine başvurulabilir. Özel veya genel önlemeyi gerçekleştirmeye uygun ve bunu gerçekleştirmek bakımından zorunlu olan cezanın tür ve miktarının ne olduğu sorulabilir. Bunu tespit ettikten sonra bu cezanın faile ve

⁴²⁷ Weigend, Verhältnismäßigkeit, s. 926; Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 252.

⁴²⁸ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 252.

⁴²⁹ Amaç (*Zweck*) ifadesinin farklı anlamları için bkz. Pawlik, s. 12.

⁴³⁰ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 251.

⁴³¹ Ödetme amacını ayrı tutmaktayız. Zira burada sadece gerçek amaçları değerlendirmekteyiz. Bu hususa ilişkin olarak bkz. Pawlik, s. 12. Anglo-Amerikan hukukunda da cezanın istenen etkilerinin özel ve genel önleme olduğu kabul edilmektedir. Frase ve diğerleri, s. 221.

topluma yüklediği maliyetin, ürettiği fayda ile makul bir ilişki içerisinde olup olmadığına karar verilebilir. Ölçülülük ilkesinin amaç-rasyonel yöntemi, özel veya genel önlemeye yönelik cezanın belirlenmesine uygundur. Ancak buradaki problem cezanın belirlenmesinde ne özel ne de genel önleme amacının tek ölçüt olarak kabul edilememesidir. Bunun bir gerekçesi hangi somut cezanın özel ya da genel önlemeyi gerçekleştirmeye uygun ve gerçekleştirmek bakımından zorunlu olduğunun ampirik olarak ileri sürülemiyor olmasıdır⁴³². Bir diğer gerekçesi ise bu şekilde belirlenmiş bir cezanın failin kusurunu aşması halinde kusur ilkesini ihlal edecek olmasıdır.

Bir diğer seçenek cezanın kusurla oranlı olması gereğinin ölçülülük ilkesinden çıkarsanmasıdır. Failin kusurunun denkleştirilmesi için hangi cezanın elverişli ve gerekli olduğu sorusu, ampirik kanıtlara bakılarak cevaplanamaz. Suçun, belirli bir cezayla denkleştirilmesi bir normatif bir kabuldür. Elverişlilik ve gereklilik ilkeleri böyle bir cezanın belirlenmesine katkı sağlayamaz.⁴³³ Oranlilik ilkesinden kaynaklanan değerlendirme ise belirli bir tedbirle elde edilebileceklerin, bu amaca ulaşmak için feda edilmesi gerekenlerle makul bir ilişki içinde olup olmadığına ilişkindir. Fayda ve zararın makul bir ilişki içerisinde mi yoksa orantısız mı olduğu sorusu pratik akla göre cevaplandırılmaktadır⁴³⁴. Dahası oranlilik ilkesi, müdahale teşkil eden aracın belirlenmesinde kullanılmaz. Bu işlevi ölçülülük ilkesinde uygunluk ve gereklilik ilkeleri yerine getirir. Oranlilik ilkesinin işlevi, uygun ve gerekli bulunan araca ilişkin ek bir kontrolden ibarettir⁴³⁵.

Sonuç olarak belirli bir kusur ağırlığı bakımından adil cezanın ne olduğu sorusu ölçülülük ilkesinden hareketle cevaplanamaz. Kusur ilkesi bağlamında “kusurla oranlı ceza”, “cezanın kusurla oranlı olması” ifadeleri kullanılmaktadır. Ancak bu oranliliğin, oranlilik ilkesinden bambaşka bir anlama sahip olduğu açıktır. Kusur ilkesinde amaç rasyonel değil, değer-rasyonel (*wertrational*) oranlilik söz konusudur⁴³⁶. Bu tür bir oranlilik çok özel bir içeriğe sahiptir. Buna göre ceza ve kusur, bizim kusuru değerlendirme ölçümüze ve adalet algımıza göre öyle bir ilişki içine girmelidir ki, cezanın kusura tekabül ettiği ve hak edilmiş olduğu kabul edilsin. Kusur

⁴³² Hörnle, ss. 77 vd.; Hörnle, Strafumessungslehre, ss. 115-117.

⁴³³ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 251.

⁴³⁴ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 253.

⁴³⁵ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 255.

⁴³⁶ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 253.

ilkesinde, hak edilen cezaya ilişkin toplumun değişen değerleriyle şekillenen ve uygulamada gelişen bir karşılıklılık ilişki söz konusudur. Karşılıklılık doğası gereği iki farklı miktarı konu aldığı için bu iki değer arasındaki ilişki bir oranlılık durumu olarak da tarif edilmektedir⁴³⁷. Dahası oranlılık ilkesinde olduğu gibi pratik akla dayanılarak fayda ve zararın birbirine karşı tartılmasından farklı olarak, kusurun ağırlığı ile oranlı cezanın belirlenmesinde, somut olaydaki failin kusurunun, ortaya çıkabilecek tüm kusur ağırlıkları ile karşılaştırılması yoluna başvurulmalıdır⁴³⁸.

Ez cümle, ölçülülük ilkesi, kusur ilkesi ile aynı ya da daha güvenceli bir içeriğe sahip değildir ve bu sebeple de kusur ilkesinin yerine geçmesi kabul edilemez⁴³⁹. Ölçülülük ilkesinden hareketle cezanın belirlenmesine neyin esas oluşturacağı sorusu yanıtlanamamaktadır. Bununla birlikte ölçülülük ilkesi yine de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde önemli bir rol oynayabilir.

Alman Ceza Hukuku öğretisindeki baskın görüşe göre kusurla oranlı ceza, belirli bir ceza miktarını değil, dar bir ceza aralığını ifade etmektedir. Kusurla oranlı olan bu ceza aralığında cezanın belirlenmesinde önleme amacının gözetilebileceği savunulmaktadır. Bu aşamada verilecek olan kararların ölçülülük ilkesi yönünden denetlenmesi hem mümkün hem de gereklidir⁴⁴⁰. Mahkeme, özel önleme amacı bakımından belirlediği ceza miktarının özel önlemeyi gerçekleştirmeye elverişli ve bunu gerçekleştirmek bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirmelidir. Elverişli ve gerekli olduğunu tespit ettikten sonra oranlılık ilkesi bakımından fayda-zarar tartımını yapabilir. Aynı denetim genel önleme amacının göz önünde bulundurularak cezanın miktarında yapılacak olan belirlemeler için de geçerlidir. Eğer önleme amacından hareketle cezanın bu aralıkta belirlenmesi mümkün olmuyor ise ölçülülük ilkesi uyarınca alt sınırından bir cezanın belirlenmesi gerekir⁴⁴¹.

⁴³⁷ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s. 253.

⁴³⁸ Hörnle, ss. 361 vd.; Maurer, ss. 94 vd.; Franz Streng, **Strafzumessung und relative Gerechtigkeit: Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung**, Decker, Heidelberg, 1984, ss. 49 vd., 238 vd., 299 vd.; Eduard Dreher, **Über die gerechte Strafe**, Schneider, Heidelberg, 1947, ss. 61 vd.

⁴³⁹ Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ss. 254-255.

⁴⁴⁰ Hörnle, Strafzumessungslehre, ss. 116-118.

⁴⁴¹ Streng tarafından savunulan ve “asimetrik kusur çerçevesi teorisi” olarak adlandırılan bu görüşün detayları için bkz. Franz Streng, “Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments”, çev. Christoph Safferling, **German Law Journal**, Vol: 8, No: 2, 2007, (Basic Questions), ss. 161-170.

Ölçülülük ilkesi, ayrıca kusurla oranlı cezanın ölçülü olup olmadığını denetlemek bakımından da kullanılabilir. Bir cezanın kusur ilkesini ihlal etmeyip, ölçülülük ilkesini ihlal etmesi mümkün olabilir⁴⁴². Bu durumda cezanın ölçülü hale getirilmesinin gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkar. Hukuk devletinin oranlı hareket etmesi gereğinden, devletin ceza verme yetkisini kullanan mahkemelerin de bu yetkiyi kullanırken oranlı davranmaları gerektiği sonucuna ulaşılmakta ve mahkemenin özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi ile amaçlanan yarar ve verilmesi imkan dahilinde olan zarar arasında oransızlık saptaması halinde, artık bu cezayı vermekten kaçınması ve başka ceza ve tedbirlere başvurulması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴³. Öncelikle bu görüşe şu eklemeyi yapmak gerekir: kanunilik ilkesi gereğince kusurun ağırlığına uygun olan ancak ölçüsüz olan bir cezanın değiştirilmesi ve ölçülü hale getirilmesi kanunda bu yönde bir düzenlemenin olmasına bağlıdır. Ölçülülük ilkesi hem kanun koyucuyu hem de mahkemeyi bağlar. Kanunda yer alan bireyselleştirme araçları ölçülülük ilkesine uygunlukları yönünden sınanmalıdır. Mahkeme de bireyselleştirme araçlarına ölçülülük ilkesine uygun şekilde başvurmalıdır. İkinci olarak da cezanın sadece oranlılık yönünden değil, elverişlilik ve gereklilik yönlerinden de denetlenmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

Bu itibarla ölçülülük ilkesi, hem cezanın kusurun altında belirlenmesi imkanını sağlar hem de bu imkanın sınırlarını ve koşullarını dikte eder. Belirli bir cezanın genel önleme ya da özel önleme bakımından ölçüsüz olacağı değerlendirmesi bu konudaki ampirik verilerin eksikliği sebebiyle oldukça sınırlıdır⁴⁴⁴. Zira mahkeme elverişli ve gerekli aracın (ölçülü olan ceza hukuku tepkisinin) ne olduğunu belirli bir kesinlikle tespit edemiyor ise cezanın oranlı olup olmadığını araştırmaz ve artık önleme amacını gözeterik ceza üzerinde bir değişiklik yapamaz. Yine de cezanın münhasıran önleme amacına yönelik olarak belirlenmesinden farklı olarak ölçülülük ilkesinin somut cezanın gözden geçirilmesi kapsamında kullanılmasına izin verilebileceğini söylemek

⁴⁴² Weigend, Verhältnismäßigkeit, ss. 929-930. Anglo-Amerikan hukukunda faydacı teoriler açısından cezanın iki şekilde orantısız olabileceği kabul edilmektedir: ya belirli bir cezanın maliyet ve külfeti olası faydalarına oranla daha ağırdır ya da daha az maliyetli bir diğer ceza ile aynı amaca ulaşmak mümkündür. İlk durum maliyet fayda oranlılık ilkesi (*ends-benefits* ya da *cost-benefit proportionality principle*) olarak isimlendirilmektedir. İkinci durum ise zorunluluk veya seçenek araçlara ilişkin oranlılık ilkesi (*necessity* veya *alternative-means proportionality principle*) olarak adlandırılmaktadır. Frase ve diğerleri, s. 221.

⁴⁴³ Özbek ve diğerleri, s. 78.

⁴⁴⁴ Hörnle, ss. 77 vd.; Hörnle, Strafzumessungslehre, ss. 115-117.

gerekir. Özellikle de kusurla oranlı cezanın ölçülü hale getirilmesi, kusurun aşılmasını değil kusurun altına inilmesini gerektireceğinden, bu şekilde kusur ilkesinin ihlal edilmemiş olacağı haklı olarak ileri sürülebilir.

F. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi Anayasa m. 10'da ve TCK m. 3/2'de düzenlenmektedir⁴⁴⁵. Eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitliği düzenlemektedir. İlkenin mutlak ve nispi olmak üzere iki çeşidi olduğu ileri sürülmektedir⁴⁴⁶. Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın kanunların herkese eşit olarak uygulanmasını ifade eder⁴⁴⁷. Bunun için kanunların genel ve soyut olmaları gerekmektedir⁴⁴⁸. Anayasa m. 10/1 ve 2'de yer alan hükümler mutlak eşitliği emretmektedirler⁴⁴⁹. Bununla birlikte bir kanunun her zaman herkes için aynı hükümleri taşıması mümkün değildir. Kanun yapma, hemen her zaman, kişilerin veya durumların bazı özellikler yönünden

⁴⁴⁵ Anayasa m. 10 şu şekildedir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) 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 tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

TCK m. 3/2 şu şekildedir: “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 tanınmaz.”

⁴⁴⁶ Özbudun bu ayrımı şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak yapmaktadır. Özbudun, s. 151. Mutlak eşitlik ve nispi eşitliğin hangi şekillerde adlandırıldıklarına ilişkin olarak bkz. Gözler, s. 109.

⁴⁴⁷ Gözler, s. 109.

⁴⁴⁸ Özbudun, s. 151.

⁴⁴⁹ Gözler, s. 109. Buna karşılık, Özbudun’a göre m. 10/1’de özgül ayırım yasakları düzenlenmekteyken m. 10/2’de şekli hukuki eşitlik hedeflenmektedir. Anayasa m. 10/1’de yer alan özgül ayırım yasakları ile genel anlamdaki kanun önünde eşitlik ilkesi arasında bir ayırım yapılmalıdır. Bu fıkroda ifade edilen özellikler bakımından ayırım yapan bir kanun Anayasa’ya açıkça aykırıdır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak özgül ayırım yasaklarına “ve benzeri sebeplerle” ifadesini ekleyerek Anayasa Mahkemensin bu alandaki anayasaya uygunluk denetimindeki takdir yetkisini genişletmiştir. Özbudun, s. 151.

benzerlikleri veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmalar içerir⁴⁵⁰. Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Buna göre eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesini ihlal etmez⁴⁵¹. Eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılması için anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların soyut ve genel nitelikte olup olmadıkları değil; içeriklerinin de araştırılması gerekir. Ancak, kanunların, nispi eşitlik-maddi hukuki eşitlik yönünden denetlenmelerindeki sorun, hangi sınıflandırma veya farklılaştırma türlerinin eşitlik ilkesine aykırı düşeceğini tespit etmektir⁴⁵². Anayasa Mahkemesi, kanun hükümlerini eşitlik ilkesine uygunlukları yönünden incelerken, kanunla yapılan ayırımın “kamu yararı”, “kamu düzeni”, “genel sağlık” gibi bir haklı nedene dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır⁴⁵³. Anayasa Mahkemesine göre kamu yararı ve haklı nedenin, anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerekir. Mahkeme çeşitli kararlarında haklı neden kavramını somutlaştıran ölçütler olarak gereklilik, zorunluluk, işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçüler, adaletli ve eşit ölçüler gibi değişik ifadelerle başvurmuştur⁴⁵⁴.

Eşitlik ilkesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. İlkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür⁴⁵⁵. İlke, bir yandan, ondan yararlananlar açısından temel bir hak, bir diğer ifade ile eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurur⁴⁵⁶. Öte yandan, muhatapları olan devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir⁴⁵⁷. Eşitlik ilkesi, Anayasa’da “genel esaslar” başlıklı birinci kısımda düzenlenmiştir. Bu sebeple ilkenin temel bir devlet

⁴⁵⁰ Özbudun, s. 151.

⁴⁵¹ Gözler, s. 109.

⁴⁵² Özbudun, s. 151.

⁴⁵³ Özbudun, ss. 151-152; Gözler, s. 109. Örneğin bkz. AYM, T. 13.04.2000, E. 1999/45, K. 2000/9, RG: 6.7.2000-24101.

⁴⁵⁴ Özbudun, s. 152.

⁴⁵⁵ Özbudun, s. 150. Ceza hukuku bağlamında, eşitlik ilkesinin kanunilik ilkesinin bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Dönmezer/Erman, II, s. 602.

⁴⁵⁶ Özbudun, s. 150. Temel bir hak olarak düzenlenmediği görüşü için bkz. Gözler, s. 108.

⁴⁵⁷ Özbudun, s. 150.

yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşünün güç kazandığı ifade edilmektedir⁴⁵⁸.

Eşitlik ilkesi hem kanunilik ilkesi hem de kusur ilkesi ile yakından ilişkilidir. İlk olarak kanunilik ilkesi, fail kim olursa olsun kanunda o suç için öngörülen ceza ile cezalandırılmasını gerektirdiğinden cezaların eşitliği sonucunu da doğurmaktadır⁴⁵⁹. İkinci olarak eşitlik ilkesine uygun bir cezalandırma sistemi ancak kusur ilkesinin kabul edilmesi ile mümkün olabilir. Zira eşit olana mümkün mertebeye eşit muameleyi hedefleyen bir cezalandırma sistemi, eylemin değersizliğine ve failin kusuruna en iyi karşılık gelen cezayı belirlemeyi emreden kusur ilkesinden daha belirsiz ve güvencesiz bir yaklaşım ile yetinemez⁴⁶⁰. Kusur ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında kurulan bu ilişki⁴⁶¹, eşitlik ilkesinin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde önemli bir yeri olduğunu göstermektedir.

⁴⁵⁸ Özbudun, s. 150. Gözler, eşitlik ilkesinin Anayasa’da düzenlenmiş olduğu yer sebebiyle kesinlikle devlet yönetimine hakim bir temel ilke olduğu görüşündedir. Buradan ilkenin, muhataplarının özel kişiler olamayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Ayrıca Alman Anayasasında m. 3’te düzenlenen eşitlik ilkesinin temel haklar bölümünde yer aldığını ve bu konuda (özel kişileri bağlayıp bağlamadığı konusunda) Alman anayasa hukukundan alınan çözümlerin Türk anayasa hukukunda geçerli olmayacağını savunmaktadır. Gözler, s. 109. Ancak ilkenin temel bir hak olarak kabul edilmeyişi sadece ilkenin muhataplarını tespit etmek bakımından değil, bireyin eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkının olup olmadığını belirlemek açısından da sonuç doğurmaktadır. Eşitlik ilkesinin hukuki niteliği bir temel hak olarak kabul edilmese de bireylerin eşit işlem görmeyi devletten talep edebileceklerinin kabul edilmesi gerekir. Aksi halde Anayasa’nın genel esaslar kısmında düzenlenen temel ilkelerin yerine getirilmesinin devletten talep edilemeyeceği şeklindeki bir yoruma ulaşıldı. Örneğin, bu kısımda yer alan m.2’de Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu düzenlenmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kusur ilkesine uyulmasını bireyin devletten talep edemeyeceği düşünülemez. Dolayısıyla bireyler devletten işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun şekilde davranmalarını talep edebilirler. Bu taleplerini de çeşitli şekillerde kullanabilirler. Burada önemli olan hangi hallerde eşitlik ilkesinin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ihlal edilebileceğini ve bireyin eşit muamele talebinin kapsamını tespit etmektir.

⁴⁵⁹ Dönmezer/Erman, II, s. 602; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri**, Şafak Yayınevi, 1982, s. 104.

⁴⁶⁰ Örneğin ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan oranlılık ilkesi cezanın ancak “ölçüsüz bir oran” içerisinde olduğunu iddia edebilir. Eşitlik ve adalet ilkelerinin bu şekilde tatmin edilmesi mümkün değildir. Halbuki kusur ilkesi failin kusuru ağırlığında belirlenen cezanın en iyi ve adil ceza olduğunu iddia etmektedir. Bu yönüyle kusur ilkesinin, belirlenen cezanın ölçüsüne ilişkin mesajı açık, anlam bulanıklığından arı, adalet ve eşitlik ilkeleri ile doğrudan ilişkilidir. Kusur ilkesinin normatif iddiası ölçülülük ilkesine göre daha belirgin ve güçlüdür. Frisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ss. 254-255.

⁴⁶¹ Kusur ilkesi, eşitlik ilkesini azami ölçüde gerçekleştirmeye muktedirdir. Bu nedenle kusur ilkesinin normatif değeri artar ve bir başka ilkinden değil de kusur ilkesinin tercih edilmesi gerektiği görüşü güç kazanır. Bu itibarla kusur ilkesinin cezanın belirlenmesine esas oluşturmamasının bir diğer gerekçesi/meşruiyet kaynağı eşitlik ilkesine de hizmet ediyor oluşudur.

Gerçekten de eşitlik ilkesinin, cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gereken önemli ilkelerden biri olduğu baskın olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte eşitlik ile ne kastedildiği, bir diğer ifade ile bu eşitliğe nasıl ulaşılabileceği konusunda farklı yaklaşımlar gösterilmektedir⁴⁶². Ayrıca birçok hukuki metinde eşitlik ilkesi yerine tutarlılık (*consistency*) kavramı kullanılmaktadır.⁴⁶³ Tutarlılık, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir ilke ya da ulaşılması gereken bir hedef olarak oldukça önemsenmektedir.⁴⁶⁴ Bu alanda gerçekleştirilen çoğu çalışmada cezanın belirlenmesindeki “tutarsızlıklar” (*inconsistency*) büyük bir problem olarak algılanmaktadır ve hukuk sistemine yönelik ağır eleştirilerin ve reform taleplerinin temel gerekçesini oluşturmaktadır⁴⁶⁵.

Eşitlik ilkesinin önemi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kapsamında ortaya koyduğu zorunlu sonuçların mümkün mertebede açıklanmasını ve somutlaştırılmasını gerekli kılmaktadır. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesine riayet edilmesi gerektiği tartışmasızdır. Asıl zorluk ilkenin ne zaman ihlal edilmiş olduğuna karar vermede kendini göstermektedir⁴⁶⁶. Zira bunun için eşitlik ilkesinin tanımından hareketle

⁴⁶² Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile Kıta-Avropası hukuk sisteminin eşitlik ilkesine cezanın belirlenmesi bağlamındaki yaklaşımlarının karşılaştırılmasına ilişkin olarak bkz. James Q Whitman, “Equality in Criminal Law the two Divergent Western Roads”, **Journal of Legal Analysis**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2009, ss. 119-165.

⁴⁶³ Örneğin bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, **Cezalandırmada Tutarlılığa ilişkin Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı (Recommendation of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing)**, No. R (92) 17, 1992.

⁴⁶⁴ Ivana Bacik, “The Courts: Consistent Sentencing?”, **Studies: An Irish Quarterly Review**, Cilt: 88, Sayı: 350, 1999, s. 164; Clara Herz, “Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform”, **German Law Journal**, Cilt: 21, Sayı: 8, 2020, ss. 1627. Brian J. Ostrom ve diğerleri, **Assessing Consistency and Fairness in Sentencing: A Comparative Study in Three States**, National Institute of Justice, Washington, 2008, s. 1.

⁴⁶⁵ Niamh Maguire, “Consistency in Sentencing”, **Judicial Studies Institute Journal**, Cilt: 2, 2010, ss. 14 vd.; Sarah Krasnostein ve Arie Freiberg, “Pursuing Consistency In An Individualistic Sentencing Framework: If You Know Where You’re Going, How Do You Know When You’ve Got There?”, **Law And Contemporary Problems**, Cilt: 76, ss. 265 vd.; Wolfgang Frisch, “From Disparity in Sentencing Towards Sentencing Equality: The German Experience”, **Criminal Law Forum**, Cilt: 28, 2017, (Disparity), ss. 437 vd.; Kaspar, Gutachten, C 10; Kaspar, Diskussion, ss. 3-6; Herz, ss. 1625 vd. Almanya’da cezanın belirlenmesinde ciddi bir tutarsızlık olmadığı ve karşılaştırmalı hukuk verileri nezdinde daha pozitif olunabileceği yönünde bkz. ve karşı. Hörnle, Moderate, s. 190. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde cezanın belirlenmesinde tutarlılığı ölçmeye çalışan çalışmalara yönelik bir değerlendirme için bkz. Jose Pina-Sánchez, “Defining and Measuring Consistency in Sentencing”, **Exploring Sentencing Practice in England and Wales**, (Ed. Julian Roberts), Palgrave Macmillan, London, 2015, ss. 76 vd.

⁴⁶⁶ Aynı yönde bkz. Özbudun, s. 152.

öncelikle eşit olanla farklı olanın nasıl tespit edileceğine karar verilmesi gerekir. Ancak bu tespiti eşitlik ilkesinin kendisinden yola çıkılarak ulaşılamaz⁴⁶⁷. Değerlendirmesine esas aldığı amacı belirlemek bakımından ölçülülük ilkesi ne kadar sessiz ise; eşit ve farklı olanları tespit etmek bakımından da eşitlik ilkesi bir o kadar sessizdir.

Hangi durumların farklılaştırma konusu olabileceği esasında cezanın meşruiyetine ilişkin mülahazalardan kaynaklanır. Ceza teorileri öncelikle cezanın meşruiyetini açıklarlar. Bunlardan hareketle hangi hususların durumları benzer kıldığı belirlenebilir. Ancak eşitlik ve özellikle de sonuç ceza eşitliği başlangıç noktası olarak belirlenirse, nedensel akış tersine çevrilmiş olur ve eşitlik ilkesinin ceza teorisini dikte etmesine izin verilir. Her ne kadar nedensel akışın bu şekilde olması gerektiği yani hangi ceza teorisinin kabul edileceğini eşitlik ilkesinin dikte edeceği ve ceza teorisinin dışsal eşitlik düşüncesine tabi olması gerektiği ileri sürülebilirse de bu argüman halen eşitlik ilkesinden hangi durumların aynı hangilerinin farklı olduğunun tespit edilememesi sorununa bir yanıt vermemiş olur. Eşitlik ilkesinin maddi içeriğe sahip bir temele oturtulması gerekir. Bu temelin ceza hukuku felsefesinden edinilmesi gerekme de bir şekilde mevcut olması gereklidir⁴⁶⁸. Cezanın meşruiyetine ilişkin normatif tartışmalar göz ardı edilerek eşitlik ilkesi üzerinden birtakım sonuçlara ulaşılması tatmin edici olmaz⁴⁶⁹.

Eşitlik ilkesinden hareketle ancak şu doğrudan sonuca ulaşılabilir: Anayasa m. 10/1’de açıkça düzenlenen sebeplerle kişiler arasında ayrım gözetilmeksizin herkes kanun önünde eşittir. Bu sebepler, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler olarak örnekseyici olarak sayılmıştır. Anayasaya uygun bir şekilde TCK m. 3/2’de de ceza kanunun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları

⁴⁶⁷ İçerikten yoksun bir ilke olduğu yönünde bkz. Richard A. Bierschbach ve Stephanos Bibas, “What's Wrong with Sentencing Equality?”, **Virginia Law Review**, Cilt: 102, 2016, s. 1466; Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, **Harvard Law Review**, Cilt: 95, 1982, ss. 543–48; Kevin Cole, “The Empty Idea of Sentencing Disparity”, **Northwestern University Law Review**, Cilt: 91, Sayı: 4, 1997, s. 1337. Eşitlik ilkesi ahlaki (moral) bir ilke değil, kurumsal bir ilkedir. David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?”, Mayıs 2002, <https://ssrn.com/abstract=312180>, (01.06.2022), s. 18.

⁴⁶⁸ Bierschbach/Bibas, ss. 1474-1475.

⁴⁶⁹ Bierschbach/Bibas, ss. 1464-1465.

yönünden ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür. Anayasa'nın ayrımcılık yasağı hem yasama hem de diğer devlet organları bakımından bağlayıcı iken TCK sadece kanunun uygulayıcıları olan yargı, yürütme ve idareyi bağlamaktadır. Kanun koyucu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerin gözetilmesini öngören bir düzenlemeye gidemez. Aynı şekilde mahkeme de bu sebeplere dayanarak aynı durumda bulunanlara farklı muamelede bulunamaz.

O halde özgül ayırım yasakları dışında kalan durumlar gözetilerek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde suçlar ya da failer bakımından sınıflandırma ve farklılaştırmaya gidilebilir. İlk farklılaştırma suç tipleri yönünden yapılmaktadır. Örneğin, kasten yaralama suçunun cezası ile taksirle yaralama suçunun cezası arasında fark vardır. Her bir suçun cezası kanunda soyut olarak belirlenmektedir. Kanun koyucunun bu belirlemedeki takdir yetkisinin kusur ilkesi, kanunilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi yönünden sınırlandırılmış olduğu yukarıdaki başlıklar altında açıklanmıştı. İkinci bir farklılaştırma kusurun ağırlığı/ölçüsü bakımından yapılmaktadır. Mahkeme kusur ilkesi uyarınca faile kusuru oranında ceza vermelidir. Dolayısıyla aynı suçu işlemiş kişiler mutlaka aynı cezayla cezalandırılmak zorunda değildirler, hatta farklı ağırlıklardaki kusurlar farklı durumlardaki kişilere işaret ettiği için bu kişilere farklı bir muamelede bulunması eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Bununla birlikte suçun niteliği ya da kusurun ağırlığına ilişkin olmayan durumlar üzerinden farklılaştırmaya gidilip gidilemeyeceği o kadar da açık değildir⁴⁷⁰. Bunun nedeni eşitlik ilkesine ilişkin tartışmanın genellikle cezanın bireyselleştirilmesi ile bir karşıtlık içerisinde ele alınmasıdır. Eşitlik bireyselleştirmeye karşı ya da bireyselleştirme eşitliğe karşıymış gibi savların ileri sürüldüğü sıklıkla gözlemlenmektedir. Eşitlik savının klasikleşmiş yanıtı eşitlikçi adaleti bireysel muameleyle, kuralların gerekliliğini takdir yetkisinin erdemleriyle karşı karşıya getirmektedir⁴⁷¹. Bu argümana göre cezalar ne kadar bireyselleştirilirse cezaların olumsuz anlamda farklılaşması riski o kadar yüksek olur.⁴⁷² Esasında

⁴⁷⁰ Bu durumlara örnek olarak şunlar verilebilir: cezaya yanıt verebilirlik, rehabilite olma ihtimali, tehlikelilik hali, cezaya hassasiyet, cezanın farklı kişiler üzerinde farklı etki doğurması.

⁴⁷¹ Bierschbach ve Bibas, s. 1450.

⁴⁷² Örneğin, hakimın takdir yetkisinin arttırılmasının eşitliğin bozulması tehlikesi yaratacağı yönünde bkz. Doğan Soyaslan, **Kriminoloji**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 232.

bireyselleştirmenin eşitlik ilkesi ile çatışacağı/onu ihlal edeceği fikri eşitlik ilkesinden değil normatif birtakım ön kabullerden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan bir tarafta eşitlik diğer tarafta bireyselleştirme şeklindeki anlayış var olmayan bir ikilik/karşıtlık yaratmaktadır⁴⁷³.

Sonuç olarak “farklı kişiler hakkında uygulanan aynı cezalar mahkûmlar üzerinde çok farklı etkiler meydana getirir ve bu itibarla gerçekte tamamıyla eşitsiz nitelik taşırlar.”⁴⁷⁴ şeklindeki bir argümanla “ancak haksızlığın objektif yönü cezanın belirlenmesinde esas alınmalıdır bu bakımdan failin güttüğü amaç ya da saik yönünden farklı bir değerlendirme yapılması eşitlik ilkesini ihlal eder.” şeklindeki bir argümandan hangisinin savunulması gerektiği eşitlik ilkesinin kendisinden hareketle çözümlenemez. Anayasa Mahkemesi de bir kanun düzenlemesinin eşitlik ilkesini ihlal edip etmediğini değerlendirirken farklılaştırmanın haklı nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığını araştırarak esasında normatif değerlendirmelerden hareket etmektedir.

Bu belirlemelerin ardından eşitlik ilkesinin tanımında yer alan muamele kavramının kapsamını da değerlendirmekte fayda görmekteyiz. Eşit ya da farklı muamelenin sadece sonuç ceza olarak anlaşılmaması gerekir. Tüm ceza adalet sistemi ve özellikle de mahkumiyet öncesi süreçteki işlemler bakımından da eşitlik ilkesi geçerlidir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde adil ve eşit bir sistemin kurulabilmesi için sadece mahkumiyet sonrası eşitliğe odaklanılamaz⁴⁷⁵.

Son olarak eşitlik ilkesinin sanıklara kendilerini benzer gördükleri faillerle benzer şekillerde cezalandırılmayı talep etme hakkını vermediğini belirtmek isteriz. Belirli bir kişinin benzer bir suçu işleyen bir başka kişiden daha fazla cezalandırılması halinde, eşitlik ilkesinden kaynaklanan bir hakkının ihlal edilip edilmediği sorusu, eşitlik ilkesinin bir temel hak olarak düzenlendiği Alman hukukunda olumsuz olarak

⁴⁷³ Eşitlik ve farklılığın hangi hususlar/durumlar üzerinden belirleneceği konusunda fikir birliğine varılması halinde bu tartışmanın çoğu ortadan kalkacaktır. Eğer tüm cezalar mükemmel bir şekilde bireyselleştirilebilseydi, o zaman hiçbir fail diğerlerine göre eşit olmayan bir şekilde cezalandırılmazdı. Bierschbach ve Bibas, s. 1475.

⁴⁷⁴ Dönmezer/Erman, II, s. 602.

⁴⁷⁵ Josh Bowers, “Legal Guilt, Normative Innocence, and The Equitable Decision Not to Prosecute”, **Columbia Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 7, 2010, ss. 1676-1677; Vincent Chiao, “Ex Ante Fairness in Criminal Law and Procedure”, **New Criminal Law Review**, Cilt: 15, 2012, ss. 279 vd.

yanıtlanmaktadır⁴⁷⁶. Alman hukukunda eşitlik ilkesi, eşit olanlara keyfi olarak farklı davranılmaması gerektiği şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁷⁷. Hakim, gerçekte uygun gördüğü bir cezadan bilerek saparsa, onun keyfi davrandığı kabul edilir. Eğer birbirine benzer olduğu kabul edilen iki fiile karşılık olarak farklı cezalara hükmedilmiş ise, genelde hangi cezanın doğru ceza olduğunun açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Bununla birlikte eşitlik ilkesinden bir optimizasyon buyruğuna ulaşılabilir. Öncelikle mahkeme, cezanın belirlenmesine ilişkin olan hususları titizlikle tespit etmelidir, ardından bu hususları birbirlerine karşı tartarak failin kusurunun ağırlığını bulmalıdır ve son olarak ceza aralığı içinde kusura tekabül eden cezayı belirlemelidir. Optimal koşullar altında bile farklı hakimler farklı sonuçlara ulaşacaktır. Optimizasyon buyruğunun amacı ancak bu farklılıkların belirli bir seviyede tutulmasını sağlamak olabilir⁴⁷⁹.

G. Ara Sonuç

Kamu hukukunun bir bölümü olarak ceza hukuku ve onun sınırlandırılması, genel devlet teorisi ve devletin amaçlarından yola çıkılarak geliştirilmelidir. Devletin genel olarak görevi, insanların belirli bir alanda ve sınırlı kaynaklarla beraber yaşamalarını sağlamaktır ve bu belirli bir düzeni ve bu düzene saygı duyulmasını sağlayacak önlemleri gerektirir⁴⁸⁰. Ceza da bu önlemlerden bir tanesidir.

Yasama hem davranış normlarını hem de yaptırım normlarını koymak bakımından Anayasa ile çerçevesi çizilmiş geniş bir serbestiden yararlanır. Temel hakların sınırlandırılması ve sınırlandırmanın sınırları, yasamayı hem davranış hem de yaptırım normlarını belirlerken sınırlandırmak için uygun bir model sunmaktadır⁴⁸¹. Temel olarak kanun koyucu ulaşmak istediği amaçları belirlemek bakımından

⁴⁷⁶ Maurer, ss. 199 vd.; Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 121; Frisch, Disparity, ss. 445-446.

⁴⁷⁷ Eleştirel yönde bkz. ve karşı. Herz, ss. 1625-1648.

⁴⁷⁸ Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 121.

⁴⁷⁹ Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 121.

⁴⁸⁰ Rolf-Peter Callies, **Theorie der Strafe im Demokratischen und Sozialen Rechtsstaat: Ein Beitrag zur Strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion**, Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt, 1974, s. 198; Reinhard Maurach ve Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat Teilband I**, 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, § 7 kn. 2; Appel, s. 428.

⁴⁸¹ Appel, s. 455.

anayasaya uymak kaydıyla serbesttir. Kanun koyucu anayasaya uygun bir davranış normu öngördüğünde bu normun ihlalini bunun için öngörülmüş olan özel bir usulle tespit etme ve normu mümkün ölçüde rehabilite etmede kural olarak meşru ve anayasa uygun bir menfaati vardır. Cezanın meşru amacı anayasaya uygun bir davranış normunun rehabilitasyonu ve bununla ayrılmaz bir şekilde bağlı olan genel önleme etkisidir⁴⁸². Kanun koyucunun ceza ile takip edebileceği meşru amaçların sınırını bir yandan yaptırım normlarının ikincilliği diğer yandan kusur ilkesi çizer. Bu iki faktör meşru amaçlara üç açıdan sınır çizmektedirler. İlk olarak bir normun rehabilitasyonu davranış normuna ilişkin olmalıdır. En nihayetinde norm rehabilitasyonunun ceza hukukuna özgü işleyişinin amacı, ilişkin olduğu davranış normunun ve onun amacının korunmasıdır. İkinci olarak cezanın ilişkin olduğu ve ihlal edilmiş olan davranış normundan başka bir normun rehabilitasyonunu amaçlayamaz. Kusur ilkesi, ihlal edilmiş olan davranış normuna ilişkin olmayan genel bir norm rehabilitasyonu ve stabilizasyonuna engeldir. Birey, genel hukuk düzeninin stabilizasyonu ya da devletin başka bir yükümlülüğü adına araç haline getirilemez; bunun yerine sadece kendisi tarafından ihlal edilmiş olan normun rehabilitasyonu amacı güdülebilir. İhlal edilen normun rehabilitasyonu amacının ötesinde bir genel önleme amacı ceza hukuku araçları ile güdülemez. Üçüncü olarak, ceza anayasaya aykırı davranış normlarının rehabilitasyonunu amaçlayamazlar⁴⁸³.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde Anayasal ilkelerden hareketle şu sonuçlara ulaşmaktayız:

Cezanın belirlenmesi mutlaka kusur ilkesine uygun bir şekilde yapılmalıdır. Hukuk devleti ilkesi-Hukuki güvenlik-hukuki konumuna ilişkin güven-kanunilik ilkesi ile ilişkilidir. Öngörülebilirlik, bir suçun karşılığında hangi reaksiyonla karşılaşacağını öngörebilmesi, istikrarlı-tutarlı yargı uygulaması da bu öngörüü oluşturmalarına yardımcı olabilir. Ancak sonuç belirliliği-tutarlılığından ziyade süreç belirliliği hedef olmalıdır. Mutlaka 1 yıl hapis cezası alacağını bilmesi değil, tüm ceza adalet sisteminde kuralların belirli olması, eşit şekilde uygulanacak olması, soruşturma, kovuşturma ve diversiyon mekanizmaları, makamların yetki ve yükümlülükleri, bireyin devlete karşı haklar gibi bir bütün içerisinde hukuki

⁴⁸² Appel, s. 577.

⁴⁸³ Appel, ss. 578-579.

konumunu önceden biliyor olması ve korunacağına inanması hukuki güvenlik için önemlidir. Sürekli yeni bir düzenleme ve reformun yapıldığı hukuk sistemimizde böyle bir güvenin oluşturulması zordur.

Ceza öncelikle kusur oranında/temelinde belirlenmelidir⁴⁸⁴. Ceza, norm rehabilitasyonunun bir aracı olduğu için ihlal edilmiş bir davranış normu bulunması gerekir, bu norm ihlali cezanın bağlantı noktasıdır. Kusurun ölçüsünü aşan bir ceza artık norm rehabilitasyonu amacına uygun olamaz. Bireyin kişisel olarak sorumlu bulunduğu norm ihlalinin başka bir sebeple cezalandırılması mümkün değildir. Cezaya içkin olan değersizlik yargısının, kusurlu olmayan bir kişiye karşı yöneltmesi mümkün değildir. Ayrıca davranış normunu ihlal etmeyen bir davranışın cezalandırılması kanunilik ilkesine de aykırı olur. Dahası davranış normuna – haksız tipikliğe – dahil olmayan hususlar cezalandırmada esas alınamaz.

Kusurla oranlı cezanın üzerine çıkılmaması için cezanın öncelikle kusur oranında belirlenmesi zorunludur. Bununla birlikte ceza belirlenirken kusurun altına inilemeyeceği doğrudan doğruya kusur ilkesinden çıkarılamaz⁴⁸⁵. Ancak yine de bunun için kusurun altına inilmesinin gerekçesi ortaya konulmalıdır. Ölçülülük ilkesine meşru amaçların belirlenmesinden sonra kusurun altında bir cezanın belirlenmesinde ve bu suretle cezanın bireyselleştirilmesinde başvurulmalıdır. Normun rehabilitasyonu normun ihlalinin yoğunluğu ile ilişkilidir. Ancak tek ölçüt bu değildir. Ceza, temel haklara müdahale teşkil ettiği için ölçülülük ilkesi gereğince meşru amaca (bastırma-norm rehabilitasyonu ve bununla bağlantılı olarak önleme) daha az bir müdahale ile (maddi külfet/zorluk/yük/acı) ulaşılabilecek ise bunun tercih edilmesi gerekir. Mahkemeye, genel ve özel önleme göz önünde bulundurularak daha az yoğunlukta bir cezaya veya cezai bir tepkiye hükmedilmesi imkanı tanınabilir. Meşru amaçları gerçekleştirmek bakımından yeterli olan miktarın bulunması zor (ya da imkansız) olabilir. Kural olarak kusurla oranlı ceza, norm rehabilitasyonunu gerçekleştirmeye en uygun cezadır denilebilir.

⁴⁸⁴ Ceza hukukunda, ihdas edilen suç tiplerine getirilen müeyyideler oldukça ağırdır. Müeyyidelerin ağırlığı göz önünde tutularak, bunların işlenen maddi fiilin ciddiyeti ve ağırlığı ile (cezalandırmanın suçlar tarafından ihlal edilen farklı farklı hukuki menfaatlerin ihlal derecesine) yine fiili işlerken sahip olduğu kusur derecesi ile doğru orantılı olmak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Aydın, s. 66.

⁴⁸⁵ Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir, bkz. Önder, s. 379.

Eşitlik ilkesi ise hangi durumların farklılaştırmada gözetileceğinin belirlenmesinden sonra eşit bir cezalandırma sistemi için oldukça önemlidir.

Tek başına anayasal ilkeler cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde benimsenmesi gereken yaklaşımı tüm yönleriyle ortaya koy(a)mamaktadırlar. Bu durum bir anayasal hukuk devletinde garip hatta sakıncalı görünebilir. Zira anayasal ilkeler bazı soruların yanıtsız bırakıyor ise bu soruların cevapları için pozitif hukukta yer almayan bir kaynağa yönelme zorunluluğu doğmaktadır. Mevcut endişeleri şu şekilde gidermek mümkün olabilir: bundan sonra yapılacak olan değerlendirmeler gerçekte Anayasal düzenden bağımsız bir alanda yapılmayacaktır. Bu soruların olası yanıtları değerlendirilirken bu başlıkta her bir ilke bakımından ortaya konulan sonuçların belirlediği Anayasal çerçeve her daim göz önünde bulundurulacaktır. Eğer bir soruya, Anayasaya uygun birden fazla farklı yanıt verilebiliyor ise bunlardan hangisinin tercih edileceği meselesi mevcut hukuk sisteminin ortaya koyduğu gerçeklik göz önünde bulundurularak çözümlenecektir. Sonuç olarak Anayasa'nın çizdiği çerçeve içerisinde nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusu ceza teorilerinden hareketle cevaplandırılabilir.

Bu cevap esasında Anayasa'dan bağımsız olarak cezanın neden bu şekilde belirlenip bireyselleştirilmesi gerektiğinin felsefi gerekçelerini (rasyonel ve etik) de ortaya koymaktadır. Böylece pozitif hukuktan kaynaklanmayan bir (ahlaki-etik) meşruiyet temeli de oluşturulmuş olur.

GROSSE-WILDE, hukuk pozitivizminden hareket eden bir kişinin neden cezanın ahlaki gerekçeleri ile ilgilenmesi gerektiği sorusunu haklı olarak sormaktadır⁴⁸⁶. PAWLIK, bu soruyu hukuk uygulayıcılarının içinde bulundukları psikolojik durumdan hareketle yanıtlamaktadır. Yazara göre hukuk uygulayıcısı kendi kimliğini korumak için böylesi bir araştırmaya girmelidir. Hukuk uygulayıcısı kendisini herhangi bir güç tekelinin uygulayıcısı olarak görmemelidir; bunun yerine

⁴⁸⁶ Cezayı meşrulaştırması gereken ceza teorileri, pozitivist hukukçuların çoğunluğu tarafından gerçek hukuk teorileri olarak görülmezler. Zira bir pozitivist hukukçuya göre hukukun geçerliliği, belirli bir zamanda belirli bir yerde yeterli sayıda insan tarafından kabul edilmesi ve uygulanması dışında herhangi bir içeriksel gerekçeye dayanmaz. Doğal hukukçular açısından ise ahlaki yönden gerekçelendirilmeyen hukuk olamayacağı için ceza teorileri de hukuk teorileridir. Doğal hukukçular için ceza teorileri aynı zamanda da müstakil ahlak teorileridir. Çoğu doğal hukukçu, ayrılabilirlik tezini kabul etmektedir ve hukuk ve ahlakı birbirinden ayrı normatif düzenler olarak (*Sollensordnung*) görmektedir. Grosse-Wilde, ss. 14-15.

icracısı olduğu hukuk düzenini meşru bir düzen olarak algılamalıdır. PAWLIK'in vardığı sonuca göre, ceza hukuku öğretisi böylesi şizofrenik bir hal ortaya koymak istemiyor ise tek imkanı katı bir hukuk pozitivizminden ayrılmaktır⁴⁸⁷. Buna karşılık GROSSE-WILDE, cezanın ahlaki meşruiyetine ilişkin mülahazaların güçlü bir pozitif hukuk anlayışı açısından da önemli olabileceği kanaatindedir. Zira birçok pozitif hukukçu, bir hukuk normunun geçerliliğinin herhangi bir ahlak normuyla örtüşmesine dayanmadığı ancak yine de hukukun meşru ve ahlaki (etik) olduğunu iddia ettiği görüşündedir⁴⁸⁸. Hukukun, bu iddiasını gerçekleştirip gerçekleştiremediği ise ayrı bir konudur. Bu bakımdan felsefi⁴⁸⁹, ahlaki⁴⁹⁰ ya da hukuk-etiği⁴⁹¹ teorileri olarak nitelendirilen ceza teorilerine başvurulması birçok açıdan faydalıdır.

Bu açıklamaların ardından artık ceza teorileri olarak adlandırılan ve cezaya meşruiyetini kazandıran – ya da en azından bunu hedefleyen – görüşlerin incelenmesine ve cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin yaklaşımın eksik kalan noktalarının tamamlanmasına geçilebilir.

III. CEZA TEORİLERİ VE CEZANIN BELİRLENMESİNE ETKİLERİ

A. Genel Açıklamalar

Ceza teorileri, cezanın meşruiyetini konu almaktadırlar.⁴⁹² Geleneksel olarak bu görüşler mutlak, nispi ve karma teoriler olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.⁴⁹³ Bu sınıflandırmanın yeterli olup olmadığını, mevcut ceza teorilerinin neler olduğunu ve bu teorilerin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin yaklaşımları

⁴⁸⁷ Pawlik, ss. 13-14.

⁴⁸⁸ Grosse-Wilde, s. 15.

⁴⁸⁹ Grosse-Wilde, ss. 13-14.

⁴⁹⁰ Hoerster, ceza teorilerini ahlaki meşruiyet teorileri (moralische Rechtfertigung der Strafe – moralische Theorien) olarak görmektedir. Norbert Hoerster, “Die philosophische Rechtfertigung staatlichen Strafens”, *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, Cilt: 28, Sayı: 3, 1974, s. 368.

⁴⁹¹ Pawlik, ceza teorilerini hukuk-etiği (*rechtsethisch*) teorileri olarak adlandırmaktadır. Pawlik, s. 13.

⁴⁹² Lampe, s. 2; Henrici, s. 39.

⁴⁹³ Örneğin bkz. Koca /Üzülmez, ss. 564 vd.; Özbek ve diğerleri, ss. 583 vd.; Demirbaş, ss. 608 vd.; Öztürk/Erdem, ss. 485 vd.

incelemeden önce kısaca meşruiyet kavramını ve ceza teorilerinde nasıl konu edildiğini açıklamakta fayda görmekteyiz⁴⁹⁴.

1. Meşruiyet Girişiminin Anlamı/Nedenleri

Meşruiyet ihtiyacı cezanın ilk bakışta ahlaken kötü/yanlış bir şey olarak nitelendirilmesinden doğmaktadır⁴⁹⁵. Cezayı oluşturan unsurlar – failin davranışı hakkında verilen sosyal-etik değersizlik yargısı ve failin bununla bağlantılı olarak bir olumsuzluğa uğratılması – göz önünde bulundurulunca cezanın içerdiği kötülük açıkça kendini göstermektedir⁴⁹⁶. Faile uygulanan olumsuzluklar onun iradesi ya da rızasına bağlı değildir⁴⁹⁷. Dahası bu “kötülük” kişiye kasti olarak uygulanmaktadır. Cezalandırmadaki niyet, söz konusu değersizlik yargısında bulunmak ve birtakım olumsuzlukları kişiye yüklemektir. Cezadaki amaçlı/kasti kötülük onu ahlak teorisi açısından özellikli bir konuma getirmektedir⁴⁹⁸.

Her ne kadar cezanın meşruiyetine ilişkin ihtiyaç öncelikle ahlak felsefesi alanında ortaya çıkmaktaysa da cezanın devlet tarafından uygulanıyor oluşu meşruiyet tartışmasına yeni bir boyut kazandırır⁴⁹⁹. Cezanın meşruiyeti alelade herhangi bir kişinin kendisine karşı yapılmış olan kötülüğe kötülükle yanıt vermesinin ahlaki yönden değerlendirilmesinden farklıdır⁵⁰⁰. Cezanın meşruiyeti araştırılırken neden

⁴⁹⁴ Ceza teorilerini ele alan yazarlar meşruiyet girişiminin ne anlama geldiğine çok az ilgi göstermişlerdir. Oysaki meşruiyet girişimi hakkında düşünmek, bir fikrin bir şeye meşruiyet kazandırabilmesi için hangi kriterleri gerçekleştirmesi gerektiği hakkında düşündürmektir. Kevin Magill, “The Idea of a Justification For Punishment”, **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1998, s. 86.

⁴⁹⁵ Nicola Lacey, **State Punishment: Political Principles and Community Values**, Taylor & Francis e-Library, London, 2002, s. 13. Benzer yönde Magill, s. 86; Axel Montenbruck, **Deutsche Strafrecht I-IV: Lehrbuch in vier Teilen**, 4. Baskı, Open Access der Freien Universität Berlin, Berlin, 2020, s. 18.

⁴⁹⁶ Cezanın içerdiği ahlaki yanlışlık, çoğu zaman bireye uygulanan olumsuz sonuçlarda görülmekte ve cezanın kınama-değersizlik yargısı da içerdiği göz ardı edilmektedir. Örneğin bkz. Lacey, s. 13. Oysa bir bireyin davranışının kınanması da ilk bakışta ahlaki bir kötülük olarak değerlendirilip, gerekçelendirmeye muhtaçtır. Aynı yönde bkz. Wolfgang Frisch, “Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı:1, 2016, (Grenzen), ss. 20 vd.

⁴⁹⁷ Lacey, s. 13.

⁴⁹⁸ Zachary Hoskins, “The Moral Permissibility of Punishment”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <https://iep.utm.edu/m-p-puni/>, (01.04.2021).

⁴⁹⁹ Lacey, s. 13.

⁵⁰⁰ Günümüzdeki anlamıyla cezanın ortaya çıkışı, devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte başlar. Özel kişiler tarafından şiddetin uygulanmasının tamamen önüne geçilmesi, devletin egemenlik iddiasını

devletin meşru cezalandırma merci olduğu ve diğer kişi veya toplulukların cezalandırma yetkisinin olmadığı sorusunun sorulması gerekir. Her ne kadar halen ahlaki argümanlar alanında iştigal edilmekteyse de ceza merciinin devlet oluşu, geleneksel olarak siyaset felsefesi/devlet teorisinin problemleri olarak görülen yeni ahlaki problemler ortaya çıkarır. Ceza artık *prima facie* bireyler tarafından gerçekleştirilen bir kötülük değil, *prima facie* devlet kuvvetinin onun yetkilileri tarafından ahlaken yanlış bir şekilde kullanılmasıdır⁵⁰¹. Ceza, suçun ve suçları tanımlayan bir ceza hukukunun varlığını bir koşul olarak gerektirir. Aynı şekilde ceza hukuku da hukuku yaratma, uygulama ve ceza vermeye siyaseten otoritesi bulunan bir devletin varlığını önceden kabul eder. Cezaya ve meşruiyetine ilişkin normatif görüşlerin en azından ceza hukuku ve devletin yetki ve işlevi hakkındaki normatif görüşlere bir ön koşul olarak dayanması gerekir⁵⁰². Bu şekilde meşruiyet meselesi, devlet ve hukuk teorisinin, bir diğer ifade ile hukuk felsefesinin bir konusu haline gelir⁵⁰³.

Benimsenen devlet ve hukuk teorisinin açıkça belirtilmesinin cezanın meşruiyeti bağlamında ne ölçüde önemli olduğu ise tartışmalı bir konudur⁵⁰⁴ ve bu

korumak içindir. Bu tekelden devlet için bir görevin ortaya çıktığını görmekteyiz: ceza gücünün kullanımı vasıtasıyla barışın sağlanması. Nesnel devlet organlarına geçiş vasıtasıyla cezanın etkisi ilk defa his ve sezgilerden bağımsız olarak değerlendirilmiştir ve ceza devlet açısından bir enstrüman olarak algılanmıştır. Devletin ve ceza tekelinin ortaya çıkışı meşruiyet problemini yaratmıştır. Önceleri bireyin suçtan zarar gören olarak iddia ettiği şey, şimdi üçüncü taraf olarak devlete geçmiştir ve vatandaş haklarının artışıyla birlikte devlet davranışları için rasyonel bir gerekçeye ihtiyaç duymuştur. Resmîyet-kamusallaşma (*die Formalisierung*) vasıtasıyla bir tür gerekçe boşluğu oluşmuştur. Toplumun cezaya ilişkin rızasının/kabulünün çözülmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır. Tobias R. Andrissek, **Vergeltung als Strafzweck: empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, s. 40. Karş. Leo Zaibert, “Prolegomenon to a Theory of Punishment”, **Law, Culture, and the Humanities**, Cilt: 1, 2005, ss. 221-246, ss. 233 vd.

⁵⁰¹ Devletin herhangi bir müdahalesini meşrulaştırması gerektiği düşüncesi genellikle klasik liberalizm ile ilişkilendirilir. Ancak bu sorun siyaset felsefesinin temelinde yer alır ve örneğin sosyalist teorilerin devletin faaliyetlerinin gerekçeleri ve sınırlarına ilişkin ilkelerle aynı ölçüde ilgilenmediklerini iddia etmek yanlış olacaktır. Siyaset felsefesine değer vermek, devletin varlığının ahlaki gerekçelendirmeyi gerektirdiği fikrine değer vermektir. Dolayısıyla devletin muhtemel faaliyetlerinden biri olarak ceza herhangi bir devlet teorisinin ele alması gereken bir problemdir. Lacey, s. 14.

⁵⁰² Antony Duff ve Zachary Hoskins, “Legal Punishment”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer Edition 2021)**, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/legal-punishment/> (01.06.2022), s. 3.

⁵⁰³ Henrici, ss. 20 vd.; Ceza felsefesinin konusunu oluşturduğu yönünde bkz. Lampe, s. 2.

⁵⁰⁴ Bunun önemi farklı devlet teorilerinin ne ölçüde cezanın meşruiyetine ve nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin farklı normatif teoriler üreteceğine bağlıdır. Duff/Hoskins, s. 3. Ceza teorisinin

soru çalışmamız kapsamında ayrıca incelenmeyecektir. Çalışma açısından önemli olan benimsenen devlet anlayışı (anayasal hukuk devleti) kapsamında hangi ceza teorisinin kabul edilebilir olduğunu bulmaktır, bu teorisinin diğer devlet anlayışları bakımından da kabul edilir olup olmadığı ise araştırma konusu dışında kalmaktadır. Ancak şunu belirtmekte fayda görmekteyiz: devlet ve hukuk teorisinden bağımsız ve hatta devlet teorisi üstü bir ceza teorisi geliştirmek mümkün değildir⁵⁰⁵. Dolayısıyla ceza teorisi, devlet ve hukuk teorisi ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Devletin herhangi bir eylemini meşrulaştıran görüşler en nihayetinde devletin var olma sebepleriyle ilişkili olmak zorundadırlar⁵⁰⁶.

Cezanın meşrulaştırılması gereğini şu şekilde de gösterebiliriz: Ceza, diğer hukuki kurumlar gibi kendiliğinden var olmamıştır ve insan iradesinin bir ürünüdür. İnsan iradesi ile yaratılmış olan şey, yine bu irade ile yok edilebilir. Dolayısıyla eğer insanlar iradelerinin ürünü olan bir şeyi – bizim örneğimizde cezayı – ortadan kaldırmamaları gerektiğine inanıyor iseler bunu gerekçelendirmelidirler⁵⁰⁷. Nasıl ki devletsiz bir toplumun var olabileceği düşünülebilir, aynı şekilde cezasız bir toplumun da var olabileceği de tahayyül edilebilir. Nasıl ki devlet teorisi/felsefesi devletin varlığını gerekçelendirmeye çalışır, aynı şekilde ceza teorisi de neden ceza olmalıdır sorusuna cevap vermelidir⁵⁰⁸. Hatta herhangi bir gerekçenin cezaya meşruiyet kazandırabilmesi için bu gerekçenin geçersizliğinin kanıtlanması ve başka bir gerekçenin de bulunmaması halinde cezadan vazgeçilmesi gerektiğinin de kabul edilmesi gerekir⁵⁰⁹.

Sonuç olarak cezanın meşruiyetini konu edinen ceza teorileri, cezanın, devlet ve hukuk kavramıyla uyumlu olup olmadığı ve zorunlu olarak onun bir unsuru olup

devlet teorisinden bir ölçüde bağımsız olduğu görüşü için bkz. ve karş. Michael Davis, “The Relative Independence of Punishment Theory”, **Law and Philosophy**, Cilt: 7, Sayı: 3, 1988-1989, ss. 321-350, ss. 322 vd.

⁵⁰⁵ Aynı yönde Lacey, ss. 14-15.

⁵⁰⁶ Lacey, s. 14.

⁵⁰⁷ Pawlik, s. 11.

⁵⁰⁸ Pawlik, s. 12.

⁵⁰⁹ Magill, s. 90. Cezanın meşruiyetine ilişkin felsefi ve hukuki tartışmalar, cezanın meşru kılınabileceği ön varsayımından hareket etmektedirler. Teorisyenin görevi bu meşruiyeti oluşturmak ve açıklamaktır. Bununla birlikte aslında normatif teorisyenlerin cezanın meşruiyetinin olmaması ihtimaline de açık olmalıdırlar. Duff/Hoskins, s. 2.

olmadığını tartışma ihtiyacından ortaya çıkmaktadırlar⁵¹⁰. Ceza teorileri bir kurum olarak cezayı gerekçelendirir, meşrulaştırır ve devletin ve hukukun varlık gerekçesinin örtülü olarak cezayı da kapsadığını gösterirler⁵¹¹.

2. Cezanın Amaçları Sorusunun Cezanın Meşruiyeti Sorunu ile İlişkisi

Bununla birlikte geleneksel olarak ceza teorileri olarak adlandırılan görüşler (mutlak ve nispi teoriler) meşruiyet sorununu cezanın anlamı/amaçları (*Sinn/Zwecke*) sorusu üzerinden ele almaktadırlar. Hatta kimi yazarlarca cezanın anlamı ve meşruiyeti arasında bir ayrıma gidilmektedir. Cezanın meşruiyeti, cezanın insanların birlikte yaşamasının temel bir koşulu olarak hukuk düzeninin devam ettirilmesi için gerekli olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁵¹². Cezanın anlamı ise cezalandırmanın hükümlüye ve toplumun geneline karşı hangi amaçları güdebileceği sorusuyla ilişkilendirilmektedir. Ödetici ve önleyici görüşlerin birbiri ile yarıştığı alan işte burada yer alır⁵¹³. Ceza teorilerinin görevini cezanın anlamını – ve dolayısıyla da cezanın amaçlarını – araştırmada konumlandıran bu yaklaşıma göre ceza var olmalı mıdır sorusu ile nasıl olmalıdır sorusu arasında bir ayrıma gidilmekte ve ceza teorilerinin sadece ikinci soruyu cevaplandırması gerektiği kabul edilmektedir. Ceza olmalı mı sorusuna cevap verilirken, hukuk kurallarına uyulmasını garanti eden bir ceza sisteminin vazgeçilemez olduğu öncülüne dayanılmaktadır. Bu nedenle de ceza hukukunun bir bütün olarak varlığı değil; sadece söz konusu koruma görevini yerine getirmesine ilişkin temel anlayışın ne olduğu ve bunun nasıl somutlaştırılacağı tartışma konusu edilmektedir⁵¹⁴. PAWLIK bu tür bir ayrıma karşı çıkmaktadır. Yazara göre cezanın gerekliliği öncülünden hareketle zorunlu olarak ceza hukukunun var olması gerektiği sonucuna ulaşılamaz. Bu sonucun normatif ek kabullerle

⁵¹⁰ Beccaria'ya kadar hep devlet teorisine ilişkin eserlerin bir bölümü olarak ele alınan ceza ve cezanın meşruiyeti konusu Beccaria ve sonraki filozoflar tarafından müstakil olarak ele alınmıştır. Davis, s. 321.

⁵¹¹ Henrici, s. 39.

⁵¹² Örneğin bkz. Erem, s. 151, n. 173; Dönmezer/Erman, II, s. 594; Önder, s. 8.

⁵¹³ Jeschek/Weigend, § 8 ss. 64, 66; Gropp, § 1 kn. 98; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 1; Maurach/Zipf, § 7 kn. 1 vd.

⁵¹⁴ Örneğin bkz. Maurach/Zipf, § 7 kn. 3.

desteklenmesi gerekir. Bu nedenle de aslında cezanın meşruiyeti ve anlamına/amacına ilişkin sorular örtüşmektedir⁵¹⁵.

Ayrıca “amaç” kavramının birçok açıdan yanıltıcı olduğu da haklı olarak ifade edilmektedir. Adaleti zafere ulaştırmak (klasik ödetme teorisinin gerekçesi) ya da ihlal edilen hukuk düzeninin devam etmekte olan katiyetini göstermek (ödetme teorisinin modern versiyonunda ileri sürüldüğü üzere) amacının niteliği, bir toplum içerisindeki güvenlik seviyesini uygun şekilde etkilemek (önleme teorilerinin ortak özelliği) amacının niteliğinden tamamen farklıdır. İlk gruptaki amaçların konusu norm sistemine içkin sonuçlar iken; ikinci amacın konusu ise norm sistemi dışından eklenen ve toplumun gerçek durumuna etki eden hususlardır. Keskin bir şekilde birbirlerinden ayrılan bu iki temel anlayış karşısında amaç kavramının her ikisi için de ortak olan meşruiyet sorununu ifade etmeye uygun olmadığı anlaşılmaktadır⁵¹⁶. Dahası cezanın amaçları odaklı bir yaklaşım birtakım yanlış anlamalara davetiye çıkarmaktadır. Örneğin bu yaklaşım ödetme teorilerine karşı yöneltilen meşhur “amaçsız cezanın anlamsız olacağı” eleştirisine yol açmaktadır. Esasında ödetme teorilerinin farklı varyasyonları sadece gerçek manada bir etkiyi ifade eden amaçların meşruiyet gerekçesi olamayacaklarını ifade etmektedirler. Buna karşılık ödetme teorisi tarafından vurgulanan norm sistemine içkin amaçlar bu teori için kurucu niteliktedir. Dolayısıyla ceza teorisinin temel sorusunu amaç kavramına başvurmaksızın formüle etmek daha zararsız görünmektedir⁵¹⁷.

Cezanın meşruiyeti sorununun cezanın anlamı/amaçları sorusu üzerinden ele alınışına getirilen bir diğer eleştiri ise bu yaklaşımın niteliğine odaklanmaktadır. HENRICI’ye göre geleneksel ceza teorilerinin sorunu ele alış şekilleri felsefi değildir. 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan okullar ihtilafı (*Schulenstreit*) ödetici-ceza ve koruyucu-ceza savunucuları arasında ortaya çıkmıştır. Bunlar sırasıyla mutlak ve nispi ceza hukuku teorilerini savunmaktaydılar. Klasik okulun temsilcisi Karl Bindig, cezanın doğasını ödetici ceza olarak belirlemekte, cezayı kusura bağlamakta ve ceza hukukunu etik üzerine inşa etmekteydi. Modern okulun temsilcisi Franz von Liszt ise

⁵¹⁵ Pawlik, s. 11.

⁵¹⁶ Pawlik, s. 12.

⁵¹⁷ Pawlik, Person, s. 13. Amaç sorusunun anlamsızlığı/faydasızlığına ilişkin olarak bkz ve karşı. Alf Ross, **On Guilt, Responsibility and Punishment**, Stevens & Sons Limited, London, 1975, ss. 33-36.

cezanın doğasını önleyici tedbir olarak kabul etmekte, ceza hukukunu ise suçla mücadele hukuku olarak görmekte ve onu sosyoloji üzerine inşa etmekteydi. İronik bir şekilde etik kusur odaklı klasik okul, fiili; sosyolojik hukuka aykırılık odaklı modern okul ise faili cezalandırmak istemekteydi. Her ne kadar okullar ihtilafı ceza hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamışsa da HENRICI'ye göre hukuk felsefesi bakımından pek bir anlam ifade etmemiştir. Zira bu ihtilaf felsefi düzeye çıkmamıştır, tartışmalar cezanın meşruiyeti yerine onun yapısı etrafında dönmüştür. Oysaki cezanın yapısı tamamen temelinde yer alan meşruiyetine bağlıydı. Söz konusu ceza teorileri, cezanın anlamı ve amacını açıklamaya çalışırken, cezayı, dışardan değil içerden ele almışlardır. Bir diğer ifade ile ceza sorunu cezanın doğasından yola çıkılarak değerlendirilmiştir, cezalandıran makamdan yola çıkılarak değil⁵¹⁸.

HASSEMER ve NEUMANN da cezanın anlam ve amacına ilişkin sorunun içerden cevaplandırılmakta olduğunu ifade etmektedirler. Ancak yazarlara göre olması gereken de budur. Cezanın dışarıdan araştırılması ise onun sosyolojik analizini oluşturur⁵¹⁹. Oysaki HENRICI felsefi ele alış biçiminin ve devletin cezalandırma meşruiyetinin sorgulanmasının yolu olarak cezanın dışarıdan ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu konuda HENRICI'ye katılmaktayız. Dolayısıyla ceza içerden değil de dışardan değerlendirilecek olursa tüm ceza hukuku problemi devlet yapılanmasının bir problemi haline gelir. Bir ceza teorisinin çıkış noktası artık cezanın amaçlarının belirlenmesi değil, devletin ceza merci olma özelliğidir. Bu şekilde ele alınan soru esasında aynı olmakla birlikte yeniden formüle edilir: “Cezanın anlamı veya amacı nedir?” sorusu yerine “Neden devlet cezalandırabilir?” sorusu geçer⁵²⁰.

Cezanın amaçları üzerinden yürütülen tartışmaya yöneltilen bir diğer eleştiri ise bu tartışmanın mevcut görüşlerin tamamını kapsayan bir alan sunamamasıdır. Bu

⁵¹⁸ Henrici, s. 21.

⁵¹⁹ Cezanın anlam ve amacına ilişkin soru, toplumun ceza kurumuna ilişkin anlayışına temel olan yorumlayıcı şema hakkındadır. Soru toplumun içsel perspektifinden yöneltilmektedir. Cezanın (örtülü) işlevine dair, deyim yerindeyse toplum üyelerinin arkasından icra edilen sosyal faydalarına dair soru ise sosyolojik analizin dışsal perspektifinden sorulmaktadır. Böyle bir soru toplumun anlayışından kaynaklanan içsel perspektifi ile çözümlenemez. Dolayısıyla, cezanın örtülü işlevi toplumsal anlamlandırma düzeyinde ele alınamaz. Örneğin cezanın sosyal-psikolojik işlevi olarak saldırganlığın yasal yollarla dışa vurumu imkânı sağladığı ileri sürülüyorsa, bu işlev toplumsal anlayış içerisinde ele alınan cezanın amaçları düzeyine taşınmaz. Bkz. NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn. 106.

⁵²⁰ Henrici, s. 22.

görüŖe göre ceza teorilerinin mutlak ve nispi olarak ayrılması, dışavurumcu (*expressive*) ceza teorilerini bu sınıflandırmanın dışında bırakmaktadır. Dışavurumcu ceza teorileri cezaya bir işlev atfetmekten kaçınmazlar ancak bu işlev potansiyel failleri caydırma, toplumun failden korunması ya da failin rehabilitasyonuna ilişkin değildir. Cezanın ciddiye alınabilecek tek işlevi olarak önlemeye odaklanması ve cezanın iletişimsel işlevinin göz ardı edilmesi eleştirilmektedir⁵²¹.

Dahası cezanın anlamı/amaçları yaklaşımı, neyin kime karşı meşrulaştırıldığını da net bir şekilde ortaya koyamamaktadır. Öncelikle cezanın birçok farklı görünüm biçimi olması (ceza tehdidi, ceza mahkumiyeti, cezanın infazı) meşruiyet sorununu özellikli hale getirmektedir. Ceza teorilerinin cezanın tüm bu farklı yönlerini göz önünde bulundurmaları gerekir⁵²². Ayrıca ceza, hem bir kurum olarak toplumun tamamına karşı hem de temel haklara bir müdahale olarak ilgili birey(lere) karşı meşrulaştırılmaya muhtaçtır. Cezanın temel haklara müdahale teşkil eden niteliği göz önünde bulundurulunca temel haklarına müdahale ettiği bireylere karşı

⁵²¹ Hörnle, *deutsche Diskussion*, ss. 28-29; Hörnle, *Straftheorien*, ss. 3, 15. Aynı yönde bkz. Thomas Weigend, “Kommentar zu Tatjana Hörnle, *Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien*”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechts**, (Ed. Andrew von Hirsch, Ulfrid Neumann ve Kurt Seelmann), Nomos, Baden-Baden, 2011, (Kommentar zu Tatjana Hörnle), ss. 31-43. s. 31. HÖRNLE Alman öğretisindeki ceza teorileri yaklaşımına karşı oldukça eleştireldir. Yazara göre Almanya’da ceza teorilerine ilişkin sürdürülen tartışmaya ışık tutmak için iki noktaya değinmek gerekir. İlki Alman idealizminden kaynaklanan felsefi metinlerin sadece düşünce tarihi anlatısının bir bölümü olarak değil bunun ötesinde bugün savunulan görüşlerin temeli olarak büyük bir rol oynadığıdır. Almanya’daki tartışmalarda güçlü bir akım halen ikna edici bir ceza teorisinin kabul edilebilir temellerinin Kant veya Hegel’de bulunabileceğini düşünmektedir. Bu durum özellikle de bir ayağı hukuk felsefesinde olan ceza hukukçuları bakımından geçerlidir. Ceza hukukunun hukuk felsefesi ile bağı Almanya’da geleneksel olarak sıkı olmuştur. Alman geleneği, hukuk felsefesi içinde Alman idealizminin felsefi metinleriyle bağlantıyı gerekli bulmaktadır. İkincisi ise ceza teorilerine ilişkin tartışmanın bir ikilik (*Dichotomie*) çerçevesinde yapılandırıldığıdır. Bu ikilik ile mutlak ve nispi teoriler olmak üzere yapılan ayrıma ilişkindir. Burada söz konusu olan yerleşik bir kategori oluşturmaktır (*Kategorienbildung*). Bu kategori oluşumuna her Alman Ceza Hukukçusunun güvenmesi beklenir ve aynı oluşum çoğu ders kitabı ile genel eserde tartışılmaksızın temel alınır. Hörnle, *deutsche Diskussion*, s. 11. Öğretinin 18. ve 19. yüzyılda yazılmış olan felsefe metinleri üzerinden bir ceza teorisi geliştirme çabalarına yönelik eleştirileri için bkz. Tatjana Hörnle, “Straftheorien”, **Handbuch des Strafrechts: Band 1 Grundlagen des Strafrechts**, (Ed. Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius), C. F. Müller, Heidelberg, 2019, (Straftheorie), ss. 511-512.

⁵²² Henrici, s. 39. Yeterli ölçüde kompleks olan bir ceza teorisi diğer farklılıkların yanında özellikle ceza tehdidi ve ceza mahkumiyeti arasındaki farkı ortaya koymalıdır. Hörnle, *Straftheorie*, s. 508. Montenbruck, bu yönle bir dördüncü eklemektedir: ceza fikri (*Strafidee*). Bkz. ve karşı. Montenbruck, ss. 33 ve 34. Dahası farklı suç tipleri ve fail grupları bakımından da ayırım yapılması gerekebilmektedir. Örneğin: en ağır şiddet suçlarında ödetme amacını kabul etme eğilimi, taksirle işlenen zarar ve özellikle de tehlike suçlarında duraksamaya dönüşmektedir. Dolayısıyla farklı problem alanlarının birbirinden ayrı tutulması gerekmektedir. NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn 102.

gerekçelendirilmesi gerektiği açıkça ortadadır. Ancak cezanın gerekçelendirilmesi ve meşruiyet kazanması için sadece bu açıdan yaklaşılması yeterli değildir. Toplumun tüm üyelerine karşı da şu sorunun cevaplandırılması gerekir: kamusal kaynaklarının sınırlılığı karşısında neden bu denli masraflı bir ceza adaleti sistemine ihtiyaç duyulmaktadır?⁵²³ Bu nedenle tek bir meşruiyet sorusu olmadığı, meşruiyet sorununun farklı sorularla formüle edilebilecek birden fazla alt meseleden oluştuğu genellikle ifade edilmektedir⁵²⁴. Dolayısıyla da ceza teorileri olarak nitelendirilen farklı görüşler farklı sorulara cevap vermektedirler⁵²⁵. Kimi yazarlarca ceza teorileri arasındaki çatışmanın esasında farklı sorulara cevap vermelerinden ileri geldiği de ifade edilmektedir⁵²⁶. Ceza teorilerinin, farklı yaklaşımları zorunlu kılan bu farklı sorulardan hangisine ya da hangilerine cevap verdiklerini her zaman net bir şekilde ortaya koymadıkları da gözlemlenmektedir⁵²⁷.

Son olarak geleneksel ceza teorilerinin meşruiyet sorununa yaklaşımına ilişkin olarak LAMPE tarafından getirilen değerlendirme ve eleştiriye değinmek istiyoruz. LAMPE, geleneksel ceza teorilerinin meşruiyet sorununu çözümleyemediklerini ileri sürmektedir. Yazara göre ceza felsefesi, cezanın ve cezalandırmanın meşruiyeti sorusu

⁵²³ Hörnle, *Straftheorie*, s. 520. HÖRNLE'ye göre geleneksel ceza teorileri, meşruiyet sorusuna sadeleştirilmiş bir bakış açısı getirmektedirler: mutlak teoriler, meşruiyet (*Legitimität*) sorusuna odaklanıp gereklilik sorusunu ihmal etmekteyken; nispi teoriler gereklilik sorusunu vurgulayıp meşruiyet sorusunu ihmal etmektedirler. Yazara göre bir ceza teorisinin, ceza adalet sisteminin gerekliliğini, ceza normunun ve cezanın ilgili bireye karşı meşruiyetini (*Legitimität*) ve cezanın yapılandırılmasını açıklaması gerekir. İlk olarak toplum açısından cezanın neden var olması gerektiğinin gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Zira cezanın uzun zamandır uygulanıyor olması, böylesi maliyetli bir sistemin günümüzde ve gelecekte de kullanılması gerektiğini en azından tamamıyla gerekçelendiremez. İkinci olarak hem ceza tehdidine hem de ceza mahkumiyetine içkin olan temel haklara müdahalenin gerekçelendirilmesi gerekir. Üçüncü aşamada ise cezanın yapılandırılması sorunu cezanın (maddi yükün/acının) somut şeklinin ve yüksekliğini belirleme ölçütlerinin ele alınması gerekmektedir. Yaptırım öğretisi ve cezanın belirlenmesi konularını ele alan bu üçüncü aşama dar anlamda ceza teorilerinin konusunu (cezanın gerekliliği ve meşruiyeti) oluşturmamaktadır. Hörnle, *Straftheorie*, s. 508.

⁵²⁴ HART, en azından üç ayrı mesele tespit etmektedir. İlk olarak ceza sisteminin genel meşru kılan amacının (*general justifying aim*) ne olduğu sorusu sorulmalıdır: Böyle bir sistemin oluşturulması ve devam ettirilmesi nasıl meşru kılınabilir? İkinci olarak kim cezalandırılabilir sorusu ele alınmalıdır: hangi ilkeler veya amaçlar cezanın bireylere dağıtılmasını belirler? Üçüncü olarak cezanın miktarı nasıl belirlenmelidir sorusu cevaplandırılmalıdır: hangi cezanın uygulanacağına nasıl karar verilmelidir? Herbert L. A. Hart, **Punishment and Responsibility**, Oxford University Press, Oxford, 1968, ss. 1 vd. Benzer yönde bkz. Duff/Hoskins, s. 2; Hörnle, *Straftheorien*, ss. 4-6; NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn. 102 vd.; Grosse-Wilde, ss. 9 vd.;

⁵²⁵ NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn. 102; Hörnle, *Straftheorien*, ss. 3-4; Hörnle, *Straftheorie*, s. 508.

⁵²⁶ NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn. 102.

⁵²⁷ Hörnle, *Straftheorie*, s. 508.

ile ilgilenir. Ceza ve cezalandırma, ancak adalet kuralları/ilkeleri (*Gerechtigkeitsregeln*) vasıtasıyla meşrulaştırılabilir. Ceza felsefesinin görevi, ilk olarak haksızlık ve ceza arasındaki ilişki ve aynı şekilde sorumluluk (kusur) ve cezalandırma arasındaki ilişki için adalet kuralları geliştirmek ve ikinci olarak bize bu kuralların uygulanmasını öğretmek ve bu şekilde bizlerin haksızlıktan cezayı ve kusurdan cezalandırmayı meşrulaştırabilmemize imkan sağlamaktır⁵²⁸. Ceza teorileri ise ya cezayı ödetmeye yönelik temel gereklilikten ya da cezalandırmayı önlemeye yönelik amaç gerekliliğinden hareketle açıklamaktadırlar. Bu açıklamalar ceza felsefesi için önemsiz olmamakla birlikte cezanın adil oluşuna ilişkin hiçbir şey sunmamaktadırlar. Bir şeyin meşruiyetinin sağlanması için öncelikle o şeyin açıklanması gerektiği açıktır. Öteden beri ödetme ve önleme cezayla ilişkilidir. Bazen biri bazen öteki ön plana çıkar. Her ikisi de açıklayıcı kaldıkları müddetçe, cezaya ait kavramlar olduklarını tartışmasız bir şekilde göstermektedirler. Bu ikisinin süregelen varlıkları ne cezayı ne de cezalandırmayı meşrulaştırır. İkisi de cezanın sosyal olarak gömülü olduğu işlevsel bağlamı açıklar – her ne kadar bu durum mutlak teori tarafından çoğunlukla reddedilmekteyse de. Günlük dil kullanımı bile bizlere bir şeyin sadece belirli bir gerekçesi olması nedeniyle onu adil olarak tanımlamayı yasaklamaktadır. Ceza kullanışlı oluşu sebebiyle sosyal varlık için işlevseldir, buna karşılık onun adil oluşu sosyal bütün için ifade ettiği ahlaki/etik değerinden hareketle tanınabilir. Kim ki cezanın adil olduğunu işlevselliğinden çıkarırsa, bir olgudan bir değer çıkarır ise mantık hatasına düşer⁵²⁹. Ez cümle, LAMPE’ye göre meşruiyet sorunu bir adalet sorunudur, cezanın meşruiyeti onun adil oluşuna bağlıdır ve dolayısıyla da bunu gösteren ilkeleri geliştiren bir ceza teorisine ihtiyaç vardır.

Sonuç olarak “cezanın amaçları” başlığı merkezine önleme amacını oturtmayan ceza teorilerinin incelenmesinde yetersiz ve hatta yanıltıcı olabilir; cezanın amaçları nelerdir sorusu gerçek bir felsefi soru meydana getirmeyebilir ve cezanın amaçlarına yönelik bir açıklamanın cezanın hangi yönünü ele aldığı ve onu kime karşı gerekçelendirmeye çalıştığı açık bir şekilde anlaşılmayabilir. Kanaatimizce cezanın meşruiyeti sorununun cezanın amaçları meselesine indirgenerek ele alınması bu

⁵²⁸ Lampe, s. 2.

⁵²⁹ Lampe, s. 3.

sorunun temelde devlet – hukuk teorisi ve hukuk felsefesinin bir konusu olduğu, çok yönlü olduğu ve birçok alt sorundan oluştuğu gerçeğini gizleyebilir.⁵³⁰ Bu nedenle ceza teorilerini cezanın amaçlarına ilişkin açıklamalar getiren görüşler olarak nitelendirmemekteyiz. Benimsenen yaklaşımımız şu şekildedir: devletin cezalandırma yetkisinin olup olmadığı sorusunu merkeze almak, birden fazla yönüyle cezayı hem bireye hem topluma karşı meşrulaştırmak, tüm bu alt sorunlar için farklı gerekçelendirmelerin gerekebileceğini kabul etmek ve cezanın belirlenmesinin bu normatif açıklamadaki konumunu tespit etmek.

B. Ceza Teorilerine Genel Bakış

Ceza hukukunun temelinde yer alan devletin vatandaşını – hatta gerekirse varlığını tehdit eden sonuçlarla – cezalandırma hakkını nereden almaktadır sorusu yüzyıllardır farklı şekillerde cevaplanmaktadır⁵³¹. Bu cevaplar genellikle mutlak-nispi (ödetmeci-faydacı) teoriler olarak sınıflandırılmaktadır. Bir üçüncü kategori ise karma teorilerdir⁵³². FRISCH’e göre ceza hukukuna ilişkin temel eserler incelendiğinde ceza

⁵³⁰ Benzer yönde bkz. Hörnle, *Straftheorien*, ss. 3-4. Cezanın meşruiyeti problemi devletin ceza yetkisinin ve bunun sınırlarının gerekçesine yönelik olan soruyu kapsar: neden devlet cezalandırabilir? ve bu sorudan şu soruları çıkarabiliriz: nasıl cezalandırabilir? neyi cezalandırabilir? hangi koşullar altında cezalandırabilir? ve son olarak kimi cezalandırabilir? Bu sorular doğal olarak tüm düşünürler tarafından farklı şekillerde ifade edilmiş ve farklı temellerden hareketle cevaplandırılmıştır. Ancak her zaman temel soru aynıdır: cezanın meşruiyetine ilişkin soru. Henrici, s. 32.

⁵³¹ Kindhäuser, § 2 kn. 8.

⁵³² Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde mutlak ve nispi ayrımı yapılarak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde genellikle ödetme/ödetmeci teoriler ile faydacı teoriler ayrımı yapılmaktadır. Örneğin bkz. Ross, ss. 60 vd.; Lacey, ss. 16 vd. Esasında farklı şekilde isimlendirilmiş olan bu kategoriler içerisindeki görüşler birbirleri ile uyumaktadır. HOERSTER da önleme teorilerinin faydacı teoriler (*utilitaristische, folgenorientierte Theorien*) olduğunu belirtmektedir. Hoerster, s. 370. Bir diğer sınıflandırma ise sonuç odaklı olmayan (*non-consequentialist, Nonkonsequentialisten*) ve sonuç odaklı olan (*consequentialist, Konsequentialisten*) teoriler arasında yapılmaktadır. İlk grup mutlak teorileri ikinci grup ise önleme teorilerini içermektedir. Johann Endres, “Über Sinn und Zwecke der Strafe im „absurden System“, ” ... **die im Dunkeln sieht man nicht**”. **Perspektiven des Strafvollzugs: Festschrift für Georg Wagner**, (Ed. Willi Pecher, Günter Rappold, Elvira Schöner ve Bernhard Wydra), Centarus Verlag, Herbolzheim, 2005, s. 99. Mutlak-nispi ayrımına ilişkin eleştiriler için bkz. Hörnle, *Straftheorien*, ss. 3, 15; Hörnle, *Straftheorie*, s. 508; Hörnle, *deutsche Diskussion*, ss. 11-12. Mutlak-nispi şeklindeki sınıflandırmanın tartışmalı ancak yine de yararlı olduğu yönünde bkz. Ulrich Klug, **Die Zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe**, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin, 1938, s. 4. Farklı bir sınıflandırma için bkz. Henrici, ss. 41 vd. Alman ceza hukuku öğretisinde savunulan güncel

teorileri alanında geçtiğimiz on yıllarda önemli bir değişim yaşanmadığı düşünülebilir. Bu eserlerde eskiden olduğu gibi mutlak ve çeşitli nispi teoriler bir araya toplanmaktadırlar. Teorilerin, örneklerin, onlara getirilen eleştirilerin ve eleştirilere getirilen yanıtların aktarımı, okuyucuya, tüm bu teorilerin doğru bir ceza teorisi adayları olarak gerçekten de göz önünde bulunduruldukları izlenimini kazandırabilir. Bunun bir sonucu olarak ceza teorilerine ilişkin gerçek dışı bir resim aktarılmaktadır. Gerçek dışıdır çünkü tekrar tekrar aktarılan ceza teorilerinin birçoğu uzun zamandan beri (kimsenin kolayca vazgeçmek istemeyeceği) mevcut hukuk düzeni ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bu teorileri ölü teoriler olarak adlandırmak mümkündür⁵³³. Benzer bir yaklaşımın Türk literatürü için de geçerli olduğu söylenebilir⁵³⁴.

Ceza teorilerinin rastgele seçilmediği, bu teorilerin bir hukuk kültürü içerisinde oluştukları açıktır. Değerlerin zamanla değişmesi bazı ceza teorilerinin artık kabul edilebilir bulunamayacağı anlamına gelir. Gerekçelendirmenin neye ilişkin olması gerektiği ilgili toplumun kültürel, düşünsel şemalarına bağlıdır⁵³⁵. Anayasalar da toplumun değerlerini ve hukuk kültürünün bir parçasıdır. Geliştirilecek olan ceza teorisinin temel haklar odaklı Anayasa ile bağdaşması gerekir⁵³⁶. Devlet ve temel haklara ilişkin anlayışta meydana gelen değişiklikler karşısında, ceza teorilerine ilişkin güncel tartışmanın azımsanmayacak bir bölümünün münhasıran anayasa öncesi eserlerin yorumlanmasına dayandırılması merak uyandırmaktadır. Burada söylenmek istenen düşünsel tarihe ilişkin derinlikli araştırmaların değerinden ziyade, 18. ve 19. yy. metinleri üzerinden ne gibi bir fayda beklendiğini sorgulamaktır⁵³⁷. Tarihi metinlere bu denli odaklanılması analitik yaklaşımın ihmal edilmesine yol açmaktadır.

görüşlere ilişkin sınıflandırma için bkz. Hörnle, deutsche Diskussion, s. 12. Karma teorilerin sınıflandırılması ve çok detaylı bir incelemesi için bkz. Montenbruck, ss. 78 vd.

⁵³³ Wolfgang Frisch, “Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel”, **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 162, Sayı: 2, 2015, (Wandel), s. 69.

⁵³⁴ Örneğin bkz. Centel, ss. 355-356; Centel ve diğerleri, ss. 540 vd.; Özbek ve diğerleri, s. 584. Dönmezer/Erman ve diğerleri, III, ss. 20 vd. KARAKAŞ DOĞAN ise cezalandırma yetkisinin kaynağına ve meşruluğuna dair teorileri cezanın amaçlarına ilişkin teoriler ile karşılaştırarak ele almaktadır. Bkz. ve karşı. Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezaları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 37 vd.

⁵³⁵ Hassemer, s. 284.

⁵³⁶ Hörnle, Strafrecht, s. 512; Hörnle, Strafrecht, s. 16.

⁵³⁷ Hörnle, Strafrecht, s. 512.

Bu şekilde bir yaklaşım ise 18. yy. boyunca ve 19. yy. başlarında temel haklara müdahalenin meşruiyetinin ceza adalet sisteminin meşruiyetinde etkin olmadığı gerçeğini göz ardı etmektedir⁵³⁸. Bu nedenle bu bölümde ceza teorileri incelenirken analitik bir yaklaşımla hangilerinin günümüzde kabul edilebilir/savunulabilir teoriler olduklarını inceleyeceğiz.

İlk incelenecek olan teori grubu mutlak teoriler olarak adlandırılan görüşlerdir⁵³⁹. Mutlak teoriler, ödetme teorileri ya da klasik teoriler olarak da adlandırılmaktadır⁵⁴⁰. Ödetme teorisi, klasik olarak şu şekilde anlaşılır: ceza bir diğerine zarar veren kişiye bunu denkleştirmek üzere aynı şekilde bir acının yüklenmesidir ve böylece bir başkasına acı çektiirdiği için bu kişinin de acı çekmesi gerekir⁵⁴¹. Bu teoriler gerçek bir amaçtan bağımsız olarak kendilerini anlamlandırırılar, cezanın ampirik etkilerine dayanmamaktadırlar. Bu teorilerce cezaya atfedilen anlam maddi olarak gerçekleşmez⁵⁴². Cezanın anlamı, ödetme, kusurun denkleştirilmesi, kefarete gibi kavramlarla karakterize edilir⁵⁴³. Hem mutlak ve hem nispi teoriler, cezanın bir suça karşı tepki/yanıt olma karakterini kabul etmektedirler. Bununla birlikte cezayı suçla ilişkilendirmenin biçimi farklılık gösterir. Mutlak teorilere göre suç hem soyut hem de somut olarak cezanın varlık nedenidir (*Grund*); nispi teorilere göre ise suç sadece soyut olarak cezanın nedeni (*Grund*) iken, somut olarak ceza verilmesine imkan sağlayan bir sebeptir (*Anlaß*). Mutlak teoriler esasında cezayı suç ile iki şekilde ilişkilendirmektedirler: bazıları cezanın suçla ilişkisinde sadece ödeticilik görmektedir, diğerleri ise cezaya cezanın suçla kurduğu iyileştirici ilişkisinde yatan bir anlam atfetmeye çalışmaktadırlar. Her iki yaklaşım da mutlak teoriler olarak isimlendirilmekteyse de HENRICI, ilk yaklaşımı sözde mutlak teoriler, ikinci yaklaşımı gerçek mutlak teoriler olarak isimlendirmektedir. Yazara göre sözde mutlak teoriler cezanın nedenini, gerçek mutlak teoriler içkin amacını ve nispi teoriler dışsal amacını belirtmektedir⁵⁴⁴.

⁵³⁸ Hörnle, Straftheorien, s. 15.

⁵³⁹ Mutlak nitelendirilmesine ilişkin eleştiriler için bkz. Hörnle, deutsche Diskussion, s. 12.

⁵⁴⁰ Hassemer, s. 283.

⁵⁴¹ Frisch, Wandel, s. 70.

⁵⁴² Hassemer, s. 283.

⁵⁴³ Endres, s. 102.

⁵⁴⁴ Henrici, s. 41.

HÖRNLE, mutlak teori olarak nitelendirilebilecek görüşleri beşe ayırmaktadır:⁵⁴⁵ cezanın amaçtan bağımsız olduğu ve gerekçelendirmeye dahi ihtiyaç duymadığı görüşü⁵⁴⁶, cezanın kendinde bir iyilik olduğu görüşü, cezanın kusuru ödettiği görüşü, cezanın adaleti yerine getirdiği görüşü ve dini inanışlar gereğince cezanın gerekli olduğu görüşü.

Cezanın meşruiyetinin gerekçelendirmeye ihtiyaç duymadığı görüşünün modern demokratik hukuk devletlerinde kabul edilebilir olmadığı açıktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere cezanın meşruiyeti gerekçelendirmeye muhtaçtır. Cezanın hem temel haklara bir müdahale teşkil etmesi hem de kamu kaynaklarının kullanılmasını gerektirmesi onun hem haklarına müdahale edilen bireylere hem de toplumun tümüne karşı gerekçelendirilmesini zorunlu kılar⁵⁴⁷. Cezanın kendisinin iyi ve ahlaki bir davranış olduğu görüşü de tatmin edici değildir⁵⁴⁸. Fail de dahil tüm bireylerin temel hak sahibi olduğu bir devlette, ki bu haklara ancak devletin görevleri bakımından vazgeçilmez olarak algılandığı müddetçe müdahale edilebilir, bu tür bir teoriye yer

⁵⁴⁵ Hörnle, *Straftheorien*, ss. 16-19. Benzer bir gruplandırma için bkz. ve krş. Klug, ss. 5-8. Hegel'in yeniden ödetme (*Wiedervergeltung*) olarak ceza vasıtasıyla suçun ortadan kalkması (*Aufhebung*) görüşüne dayanılarak normun geçerliliğinin onaylanması veya hukukun yeniden tesis edilmesine ilişkin olan teoriler de ödetme teorisi olarak isimlendirilmektedir. Buna ilişkin olarak bkz. Wolfgang Frisch, "Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts: zur Idee der Strafe", **Endangst und Erlösung 2**, (Ed. Peter Koslowski), Brill - Fink, Leiden, 2012, (Idee der Strafe), ss. 70 vd.

⁵⁴⁶ Mutlak ve nispi teoriler arasındaki farklılaşma, meşruiyetin iki ihtimali olmasından kaynaklanmaktadır. Bir şeyin meşruiyeti ya o şeyin kendisinden ya da ona yabancı şeylerden çıkarımla mümkün olabilir. Mutlak teoriler cezayı, cezanın kendi değerinden hareketle meşru kılmaktadır. Nispi teoriler ise cezayı onunla izlenen amaçlar üzerinden meşru kılmaktadır. Terminolojide kendisini gösterdiği üzere mutlak ve nispi teoriler arasındaki fark mutlak olanın mutlak, nispi olanın nispi meşruiyet gücü olduğu inancından kaynaklanmaktadır. Kuşkusuz nispi teoriler daha zayıf bir durumdadırlar, zira ek ispatlara ihtiyaç duymaktadırlar. İlk olarak izlenen amacın kendisinin meşru olduğunu, ikinci olarak söz konusu aracın bu amacı gerçekleştirmeye kesinlikle elverişli olduğunu ve üçüncü olarak araç ve amaç arasında bir oranlılık olduğunu göstermelidirler. Öte yandan mutlak teorilerin cezayı mutlak olarak meşru kıldığı düşüncesi yanlıştır. Henrici, s. 40. Buna karşılık LACEY cezanın meşrulaştırmaya ihtiyaç duymadığı şeklindeki bir iddianın ödetme teorileri kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre ödetme teorileri, cezanın içkin ahlaki iyiliğini cezaya karşı *prima facie* ahlaki argümanların aksini ispatladıktan sonra ileri sürmektedirler. Eğer ödetme teorilerini savunan yazarlar gerçekten de cezanın meşruiyete ihtiyacı olmadığını düşünselerdi bu şekilde bir gerekçelendirme yoluna gitmezlerdi. Lacey, s. 13.

⁵⁴⁷ Hörnle, *Straftheorie*, s. 512; Hassemer, s. 285.

⁵⁴⁸ Hörnle, *Straftheorien*, s. 17.

yoktur. Bir kişiye bir olumsuzluğun sırf acı çekmesi için yüklenmesi devletin meşru görevlerinin dışında kalır⁵⁴⁹.

Kusurun varlığına ve ödetmeye atıf ile neden ceza sorusuna yanıt verilememektedir⁵⁵⁰. Failin kınanabilirliğinden hareketle doğrudan failin cezaya değer olduğu sonucuna ulaşılamaz. Bir kişinin kötü/yanlış davrandığından hareketle ona karşı da kötü davranılabileceği sonucuna ulaşmakta acele edilmemelidir. Böyle bir yaklaşımda cezanın *prima facie* kötülüğünün kusurun varlığı halinde nasıl ortadan kalktığı sorusu yanıtızsız kalmaktadır⁵⁵¹. Aynı şekilde cezanın failin kusurunun denkleştirilmesine hizmet ettiği görüşü de sorunludur. Cezanın nasıl failin kusurunu denkleştirebildiği ve denkleştirmesi gerektiği sorusu açıkta kalmaktadır. Böylesi bir denkleştirmenin medeni hukuk ya da bir diğer hukuki tazminat/zararın giderilmesi imkanı ile gerçekleştirilebileceği, ceza vasıtasıyla failin kınanması ve haklarına müdahale edilmesinin bunun için elverişsiz olduğu söylenebilir⁵⁵².

Dahası ceza ve ödetme arasındaki kavramsal ilişkiden ödetici cezanın meşruiyeti sonucuna ulaşılamaz⁵⁵³. “Ceza zorunlu olarak ödetici niteliktedir” fikrinden hareketle “ceza olmalıdır” sonucuna ulaşılamaz. Cezanın meşruiyeti (*Legitimation*) söz konusu ise sadece normatif bir akıl yürütme kabul edilebilir. Kim cezayı ödetme üzerinden meşrulaştırmak isterse, (mağdurun maruz kaldığı) belirli zararların (faile karşı uygulanacak olan) belirli ek zararlar ile karşılandığı bir dünyanın, gerçekleşmiş olan (mağdura ait) zararda kalınan bir dünyadan *ceteris paribus* daha iyi bir dünya olduğunu gerekçelendirmelidir. Bu şekilde bir gerekçelendirme dini veya metafizik bir dünya görüşünün ötesinde başarılamaz⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Frisch, Wandel, s. 70.

⁵⁵⁰ Hörnle, Straftheorien, s. 18.

⁵⁵¹ Lacey, ss. 21-22.

⁵⁵² Alman içtihadında ödetme teorisinden uzaklaşıldığından beri bu görüş savunulmaktadır. Ancak yargı içtihadında da kusurun denkleştirilmesi adına kusurun denkleştirilmesine izin verilemeyeceği, kusurun denkleştirilmesinin ancak önleme amacı bakımından kaçınılmaz olduğunda meşru olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yargı içtihadı açıkça kendinde bir amaç olarak kusurun denkleştirilmesinin değil önlemenin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Burada kusurun denkleştirilmesi önleme amacına ulaşmak üzere bir araç olarak görülmektedir. Dolayısıyla gerçekten savunulan görüşler temel olarak önlemeye ilişkin olanlarla sınırlı olarak kalmaktadır. Frisch, Wandel, ss. 70-71.

⁵⁵³ LK-Weigend, Einl. kn. 63; Johannes Kaspar, **Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht**, Nomos, Baden-Baden, 2014, s. 138; Hörnle, Straftheorien, s. 18.

⁵⁵⁴ Jescheck/Weigend, s. 71; Roxin, AT I, § 3 kn. 5.

Failin cezalandırılmasının adaletin bir gereği olduğu iddiası da herhangi bir şeyi değiştirmemektedir. Devlet, kendisine verilen gerçek görevleri yerine getirirken adil davranmakla yükümlüdür. Ancak toplumun belirli üyelerinin buna benzer adalet anlayışlarını bireylerin özgürlükleri pahasına göz önünde bulundurmamak, devletin meşru görevlerine dahil değildir. Cezanın faille acı çekmesi için bir olumsuzluk yüklemeyi amaçladığı fikri artık ciddi bir şekilde savunulmamaktadır. Bir olumsuzluğun yüklenmesi diğer meşru gerekçelerden ötürü vazgeçilemez ise bir meşruiyet söz konusu olabilir⁵⁵⁵. Geleneksel adalet teorilerinin anlayışının aksine dünyevi adaletle ilişkin değerlendirmeler ile cezanın gerekliliği meşrulaştırılamaz: Failin cezalandırılması gerektiği, aksi halde eşit olmayanlara (ceza hukukuna aykırı davranış ile ceza hukukuna uygun davranış) eşit davranılmış olacağı şeklindeki bir akıl yürütme, fail ile fail olmayanın davranışları bakımından eşit olmadığı iddiasından ziyade bu eşitsizliğin ödetici bir tepkiyi gerektirdiği iddiasını ispatlamalıdır⁵⁵⁶. Bir başka ifade ile sadece eşit olmayanlara eşit muamele yapılmasının adil olmayacağı ve farklı muameleyi meşru kılacağına söylenmesi yeterli değildir. Esasen gerekli olan bu farklı muamelenin ödetici bir tepki olma zorunluluğunun/gerekliliğinin ispatlanmasıdır. Dolayısıyla fail ile fail olmayan kişi arasındaki eşitsizliğin nasıl failin cezalandırılması gerekliliğine dayanak olduğunun açıklanması gerekir. Ayrıca adalet genellikle bir şeyin belirli bir şekilde dağıtılmasına ilişkindir. Bu nedenle de adalet bir şeyin nasıl dağıtılacağı/paylaştırılacağı sorusu bakımından yol gösterici olabilir, ancak bir şeyin dağıtılmasının istenip istenmediği veya bunu zorunlu olup olmadığına ilişkin temel kararın kendisine başvurulmadan önce alınmış olmasını gerektirir⁵⁵⁷.

Bir hukuk devletinde geçerli olan temel anlayış benimsenecek olan ceza teorisinin de sınırlarını belirler. Bu temel anlayış gerekçelendirmenin inançlardan bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla failin temel haklarına Tanrı'nın bir buyruğunu yerine getirmek üzere müdahale edilemez⁵⁵⁸.

Tüm bu değerlendirmelerin ardından herhangi bir mutlak teorisinin cezanın meşruiyetini sağlayamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak yine de ödetmeye diğer

⁵⁵⁵ Frisch, Wandel, s. 70.

⁵⁵⁶ NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 kn 104.

⁵⁵⁷ Hörnle, Straftheorien, s. 18.

⁵⁵⁸ Hörnle, Straftheorien, s. 20.

teorilerin bir parçası olarak yer verilip verilemeyeceğini incelemek gerekir. Bu incelemeye geçmeden önce şunu vurgulamakta fayda görmekteyiz: bu iki farklı meşruiyet yaklaşımını kendi perspektiflerini bozmadan bir araya getirmek mümkün olmayabilir⁵⁵⁹. HASSEMER'e göre karma teorilerin tüm çabalarına rağmen mutlak teoriler ve nispi teoriler tamamen farklı perspektiflere sahiptirler. Mutlak teoriler için cezanın anlamı teorinin eksiksizliği-mükemmeliyetinden geliştirilmekteyken; nispi teoriler için cezanın anlamı gerçekliğin eksikliğinden geliştirilmektedir. Mutlak teorilerde cezaya mecburiyet adalet ideasından ya da ahlaken baskın olan ortak iradeden kaynaklanmaktayken; nispi teoriler bakımından ise ya insanların diğerlerine zarar verme eğiliminden ya da bireyin suç fiiliyle açığa çıkan sapma davranışından kaynaklanmaktadır. Mutlak teoriler eksik/mükemmel olmayan gerçeklik ile etkileşime girmemektedir; nispi teoriler ise sürekli olarak gerçeklikle temas kurmaktadır⁵⁶⁰. Ödetmeyi diğer teorilerle birleştirmenin gerçek manada bir karma teori oluşturmak anlamına gelip gelmeyeceği ve böylesi bir teorinin mutlak teorilerin doğasını da yansıtıp yansıtmayacağı tartışmasını bir yana bırakarak ödetmenin ve özellikle de kusurun denkleştirilmesinin cezanın meşruiyeti sorusunun çözümünde yer alıp almayacağını değerlendirmeye geçebiliriz.

Ödetmeyi önleme ile bir araya getiren teorilere örnek olarak ödetici karma teoriler (*die vergeltenden Vereinigungstheorien*) verilebilir. Bu teori ilk ortaya

⁵⁵⁹ Bu teorilerin gerçekten de karma olup olmadığı, bir diğer ifade ile mutlak ve nispi teorileri uzlaştıırıp uzlaştıırmadığı ise şüphelidir. KLUG'a göre Mutlak teorilerin, "mutlak" olarak adlandırılmasının sebebi cezanın herhangi bir gerçek, ampirik olarak gözlemlenebilir, suç siyasetine ilişkin amaç gütmemeleridir. Bu teorilere göre ceza kendini amaçlar. "Kendinde bir amaç" olmak kavramı ise aslında mantıken hatalıdır. Bunun yerine gerçek bir mutlak teoriden söz edilebilmesi için cezanın herhangi bir gerçek amacının olmaması gerektiği ifade edilmelidir. Nispi teorileri mutlak teoriler ile birleştirmeyi şu şekilde denemektedirler: ceza hem bir ödetmedir hem de bir amaç izler. KLUG bunun üç şekilde gerçekleştirildiğini ifade eder: ya cezanın kendisinin bir ödetme olduğu ya da diğer amaçların yanı sıra cezanın ödetmeyi amaçladığı ya da cezanın hem bir ödetme olduğu hem de bunu amaçladığı söylenebilir. Her üç versiyonda da gerçek bir karma teoriden söz edilemez. Ödetme cezanın bir unsuru ya da onu karakterize eden özelliği haline indirgendiğinde içeriği boşaltılmış olur. Ödetme cezanın bir amacı olarak kabul edildiğinde de mutlak ve nispi teoriler uzlaştıırılmış olmamaktadır. Zira cezanın "gerçek" amaçlarının olması mutlak teoriler tarafından kesinlikle reddedilmektedir. Ödetme bir amaç halini aldığından artık mutlak teorinin yeni teorinin bir parçası halini aldığından söz edilemez. Gerçek ödetme dış dünyada meydana gelen ve ampirik olarak ölçülebilir etkilerden bağımsız olarak ya metafizik (kategorik buyruk ya da Tanrı'nın emri) ya da mantıksal (dialektik gereklilik) gerekçelendirmeye dayanır. Eğer ödetme ile gerçek olmayan amaçlar kastedilmiyor ise artık mutlak bir teoriden bahsedilemez. Bu şekilde oluşturulan ve karma olarak nitelendirilen teoriler esasında önleme teorilerinin varyasyonlarıdır. Klug, ss. 5, 12 vd.

⁵⁶⁰ Hassemer, s. 284. Ayrıca bkz. Henrici, ss. 40-41.

çıkıldığında ödetme amacı baskın işlev olarak kabul edilmekteydi. Cezanın diğer amaçları (failin ıslahı ve toplumun korunması) arka planda kalmaktaydı. Bugün dahi gerçek bir ödetici karma teoriden söz edilebilmesi için önleme amacının cezanın ödetici karakterine dokunmaması gerektiği ve bu amaca ödetme ile belirlenen sınırlar içerisinde ulaşılması gerektiği sıklıkla ifade edilmektedir. Bu haliyle ödetici karma teori ödetme teorisinin bir varyasyonudur ve ona karşı ileri sürülen tüm itirazlar burada da geçerlidir. Ödetici karma teorinin günümüzdeki versiyonunda ise ödetme, özel önleme ve genel önleme amaçları eş değerdedir⁵⁶¹. Bu karma teori cezanın içerik ve sınırlarının ne sadece ödetme teorisine ne de sadece önleme teorisine göre belirlenemeyeceği fikrinden hareket etmektedir. ROXIN'e göre bu fikir doğru olmakla birlikte benimsenen yaklaşım yetersizdir. Yazara göre bu teori, teorik temelden yoksun bir şekilde ödetme, özel önleme ve genel önlemeyi birbirlerine eklenmenin ötesine geçememektedir⁵⁶².

Özel önleme teorisi, cezanın meşruiyetini ceza vasıtasıyla failin gelecekteki davranışlarını etkilemek gerektiği fikrine dayandırır. Böyle bir etki ceza mahkumiyeti, cezanın infazı, sağaltıcı yaklaşımlar ya da zararsız hale getirme vasıtasıyla sağlanabilir⁵⁶³. Bu teorilere göre cezanın anlamı failin ıslahı (*Besserung*), yeniden suç işlemesinin engellenmesi ya da zararsız hale getirmek suretiyle toplumun korunmasında yatar⁵⁶⁴. Özel önleme teorisinin kökleri, 19. yüzyılın ikinci yarısında modern okula dayandırılabilir. Örneğin, Franz von Liszt, ıslahı mümkün olmayan suç işlemeyi alışkanlık edinmiş faillere karşı toplumun korunması, diğer faillerin ise bir ıslah kurumuna sevk edilmesi gerektiği görüşündeydi⁵⁶⁵. Zamanla ıslahın yerini yeniden topluma kazandırma (*Resozialisierung*) fikri almıştır. Yeniden topluma kazandırma ideali ise özellikle 1960 ve 1980'li yıllarda ilerlemeciler arasında oldukça popülerdi. Faile ceza vasıtasıyla faydalı olmak fikrinin güzelliği ve insaniliği cezbedici ve bir o kadar da ancak gerçeklikten uzaktı⁵⁶⁶. Yeniden topluma kazandırma idealinin

⁵⁶¹ Roxin, AT I, § 3, kn. 33-34.

⁵⁶² Roxin, AT I, § 3, kn. 34-35.

⁵⁶³ Hörnle, Straftheorien, s. 21.

⁵⁶⁴ Hörnle, Straftheorie, s. 512.

⁵⁶⁵ Franz von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 4. Baskı, de Gruyter, Berlin, 1891, ss. 12-13.

⁵⁶⁶ Hörnle, Straftheorie, s. 512.

gerçekle uyuşmaması çoğu ülkede bir hayal kırıklığı yaratmış ve cezanın özel önleme üzerinden anlamlandırılmasının terkedilmesine neden olmuştur⁵⁶⁷. Günümüzde cezayı münhasıran fail üzerindeki etkileri üzerinden anlamlandıran görüşler ender olarak savunulmaktadır⁵⁶⁸. Özel önleme görüşü daha ziyade karma teorilerin bir parçası halini almıştır.

Özel önleme teorisi birçok açıdan eleştirilmektedir. İlk eleştirinin konusunu bu teorinin cezanın toplumun tamamına karşı meşruiyetini sağlama yeterliliği oluşturmaktadır. Ceza adalet sisteminin toplumun tamamına karşı gerekçelendirilebilmesi için hem cezanın fail üzerindeki arzu edilen etkisinin gözlemlenebilir ve ölçülebilir olması hem de bu etkinin ceza adalet sisteminin sürdürülmesi maliyetini kabul edilebilir kılması gerekir. Bununla birlikte cezanın kişinin yaşı, içinde bulunduğu koşullar, işlediği suç, bu suçu neden işlediği ve gönüllüğü gibi etmenlerden bağımsız olarak düzenli bir şekilde ve kayda değer oranda failin yeniden suç işlemesinin önüne geçtiği ampirik olarak ispatlanamamaktadır. Karzazar değerlendirmesi karşısında ceza adalet sistemine yapılacak yatırımın diğer sosyal kurum ve mekanizmalara yapılması daha makul olacaktır. Dolayısıyla özel önleme teorisinin sunduğu gerekçe ile cezanın genel bir strateji olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁶⁹. İkinci olarak özel önleme cezalandırma ihtiyacını gerçekçi bir şekilde karşılayamamaktadır. Zira özel önlemeden kaynaklanan gerekliliklerin mevcut olmadığı hallerde (örneğin, failin böylesi bir suçu bir daha işlemeyeceğinin veya suçun tek seferlik olağandışı koşullar altında işlendiğinin anlaşıldığı durumlarda) bu teoriye göre faile ceza verilmesi mümkün değildir. Ancak bu durumun herhangi bir devlette kabul edilebilir bulunmayacağı açıktır. Çünkü bu gibi durumlarda da fail fiili ile hukuk düzeninin geçerliliği üzerinde şüphe yaratır ve özel koşulların bulunması ihlal edilen davranış normunun erozyona uğramadığı anlamına gelmez⁵⁷⁰. Ayrıca bireylerin özellikle de yetişkinlerin devlet tarafından eğitilmesi ve ıslah edilmesine ne ölçüde izin

⁵⁶⁷ Roxin, AT I, § 3 kn. 18.

⁵⁶⁸ Örneğin bkz. Jean-Christophe Merle, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, de Gruyter, Berlin, 2007.

⁵⁶⁹ Hörnle, *Straftheorien*, ss. 21-22.

⁵⁷⁰ Frisch, *Wandel*, ss. 71.

verilebileceği de irdelenmeye değer bir konudur. Kişilik hakkı karşısında yetişkin bireylerin zorla ıslah edilmesi mümkün değildir⁵⁷¹.

Özel önleme teorisi cezalandırma ihtiyacını gerçekçi bir şekilde karşılayamadığı gibi cezalandırmayı öngördüğü hallerde da bunun ne şekilde ve ölçüde yapılacağına ilişkin gerçekçi ve yeterli bir ölçüt sunamamaktadır⁵⁷². Özel önleme teorisine göre cezanın failin gelecekte suç işlemesini önleyecek ve onu yeniden topluma kazandıracak bir biçimde ve ağırlıkta belirlenmesi gerekir. Özel önlemenin gerektirdiği ceza miktarı ne suçun işlendiği anda ne de mahkumiyet hükmünün kurulduğu anda belli değildir. Ölçütün belirsizliği kanunilik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacak boyuttadır. Ayrıca sadece failin topluma kazandırılabilir olup olmadığına göre belirlenen bir yaptırım sistemi kusur ilkesinin gereklilikleri ile de çatışır⁵⁷³. Eğer cezalandırmada failin gelecekteki tehlikelilik hali esas alınacak ise, failin en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir suçu kusurlu olarak işlemesini bir koşul olarak aramakta da fayda yoktur. Zira failin gelecekte bir tehlike arz edip etmediği ve bu tehlikenin ölçüsü ne failin işlemiş olduğu fiilin ağırlığına ne de kusurlu olup olmadığına bağlıdır. Islah odaklı ceza sisteminde suç failin suçlu yapısının sadece bir semptomu olarak dikkate alınır⁵⁷⁴. Bunun mevcut anayasal değerler karşısında kabul edilebilir olmadığı açıktır.

Günümüzde kabul görmeyen bir diğer önleme teorisi negatif genel önleme teorisidir⁵⁷⁵. Bu teoriye göre ceza toplumun diğer bireylerini benzer suçları işlemekten alıkoymayı bir diğer ifadeyle caydırmayı amaçlar. Negatif genel önleme düşüncesi genellikle Feuerbach tarafından geliştirilen psikolojik zorlama teorisine dayandırılmaktadır⁵⁷⁶. Ceza vasıtasıyla caydırmanın mümkün olduğu görüşü şu iki varsayıma dayanır: ceza muhakemesi tedbirleri ve mahkumiyet hükmü davranışları etkileyebilir ve mahkemeler tarafından belirlenen ceza miktarları caydırıcı etki doğurabilir⁵⁷⁷. Cezanın caydırma etkisinin ampirik olarak ispatlanması kolay

⁵⁷¹ Roxin, AT I, § 3 kn. 17.

⁵⁷² Roxin, AT I, § 3 kn. 16.

⁵⁷³ MüKo-Radtke, Vor § 38, kn. 42.

⁵⁷⁴ Pawlik, ss. 32-33.

⁵⁷⁵ Frisch, Wandel, s. 72; Stahl, s. 69.

⁵⁷⁶ Feuerbach, Lehrbuch, parag. 12 vd. Ayrıca bkz. Hörnle, Feuerbach, s. 119.

⁵⁷⁷ Hörnle, Strafrecht, s. 515.

değildir⁵⁷⁸. Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması olasılığı birçok olayda makul oranda kişilerin davranışlarını etkilemekteyken, uygulanacak olan cezanın miktarı nadiren etki doğurmaktadır⁵⁷⁹. Dahası farklı suç tipleri açısından farklı neticeler ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁰. Yine de cezanın faili ıslah ettiği iddiasından farklı olarak negatif önleme etkisi gerçek dışı görülmemektedir. Ceza normları gerçekten de uygulandıklarında önleyici bir etkiye sahip olurlar⁵⁸¹. Ancak bu etkiye dayanılarak cezanın meşruiyetinin sağlanıp sağlanamayacağı ise kuşkuludur.

Negatif önleme teorisi, özellikle, cezanın belirlenmesinde üçüncü kişileri caydırmak için gerekli olanın esas alınması gerektiği görüşünden ötürü reddedilmektedir. Cezanın bu şekilde gerekçelendirilmesi ve ölçülmesi fikrine zaten Kant tarafından da karşı konulmuştur. Ceza başkalarını caydırmak amacıyla verilecek olursa, faile adeta bir nesneymiş – üçüncü kişilerin psikolojilerini etkilemenin bir aracıymış – gibi davranılmış olur. Bir insana nesne muamelesi yapılması onun temel hak ve özgürlükler taşıyıcısı olarak sahip olduğu onurunu ihlal eder. Negatif genel önlemeye yönelik eleştiriler sadece felsefi değildir. İnsan onuruna dayanan bir anayasal sistemde failin fiilinden ötürü diğer kişileri caydırmak amacıyla cezalandırılması kabul edilemez⁵⁸². Dahası negatif genel önleme cezanın ağırlığının haksızlık ve kusurun ağırlığına dayandırılmasını da gerektirmemektedir⁵⁸³. Teoriye

⁵⁷⁸ Hem makro seviyede – istatistiklere dayanılarak caydırıcılığın ölçülmeye çalışılmasında – hem de mikro seviyede – kişilerle davranışlarına ilişkin yapılan anket ve görüşmelerde – yöneme ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hörnle, *Straftheorie*, s. 515.

⁵⁷⁹ Anthony Bottoms ve Andrew von Hirsch, “The Crime-preventive Impact of Penal Sanctions”, **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**, (Ed. Peter Cane ve Herbert M. Kritzer), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 96.

⁵⁸⁰ Dieter Dölling ve diğerleri, “Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment”, **European Journal on Criminal Policy and Research**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, s. 215.

⁵⁸¹ Hörnle, *Straftheorie*, s. 515.

⁵⁸² Frisch, *Wandel*, s. 72; Roxin, *AT I*, § 3 kn. 32. Ceza tehdidine yönelik eleştiriler için bkz. Winfried Hassemer, **Warum Strafe Sein Muss**, Ullstein Verlag, Berlin 2009, (Strafe), ss. 107 vd.

⁵⁸³ Cezanın verilmesi kesin olarak ceza tehdidine ve dolayısıyla yasama organının öndeğerlendirmelerine bağlı olduğu ölçüde, negatif genel önlemenin suç genel teorisi ve cezanın belirlenmesi arasındaki bağlantıyı kurmaya özellikle uygun olduğu söylenebilir. Zira ceza tehdidinin koşulları yalnızca suç genel teorisinden kaynaklanır. Bir diğer ifadeyle ceza sadece bu ceza tehdidini gerçekleştirmeye hizmet ederse, cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan hususların tamamının suç genel teorisinden çıkarsanması gerekir. Ancak gerçekte negatif genel önleme görüşünün suç genel teorisi ve ceza arasında kurduğu bu bağlantıdan bir cezanın belirlenmesi teorisi inşa etmek mümkün değildir. Zira kanunda yer alan ceza tehdidi alt ve üst sınırları belirtmek suretiyle uygulanması mümkün ceza aralığını belirtmenin ötesine geçmediğinden (mutlak surette belirlenmiş soyut

göre hem soyut hem de somut cezanın ağırlığının fail(ler)i suç işlemeye iten psikolojik dürtüyü engelleyecek ölçüde olması yeterlidir. Teori cezanın ağırlığına ilişkin bir alt sınır sunmakta iken, üst sınır çizememektedir. Hatta daha ağır cezaların daha caydırıcı olabileceği söylenebilir. Dolayısıyla ölçüsüz bir cezalandırmanın önüne geçemeyen negatif önleme teorisi kabul edilebilir değildir⁵⁸⁴.

Sonuç olarak ders kitaplarında anlatılagelen ceza teorilerinin çoğu günümüzde artık ölü teorilerdir (en azından belli temel değerlere dayanan ve ceza teorilerini metafizik üzerine kurmayı reddeden devletler açısından)⁵⁸⁵. Geriye dışavurumcu – iletişimsel teoriler ve çeşitli genel önleme teorileri kalmaktadır.

Pozitif genel önleme teorileri Alman öğretisindeki baskın olan teorilerdir⁵⁸⁶. Genel önleme teorileri için ceza beşeri bir gereklilik, toplum için vazgeçilmez bir kurumdur. Buradaki gereklilik faile karşı toplumun korunması ya da potansiyel faillerin caydırılmasına ilişkin değildir. Bu gereklilik hukuka daha doğrusu fail tarafından ihlal edilen davranış normunun kendisine ilişkindir. Hukukun geçerlilik ve dokunulmazlığını korumak için ceza gereklidir. Ceza, hukuk düzeninin savunması olarak düşünülür. Ceza tehdidinin ceza mahkumiyeti vasıtasıyla gerçekleştirilmesi normun tasdikinin bir aracıdır, bu normun ve ceza tehdidinin ciddi olduğunu netleştirir⁵⁸⁷. Pozitif genel önleme teorileri olarak adlandırılan görüşler arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır⁵⁸⁸. Bu teorileri iki gruba ayırmak da mümkündür: dar anlamda pozitif genel önleme ve geniş anlamda pozitif genel önleme. Dar anlamda pozitif genel önleme teorileri, cezanın anlamını topluma etki ederek suç işlenmesinin

cezaları bir yana bırakacak olursak), somut cezanın bu aralıkta neye göre belirleneceği belirsiz kalmaktadır. Stahl, ss. 69-70.

⁵⁸⁴ Aynı yönde Stahl, ss. 70-72.

⁵⁸⁵ Frisch, Wandel, s. 72. Benzer yönde Günter Stratenwerth, **Was lesitet die Lehre von den Strafzwecken?**, de Gruyter, Berlin, 1995, (Strafzwecken), ss. 9-10.

⁵⁸⁶ Hörnle, Straftheorie, s. 515.

⁵⁸⁷ Frisch, Wandel, s. 73.

⁵⁸⁸ STAHL'a göre farklı pozitif genel önleme görüşleri arasında önemli farklar vardır. Bu teoriler hukuk bilincinin veya sadakatının güçlendirilmesi, normun içselleştirilmesi, normun tanınması pratiği ya da normun geçerliliğinin onaylanması gibi çeşitli ifadeler kullanmaktadırlar. Sadece ceza vasıtasıyla belirli durumların hangi şekilde korunacağı konusunda değil, ceza vasıtasıyla neye etki edilmesi gerektiği konusunda da teoriler çeşitlenmektedir. Stahl, s. 73. FRISCH bu farkları nüans olarak nitelendirmektedir. Bkz. ve karşı. Frisch, Wandel, s. 73. İzlenen amaç ve etkilere göre pozitif genel önleme teorileri üçe ayrılabilir: öğrenme etkisi (*Lerneffekt*), güven etkisi (*Vertrauenseffekt*) ve memnuniyet etkisi (*Befriedungseffekt*). Roxin, AT I, § 3 kn. 27.

önüne geçilmesinde görmektedirler⁵⁸⁹. Geniş anlamda pozitif genel önleme teorileri ise temelde kişilerde hukuk sadakati oluşturma düşüncesine dayanmamakla birlikte özgürlükle ilişkili olarak cezaya beşeri-rasyonel bir amaç atfetmektedirler⁵⁹⁰.

Pozitif genel önlemede, negatif genel önlemeden farklı olarak caydırma değil pozitif bir yaklaşım söz konusudur. Buna göre bireyleri negatif sonuçlarla tehdit ederek norma uygun davranmaya zorlamak yerine, onlara hukuka uygun davranmanın iyi ve doğru olduğu mesajı ulaştırılmalıdır⁵⁹¹. Etki mekanizmasının doğrudanlığı bakımından da negatif ve pozitif genel önleme teorileri birbirinden ayrılmaktadır: dolaylı caydırma etkisi – uzun dönemli doğrudan etkiler. Ayrıca pozitif genel önleme görüşünün muhatabı negatif genel önlemede olduğu gibi suç işleme eğilimi olan kişiler ya da potansiyel failer değil, hukuk düzenine uygun hareket eden kişilerdir.⁵⁹² Pozitif genel önleme, mutlak teorilerden farklı olarak suç işlenmesinin önlenmesini amaçladığı için doğrudan ceza hukukunun koruma görevine dayanmaktadır ve özel önlemenin kabul edildiği halde dahi bir anlam ifade eder. Pozitif genel önleme teorisi, özel önleme teorisine göre iki açıdan daha avantajlıdır. İlk olarak tekerrür riski bulunmayan durumlarda cezanın gerekliliğini kolayca gerekçelendirebilir, zira failerin cezasız kalması insanları suç işlemeye teşvik edebilir. İkinci olarak pozitif genel önleme teorisi suçun kanuni tanımı yerine belirsiz ve hukuk devleti açısından sakıncalı olan tehlikelilik kavramını yerleştirmek istemez, tam tersine yasakların olabildiğince belirli olmasını gerektirir⁵⁹³.

Genel önleme teorilerinin ampirik olarak ispatlanmasında da çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadır. Ceza kanunlarının ve ceza adalet sisteminin uzun dönem etkilerini gerçekçi bir şekilde ölçebilmek mümkün değildir⁵⁹⁴. Pozitif genel önleme teorilerinin

⁵⁸⁹ Stahl, s. 73.

⁵⁹⁰ Stahl, ss. 82-83.

⁵⁹¹ Stahl, s. 73.

⁵⁹² Hörnle, Strafrecht, s. 516.

⁵⁹³ Roxin, AT I, § 3 kn. 28-29.

⁵⁹⁴ Hörnle, Strafrecht, s. 516. Anglo-Amerikan hukuk öğretisinde “ampirik hak ediş” (*empirical desert*) kavramı ortaya atılmıştır. Bu kavram birtakım deneyler ile bireylerin adalete ve ceza adalet sisteminin etkililiğine ilişkin kanaatlerinin ölçülebileceğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz. Paul H. Robinson, “Empirical Desert”, **Criminal Law Conversations**, (Ed. Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey ve Kimberly Kessler Ferzan), Oxford University Press, 2009, ss. 31 vd.; Paul H. Robinson, Joshua Samuel Barton ve Matthew J. Lister, “Empirical Desert, Individual Prevention, and Limiting Retributivism: A Reply”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2014, ss. 312 vd. Krş. Christopher Slobogin, “Some

ampirik olarak ispat edilemez oldukları – ispat gerekliliğine bağışık oldukları – şeklindeki anlayış eleştirilmektedir⁵⁹⁵. Yine de karmaşık sosyal-psikolojik bağlantı ve ilişkilerin geçerli bir şekilde ispat edilemiyor olmasından genel önleme teorisinin terk edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılamaz. İnsanlar, doğru kabul edilen emir ve yasakları diğer insanların ne düşündüğünden bağımsız olarak tereddütsüz bir şekilde takip eden mantıki varlıklar değildirler. Bizler daha çok kendisine yöneltilen buyrukları diğer insanların gerçekten ne yaptığı ve nasıl tepki verdiği ile kıyaslayan sosyal varlıklarızdır. Dolayısıyla da hukuki davranış normlarının geçerlilikleri sürekli olarak desteklenmez ise bireylerin normların meşruiyet ve bağlayıcılığına dair inanç ve onlara uyma motivasyonlarının azalacağı düşüncesi oldukça makuldür⁵⁹⁶.

Bu açıklamalar karşısında şu soruyu sormak gerekir: sadece pozitif genel önlemeye atıfla eksiksiz bir ceza teorisi oluşturmak mümkün müdür? Pozitif genel önleme teorisi, temel olarak cezayı toplumsal yönden gerekli ve faydalı olması üzerinden meşrulaştırmaktadır. Pozitif genel önleme topluma karşı cezanın ve bunu sağlayan bir adalet sisteminin neden var olması gerektiğini yeterli ölçüde gerekçelendiriyor olabilir. Ancak cezanın hem bir kurum olarak hem de temel haklara bir müdahale olarak bireye karşı meşruiyetini sağlayamamaktadır⁵⁹⁷. Özel önleme ve negatif genel önleme teorilerine karşı ileri sürülen bireyin nesneleştirilmesi/araştırılması eleştirisi ve cezanın belirlenmesi için yeterli bir ölçüt

Hypotheses About Empirical Desert”, **Arizona State Law Journal**, Cilt: 42, 2011, ss. 1189. Alman öğretisinde de bu kavrama ilgi gösterilmeye başlanmıştır. Bu konuya ilişkin olarak 29-30 Kasım 2018 tarihinde Augsburg Üniversitesinde uluslararası bir konferans gerçekleştirilmiştir. Konferansta açılış konuşması Paul H. Robinson tarafından gerçekleştirilmiştir. Konferansa ilişkin bilgilendirme için bkz. Lukas Cerny, “Strafen „im Namen des Volkes“? Expertentagung zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse”, **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Cilt: 1, 2019, ss. 62-64. Bildiriler ise daha sonra Nomos yayınevi tarafından Kriminoloji Yazıları serisinin 15. cildi olarak yayınlanmıştır. Bkz. Ed. Johannes Kaspar ve Tonio Walter, **Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung**, Schriften zur Kriminologie, Cilt: 15, Nomos, Baden-Baden, 2019. Ampirik hak ediş kavramı deneysel hukuk felsefesinin bir alt alanı olarak da görülebilir. Deneysel hukuk felsefesine ilişkin olarak bkz. Karolina M. Prochownik, “The Experimental Philosophy of Law: New Ways, Old Questions, and How Not To Get Lost” **Philosophy Compass**, Cilt: 16, Sayı: 12, 2021, e12791, ss. 7 vd.

⁵⁹⁵ Stratenwerth, Strafzwecken, ss. 12-13.

⁵⁹⁶ Hörnle, Straftheorie, ss. 516-517. Aynı yönde bkz. Roxin, AT I, § 3 kn. 30.

⁵⁹⁷ Aynı yönde Hörnle, Straftheorie, ss. 532-533.

sunmadığı itirazı pozitif genel önleme bakımından da geçerlidir⁵⁹⁸. Farklı pozitif genel önleme teorileri bu itirazlara farklı şekillerde yanıtlar vermiştir. Örneğin kusurla oranlı cezanın pozitif genel önleme açısından en iyi ve uygun araç olduğu savunulmaktadır⁵⁹⁹. Burada özellikle bireyin toplumun menfaati uğruna cezalandırılmasını meşrulaştırmaya ve araçlaştırma eleştirisini yanıtlamaya çalışan ve genel önleme teorisini tamamlayan argümanlar incelenmekte fayda görmekteyiz.

Bu argümanlardan ilki toplumsal sözleşmeye dayanan argümanlardır. Buna göre cezalandırma yetkisi toplumsal sözleşmeyi oluşturan anlaşmaya dahildir. Oyun teorisine ilişkin görüşler, yaptırımlar olmaksızın davranış normlarına uyulmasının mümkün olmayacağını göstermektedir. Kendi yararının optimizasyonunu güden bir kişi – homo economicus – toplumsal sözleşme kapsamında ister istemez kendisinin cezalandırılma ihtimalini de kabul edecektir⁶⁰⁰. Elbette toplumsal sözleşmeye dayanan argümanların da zayıf noktaları bulunmaktadır. İlk olarak söz konusu sözleşme-anlaşma büyük ölçüde spekülattır. Diğerlerinin esas olarak ahlaki uzlaşıya ve sınırlı olarak ekonomik hesaplara dayandığını bilen bir insan muhtemelen kendisinin cezalandırılma ihtimalini önceden kabul etmeyecektir. Rasyonel olan, diğer bireylerin norma uygun davranacaklarına güvenmek ve kendisi için tüm seçenekleri açık bırakmak istemektir⁶⁰¹. İkinci olarak salt varsayımsal rızanın meşrulaştırma gücünün zayıf olacağı eleştirisi getirilebilir⁶⁰².

İkinci tür argüman ise failin kusuruna atıf yapmaktır. Buna göre eğer bir kişi haksızlığı kusurlu olarak işlemiş ise kendisine normların geçerliliğini gösteren ve gelecekteki suçları önleyen bir cezanın uygulanacağını da göz önünde

⁵⁹⁸ Roxin, AT I, § 3 kn. 32; Hörnle, Strafrecht, ss. 532-533; Andrew von Hirsch, Warum soll die Strafsanktion existieren?, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht**, (Ed. Andrew von Hirsch ve diğerleri), Nomos, Baden-Baden, 2011, (Warum), s. 58.

⁵⁹⁹ Frisch, Bedeutung, s. 5; Hassemer, Strafe, ss. 50 vd., 96 vd., 108 vd.; Jakobs, Abschnitt 1, kn. 9; Roxin, AT I, § 3 kn. 53; Claus Roxin, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, (Ed. Paul Bockelmann ve Arthur Kaufmann), Beck, München, 1978, (Verantwortlichkeit), ss. 304 vd. Karş. Hörnle, s. 127 vd.

⁶⁰⁰ Toplumsal sözleşme ve cezanın meşruiyeti arasında ilişki kuran ve yeni dönemde savunulan görüşlerin bir incelemesi için bkz. Richard Dagger, “Social Contracts, Fair Play, and the Justification of Punishment”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2011, ss. 342 vd.

⁶⁰¹ Pawlik, s. 25.

⁶⁰² Hörnle, Strafrecht, s. 533.

bulundurulmalıdır⁶⁰³. Bu argümanın zayıf noktası ise kusurun içerdiği “başka türlü davranabilirdi” (*Anders-Handeln-Können*) kabulünün ampirik yünden ispat edilebilir olup olmadığına ve bunun gerekip gerekmediğine yönelik tartışmadır⁶⁰⁴. Bir diğer argüman ise demokrasi ilkesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre genel önleme amacı adına araçlaştırıldığını iddia eden bir kişiye karşı kendisinin de vatandaş olarak katkıda bulunduğu ve meşru bir şekilde meydana gelen bir normu ihlal ettiği savunmasından bulunulabilir⁶⁰⁵. Ancak bu argüman vatandaşlık ve oy hakkı olmaması sebebiyle sorumluluk yüklenmesi mümkün olmayan bir kişiye karşı başarısız olmaktadır⁶⁰⁶.

Bir diğer argüman failin işlediği suç sebebiyle sorumlu olduğu zararı giderme yükümlülüğüne işaret etmektedir⁶⁰⁷. Bir diğeri ceza adalet sisteminin failin de faydalanmakta olduğu avantajlarını esas almaktadır. Fail de dahil herkes çoğu insanın normlara uygun bir şekilde davranmış olmasından geçmişte faydalanmıştır ve gelecekte de faydalanmaya devam edecektir. Dolayısıyla kişi kendi haksız davranışının bir sonucu olarak normların korunması amacıyla cezalandırılmasını kabul etmelidir⁶⁰⁸. PAWLIK de her ne kadar savunduğu ceza teorisini mutlak olarak nitelendirmekteyse de avantajlar ve yükümlülükler konusunda benzer bir argüman sunmaktadır. Yazara göre özgürlükten faydalanmak ile sadakat yükümlülüğü arasında bir ilişki vardır⁶⁰⁹. HÖRNLE ise ceza hukukundan kaynaklanan korumanın avantajlarına ve ihlal edilen sadakat yükümlülüğüne atıfla cezanın bireye karşı meşruiyetinin sağlanamayacağı görüşündedir⁶¹⁰.

⁶⁰³ Örneğin bkz. Roxin, AT I, § 3 kn. 51 vd.

⁶⁰⁴ Bu konudaki tartışmanın çok kapsamlı ve detaylı bir değerlendirmesi için özellikle bkz. Thomas Hillenkamp, “Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz”, **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 127, Sayı: 1, ss. 10-97.

⁶⁰⁵ Klaus Günther, “Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention: Ein Beitrag zur normativen Kritik”, **Positive Generalprävention: kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog**, (Ed. Bernd Schünemann, Andrew Von Hirsch ve Nils Jareborg), C. F. Müller, Heidelberg, 1998, ss. 165 vd.

⁶⁰⁶ Hörnle, Straftheorie, s. 534.

⁶⁰⁷ Victor Tadros, **The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 265 vd.

⁶⁰⁸ Ulfrid Neumann, “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, **Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007**, (Ed. Michael Pawlik ve Rainer Zaczky), Heymann, Köln, 2007, s. 449.

⁶⁰⁹ Pawlik, s. 91.

⁶¹⁰ Hörnle, Straftheorie, s. 534.

Son olarak dışavurumcu teorilerin açıklanmasında fayda görmekteyiz. Dışavurumcu teoriler cezaya mahkumiyetin insanların meşru menfaatleri üzerinde temellenen bir amaca hizmet ettiğini kabul etmektedirler. Ancak bu amaç gelecekte işlenecek olan suçların önlenmesine ilişkin değildir, bunun yerine geçmiş davranışların uygun bir şekilde ele alınmalarına yönelik menfaatlere ilişkindir. Dışavurumcu teoriler ceza hükmünün iletişimsel işlevine vurgu yaparlar. Bu teoriler norm odaklı ve kişi odaklı olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Kişi odaklı dışavurumcu teorilere göre ceza hükmünde kendini gösteren ve kınamayı ifade eden mesaj belirli kişilere yöneltilmelidir. Cezanın içerdiği mesajın muhatabı olan bu kişiler kimi görüşlere göre fail iken diğerlerine göre mağdurdur. Norm odaklı dışavurumcu teoriler ise bu mesajın muhatabını belirsiz kişiler, bir diğer ifadeyle soyut ve kapsayıcı bir anlamda toplum, olarak belirlemektedirler⁶¹¹. Norm odaklı dışavurumcu teorilere, normun onaylanması ve güçlendirilmesini esas almalarından ötürü bazen pozitif genel önleme teorileri arasında yer verilmektedir.

Dışavurumcu teorilerin tamamının neden ceza kınama unsurunun (değersizlik yargısının) yanı sıra faile yüklenen maddi bir olumsuzluk da içermesi gerektiği sorusuna ikna edici bir cevap vermeleri gerekir. Bu soruya şu şekilde cevap verilmektedir: Cezanın bir unsuru olan maddi olumsuzluktan vazgeçilemez. Zira kınamanın şiddetini göstermek için sadece sözcüklere dayanılması imkanı oldukça sınırlıdır. Bu nedenle kınamanın ağırlığının yüklenen olumsuzluğun ağırlığı ile ifade edilmesi gerekir⁶¹². VON HIRSCH ise ceza ile faile yüklenen maddi olumsuzluğu önleme amacı ile gerekçelendirmektedir. Cezanın bu unsuru önlemeye yönelik bir işleve sahiptir: kınama unsuru ile ifade edilen normatif nedenle birlikte suç işlenmekten imtina edilmesine yönelik amaç-rasyonel bir neden (*zweckrationaler Grund, prudential reason*) sunar⁶¹³. Yazara göre salt önlemeye dayanan teoriler failin ahlaki hareket etme yeteneğine saygı göstermemektedirler. Ancak kınama unsuru ile bu durum değişmektedir. Fail davranışının kınanması vasıtasıyla ahlaki kararlar

⁶¹¹ Hörnle, *Straftheorien*, ss. 29-40.

⁶¹² Hörnle, ss. 123 vd., 135 vd.; Hörnle, *Straftheorien*, ss. 42-43.

⁶¹³ von Hirsch, *Warum*, ss. 55 vd.; Von Hirsch, *Censure*, ss. 12 vd; Andrew von Hirsch ve Andrew Ashworth, **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**, Oxford University Press, Oxford, 2005, ss. 17 vd.

alabilen bir ajan olarak (*moral agent*) kabul edilmektedir⁶¹⁴. Ceza hem önlemeye ilişkin hem de deontolojik unsurlar barındırmaktadır. Kınama unsuru fiili işleyen kişiye yönelik ahlaki bir çağrışı içerir ve bu şekilde kişiye normatif kararlar almaya ehil bir birey muamelesi yapılmış olur. Kınama unsuru ile birey devletin önleme amacının bir nesnesi olmaya indirgenmemiş olur. Ceza aynı zamanda önlemeye yönelik bir karaktere de sahiptir. Sonuç olarak bu modelde ceza, normatif ve amaç-rasyonel görüşlerin bir araya getirilişi ile gerekçelendirilmektedir⁶¹⁵.

Tez kapsamında kabul edilebilir bulunan muhtelif teorilerin tamamını detaylı bir şekilde incelemek mümkün olmamakla birlikte bu teorilere yöneltilen genel bakış vasıtasıyla cezanın meşruiyeti ve cezanın belirlenmesini sorununu ilişkilendirecek bir zemin elde edilmiştir ve şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- Cezanın meşruiyetine ilişkin genel sorunun birçok alt sorudan oluştuğunu ifade etmiştik. Bu soruların yanıtlandırılmasında iki farklı yaklaşım söz konusudur. Bu soruların tümü tek bir görüşten hareketle yanıtlanabilir⁶¹⁶. Ancak durumun bu denli basit olmadığı, farklı ve birbiriyle çelişen değerlerin cezanın farklı meseleleri ile ilgili olabildiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla da eksiksiz bir normatif anlatının tüm bu değerlere yer vermesi ve karşılıklı ilişkilerini tespit etmesi gerekebilir⁶¹⁷.
- Ceza teorisyenlerinin amacı deyim yerindeyse dört başı mamur bir teori geliştirmek ve cezanın meşruiyeti sorununu tutarlı bir şekilde tamamıyla

⁶¹⁴ von Hirsch, Warum, s. 59; Andrew von Hirsch ve Tatjana Hörnle, “Positive Generalprävention und Tadel”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 1995, s. 270.

⁶¹⁵ von Hirsch, Warum, ss. 65-66. Karş. Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, ss. 121-124. VON HIRSCH tarafından geliştirilen modele yönelik eleştiriler için bkz. ve karş. Gabriel Perez-Barbera, “Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien: Eine diskursive und deontologische Rechtfertigung der Strafe”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 2014, ss. 504-526, ss. 513 vd.; VON HIRSCH VE HÖRNLE’nin görüşlerine yönelik kapsamlı değerlendirme ve eleştiriler için bkz. ve karş. Matthias Müller, **Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, ss. 20 vd.; Thomas Weigend, “Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren? Diskussionsbemerkungen”, **Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung**, (Ed. Wolfgang Frisch, Andrew von Hirsch ve Hans-Jörg Albrecht), C. F. Müller, Heidelberg, 2003, (Diskussionsbemerkungen), ss. 204-205; Jean-Claude Wolf ve Ignace Haaz, “Strafe als Tadel? Argumente pro und kontra”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie**, (Ed. Andreas von Hirsch ve diğerleri), Nomos, Baden-Baden, 2011, ss. 69 vd.

⁶¹⁶ Pawlik, s. 53.

⁶¹⁷ Duff/Hoskins, s. 2; Hart, s. 1; Hörnle, s. 124; Grosse-Wilde, s. 64.

çözümlemektir. Bunun için başvuru yöntemlerinden biri karma teoriler geliştirmek vasıtasıyla bir teorinin zayıflığını bir diğeri ile gidermektir⁶¹⁸. Teorilerin bu şekilde birleştirilmesi ile oluşturulan yeni karma teorinin unsurlarından daha güçlü mü yoksa daha zayıf mı olduğu ise şüphelidir⁶¹⁹. Bir diğeri yöntem ise cezanın meşruiyeti sorunun konusunu bir kurum ya da bir sosyal pratik olarak cezayı meşrulaştırma çabasına indirgemek ve cezanın nasıl belirleneceği sorusunu ayrı tutmaktır⁶²⁰. Ceza teorileri ve cezanın belirlenmesi arasında kurulan ilişki de bu yaklaşımlarda kendisini göstermektedir. Bu mesele bir sonraki başlıkta ele alınmaktadır.

C. Ceza Teorileri ile Cezanın Belirlenmesi Arasındaki İlişki

Baskın olarak cezanın belirlenmesinin ceza teorilerine dayandığı kabul edilmektedir⁶²¹. Ceza ile genel olarak gerçekleştirilmek istenen amaç somut cezanın belirlenmesiyle de ilişkilidir⁶²². Cezanın belirlenmesinde cezanın amaçlarının yorumlanmasında birtakım farklılıklara gidilebilir. Örneğin cezanın belirlenmesinde cezanın özel önleme amacının genel önleme amacından daha önemli olduğu kabul edilebilir. Ancak somut cezanın belirlenmesi cezanın meşruiyetine ilişkin soyut teoriden ayrı olarak düşünülemez⁶²³. Bu bağlamda cezanın amaçlarına ilişkin anlayış,

⁶¹⁸ Maurach/Zipf, § 6 kn. 8; Volker Krey ve Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2012, § 4 kn. 146 vd.

⁶¹⁹ Claus Roxin, **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, de Gruyter, Berlin, 1973, (Grundlagenprobleme), s. 28; Claus Roxin, “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, **Juristische Schulung**, 1966, (Grenzen), s. 387. Ayrıca bkz. ve karşı. Jakobs, 1. Abschnitt, kn. 48-50.

⁶²⁰ Hörnle, ss. 125-127.

⁶²¹ Stahl, ss. 46 vd. Genellikle cezanın doğası, görevi ve uygulanmasına dair genel bakış ceza hukuku teorisi olarak adlandırılmaktadır. Cezaya ilişkin her çalışma böyle bir ceza hukuku teorisini gerektirir. Kim, ne, nasıl ve ne zaman cezalandırılabilir soruları, neden cezalandırılır sorusunu da örtülü olarak içermektedirler. Neden cezalandırılır sorusunun cevabından, ceza uygulamasının tartışmalı problemlerine herhangi bir ekleme yapılmadan çözüm bulunabilir. Özellikle de cezanın belirlenmesi aşaması, her bir somut olayda cezanın doğası ve görevine ilişkin sorulara işaret eder. Henrici, s. 19.

⁶²² Wolfgang Frisch, “Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH”, **Festgabe der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs: Band 4**, (Ed. Claus Roxin ve Gunter Widmaier), C. H. Beck, München, 2000, (BGH), s. 269; Kaspar, Gutachten, s. C 22.

⁶²³ Bernd Schünemann, “Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung”, **Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik - Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium**, (Ed.

cezanın belirlenmesinde neyin göz önünde bulundurulacağını göstermektedir. Bir diğer ifade ile her bir amaç, belirli bir dayanak noktasına/esasa tekabül eder⁶²⁴.

Özel önlemeyi esas alan bir ceza teorisinin cezanın belirlenmesindeki dayanak noktası failin tehlikeliliğidir⁶²⁵. Kusur ise mutlak teorilerden (ödetme, kusurun denkleştirilmesi görüşü gibi), pozitif genel önleme teorilerine, iletişimsel-dışavurumcu teorilerden karma teorilere kadar birçok ceza teorisinde cezanın belirlenmesinde önemli bir konuma sahiptir⁶²⁶. Dolayısıyla kusurun cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edilmesi mutlak teorilere özgü bir anlayış değildir. Ceza teorisinde önlemeye yer verilmiş olması cezanın belirlenmesinde kusura dayanılmasına engel teşkil etmez⁶²⁷. Bununla birlikte cezanın tek amacı kusurun denkleştirilmesi olarak kabul edilecek olursa cezanın belirlenmesinde özel önlemeye ilişkin değerlendirmelerde bulunulmaması gerekir⁶²⁸. Öte yandan eğer kusurun denkleştirilmesi cezanın meşru bir amacı olarak tanınmaz ve önleme amacının ceza bakımından kaçınılmaz olduğu benimsenir ise cezanın belirlenmesinin sadece kusura dayandırılabilmesi başka gerekçelerin varlığına bağlıdır ve aksi halde kabul edilemez⁶²⁹.

Bununla birlikte cezanın belirlenmesi ve cezanın meşruiyetine ilişkin teoriler arasındaki ilişki HÖRNLE tarafından reddedilmektedir. Bu görüş cezanın çok yönlülüğüne ve özellikle de HART tarafından getirilen ayrıma dayanmaktadır⁶³⁰. HART, genel bir kurum olarak ve bireysel bir dağıtım olarak ceza arasında bir ayrım yapmaktadır⁶³¹. Benzer bir şekilde RAWLS da cezayı bir pratik olarak ve müstakil bir

Albin Eser ve Karin Cornils), Eigenverlag Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1987, (Plädoyer), s. 219, dipnot 25.

⁶²⁴ Frisch, Bedeutung, s. 6.

⁶²⁵ Kusurun tehlikeliliğe göre üstünlüğü ve önceliği söz konusudur. Öncelikle cezanın belirlenmesinde failin tehlikeliliğinin esas alınması kusur ilkesini ihlal eder. Günümüzde geçerli olan adalet duygusu ile cezanın bağdaşması ancak kusur vasıtasıyla olabilir. Frisch, Bedeutung, ss. 9-15. Failin tehlikeliliğine göre belirlenen ceza ampirik verilerle de desteklenmemektedir. Hörnle, ss. 84-85.

⁶²⁶ Frisch, Bedeutung, s. 6.

⁶²⁷ Frisch, Bedeutung, s. 6.

⁶²⁸ Kaspar, Gutachten, s. C 22.

⁶²⁹ Kaspar, Gutachten, s. C22. Ödetme vasıtasıyla önleme ya da ödetici genel önleme görüşü için bkz. ve karşı. Andrissek, s. 148.

⁶³⁰ Hörnle, ss. 126-127. Benzer yönde bkz. ve karşı. Grosse-Wilde, ss. 57 vd., 64.

⁶³¹ Hart, ss. 1 vd.

eylem olarak ikiye ayırmaktadır⁶³². Bu ayrımla faydacı – sonuca odaklı argümanların bir pratik ya da kurum olarak cezayı meşrulaştırmak için uygun olduğunu ve ödetmeci – deontolojik argümanların müstakil ya da bireysel bir eylem olarak cezayı meşrulaştırmak için uygun olduğu ifade edilmek istenmektedir. Bu ayrım cezanın farklı muhatapları olan karmaşık bir devlet tedbiri olduğu imasını da içerir⁶³³. Ceza, kınama ve olumsuzluk yükleme unsurlarından oluştuğu için tamamlanmış bir ceza teorisinin bu unsurları gerçekçi-olgusal bir şekilde açıklaması yeterli değildir, her ikisini de hem faile hem de topluma karşı ahlaken gerekçelendirmelidir⁶³⁴. HÖRNLE, bu ayrımdan hareketle ceza teorisi ve cezanın belirlenmesi teorisinin keskin bir şekilde birbirinden ayrılmasının gerektiği sonucuna ulaşmaktadır⁶³⁵. Yazara göre cezanın belirlenmesine ilişkin karar meşruiyete ilişkin probleme dahil değildir⁶³⁶. Bu bağlamda

⁶³² John Rawls, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Cilt: 64, Sayı: 1, 1955, ss. 3-32, ss. 3 vd.

⁶³³ Perez-Barbera, s. 508. PEREZ-BARBERA, bu ayrımın içerdiği şu kabule karşı çıkmaktadır: ceza faile karşı sadece müstakil bir eylem ya da bir dağıtım olarak; topluma karşı ise sadece bir kurum olarak gerekçelendirilmelidir. Yazara göre ceza hem faile hem de topluma karşı hem bir kurum olarak hem de bir uygulama olarak meşrulaştırılmalıdır. Perez-Barbera, s. 508.

⁶³⁴ Perez-Barbera, s. 508; Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, s. 118.

⁶³⁵ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, ss. 125 vd., 388 vd. HÖRNLE, bir kurumun genel amacı ile bu kurumun dağıtım kuralları arasındaki farkı ortaya koyarken hastane-hastaneye kabul kararı örneğini vermekte ve bir kurum olarak ceza ile somut cezalandırma eylemi arasındaki ilişkiye benzetmektedir. Buna göre hastaneye hasta kabul kuralları toplumun tamamının faydasına bağlı değildir. Hörnle, s. 127. KASPAR’a göre ise aslında bu örnek ayrılık tezini değil karşı görüşü desteklemektedir. Bir kurum olarak hastane, tıpkı somut tedavinin biçimi ve kapsamı gibi sağlık hizmeti amacına özgülenmiştir. Bir kurum olarak ceza ve somut cezanın belirlenmesi kıyaslamasının, bir kurum olarak hastane ve somut tedavi kıyaslamasına benzetilmesi daha uygundur. Hastaneye kişilerin kabul edilmesinin ceza adalet sisteminde bir karşılığı bulunmamaktadır. KASPAR görüşünü farklı bir örnek üzerinden de gerekçelendirmektedir. Devlet halk sağlığını geliştirmek amacıyla bir yüzme havuzu işlettiğinde, doğal olarak kullanım kurallarını pragmatik açılardan belirleyebilir. Ancak cezanın belirlenmesinde havuz örneğinde olduğu gibi bir kurum olarak cezanın organizasyonuna ilişkin ikincil nitelikteki meseleler söz konusu değildir. Bkz. ve karş. Kaspar, *Gutachten*, s. C 22. HÖRNLE’nin hastane benzetmesine yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Müller, s. 43-44; Frauke Rostalski, *Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, *Jus Poenale*, *Beiträge zum Strafrecht*, Band 17, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, s. 143; Frauke Timm, *Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, s. 94. HART’ın örneği için bkz. Hart, ss. 8 vd.

⁶³⁶ Yazara göre cezanın nasıl olması gerektiği sorusu cevaplandırılırken özel önleme teorisi göz önünde bulundurulabilir. Bu durumda özel önleme teorisi, ceza adalet sisteminin varlığının gerekçelendirilmesine ilişkin sorunu çözmediği için ceza teorisinin bir unsurunu oluşturmaz. Hörnle, *Straftheorien*, s. 23. Cezanın yapısı ve özellikle de soyut ya da somut cezanın miktarı bakımından negatif genel önleme etkisinin bir rol oynayıp oynamayacağı sorusu cezanın belirlenmesine ilişkindir, cezanın varlığının meşruiyetine ilişkin değildir. Hörnle, *Straftheorie*, s. 515.

genel önleme görüşünün ceza teorisinin bir parçası olmasından zorunlu olarak bu görüşün cezanın belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği sonucuna ulaşamaz. Faydacı görüşlere deontolojik sınırlar çizilebilir⁶³⁷. Yazara göre bu sınır ceza teorisi ile cezanın belirlenmesinin birbirinden ayrılması ile mümkün olabilir.

HÖRNLE tarafından savunulan bu görüşe karşı farklı açılardan eleştiriler getirilmiştir⁶³⁸. Bir eleştiriye göre belirli bir kurumun dağıtım ilkelerinin bu kurumun genel amaçlarına bağlı olma zorunlulukları bulunmadığı görüşü isabetli değildir⁶³⁹. Bir diğer eleştiriye göre cezanın fiil (*Straftat*) ile oranlı olması ancak cezanın belirlenmesinin ceza teorisine dayandırılması ile mümkündür. Bu nedenle bu ikisi arasında yaratılan ayırım cezanın fiil ile oranlı olmasını yeterli ölçüde garanti edemez⁶⁴⁰. Bizim bu görüşe karşı yönelttiğimiz eleştiri ise şu şekildedir: cezanın bir kurum ve bireysel bir uygulama olarak iki farklı şekilde ele alınması gerektiğinin kabulü zorunlu olarak ceza teorisi ve cezanın belirlenmesi teorisinin birbirinden ayrılmalarını gerektirmemektedir. Cezanın (faile ya da topluma karşı ister bir kurum olarak ister bir uygulama olarak) meşruiyetine ilişkin her soru ceza teorisi tarafından yanıtlanabilir ve hatta yanıtlanmalıdır ve cezanın belirlenmesi teorisi bu yanıtla çelişmez⁶⁴¹. HÖRNLE tarafından ulaşılan “cezanın önleme amacının cezanın meşruiyetini gerekçelendirmenin bir parçası olması cezanın belirlenmesinde de gözetilmesini gerektirmez” sonucuna cezanın belirlenmesi ve ceza teorileri arasındaki bağ kesilmeden de ulaşılabilir.

Cezanın belirlenmesinin nasıl olacağı meselesinin ceza teorisinin bir parçası olup olmadığı tartışması aslında ceza teorilerinde de ele aldığımız şu ikileme dayanmaktadır⁶⁴²: ilk bakışta doğal bir adalet hissine hitap eden ödetme görüşü

⁶³⁷ Hörnle, deutsche Diskussion, s. 21; Hörnle, s. 126. Karşı görüş için bkz. Rostalski, s. 139-141.

⁶³⁸ Bkz. ve karşı. Pawlik, s. 53; F. Timm, ss. 94 vd; Weigend, Diskussionsbemerkungen, ss. 203 vd.; Rostalski, ss. 139 vd.; Kaspar, Gutachten, s. C 22; Müller, ss. 43 vd.; Stahl, s. 51.

⁶³⁹ Hakim, ceza aralığında cezayı belirlerken, keyfi olmamak adına, kararını olgusal ve bu şekilde amaca yönelik ölçütlere dayanarak vermelidir. Kusurun denkleştirilmesine karar verecek olursa yine bu somut cezanın bir amacı olarak kabul edilmektedir. Cezanın amacının belirlenmesi cezanın belirlenmesine doğrudan etki eder. Cezanın belirlenmesi bağlamında cezanın amacı sorusuna temas etmekten kaçınılamaz. Kaspar, Gutachten, s. C 23. Benzer yönde bkz. ve karşı. Müller, ss. 40-44.

⁶⁴⁰ Rostalski, ss. 143-144.

⁶⁴¹ Perez-Barbera, s. 508, dipnot no. 28.

⁶⁴² Weigend, Diskussionsbemerkungen, s. 199. Karşı. Neumann, s. 448; Giannoulis, s. 13; von Hirsch, Warum, s. 65.

cezanın gerçek sosyal bir amaca hizmet etmediği iddiası nedeniyle seküler bir hukuk devletinde artık kabul edilebilir değil iken; sosyal bir faydaya yönelmiş olan önleme görüşleri cezanın amacı ve ölçüsü arasında kurdukları ilişki bakımından iki yönden hatalıdır. Bir yandan somut olayda belirli bir cezanın önleme bakımından gerekli olduğunu göstermek/ispatlamak genellikle mümkün değilken⁶⁴³; diğer yandan bu (ampirik yönden ispat edilebilir olmama) durumun aşılması ve önleme amacına uygun cezanın belirlenmesi halinde de fiil kusurunun göz ardı edilmesi nedeniyle bu ceza adil olarak kabul görmeyecektir⁶⁴⁴. İletişimsel/dışavurumsal görüşlerin de bu ikilemi tam anlamıyla aşabildikleri söylenemez⁶⁴⁵. Belki de bu ikilemi aşmanın en iyi yolu onu gidermeye çalışmak yerine onu kabullenmektir. Cezanın hem etik/normatif/deontolojik hem de amaç-rasyonel/enstrümantal/sonuç-odaklı bir yaklaşımla gerekçelendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bunun yolu da monist bir ceza teorisi yerine plüralist bir ceza teorisi geliştirmektir⁶⁴⁶. Cezanın belirlenmesi meselesi de bu teorinin ayrılmaz bir parçasıdır. Cezanın hem bireye hem de topluma karşı meşruiyet kazanabilmesi için hem cezanın verilip verilmeyeceği sorusu hem de nasıl cezalandırılacağı sorusunun ortak bir temele dayandırılması gerekir⁶⁴⁷. Cezanın

⁶⁴³ Ampirik yönden ispat edilememe sorunu özellikle genel önleme (hem negatif hem de pozitif varyasyonları) bakımından daha da belirgindir. Somut olayda verilmiş olan cezanın/yaptırımın ölçüsünün toplumun hukuka güveni/inancı üzerindeki etkisi, uç örnekler bir yana bırakılacak olursa, basitçe tespit edilemez. Weigend, Diskussionsbemerungen, s. 200. Bu soruna ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar için özellikle bkz. Hörnle, ss. 81 vd., 92 vd. Benzer yönde bkz. ve karş. Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 365; Zipf, ss. 107 vd; Schöch, Verkehrdelinquenz, s. 133; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 59 vd.. Genel önlemenin ampirik olarak ispat edilebilir olmaması, hakimden somut olayda genel önlemeyi sağlayacak bir ceza miktarını araştırmasının beklenemeyeceği anlamına gelir. GROSSE-WILDE'ye göre bu durum aynı zamanda kusurla oranlı cezanın genel önleme bakımından doğru ceza olduğu yönündeki görüşün de reddedilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bkz. ve karş. Grosse-Wilde, s. 57.

⁶⁴⁴ Weigend, Diskussionsbemerungen, s. 200; Bernd Schünemann, "Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität", **Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung**, Ed. Wolfgang Frisch, Andrew von Hirsch ve Hans-Jörg Albrecht, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, (Tatproportionalität), ss. 189.

⁶⁴⁵ Özellikle bkz. Perez-Barbera, ss. 514-516.

⁶⁴⁶ Karş. Grosse-Wilde, s. 64; Perez-Barbera, ss. 525-526; von Hirsch, Warum, ss. 64 vd.; Roxin, AT I, § 3, kn. 60.

⁶⁴⁷ Bu konuda bkz. ve karş. Rostalski, ss. 139 vd. Benimsenen ceza teorisi, cezanın belirlenmesini temellendirir. Bu teori suç genel teorisinin temelinde yer alan anlayışla uyum içerisinde olmalıdır. Suç genel teorisi doğru ceza teorisine kaynaklık etmekten daha fazlasıdır, ceza teorisinden cezanın belirlenmesi teorisine geçilebilmesine imkan sağlar. Stahl, ss. 46 vd. Öğreti geleneksel olarak bu adımı atlamaktadır. Ceza teorilerine ilişkin tartışmalara yer verilmektedir ancak bu teorilerden cezanın belirlenmesine ilişkin ilkelere geçişte önemli bir adım atlanmaktadır. Stahl, s. 34.

meşruiyetinin bireye uygulanan somut bir cezanın nasıl olması gerektiği sorusu ile ilişki kurulmaksızın sağlanabilmesi mümkün değildir.

D. Benimsediğimiz Yaklaşım

Cezanın meşruiyeti çok yönlüdür: hem bireye hem de topluma karşı gerekçelendirilmesi gerekir. Ayrıca cezanın hem bir kurum olarak (*die Strafe als Institution*) hem de müstakil bir cezalandırma eylemi olarak (*die Strafe als einzelnen Akt*) kınama ve olumsuzluk yükleme unsurları göz önünde bulundurularak bu iki muhataba karşı ayrı ayrı meşrulaştırılması gerekir. Bireye karşı meşruiyetin etik-deontolojik; topluma karşı meşruiyetin gerçek bir amaca yönelik-faydacı olması gerekir⁶⁴⁸.

Bireyin otonom olduğu ilkesi ve araçsallaştırılması yasağı kabul edilecek olursa bireye karşı sadece onun otonomisine saygı gösteren ve onu salt nesne düzeyine indirgemeyen bir ahlaki meşruiyet biçimi kabul edilebilir. Böylesi bir meşruiyet daha iyi bir terimin yokluğunda deontolojik olarak nitelendirilir. Ödetme görüşü de deontolojiktir, ancak sadece müstakil bir eylem olarak cezayı meşrulaştırabilirken bir kurum olarak cezayı gerekçelendiremez⁶⁴⁹. Cezanın meşruiyetine ilişkin bir gerekçenin deontolojik olabilmesi için mutlaka ödetmeye dayandırılması gerekmemektedir⁶⁵⁰. Öte yandan topluma karşı cezanın meşruiyetinde toplumun tüm bireylerine faydasının ne olduğu dikkate alınmalıdır. Burada da önleme odaklı

⁶⁴⁸ Perez-Barbera, ss. 509, 525.

⁶⁴⁹ Perez-Barbera, ss. 508, 511 vd. Karş. Michael S. Moore, **Placing Blame: A Theory of the Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010, ss. 83, 87, 104, 153.

⁶⁵⁰ Ödetmenin normatif bir unsuru olarak hak ediş (*Verdienst, just deserts*) sadece failin belirli somut bir davranışına karşılık gelir, genel uygulamaya ilişkin değildir. Ödetme görüşü “Neden faile başka bir şekilde değil de ceza –kınama ve maddi olumsuzluk – ile karşılık verilmelidir?” sorusuna cevap verememektedir. Ödetme failin cezalandırılmasını – suç fiiline karşı bir tepki gösterilmesi gerektiğini failin bu tepkiyi hak ettiği gerekçesiyle – meşrulaştırabilir iken; bu tepkinin neden ceza şeklinde olması gerektiğini yeterli ölçüde açıklayamamaktadır. Zira fail başkaca tepkileri de suç işlemesinden ötürü hak etmiş olabilir. Dahası cezanın faile karşı müstakil bir eylem olarak meşru kabul edilebilmesinin ön koşulu cezanın bir kurum olarak faile karşı meşruiyet kazanmış olmasıdır. Bunun için ödetme görüşünden bağımsız ancak deontolojik olan bir gerekçeye ihtiyaç duyulmaktadır. Ödetme, deontolojik-argüman biçimlerinden sadece bir tanesidir. Perez-Barbera, s. 512-513. Benzer şekilde önlemeye ilişkin olmayan her gerekçenin ödetmeye ilişkin olmadığı yönünde bkz ve karşı. Hörnle, s. 126; von Hirsch, Warum, s. 43.

gerekçeler önem kazanmaktadır⁶⁵¹. Dahası anayasal düzene uygun bir ceza teorisinin amaç-rasyonel olması ya da bu şekilde bir yönünün olması gerekmektedir. Zira anayasal sistemlerde temel haklara ancak meşru amaçlar için müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak salt önleme amacına dayanılarak da ceza meşrulaştırılmaz. Zira ceza faile karşı kişisel bir kınama içerdiği için sadece önleme amacına uygunluk ile faile karşı meşru kılınamaz, cezanın fail tarafından da hak edilmiş olarak algılanması gerekir. Bu da ancak cezanın (hem cezanın verilmesi hem de ölçüsünün) failin kusuruna dayanması halinde mümkündür⁶⁵².

Cezanın bir kurum olarak faile karşı meşruiyetini PEREZ-BARBERA'nın görüşlerinden faydalanarak gerekçelendirmekteyiz. Yazar, BRANDOM'a⁶⁵³ dayandırdığı diyalog mantığından hareketle devlet ve bireyi diyalogun tarafları olarak kabul etmektedir. Bu iletişimin her iki tarafı da failin fiili ile devleti bu fiilden ötürü faile karşı ceza niteliğinde bir tepki gösterme bakımından yetkilendirdiğini kabul etmektedirler. Bu şekilde cezanın faile karşı meşruiyeti, failin kendi otonomisi çerçevesinde devleti yetkilendirmesine dayandırılmaktadır⁶⁵⁴. Fail bu gerekçelendirme ile araç haline getirilmemiş olmaktadır. Zira kendisi aktif bir şekilde ve eşit derecede cezaya meşruiyet kazandıran sürece katılmaktadır. Hem devlet hem de birey kurdukları diyalogun eşit birer tarafı olarak fail tarafından işlenen suç fiilinin muhtemel bir sonucu olarak cezanın (kınama belirten maddi olumsuzluk) failin kendi taahhüt ve yetkilendirmesinden kaynaklandığı hususunda uzlaşmaktadırlar. Dolayısıyla devletin bu uzlaşının gereğini yerine getirmesi halinde failin artık cezayı gayrı meşru kabul etmesi mümkün değildir⁶⁵⁵. PEREZ-BARBERA bu argümanı dışavurumsal ceza teorilerini tamamlamak adına geliştirmektedir. Yazar ayrıca ödetmeyi de cezanın müstakil bir eylem olarak gerekçelendirilmesinde kabul etmektedir.

Kanaatimizce ödetme cezanın meşruiyetinin bir parçası olmamalıdır. Zira ceza devletin bireye karşı bir müdahalesi teşkil ettiğinden cezanın meşruiyeti metafiziksel

⁶⁵¹ Perez-Barbera, ss. 508-509.

⁶⁵² Roxin, AT I, § 3, kn. 61.

⁶⁵³ Robert B. Brandom, **Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment**, 4. Baskı, Harvard University Press, Massachusetts, 2001, ss. 159 vd., 495 vd., 592 vd.

⁶⁵⁴ Perez-Barbera, ss. 524-525.

⁶⁵⁵ Perez-Barbera, s. 525.

düşüncelere değil devletin görevlerini yerine getirmesi için gerekli ve elverişli olanın ne olduğuna ilişkin değerlendirmelere dayandırılmalıdır. Devlet önleme bakımından gerekli olmayan bir cezanın verilmesi bakımından yetkilendirilmiş değildir⁶⁵⁶. Cezanın müstakil bir eylem olarak faile karşı meşruiyetini kusur ilkesinden hareketle sağlamak mümkündür. Kusur ilkesi, ödetme anlamına gelmemektedir. Fail, kusurlu olduğu için ve kusuru ölçüsünde cezalandırılmalıdır. Bu şekilde kusur ilkesi failin cezayı hak etmiş olduğunu ifade etmektedir. Kusur ilkesi cezanın meşruiyeti bakımından sadece sınırlandırıcı değil kurucu da bir role sahiptir⁶⁵⁷. Bir kurum olarak cezanın faile karşı deontolojik gerekçelendirmesini sağlamak bakımından PEREZ-BARBERA tarafından geliştirilen diyaloga ve toplumsal sözleşme geleneğine dayanan görüşlerin yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Bu görüşler kusur ilkesini de desteklemektedirler.

Cezanın ayrıca topluma karşı da hem bir kurum olarak hem de müstakil bir eylem olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir⁶⁵⁸. Burada da amaç-rasyonel görüşlere dayanılması gerekmektedir. Bu bakımdan ceza hem özel hem de genel önleme amacına hizmet eder⁶⁵⁹. Cezanın bir kurum olarak meşrulaştırılmasında amaç-rasyonel görüşlere yer veriliyor olması hakimnin bu amaçları her bir cezanın belirlenmesi kararında göz önünde bulundurması gerektiği anlamına gelmez. Zira bu amaçlara ceza normunun belirli bir olayda uygulaması ile değil sadece düzenli olarak uygulanması ile ulaşılabilir⁶⁶⁰. Cezanın ağırlığı kusurun ölçüsü ile

⁶⁵⁶ Roxin, AT I, § 3, kn. 60. Cezanın meşruiyeti için kınama ve önlemeyi bir araya getiren benzer bir yaklaşım için bkz. ve karşı. von Hirsch ve Ashworth, s. 57.

⁶⁵⁷ Grosse-Wilde, s. 51; Stahl, s. 55. Karşı. Roxin, AT I, § 3, kn. 57 vd; Claus Roxin, “Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke”, **Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz**, (Ed. Hans Walder ve Stefan Trechsel), Stämpfli & Cie., Bern, 1977, (Strafzumessung), ss. 475-477.

⁶⁵⁸ Perez-Barbera, s. 525.

⁶⁵⁹ Roxin, AT I, § 3, kn. 38 vd., 59. Karşı. Appel, s. 455.

⁶⁶⁰ Grosse-Wilde, s. 57. Bireyin araçlaştırıldığı itirazı bir kurum olarak cezanın meşruiyetini gerekçelendiren amaç-rasyonel görüşlere yöneltilemez. Zira bu halde belirli bir durumda araç haline indirgenen belirli bir kişiden bahsedilemez. Somut bir olayın söz konusu olmadığı bir halde belirli bir bireyin belirli bir amaca ulaşmak için araçlaştırıldığı iddia edilemez. Kurum seviyesinde insan onurunun ihlal edildiği söylenemez. Grosse-Wilde, s. 58. Cezanın, bireyi araçlaştırdığı eleştirisine karşı farklı bir cevap için bkz. ve karşı. Stahl, ss. 96-97.

sınırlandırılmıştır⁶⁶¹. Ceza kusurdan daha fazla olamaz; ancak özel önleme bakımından gerekli olması ve genel önlemenin asgari gerekliliklerine aykırı olmaması halinde kusurdan daha az olabilir⁶⁶². Kusur ilkesi sadece sınırlandırıcı bir ilke değildir⁶⁶³. Kusur her zaman cezalandırmanın bir nedenini oluşturur. Kusurun modern anlayışta maddi ya da metafizik bir kavram olmadığı bunun yerine fiil haksızlığına atıfta bulunan bir ilişki kavramı olduğu ifade edilmektedir. Hiçbir modern kusur teorisi kusurun haksızlık ve dolayısıyla da fiil ile kurduğu bağı kesemez. Kusurun fiil kusuru olması, kusurun cezalandırılabilirliği sadece sınırlandırmadığı ve dahası onu gerekçelendirdiği anlamına gelir. Zira fiilin failin cezalandırılmasının bir nedeni olduğu tartışmasızdır⁶⁶⁴. Sonuç olarak, insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devletinin temel ilkeleri de bunu gerektirmektedir. Önleme ve adaletin tarif edilen şekilde birbiri ile ilişkilendirilmesi eklektik tarzda bir karma teoriye vücut vermez. Kümülatif meşruiyet gerekçelerin bir araya getirilişi devletin ceza yetkisinin kabul edilebilir ve makul bir şekilde gerekçelendirilebilmesini mümkün kılmaktadır⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Cezanın kusur esasına dayalı olarak belirlenmesine genel önleme engel değildir. Frisch, Bedeutung, ss. 6-7. Genel önleme görüşü kusuru yeteri kadar gerekçelendirmeyebilir ancak zaten deontolojik ve amaç/sonuç odaklı görüşler beraber etki etmektedir.

⁶⁶² Roxin, AT I, § 3, kn. 59; Frisch, Bedeutung, ss. 23 vd. Amaç-rasyonel gerekçelerle bir cezanın verilmesine gerek olmadığı anlaşılabilecek olursa artık o cezanın verilmesinden vazgeçilmesi gerektiği yönünde bkz. ve karşı. Perez-Barbera, s. 525. Karş. Kaspar, Gutachten, ss. C 43 vd., C 90, C 104 vd. Karşı yönde bkz. ve karşı. Rostalski, ss. 133, 137.

⁶⁶³ Grosse-Wilde, s. 51. Kusurun sadece sınırlandırıcı bir işleve sahip olduğu görüşü ikna edici değildir, bu görüş cezanın belirlenmesinde kusur ilkesinin kurucu etkisini ihmal etmektedir. Stahl, ss. 54-55. ROXIN bile kusurun belirli bir kurucu etkisini olduğunu kabul etmektedir. Kural olarak ceza kusur esasında belirlenmelidir. Bununla birlikte somut olayda failin cezanın olumsuz etkilerinden (*entsozialisierende Wirkung*) korunması için kusurla oranlı cezada değişiklik yapılabilir. Kusur esasına göre belirlenmiş cezanın altına toplumun geneli tarafından kabul edilemez görüldüğü noktaya kadar inilebilir. Roxin, Strafzumessung, ss. 475-477. KASPAR'da kusurun cezanın üst sınırını oluşturduğunu ancak cezanın alt sınırının pozitif genel önlemeyi sağlayacak miktar olduğunu ileri sürmektedir. Kaspar, Gutachten, ss. C 26 vd.; Kaspar, Diskussion, s. 6. Karşı yönde bkz ve karşı. Franz Streng, "Perspektiven Für Die Strafzumessung", **Strafverteidiger**, Cilt: 38, Sayı: 9, 2018, (Perspektiven), ss. 597 vd.

⁶⁶⁴ Grosse-Wilde, s. 51.

⁶⁶⁵ Roxin, AT I, § 3, kn. 62.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURU, AĞIRLIĞININ ÖLÇÜLMESİ VE TÜRK CEZA KANUNU’NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Birinci bölümde Anayasal ilkelerden ve cezanın meşruiyetini temellendiren felsefî görüşlerden hareketle cezanın kural olarak kusur esasına dayalı şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu bölümde cezanın kusur esasına dayalı olarak nasıl belirleneceği incelenmektedir.

Kusurun ölçüsüne karşılık gelen bir cezanın tür ve miktar olarak belirlenebilmesi için öncelikle kusurun ağırlığının ölçülmesi gerekir. Kusurun ağırlığının ölçülmesinin ardından ise bunun türü ve miktarı belirli bir cezaya dönüştürülmesi gerekir. Bu nedenle bu bölümde ilk başlıkta kusurun tanımlanması ve hangi ölçütler üzerinden ölçülebileceğinin belirlenmesine odaklanılmaktadır. İkinci başlıkta ise kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmeden somut bir cezaya nasıl geçileceği incelenmektedir.

I. CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURU

A. Cezaya Esas Oluşturan Kusur – Cezanın Belirlenmesine Esas Oluşturan Kusur Ayrımı

Ceza ile karşılık verilecek bir hareketin var olup olmadığı sorusu “suç genel teorisinin” (*Verbrechenslehre*) konusunu oluşturmaktadır. Suç genel teorisi, her bir suç fiilinde bulunan özelliklere ve aralarındaki ilişkilere dair (mümkün olan ölçüde) genel ifadelerde bulunur ve bu suretle bir değerlendirme programı (*Prüfungsprogramm*) meydana getirir⁶⁶⁶. Suç genel teorisinin esasına göre genel olarak her suç fiilinin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken⁶⁶⁷ temel unsurları

⁶⁶⁶ Ingeborg Puppe, “Vor §§ 13 ff.”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Puppe, Vor §§ 13 ff.), kn. 1; Kindhäuser, AT, § 5 kn. 1.

⁶⁶⁷ Luís Greco, “Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 2009, ss. 638 vd.

haksızlık ve kusurdur⁶⁶⁸. Suç genel teorisinde her bir unsurun içeriksel anlamından bağımsız olarak cezaya hükmedilebilmesinin insan davranışı ile yol açılmış bir haksızlığı gerektirdiği üzerinde temel olarak fikir birliği sağlanmıştır⁶⁶⁹. Ceza hukuku kavramı olarak haksızlık genel olarak şu şekilde anlaşılmaktadır: Haksızlık, kanun koyucunun sadece yasaklanmakla kalmadığı ayrıca ceza tehdidi altında düzenlediği, sosyal yönden zararlı ve bu sebeple istenmeyen her bir davranış biçimidir. Bu davranış biçimleri kanunda suç tipi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda tipik haksızlık içeriği karakterize edilmektedir ve bu sebeple tipikleştirilmiş-tipleştirilmiş haksızlık kavramından söz edilmektedir⁶⁷⁰.

Suç genel teorisi bağlamında haksızlık ve kusur mevcut ise, bundan hareketle bir cezaya hükmedilebilir. Buna dayanarak cezanın belirlenmesi hukuku hükmedilecek somut cezanın türü ve miktarı meselesini ele alır⁶⁷¹. Dolayısıyla cezanın belirlenmesi öğretisi birçok açıdan suç genel teorisine başvurmaktadır. Birçok kavram her iki disiplinde de (kendilerine özgün biçimlerde) kullanılmaktadır. Bu durum haksızlık ve kusur kavramları için de geçerlidir.

Kusur ilkesinin dört farklı yönünün bulunduğu kusur ilkesi açıklanırken ifade edilmişti. Bunlar kusurun cezanın verilmesine esas oluşturması, haksızlık ile kusur arasında bir birliktelik bulunması zorunluluğu, kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması ve kusurun fiil kusuru olarak anlaşılmasının gerekmesidir. Kusur ilkesi gereğince kusurun hem cezanın verilmesine hem de cezanın belirlenmesine esas oluşturması kusur kavramının üstlendiği işleve göre farklı bir anlam kazanmasına neden olmaktadır. Failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını araştırıldığı süreç cezaya esas oluşturan kusur olarak; nasıl cezalandırılacağını araştırıldığı süreç cezanın belirlenmesine esas oluşturan kusur olarak adlandırılmaktadır⁶⁷².

⁶⁶⁸ Kindhäuser, § 6 kn. 1 vd.; Roxin, AT I, § 10 kn. 16 vd.; Jörg Eisele, “Vor §§ 13 ff.”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff.), kn. 15 vd.; Hans-Ullrich Paeffgen ve Benno Zabel, “Vor. §§ 32 ff.” **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Paeffgen ve Zabel, Vor. §§ 32 ff.), kn. 6 vd.

⁶⁶⁹ Roxin, AT I, § 7 kn. 64 vd.

⁶⁷⁰ Frister, Kap. 3 kn. 16-18; Roxin, AT I, § 7 kn. 66; Heinrich, kn. 89.

⁶⁷¹ LK-Theune, Vor § 46-50, kn. 4.

⁶⁷² Meraklı, s. 86. Cezaya esas oluşturan kusur ve cezanın belirlenmesi kusuru ayrımı ACHENBACH’a dayanmaktadır. Bkz. Hans Achenbach, **Historische und Dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre**, Schweitzer, Berlin, 1974, s. 10.

Cezanın belirlenmesi kusurunun, cezaya esas oluşturan kusur ile özdeş olmadığı⁶⁷³ ve ondan daha geniş bir anlama sahip olduğu genellikle kabul edilmektedir.⁶⁷⁴ Cezanın belirlenmesi kusuru, cezaya esas oluşturan kusurdan farklı olmakla birlikte⁶⁷⁵ tamamen bağımsız değildir⁶⁷⁶ ve kusurun bir diğer yönüyle ilişkilidir⁶⁷⁷. Cezanın belirlenmesi kusuru daha kapsamlı bir değerlendirmeye dayanır.⁶⁷⁸ Faile kişisel olarak isnat edilen şeyin tüm kapsamını belirlemek için kullanılır.⁶⁷⁹

Bununla birlikte öğretide cezaya esas oluşturan kusur ile cezanın belirlenmesi kusurunun birbirinden ayrı olmadıklarını savunan yazarlar da vardır.⁶⁸⁰ Bu görüşe göre böylesi bir ayırım ne Al CK parag. 46'ya ne de ceza teorisinin bağımsız bir bilimsel disipline dönüştüğü iddiasına dayandırılabilir.⁶⁸¹ Bunun yerine şu kabul edilmelidir: kusurun ölçüsü ancak tam kusur halinde (kusurun unsurlarının gerçekleştiği hallerde, kusur ehliyeti, haksızlık bilinci var ve mazeret nedeni yok ise) haksızlığın ölçüsü kadar ya da azalmış kusur halinde (örneğin kaçınılabilir haksızlık yanlgısı – haksızlık bilincinde hata söz konusu ise) haksızlığın ölçüsünden daha az olabilir. Dolayısıyla kusurla oranlı ceza kusurun azalmadığı hallerde haksızlıkla oranlı ceza olarak anlaşılmalıdır. Bu şekilde kabul edilecek olursa cezanın ölçüsü için sadece haksızlığın ağırlığının kurucu nitelikte olduğu görülecektir. Cezalandırılabilir olup olmadığı bakımından kusur kurucu niteliktedir ancak cezanın ölçüsü bakımından kusur sadece

⁶⁷³ S/S-Kinzig, StGB § 46 kn. 9a; Bruns, s. 145; Maurach/Zipf, § 30, kn. 2; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 45; Roxin, Verantwortlichkeit, s. 279.

⁶⁷⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 573; Meraklı, ss. 87 vd.

⁶⁷⁵ Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 378; Franz Streng, "Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 101, Sayı: 2, 1989, (Schuld), s. 326; Bruns, s. 395; Uwe Brauns, **Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 175; Meier, s. 190; S/S-Kinzig StGB § 46 kn 9a; MüKo-Radtke StGB Vor § 38 kn. 15; Achenbach, s. 10; LK-Theune StGB § 46 kn. 5.

⁶⁷⁶ Roxin, Verantwortlichkeit, s. 304; Meier, s. 190; SK-Rudolphi, Vor § 19 kn. 1.

⁶⁷⁷ S/S-Kinzig, § 46 kn. 9a.

⁶⁷⁸ NK-Streng, § 46 kn. 20.

⁶⁷⁹ S/S-Kinzig, § 46 kn. 9a.

⁶⁸⁰ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 44; benzer yönde bkz. Christopher Erhard, **Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld**, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, s. 165. Karş. Michael Hettinger, **Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, s. 119; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 386.

⁶⁸¹ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 45. Aksi yönde bkz ve karşı. Roxin, Verantwortlichkeit, s. 304; Schäfer ve diğerleri, kn. 575; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 23.

sınırlandırıcı bir işleve sahiptir. Cezanın miktarının belirlenmesinde başlangıç noktası bu nedenle kusur değil ağırlığına göre derecelendirilebilir olan haksızlık olmalıdır⁶⁸².

Buradaki asıl tartışma konusu cezaya esas oluşturan ve suç genel teorisinde suçun bir unsuru olarak kabul edilen kusur ile cezanın belirlenmesinde kullanılan kusur kavramlarının aynı içeriğe/anlama sahip olup olmadıkları değildir. Zira bu iki kusur arasında bir fark görmeyen görüşler de cezanın belirlenmesi bağlamındaki kusurun suç genel teorisindeki kusurdan daha geniş bir anlama sahip olduğunu kabul etmektedirler. Bu görüşe göre de cezanın belirlenmesi kusuru haksızlığı da içeren daha geniş bir kapsama sahiptir⁶⁸³. Asıl tartışma cezanın belirlenmesi kusurunun suç genel teorisindeki haksızlık ve kusur kategorilerinin ötesine geçen bir içeriği olup olmadığına ilişkindir ve cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan hususların neler olduğuna ilişkin tartışma ile de yakından ilişkilidir. Cezanın belirlenmesi kusurunun tanımlanmasından önce cezanın belirlenmesi ve suç genel teorisi arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması ve benimsenen yaklaşımın açıklanması gerekir.

FRISCH, cezanın belirlenmesi ve suç genel teorisi arasındaki ilişkiye ilişkin görüşleri iki gruba ayırmaktadır. İlk grubu benzerlik (*Gleichheitsthese*) veya devamlılık (*Fortschreibungsthese*) görüşü ikincisini ise bağımsızlık (*Eigenständigkeitsthese*) görüşü olarak isimlendirmektedir⁶⁸⁴. Benzerlik veya devamlılık görüşüne göre suç genel teorisi cezanın belirlenmesinin de temelini oluşturur. Cezalandırılabilir fiilin (*Straftat*) yani suçun temel unsurları olan haksızlık ve kusur aynı zamanda cezanın belirlenmesinde gözetilecek hususları da gösteren kategorilerdir. Bu kategoriler artık suç genel teorisinin konusu oluşturan tipik bir haksızlığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve bu haksızlığın faile kişisel olarak isnad edilip edilemeyeceği soruları bakımından değil; haksızlığın, kusurun ve ikisi arasındaki bağlantının yani kusurlu haksızlığın ölçüsünün ne olduğu bakımından önem

⁶⁸² SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 45. Ancak cezanın belirlenmesi kusurunu sadece cezaya esas oluşturan kusurun nicel bir ifadesi olarak kabul etmeye yönelik böylesi bir görüşün Al CK parag. 46'daki düzenleme bakımından isabetli olmadığı ve özellikle de ikinci fıkrada yer verilen hususlar karşısında cezanın belirlenmesi kusurunun suçun özelliklerinin nicelleştirilmesi ile sınırlandırılmayacağı ileri sürülmektedir. NK-Streng, § 46 kn. 20. Karş. Wolfgang Frisch, "Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung: Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2014, (Straftatsystem), s. 499; Timm, s. 146.

⁶⁸³ Bkz. SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 45.

⁶⁸⁴ Frisch, Straftatsystem, ss. 489 vd.

arz ederler. Cezanın belirlenmesinde haksızlık ve kusurun ölçüsünü belirten tüm hususların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hususlar hukuki değere yönelik saldırının yoğunluğundan, zararın ağırlığına ve başka türlü davranabilme yetisindeki sınırlılıklara kadar çeşitlilik göstermektedir⁶⁸⁵. Bu bağlamda cezanın belirlenmesi aşamasında suç genel teorisinin kategorileri karşılaştırılabilir ve nicelleştirilebilir bir hale dönüştürülmektedir. Suçun unsurları sınıflandırıcı bir sistemden haksızlık ve kusura ilişkin karşılaştırılabilir ve nicel değerlendirmeleri mümkün kılan bir sisteme evrilmiştir⁶⁸⁶.

Buna karşılık ikinci grubu oluşturan görüşler cezanın belirlenmesinin suç genel teorisinden bağımsız-müstakil bir konumunun olduğunu ileri sürmektedir. Cezanın belirlenmesinde neyin göz önünde bulundurulacağı genellikle cezanın amaçlarından yola çıkılarak cevaplandırılmaktadır. Buna göre haksızlık ve kusur ancak cezanın amaçları bakımından gündeme geldiklerinde cezanın belirlenmesinde bir anlam ifade edebilmektedirler. Dahası suç genel teorisinde olduğundan başka anlamlara sahip, cezanın amacı vasıtasıyla yeniden şekillendirilmiş müstakil kusur ve haksızlık kavramları da söz konusu olabilir. Cezanın belirlenmesi ve suç genel teorisi arasındaki bu ayrım, suç genel teorisi bağlamında haksızlık ve kusur yönünden herhangi bir etkisi olmayan belirli hususların kusurlu haksızlık veya cezanın belirlenmesi kusuru bakımından göz önünde bulundurulabilmelerine imkan sağlamaktadır⁶⁸⁷.

Suçun unsurlarını konu edinen suç genel teorisi ile cezanın belirlenmesi teorisinin farklı sorulara ilişkin oldukları açıktır. Suç genel teorisi, failin davranışının suç oluşturup oluşturmadığı – bir diğer ifade ile failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı – ile ilgilenirken; cezanın belirlenmesi teorisi cezanın

⁶⁸⁵ Frisch, Straftatsystem, s. 490. Bu görüşe örnek olarak bkz. ve karşı. Erhard, ss. 163 vd.; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 44 vd.; Hörnle, ss. 143 vd., 324 vd.; Timm, ss. 146 vd.; Stahl, ss. 98 vd.; Rostalski, 2019, ss. 133 vd.

⁶⁸⁶ Bu konuda özellikle bkz. Maurer, ss. 94 vd.

⁶⁸⁷ Frisch, Straftatsystem, s. 490. Bu görüşe örnek olarak bkz. Hans-Jürgen Bruns, **Neues Strafzumessungsrecht?: 'Reflexionen' über eine geforderte Umgestaltung**, Heymann, Köln, 1988, (Neues), ss. 16 vd.; Bruns, ss. 81 vd.; karşı. Günter Spindel, **Zur Lehre vom Strafmaß**, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1954, ss. 87 vd., 202 vd.; Winfried Hassemer, “Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens: Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen”, **Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch**, (Ed. Arthur Kaufmann), Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 1968, (Ordnungsbegriffen), ss. 281 vd.

somutlaştırılmasını – bir diğer ifade ile failin nasıl cezalandırılacağını – konu edinir⁶⁸⁸. Cezanın belirlenmesinin müstakil bir alan olduğunu savunan görüşün bir dayanağı farklı sorulara yönelmiş olmasıdır. Buna göre sorulardaki farklılık suç genel teorisi ve cezanın belirlenmesi arasında sistematik bir ilişki kurulmasına engeldir⁶⁸⁹.

Ceza normunda yer alan suç tanımı ve ceza tehdidi arasında işlevsel bir fark söz konusudur. Suç tanımı ve ceza tehdidinin birbirinden ayrılması hukuk teorisi bakımından aslıdır. Bu ikisinin maddi olarak net bir şekilde ayrılmaması halinde aralarındaki sınırın yok olacağı ve ceza normlarının koşullu yapısının çözüleceği endişesi dile getirilmektedir⁶⁹⁰. Bununla birlikte KRAHL, suç tanımının iki yönlü bir işlev kazanmasına karşı çıkmamaktadır. Yazar sadece ceza normlarının tali olmadığı yönündeki yaklaşıma karşıdır⁶⁹¹. Normun yapısı cezaya esas oluşturan ve cezayı belirleyen hususlar arasında içeriksel bir ayrım yapılmasını zorunlu kılmamaktadır. Cezanın verilmesi ve cezanın belirlenmesi arasındaki işlevsel farklılık ilgili unsurların içeriksel ayrımını gerektirmez, bunun yerine en fazla soyutlama seviyesinde şekli bir sınırlamayı ifade edebilir⁶⁹². Hatta eylemin bir suç oluşturup oluşturmadığı ve hangi suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmenin faile verilecek olan somut cezaya etkisi göz önünde bulundurulduğunda, cezanın verilmesi ve belirlenmesinin ne ölçüde farklı işlevleri olduğu sorusu haklı olarak sorulmaktadır. Failin cezalandırılabilir olup olmadığına ilişkin araştırma gerçekten de suç genel teorisinin bir konusunu oluşturur. Ancak bu suç genel teorisinin işlevini bu sorunun cevaplandırılması ile tükettiği anlamına gelmemektedir. Her bir suçun var olup olmadığına ilişkin değerlendirme vasıtasıyla cezanın miktarını belirlemeye yönelik ilk adım da atılmış olur. Dahası cezanın kusur yargısına dayanıyor oluşu cezanın belirlenmesinin suç genel teorisinden tamamen bağımsız olmadığına işaret etmektedir⁶⁹³.

BRUNS, cezanın belirlenmesine hakim olan ilkelerin suç genel teorisinden çıkarsanamayacağını ileri sürmektedir. Suçun unsurlarının gerçekleştiği anlaşıldıktan

⁶⁸⁸ Hettinger, s. 90; Matthias Krah, **Tatbestand und Rechtsfolge**, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1999, (Tatbestand), s. 44.

⁶⁸⁹ Bruns, ss. 144 vd.; Krah, Tatbestand, s. 76.

⁶⁹⁰ Krah, Tatbestand, ss. 76, 144.

⁶⁹¹ Krah, Tatbestand, ss. 44, 76.

⁶⁹² Stahl, s. 36.

⁶⁹³ Stahl, s. 36.

sonra cezanın belirlenmesi aşamasına geçilirken bir yaklaşım değişikliği meydana gelir. Suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılırken bir tür sınıflandırma yaklaşımı benimsenir. Cezanın belirlenmesinde ise niceliğe yönelik bir yaklaşım benimsenmelidir⁶⁹⁴. Ancak bu sistem değişikliğinden hareketle de cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususların tespitinde suç genel teorisinden faydalanılamayacağı sonucuna ulaşılamaz. Bunu BRUNS da örtülü olarak kabul etmektedir⁶⁹⁵.

HASSEMER ise suç genel teorisinin cezanın belirlenmesinden keskin bir şekilde ayrılması gerektiği görüşündedir. Yazara göre maddi ceza hukuku, gerçekliğin ele alınışı ve olayın kurgulanışı için ön anlayışı formüle eden seçim kriterlerini öyle suni, kesin, kısa ve öz ifade eder ki gerçekliğin ceza hukukundaki ele alınışının günlük hayattaki ele alınışından uzaklaşması tehlikesi ortaya çıkar. Kesinlik, kısa ve öz oluş ve sunilik kendisini ilk olarak ceza hakiminin cezalandırılabilirlik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesinde gösterir. Özel hükümlerde yer alan suç tanımları ve genel hükümlerde yer alan suçun ortaya çıkış biçimleri olan cezalandırılabilirlik koşullarının gerçekleştiği tespit edildiğinde, ikinci sorunun cevabına geçilir: ceza nasıl ölçülmelidir? Cezanın belirlenmesi kurallarına göz atıldığında ise durumun farklı olduğu anlaşılır. Cezanın belirlenmesinin temel ilkelerini düzenleyen Al. CK § 46 sınırlı ifadelerle odaklanmaz. Bu hükümde yer alan seçim kriterleri, uygulanmaları halinde gerçekliğin düz ve suni bir resmiyle karşılaşılacağı endişesini yaratmaz⁶⁹⁶.

HASSEMER'e göre hakim tarafından cezanın belirlenmesi gerçekten de cezalandırılabilirliğin koşullarının araştırılmasından farklıdır. Orada fiile ve faile ilişkin sadece sınırlı birtakım bilgiler – dar yapılandırılmış bir veri sistemi – söz konusudur. Örneğin kast gibi karmaşık bir yapı iki düz/sade unsura ayrılır: bilmek ve istemek. Hakimin cezayı ölçmek için gerek duyduğu şey ise ceza hukuku bakış açısını genişletmek ve gerçekliğin daha geniş bir parçası ile ilişki kurmaktır. Failin önceki yaşantısı, cezanın failin gelecek yaşamına etkisi gibi seçim kriterlerinin seçim yeterliliği tipik tanımda yer alan unsurlara nazaran oldukça azdır. Bu gibi unsurlar ceza

⁶⁹⁴ Bruns, ss. 70, 363.

⁶⁹⁵ Stahl, s. 36.

⁶⁹⁶ Hassemer, s. 100.

hakimini cezanın belirlenmesine konu olayın inşasında sınırlılık ve yapaylıktan kaçınmaya zorlar. Bu gibi unsurlar hakimi kapsamlı/detaylı bir olay inşa etmeye mecbur kılarlar ve kendileri seçici kriterler içermezler. Dolayısıyla gerekli olan seçme kriterlerini cezanın belirlenmesi öğretisi geliştirir. Örneğin, failin geçmiş yaşantısından ancak fiil ve fiil kusuru ile ilişkili olan şeylerin göz önünde bulundurulabileceği kabul edilebilir. Örneğin, alkollü şekilde araç kullanılmasına ilişkin bir yargılamada, failin daha önce iki kez boşanmış olması konu edilemez⁶⁹⁷.

O halde ceza hukukçusu birbirinden tamamen farklı iki tip olayla meşgul olur: biri cezalandırılabilirlik kararının, diğeri cezanın belirlenmesi kararının temelini oluşturur. Bu fark sadece olayların kesinlik, kısalık ve yapaylığa ilişkin olan yapısal farklılıklarından meydana gelmez. Olaylar arasında içerik yönünden de fark vardır. Cezanın belirlenmesine konu olan olay, cezalandırılabilirliğe temel olan olayın genişletilmiş bir versiyonu olarak kabul edilemez. Zira cezalandırılabilirliğe ilişkin olan bir bilgi, cezanın belirlenmesine etki etmek zorunda değildir. Çifte değerlendirme yasağı (suçun kanuni unsurlarında bulunan hususların cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması yasağı) da aslında bu durumu açıkça ifade etmektedir. Cezalandırılabilirlik kararı cezanın belirlenmesi kararını sistematik olarak önceler, bir diğeri ifade ile biri diğeri koşulu oluşturur. Zira ancak cezalandırılabilirliğin kabul edildiği hallerde, cezanın belirlenmesi mümkün ve anlamlıdır. Bununla birlikte söz konusu öncelik-sonralık ilişkisinin, bu kararların konu edindikleri olayların doğası (tipi) ile herhangi bir ilgisi yoktur⁶⁹⁸. Çoğunlukla cezanın belirlenmesi kararı, cezalandırılabilirliği temellendiren bilgilerle ilişki kurar. Cezanın belirlenmesinde haksızlığı temellendiren bilginin bir modifikasyonu – haksızlığın derecelendirilmesi – kullanılmaktadır⁶⁹⁹.

HASSEMER'in bu yaklaşımı cezanın belirlenmesi ile suç genel teorisi arasında bir ilişki olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulan hususlar ile inşa edilen gerçeklik ile cezaya esas oluşturan gerçeklik aynıdır. Cezanın belirlenmesinde suç genel teorisinin kategorilerine

⁶⁹⁷ Hassemer, s. 100.

⁶⁹⁸ Hassemer, s. 101.

⁶⁹⁹ Hassemer, s. 101.

dayanılmasa da bu kategorilerin temsil ettiği gerçekliğe dayanılmaktadır.⁷⁰⁰ Kanaatimizce bu ikisi arasındaki ilişkinin temelinde kusur ilkesi ve cezanın meşruiyetini sağlayan görüşler yer almaktadır⁷⁰¹.

FRISCH tarafından geliştirilen modele göre suç genel teorisi ve cezanın belirlenmesi arasında bir ilişki kurulması ve cezanın belirlenmesinde gözetilecek hususların buna göre tespit edilmesi gerekmektedir⁷⁰². Bu modele göre suç genel teorisinde yer alan suçun unsurlarına (tipiklik (*Tatbestand*), hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*) ve kusurluluk (*Schuld*)) dayanılması mümkün ve meşrudur⁷⁰³. Ancak FRISCH kendisini birinci grup görüşte değil ikinci grup görüşte konumlandırmaktadır⁷⁰⁴. Yazara göre cezanın belirlenmesinde sadece suç genel teorisinin unsurlarına dayanılmaz. Yine yazara göre cezanın belirlenmesinin esası suç genel teorisindeki haksızlık ve kusurun bir türevi olarak anlaşılmamalıdır. Haksızlık ve kusur cezanın belirlenmesinde oldukça önemli kavramlar olmakla birlikte bu kavramların anlam ve içeriği bir ceza teorisi bağlamında şekillendirilmelidir⁷⁰⁵.

FRISCH'e göre devletin suça ceza ile tepki vermesinin sebebi hukukun tartışmalı hale getirilmesi, bir diğer ifade ile normun geçerliliğinin tanınmamasıdır. Her ne kadar norm ihlali ceza vasıtasıyla hiç gerçekleşmemiş gibi ortadan kaldırılmamaktaysa da devlet ceza vasıtasıyla normun geçerliliğini kuvvetlendirebilir ve bu norma uyulması gerekliliğini gösterebilir. Bu şekilde normun geçerliliğinde meydana gelen zayıflamaya karşı durmuş olur. Bu bağlamda cezanın haksızlık ve kusura dayandırılması anlamlıdır. Haksızlık ve kusur, hukuk düzenine karşı çıkışın ve normun geçerliliğinde meydana gelen ve hukuk düzenini tehdit eden zararın ölçüsüne dair birer gösterge olarak cezanın belirlenmesinde anlam kazanırlar⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ Karş. Stahl, ss. 39-40.

⁷⁰¹ Karş. Stahl, ss. 45 vd.

⁷⁰² Wolfgang Frisch, "Straftatsystem und Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung", **140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht: eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz**, (Ed. Jürgen Wolter), Decker, Heidelberg 1993, (Strafzumessungsentscheidung), s. 1; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 385; Wolfgang Frisch, "Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen: Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, 1989, (Bewertungsrichtung), s. 355.

⁷⁰³ Özellikle bkz. Stahl, ss. 105 vd., 238 vd.

⁷⁰⁴ Frisch, Straftatsystem, s. 491.

⁷⁰⁵ Frisch, Straftatsystem, s. 495. Karş. Henrici, s. 38.

⁷⁰⁶ Frisch, Straftatsystem, ss. 496 vd., 502.

Sonuç olarak, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin bir araştırma bakımından suç genel teorisi de oldukça önemlidir. Zira suç genel teorisi ve cezanın belirlenmesi bireyselleştirilmesi öğretisi birbirinden bağımsız ve izole konular olarak düşünülemez⁷⁰⁷. Cezanın belirlenmesi usulü suç teorisindeki usule paralellik göstermektedir⁷⁰⁸. Suç genel teorisi ve cezanın belirlenmesi arasında bir ilişki vardır, bu ilişkinin kurulmasında ceza teorileri önemli bir rol oynamaktadırlar ve bu ilişkiden hareketle cezanın belirlenmesinde merkezi bir konumu olan kusur kavramına ilişkin birtakım sonuçlara ulaşılabilir. Cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan hususların çoğu suç genel teorisinden hareketle tespit edilebilir. Suç genel teorisinden çıkarsanamayan hususların ayrıca gerekçelendirilmesi gerekir⁷⁰⁹.

Cezanın belirlenmesi kusurunun, cezaya esas oluşturan ve suç genel teorisinde bir suçun var olup olmadığının denetlenmesinde tipiklik ve hukuka aykırılıktan sonraki adımı/kategoriye belirten kusur kavramı ile aynı olmadığı açıktır⁷¹⁰. Ancak cezanın belirlenmesi kusuru, (suç genel teorisindeki suçun unsurları olan haksızlık ve kusuru kapsayan) geniş anlamda kusur ile de birebir aynı değildir. Geniş anlamda kusur haksızlık ve kusur kategorilerinin bir toplamı/bütünü olarak sınıflandırıcı bir kavramdır. Suç genel teorisinde kusurlu haksızlık ya vardır ya da yoktur. Kusurun ağırlığına ilişkin bir değerlendirme, var olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeden daha fazla bilgiye ihtiyaç duyar. Bu nedenle cezanın belirlenmesi kavramı sadece işlevsel olarak değil içeriksel/maddi olarak da suç genel teorisindeki kusur kavramından daha kapsamlı olmak zorundadır⁷¹¹. Bununla birlikte cezanın belirlenmesi kusuru kusurlu haksızlığa ilişkindir. Özellikle de cezanın belirlenmesi kusurunun, (münhasıran) failin zihniyeti, ahlaki eksikliğin ölçüsü ya da içsel zayıflığı gibi sübjektif boyutlara ilişkin olmadığını ifade etmek gerekir. Cezanın belirlenmesi

⁷⁰⁷ Stadler, ss. 14-15.

⁷⁰⁸ Özgenç, s. 1001. Cezanın belirlenmesinde önce haksızlık içeriği, sonra haksızlık dolayısıyla kusuru kusurluluk durumu göz önünde bulundurulur. Özgenç, s. 1001.

⁷⁰⁹ Stahl, s. 18.

⁷¹⁰ Cezanın belirlenmesi kusuru ile cezaya esas oluşturan kusur arasındaki şu fark bakımından fikir birliğine varılmıştır: cezanın belirlenmesi kusuru ceza genel teorisinde suçun bir unsuru olarak kabul edilen kusur kavramı ile sınırlı değildir. Bir diğer ifade ile cezayı belirlenmesi kusuru sadece kınanabilirliği ya da başka türlü davranabilir olmayı ifade etmez. Cezanın belirlenmesi kusuru bunun ötesine geçer ve haksızlığı da kapsar. Stahl, ss. 165-166.

⁷¹¹ Stahl, s. 168.

kusuru failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın ve neticenin değersizliğine dayanan kınanabilirliğinin ölçüsünü ifade eder⁷¹².

B. Cezanın Belirlenmesi Kusurunun Anlamı ve Niteliği (Derecelendirilebilir Olup Olmadığı Sorunu)

Genellikle cezalandırılabilirliğin bir koşulu olarak kusurun esası, failin başka türlü davranabileceği ve haksızlıktan kaçınabileceği halde haksızlığı işlemesi sebebiyle bu haksızlıktan ötürü sorumlu tutulabilmesi olarak ifade edilir⁷¹³. Tipe uygun ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirmiş olan failin bundan ötürü cezalandırılabilmesi onun fiili işlemekten kaçınabilir durumda olmasına bir diğer ifadeyle bu fiilin kendisine kişisel olarak isnad edilebilmesine bağlıdır. Fiil faile kişisel olarak isnad edilir ise bu durumda failin kusurlu olduğu tespiti yapılır⁷¹⁴. Kusur, failin hukuk düzenine karşı sadakatsizliğinin kendisine isnad edilmesidir⁷¹⁵. Kusur, failin eylemi ile hukuk düzenine sadakatsizlik göstermesinden ötürü kınanabilirliğidir. Sadakat eksikliği ise failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan kaçınabilir olup olmadığı ile ilişkilidir⁷¹⁶. Failin haksızlıktan kaçınabilecek durumda olduğu kendisine isnad edilemiyor ise artık hukuk düzenine karşı gösterdiği bir sadakatsizlikten söz edilemez. Cezanın belirlenmesi kusuru da böyle bir kusur anlayışı üzerine temellenir. Cezanın belirlenmesi kusuru kınanabilirlik üzerine kurulur⁷¹⁷. Cezanın belirlenmesi kusuru, kınanabilirliğin ölçüsünü kapsar⁷¹⁸. Kınanabilirlik anlamındaki kusur kavramı suç normunun tipiklik yönüne ilişkindir, cezanın belirlenmesi kusuru ise suç ile hukuk düzeninin ne ölçüde zarar gördüğüne işaret eder⁷¹⁹.

⁷¹² Streng, Perspektiven, s. 596.

⁷¹³ Maurach/Zipf, § 30 kn. 7 vd.; Jakobs, 17. Abschnitt, kn. 23.

⁷¹⁴ Meraklı, s. 34.

⁷¹⁵ Meraklı, ss. 56-57, 85-88.

⁷¹⁶ Meraklı, s. 35.

⁷¹⁷ MüKo-Miebach/Maier, § 46, kn. 29; S/S-Kinzig, § 46, kn. 9a; LK-Theune, § 46, kn. 4; Fischer, § 46, kn. 5; Schäfer ve diğerleri, kn. 574.

⁷¹⁸ Lackner/Kühl-Kühl, § 46, kn. 23; Schäfer ve diğerleri, kn. 575; Karl Heinz Gössel, "Die Strafzumessung im System des Strafrechts", **Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989**, (Ed. Hans-Heinrich Jescheck ve Theo Vogler), Walter de Gruyter, Berlin, 1989, s. 362; Bruns, s. 145.

⁷¹⁹ MüKo-Miebach/Maier, § 46, kn. 29.

Failin haksızlığı gerçekleştirmekten kaçınabilir olduğunun tespiti bu⁷²⁰ yoğunluğu hakkında bir bilgi vermemektedir. Bu bakımdan fiilin kusur içeriği olarak ifade edilen ve failin işlemiş olduğu haksızlıktan kaçınabilirliğinin yoğunluğunu belirleyen kusur kavramı kusurluluk tespitinin konusunu, içeriğini oluşturmaktadır. Kusurluluk bir tespitten ibarettir, daha az ya da daha çok kusurluluktan söz edilemez. Buna karşılık kusurluluğun konusunu oluşturan kusur⁷²¹ nicelik belirtmektedir. Dolayısıyla kusurun artması ve azalmasından söz edilebilir. Kusur kavramının ya da kusur yargısının konusunu ise haksızlık oluşturmaktadır⁷²². Failin işlemiş olduğu fiilin bizatihi kendisini oluşturmaktadır. Faile kusur yargısı aracılığıyla işlemiş olduğu haksızlık isnat edilmektedir⁷²³. Bu bağlamda fiilin haksızlık içeriği ne kadar artarsa kusuru da o denli artış gösterecektir⁷²⁴. Kusur yargısı ile failin kusuru değil işlediği haksızlık kınanmaktadır. Kusur yargısı ile faile isnad edilen husus onun kusuru değil işlediği haksızlıktır. Haksızlığa ilişkin tüm özellikler (*Unrechtsmerkmale*) *cum grano salis* kusur özellikleridir. Tipiklik ve hukuka aykırılığı meydana getiren tüm olgular yok olmamaktadır, bunun yerine kınamayla birlikte maddi anlamda kusuru meydana getirmektedirler⁷²⁵.

Cezanın belirlenmesi kusurunun haksızlık ile ilişkisinin biraz daha detaylandırılması gerekir. Bunun için de iki farklı yaklaşımdan bahsedilmesinde fayda görmekteyiz. Birincisi kusurun ölçülmesinde doğrudan haksızlığa dayanılmaması

⁷²⁰ Meraklı, s. 34.

⁷²¹ Meraklı, s. 36.

⁷²² Meraklı, ss. 34 vd.

⁷²³ Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, kn. 18; Meraklı, s. 45; Suç genel teorisinde suçun üç unsurlu yapısı uyarınca tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk değerlendirmesi öngörülmektedir. Tipiklik ve hukuka aykırılık meta diline aittir ve nesnelerin özelliklerini tanımlamamaktadır. Kusurluluk da aynı şekilde bir ilişki kavramıdır ve meta diline aittir. Kusurlu olunan kınanan bir şeye atıf yapar. Fiil kusuru uyarınca değerlendirmenin diğer basamaklarındaki tipik haksızlıktır bu. O halde kusurlu olduğu şey kınanan şey kınanabilirliği değil, haksızlık teşkil eden fiildir (*Tatunrecht*). Grosse-Wilde, ss. 98 vd. Kusurun içeriksizleştirildiği eleştirilerine ilişkin olarak bkz. ve karşı. Edmund Mezger, **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1949, s. 34.

⁷²⁴ Otto, kn. 18; Meraklı, s. 45.

⁷²⁵ Grosse-Wilde, ss. 98 vd.; Hans Joachim Hirsch, “Zu Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, **Festschrift für Harro Otto**, (Ed. Gerhard Dannecker), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, ss. 318 vd.; Roxin, AT I, § 19 kn. 16; Jakobs, 8. Abschnitt, kn. 98; Ingeborg Puppe, “Der Aufbau des Verbrechens”, **Festschrift für Harro Otto**, (Ed. Gerhard Dannecker), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, s. 392, (Aufbau).

gerektiğine ilişkin iken ikincisi kusurun sadece ve sadece haksızlık üzerinden ölçülebileceğine ilişkindir. Haksızlık ve kusur arasındaki ilişkinin ne olduğu ve cezanın belirlenmesi kusurunun nasıl anlaşılması gerektiği soruları sadece teorik açıdan önem arz etmezler, aksine doğrudan cezanın belirlenmesi sürecinin konusunu oluştururlar. Zira kusur ve haksızlığa ilişkin anlayışımız cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulabileceğine ilişkin kararımıza etki eder. Bu nedenle sadece herhangi bir hususun cezaya etkisinin ne şekilde olacağının önceden belirlenmesi ile yetinilemez. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan bir hususun haksızlık, kusur ya da zihniyetin (*Gesinnung*) mi bir özelliği olduğunu belirlemek gerekir⁷²⁶.

Önceleri savunulan birinci yaklaşım kusur kavramına vurgu yapmakta ve fiilin haksızlığını cezanın belirlenmesinde doğrudan göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olarak görmemekteydi. Bu görüşe göre belirleyici olan failin kaçınma gücü, bir diğer ifadeyle aşılması gereken eşiğin yüksekliği idi. Fiil ne kadar ağır ise aşılması gereken eşik de o kadar yüksekti⁷²⁷. Benzer bir diğer görüşe göre de fiilin haksızlığı kusurun ölçülmesinde doğrudan değil dolaylı olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan kastın ağırlığı fiili temsil eder⁷²⁸. Dolaylı olarak fiilin haksızlığına dayanılmasını savunan bu görüşler yerinde değildir. Aslında kast fiilin ağırlığına bağlı olarak derecelendirilmek zorunda değildir. Kast, tipikliğe ilişkin diğer unsurlar bakımından yansızdır. İstemli ve bilişsel unsurların birleşimi ağırlıkları bakımından fiilin işleniş biçimine bağlı değildirler. Örneğin doğrudan kast ile işlenmiş bir hırsızlığın konusunu oldukça az değerli bir mal oluşturabilirken; olası kastla öldürme suçu işlenebilir. Bu nedenle kastın yoğunluğu ile fiilin ağırlığı/değersizliği arasında her zaman doğru orantı olduğunu varsaymak isabetli değildir⁷²⁹. Dahası failin maddi anlamda kusuru ve fiilinin kusur içeriği sadece onun kast veya taksiri aracılığıyla karakterize edilemez⁷³⁰.

İkinci yaklaşım ise bir önceki bölümde açıklanan cezanın belirlenmesi ile suç genel teorisini birbirinden ayırmayan benzerlik görüşüne aittir. Buna göre kusur

⁷²⁶ Grosse-Wilde, s. 95.

⁷²⁷ Ernst Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1908, ss. 64 vd.

⁷²⁸ Dreher, ss. 82 vd.

⁷²⁹ Hörnle, s. 150.

⁷³⁰ Meraklı, s. 87.

tamamen haksızlığın derecesine bağlıdır ve onun üzerine çıkamaz. Kusurun haksızlıktan ayrı bir içeriği yoktur. Kusura ilişkin hususlar ancak cezayı azaltıcı nitelikte olabilirler. Failin, kusuru kendi başına derecelendirilebilir değildir. Zira “fail ne kadar kusurludur?” sorusu, “fail ne kadar başka türlü davranabilirdi – haksızlıktan kaçınabilirdi?” sorusu ile eş anlamlıdır. Bu soru ise anlamsızdır. Bu nedenle kusurun kademelendirilmesi/derecelendirilebilmesi sıkı sıkıya haksızlığa bağlıdır. Kural olarak kusurlu hareket edene yüklenen/atfedilen “başka türlü davranabilirdi ya da karar verebilirdi” değerlendirmesi sadece tam formda olabilir ve bundan ancak kusuru azaltan hallerde ayrılabilir⁷³¹. Bu şekilde de haksızlığa ilişkin olmayıp da faile ilişkin olan özellikler ve durumların, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmasının önüne geçilmektedir⁷³². Cezanın belirlenmesi kusuru, suçun ağırlığı ile eş anlamlı olarak kullanıldığı müddetçe kusurlu haksızlığa (*verschuldetes Unrecht*) ilişkindir ve herhangi soyut bir kusuru ifade etmez⁷³³. Bu nedenle cezanın belirlenmesine ilişkin sorunlar kusurlu haksızlığın ölçülmesine ilişkin problemlerdir⁷³⁴.

Cezanın belirlenmesi öğretisindeki baskın görüşe göre ise cezanın miktarına etki eden hususların tamamı haksızlığı betimleyen/ifade eden hususlar değildirler⁷³⁵. HÖRNLE’ye göre bu görüşün gerekçesi büyük ölçüde belirsizdir. Cezanın belirlenmesi kusurunun unsurları tek tek irdelenmeksizin sadece bu kavramın artırılabilir nitelikte olduğuna atıf yapılmaktadır. Genellikle de geleneksel görüşü savunan çoğu yazar, kusuru cezanın belirlenmesinde temel bir faktör olarak kabul ederken objektif netice sorumluluğuna karşı bir sınır getirmeyi de amaçlamaktadır.

⁷³¹ Tatjana Hörnle, “Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 54, Sayı: 22, 1999, (antiquierte Schuldverständnis), s. 1084; Hörnle, ss. 154, 328 vd.; Giannoulis, ss. 83 vd.; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 44-45; LK-Theune, § 46 kn. 5; Erhard, s. 162; Anette Grünewald, **Das vorsätzliche Tötungsdelikt**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 214. Bu görüş Anglo-Amerikan hukukunda da savunulmaktadır. Bkz. Robert Nozick, **Philosophical Explanations**, Harvard University Press, Massachusetts, 1981, ss. 363 vd.; Jesper Ryberg, **The Ethics of Proportionate Punishment: A Critical Investigation**, Springer, Dordrecht, 2004, s. 68.

⁷³² Hörnle, s. 151.

⁷³³ Frisch, Bedeutung, s. 16; Tatjana Hörnle, “Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, (Ed. Wolfgang Frisch), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, (Umstände), s. 114; Stahl, s. 165. Karş. Schäfer ve diğerleri, kn. 575; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 529 vd.

⁷³⁴ SK-Horn/Wolters, § 46, kn. 2.

⁷³⁵ Bruns, s. 145; Hettinger, s. 121; S/S-Kinzig, § 46, kn. 4.

Ancak objektif netice sorumluluğu anlayışı hareketin haksızlığı (*Handlungsunrect*) öğretisi ile zaten aşılmıştır⁷³⁶.

Dahası HÖRNLE'ye göre geleneksel cezanın belirlenmesi öğretisi problemli bir şekilde suç genel teorisinde artık savunulmayan bir kusur görüşüne dayanmaktadır. Bu görüşe göre kusur yargısı fiil ile ifadesini bulan failin eksik/hatalı zihniyetine ilişkindir. Zihniyete dayanan bir kusur yargısı haksızlığın işlenmiş olmasını zorunlu olarak gerektirmemektedir. Hatalı/eksik zihniyetin fiil ile açığa çıkması gerekliliği suç siyasetinden ötürü kabul edilebilir. Ancak bu halde dahi fiile ilişkin sınırlama kusur yargısının özünden kaynaklanmış olmaz. Zihniyete dayanan kusur yargısı, kusurun sınırsız bir şekilde arttırılabilir nitelikte olmasını sağlar⁷³⁷. Oysaki modern kusur anlayışına göre kusurun kademelendirilmesi ancak tam kusurdan aşağı yönde mümkündür. Kusurun tam formu artık yukarı yönde bir kademelendirmeye izin vermez. Fiil ile gerçekleştirilmiş olan haksızlık mümkün olan en yüksek kusur yargısının sınırını oluşturur⁷³⁸. Öğretide günümüzde savunulan kusur teorileri arasındaki farklılıklar cezanın belirlenmesi bakımından önemli değildir. Önemli olan kusur yargısının zihniyete dayandırılmamasıdır. Dolayısıyla yazara göre günümüzde baskın olarak savunulan cezanın belirlenmesi kusuru anlayışı isabetli değildir⁷³⁹.

Bu eleştiriler karşısında cezanın belirlenmesi kusurunun haksızlığa ek hususları da kapsayıp kapsamadığının ve derecelendirilebilir nitelikte olup olmadığının açıkça belirlenmesi gerekir. Cezanın belirlenmesi bağlamındaki kusur ile karakter kusuru (*Charakterschuld*) ya da yaşam biçimi kusurunun (*Lebensführungsschuld*)⁷⁴⁰ değil, fiil kusurunun (*Tatschuld*) kastedildiği açıktır⁷⁴¹. Aksi bir kabul kusur ilkesi ile bağdaşmaz. Haksızlık, kusur bakımından kurucu bir işlev üstlenmektedir. Bu nedenle kusur ancak fiil kusuru olabilir. Karakter kusuru ya da yaşam biçimi kusurunun kabul edilmemesi gerekir. Bunun nedeni sadece kişinin

⁷³⁶ Hörnle, ss. 151-152.

⁷³⁷ Hörnle, s. 152.

⁷³⁸ Hörnle, s. 153.

⁷³⁹ Hörnle, s. 154.

⁷⁴⁰ Udo Ebert, "Charakterschuld", *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, (Ed. Martin Heger, Brigitte Kelker ve Edward Schramm), C.H. Beck, München, 2014, ss. 137-158, s. 137.

⁷⁴¹ Stratenwerth, s. 29; Kai Hart-Hönig, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, ss. 121, 125; Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 6.

elinde olmayan nedenlerle sahip olduğu bir karakter kusurunu kusurlu olarak edinilmiş bir karakter kusurundan ayırt etmekteki zorluk değildir⁷⁴². Bunun asıl nedeni kusurun bir haksızlığın varlığını gerektirmesidir. Belirli bir yaşam biçimi ya da karakter özelliğine ilişkin hukuki bir yasağın mevcut olmaması karşısında yaşam biçimi haksızlığından bahsedilemeyeceği gibi yaşam biçimi kusurundan da bahsedilemez⁷⁴³. Ancak bu argüman, failin içinde bulunduğu koşullardan failin işlediği haksızlığa ve buna yönelik içsel tavrına ilişkin sonuçlara ulaşılması fikrine karşı olarak ileri sürülemez⁷⁴⁴. Dolayısıyla failin kişiliğinin fiil üzerinde doğrudan etkisi olduğu ölçüde kusurla ilişkisi olabileceği ileri sürülebilir.

Dahası haksızlığa dayanan ve yukarıda açıklanan görüşün isabetliliği, haksızlık kavramının açık bir şekilde tanımlanabilmesine ve sınırlandırılabilmesine bağlıdır. Özellikle de çoğunlukla doğrudan kusuru arttırıcı nitelikte görülen hususların, ne ölçüde hareketin veya neticenin değersizliği kapsamında değerlendirilebilir oldukları ve bu şekilde dolaylı olarak kusurla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyecekleri sorusu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, zihniyete ilişkin hususların hareketin değersizliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Dahası fiil ile neden olunan, somut neticenin haksızlığında yeteri kadar temsil edilmeyen hukuk barışı zedelenmelerinin haksızlıkla ve bu şekilde de kusurla ilişkili olup olmadıkları da büyük ölçüde belirsizdir. Cezanın belirlenmesine ilişkin haksızlık anlayışını sadece ilgili suçun tipikliğe dair özellikleri üzerine temellendirmek yerine, ayrıca ceza hukukunun meta kriterlerini özellikle de koruma görevini göz önünde bulundurmak daha isabetli olacaktır⁷⁴⁵.

Öte yandan cezanın belirlenmesi kusurunun haksızlıktan ibaret olduğu görüşü haksızlık bilinci ve haksızlık yanılığı/hatası kavramları karşısında yanıtız kalmaktadır. Haksızlık bilincinin haksızlığın bir parçası olmadığı ve tam tersine

⁷⁴² Arthur Kaufmann, **Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung**, Winter Verlag, Heidelberg, 1961, s. 190.

⁷⁴³ Eckhard Horn, **Verbotsirrtum Und Vorwerfbarkeit: Eine Systematische Grundlagenanalyse Der Schuldtheorie**, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, ss. 144 vd.; Jakobs, 17. Abschnitt kn. 35; Erhard, s. 107.

⁷⁴⁴ BGH, 25.02.2010- 4 StR 575/09; BGH, 01.03.2001- 4 StR 36/01.

⁷⁴⁵ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 529; NK-Streng, § 46, kn. 24.

haksızlığı konu edindiği açıktır⁷⁴⁶. Kişi eğer haksızlık hatasına düşmemiş ise kınanabilir. Bu halde fail ya mevcut ya da potansiyel bir haksızlık bilinci ile hareket etmiştir⁷⁴⁷. Haksızlık bilincinin asgari koşulu söz konusu olan davranışın bir yasak normunu ihlal ettiğine ilişkin bilgidir. Kaçınılabılır haksızlık hatasına düşmüş olan – potansiyel haksızlık bilinci ile hareket eden – fail hakkında “başka türlü davranabilirdi” değerlendirmesinde bulunulabilir. Bir diğer ifadeyle failin kaçınılabılır olduğu tespitinde bulunulabilir⁷⁴⁸. Bu durum kusur yargısında bulunulabilmesi için failin mevcut haksızlık bilinci ile hareket etmesinin zorunlu olmadığını gösterir⁷⁴⁹ ve diğer hususlar aynı kalmak şartıyla bu şekilde hareket eden failin kusurunun daha ağır olması gerekir. Dolayısıyla “başka türlü davranabilirdi” olarak ifade edilen kusur yargısının tam halinin üzerine çıkan bir kusurdan – kusurun yukarı doğru kademelendirilmesinden – söz etmek mümkündür⁷⁵⁰.

Bu görüşe ise şu argümanla karşı çıkılmaktadır: kasten işlenen suçlarda norma uygun davranabilme durumunun tam hali ancak fail mevcut haksızlık bilinci ile hareket etmiş ise söz konusudur⁷⁵¹. Oysaki tam bir haksızlık bilinci ile hareket eden bir fail ile haksızlık bilinci ihtimali ile hareket eden bir fail arasında cezanın belirlenmesi bakımından bir farkın gözetilmemesi ölçülü ve yerinde olmayacaktır. Haksızlık bilincinin koşullu haksızlık bilincinin üzerine çıkan tüm formları, bir haksızlığın işlendiğinin biliniyor olması ya da tam olarak haksızlığın tüm kapsamının biliniyor olması, kusuru arttıran durumlardır. Kaçınılabılır haksızlık hatası içerisinde hareket eden failin kusuru mevcut haksızlık bilinci ile hareket eden failin kusurundan daha azdır. Dolayısıyla haksızlık bilinci, haksızlığı arttırmayıp da kusuru arttıran bir

⁷⁴⁶ Lothar Kuhlen, “Buchbesprechung: Tonio Walter- Der Kern des Strafrechts- Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cilt: 120, Sayı: 1, 2008, (Buchbesprechung), s. 149.

⁷⁴⁷ Grosse-Wilde, s. 102. Potansiyel haksızlık bilinci ifadesine yönelik eleştiriler için bkz. Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011, (AT), § 19, kn. 3 vd.

⁷⁴⁸ NK-Neumann, § 17 kn. 86; Grosse-Wilde, s. 104.

⁷⁴⁹ Puppe, AT, § 19 kn. 2.

⁷⁵⁰ Grosse-Wilde, s. 105. Buradan hareketle kimi yazarlar failin zihniyetinin değerlendirilmesinin emredildiği sonucuna ulaşmaktadırlar. S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff, kn. 119.

⁷⁵¹ Hirsch, s. 315.

durum olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁵². Son olarak haksızlık bilinci ve haksızlık hatası kurumlarına karşı kusur ilkesini ihlal ettiği yönünde getirilen endişelerin⁷⁵³ isabetli olmadığını vurgulamak isteriz. Haksızlık bilinci ve haksızlık hatasına ilişkin kabuller kusur ilkesine aykırı değildir. Bireylerin, tabi oldukları geçerli hukuk kurallarını öğrenme yükümlülükleri söz konusudur⁷⁵⁴. Kim bu yükümlülüğünü ihlal ederse, işledikleri haksızlık bakımından kusurlu bulunmaları mümkündür⁷⁵⁵.

Kusuru, başka türlü davranabilirdi olarak tanımlar isek, kusurun üzerine çıkan bir kademelendirmeden bahsetmenin mümkün olmayacağını da kabul etmemiz gerekir. Zira başka türlü davranabilir olduğu tespitin üzerine çıkan bir durumdan söz edilemez. Ancak kusur, “başka türlü davranabilirlik” değildir. Failin kaçınabilir olduğu kusurun kendisini değil kusurun bir koşulunu oluşturur. Kusurun bir unsuru haksızlık için karar vermektir. Kusur, birey tarafından sahip olunan bir kaçınma gücü değildir; bunun yerine hukuka aykırı davranıştır, davranışın kendisi haksızlık için karar vermenin bir yorumu olarak anlaşılmaktadır⁷⁵⁶. Fail, başka türlü davranabilir olduğu için değil, başka türlü davranabilir olmasına rağmen bu şekilde davrandığı için kınanmaktadır⁷⁵⁷. Bu fiil kusuruna dayanan kusur ilkesinin bir sonucudur. Fiil kusuru–fail hukuka sadık motivasyonlarla farklı şekilde davranabilirdi – şeklindeki gerçek olmayan koşul cümlelerinden kaynaklanmaz. Gerçek olmayan koşul cümleleri, gerçekte var olmayan bir duruma ilişkindir ve gerçekte uygulanacak olan cezanın sebebini oluşturamazlar. Fiil kusuru ilkesi sadece fiilin işlenmesine dayanılmasını gerektirir⁷⁵⁸. Bu fiilin işlenişi mazeret sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran

⁷⁵² Grosse-Wilde, ss. 106-107. Karş. Hörnle, s. 162. Haksızlık bilincinin bu yönüyle gerektiği gibi ele alınmadığı ve teorisinde bir boşluk yarattığı yönünde HÖRNLE’ye karşı yöneltilen eleştiriler için bkz. Grosse-Wilde, s. 103.

⁷⁵³ Tatjana Hörnle, “Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressaten”, **Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag**, (Ed. Roland Hefendehl), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005, (Unwerturteil), s. 128. Farklı yönde bkz. ve karş. Wolfgang Frisch, “Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschließungsgrund”, **Rechtfertigung und Entschuldigung III: Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, (Ed. Albin Eser ve Walter Perron), Freiburg, 1991, (Irrtum), ss. 274 vd.

⁷⁵⁴ Roxin, AT I, § 21 kn. 50.

⁷⁵⁵ Grosse-Wilde, s. 107.

⁷⁵⁶ Grosse-Wilde, s. 108.

⁷⁵⁷ Ingeborg Puppe, “Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 120, Sayı: 3, 2008, s. 520.

⁷⁵⁸ Grosse-Wilde, s. 109.

sebeplerin yokluğu halinde failin haksızlığa karar vermesi şeklinde yorumlanarak hukuka sadakatsizlik olarak tanımlanabilir⁷⁵⁹. Bu bakımdan kusur, failin hukuka sadakatsiz olduğunu ifade eden bir karakter özelliği değildir⁷⁶⁰.

Kusurun hem koşulu olan hem de derecelendirilebilir şekilleriyle bu kusuru arttıran durumlar söz konusudur. Haksızlık bilincinin yanında failin yaşı da bu durumların bir örneği olarak gösterilebilir. Haksızlık bilinci (haksızlık için bilinçli bir karar veya haksızlık konusunda dikkatsizlik) haksızlığın bir parçası olmadığına göre cezanın belirlenmesi kusurunun bir diğer içeriğini oluşturmaktadır. Haksızlık bilinci ile haksızlıktan farklı bir değersizlik konusu eklenmiş olur. Bu değersizlik konusu herhangi bir davranış normu içermez. Bu şekilde görmekteyiz ki burada kusur kavramının kendisi değil, kusurun haksızlık üzerine çıkan derecelendirilebilir formları söz konusudur. Bunlar salt kusur özellikleri (*reine Schuldmerkmale*) olarak isimlendirilir⁷⁶¹. Dolayısıyla cezanın belirlenmesi kusuru salt haksızlıktan meydana gelmemektedir. Ancak bu kusurun haksızlıktan tamamen koparıldığı anlamına gelmez. Kusurun konusunu içeriğini haksızlık oluşturur. Salt kusur özellikleri failin bir karakter özelliği oldukları için cezanın arttırılmasına neden olmazlar; bunun yerine haksızlıkla ilişkileri sebebiyle ceza üzerinde etkili olurlar. Aksi bir kabul hem kusur ilkesi hem de kanunilik ilkesi ile çatışır⁷⁶².

C. Cezanın Belirlenmesi Kusurunun Unsurları

Cezanın belirlenmesi kusuru ve cezaya esas oluşturan kusur farklı anlamlara sahip olmakla birlikte birbirlerinden tamamen bağımsız değildirler. Her iki kavram da aynı meselenin çözümünde – fail tarafından işlenen haksızlığın kınanabilirliği hakkında karar vermek üzere – kullanılır. Aralarındaki fark, cezaya esas oluşturan kusurun failin kınanabilir olup olmadığına; cezanın belirlenmesi kusurunun ise failin ne ölçüde kınanabilir olduğuna ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla da her iki kusur kavramına ilişkin anlayışın aynı ceza hukuku dogmatik kategorileri üzerine inşa

⁷⁵⁹ Jakobs, 17. Abschnitt kn. 1.

⁷⁶⁰ Grosse-Wilde, s. 109.

⁷⁶¹ Grosse-Wilde, s. 110.

⁷⁶² Grosse-Wilde, s. 111.

edilmesi oldukça mantıklı olacaktır. Cezanın belirlenmesi kusurunun üzerine inşa edileceği bu kategoriler, kusur yargısının referans noktası ve konusu olarak haksızlık ile kusurun ölçüsü olarak kınanabilirliktir⁷⁶³. Cezanın belirlenmesi kusurunun merkezine haksızlığı koyduğumuzda haksızlığın değersizliğinin ölçülmesi cezanın belirlenmesinin en önemli konularından biri haline gelmektedir⁷⁶⁴.

Haksızlığın değersizliğini ölçmek/değerlendirmek için ilk akla gelen referans noktası suç tipidir. Cezanın belirlenmesi öğretisinde tipte yer alan hususlardan (*die Tatbestandsmerkmale*) faydalanabileceği ileri sürülmektedir⁷⁶⁵. Tipte yer alan hususların, haksızlığın ağırlığını belirtmeye uygun olup olmadıklarını araştırmak gerekir. Bunun için öncelikle sınıf belirten kavramlar (*Klassenbegriffe*) ile sıra belirten kavramlar (*Ordnungsbegriffe*) arasındaki farkın açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Sınıf belirten kavramlar, bir şeyin bir sınıfa ait olup olmadıklarını ifade ederlerken; sıra belirten kavramlar, iki farklı şeyi ortak bir özellikleri üzerinden sıralamayı mümkün kılarlar⁷⁶⁶. Suç genel teorisi uyarınca yapılan bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirme sınıflandırıcıdır. Buna karşılık cezanın belirlenmesinde sıralayıcı/karşılaştırmacı bir faaliyette bulunulur⁷⁶⁷. Kusurun ağırlığının ölçülmesi, bir kusurun diğerine göre ağırlığının belirlenmesi anlamına gelir. Aynı şekilde haksızlığın değersizliğinin ölçülmesinde de bir haksızlık bir diğer haksızlıkla kıyaslanmaktadır. Tartışmalı olan ise tipte yer alan hususların bu tür bir sıralamayı/kıyaslamayı mümkün kılacak nitelikte olup olmadıklarıdır.

⁷⁶³ Meier, s. 190. Benzer yönde bkz. ve karş. Schäfer ve diğerleri, kn. 575.

⁷⁶⁴ Karş. SK-Horn/Wolters, § 46, kn. 2.

⁷⁶⁵ Stratenwerth, s. 29; Ingeborg Puppe, **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, ss. 61 vd.; Hettinger, ss. 90 vd.; Firsich, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 387; Erhard, ss. 178 vd.; René Bloy, “Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 107, Sayı: 3, 1995, s. 579. Tipte yer alan hususların hem ceza verilirken hem de ceza belirlenirken gözetilmesi, çifte değerlendirme yasağının ihlal edildiği endişesini yaratabilir. Ancak çifte değerlendirme yasağı cezanın belirlenmesinde soyut olarak aynı hususun yeniden değerlendirilmesini yasaklar. Bir suç tipine uygun olan farklı olayların bu farklılıklarını ifade eden somut koşulların cezanın belirlenmesinde gözetilmesi ise bu yasağı ihlal etmez. Hörnle, s. 196; Hettinger, ss. 88 vd.; Bloy, ss. 579 vd.

⁷⁶⁶ Hörnle, ss. 156 vd., 195 vd.; Stahl, 99 vd. Ayrıca bkz. Gustav Radbruch, “Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken”, **Beiträge zu Grundfragen des Rechts: Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert**, (Ed. Stephan Meder), Band 27, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 2018, ss. 213 vd.; Lothar Kuhlen, **Typus Konzeptionen in der Rechtstheorie**, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, ss. 34 vd.

⁷⁶⁷ Hörnle, s. 157.

Kural olarak tipe uygunluğun nicel bir şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Bir diğer ifade ile tipte yer alan hususlar hem sınıf hem de sıra belirten kavramlar olabilirler⁷⁶⁸. Tipte yer alan ve ekonomik değer gibi sayıyla ifade edilebilen hususlar nicelik belirtirler. Ancak çoğunlukla tipte yer alan hususlar nicelik değil sadece sıra belirtmeye müsaitler. Derecelendirme imkanı olan hususlar, özellikle de bir sıfat ile nitelendirilmiş olan kavramlar, birer sıra belirten kavramlar olarak nispeten sorunsuz bir şekilde tespit edilebilirler. Suç tiplerinde yer alan sıra belirten kavramlar bunlarla sınırlı değildir. Eğer bir şeyin daha az ya da daha fazla olmasından söz edilebiliyor ise orada sıra belirten bir kavramın söz konusu olduğu sonucuna ulaşılabilir⁷⁶⁹.

Bununla birlikte suç tiplerinde sıra belirten kavramlara sıklıkla yer veriliyor olmasından haksızlığın bu şekilde ölçülebileceği sonucuna ulaşamaz. Farklı nedenlerden ötürü tipte yer alan sıra belirten kavramlardan hareketle haksızlığın değersizliğin ölçülmesi imkanı sınırlıdır. İlk olarak tipte yer alan hususların karmaşıklığı onların başka değerlendirme kriterlerine başvurulmaksızın sıralanmalarına engel olmaktadır. İkinci olarak her ne kadar dış dünyada meydana gelen değişikliklere ilişkin kavramlara dayanılarak olayların sıralanması görece daha kolay olsa da çoğu suç tipinde soyut bir şekilde ifade edilen bu değişiklikler maddi olayda oldukça farklı şekillerde meydana gelebilir. Bu durum da kıyaslanmalarını ve sıralanmalarını zorlaştırmaktadır⁷⁷⁰. Dahası bazı durum değişikliği ifade eden kavramlar dış dünyada gözlemlenebilir değişikliklere ilişkin değildir. Örneğin, aşağılanma kavramı. Burada önemli olan hangi maddi kriterlerin suç tipinde soyut bir şekilde tanımlanan bu karmaşık ve çok yönlü durumları sıralamak için kullanılacaklarını belirlemektir. Bu değerlendirme kriterleri suç tanımının lafzından geliştirilemez. Bunun yerine ilgili hareketin ve onun vasıtasıyla meydana gelen durum değişikliklerinin sosyal anlamının irdelenmesi zorunludur⁷⁷¹.

Ayrıca birçok suç tipinde haksızlığın ağırlığı sıra belirten kavramlar üzerinden belirlenememektedir. Zira ya söz konusu suç tipi herhangi bir sıralama kavramı içermemektedir ya da içerdiği kavramlar haksızlıkla ilişkili değildir veya bu kavramlar

⁷⁶⁸ Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Auflage, Verlag Winter, Heidelberg, 1968, ss. 288 vd.; Hettinger, ss. 103 vd; Puppe, s. 89. Aksi yönde bkz ve karşı. Hassemer, *Ordnungsbegriffen*, s. 286.

⁷⁶⁹ Hörnle, s. 197.

⁷⁷⁰ Hörnle, s. 198.

⁷⁷¹ Hörnle, s. 199.

haksızlığın yeterli şekilde kavranabilmesi için tamamlanmaya muhtaçtır. Bu tür bir suç tipine örnek olarak hırsızlık suçu verilebilir. Hırsızlık suçunun tipik tanımından fiilin haksızlığına ilişkin bir sıralama kavramına yer verilmemektedir. Hırsızlık suçunda haksızlığın değersizliğini belirlemek bakımından malın değeri oldukça önemlidir. Ancak suç tipinde malın değerine ilişkin bir kavrama yer verilmemektedir. Tipte yer alan ve sıra belirten bir kavram olarak malın taşınır nitelikte olması karşımıza çıkmaktadır. Ancak malın taşınır nitelikte olması hırsızlık suçunun konusunun taşınmaz mallar olmadığını belirtmek için kullanılmaktadır. Taşınır nitelikte olma kavramı işlevini bu şekilde yerine getirir. Bir malın daha az ya da daha çok taşınır nitelikte olması haksızlığın ölçüsü bakımından önemsizdir⁷⁷².

Sonuç olarak salt kavramsal analize dayalı bir yaklaşımın haksızlığın değerlendirilmesi için yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Maddi değerlendirme kriterlerine dayanılmaksızın haksızlığın ağırlığının ölçülmesi mümkün değildir. Bu bağlamda haksızlığın değerlendirilmesinde hareketin ve neticenin haksızlığına dayanılması gerekir⁷⁷³. Cezanın belirlenmesi kusurunun bu iki unsuru suç genel teorisinden geliştirilmiştir⁷⁷⁴. Ayrıca şunu belirtmekte de fayda görmekteyiz: cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan ve haksızlığın ölçüsünü belirten hususları değerlendirirken, tipe ilişkin ve tipe ilişkin olmayan hususlar ayırımına gidilmemesi gerekir. Zira haksızlığın ölçüsü bakımından önemli olan birçok ölçüt aslında tipiklik dışı olarak nitelendirilmeye uygundur⁷⁷⁵.

Her ne kadar haksızlığın ölçülmesinde sadece tipte yer alan hususlardan hareket edilemeyeceğinden hareketle haksızlığın hareketin ve neticenin değersizliği kavramları üzerinden ölçüleceği sonucuna ulaşılmaktaysa da bu noktada haksızlığın neden hem hareketin hem de neticenin haksızlığı/değersizliği üzerinden tanımlandığının gerekçelendirilmesi gerekir⁷⁷⁶. Zira monist-sübjektif öğretiyeye (*monistisch-subjektive Lehre*) göre haksızlık neticeden bağımsızdır. Bu bağlamda haksızlık, norma göre var olmaması gereken şeydir ve bu nedenle sadece yasaklanan

⁷⁷² Hörnle, s. 199.

⁷⁷³ Hörnle, s. 200.

⁷⁷⁴ Roxin, AT I, § 10 kn. 88 vd.

⁷⁷⁵ Hörnle, s. 200.

⁷⁷⁶ Haksızlığın hareketin mi neticenin mi üzerinde inşa edileceği tartışmasına ilişkin olarak bkz. Keçelioğlu, ss. 27 vd.

davranıştır. Ceza hukuku bakımından haksızlığın hukuken korunan değerin uğradığı zarar ya da tehlike üzerinden tanımlanması ise anlamlı değildir⁷⁷⁷. Bu nedenle de bu görüşe göre cezanın belirlenmesinde neticenin göz önünde bulundurulmaması gerekir⁷⁷⁸.

Sadece hareketin değersizliğine dayanan haksızlık anlayışına karşı birçok itiraz getirilebilir. Öncelikle ceza kanunlarındaki birçok suç tipi bakımından neticenin ne olduğu oldukça önemli olması karşısında haksızlığın yalnızca hareketin değersizliği üzerinden tanımlanması uygun görünmemektedir⁷⁷⁹. Kusurun iki unsur üzerinden ölçülmesi düşüncesi, özel hükümlerdeki suç tiplerinin düzenleniş mantığına da uygundur. Suç tipleri genellikle neticenin ve hareketin değersizliğine göre derecelendirilmiş ve sıralanmış bir şekilde düzenlenmektedirler⁷⁸⁰. Kanunda hareketin değersizliği bakımından eşdeğer olan fiiller arasında neticenin değersizliğine göre farklı ağırlıkta cezalar öngörülmektedir. Örneğin, taksirle yaralama – taksirle öldürme suçlarında aynı özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda yaralama ya da ölüm neticesinin bağlı olarak cezanın miktarı değişmektedir. Aynı durum neticenin değersizliği bakımından eşdeğer hareketin değersizliği bakımından farklı olan suç fiillerinde de geçerlidir. Örneğin kasten öldürme suçunun cezası taksirle öldürme suçunun cezasından daha ağırdır⁷⁸¹.

Dahası sadece hareketin değersizliğini içeren bir haksızlık kavramı hukuki değerleri korumakla görevli olan ceza hukukunun ana görevinin göz ardı edilmesi anlamını taşıyacaktır⁷⁸². Ayrıca pragmatik nedenlerle de haksızlığın değerlendirilmesinde neticenin de göz önünde bulundurulması daha mantıklıdır. Hareketin değersizliğinin ölçülmesi neticenin değersizliğine nazaran daha zordur⁷⁸³. Dolayısıyla haksızlık hem hareketin ifade ettiği haksızlık ya da değersizliği hem de

⁷⁷⁷ Diethart Zielinski, **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff**, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, ss. 121 vd.

⁷⁷⁸ Zielinski, s. 215.

⁷⁷⁹ Hörnle, s. 200.

⁷⁸⁰ Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 20; Schäfer ve diğerleri, kn. 579.

⁷⁸¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 580.

⁷⁸² Meraklı, s. 41. Aynı yönde bkz. Hörnle, ss. 203 vd.

⁷⁸³ Hörnle, s. 206.

hukuken korunan değer üzerinde meydana gelen tehlike veya zarar niteliğindeki neticenin ifade ettiği değersizliği içerir⁷⁸⁴.

Failin nasıl cezalandırılması gerektiği, öncelikle davranışı ile hukuk düzenini ne ölçüde bozduğu/zarara uğrattığına bağlıdır. Hukuk düzeninde meydana gelen bozukluk haksızlığa karşılık gelir⁷⁸⁵ ve iki unsurla ifade edilir: hareketin değersizliği (*Handlungsunwert*) ve neticenin değersizliği (*Erfolgswert*)⁷⁸⁶. Neticenin değersizliği sadece zarar suçları için değil tehlike suçları için de önemlidir⁷⁸⁷. Bir yoruma göre neticenin değersizliği kusurlu haksızlığın ölçüsünü, haksızlığın değersizliği ise kınanabilirliğin ölçüsünü göstermektedir⁷⁸⁸. Neticenin haksızlığının tipik haksızlığın objektif yönü, hareketin haksızlığının da tipik haksızlığın subjektif yönünü ifade ettiği şeklinde indirgemeci bir ifade yanlış olacaktır. Hareketin haksızlığı da objektif nitelikteki unsurları kapsamaktadır⁷⁸⁹. Diğer yandan cezanın belirlenmesi bağlamında hareket ve neticenin haksızlığı ile suç genel teorisi bağlamında hareket ve neticenin haksızlığı birebir aynı kavramlar değildirler. Zira suç genel teorisinde bu unsurlar sıkı sıkıya tipikliğe bağlı iken cezanın belirlenmesi aşamasında tipikliğin ötesine geçen bir değerlendirmeyi gerektirmektedirler⁷⁹⁰. Burada yeniden ifade etmek gerekir ki, cezanın belirlenmesinde kusurun ölçülmesinde göz önünde bulundurulacak ve bu şekilde de aslında faile isnad edilen hususların hukuka aykırı olmalıdırlar. Zira kanunilik ilkesi gereğince cezanın belirlenmesi esnasında yeni bir davranış normu yaratılamaz⁷⁹¹.

Hareketin ve neticenin değersizliği mutlaka suçun gerçekleşmesine ilişkin olmalıdır⁷⁹². Bu bakımdan suçun tipik netice dışında kalan sonuçlarının (örneğin dolandırıcılık sonucu mağdurun iflas etmesi, cinsel saldırı mağdurunun intihar etmesi) neticenin değersizliğine etki edip etmeyecekleri ve eğer etki edecek ise bunun hangi ölçüde gerçekleşeceği tartışmalıdır. Aynı şekilde failin tipikliğe dahil olmayan

⁷⁸⁴ Meraklı, s. 41.

⁷⁸⁵ Schäfer ve diğerleri, kn. 575-576. Karş. Hörnle, ss. 207 vd.

⁷⁸⁶ MüKo-Miebach/Maier, § 46, kn. 31; Schäfer ve diğerleri, kn. 575-576; Keçelioğlu, s. 31.

⁷⁸⁷ Roxin, AT I, § 10 kn. 88.

⁷⁸⁸ BGH, 08.11.1985- 2 StR 446/85.

⁷⁸⁹ Kristian Hohn, "Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht", **Juristische Schulung**, Cilt: 48, Sayı: 6, 2008, s. 495.

⁷⁹⁰ Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 19, 52 vd.; Stadler, s. 199.

⁷⁹¹ Grosse-Wilde, ss. 110 vd.

⁷⁹² Schäfer ve diğerleri, kn. 583.

davranışlarının (örneğin ilgili suçtan önce ya da sonra başka suçların işlenmiş olması, zararın tazmini, fail ve mağdurun uzlaşması) kusurun ölçülmesinde göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı da tartışmalıdır⁷⁹³. Bu konular aşağıda cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığını belirten hususlar başlığı altında detaylı olarak incelenmektedir.

D. Cezanın Belirlenmesi Kusuru Kavramına Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirmemiz

Cezanın belirlenmesi kusuru oldukça tartışmalı bir kavram olup uzun yıllardır birçok yazar tarafından eleştirilmiştir⁷⁹⁴. Tartışmanın merkezinde Al. CK parag. 46'daki düzenleme yer almaktadır. Al CK parag. 46'ya göre kusur, cezanın belirlenmesinin temelidir. Bu hüküm hem kusurun cezanın belirlenmesindeki rolünün ne olduğunu tam olarak söylemediği (kusurla oranlı cezanın özel ve genel önlemeden kaynaklanan sebeplerle değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu) hem de cezanın belirlenmesi kusurunun içeriğinin tartışmalı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Dahası hangi hususların kusurun ölçülmesinde göz önünde bulundurulacakları da tartışmalıdır. Failin kişiliğinin ve fiilden önceki ve sonraki davranışlarının kusurun ağırlığı ölçülürken dikkate alınıp alınmayacağı ve ne ölçüde dikkate alınacağı konusu belirsizdir⁷⁹⁵. Bu ve benzeri tartışmaların bazılarını yukarıda değinilerek cezanın belirlenmesi kusurunun anlamı, niteliği (derecelendirilebilir olup olmadığı) ve içeriği (unsurları) belirlenmeye çalışılmıştır. Peki bu kadar tartışmalı bir kavram olan kusurun

⁷⁹³ Schäfer ve diğerleri, kn. 584.

⁷⁹⁴ Bu kavramın belirsiz olduğu yönünde bkz. Stratenwerth, s. 13; Günther Stratenwerth, "Literaturbericht: Strafrecht – Allgemeiner Teil", **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 87, Sayı: 4, 1975, (Literaturbericht), ss. 948 vd.; Hörnle, ss. 38 vd., 75 vd.; Tartışmalara ilişkin olarak ayrıca bkz. Achenbach, s. 218; Streng, s. 22; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 521; Günther Ellscheid, "Alternativen zur Strafmaßschuld", **Recht und Gesetz im Dialog**, (Ed. Elmar Wadle), Heymanns, Köln, 1982, ss. 78 vd. Hatta HÖRNLE kusur kelimesinden tamamen vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Tatjana Hörnle, **Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre**, Nomos, Baden-Baden, 2013, (ohne Schuldvorwurf), s. 58; Hörnle, Schuldurteilen, ss. 95 vd.

⁷⁹⁵ NK-Streng, § 46 kn. 20; Streng, Perspektiven, s. 595; Kaspar, Diskussion, s. 2; Kaspar, Gutachten, ss. C 58 vd.; Elisa Hoven, "Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen – Anlass für Reformen?", **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Sayı: 5, 2018, s. 287; Henning Radtke, "Begrenzungen tatrichterlicher Strafzumessung?", **Deutsche Richterzeitung**, Sayı: 7-8, 2018, ss. 251. Karş. Grosse-Wilde, neues Strafzumessungsrecht, s. 134.

cezanın belirlenmesinin temeline oturtulması yerinde bir karar mıdır? Kusur yerine başka kavramlar kullanılması daha isabetli olabilir mi? Bu soruların cevaplandırılmasında fayda görmekteyiz. Bunun için de kusur kavramına yöneltilen özellikle iki eleştiriye – belirsiz bir kavram olduğuna ve haksızlıkla ilgisi olmayan unsurları cezanın belirlenmesine dahil ettiğine ilişkin – yanıt vermeye çalışacağız.

İlk ele alınacak olan eleştiri kusur kavramının belirsiz olduğuna yöneliktir. Kusur, çeşitli şekillerde tanımlanabilir. Tanım farklılıkları, kusur kelimesinin hem günlük dilde hem de hukuk dilinde farklı kavramları belirtmek üzere farklı bağlamlarda kullanılıyor olması ile açıklanabilir. Kusurun farklı şekillerde tanımlanabiliyor oluşu ona cezanın belirlenmesi hukukunda atfedilen önemin eleştirilmesine yol açmıştır. Cezanın belirlenmesinde karşılaşılan belirsizlik kusur kavramının belirsiz oluşuna bağlanmaktadır. Kusur kavramının belirsiz olması yarattığı (iddia edilen) sonuçlar bakımından önem arz etmektedir⁷⁹⁶. Bu tür eleştirileri dile getiren yazarlara göre bu belirsizlik cezanın belirlenmesini öngörülemez, belirsiz ve hatta irrasyonel bir süreç haline getirmekte ve mahkemelerin keyfi uygulamalarına sebep olmaktadır. Zira kusur kavramı hakime cezayı belirlerken tam olarak nasıl hareket etmesi gerektiğine yönelik yeterli açıklamayı içermemektedir⁷⁹⁷.

Bu eleştiriye iki tür argümanla karşı çıkılabilir. Birincisi farklı failer bakımından farklı cezaların belirlenmiş olmasının her zaman kötü bir uygulamaya işaret etmiyor olduğudur. Cezaların her bir somut olay bakımından ona özgü olarak belirlenmesi gerekir. Her ne kadar benzer olaylarda benzer cezaların verilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de⁷⁹⁸ bu benzerliğe olayda gerçekleşen hangi hususlar üzerinden karar verildiği de oldukça önemlidir. Dolayısıyla cezanın belirlenmesi uygulamasında istenmeyen farklılıkların bulunduğu iddiasının titiz bir şekilde

⁷⁹⁶ Hakimler ve savcılarla yapılan çalışma sonucunda çok farklı kusur anlayışlarına sahip oldukları anlaşılmıştır. Anlayış farklılıklarının, farklı ceza miktarlarına hükmedilmesinde bir etkisi olmaktadır. Bu konuda bkz. Streng, ss. 283 vd.

⁷⁹⁷ Bu bağlamda kusur kavramından vazgeçilmesinin daha iyi olacağı yönünde bkz. Christoph Reichert, **Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien: Eine Untersuchung mit Bezug auf die "sentencing guidelines" in den USA**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 24. Ayrıca bkz. ve karşı. Hörnle, ohne Schuldvorwurf, ss. 49 vd.; Michael Baumann, **Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht**, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 1987, ss. 259 vd., 3021 vd.

⁷⁹⁸ Kaspar, Diskussion, s. 4. Benzer yönde bkz. ve karşı. Torsten Verrel, "Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?", **Juristen Zeitung**, Cilt: 73, Sayı: 17, 2018, ss. 814-815.

araştırılması gerekir. İkinci olarak kusur yerine bir başka kavramın konulması ile belirsizliğin tamamen ortadan kaldırılabilceği iddiası gerçekçi değildir. Kusur yerine geçecek olan haksızlık/fiil kavramları bakımından da failin saiki, önceki yaşantısı, daha önce suç işleyip işlemediği ve fiilden sonraki davranışları gibi hususların bu kavramların ağırlığına etki edip etmedikleri de tartışılmaktadır⁷⁹⁹. Bu itibarla kapsamı ve unsurları önceden tamamen belirlenmiş ve tartışmalı olmayan herhangi bir kavram bulunmamaktadır. Dahası cezanın belirlenmesindeki tutarsızlık ve farklılıkların tüm nedeninin kusur kavramının tartışmalı doğası olmadığı ifade edilmektedir⁸⁰⁰. Cezanın belirlenmesi uygulamasının sıhhatine etki eden (hukuk fakültesindeki eğitim ya da hakimlerin meslek içi eğitimi gibi) birçok faktör bulunmaktadır⁸⁰¹.

İkinci ele alınacak eleştiri ise cezanın belirlenmesi kusurunun karakter kusuru veya yaşam biçimi kusuruna ait etkiler taşıdığı eleştirisidir. Cezanın belirlenmesi kusuruna geleneksel yaklaşımda ve yargı içtihadında verilen anlam göz önünde bulundurulacak olursa yaşam biçimi kusurunun halen etkisini sürdürmekte olduğu anlaşılabacaktır. Özellikle de failin kişisel ilişkilerinin, suçlu enerjisi ve fiilin kişisel arka planının göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin kabul, failin yaşam biçiminin ve kişiliğinin değerlendirilmesinin de kabul edildiği anlamına gelmektedir. Daha da problemli olan şey kişinin yargılama esnasında hakim üzerinde bıraktığı intibakın da cezanın belirlenmesinde gözetilmesi gerektiğinin kabul edilmesidir. Zira hakimlerin sanıkla aralarındaki etkileşime bağlı olarak edindikleri duygusal izlenimlerin cezanın belirlenmesinin normatif temelini oluşturması kabul edilemez⁸⁰².

Kusur kavramı yerine “fiil- haksızlık- kusurlu fiil- kusurlu haksızlık” kavramlarının kullanılması önerilmektedir⁸⁰³. Bunun başlıca nedeni kusur kavramının

⁷⁹⁹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 529.

⁸⁰⁰ Almanya’da cezanın belirlenmesinde öngörülebilirlik ve belirlilik bakımından ortaya çıkan sorunların temel nedeninin kusur kavramı olmadığı; bu sorunlar bakımından evrensellik ilkesinin göz ardı edilmesinin ve üst derece mahkemesi tarafından kurallaştırmanın ihmal edilerek sürekli olarak kusurun kıyaslanamaz ve bireysel nitelikte olduğuna vurgu yapılmasının oldukça önemli olduğu yönünde bkz. Grosse-Wilde, ss. 115, haksızlığın ve cezanın belirlenmesi kusurunun değerlendirilmesi için yeterli kuralın geliştirilmediği yönünde ayrıca bkz. ss. 92-93.

⁸⁰¹ Hörnle, Moderate, ss. 207 vd.; Kudlich/Koch, s. 2766.

⁸⁰² Hörnle, ss. 75-76. Benzer yönde bkz. ve karşı. Kaspar, Diskussion, s. 2.

⁸⁰³ Hörnle, ss. 75-76; Wolfgang Frisch, **Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung: eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung**, Heymanns, Köln, 1971, s. 181. KASPAR ise cezanın belirlenmesi ölçütü olarak kusur yerine hukuk barışının yeniden tesisini – pozitif genel önlemeyi – önermektedir. Bkz. ve karşı.

belirsizliğinden ziyade fiil kusurunu yeteri kadar güvence altına alamıyor olduğu endişesidir. Peki bu kavramlar bunu sağlamak bakımından daha mı yetkindirler? Daha önce belirttiğimiz gibi fiil kusuru ile bağdaşmayan hususların buraya da etki etmesi ihtimali bulunmaktadır. Burada önemli olan mahkemelerin kararlarını yeterli ölçüde gerekçelendirmeleridir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ile istenmeyen hususların cezanın ağırlığına etki etmesinin önüne geçilmeye çalışılabilir. Üst derece mahkemeleri ister istinaf ister temyiz kanun yolu vasıtasıyla hükmün gerekçesini sıkı bir şekilde denetleyerek cezanın hangi durumlar göz önünde bulundurularak hükümdeki şekliyle belirlendiğini araştırabilirler ve yetersiz gerekçeli hükümleri hukuka aykırı bulabilirler. Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'nda olduğu gibi kusur kavramının karakter kusuru – yaşam biçimi kusuru gibi hukuk devleti ile bağdaşmayan kavramlarla kötüye kullanılmış olmaması karşısında kusurun diğer herhangi bir terimden daha fazla tehlike içermiyor olduğunu söyleyebiliriz. Sonuç olarak istenmeyen hususların kusur kavramı içerisinde değerlendirilmesinin önüne geçmek için kusur kavramını terk etmek aşırı bir tepki olacaktır. Kusur kavramı kusur ilkesini ifade etmektedir ve failin lehine olarak devletin cezalandırma yetkisine sınırlar çizmektedir.

II. CEZANIN BELİRLENMESİ KUSURUNUN AĞIRLIĞINI GÖSTEREN HUSUSLAR

A. Genel Açıklamalar

Benimsediğimiz anlayışa göre cezanın belirlenmesi kusuru, failin işlemiş olduğu haksızlıktan ötürü ne ölçüde kınanabileceğini ifade etmektedir. Cezanın belirlenmesi kusurunun temel referans noktası haksızlığın ağırlığı iken, ölçütü kınanabilirlik derecesidir⁸⁰⁴. Bu bölümde açıklanacak olan cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına etki eden hususların mutlaka bu ikisinden birine ait olması gerekmemektedir. Birçok husus her ikisi açısından da anlam ifade etmektedir. Bununla

Kaspar, Gutachten, ss. C 104 vd. KASPAR'ın önerilerine ilişkin olarak bkz. ve karş. Verrel, ss. 811 vd.; Kudlich/Koch, ss. 2762 vd.

⁸⁰⁴ Meier, ss. 190, 194, 223.

birlikte en önemli hususları birincil etkilerine göre haksızlık ya da kınanabilirlik ile ilişkilendirmek de mümkündür⁸⁰⁵. Bu doğrultuda bu bölümde cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığını belirten hususlar iki ana başlık altında incelenmektedir: haksızlığı belirten hususlar ve haksızlığın kınanabilirliğini belirten hususlar⁸⁰⁶. Failin suçtan sonraki davranışlarının cezanın belirlenmesi kusuruna etki edip etmeyeceği tartışmalı olduğu için bu hususları etki ettikleri ya da ilişkili oldukları başlıktan ayrı bir başlık altında incelemeyi tercih etmekteyiz⁸⁰⁷.

Cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsü/ağırlığı öncelikle fail tarafından işlenen haksızlığın ağırlığının ölçülmesi ile belirlenecektir. Haksızlığın ağırlığı ise iki unsuru üzerinden ölçülmelidir: hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı. Bu unsurlar derecelendirilebilir niteliktedirler⁸⁰⁸. Haksızlık farklı ağırlıklarda gerçekleşebilir. Bu durum soyut cezaların belirlenmesinde de kendisini göstermektedir. Kanunlarda yer alan farklı soyut cezalardan, haksızlık biçimleri arasında ağırlıklarına göre bir ayırım yapıldığı anlaşılmaktadır⁸⁰⁹. Haksızlığın derecelendirilmesi sadece farklı soyut cezaların öngörüldüğü farklı haksızlık biçimleri bakımından geçerli değildir. Haksızlığa ilişkin unsurlar aynı ceza aralığının öngörüldüğü haksızlık biçimlerinin de derecelendirilebilmesine imkan sağlar⁸¹⁰.

Bununla birlikte haksızlığı oluşturan unsurların derecelendirilebilmesinin de sınırları vardır. Belirli hususlar anayasa hukukundan kaynaklanan nedenlerle haksızlığın ağırlığında göz önünde bulundurulamazlar. Böylesi sınırlar özellikle kişilere karşı işlenen suçlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu suçlarda suçun kime karşı işlendiğinin haksızlığın değersizliğinin ölçülmesinde kural olarak bir öneminin

⁸⁰⁵ Meier, s. 223. Karş. Stadler, ss. 245 vd.

⁸⁰⁶ Bu başlıklandırma/sınıflandırma biçimi temel olarak MEIER'den alınmıştır. Bkz. Meier, ss. 190, 194, 223. Diğer sınıflandırma biçimleri için özellikle bkz. ve karş. Schäfer ve diğerleri, kn. 587 vd.; Stahl, ss. 105 vd.; Stadler, ss. 217 vd.

⁸⁰⁷ Benzer yönde bkz. ve karş. Stadler, s. 217; Bruns/Güntge, ss. 276 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 640 vd.; Stahl, ss. 165 vd.

⁸⁰⁸ Hettinger, ss. 11 vd.

⁸⁰⁹ Meier, s. 192; Schäfer ve diğerleri, kn. 579. Kanun koyucunun haksızlığın ölçüsüne ilişkin değerlendirmeleri ve başvurduğu kriterlere ilişkin olarak bkz. Grosse-Wilde, ss. 75 vd. Bununla birlikte kanun koyucu soyut cezaları belirlerken sadece haksızlığın ağırlığına ilişkin değerlendirmeleri göz önünde bulundurmaz, önleme amacına yönelik değerlendirmeleri de gözetir.

⁸¹⁰ Meier, s. 192; Stadler, s. 250.

olmaması gerekir. Örneğin, kasten yaralama ya da kasten öldürme suçlarında mağdurun yaşı, sağlık durumu gibi hususlar göz önünde bulundurulmamalıdır⁸¹¹.

HÖRNLE, haksızlığın mağdurun hayat kalitesinde meydana gelen kesinti olarak ele alınması gerektiğini hareketin haksızlığının da sadece kast veya taksir formu ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir⁸¹². Ancak haksızlığın birçok boyutu bulunmaktadır. Haksızlık sadece tek bir kriter üzerinden değerlendirilemez. HÖRNLE tarafından ileri sürülen “mağdurun yaşam kalitesinde meydana gelen kesinti” kriteri kişilere karşı işlenen suçlarda dahi haksızlığı tüm boyutlarıyla değerlendirmekte eksik kalmaktadır. Bu nedenle haksızlığın ve özellikle de neticenin haksızlığının sadece bu kriter üzerinden ölçülmesi isabetli olmayacaktır⁸¹³. Burada şu açıklamanın yapılmasında yarar görmekteyiz. Her bir cezanın belirlenmesi teorisinin amacı belirli bir suç için kusur esasına dayalı olarak cezanın belirlenmesine imkan tanıyan birtakım ilkeler/kurallar geliştirmektir. Tüm suç tiplerini kapsayacak ve düzenleyecek bir sistem kurmak ve her şeyi açıklayan tek bir düşünce geliştirmek amacıyla her bir kanuni suç tipini daha da soyut hale getirme yoluna gidilebilir. Ancak bu yaklaşım cezanın belirlenmesi teorisinin amacını gerçekleştirmeye uygun değildir⁸¹⁴. Bu nedenle haksızlığın ölçülmesinde kullanılacak olan tek/nihai kriteri keşfetmeyi amaçlamamaktayız.

Haksızlığı oluşturan unsurların yanı sıra hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların da haksızlığın derecelendirilmesine etkisi bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin her birinin çeşitli koşulları vardır. Bir olayda ilgili hukuka uygunluk nedeninin örneğin meşru savunmanın koşullarının tamamı gerçekleşmemiş olursa failin fiili hukuka aykırı olur. Bazı koşulların gerçekleşmiş olmasının fiilin hukuka aykırılığına etkisi olmaz. Bu durumda da failin davranışı haksız olarak nitelendirilir. Öte yandan bu durum cezanın belirlenmesinde failin kusurunun – haksızlığının ağırlığının ölçülmesinde önem arz eder⁸¹⁵. Eğer bir olayda söz konusu

⁸¹¹ Meier, s. 192.

⁸¹² Hörnle, ss. 226 vd.

⁸¹³ Grosse-Wilde, ss. 78 vd. Karş. S/S/W- Eschelbach, § 46 kn. 103.

⁸¹⁴ Grosse-Wilde, ss. 89-92.

⁸¹⁵ Hans-Ludwig Günther, “Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente”, **Juristische Rundschau**, Sayı:7, 1985, s. 270; Peter Noll, “Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 68, Sayı: 2, 1956, ss. 181-197, s.188; Meier, s. 193; Stahl, s. 119.

hukuka uygunluk nedeninin çoğu koşulu gerçekleşmiş ise haksızlığın ağırlığının, bu koşulların hiçbirinin gerçekleşmediği bir olaydaki haksızlığın ağırlığından daha az olduğu değerlendirmesinde bulunmak gerekir⁸¹⁶.

Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususlar geniş bir yelpazede yer almaktadırlar. Bu hususların sınırlandırılmasındaki temel ölçüt tipik haksızlıkla ilişkili olmalarıdır. Haksızlıkla ilişkili olmayan durumların/hususların cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsüne etki etmeleri mümkün değildir.⁸¹⁷ Özetle, haksızlığın ölçüsü neticenin ve hareketin değersizliği üzerinden belirlenir. Neticenin değersizliği, ilgili suçun konusu üzerinde meydana gelen ihlalin biçimi ve ölçüsünü belirten tüm hususlardan hareketle ölçülür. Neticenin değersizliğinin unsurları, tipik netice ve fiilin tipik olmayan diğer bazı sonuçlarıdır. Hareketin değersizliği ise fiilin işleniş biçimini tarif eden her türlü husustan hareketle ölçülür. Tipte tanımlanmış olan davranış normunun ihlalini ifade eden özelliklerin yanı sıra failin kişiliği ile ilişkili içsel haksızlık özellikleri de hareketin değersizliğinde etki alanı bulabilirler⁸¹⁸.

Haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsü ise öncelikle failin fiili işlediği anda fiilinin haksızlığını ne ölçüde kavrayabildiği ve davranışlarını yönlendirebildiğine göre belirlenir. Bu bağlamda cezaya esas oluşturan kusur bağlamında incelenen failin yaşı, psikolojik rahatsızlıkları, alkol veya uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı gibi hususlar dereceleri bakımından cezanın belirlenmesi kusuru ile de ilişkilidirler. Cezaya esas oluşturan kusur kavramı ile ilgili olarak sıklıkla dile getirilen “farklı davranabilme” yeteneğinin ampirik olarak ispat edilemediği meselesi cezanın belirlenmesi kusurunda da ortaya çıkmaktadır. Bu meseleye pragmatik bir yaklaşımla çözüm getirilebilir. Failin suçu işlediği anda ne ölçüde farklı bir şekilde davranabilir olduğu araştırılırken ortalama bir insanın failin konumunda nasıl davranabileceği tespit edilebilir⁸¹⁹. Bu bağlamda fiilin failin önceki yaşantısı (özellikle de önceden

⁸¹⁶ Eduard Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 64, Sayı:3, 1952, s. 266; Noll, s. 185; José Milton Peralta, “Motive im Tatstrafrecht”, **Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011**, (Ed. Manfred Heinrich, Bernd Schünemann, Christian Jäger, Hans Achenbach, Knut Amelung, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Jürgen Wolter), de Gruyter, Berlin, 2011, s. 266; Meier, s. 193; Stahl, s. 119.

⁸¹⁷ Meier, s. 196.

⁸¹⁸ Meier, ss. 223-224.

⁸¹⁹ Meier, ss. 194, 224; Jescheck/Weigend, AT, ss. 427 vd.; Hans-Ludwig Schreiber ve Henning Rosenau, “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung”, **Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen**, (Ed. Ulrich Venzlaff ve Klaus

hakkında verilmiş olan cezaların etkisi ve kişisel-ekonomik ilişkileri) fiilden izole olarak düşünülmemelidir⁸²⁰. İkinci olarak failin haksızlık bilincinin derecesinin araştırılması gerekir. Haksızlık bilincinin derecelendirilebilir olduğu ve cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığında etkili olduğu yukarıda açıklanmıştı. Üçüncü olarak hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin koşullarından bazıları olayda gerçekleşmiş ise bunların da haksızlığın kınanabilirliğini ölçmede göz önünde bulundurulmaları gerekir.

Son olarak kusurun ağırlığını belirten ve bu nedenle cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususların sınırlı olarak sayılmasının mümkün olup olmadığı konusundaki yaklaşımımızı açıklamak istemekteyiz. Al CK parag. 46/2 2. cümlede cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar örnekseyici olarak sayılmaktadır⁸²¹. Bu hükümde sayılan hususların tamamının her olayda değerlendirilmesi gerekmemektedir. Örneğin, taksirli suçlarda failin saiki ve amacı değerlendirmede yer almaz. Öte yandan kanunda sayılmamış olan ancak failin kusurunun ağırlığına etki eden herhangi bir husus değerlendirilebilir⁸²².

B. Haksızlığı Belirten Hususlar

1. Hareketin Haksızlığına (*Handlungsunrecht*) İlişkin Olan Hususlar

a. Genel Açıklamalar

Neticenin haksızlığı gerçekleştirilmiş olan haksız neticeye ilişkin iken hareketin haksızlığı temel olarak faile ve onun haksız neticeye yol açan davranışına ilişkindir⁸²³. Hareketin haksızlığı, fiile eşlik eden ve onu şekillendiren durumlar

Foerster), 6. Auflage, Urban & Fischer, München, 2015, ss. 92 vd. Karş. Roxin, AT I, § 19 kn. 20 vd.

⁸²⁰ Meier, s. 224.

⁸²¹ NK-Streng, § 46 kn. 51.

⁸²² LK-Theune, § 46 kn. 82.

⁸²³ Schäfer ve diğerleri, kn. 577, 603; Jescheck/Weigend, s. 240; Bernd-Dieter Meier, "Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung Teil I", **Juristische Schulung**, Sayı: 9, 2005, (Strafzumessung Teil I), s. 771; Heinrich, kn. 155.

üzerinden belirlenir⁸²⁴. Bu nedenle suçun işlendiği yer ve zaman, suçun süresi, kullanılan araçlar, fail ve mağdur arasındaki ilişki, suçun gerçekleştirme şekli gibi suçun işleniş biçimini gösteren hususların yakından değerlendirilmesi gerekir⁸²⁵. Suçun işleniş biçimi fiilin objektif yönünü teşkil eder ve hukuk ihlalinin kapsamına ilişkindir⁸²⁶. Ayrıca yükümlülük ihlalinin ölçüsü de hareketin haksızlığının ölçülmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan biridir. Öte yandan hareketin haksızlığının, haksızlığın kişisel/özel boyutunu oluşturduğu da ifade edilmektedir⁸²⁷. Hareketin haksızlığının genellikle objektif ve sübjektif unsurlardan oluştuğu kabul edilmektedir⁸²⁸. Objektif yönünü ifade eden suçun işleniş biçimi ve yükümlülük ihlalinin ölçüsü bakımından bir tartışma yoktur. Ancak sübjektif yönüne ait hususların neler olduğu tartışmalıdır. Bir yandan kast ve taksir biçimlerinin hareketin haksızlığına etki edip etmediği tartışılmaktadır⁸²⁹. Diğer yandan failin kişiliğine atfedilen ve fiilin gerçekleştirilmesinin dışında kalan hususların hareketin haksızlığına dahil olup olmadıkları tartışılmaktadır⁸³⁰. Bu tartışma hem failin kişilik özelliklerinin cezanın belirlenmesi kusuru ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceğine hem de ilişkilendirileceği kabul edilecek olursa bunun hangi bağlamda yapılacağına ilişkindir. Biz kast ve taksirin çeşitlerinin hareketin haksızlığının derecelendirilmesi bakımından önemli ölçütler olduğunu kabul etmekteyiz ve bu konuya ilişkin tartışmayı

⁸²⁴ S/S-Kinzig, § 46 kn. 18; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 113; Fischer, § 46 kn. 32; BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 33.

⁸²⁵ Schäfer ve diğerleri, kn. 631.

⁸²⁶ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 201.

⁸²⁷ Roxin, AT I, § 10 kn. 89 vd.; Stadler, s. 212. Neticenin haksızlığının haksızlığın objektif yönünü, hareketin haksızlığının ise haksızlığın sübjektif yönünü oluşturduğu şeklindeki düşünce yanlıştır. Keçelioğlu, s. 27.

⁸²⁸ Jescheck/Weigend, AT, s. 887; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 79 vd., 93 vd.; S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff. kn. 56.

⁸²⁹ Karş. Hörnle, Umstände, s. 119; Stadler, s. 217; LK-Theune, § 46 kn. 102, 125; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 96; NK-Streng, § 46 kn. 55; Schäfer ve diğerleri, kn. 618.

⁸³⁰ Özellikle bkz. ve karşı. Peter Schneider, **Die Täterpersönlichkeit – Irrationaler Kern der Strafzumessung?**, Druck awd. Zollikon, Zürich, 1979; Ernst Heinitz, “Strafzumessung und Persönlichkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 63, Sayı: 1, 1951, (Persönlichkeit), ss. 57 vd. Kusurun değerlendirilmesinde failin kişiliğinin gözetilmemesi gerektiği yönünde bkz. Stratenwerth, ss. 28 vd.; Cezanın belirlenmesinde hareketin haksızlığına sınırlı olarak yer verilmesi gerektiği yönünde bkz. Hörnle, Umstände, ss. 119 vd.; Hörnle, Schuldurteilen, ss. 97 vd.; Matthias Jahn ve Charlotte Schmitt-Leonardy, “Reintegration durch Strafe?. Die neuere Diskussion um den Strafzweck der Resozialisierung”, **Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag**, (Ed. Christoph Safferling, Gabriele Kett-Straub, Christian Jäger ve Hans Kudlich), C. F. Müller, Heidelberg, 2017, ss. 508 vd.

aşağıda ilgili başlık altında ele almaktayız. Ancak failin kişilik özellikleri üst başlığı altında ele alınan hususlara yönelik yaklaşımımızı belirtmeden önce bir ön açıklama yapmayı faydalı bulmaktayız.

Failin kişiliğine ilişkin özelliklerden olarak genellikle failin kişisel ve ekonomik ilişkileri, önceki yaşantısı ve özellikle önceden suç işleyip işlemediği, davranışlarını anlama ve yön verme yetisi, yaşı, sağlık durumu, eğitimi, mesleği ve amaç, saik, haksızlık yanılığı gibi suçun ruhsal/psşik unsurları sayılmaktadır⁸³¹. Günümüzde ceza hukukunun fail değil fiil ceza hukuku olduğu kabul edilmektedir⁸³². Fail, kişilik yapısı ya da yaşam biçimi nedeniyle değil, işlemiş olduğu haksızlık nedeniyle cezalandırılmaktadır⁸³³. Bununla birlikte fiil ve faili birbirinden kesin bir şekilde ayırmak mümkün değildir. Fiil failin bir eseri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle failin kişiliği, fiile ve failin kusurunun ağırlığına ilişkin bir ipucu verebilir⁸³⁴. Dolayısıyla fiil ceza hukukuna ya da fiil kusuruna atıfla doğrudan bu tür hususların cezanın belirlenmesinde gözetilemeyeceğine karar vermek yerine failin kişiliğinin ne ölçüde fiile yansıdığı ve haksızlığın ağırlığının ölçülmesinde hangi kapsamda failin kişiliğine ilişkin hususlara dayanılabileceğinin ayrıntılı olarak tartışılması gerekmektedir.

Bu tartışmada ileri sürülen görüşlere kısaca bakabiliriz. Failin kişiliğinin fiile ilişkin olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu kabul eden görüşe göre değerlendirme konusu olan kişilik özelliklerinin mutlaka fiil ile dışa vurulmuş olması gerekir⁸³⁵. Bu özellikler fail ve fiil arasında ilişki kurulmasını ve fiil kusurunun anlaşılmasını sağlamalıdır⁸³⁶. Fiil ve onun haksızlık içeriği ile sıkı bir ilişki içerisinde olan karakter özelliklerinin (örneğin açgözlülük, zalimlik, onaylanma ihtiyacı gibi) göz önünde bulundurulması mümkündür⁸³⁷. Burada söz konusu olan failin kendisinin itibarsızlaştırılması veya aşağılanması değildir; bunun yerine fiilin

⁸³¹ Bruns/Güntge, ss. 246, 252, 264; Schneider, ss. 22-26.

⁸³² Roxin, AT I, § 6 kn. 1 vd.; S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff. kn. 3, 105 ve 106.

⁸³³ Roxin, AT I, § 6 kn. 1; S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff. kn. 3.

⁸³⁴ Benzer yönde bkz. ve karşı. Stadler, ss. 213 vd. Failin kişiliğinin, fiile ilişkin olarak değerlendirilmesi (*Die tatbezogene Würdigung der Täterpersönlichkeit*) gerekir. Bruns/Güntge, ss. 244-245.

⁸³⁵ Jescheck/Weigend, AT, s. 889; Erhard, s. 58.

⁸³⁶ Fischer, § 46 kn. 37b.

⁸³⁷ Tobias Kulhanek, "Befriedende Strafzumessung im Tatstrafrecht", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sayı: 2, 2020, s. 68; Fischer, § 46 kn. 42a; LK-Theune § 46 kn. 7; MüKo-Miebach/Maier § 46 kn. 229; Stadler, s. 214.

işleniş biçiminin sosyal zararlılığının değerlendirilmesidir⁸³⁸. Bir diğer anlatımla aynı suça iştirak etmiş olan şerikler dahi kendi kusurlarının ölçüsüne göre gerekirse farklı şekillerde cezalandırılmalıdırlar⁸³⁹. Buna karşılık HÖRNLE hem cezanın belirlenmesi kusurunun failin özellikleri göz önünde bulundurularak belirlenmesinin mümkün olmadığını hem de bunun kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olmadığını savunmaktadır⁸⁴⁰. Bu konuda nasıl karar verilmesi gerektiğini her bir husus bakımından ayrıca incelemek gerekmektedir.

Her ne kadar failin kişilik özellikleri olarak sayılan hususlar genellikle hareketin haksızlığına etki eden hususlar olarak ele alınmakta ise de⁸⁴¹ MEIER bu hususları haksızlığın kınanabilirliği kapsamında ele almaktadır⁸⁴². Bir diğer ifade ile MEIER bu hususların cezanın belirlenmesi kusuru ile ilişkili olduklarını ancak hareketin haksızlığının değil haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsünü ifade ettiklerini kabul etmektedir. Aslında bu yaklaşımların bir noktada kesiştiklerini söyleyebiliriz. Zira bu hususları hareketin haksızlığı kapsamında kabul edenler, hareketin haksızlığını da failin davranışının kınanabilirliğinin ölçüsünü gösteren bir unsur olarak görmektedirler⁸⁴³. Sınıflandırma sadece estetik bir mesele olmayıp bir hususun hangi kapsamda ve ölçüde değerlendirmeye konu olacağını ve hangi açıdan önem arz edeceğini belirlemek bakımından önemlidir. Örneğin, MEIER, failin kişisel ve ekonomik ilişkilerini ve önceki yaşantısını failin kavrama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği kapsamında haksızlığının kınanabilirliğinin ölçülmesinde değerlendirmektedir⁸⁴⁴. Böylece failin kişiliğine ilişkin bu hususların cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmeleri meselesi daha net ve belirli bir

⁸³⁸ Roxin, AT I, § 6 kn. 16.

⁸³⁹ Kulhanek, s. 68.

⁸⁴⁰ Hörnle, Schuldurteilen, ss. 94 vd.

⁸⁴¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 604; Stadler, ss. 217 vd. STADLER, suçun işleniş biçimi ve yükümlülük ihlalinin ölçüsünün yanında failin kişisel ve ekonomik ilişkilerini de failin objektif yönünde görmektedir. Yazara göre hareketin haksızlığının subjektif yönüne şunlar girmektedir: failin amacı, saiki, kendini fiilde gösteren zihniyeti ve fiilde kullanmış olduğu iradesi. Stadler, ss. 221, 224, 225. Hareketin haksızlığının subjektif yönünü failin saiki ve amacının oluşturduğu yönünde ayrıca bkz. ve karşı. S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 93 vd.; Jens Brögelmann, "Methodik der Strafzumessung", **Juristische Schulung**, Sayı: 9, 2002, s. 907; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 555; Jescheck/Weigend, AT, s. 887 vd.

⁸⁴² Meier, s. 223.

⁸⁴³ Schäfer ve diğerleri, kn. 603.

⁸⁴⁴ Meier, ss. 208, 211 vd., 223.

şekilde ele alınmış olmaktadır. Biz de bu hususların cezanın belirlenmesi kusuruna etkisinin, failin kınanabilirliği bağlamında onun fiili kavrama ve davranışlarına yön verme yetisine etkileri ölçüsünde değerlendirilmesi gerektiğine katılmaktayız. Bununla birlikte failin saik ve amacının hem hareketin haksızlığı kapsamında hem de haksızlığın kınanabilirliği kapsamında değerlendirilebileceği durumlar olduğundan bu hususun net bir şekilde belirli bir başlık altına yerleştirilmesi daha güçtür. Yine de failin saik ve amacının faili suç işlemeye yönelten motivasyona ilişkin hususlar olmaları nedeniyle hareketin haksızlığında değil haksızlığın kınanabilirliği başlığı altında değerlendirmeyi tercih etmekteyiz⁸⁴⁵.

Özetle, hareketin haksızlığı/değersizliği, haksızlığın kişisel yönünü ifade ettiği için bir yandan objektif-dışsal unsurlar diğer yandan sübjektif-içsel unsurlar üzerinden değerlendirilmelidir. Aşağıda hareketin haksızlığının belirlenmesi bağlamında suçun işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin ölçüsü, kast ve taksirin çeşitleri değerlendirilmektedir.

b. Suçun işleniş biçimi

Suçun işleniş biçimi, fiilde kullanılan iradenin gerçekleştirilmesidir. Bu bakımdan hareketin haksızlığı/değersizliğinin ölçülmesinde oldukça önemli bir husustur⁸⁴⁶. Farklı suçlarda suçun işleniş biçimleri farklı yoğunluklarda olabilir. Bu suçlara verilecek olan cezanın da bu farklılığa uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir. Suçun işlendiği yer ve zaman, suçun süresi, kullanılan araçlar, fail ve mağdur arasındaki ilişki suçun işleniş biçimini belirten önemli ölçütlerdir⁸⁴⁷. Bu hususların değerlendirilmesinde çifte değerlendirme yasağı bakımından dikkatli davranılması gerekir. Zira bu hususların çoğu suçun basit halinin ya da nitelikli halinin bir unsuru olarak düzenlenmektedir⁸⁴⁸. Örneğin, TCK m. 143 hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesini cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlemektedir. Ayrıca mahkemenin kendi değerlendirmesi, kanun koyucunun değerlendirmesi ile

⁸⁴⁵ Hörnle, Umstände, s. 121-122; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 96. Karş. Meier, s. 203.

⁸⁴⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 631; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 201; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 113.

⁸⁴⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 631; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 201; S/S-Kinzig, § 46 kn. 18; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 113.

⁸⁴⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 631; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 201; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 113.

çelişmemelidir. Örneğin, bir suçun işlenmesinde kullanılan silahın türü bakımından özellikle tehlike olarak nitelendirilmesi, ilgili ateşli silahlar kanunundaki nitelendirme ile çelişiyor ise hukuken hatalı olur⁸⁴⁹.

Fail hukuki anlamda tek bir hareketle birden fazla suç tipini ya da aynı suç tipinin birden fazla seçimlik hareketini gerçekleştiriyor ise bu durum sadece hareketin haksızlığını arttırıyor ise cezayı da arttırabilir⁸⁵⁰. Bu durum hem aynı ağırlıkta olan seçimlik hareketler hem de farklı ağırlıklarda olan seçimlik hareketler için geçerlidir⁸⁵¹. Örnek olarak TCK m. 204'te düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunu veya göçmen kaçakçılığı suçunu verebiliriz. Suç tipinde sayılan seçimlik hareketlerden bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek ve sahte resmi belgeyi kullanmak hareketlerinin her ikisini de işleyen failin hareketinin değersizliğinin sadece birini işleyen bir faile göre daha ağır olduğu söylenebilir. Genellikle tek bir hareketle birden fazla suç tipi ya da seçimlik hareket gerçekleştirildiğinde hareketin haksızlığı da artmaktadır, ancak bazı hallerde hareketin haksızlığı değişmez. Örneğin içtima ilişkisi çerçevesinde suçlardan biri diğerinin ardına çekiliyor ise⁸⁵². Dolayısıyla böylesi durumlarda otomatik olarak hareketin haksızlığının arttığından söz edilemez. Örneğin, bileşik suç olan yağma suçu işlenirken mağdurun tehdit edilmesi – ve dolayısıyla tek bir hareketle birden fazla suç normunun ihlal edilmiş olması – tek başına hareketin değersizliğini arttırmayacaktır. Örneğin, failin mağduru öldürmek kastıyla beş el ateş ettiği, mağduru yaralayıp yoldan geçen bir diğer kişiyi öldürdüğünü varsayalım. Bu durumda fikri içtima nedeniyle faile sadece en ağır olan ceza verilecektir ancak temel cezanın belirlenmesinde bu durum göz önünde bulundurulacaktır.

Failin fiili özellikle daha acımasızca, vahşice, zalimane ya da ısrarcı bir şekilde işlemesi hareketin haksızlığını ağırlaştırır⁸⁵³. Buna karşılık fiilin amatörce işlenmiş olması hareketin haksızlığını azaltabilir. Zira planlanarak icra edilen bir fiile göre amatörce işlenen fiilin haksızlığının daha az yoğun olduğu söylenebilir⁸⁵⁴. Ceza

⁸⁴⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 633.

⁸⁵⁰ S/S-Kinzig, § 46 kn. 19, 21; Schäfer ve diğerleri, kn. 633; Meier, s. 200; LK-Theune, § 46 kn. 130.

⁸⁵¹ LK-Theune, § 46 kn. 130.

⁸⁵² Schäfer ve diğerleri, kn. 633.

⁸⁵³ LK-Theune, § 46 kn. 139; Meier, s. 200.

⁸⁵⁴ Fischer, § 46 kn. 33.

kanununda, özellikle de nitelikli hal düzenlemelerinde hakime fiile ilişkin hususları değerlendirmesinde yol gösterecek haksızlığın ağırlığına ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır. Bunlara örnek olarak silah, tehlikeli araçların kullanılması ya da cebre başvurulması verilebilir⁸⁵⁵. Çifte değerlendirme yasağını gözeterek hakim bu hususları suçun işleniş biçimi kapsamında hareketin haksızlığını ölçerken gözetebilir. Ayrıca failin icrai nitelikte mi ihmali nitelikte mi olduğu da hareketin değersizliği bakımından önemlidir. Tabi ki bunun için ilgili suç tipinin hem icrai hem de ihmali olarak işlenebiliyor olması gerekir. Suçun işleniş biçiminin bütüncül olarak değerlendirilmesinin ardından ihmal suretiyle işlenmiş olması hareketin haksızlığını azaltıcı yönde değerlendirilebilir⁸⁵⁶.

Failin suçu işlemek için aşması gereken güçlükler ne kadar büyük ise ve bu amacını ne kadar kararlılıkla sürdürmüş ise failin kusuru da o kadar ağırdır ve fiilinden ötürü o denli kınanabilir. Dolayısıyla failin suç işlemekteki iradesinin yoğunluğu, suçun işlenişinde dışa vurması koşuluyla hareketin haksızlığını belirlemektedir. Failin kontrol mekanizmalarındaki eksiklikler veya mağdurun güvenmeye meyilli olması suçun işlenişini kolaylaştırmış ise failin suç işleme iradesinin daha az yoğun olduğu değerlendirilebilir. Suçun işlenmesi için kapsamlı ve detaylı bir hazırlığın yapılması, suçun oldukça rafine bir şekilde işlenmesi veya suçun açığa çıkmasını engellemeye yönelik önlemlerin alınması da daha yüksek bir suç iradesine ve daha ağır bir haksızlığa işaret etmektedirler⁸⁵⁷.

Genellikle suça iştirak iradesi olmayan üçüncü kişilerin suça dahil edilmesi/suç işlenirken onların kullanılması hareketin haksızlığını arttırmaktadır⁸⁵⁸. Suçun birden fazla fail ile birlikte işlenmesi halinde de eğer bu şekilde suçla korunan hukuki değer üzerinde özellikle bir tehlike yaratılmakta ise hareketin haksızlığının artması söz konusu olur. Hem organize ve planlı olarak hem de spontane olarak gelişen olaylarda birden fazla failin suçu birlikte işlemelerinin hareketin haksızlığını ağırlaştırdığı değerlendirilebilir. Dolayısıyla mutlaka önceden planlanmış olması gerekmemektedir. Burada önemli olan tehlikenin bu suretle artıp artmadığıdır⁸⁵⁹. Bir diğer önemli nokta

⁸⁵⁵ Meier, s. 200.

⁸⁵⁶ LK-Theune, § 46 kn. 143; Meier, s. 201.

⁸⁵⁷ Meier, s. 205.

⁸⁵⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 634.

⁸⁵⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 634.

ise suçun bu şekilde işlenmiş olmasının faillerin iradelerine etki edip etmediğinin araştırılmasıdır. Zira grup dinamikleri kişilerin direncini kırarak suç işlemelerine neden olabilir⁸⁶⁰.

Suçun işleniş biçimi kapsamında yapılan değerlendirmelerin önceden şematik bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bir diğer ifade ile bir hususun hareketin haksızlığını hangi yönde etkileyeceğinin genel bir kurala bağlanması mümkün değildir. Aynı husus farklı olaylarda farklı şekillerde değerlendirilebilir. Suçun birden fazla kişi tarafından beraber işlenmiş olması durumu da buna bir örnektir⁸⁶¹. Suçun işlendiği yerin hareketin haksızlığına etkisi de bu şekildedir. Suçun mağdura karşı açık bir alanda örneğin sokak ortasında işlenmiş olması cüretkar ve hatta arsızlık olarak nitelendirilip hareketin haksızlığını ağırlaştırabilirken; suçun özellikle korunmaya değer bir yerde işlenmiş olması (mağdurun konutu gibi) da düşüncesizlik ve saygısızlık olarak nitelendirilip hareketin haksızlığını ağırlaştırabilir⁸⁶². Benzer durum suçun işlendiği zaman için de geçerlidir. Bir suçun gece vakti işlenmesinin hareketin değersizliğini ağırlatıp ağırlatmayacağını somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Suçun işlendiği zaman hareketin değersizliğine ilişkin sadece bir emare niteliğindedir⁸⁶³. TCK m. 143'te hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi cezayı ağırlatıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Kanaatimizce suçun zamanına ilişkin böylesi düzenlemelerde kanuni zorunlu bir artırım yerine takdiri artırım yöntemi benimsenmelidir. Zira suçun gece işlenmiş olması mutlaka hareketin haksızlığında kayda değer bir artışın olmasını gerektirmemektedir. Kanun koyucu bu gibi hallerde cezanın arttırılmasını istiyorsa da en azından sabit bir artırım oranı belirlememeyi tercih edebilir.

Suçun işleniş biçiminin göstereceği farklılıklar ve özellikler sadece tek bir suçun işlenmesi ile sınırlı değildir. Suçların içtimaı halinde de suçun işleniş biçiminde meydana gelen farklılıklar cezanın belirlenmesinde önem arz edebilirler. Örneğin, zincirleme suç teşkil edecek olan suçların uzun bir zaman aralığına yayılmış olması durumu hareketin değersizliği bağlamında değerlendirilmelidir. Eğer uzun zaman

⁸⁶⁰ Schäfer ve diğerleri, kn. 622, 634. Benzer yönde bkz. NK-Streng, § 46 kn. 61.

⁸⁶¹ Meier, s. 200.

⁸⁶² LK-Theune, § 46 kn. 127; Meier, s. 200.

⁸⁶³ Meier, s. 200.

aralığı failin önceden daha fazla sayıda suç işlemeyi planladığını ve hukuka aykırı davranma zihniyetini dışa vuruyor ise hareketin değersizliğini ağırlaştırdığından söz edilebilir⁸⁶⁴. Zincirleme suçun uzun bir zaman aralığına yayılmış olması her zaman planlı olarak hareket edildiğini göstermez. Failin, suçun açığa çıkmıyor olmasından aldığı cesaretin ürünü de olabilir.

Son olarak, kusur yeteneğini azaltan bir durum söz konusu ise ve suçun işleniş biçiminin cezaya etkisinin kusurda meydana gelen azalma göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir⁸⁶⁵.

c. Yükümlülük ihlalinin ölçüsü

Yükümlülük ihlalinin ölçüsü, hareketin haksızlığını belirlerken başvurulacak önemli ölçütlerden bir diğeridir. Özellikle taksirle işlenen suçlarda, gerçek olmayan ihmal suçlarında ve özel bir hukuki yükümlülük içeren suçlarda önem arz eder⁸⁶⁶. Failin ona yüklenmiş özel bir yükümlülüğü ihlal etmesi hareketin haksızlığını arttırabilir⁸⁶⁷. Yükümlülük ihlalinin ağırlığı, failin kişisel yetileri uyarınca ne ölçüde yükümlülük ihlalinden kaçınabilir olduğuna bağlıdır. Somut olayda failin yapamayacağını bildiği ya da bilmesi gereken riskli bir görevi üstlenmesi taksirle hareket etmiş olduğu şeklinde değerlendirilebilir⁸⁶⁸. Dolayısıyla failin yükümlülüğü yerine getirebilir olmaması, yükümlülük ihlalinden kaçınabilir olmaması, onu sorumluluktan kurtarmayabilir.

Taksirle işlenen suçlarda yükümlülük ihlalinin ve özensizliğin ağırlığı hareketin haksızlığının ağırlığını belirlemektedir. Haksızlığın ağırlığı objektif özen yükümlülüğünün ihlali, hafif kusur, ağır kusur (*Leichtfertigkeit*) gibi nitelemelerle belirlenir. Günlük yaşam bağlamında küçük sayılacak bir hata yapan kişinin hareketinin haksızlığı, çok önemli bir dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden kişinin hareketinin haksızlığından daha hafif olacaktır⁸⁶⁹. Buna karşılık olarak Alman

⁸⁶⁴ BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 33.

⁸⁶⁵ S/S-Kinzig, § 46 kn. 18.

⁸⁶⁶ BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 32.

⁸⁶⁷ LK-Theune, § 46 kn. 125; S/S-Kinzig, § 46 kn. 17; Meier, s. 201.

⁸⁶⁸ S/S-Kinzig, § 46 kn. 35.

⁸⁶⁹ Hörnle, Umstände, s. 1119.

öğretisinde baskın olarak bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir arasındaki ayrımın kusurun ölçüsüne etki edemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁷⁰. Yükümlülük ihlalinin ölçüsü gerçek olmayan ihmal suçları ve suç tipinde özel bir hukuki yükümlülük ihlalinin düzenlendiği suçlarda da önemlidir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantör sorumluluğunun ihlalinin kapsamı değerlendirilmelidir. Suç tipinde özel bir hukuki yükümlülüğün öngörüldüğü suçlara örnek olarak cinsel istismar veya cinsel taciz suçu verilebilir. Bu suçlar, koruma, bakım veya gözetim yükümlüsü olan kişi tarafından işlendiğinde bu yükümlülük ihlalinin ölçüsüne hareketin değersizliğini belirlemek için başvurulmalıdır. Bu tür suçlarda failin yükümlülüğü yerine getirmesinin ne kadar mümkün ve beklenebilir olduğu da önemli bir kıstastır. Mesleki veya sosyal yükümlülüklerin ihlalinde bu yükümlülüğün ilgili sosyal çevre açısından anlamının ne olduğu ve failin konumu ile fiili arasında fiilin değersizliğini arttıran bir ilişkinin olup olmadığı araştırılmalıdır⁸⁷¹.

Mağdurun fiile sebebiyet vermiş olmasının hareketin haksızlığını azalttığı söylenebilirse de tam tersinin hareketin haksızlığını arttırdığı kabul edilemez⁸⁷².

d. Kast ve Taksirin Çeşitleri

TCK, taksir ve kast arasındaki farka büyük bir önem atfetmektedir. Aynı neticeye yol açılması bakımından taksirle işlenen suçlar ile kasten işlenen suçlar arasında ceza miktarı bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. Örneğin, kasten öldürme, taksirle öldürme, kasten yaralama, taksirle yaralama. Cezanın belirlenmesi kusuru ve hareketin haksızlığı bakımından önemli olan husus ise kast ve taksirin çeşitli biçimlerinin kendi içlerinde kademelendirilebilir olup olmadıklarıdır. Kastın ve taksirin çeşitli biçimleri düzenlenmektedir. Kastın biçimleri, doğrudan kast, olası kast iken taksirin çeşitleri bilinçli taksir ve basit taksirdir.

Taksirli suçlar bakımından hareketin haksızlığının belirlenmesinde yükümlülük ihlalinin ölçüsünün önemli bir ölçüt olduğunu yukarıda açıklamış

⁸⁷⁰ LK-Theune, § 46 kn. 125; S/S-Kinzig, § 46 kn. 17; Meier, s. 201. Aksi yönde bkz. ve karş. Hörnle, Umstände, s. 120.

⁸⁷¹ Meier, 202; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 199; LK-Theune, § 46 kn. 119 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 627.

⁸⁷² BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 32.

bulunmaktayız. Burada ise taksirin öngörülebilirlik unsuru üzerine bir değerlendirme yapmaktayız. Hareketin haksızlığının ağırlığı bakımından basit taksir ile bilinçli taksir arasında bir fark olup olmadığı Alman öğretisinde tartışmalıdır. Bilinçli taksir, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının farkındadır ancak neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde bir kanaati bulunmaktadır. Basit taksirde ise fail neticenin gerçekleşme riskinin farkında değildir. Basit ve bilinçli taksir arasındaki farkın cezanın belirlenmesi kusurunu etkilemeyeceğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁸⁷³. Basit ve bilinçli taksir arasında haksızlığın ağırlığı bakımından bir fark bulunmamaktadır. Objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin ölçüsü bakımından her ikisi de *ceteris paribus* eşittir⁸⁷⁴. Ancak bu görüş isabetli değildir. Zira hareketin haksızlığı, failin bir ceza normunun uyarıcı etkisini göz ardı etmesi üzerinden de ölçülebilir. Basit taksirde fail öngörülebilir bir neticeyi öngörmemekte ve farklı bir şekilde davranması gerektiğini fark etmemektedir. Oysaki bilinçli taksirde fail bir zarar neticesinin ortaya çıkma ihtimalini/tehlikesini farkındadır ve buna rağmen hukuka aykırı şekilde davranmaktadır. Bu bakımdan basit taksire göre bilinçli taksirle işlenen bir haksızlığın ağırlığı daha fazladır⁸⁷⁵.

Kast ise üç farklı şekilde meydana gelebilir.⁸⁷⁶ Birinci dereceden doğrudan kast, ikinci dereceden doğrudan kast ve dolaylı kast. Alman öğretisindeki baskın görüşe göre doğrudan kast ve dolaylı kast arasındaki fark cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına etki etmez⁸⁷⁷. Kast biçimleri cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılmaya uygun değildir. Farklı kast biçimlerinde ne haksızlığın ne de hukuka uygun davranma yetisinin ölçüsü değişmektedir. Bu nedenle kast biçimleri sadece failin düşüncelerini ve amaçlarını değerlendirirken kullanılabilirler⁸⁷⁸. Buna göre şematik bir değerlendirme hatalı olacaktır. Kastın şeklinin cezanın belirlenmesine ilişkin olabilmesi için failin amacı ve anlayışı ile birlikte değerlendirilmeleri gerekir.

⁸⁷³ LK-Theune, § 46 kn. 125; S/S-Kinzig, § 46 kn. 17; Meier, s. 201.

⁸⁷⁴ Bilinçli taksirde fail haksızlık bilinci ile hareket etmektedir. Basit taksirde ise haksızlık bilinci bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir haksızlık yanılması söz konusudur. Al. CK parag. 17 uyarınca bu haksızlık hatasının kaçınılabilirlik ölçüsü kusurun ağırlığı bakımından önemli olabilir. SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 125.

⁸⁷⁵ Hörnle, Umstände, s. 120.

⁸⁷⁶ Özbek ve diğerleri, s. 263.

⁸⁷⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 618; LK-Theune, § 46 kn. 102; NK-Streng, § 46 kn. 55; HK-GS, Kempfer, § 46 kn. 21; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 194; Frisch, BGH, s. 290; Meier, s. 206.

⁸⁷⁸ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 194; Frisch, BGH, s. 290; Meier, s. 206.

Önemli olan hareketin amacı ve suçun işleniş biçimidir. Bu nedenle olası kastla işlenen bir suçun doğrudan kastla işlenen bir suçtan daha ağır olması mümkündür⁸⁷⁹. Kastın biçimi fiil motivasyonundan ayrı olarak düşünülemez. Kastın biçiminin değerlendirilmesi aynı hususun iki kere değerlendirilmesine ve bozulmuş bir kusur değerlendirmesin yol açar. Sadece kastın şekline dayanılarak cezanın azaltılması veya artırılması kabul edilemez⁸⁸⁰. Alman Federal Mahkemesi bu konuda istikrarlı bir içtihadı sahip değildir. Bazı kararlarda doğrudan kastın ağırlaştırıcı yönde değerlendirilmesi çifte değerlendirme yasağının bir ihlali olarak değerlendirilmektedir. Zira örneğin kasten öldürme suçu kural olarak doğrudan kastla işlenebilir. Bununla birlikte failin belli bir amaçla/saikle mağduru öldürdüğü olaylarda bu durumun cezayı ağırlaştırdığına hükmeden kararlar da mevcuttur⁸⁸¹.

Ancak amaçla hareket edildiğinde hareketin haksızlığının dolaylı kasta nazaran daha fazla olduğu söylenebilir. Failin doğrudan tipik neticeye yönelmiş olduğu bir durum, neticeyi istemediği ama göze aldığı bir duruma nazaran, hem mağdur ve suçla korunan hukuki değer açısından daha tehlikeli bir hal yaratmaktadır hem de ceza normunun daha da fazla göz ardı edildiğini göstermektedir⁸⁸².

2. Neticenin Haksızlığına (*Erfolgsunrecht*) İlişkin Olan Hususlar

a. Tipik neticenin türü ve ağırlığı

Neticenin haksızlığı (neticenin değersizliği) kapsamındaki netice ile öncelikle suçun konusu üzerinde meydana gelen somut zarar ya da tehlikenin derecesi/yoğunluğu kastedilmektedir. Somut zarar ya da tehlikenin yoğunluğu, bunun biçimi ve ağırlığı üzerinden tespit edilir⁸⁸³. Zarar ve tehlike neticeleri, hukuken

⁸⁷⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 618.

⁸⁸⁰ NK-Streng, § 46 kn. 55.

⁸⁸¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 618a. Bu kararlarda failin hukuki menfaatin ihlaline yönelik iradesinin sosyal değersizlik yargısını gerektirecek bir ölçüye ulaştığı ifade edilmektedir. Meier, s. 206.

⁸⁸² Kişiyeye karşı işlenen suçlar açısından doğrudan kast ve dolaylı kast arasında hareketin haksızlığı bakımından bir ağırlık farkı olacağını savunan HÖRNLE, toplumun geneline karşı işlenen suçlarda aynı değerlendirmeye gidilemeyeceği kanaatindedir. Hörnle, Umstände, s. 120.

⁸⁸³ Bruns, s.153; Jescheck/Weigend, s. 240; Maurach/Zipf, § 17 kn. 25 vd.; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Franz Vahlen, München, 2008, (AT), § 3 kn. 3; Meier, s. 197; Schäfer ve diğerleri, kn. 588.

korunan değerin ihlal yoğunluğu bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Zarar neticesinde gerçekten de bir zarar meydana gelmekte iken, tehlike neticesinde zararın meydana gelmesine ilişkin soyut ya da somut bir tehlike ortaya çıkmaktadır⁸⁸⁴. Suç tipinde bir zarar neticesine yer verilmesi kural, tehlike neticesi ile yetinilmesi ise istisnadır⁸⁸⁵. Tipik neticenin ağırlığına ilişkin kademelendirme iki şekilde yapılabilir: nitel ve nicel kademelendirme. Nicel kademelendirmede bir fiil ile kaç kişinin mağdur edildiğine bakılmaktadır, nitel kademelendirme de ise zarar ya da tehlikenin türü ve ağırlığına bakılmaktadır. Örnek olarak vücut bütünlüğüne ya da malvarlığına karşı işlenen suçlarda bir hareket ile mağdur edilen kişi sayısı nicel yönden neticenin değersizliğini ortaya koyarken, yaralamanın veya maddi zararın tür ve ağırlığı ya da ticareti yapılan uyuşturucu maddenin miktarı ve tehlikeliliği nitel yönden neticenin değersizliğini belirtmektedir. Burada tipte öngörülen neticenin haksızlığı söz konusu olduğu için bu netice bakımından failin kusurlu olması gerekir⁸⁸⁶.

Tipik neticenin türü ve ağırlığı genellikle cezanın belirlenmesinde merkezi bir öneme sahiptir ve bu nedenle dikkatli bir şekilde incelenmelidir⁸⁸⁷. Bununla birlikte sadece neticenin ağırlığına dayalı şematik bir cezanın belirlenmesi yöntemi benimsenemez. Zira neticenin haksızlığının yanı sıra hareketin haksızlığı da kusurun ölçüsü bakımından belirleyicidir⁸⁸⁸. Genellikle belirli bir neticenin gerçekleştirilmesi tipikliğin bir koşuludur. Sadece tipik neticenin meydana gelmiş olmasına dayanılarak cezanın ağırlaştırılması yoluna gidilemez, zira çifte değerlendirme yasağı buna engeldir⁸⁸⁹. Neticenin haksızlığının ölçülmesinde sadece çifte değerlendirme yasağını gözetmek değil, aynı zamanda da failin belirli bir davranışının hareketin mi yoksa neticenin mi değersizliği kapsamında değerlendirileceğinin ayrımını yapmak da önemlidir. Bu bakımdan failin davranışlarından hangilerinin suçun işleniş biçimi olarak değerlendirileceği ve hangilerine fiilin etkilerinin atfedileceği arasında ayrım yapılmalıdır⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ Maurach/Zipf, § 17 kn. 26.

⁸⁸⁵ En azından kanun koyucudan bu beklenmektedir.

⁸⁸⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 588.

⁸⁸⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 588.

⁸⁸⁸ S/S/W- Eschelbach, § 46 kn. 103; NK-Streng, § 46 kn. 57.

⁸⁸⁹ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 213.

⁸⁹⁰ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 214.

Tipik neticenin türü ve ağırlığı bakımından hangi hususların önemli olabileceğine temel suç tipleri üzerinden örnekler verebiliriz. Hayata karşı suçlarda mağdur sayısının neticenin haksızlığı bakımından anlamlı bir ölçüt olabileceği ileri sürülmektedir⁸⁹¹. Bu suçlarda nicel bir değerlendirmenin dışında nitel bir değerlendirmeye gidilmesi ise pek mümkün görünmemektedir⁸⁹². Zira her insanın yaşamı aynı ölçüde değerlidir ve insan yaşamının değeri derecelendirilemez, karşılaştırılmazdır. Bu nedenle mağdurun yaşı (yaşlı veya çocuk olması) veya diğer özellikleri (örneğin saygın bir yaşantı sürdürmüş olması, topluma faydalı bir birey olması) neticenin değersizliğini arttıran ya da azaltan hususlar olarak ileri sürülemez. Örneğin mağdurun henüz genç olduğundan ve yaşam beklentisinin yüksek olduğundan bahisle neticenin değersizliğinin daha ağır olduğu değerlendirilmesinde bulunulamaz⁸⁹³. Öte yandan failin ölümcül bir hastalığı bulunan mağduru dayanılması güç acılardan kurtarmak için öldürmüş olması halinde daha farklı bir değerlendirmeye gidilebilir⁸⁹⁴. Ayrıca ölüm neticesinin üçüncü kişiler özellikle de aile üyeleri üzerinde yarattığı etkilerin/sonuçların neticenin değersizliğini arttırdığı değerlendirilebilir⁸⁹⁵. Bu tür etkilerin/sonuçların aslında fiilin tipik olmayan sonuçları kapsamına girdiğini belirtmek isteriz.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda yaralamanın tür ve ağırlığı, örneğin mağdurun yaşamının uzun bir döneminin etkilenmesi veya hayati tehlikenin meydana gelmesi gibi durumlar önemlidir. Cinsel suçlarda şiddetin ya da tehdidin ölçüsü ve mağdurun cinsel özgürlüğünün-otonomisinin ne ölçüde ihlal edildiği önemlidir. Malvarlığına karşı suçlarda suça konu malın ya da ekonomik faydanın değeri asli bir husus iken yağma ve şantaj suçlarından bu değere ek olarak uygulanan şiddetin ve

⁸⁹¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 590. Buna uygun olarak TCK taksirle öldürme suçunda birden fazla kişinin ölümüne neden olan kişinin cezasını ağırlaştırmıştır (TCK m. 85/2). Kasten işlenen suçlar bakımından aynı neviden fikri içtima hükümlerine gitmek mümkün değildir, her bir suç ayrı ayrı cezalandırılacaktır (TCK m. 43/2, 3). Bu bakımdan neticenin değersizliği değerlendirmesinde artık başka kişilerin de ölmüş olduğu-mağdur sayısının fazla olduğu göz önünde bulundurulamaz.

⁸⁹² Centel ve diğerleri, s. 586.

⁸⁹³ Schäfer ve diğerleri, kn. 590; Meier, s. 198; S/S/W- Eschelbach, § 46 kn. 103.

⁸⁹⁴ LK- Theune, § 46 kn. 148. Ancak burada failin saiki nedeniyle kıyanabilirliği ya da hareketin değersizliği azalmış denilebilir. Kanaatimizce acılı bir hayatın sona erdirilmiş olmasında neticenin değersizliğinin azaldığı söylenemez.

⁸⁹⁵ Örneğin, annelerinin ölümünün küçük çocukları üzerindeki etkisi veya 40 yılı aşkın bir süredir evli olan eşlerden birinin ölümünün diğeri üzerindeki etkisi, Schäfer ve diğerleri, kn. 590, 598. Aynı yönde ve yargı kararlarından örnekler için bkz. LK- Theune, § 46 kn. 149.

tehdidin ölçüsü, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarında mağdurun uğradığı zararın türü ve ölçüsü de değerlendirilmelidir⁸⁹⁶.

Fiilin sonuçlarının cezanın miktarına etkisinin önceden şematik bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Tipik hareketin meydana getirdiği neticeler neticenin haksızlığını somut olayın koşullarına göre arttırabileceği gibi azaltabilir de. Örneğin, benzer durumlarda genellikle meydana gelen zarardan (ya da meydana gelmesi beklenen zarardan) daha az yoğunlukta bir zararın meydana gelmesi halinde neticenin haksızlığının azaldığından söz edilebilir. Buna karşılık olarak tipik hareketin daha ağır bir zarar meydana getirdiği varsayımından hareketle neticenin haksızlığı arttırılamaz. Zira kuşkudan sanık yararlanır ilkesi cezanın belirlenmesine ilişkin hususların tespitinde de geçerlidir⁸⁹⁷. Özellikle malvarlığına karşı suçlarda ve vergi kaçakçılığı suçunda neticenin değersizliğinin belirlenmesinde birtakım güçlüklerle karşılaşmaktadır. Zira bazı hallerde meydana gelen zararın ekonomik değeri açık olmayabilir ve mahkemenin bu zararın ekonomik değerini tahmin etmesi gerekebilir⁸⁹⁸. Ayrıca kişilere karşı işlenen suçlar bakımından da mağdur üzerindeki psikolojik etkilerin kesin bir şekilde belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşmaktadır⁸⁹⁹. Bu gibi hallerde kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğu unutulmamalıdır.

Tehlike suçları ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından neticenin haksızlığı fail tarafından meydana getirilen tehlikenin ölçüsü üzerinden değerlendirilir. Örneğin, TCK m. 170/1'de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu kapsamında çıkarılan bir yangında neticenin değersizliği hem meydana gelen zararın ağırlığı hem de zarar görmeyen diğer eşyalar üzerinde yaratılan tehlikenin ağırlığı ile belirlenecektir⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 590.

⁸⁹⁷ Meier, s. 197; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 64; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 213, 220; Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik – Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo"**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 218. Ancak varsayıma dayalı bir şekilde neticenin değersizliğinin azalması mümkündür. Örneğin, hırsızlıktan kısa bir süre sonra mağdurun eşyalarının tamamının yandığı bir olayda fail ilgili taşınır mal üzerinde hırsızlık suçunu işlemeseydi bu mal yanarak yok olacaktı şeklinde bir değerlendirmeye gidilebilir. Bu durumda neticenin haksızlığının azaldığı söylenebilirse de fail bu yangın durumunu bilmediği için hareketin haksızlığında bu sebeple bir azalmanın meydana geldiği kabul edilemez. LK-Theune, § 46 kn. 144.

⁸⁹⁸ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 220.

⁸⁹⁹ NK-Streng, § 46 kn. 57.

⁹⁰⁰ Meier, s. 198; Schäfer ve diğerleri, kn. 598.

Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu ise cezanın belirlenmesi kusurunun tamamlanmış bir suça oranla daha az olacağı açıktır. Zira netice gerçekleşmemiştir ve neticenin değersizliği azalmıştır. Teşebbüs halinde kalmış bir suçta failin kastettiği netice ve özellikle de bunun ölçüsü hareketin değersizliği/haksızlığı bağlamında değerlendirmeye alınacaktır⁹⁰¹. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta fiilin tamamlanmasına ne kadar yaklaşıldığı oldukça önemlidir⁹⁰². Öte yandan gizli soruşturmacı veya kimliğini gizleyen kolluk görevlisinin gözetiminde meydana gelen suçlarda ihlal edilen suçla korunan hukuki değer üzerinde önemli bir tehlike yaratılması ihtimali söz konusu olmayacağından genellikle neticenin haksızlığı daha az olur⁹⁰³.

Mağdurun kişiliği ve somut yaşam koşulları neticenin değersizliği bakımından önemli olabilir.⁹⁰⁴ Bu bağlamda malvarlığına karşı işlenen suçlarda mağdurun fiilden ne ölçüde etkilendiğini belirttiği kapsamda mağdurun somut ekonomik ilişkilerinin de göz önünde bulundurulması gerekir⁹⁰⁵. Buna binaen mağdurun veya suçtan zarar görenin fiil neticesinde elde ettiği avantajların da göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁰⁶. Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ve cinsel suçlar bakımından mağdurun özel fiziksel bir durumu var ise bunun da değerlendirilmesi gerekir⁹⁰⁷.

Suç iştirak halinde işlenmiş ise ya da birden fazla fail tarafından işlenmiş ise her bir fail açısından neticenin hangi kapsamda/ölçüde isnat edilebileceğinin değerlendirilmesi gerekir⁹⁰⁸. Örneğin vergi kaçakçılığı suçunda yardım eden sıfatı alan şerikin hangi miktarda verginin kaçırılmış olmasına yardım ettiğinin tespit edilmesi gerekir⁹⁰⁹. Hali hazırda neden olunmuş zararların suça sonradan katılan birlikte faile (suçun o ana kadarki işleniş biçimini kabullenmiş olsa dahi) yüklenmemesi gerekir. Bununla birlikte birden fazla failin kasten yaralama suçunu işledikleri bir olayda

⁹⁰¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 589.

⁹⁰² NK-Streng, § 46 kn. 57; Meier, s. 198.

⁹⁰³ Meier, s. 198.

⁹⁰⁴ Fischer, § 46 kn. 59.

⁹⁰⁵ S/S-Kinzig, § 46 kn. 19; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 114.

⁹⁰⁶ Bu duruma ilişkin vergi kaçakçılığı suçundan bir örnek için bkz. LK-Theune, § 46 kn. 146.

⁹⁰⁷ Meier, s. 198.

⁹⁰⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 602; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 219.

⁹⁰⁹ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 219.

birlikte faillerden her biri mağdur üzerinde meydana gelen zararın tamamından sorumlu olacaklardır ve neticenin değersizliği bütüncül olarak belirlenecektir⁹¹⁰.

Üçüncü kişilerin özellikle de mağdurun neticeye faille beraber sebep olması halinde faile yüklenen neticenin ağırlığı azalabilir⁹¹¹. Örnek olarak, yaralama neticesinin doktorun hatalı tedavisi sebebiyle ağırlaşması verilmektedir⁹¹². Ancak bu durumda neticenin haksızlığında bir azalma olmamaktadır, aslında burada daha ağır neticenin faile isnad edilememesi söz konusudur. Mağdurun veya üçüncü kişilerin neticeye sebep olması ya da kusurlarının bulunması özellikle trafikte işlenen suçlar bakımından önemlidir. Aynı şekilde adliye karşı suçlardan olan yalan tanıklık, iftira gibi suçlarda da faile gerekli uyarıların yapılması ve yemin verdirilmesinde gerçekleşen eksikliklerin göz önünde bulundurulması gerekir⁹¹³. Eğer fiil mağdurun dikkatsiz ve özensin davranışları sebebiyle daha kolay bir şekilde işlenmiş ise hem neticenin hem de hareketin değersizliğinde bir azalma meydana gelir. Zira bu gibi durumlarda genellikle suç işleme iradesi daha zayıftır/güçsüzdür. Örneğin dolandırıcılık suçunun işlenmesi mağdurun olağan dışı özensizliğinden veya oldukça kolay bir şekilde inanmasından ileri geliyor olması cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığı bakımından oldukça önemlidir. Mağdurun temel koruma ve dikkat önlemlerini göz ardı etmiş olması böyle bir durumun göstergesi olabilir. Mağdur tarafından şüphe duyulmamakla birlikte açıkça gerçek dışı kazanç vaatlerinde bulunulan bir ticari işin söz konusu olduğu olaylar da bu bağlamda değerlendirilebilir⁹¹⁴.

Cezanın belirlenmesinde önemli olan neticelerin fiilin tamamlandığı/sona erdiği anda ortaya çıkmış olmasının gerekmediği ifade edilmektedir⁹¹⁵. Eğer tipik neticeyi teşkil eden zarar daha sonradan giderilmiş ya da azaltılmış ise (örneğin zararın giderilmesi ya da suça konu eşyaya elkonulması ve mağdura iade edilmesi yoluyla) neticenin haksızlığı azalmaktadır⁹¹⁶. Failin hak ettiği şeyin zararın giderilmesi olmadığından bahisle cezanın azaltılmaması (neticenin haksızlığındaki azalmanın

⁹¹⁰ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 219.

⁹¹¹ Bruns, s. 430; Schäfer ve diğerleri, kn. 591; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 35.

⁹¹² MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 218.

⁹¹³ Schäfer ve diğerleri, kn. 591.

⁹¹⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 592.

⁹¹⁵ LK-Theune, § 46 kn. 147.

⁹¹⁶ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 214; Schäfer ve diğerleri, kn. 593.

cezanın belirlenmesinde gözetilmemesi) yanlış olacaktır⁹¹⁷. Ayrıca zararın mağdurun sigortası tarafından karşılanmış olması failin aleyhine bir husus olarak değerlendirilmemelidir. Failin, mağduru kurtarmaya, zararı gidermeye veya mağdurla uzlaşmaya yönelik sonuçsuz kalan çabasının etkisi fiilden sonraki davranışlar başlığı altında incelenmektedir.

b. Fiilin tipik olmayan sonuçlarının türü ve ağırlığı

Neticenin haksızlığının ölçüsü tipik neticenin türü ve ağırlığı ile sınırlı değildir. Dolayısıyla fiilin göz önünde bulundurulabilecek olan etkileri/sonuçları sadece ilgili suçla korunan hukuki değer (mülkiyet, zilyetlik, vücut dokunulmazlığı gibi) üzerinde meydana gelen sonuçlarla sınırlı değildir. Burada önemli olan kanunun anlam ve amacından fiilin hangi etkilerine karşı bir koruma getirilmek istendiğinin tespit edilmesidir. Bu tür etkilerin tamamı değerlendirilmelidir. Örneğin, fiilin mağdurun psikolojisi üzerindeki etkisi. Bu bağlamda cinsel suçlarda, sadece cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen ihlalin ağırlığını değerlendirmek ile yetinilmemeli; bunun yanı sıra ve hatta öncelikli olarak mağdurun fiil nedeniyle uğradığı somut psikolojik zarar da dikkate alınmalıdır⁹¹⁸. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda dahi mağdur üzerinde meydana gelen psikolojik etkiler cezanın belirlenmesinde önem kazanabilir. Örneğin, konutta işlenen bir hırsızlık suçunda mağdurun güvenlik hissiyatında meydana gelen zedelenmenin ölçüsü neticenin haksızlığını değerlendirirken önemli olabilir⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 593.

⁹¹⁸ Meier, s. 197. Karş. MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 215.

⁹¹⁹ Meier, s. 197; Schäfer ve diğerleri, kn. 598. Ancak Türk hukuku bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. TCK m. 142/4 uyarınca hırsızlık suçunun konutta işlenmiş olması halinde fail hem 142/2 h bendindeki nitelikli hırsızlık suçundan (suçun bina içerisinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında işlenmesi hali) hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılmaktadır. Bu itibarla hırsızlık suçunda neticenin haksızlığının değerlendirilmesinde bu hissiyatın göz önünde bulundurulmaması gerekir. Alt ve üst sınırlar arasında ceza belirlenirken, binanın özellikleri, konut olup olmadığı değerlendirilebilir. Ancak ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan da ceza verileceği için ve asıl olarak mağdurun güvenlik ve özgürlük hissi o suç ile korunduğundan hırsızlık suçunda ayrıca değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte suçun işlendiği yerin suçun temel veya nitelikli halinin bir unsuru olarak düzenlenmesi halinde de bu yerin belli bölümlerinin önem sırasına konulması ve suçun işleniş biçimi kriteri bakımından farklı bölümlerde işlenen suçların farklı değerlendirilmesi de mümkündür. Bu konuda bkz. Yerdelen, s. 192.

Her ne kadar tipik netice dışındaki neticelerin/sonuçların türü ve ağırlığı neticenin değersizliğinin belirlenmesinde önemli görülmekteyse⁹²⁰ de bu sonuçların neticenin değersizliğine etkisinin ne olacağına karar vermek oldukça zordur. Zira bu sonuçlar ya objektif olarak kanuni tipteki bir özelliği gerçekleştirmedirler ancak ilgili suç tipinin kusur formuna dahil değildirler ya da kanuni tip ile doğrudan bir ilişkileri yoktur ve fiilin tamamlanmasından sonraki koşullar altında ortaya çıkarlar⁹²¹. Bu etkilerin/sonuçların kusurun ağırlığına etki etmeye ve fiile ilişkin anlayışı şekillendirmeye uygun olmaları gerekir⁹²². Bununla birlikte tipiklik ile ilişkinin ne denli sıkı olması gerektiği hakkında fikir birliği bulunmamaktadır. Cezanın belirlenmesinde dolaylı olarak korunan menfaatlerin ihlalin de göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı tartışmalıdır⁹²³.

Hangi neticelerin bu kapsamda değerlendirileceği önceden genel bir kural ile belirlenemez, her bir somut olayda failin işlemiş olduğu suç tipi bakımından değerlendirme yapılması gerekir⁹²⁴. Yine de fiilin tipik olmayan sonuçlarının değerlendirilebilmesinin koşulları geliştirilmiştir. İlk olarak failin fiili ile bu sonuç arasında nedensellik bağlantısının kurulması gerekir⁹²⁵. İkinci olarak failin bu sonucu en azından öngörebilir olması gerekir⁹²⁶. Failin fiilin tüm sonuçlarını detaylı bir şekilde

⁹²⁰ Stahl, ss. 138 vd.; Meier, s. 197; Schäfer ve diğerleri, kn. 598; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 103; BeckOK-Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 34; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 215.

⁹²¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 594.

⁹²² MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 215.

⁹²³ NK-Streng, § 46 kn. 58.

⁹²⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 598; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 34; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 555. Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Grosse-Wilde, ss. 273 vd.

⁹²⁵ Meier, s. 197. Fiil söz konusu sonucun tek nedeni ya da asli nedeni olmak zorunda değildir. Fiilin bu sonuca yol açan koşullardan bir tanesi olması yeterlidir. LK-Theune, § 46 kn. 144.

⁹²⁶ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, s. 197; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 103; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 215. Failin tipik olmayan sonucu doğuran tehlike durumunu kusurlu olarak yaratmasının yeterli olduğu yönündeki eski Alman yargı içtihadı kusur ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi. Bu konuda bkz. Wolfgang Frisch, "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Teil II", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cilt: 99, 1987, (Zukunftsperspektiven Teil II), s. 755; Jescheck/Weigend, s. 888; Bruns/Güntge, s. 195. Alman öğretisinde kasten işlenebilen suçlarda sadece kasta dahil olan neticelerin mi göz önünde bulundurulacağı yoksa taksirin yeterli mi olacağı tartışılmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç düzenlemesinin (§ 18 StGB) burada uygulama alanı bulup bulmadığı da tartışılmaktadır. Bu itibarla ilgili suça özgü bir tehlikenin yaratılıp yaratılmadığı veya normun koruma alanında olup olmadığı ya da genel olarak taksirin yeterli olup olmayacağı tartışma konusudur. Alman Federal Mahkemesi kasten işlenebilen suçlarda fiilin sonuçlarının kasta dahil olması gerekmediğini taksirin yeterli olduğunu kabul etmektedir. Schäfer ve diğerleri, kn. 596-597. Ayrıca bkz. LK-Theune, § 46 kn. 157 vd.

öngörebilir olması gerekmemektedir⁹²⁷. Eğer tipik netice dışındaki sonuçlar bakımından fail taksirle hareket etmiş ise bu sonuçların neticenin değersizliğine etkisi, kasten neden olunmuş sonuçların ya da kasten neden olunmuş tipik neticenin etkisinden daha az olmalıdır⁹²⁸. Üçüncü olarak bu sonucun ihlal edilen suç normunun koruma alanına dahil olması gerekir⁹²⁹. Cezayı ağırlaştırıcı yönde değerlendirilecek olan sonuçların normun koruma alanı kapsamında olması, kanunilik (belirlilik) ilkesinin bir gereğidir. Normun muhatabı cezalandırmanın gerekçesini ve cezanın tür ve miktarını öngörebilmelidir⁹³⁰. Örneğin, dolandırıcılık suçu sonucunda mağdurun intihar etmesi durumunda mağdurun ölümü artık suç fiilinin bir sonucu olarak neticenin değersizliğinde göz önünde bulundurulamayacaktır. Çünkü cinsel suçlardan farklı olarak dolandırıcılık suçunda fiilin mağdur üzerinde yarattığı olumsuz psikolojik/ruhsal etkiler normun koruma alanına dahil değildir⁹³¹.

Son olarak bu sonucun tipik neticenin haksızlığı ya da hareketin haksızlığı ile ilişkilendirilebilmesi gerekir. Genellikle tipik haksızlıktan ortaya çıkan diğer sonuçlar sadece neticenin haksızlığını değil hareketin haksızlığını da etkilerler. Çünkü failin tipik olmayan sonuçlarla bağlantılı olan dikkatsizliği hareketin haksızlığının kınanabilirlik ölçüsünü de değiştirir⁹³².

Aşağıda temel suç tiplerine ilişkin örnekler verilmektedir.

Öldürme ve yaralama suçlarında mağdurun çevresinin ailesinin uğradığı zararlar bu bağlamda değerlendirilebilir⁹³³. Mağdurun ailesi üzerinde suçun yarattığı etkilerin bu kapsamda değerlendirilebilmesi için öncelikle failin mağdurun ailevi ilişkilerinden haberdar olması gerekir. Örneğin genç bir kadını öldüren fail bu kadının anne olduğunu bilmiyor ve bilmesi kendisinden beklenmiyor ise çocuğun annesinin

⁹²⁷ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 64; Schäfer ve diğerleri, kn. 596.

⁹²⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 599.

⁹²⁹ Bu koşul Alman öğretisinde tartışmalıdır. Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, ss. 753 vd; Bloy, ss. 585 vd.; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 123; Schäfer ve diğerleri, kn. 598; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 34; Jescheck/Weigend, s. 888.

⁹³⁰ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 105.

⁹³¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 601.

⁹³² Meier, s. 199. Normun koruma alanına girmeyen sonuçların göz önünde bulundurulmayacağı öğretide tartışmalıdır. SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 123; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, s. 753; Schäfer ve diğerleri, kn. 600-601.

⁹³³ Schäfer ve diğerleri, kn. 598; LK-Theune, § 46 kn. 149. Örneğin, kasten öldürme suçu mağdurunun çocuğunun da olay yerinde bulunması ve babasının öldürülmesine tanıklık etmesi, neticenin değersizliğini arttıran bir sonuç olarak değerlendirilebilir. LK-Theune, § 46 kn. 149.

ölümü nedeniyle uğradığı zararın neticenin değersizliğinde göz önünde bulundurulmaması gerekir⁹³⁴. Cinsel suçlarda cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları arasında bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Cinsel istismar suçunda çocuğun gelişiminin zarar görmemesi de suçla korunan hukuki değerlerden biri olduğu için fiile bağlı olarak gelişen psikolojik zararlar normun koruma alanı içerisinde kalmaktadır ve neticenin değersizliğinin ölçülmesinde değerlendirilmelidir. Buna karşılık cinsel saldırı suçunda suçla korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğü ve cinsel yönden kendi kararlarını verebilme hakkıdır ve bunun ihlali genellikle mağduru psikolojik olarak olumsuz etkilemektedir. Eğer bir cinsel saldırı suçunda meydana gelmesi beklenen ruhsal/psikolojik zararın ötesine geçen bir sonuç/etki (mağdurun intihar etmesi, cinsel yaşantısına son vermesi gibi) ortaya çıkarsa ya da mağdura fiil neticesinde cinsel yolla bulaşan bir hastalığın bulaştırıldığı anlaşılabilecek olursa, bu durumlar fiilin tipe dahil olmayan sonuçları olarak neticenin değersizliğinin ölçülmesinde göz önünde bulundurulabilirler. Dahası failin suçu ikrar etmemesi neticesinde mağdurun ceza muhakemesi aşamasında maruz kaldığı iç beden muayenesi sonucunda uğradığı psikolojik yük ve zararın da faile neticenin haksızlığı bağlamında yüklenebileceği ileri sürülmektedir⁹³⁵. Ancak mahkemenin hukuki bir hatası sebebiyle mağdurun yeniden iç beden muayenesi tedbirine maruz bırakılmış olması halinde mağdurun uğradığı psikolojik zararlardan ötürü neticenin değersizliği arttırılarak faile daha fazla ceza verilemez⁹³⁶.

Dolandırıcılık suçu her ne kadar zarar neticesi aranmayan bir tehlike suçu ise de bir meydana gelen zarar ve bu zararın mağdur üzerindeki ekonomik etkileri (örneğin mağdurun iflas etmesi) fiilin sonuçları olarak kabul edilir ve neticenin değersizliğinde göz önünde bulundurulurlar⁹³⁷. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda psikolojik zararın genellikle değerlendirme dışı bırakılması gerekir. Örneğin, evlenme vaadi ile bir kişinin dolandırılmasında mağdur maddi/ekonomik zararın yanı sıra yoğun bir hayal kırıklığı ve hüsrana duygusu vasıtasıyla psikolojik zarara da maruz kalır. Ancak malvarlığına karşı ceza hukuku koruması getiren bu ceza normunun

⁹³⁴ LK-Theune, § 46 kn. 150.

⁹³⁵ Schäfer ve diğerleri, kn. 598. Benzer örnekler için bkz. LK-Theune, § 46 kn. 151.

⁹³⁶ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 215.

⁹³⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 594, 598.

koruma alanına psikolojik etkiler girmemektedir. Bu nedenle mağdurun üzüntüsü ve çektiği ruhsal sıkıntıların neticenin değersizliğini arttıracak yönde değerlendirilmemesi gerekir⁹³⁸. Normun koruma alanına girmeyen suçun etkileri konusunda şu örneği verebiliriz: Bir kadının küçük çocuklar yanında iken markette hırsızlık suçunu işlemesi. Cezanın failin anne olduğu ve çocuklarına kötü örnek oluşturduğu gerekçesiyle arttırılması mümkün değildir. “Anne olmak” ya da “çocuklarına kötü örnek olmak” hırsızlık suçu ile ilişkili konular değildir. Burada söz konusu olan market sahibinin ihlal edilen zilyetlik/mülkiyet hakkıdır. Başkalarının zilyetlik ve mülkiyet hakkına riayet etmek ve davranış normuna uygun davranmanın anne ve kadın olmakla bir ilgisi yoktur, hukuka uygun davranma sorumluluğu cinsiyete ve toplumsal rollere bağlı değildir⁹³⁹. Bir diğer örnek yağma suçu işleyen polisin, polislik mesleğinin itibarını zedelediği gerekçesiyle daha ağır cezalandırılmasının mümkün olmadığına ilişkindir⁹⁴⁰.

Kasten ya da taksirle işlenebilen tehlike suçlarında fiil neticesinde zararın meydana gelmesi halinde bu zarar neticesinin de neticenin değersizliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun işlenmesi ile meydana gelebilecek olan ölüm ve yaralanma neticelerinden ötürü failin yaşama ve vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçları da işlemiş olduğu kabul edilmemektedir. Bununla birlikte bu şekilde meydana gelen taksirli neticelerin uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun cezası belirlenirken neticenin değersizliğini arttırıcı yönde değerlendirilmeleri mümkündür. Zira toplum sağlığının korunması bu normun koruma alanına dahildir⁹⁴¹. Bununla birlikte failin uyuşturucu madde kullanımına bağlı olarak geliştirdiği sağlık sorunları sebebiyle hastaneye kaldırıldığı bir olayda tedavi ve polis gözetiminin neden olduğu makul seviyedeki masrafların neticenin değersizliğini arttırdıklarından bahisle faile daha fazla ceza verilmesi hatalı bulunmuştur. Bir suç fiilinin aydınlatılmasına yönelik masraflar kural olarak fiil kusuru ile ilişkili değildirler⁹⁴².

⁹³⁸ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 105.

⁹³⁹ OLG Jena, 14.02.2006 - 1 Ss 301/05. Benzer bir örnek için bkz. LK-Theune, § 46 kn. 152.

⁹⁴⁰ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 105.

⁹⁴¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 598. Aynı yönde bkz. MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 218.

⁹⁴² MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 225.

Mağdur dışında üçüncü kişilerin de suç sonucunda maruz kaldığı ve fail tarafından öngörülebilir olan etkiler tipik netice dışındaki sonuçlar kapsamında neticenin değersizliğinin ölçülmesinde göz önünde bulundurulabilirler⁹⁴³. Bu neticelerin de ihlal edilen ceza normunun koruma alanında kalmış olmaları gerekir⁹⁴⁴. Yukarıda kasten öldürme suçunda mağdurunun aile üyelerinin karşılaştıkları sonuçların neticenin haksızlığını arttırabileceği ifade edilmişti. Bir diğer örnek yabancı düşmanlığı içeren suçlardan verilebilir. Böylesi suçlarda mağdur/mağdurların ait olduğu grubun diğer üyelerinin dolaylı olarak saldırı altında hissetmelerinden kaynaklanan güvensizlik hissi suçun sonucu olarak değerlendirilebilir⁹⁴⁵. Bir başka örnek ise spor ceza hukukundan verilebilir. Bir yarışmadan önce doping maddesi kullanılmış ise fırsat eşitliği ve spor adaletinde meydana gelen ihlalin ve özellikle de olası yarışmacıların menfaatlerinin neticenin değersizliğinde gözetilmesi gerekir⁹⁴⁶.

Fiilin yaratmış olduğu bazı sonuçlar faili de olumsuz yönde etkileyebilir. Bu gibi hallerde neticenin haksızlığının azaldığından söz edilebilir mi? TCK m. 22/6 “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” düzenlemesi ile esasında bazı durumlarda suç sonucu failin karşılaştığı sonuçların cezanın miktarına etki etmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu hüküm cezanın kusur esasına dayanması gerektiği ilkesine uygundur. Benzer bir düzenleme Al. CK m. 60’da yer almaktadır. Failin fiilin/suçun sonuçlarından ne şekilde etkilendiği ve cezanın belirlenmesinde bu etkilerin ne şekilde değerlendirileceği konusu sadece neticenin değersizliğinin – ve dolayısıyla da kusurun ağırlığının – ölçülmesi ile ilişkili değildir. Bu konu hem kusurun denkleştirilmesi hem de cezanın bireyselleştirilmesinde tekrar karşımıza çıkmaktadır. Burada sadece fiil kusuruna etkisi bakımından bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Fiilin fail üzerindeki etkilerinin/sonuçlarının neticenin haksızlığına etkisinin yukarıdaki açıklamalar ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle fiilin kendine özgü, tipik ve öngörülebilir olumsuz etkilerinin cezayı azaltıcı yönde değerlendirilmemesi

⁹⁴³ NK-Streng, § 46 kn. 59; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 224.

⁹⁴⁴ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 224; NK-Streng, § 46 kn. 59.

⁹⁴⁵ NK-Streng, § 46 kn. 59.

⁹⁴⁶ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 224.

gerekir. Fiilin bunun ötesine geçen sonuçlarının failin lehine değerlendirilmesi mümkündür. Ancak eğer fail fiilin belirli dezavantajlarını bilinçli bir şekilde göze almış ise ya da bu dezavantajların ona yüklenmesi zorunlu ise kural olarak bu tür etkilerin cezanın belirlenmesinde hesaba katılmaması gerekir⁹⁴⁷.

C. Haksızlığın Kınanabilirliğini Belirten Hususlar

1. Kusur Yeteneğine Etki Eden Hususlar

Failin kusur yeteneği yok ise onun fiilinden ötürü kınanabilmesi mümkün değildir. Suç genel teorisi anlamında kusurun bir unsuru olan kusur yeteneği, failin algılama ve iradi davranabilme yeteneğinin varlığını ifade eder⁹⁴⁸. TCK m. 32’de kusur yeteneğini kaldıran sebep olarak akıl hastalığı kavramına yer vermiştir⁹⁴⁹. TCK m. 32/1 ve 2 üç ayrı kategori yaratılmıştır⁹⁵⁰: işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını hiç algılayamayan kişi, algılama yeteneğine bakılmaksızın işlediği eylemle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği (irade yeteneği) önemli ölçüde azalmış olan kişi, algılama yeteneğine bakılmaksızın işlediği eylemle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli olmayan ölçüde azalmış olan kişi. İlk iki kategoriye giren faille ceza verilmez iken üçüncü kategoriye giren faillerin cezasında indirim yapılır. Türk hukukundaki düzenlemelerin cezanın belirlenmesini ne şekilde yönlendirdikleri ve ne ölçüde cezanın kusur esasına dayalı olarak belirlenmesini sağladıkları Üçüncü Bölümün konusunu oluşturduğu için burada sadece şu soruya odaklanılmaktadır: failin kusur yeteneğini kaldırmamakla birlikte ona etki eden hususlar kusurun ağırlığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalı mıdır? Bu soru özellikle de failin kusur yeteneğine ya da motivasyon yeteneğine etki ettiği kabul edilen ve ruhsal-psikolojik bozukluklardan ileri gelmeyen hususlar bakımından oldukça önemlidir.

Al. CK’da da TCK m. 32’ye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Parag. 20’ye göre eğer failin algılama veya irade yeteneği zihinsel ve ruhsal bozukluklar nedeniyle

⁹⁴⁷ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 225.

⁹⁴⁸ Meraklı, s. 368.

⁹⁴⁹ Akıl hastalığı kavramının yerindeliğine yönelik eleştiriler için bkz. Meraklı, ss. 369-370.

⁹⁵⁰ Meraklı s. 373.

ortadan kalkmış ise kusurlu değildir ve kendisine ceza verilemez. Parag. 21'e göre eğer failin algılama veya irade yeteneği zihinsel ve ruhsal bozukluklar nedeniyle önemli ölçüde azalmış ve bu durum failin kusurunun önemli ölçüde azalmasına neden olmuş ise ceza aralığında parag. 49 uyarınca yapılacak değişiklik ile faile daha az bir ceza verilebilir. Alman öğretisinde algılama veya iradi davranabilme yeteneğinin önemli olmayan ölçüde azaldığı durumlarda kusurun azaldığı ve cezanın belirlenmesinde bu azalmanın göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵¹. Parag. 20 ve 21 kapsamında olan psikopatolojik durumlar dışındaki hususların da failin algılama ve iradi davranma yeteneğine etki edebileceği ve bunların kusur yargısının bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği derecelendirilebilir bir durumdur ve her bir failin açısından somut bir şekilde ölçülmelidir⁹⁵². Failin farklı davranabilme imkanında meydana gelen her bir sınırlandırma kusuru azaltan bir nedendir ve cezanın da bu doğrultuda azaltılmasını gerektirir. Bu durumun kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu ifade edilmektedir⁹⁵³.

Failin algılama ve iradi davranma yeteneğine etki eden hususlar, cezanın belirlenmesi kusurunu haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsü bakımından ilgilendirmektedirler. Failin algılama ve iradi davranma yeteneğine etki eden hususlar şu şekilde sıralanmaktadır:⁹⁵⁴ failin yaşı, gelişim durumu, psikolojik rahatsızlıkları, alkol ya da uyuşturucu madde kullanımı, suç öncesi yaşantısı, daha önce suç işleyip işlemediği farklı bir kültürden olup olmadığı, sosyal ve ekonomik ilişkileri. Alman içtihadında failin suç anında hissettiği güçlü duyguların veya içinde yetişmiş olduğu kültürün farklılıklarının onun algılama ve iradi davranma yeteneğini etkilediği-sınırladığı kabul edilmektedir⁹⁵⁵. Failin algılama ve iradi davranma yeteneğine etki ettiği düşünülen hususlar “motivasyonunu yönetme potansiyeli”

⁹⁵¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 605.

⁹⁵² Eleştirel yönde bkz. Hörnle, Schuldurteilen, ss. 94 vd.

⁹⁵³ Bernd Schünemann, “Politisch motivierte Kriminalität”, **Politisch motivierte Kriminalität - echte Kriminalität?**, (Ed. Wolfgang de Boor, Bernd Schünemann ve Gerd Pfeiffer), C. F. Müller, München-Basel, 1978, (Politisch), s. 97.

⁹⁵⁴ Meier, ss. 206 vd.

⁹⁵⁵ Karar örnekleri için bkz. Hörnle, Schuldurteilen, ss. 95-97.

(*Motivationsbeherrschungspotential*) kavramı altında da tartışılmaktadır⁹⁵⁶. Bununla birlikte failin algılama ve irade davranma yeteneğinin parag. 20 ve 21 dışındaki durumlar üzerinden değerlendirilmesine ve cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığında gözetilmesine karşı itiraz da edilmektedir⁹⁵⁷. Başta belirtilen soruyu yanıtlamak amacıyla ilk olarak bu hususların cezanın belirlenmesinde gözetilebileceğini savunan görüşler, ardından karşı görüşler ve itirazlar incelenmektedir. Son olarak da kendi görüşümüz açıklanmaktadır.

Failin algılama ve irade yeteneği ve dolayısıyla da haksızlığının kınanabilirliğine etki ettiği kabul edilen hususlardan ilki failin fiilden önceki yaşantısıdır. Failin fiil öncesi yaşantısının cezanın belirlenmesi kusuruna etkisi bağlamında fiilden önceki durumlar ve davranışlar ile fiille bağlantısı daha seyrek olarak failin önceki yaşantısı, yaşam koşulları arasında ayırım yapmak mümkündür. Fiilden önceki durumlar ve davranışlar doğrudan fiilin arka planını oluşturmaktadırlar. Fiilin ortaya çıkışına etki eden bu durumlar haksızlığın kınanabilirliğinde doğrudan bir anlama sahiptir⁹⁵⁸. Fiilin arka planını oluşturan durumlara örnek olarak fail ile mağdur arasındaki ilişki, failin fiili işlemeye kışkırtılmış olması, fiilden önce kusur yeteneğini azaltacak bir hale gelmesi verilebilir⁹⁵⁹. Bununla birlikte failin önceki yaşantısının fiil kusuruyla ilgili olup olmadığı tartışmalıdır⁹⁶⁰.

Failin önceki yaşantısı bağlamında ele alınan en önemli husus onun daha önceden bir suç nedeniyle cezaya mahkum edilmiş olup olmadığıdır⁹⁶¹. Hatta hakkında hüküm kurulmamış olan önceki suçların da göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmektedir. Bunun için söz konusu suçların haksızlık içeriğinin ceza muhakemesine uygun bir şekilde tespit edilmiş olması gerekmekte ve sadece failin bu suçları işlediğine ilişkin şüphe duyuluyor olması yeterli görülmemektedir⁹⁶². Dahası

⁹⁵⁶ Hörnle, Schuldurteilen, s. 95.

⁹⁵⁷ Hörnle, Schuldurteilen, ss. 95 vd.

⁹⁵⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 640.

⁹⁵⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 642-645.

⁹⁶⁰ Schäfer ve diğerleri, kn. 640.

⁹⁶¹ Meier, s. 210. Hakkında hüküm kurulmuş olan önceki suçların değerlendirilmesinde mahkeme bu hükümlerin tespitleriyle bağlı değildir ve temel olarak aydınlatma yükümlülüğü kendindedir. Mahkeme önceki suçun işleniş biçimini önündeki olayda cezanın belirlenmesinde gözetmek ister ise kural olarak ilgili hükmün gerekçesine başvurmalıdır. Schäfer ve diğerleri, kn. 666.

⁹⁶² S/S-Kinzig, § 46 kn. 33; Schäfer ve diğerleri, kn. 666; Meier, s. 210. Bu konuda bkz. ve karşı. Ferdinand Gillmeister, "Strafzumessung aus verjährten und eingestellten Straftaten", **Neue**

muhakeme engelinin bulunması veya zamanaşımına uğraması nedeniyle soruşturulması kovuşturulması mümkün olmamış olan suçların da göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmektedir⁹⁶³. Failin daha önceden suç işlemiş olmasının cezanın belirlenmesi kusuruna etki ettiği görüşü farklı gerekçelerle savunulmaktadır. Bir görüşe göre önceki suçlar failin haksızlığını ağırlaştırmaktadırlar⁹⁶⁴. Bu durumda hareketin haksızlığı göz önünde bulundurulmaktadır, zira neticenin haksızlığına failin önceki yaşamının etki etmesi mümkün görünmemektedir⁹⁶⁵. Neticenin haksızlığı failin kişiliğine ilişkin hususlardan bağımsızdır, failin ilk defa mı suç işlediği yoksa mükerrir mi olduğu neticenin değersizliğinin ölçüsü bakımından önemli değildir⁹⁶⁶. Failin önceden suç işlemiş olması ile hareketin değersizliği arasında da bağ kurmak oldukça güçtür. Bir failin önceki mahkumiyeti özel bir uyarı olarak algıladığı, yeni fiili işlerken kendisine yüklenmiş olan özel bir yükümlülüğü ihlal ettiği veya daha ağır ve daha aşikar bir kastla hareket ettiği genellikle söylenemez. Ancak istisnai hallerde hareketin haksızlığının arttığından söz edilebilir⁹⁶⁷. Önceki suçların/ceza mahkumiyetlerinin cezanın belirlenmesi kusuruna etkisinin asıl dayanak noktasının kınanabilirlik olduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre önceki mahkumiyetler ve cezalar failin fiil anındaki kusur yeteneğinin (algılama ve iradi davranma yeteneğinin) ve zihniyetinin ölçüsüne etki edebilirler⁹⁶⁸. Bir diğer görüşe göre ise önceki suçlardan verilmiş olan

Zeitschrift für Strafrecht, Sayı: 7, 2000, ss. 344-347; Carl-Friedrich Stuckenberg, “Stafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche- doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?”, **Strafverteidiger**, 2007, ss. 655-663.

⁹⁶³ Fischer, § 46 kn. 38d.

⁹⁶⁴ Santiago Mir Puig, “Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallschärfung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 86, Sayı:1, 1974, ss. 197 vd.; Frisch, Schuld, s. 256.

⁹⁶⁵ Erhard, ss. 260 vd.; Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 113; Meier, s. 207.

⁹⁶⁶ Meier, s. 207.

⁹⁶⁷ Meier, s. 207.

⁹⁶⁸ MEIER, savunduğu pragmatik-sosyal kusur anlayışı uyarınca önceki mahkumiyetlerin failin bilişsel, duygusal ve sosyal hareket yetisini değiştirip değiştirmediğini ve ne şekilde değiştirdiğinin önemli olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre kural olarak ilgili fiillerin arka planının ve önceki mahkumiyetlerin etkisi olan değişikliklerin tamamıyla aydınlatılması gerekmektedir. Önceki cezalar failin algılama ve iradi davranma yeteneğini arttırabildiği gibi azaltabilir de. Bu nedenle failin sabıkasının otomatik olarak onun kusurunu arttıran bir neden olarak değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Önceki ceza mahkumiyetlerinin kusurla olan bağlantısının doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için fail üzerindeki somut etkilerinin araştırılması gerekmektedir. Bunun için failin bireysel özellikleri, yaşam koşullarını ve psikolojik faktörleri de kapsayan genel bir değerlendirme yapılmalıdır. Meier, s. 208-209. Benzer yönde bkz. ve karşı. SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 145 vd.

mahkumiyet hükmü failin yeniden suç işlemesinin önünde bir engel oluşturmaktadır. Bir başka anlatımla önceki suçlardan ötürü alınmış olan cezalar failin suç işlemesi için aşması gereken içsel eşiği daha da yükseltmektedir. Bu nedenle ilk defa suç işleyen bir kişiye kıyasla yeniden suç işleyen kişi daha yüksek bir eşiği aşmaktadır ve bu nedenle de kınanabilirliği artmaktadır⁹⁶⁹.

Daha önce işlenmiş olan suçların haksızlığı arttırdığı görüşüne karşı da kınanabilirliği arttırdığı görüşüne karşı da çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir⁹⁷⁰. Önceki suçların/cezaların, cezayı arttıran bir neden olarak kabul edilmesine karşı kusur ilkesinin böyle bir artırımı yasakladığı iddiasında bulunmak ise mümkün değildir⁹⁷¹. Fiilin değerlendirilmesinin ötesindeki hususların cezanın belirlenmesinde gözetilmesinin kural olarak anayasa aykırı bulunmaması, önceki mahkumiyetler sebebiyle cezanın arttırıldığı her durumun problemsiz olduğu anlamına da gelmemektedir. Failin basit suçlardan birçok kez cezaya mahkum edilmiş ve yeniden bu tür bir suç işlemiş olması halinde verilecek olan hapis cezasının alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesinin kusur ilkesini ihlal ettiği yönünde birçok Alman yargı kararı mevcuttur⁹⁷². Her ne kadar doğrudan kusur ilkesine aykırı olduğunu iddia etmek

⁹⁶⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 657. Kusurun aşılma eşiği arttıkça artması görüşüne karşı bkz. ve karşı. Meier, s. 206; Hörnle, s. 58; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 135.

⁹⁷⁰ Klaus-Stephan von Danwitz, "Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers", **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Cilt: 88, Sayı: 3, 2005, ss. 258 vd. Hörnle, ss. 159 vd.

⁹⁷¹ Zira cezanın belirlenmesinin anayasal temelleri, Anayasanın bu konuda koymuş olduğu kurallar veya doğrudan Anayasadan varılan sonuçlar sadece bir çerçeve sunmaktadır. Bu çerçeve cezanın belirlenmesi ölçütleri hakkındaki tartışılmalara alan bırakmaktadır. Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 113.

⁹⁷² Alman Federal Mahkemesinin bir kararında (BGH, NJW 2008, S. 672.) bu konu üstün körü bir şekilde geçmektedir. Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesinin 1994 tarihli BVerfG Beschl. v. 9.6.1994 – 2 BvR 710/94 numaralı yayımlanmamış olan bir kararına gönderme yapmaktadır. Bu kararda Federal Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyeti başvurusunu reddetmiştir. Olay, 2 şişe biranın çalınmasına ilişkindir. Bu hırsızlığı ilk derece mahkemesi 2 veya 3 ay hapis cezası ile cezalandırmıştır. Her ne kadar bu hapis cezası süresinin görece makul olduğu iddia edilebilir ise de burada alt sınırdan kayda değer bir miktarda uzaklaşılmaktadır. Birden fazla sabıkası bulunan fail hakkında daha yüksek bir haksızlık ya da daha yüksek bir kusurun varlığı kabul edilse dahi, bu durumun sadece ek bir etmen olduğunu da kabul edilmek zorundadır. Neticenin haksızlığı büyük bir anlama sahiptir. Bir veya iki Euro'luk bir zarara sebep olan bu gibi hırsızlıklarda ceza ancak alt sınırdan verilebilir. Özel koşulların varlığında (örneğin evsiz olan ve geliri bulunmayan fail bakımından) adli para cezası yerine hapis cezasına karar verilebilir, bu durumda asgari süre bir aydır (Al. CK parag. 38/2). Kaldı ki bu süre adli para cezasının altı sınırı bakımından kayda değer bir ağırlık göstermektedir (beş gün cezası, Al. CK parag. 40/). Buna karşılık iki veya üç ay hapis cezası verilmesi, asgari cezanın iki veya üç misli ceza, artık kusurla orantılı değildir. Bu gibi hallerde kusur ilkesinin ihlal edildiği Bölge Mahkemelerince kabul edilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesinin

mümkün değilse de cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinde failin önceden suç işleyip işlemediği hususunun göz önünde bulundurulmasını reddetmek için yeterli ve ikna edici gerekçeler bulunmaktadır.

İlk olarak önceki suçlardan ötürü verilen cezaların failin suç işleme yönündeki karar verme eşiğini yükselteceği görüşü isabetli değildir⁹⁷³. İkinci olarak bu eşiğin gerçekten de yükselmiş olduğu ortaya konulsa dahi bu durumdan failin kusurunun arttığı sonucuna ulaşılamaz. Aksi halde cezaya esas oluşturan kusur anlayışı ile cezanın belirlenmesi kusuru anlayışı arasında kabul edilemez bir çelişki yaratılmış olur. Cezaya esas oluşturan kusurda fiil nedeniyle bireysel sorumluluk bir diğer ifade ile fiilin faile isnat edilmesi söz konusudur. Buna ek bir kusur yargısı söz konusu olamaz. Bu nedenle de önceki uyarıların göz ardı edilmesi nedeniyle kusurun ağırlaşmasından söz edilemez⁹⁷⁴. Öte yandan önceki ceza mahkumiyetlerinin daha ağır bir haksızlık bilincine neden oldukları ve kusuru bu suretle artırdıkları görüşü de isabetli değildir. Failin haksızlık bilinci Failin kusurlu olabilmesi için ya haksızlık bilincine sahip olması gerekir ya da kaçınılabılır haksızlık hatası içerisinde olması gerekir. Haksızlık bilincine sahip olan failin bu bilinci bir bilişsel duruma işaret etmektedir ve bunun daha artmasından söz etmek anlamlı değildir⁹⁷⁵. Dahası önceki ceza mahkumiyetlerinin faile ek bir yükümlülük getirdiği, bu nedenle failin çifte yükümlülüğü ihlal ederek suç işlediği ve kusurunun daha ağır olduğu şeklindeki görüş de ikna edici değildir. Zira hareketin haksızlığı ve buna bağlı olarak kusur yargısı ancak harekete ilişkin durumlar üzerinden belirlenebilir. Ceza normunun içerdiği uyarı daha önce suç işlemesinden bağımsız olarak tüm bireylere yöneliktir ve daha önce suç işlemiş bir birey bakımından ek bir yükümlülük/ davranış normu oluşturmaz⁹⁷⁶.

Benzer şekilde failin daha önceden suç işlememiş olması, hukuka uygun bir yaşam sürdürmüş olması da kınanabilirliğinin ölçüsü – kusurunun ağırlığı bakımından

red kararında her şeyden önce genel mahkemelerin yetkisini gasp etmek istememesi öne çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesinin görevi, ceza mahkemesinin cezanın belirlenmesine ilişkin kararının denetlenmesi değildir, iki veya üç hapis cezasına hükmedilmesinde keyfiyet yasağı ihlal edilmemiştir. Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 113-114.

⁹⁷³ Stratenwerth, s. 16; Schünemann, Plädoyer, s. 236; Hart-Hönig, s. 42; Erhard, ss. 67 vd.

⁹⁷⁴ Hörnle, s. 161; Stratenwerth, ss. 17 vd.; Schünemann, Plädoyer, s. 236; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, ss. 773 vd.; Hart-Hönig, ss. 41 vd.

⁹⁷⁵ Karş. Hörnle, s. 162.

⁹⁷⁶ Hörnle, s. 162.

önemli değildir. Failin ilk defa suç işliyor olması onun algılama veya iradi davranma yeteneğini azaltmamaktadır⁹⁷⁷. Dolayısıyla failin önceden suç işleyip işlemediği bilgisi onun kusurunun ağırlığında göz önünde bulundurulamamalıdır⁹⁷⁸. Son olarak şunu belirtmek isteriz: Her ne kadar failin daha önceden suç işlemiş olmasının cezayı arttıran bir neden olarak kabul edilmesi özel önleme ve genel önleme bakımından da savunulmaktaysa da⁹⁷⁹ cezanın kusur esasında belirlenmesi gerektiği ve bu cezanın başka gerekçelerle aşılmasının mümkün olmadığı kabulünün ardından artık tekerrürün önleme mülahazalarıyla cezayı arttıran bir neden olarak kabul edilebilir olup olmadığını tartışmanın bir gereği yoktur.

Failin algılama ve iradi davranma yeteneğine ve dolayısıyla da haksızlığının kınanabilirliğine etki ettiği kabul edilen hususlardan ikincisi failin kişisel ve ekonomik ilişkileridir. Failin kişisel ve ticari ilişkileri birçok farklı hususu kapsamaktadır. Bunlara çeşitli örnekler verilebilir. İlk olarak failin yaşı onun gelişim durumunu göstererek ceza hukuku bakımından önemli bir rol oynamaktadır⁹⁸⁰. Yaş küçüklüğü kusur yeteneğine ilişkin bir kurum olarak TCK'da düzenlenmektedir. Failin yetişkin olması halinde kural olarak cezai sorumluluğu söz konusudur. İstisnai hallerde kusur yeteneğinin ortadan kalkması mümkündür. Failin ileri yaşı nedeniyle kusur yeteneğinde bir azalma meydana gelmiş olabilir⁹⁸¹.

Failin alkol tüketimi de kusur yeteneğinin ölçüsünde önemli etkenlerden biri olarak kabul edilmektedir⁹⁸². Failin fiil anında alkol etkisi olması onun algılama ve iradi davranma yeteneğinin de etkilenmiş olduğu anlamına gelebilir. Bu etkinin ölçüsü

⁹⁷⁷ Erhard, ss. 301 vd.

⁹⁷⁸ Benzer yönde bkz. Hörnle, s. 166.

⁹⁷⁹ Özel önleme ve cezanın fail üzerindeki etkisi bakımından gerekçeler için bkz. Heinz Zipf, **Die Strafzumessung.: Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung**, C. F. Müller, Heidelberg, 1977, (Strafzumessung), s. 70; Bruns, s. 224. Karş. Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, s. 772. Pozitif genel önleme bakımından gerekçeler için bkz. Axel Montenbruck, **Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten**. Duncker & Humblot, Berlin, 1989, (Abwägung), s. 86; Franz Streng, "Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 92, Sayı: 3, 1980, (Vergeltung), ss. 652, 663 vd; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 565; Schünemann, Plädoyer, s. 237. Karş. Stratenwerth, s. 18.

⁹⁸⁰ Meier, s. 211.

⁹⁸¹ İlk defa suç işlemiş olan failin ileri yaşa sahip olması, kusur yeteneğinin yaşı sebebiyle önemli ölçüde azalmış olup olmadığının araştırılmasını gerektirebilir. Meier, s. 211.

⁹⁸² Meier, s. 213; Schäfer ve diğerleri, kn. 606, 645.

somut olayın koşullarına ve failin fiziksel özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Zira her birey alkol oranından farklı şekillerde etkilenebilir⁹⁸³. Mahkemenin kanda tespit edilen alkol oranının yanı sıra failin fiil öncesindeki, esnasındaki ve sonrasındaki davranışlarına ve olayın meydana gelişine ilişkin olan diğer objektif ve sübjektif hususları da değerlendirmesi gerekir⁹⁸⁴. Failin planlı, amaca yönelik ve tutarlı davranışları, adaptasyon yetisi, gerçekleşen olaylara ilişkin makul değerlendirmelerde bulunabilmesi veya olayı-suç fiilini detaylı olarak anımsayabilmesi kusur yeteneğinin azalmadığı yönünde değerlendirilebilir⁹⁸⁵. Alkol tüketimine alışkın insanlar açısından ise alkolün kusur yeteneklerini ne ölçüde etkilediklerinin somut olaya göre araştırılması gerekir⁹⁸⁶. Failin alkol nedeniyle kusur yeteneğinde bir azalma meydana geldiği tespit edilecek olursa bunun işlediği haksızlığın kınanabilirliğini azaltıp azaltmadığına ayrıca karar verilmesi gerekir. Failin kendisini kusur yeteneğini azaltacak bir duruma getirmiş olması onun cezai sorumluluğu açısından oldukça önemlidir. Failin alkolü o durumda o tür fiilleri işlemeye meyilli olduğunu bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen tüketmesi halinde artık alkol tüketiminden ötürü kınanabilir. Örneğin failin araç kullanacağını bilerek veya bunu hesaba katarak alkol tüketmiş olmasının araştırılması gerekir⁹⁸⁷. Alkol tüketimine ilişkin yaptığımız değerlendirmeler doğrudan uyuşturucu ve uyarıcı maddeler bakımından da geçerli değildir. Zira bu tür maddelerin etkileri alkol kullanımından farklı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür maddelerin kullanımında kullanılan maddenin çeşidi, dozu ve faile ilişkin özellikler mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı istisnai olarak kusur yeteneğinde bir azalmaya neden olur. Örneğin, uzun yıllar boyunca madde kullanımına bağlı olarak failin kişiliğinin değişmesi veya ağır yoksunluk dönemlerinde yeniden uyuşturucu satın almak adına suç işlemesi hallerinde kusur yeteneğinde azalma meydana geldiği değerlendirilmesinde bulunulabilir⁹⁸⁸.

⁹⁸³ Kurt Rüdiger Maatz, “§§ 20, 21 StGB, Privilegierung der Süchtigen?”, **Strafverteidiger**, Sayı: 5, 1998, s. 281.

⁹⁸⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 968 vd.

⁹⁸⁵ Meier, s. 213. Ayrıca bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 975.

⁹⁸⁶ Meier, s. 213; Schäfer ve diğerleri, kn. 973.

⁹⁸⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 606.

⁹⁸⁸ Meier, s. 214.

Failin algılama veya iradi davranma yeteneğine etki edebileceği düşünülen bir diğer husus da failin bir başka ülkeden göç etmiş olup olmadığıdır. Bir suçun vatandaş tarafından ya da yabancı tarafından mı işlendiği hareketin ve neticenin haksızlığı ile kınanabilirliğin ölçüsüne kural olarak etki etmez⁹⁸⁹. Zira ceza kanunlarında failer arasında bir ayrıma gidilmiş olmayıp, yabancı olan kişilerin suç işlemekten imtina etmelerine yönelik fazladan bir yükümlülükleri bulunmamaktadır⁹⁹⁰. Bununla birlikte failin başka bir ülke vatandaşı olması veya iltica başvurusunda bulunmuş olması kusurun ölçüsü bakımından önemli olacak şekilde işlediği fiili şekillendirmiş olabilir. Örneğin, fail ülkeye suç işlemek için veya yabancı ülke vatandaşı olması nedeniyle kendisine tanınacak olan imkanları hukuka aykırı bir şekilde elde etmek için ülkeye girmiş ise ya da ülkenin iç güvenliğine karşı suç işlemiş ise⁹⁹¹. Ancak failin kendi ülkesinde bu fiilin haksızlığının daha yüksek olacağı gerekçesiyle kusurunun daha ağır olduğuna karar verilemez⁹⁹². Failin göçmen geçmişi vatandaş olup olmadığından bağımsız olarak haksızlığın kınanabilirliğine etki edebilir. Sadece failin farklı bir kültürden gelmiş olmasından hareketle daha az kınanabilir olduğuna karar verilemez⁹⁹³. Ancak failin yabancı ülkeye özgü olan değer yargıları suçun işleniş biçimi ile de ilişkili iseler kusurunun azaldığı değerlendirilmesinde bulunulabilir. Örneğin bu farklı değer yargıları failin haksızlık bilincinin azalmasına neden olabilir, (özellikle de ilgili davranış o yabancı kültürün hukuk düzeni ile uyumlu ise)⁹⁹⁴. Dahası failin farklı değer yargılarına sahip farklı bir kültürden gelmesi sebebiyle suç işlemek için daha düşük bir içsel eşiği aştığı durumlarda da kusurun azaldığı kabul edilmektedir. Bunun için failin ne zamandan beri Almanya’da yaşamakta olduğu önemlidir⁹⁹⁵. Eğer failin kusur yeteneği azalmış ve suçun işleniş biçimine ilişkin durumlar bu azalmanın etkisi altında veya onun sonucu olarak ortaya çıkmış ise bu durumlar nedeniyle failin kınanabilmesi mümkün değildir.

⁹⁸⁹ LK-Theune, § 46 kn. 187.

⁹⁹⁰ Meier, s. 215.

⁹⁹¹ LK-Theune, § 46 kn. 188; Fischer, § 46 kn. 43; NK-Streng, § 46 kn. 151.

⁹⁹² NK-Streng, § 46 kn. 149; S/S-Kinzig, § 46 kn. 36; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 36b.

⁹⁹³ LK-Theune, § 46 kn. 192.

⁹⁹⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 630.

⁹⁹⁵ Meier, s. 215; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 244; S/S-Kinzig, § 46 kn. 36.

Failin kusur yeteneğine ve dolayısıyla da haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsüne etki edebileceği düşünülen hususları inceledikten sonra eleştirel görüşleri incelemeye geçebiliriz. Bu konudaki eleştirileri iki aşamada ifade edebiliriz. İlk aşama failin göçmen kimliği/geçmişi veya suç anında yaşadığı duygular gibi hususların kusur yeteneğine olan etkilerinin belirlenmesinin ne denli güç hatta imkansız olduğuna ilişkindir. Burada esasında ampirik bir değerlendirmeden hareket edilmektedir. İkinci aşama ise normatif bir değerlendirmede bulunarak esasında bu gibi hususların göz önünde bulundurulmasının kusur ilkesinin bir gereği olmadığı ve hatta kusur ilkesi uyarınca bu tür değerlendirmelerden kaçınılması gerektiği itirazına ilişkindir.

İlk olarak failin suç anında kusur yeteneğine sahip olup olmadığına ilişkin kararın dahi oldukça zor bir şekilde verildiği ifade edilmektedir⁹⁹⁶. Ceza muhakemesinde failin kusur yeteneğinin olup olmadığı kararının alınması sürecinin gelişmişliği/sistematikliği karşısında güçlü duygular veya kültürel farklılıklar nedeniyle failin algılama veya hareketlerini yönlendirme yeteneğinin azaldığı yönündeki değerlendirmeler bir hayli spekülatif kalmaktadır. HÖRNLE haklı olarak failin suç esnasındaki güçlü duygularının davranışlarını yönlendirme yetisini sınırladıklarını daha sonradan tespit etmenin nasıl mümkün olabileceğini sorgulamaktadır. Aylar veya yıllar sonra öfke gibi normal ve geçici psikolojik durumların sınırlı bir yönlendirme yetisine neden olduklarının belirlenebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu konuda yapılacak olan değerlendirmeler psikolojik bilimsel bir tespit niteliğinde değildir. Burada asıl etkili olan şey hakim failin karşı sempati veya antipati geliştirip geliştirmediğidir. Bu nedenle failin motivasyonunu yönetme potansiyeli hakkında verilmiş olan böylesi kararların geçerlilikleri oldukça zayıftır⁹⁹⁷.

Failin içinde yetişmiş olduğu kültürün onun algılama ve iradi davranma yeteneğine etkisinin değerlendirilmesinde de birçok problem ortaya çıkmaktadır.

⁹⁹⁶ Franz Streng, “§ 20”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-37**, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2011, (MüKo-Streng, § 20), kn. 49, 53; Heinz Schöch, “§ 20”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 31**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2007, (LK-Schöch, § 20), kn. 42; Walter Perron, “§ 20”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 28. Auflage, C. H. Beck, München, 2010, (S/S-Perron, § 20), kn. 26.

⁹⁹⁷ Hörnle, Schuldurteilen, ss. 94-95.

Hangi kültür çevresinden olduklarına bakmaksızın tüm faillerin geçmişini değerlendirilmesi gerektiğini düşünürsek bu problemler açıkça anlaşılır hale gelmektedir. Ceza yargılamasında failin geçmişinin/gelişiminin onu haksızlığa motive eden şeyleri algılamakta zorlanmasına yol açan etkileri belirleyecek kadar ayrıntılı bir şekilde yeniden kurgulanması imkansızdır. Böylesi bir yaklaşım her bir fail açısından çok çeşitli durumların ve nedenlerin ortaya konulmasını gerektirecektir. Hangi etkileşimlerin ve yaşam deneyimlerinin suça karar verilmesi ile ilgili olan davranış biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olduğuna hipotetik olarak her şeyi bilen bir varlığın karar verebileceği söylenebilirse de herhangi bir insanın bu kararı verebilmesi mümkün değildir. Sınırsız zamana sahip olursa ve insanlar tüm dürüstlükleriyle kendi hayatlarıyla ilgili bilgi verseler dahi sadece erken çocukluk döneminde değil tüm yaşamları boyunca onları şekillendiren şeylerin çoğu açığa çıkmayacaktır. Zira kişinin kendisi bu durumları hatırlamayabilir, ne yönde ilgileri olduğu konusunda hatalı olabilir veya farklı etkilerin karşılıklı ilişkilerini kavrayamamış olabilir. En uygun koşullar altında dahi davranışlarını yönlendirme yeteneğine ilişkin çok eksik ve bozuk bir görüntüye ulaşılabilecektir. Ceza muhakemesinde en uygun ideal koşulların olmadığı göz önünde bulundurulacak olursa böylesi bir değerlendirme anlayışından vazgeçilmesi daha isabetli ve doğru olacaktır⁹⁹⁸. Algılama ve iradi davranma yeteneğinin bireyselleştirilmiş bir şekilde araştırılması yerine bunun mümkün olmadığının bu konuda geçerli sonuçlara ulaşılamayacağının kabul edilmesi gerekir. İnsanlara etki eden durumların içerisinde sadece yabancı olması gibi fark edilmesi daha kolay durumların cımbızlanması hatalı değerlendirmelere yol açabileceği gibi motivasyon yapısı ve iradi davranma yetilerini sınırlandıran durumlar öğretide veya yargı kararlarında tanınmamış olan diğer faillelere karşı keyfi bir uygulama teşkil edecektir⁹⁹⁹.

İkinci olarak anayasal kusur ilkesi failin gelişimine ve karakterinin oluşuma etki eden veya fiilinden önce onun kusur yeteneğini sınırlandıran tüm hususların göz önünde bulundurulmalarını gerektirmemektedir. Anayasal temellerden ceza hukukunda failin algılama ve iradi davranma yeteneğinin mutlaka psikolojik bir şekilde ölçülmesi gerektiği sonucuna ulaşılamaz. Ceza hukukunun kusur anlayışı

⁹⁹⁸ Hörnle, Schuldurteilen, s. 98.

⁹⁹⁹ Hörnle, Schuldurteilen, s. 99.

Anayasanın kusur anlayışına dayanmak zorundadır. Kusur ilkesi, normatif bir insan anlayışına dayanmaktadır. Bu nedenle de kusurun ampirik yaklaşımlarla ölçülmesi gerektiği düşüncesi geçerli değildir. Dahası hakimlerin failin algılama ve iradi davranma yeteneğine ilişkin olarak ruhsal ve sinirsel rahatsızlıklar – akıl hastalıkları dışındaki durumlar üzerinden değerlendirme yapmalarının mümkün değildir. Failin algılama ve iradi hareket etme yeteneğini sınırlandıracak hususlar çok yönlüdür ve yaygındır. Sadece bazı belirgin durumların bu yeteneğin ölçülmesinde kullanılmak üzere seçilmesi ve diğerlerinin göz ardı edilmesi ise keyfi bir uygulama ortaya koymaktadır¹⁰⁰⁰.

Kanaatimizce hastalık benzeri bozukluklar, alkol madde bağımlılığına bağlı durumlar, failin yaşından kaynaklanan durumların onun algılama ve iradi davranma yeteneğine etkisinin incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Ancak failin önceki yaşantısı bağlamında suç işleyip işlemediği, içinde yetiştiği kültürün özellikleri, ailesi, eğitimi, sosyal ilişkileri gibi durumların bir öneminin bulunmaması gerekir. Bu gibi durumların failin kusur yeteneğine etkisine ilişkin değerlendirmeler spekülasyonun ötesine geçemeyecektirler. Faili suç işlemeye iten süreçlerin tamamının muhakeme aşamasında değerlendirilmesi ve sorumluluğunun ölçüsünün tespit edilmesi insanların bilişsel kabiliyetleri ve yaşamın doğal akışında mümkün değildir. Dolayısıyla böylesi imkansız ve keyfi sonuçlara yol açacak bir uğraşıya girişmek yerine kusur yeteneğinin ölçüsünün onun varlığı bakımından kanunda öngörülmüş olan durumlar ile sınırlı olarak incelenmesi daha uygundur.

2. Haksızlık Bilinci

Failin haksızlığından ötürü kınanabilir olması için bir diğer ifade ile kusurlu olabilmesi için haksızlık bilincine sahip olması gerekir. Haksızlık bilinci ya mevcuttur ya da muhtemeldir¹⁰⁰¹. Bu ikisi arasındaki farkın kusurun ölçüsüne de yansıdığı yukarıda açıklanmıştı. Cezanın belirlenmesi kusurunun sadece haksızlıktan oluşmadığının bir nevi ispatını oluşturmaktaydı. Haksızlığın bir parçası/unsuru

¹⁰⁰⁰ Hörnle, Schuldurteilen, s. 102.

¹⁰⁰¹ Bu konuda bkz. Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, ss. 99 vd.

olmayan haksızlık bilincinin farklı dereceleri, cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsüne etki etmektedir. Haksızlık bilincinin ölçüsü/derecesi failin haksızlığının ne ölçüde kınanabilir olduğunu gösteren hususlardan biridir. Tam bir haksızlık bilinci ile hareket eden bir fail ile haksızlık bilinci ihtimali ile hareket eden bir fail arasında cezanın belirlenmesi bakımından bir farkın gözetilmemesi ölçülü ve yerinde olmayacaktır. Haksızlık bilincinin koşullu haksızlık bilincinin üzerine çıkan tüm formları, bir haksızlığın işlendiğinin biliniyor olması ya da tam olarak haksızlığın tüm kapsamının biliniyor olması, kusuru arttıran durumlardır. Kaçınılabılır haksızlık hatası içerisinde hareket eden failin kusuru mevcut haksızlık bilinci ile hareket eden failin kusurundan daha azdır¹⁰⁰². Dolayısıyla failin haksızlık bilincinin derecesinin araştırılması gerekir.

Kaçınılabılır haksızlık hatası da kendi içinde derecelendirilebilir bir durumdur. Zira kaçınılabılırlik derecelendirilebilir. Kaçınabilirliğin boyutunun veya önemsizliğinin değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁰³. Örneğin hata hukuki duruma ilişkin bir araştırma ile giderilebilecek nitelikte ise failin hiç mi araştırmadığı yoksa yeterli ölçüde mi araştırmadığı arasında bir fark bulunmaktadır. Temel olarak fail resmi makamdan bilgi aldığı gerekçesiyle fiilinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin karar verme sorumluluğundan kurtulamaz. Özellikle de ilgili yetkili makamdan yasağı öğrenmiş ise. Bununla birlikte failin ilgili davranışın hukuka uygunluğunu bir avukat yardımıyla araştırdığı ve fiilden önce hukuki tavsiye aldığı durumlarda kınanabilirliği azalmaktadır. Aynı değerlendirme failin artık geçerli olmayan mahkeme kararlarına güvendiği durumlarda da yapılabilir. Temel olarak şunu söylemek mümkündür: failin kaçınılabılır haksızlık hatası ne ölçüde hukuk düzenine karşı kayıtsız oluşuna dayanıyor ise kınanabilirliği ve dolayısıyla kusuru da o ölçüde ağırlaşacaktır¹⁰⁰⁴.

3. Failin Saiki ve Amacı

Alman ceza hukukunda geleneksel olarak failin saik ve amacı cezanın belirlenmesi göz önünde bulundurulması gereken önemli hususlardan biri olarak kabul

¹⁰⁰² Grosse-Wilde, ss. 106-107.

¹⁰⁰³ LK-Theune, § 46 kn. 112.

¹⁰⁰⁴ LK-Theune, § 46 kn. 112.

edilmiştir. Failin saik ve amacı niteliği ve gücü bakımından cezanın belirlenmesinde anlamlıdır¹⁰⁰⁵. Failin zihniyeti, Alman öğretisinde ve Al. CK parag. 46/2, 1’de cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan bir diğer sübjektif husus olarak kabul edilmektedir. Failin zihniyeti, onun davranışlarının ve yönelimlerinin temelinde yer alan genel tutumunu ifade eder ve hukuk düzeninin gerekliliklerine karşı tavrını yansıtır¹⁰⁰⁶. Kusur yargısının konusunu oluşturan haksızlık belirli bir fiilin icrai olarak gerçekleştirilmesi veya hukuk düzeni tarafından emredilen bir hareketin ihmal edilmesinde yatar. Haksızlık, hukuken kınanan ve onaylanmayan bir yaşam biçimi sürdürülmesi ile meydana gelmez. Yaşam biçiminin kusurlu oluşundan bahsedilemez, zira bu şekilde herhangi bir tipe uygun fiil işlenmiş olmamaktadır. Genel ahlaki değerlendirmeler bir hukuki sonucun gerekçesi/dayanağı olmaya uygun değildirler¹⁰⁰⁷. Ayrıca failin yaşantısı değiştirmek için çaba göstermediği, hukuk düzenine karşı vurdumduymaz bir tavır takındığı ya da kişisel kaderini ihmal ettiği şeklindeki değerlendirmeler de hukuken hatalıdır¹⁰⁰⁸. Bu nedenle hem kanundaki düzenlemede hem de öğretilerde failin zihniyetinin cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi için mutlaka fiil ile dışa yansımış olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁹. Failin zihniyeti ve fiil arasındaki bağlantı, bu zihniyetin haksızlık içeriğini belirlediği sürece kurulabilir. Bunun için failin zihniyetinin onun hukuk düzenine ve barışına karşı tehditkar tavrının ölçüsünü yansıtması gerekir, ki bu tavır kendisini haksızlıkta göstermektedir¹⁰¹⁰. Failin genel hataları eksiklikleri ancak fiil ile doğrudan ilişkili olmadıkları müddetçe göz önünde bulundurulamaz. Örneğin, avukat olan failin işlemiş olduğu dolandırıcılık suçunda, genel iş pratiğine ilişkin eksikliklerinin (örneğin müvekkillerini uzun süre bekletmek gibi) kusurunu ağırlaştırıcı yönde değerlendirilmemesi gerekir¹⁰¹¹. Failin ahlaki, dini değer yargılarına uygun hareket etmemiş olması sadece kendisini ilgilendirir ve bu nedenle cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz¹⁰¹².

¹⁰⁰⁵ S/S-Kinzig, § 46 kn. 13; LK-Theune, § 46 kn. 87; Schäfer ve diğerleri, kn. 608; Meier, s. 202.

¹⁰⁰⁶ Meier, s. 203.

¹⁰⁰⁷ Roxin, AT I, § 19 kn. 62; Jescheck/Weigend, AT, s. 423; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 193; NK-Streng, § 46 kn. 53; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 552; Meier, kn. 204.

¹⁰⁰⁸ Meier, s. 203.

¹⁰⁰⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 615.

¹⁰¹⁰ LK-Theune, § 46 kn. 94.

¹⁰¹¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 615.

¹⁰¹² Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 552.

Failin saik ve amacı önceleri haksızlığın değil failin kusurunun bir parçası olarak görülmekteydi. Ancak HÖRNLE'ye göre kusur, ancak zihniyet kusuru olarak kabul edilir ise kusurun artması mümkündür. Bu da günümüzdeki kusur anlayışı ile çelişmektedir. Kusur artık bir sorumluluk, isnadiyet ölçüsü olarak kullanılmaktadır. Faile haksızlığın kişisel olarak isnad edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Böylesi bir anlayışa göre failin kusuru ya tamdır ya azalmıştır ya da yoktur. Kusurun tam sorumluluğun üzerine çıkması mümkün değildir. Eğer fail zihniyetinden ötürü daha fazla cezalandırılacak (cezası ağırlaştırılacak) olursa bu fazla ceza miktarı artık fiil nedeniyle değil sadece içsel yapısı, fitratı, zihniyeti nedeniyle verilmiş olacaktır. Bu da fiil ceza hukukuna aykırılık teşkil edecektir¹⁰¹³.

Günümüzde Alman ceza hukuku öğretisinde failin saiki, amacı ve zihniyeti hareketin haksızlığı altında değerlendirilmektedir¹⁰¹⁴. Failin zihniyeti, saik ve amacını haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsüne etki eden hususlar olarak kabul eden MEIER'e göre de aynı haksızlık içeriği failin zihniyeti vasıtasıyla farklı bir ağırlığa sahip olabilir¹⁰¹⁵. Örneğin, hastasına tedavi esnasında zarar veren bir doktorun davranışının, tedavideki hatanın mesleki koşulları yol açtığı aşırı yorgunluktan ötürü mü, hastaların vücut bütünlüğüne karşı ilgisiz ve dikkatsiz olmasından ötürü mü yoksa güttüğü ekonomik kaygılardan ötürü mü meydana geldiği önemlidir¹⁰¹⁶.

HÖRNLE bu hususların haksızlığın bir parçası olarak değerlendirilmelerine de karşı çıkmaktadır. Yazara göre bu hususların haksızlığın ağırlığını arttırdıkları görüşü yeterli ölçüde gerekçelendirilmemektedir¹⁰¹⁷. Eğer haksızlık, failin ceza normunda yer alan emri veya talebi göz ardı etmesini ifade ediyor ise, failin motivasyonu haksızlığını yükseltmez. Ceza normunun göz ardı edilmesi aynı sorumluluk/isnadiyet de olduğu gibi ya vardır ya da yoktur. Var olduğu durumlarda bunun üzerine çıkan bir kademelendirme mümkün değildir. Hareketin haksızlığının somutlaştırılmasına imkan tanıyan bir diğer yaklaşım mağdurun perspektifine dayanmaktadır. Failin motivasyon durumunun mağdur açısından önemli olup olmadığı araştırılabilir. Çoğu saik ve amacın mağdur açısından önemsiz olduğu görülecektir. Örneğin, mal varlığına karşı

¹⁰¹³ Hörnle, Umstände, ss. 120-121.

¹⁰¹⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 607, 614.

¹⁰¹⁵ Meier, s. 203.

¹⁰¹⁶ Meier, s. 203; Jescheck/Weigend, s. 887.

¹⁰¹⁷ Hörnle, Umstände, ss. 121.

işlenen suçlarda normalde fail bencilce ve kendi yararını gözeterek hareket etmektedir. Failin bencilce davranmış olması, mağdur açısından haksızlığı arttıran bir anlama sahip olmayacaktır. Benzer şekilde hareketin saygısızca veya düşüncesizde gerçekleştirilmiş olması çok az anlama sahiptir. Eğer saygısızlık mağdura özellikle kötü/zalimane davranılması veya tipik neticenin ötesine geçen bir tehlikenin yaratılması şeklinde dışa vurur ise haksızlığın ağırlığının arttığından söz edilebilir. Sadece saygısızlık, bencillik veya egoistliğe atıfla kusurun arttığından söz edilemez. Zaten genellikle suç dostane – iyi niyetli olmayan amaçlarla işlenmektedir¹⁰¹⁸.

Al. CK'da 2015 yılında yapılan değişiklik ile cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan hususları örnekseyici olarak düzenleyen parag. 46/2, 2'ye failin saik ve amaçları ifadesinden sonra “özellikle ırkçı, yabancı düşmanlığı veya diğer insanlık dışı saik ve amaçlar” ifadesi eklenmiştir. Bu saiklerle bir suçun işlenmesi halinde genellikle failin kınanabilirliği artmaktadır¹⁰¹⁹. HÖRNLE'ye göre de failin amacının mağduru özellikle aşağılamak olduğu durumlarda daha farklı bir değerlendirmeye gidilebilir. Örneğin, kasten yaralama suçunun ırkçı saiklerle işlenmesi ve bu saikin de suçun işlenişi sırasında dile getirilmesi halinde haksızlığın ağırlaştığından söz edilebilir. Bununla birlikte böylesi bir saikin gizli kaldığı ve fiile yansımadağı durumlarda haksızlığın artıp artmadığının tartışılması gerekir¹⁰²⁰.

Yukarıda kusurun derecelendirilebilir olduğu ve haksızlık dışındaki hususların (örneğin mevcut ve olası haksızlık bilinci arasındaki farkın) kusuru ağırlaştırabileceği yönündeki görüşümüzü açıklamıştık. Bu nedenle HÖRNLE tarafından failin zihniyeti, saik ve amaçlarının kusurun ağırlığının ölçülmesinde göz önünde bulundurulmalarına karşı ileri sürülen (kusurun ancak tam ya da azalmış – 0 ve 1 arasında – olabileceği tam kusurun üzerinde bir kusur ağırlığının olamayacağı şeklindeki) gerekçeye katılmamaktayız. Ayrıca failin saik ve amaçlarının göz önünde bulundurulabilmesi için mağdurun bakış açısının temel ölçüt olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü de ikna edici bulmamaktayız. Ancak yine de failin zihniyetinin, saik ve amaçlarının kusurun ölçülmesindeki yerinin eleştirel bir şekilde incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle zihniyet ve saik/amaçlar arasında bir ayırma gidilmelidir.

¹⁰¹⁸ Hörnle, Umstände, ss. 121.

¹⁰¹⁹ Meier, s. 203.

¹⁰²⁰ Hörnle, Umstände, ss. 121.

Failin zihniyeti ifadesi, fiil kusuru bakımından sakıncalı birtakım sonuçlara yol açma potansiyeline sahip olup ona daha sınırlı bir etki tanınması ve sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerekirken; failin saik ve amacı birçok yönden haksızlık ve kınanabilirliğin ölçüsü ile ilişkilendirilebilir. Bazı saik ve amaçlar suçun işleniş biçimine yansımaları bağlamında hareketin haksızlığı bakımından önem kazanabilirler. Ancak bunun için failin sadece belirli bir saikle hareket etmiş olduğunun tespit edilmesi yeterli değildir, suçun işleniş biçimi bakımından dışa vurulması ve hareketin haksızlığını arttırıp arttırmadığının da araştırılması gerekmektedir. Ayrıca bir amaca yönelik olarak hareket ediyor olması failin birinci dereceden doğrudan kast ile hareket ettiğini göstermektedir. Doğrudan kastın, dolaylı kasta göre failin hareketinin haksızlığını dolayısıyla da kusurunun ağırlığını arttırdığı sonucuna ulaşıldığını yukarıda da ifade etmiştik. Öte yandan failin saik ve amacı haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsüne de etki edebilir. Zira failin suç işleme motivasyonunun oluşum sürecine ilişkin bilgi vermektedir. Kınanabilirlik bağlamında ise bazı saiklerin daha yoğun ve bazılarının daha az bir kınamayı gerektirebileceği kanaatindeyiz.

Failin zihniyetinin onun haksızlığının kınanabilirliğini arttırabileceği durumlara örnek olarak failin bir diğer kasten öldürme suçunu gerçekleştirebilmek veya bu suçun delillerini gizlemek için bir insanı öldürmesi verilebilir. Bir insan yaşamını başka bir suçun işlenmesinde araç haline getirmek suretiyle fail insan yaşamını olağan dışı bir şekilde önemsemediğini dışa vurmaktadır. İnsan yaşamına değer vermeyen zihniyeti kendisini fiili ile göstermektedir¹⁰²¹. Bu örnek TCK'da kastan öldürme suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰²². Bu durum kanun koyucunun bu gibi hallerde haksızlığın ve onun kınanabilirliğinin yükseldiği kanaatinde olduğunu göstermektedir.

İyi, başkalarının faydasını gözetken veya insani yönden anlaşılabilir olan saikler ve amaçların cezanın belirlenmesi kusurunu azalttıkları söylenebilir. Örneğin, fail yoksulluk ve zaruret nedeniyle veya birçok işçinin çalıştığı işletmesinin iflasına engel olmak amacıyla hırsızlık suçunu işlerse failin kusurunun azaldığı değerlendirilebilir.

¹⁰²¹ Meier, s. 204.

¹⁰²² TCK m. 82/1, h bendinde “kastan öldürme suçunun bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla” işlenmesi nitelikli hali düzenlenmektedir.

Zira böylesi bir zorunluluk failin anlama ve davranışlarına yön verme yetisini etkileyerek kusurunu azaltmaktadır¹⁰²³. Saygı değer veya en azından kabul edilebilir amaçlar fiilin kınanabilirliğini azaltabilir. Örnek olarak failin merhametten ötürü veya zaruret içerisinde işlediği suçlar verilebilir¹⁰²⁴. Failin güçlü iradesi ve suç işlemedeki kararlılığı saygıdeğer bir saikle suçu işlemesi karşısında kusuru ağırlaştırıcı etkilerini kaybedeceklerdir¹⁰²⁵. Örneğin, kaçak olarak elektrik kullanarak karşılıksız yararlanma suçunu kararlılıkla işleyen failin, uzun zamandır işsiz olması, elektrik faturalarını ödemede zorlanması, ısınmak için elektrige muhtaç olması ve soğuk kış günlerinde hem kendisinin hem de ailesinin hayatta kalmasını sağlamak istemesi halinde kınanabilirliğinin önemli ölçüde azaldığını kabul edebiliriz. Bu bağlamda mazeret sebebi olan zorunluluk hali yol gösterici olabilir. Zorunluluk halinin tüm koşullarının gerçekleşmediği hallerde failin kınanabilirliğinin azaldığı kabul edilmelidir. Verilen örnekte de failin saiki kendisini ve ailesini içinde olduğu zor durumdan kurtarmaya yönelik olup zorunluluk haline yaklaşmaktadır. Öte yandan failin mağdura başkaca zararlar vermemek veya üçüncü kişileri tehlike ve zararlardan korumak yönündeki çabalarının da onun lehine olarak değerlendirilmesi mümkündür¹⁰²⁶.

Belirtmek gerekir ki duygusal ve dürtüsel etkiler söz konusu olduğunda failin bunları hareketini yönlendirdiklerinin farkında olmanın ötesinde zihinsel olarak kontrol edebilmesi ve yönetebilmesi gerekmektedir. Bir diğer anlatım ile sadece kınanabilir olduğu saik ve amaçlar cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir. Buna karşılık cezai sorumluluğunu önemli ölçüde azaltan bir durumdan örneğin hastalıklı bir kıskançlık sanrısından kaynaklanan saik veya amacın göz önünde bulundurulabilmesi için başka gerekçelere ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰²⁷.

Failin saik veya amacına suç tipinde yer verilmiş olabilir. Örneğin hırsızlık suçunda yarar sağlamak maksadıyla fiilin işlenmesi gerekmektedir. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı gereğince saikin varlığı cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz. Bununla birlikte suçun unsuru haline gelmiş olan saik ya da amacın

¹⁰²³ Hörnle, Umstände, ss. 123.

¹⁰²⁴ LK-Theune, § 46 kn. 89; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, s. 768.

¹⁰²⁵ LK-Theune, § 46 kn. 106.

¹⁰²⁶ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 552.

¹⁰²⁷ Meier, s. 203.

modifikasyonları göz önünde bulundurulabilir.¹⁰²⁸ Kanunda yer alan saik ve amaca ilişkin değerlendirmeler diğer suç tipleri açısından yol gösterici niteliktedir.¹⁰²⁹ Örneğin TCK m. 81/1, k bendinde kasten öldürme suçunda nitelikli hal olarak düzenlenen töre saiki TCK m. 86 ve 87’de düzenlenen kasten yaralama suçunda kınanabilirliğin ölçüsü değerlendirilirken göz önünde bulundurulabilir. Aynı şekilde failin zihniyetine ilişkin olarak kanunda yer alan değerlendirmeler de diğer suçlar bakımından yol gösterici olabilirler¹⁰³⁰. Bu şekilde genel ahlaki değerlendirmelerden değil hukuki değerlendirmelerden hareketle bir hareketin değersizliğinin/haksızlığının ölçüsü veya kınanabilirliğinin ölçüsü değerlendirilebilir.

D. Fiilden Sonraki Davranışların Kusura Etkisi

Failin fiilden sonraki davranışları bağlamında onun yeniden suç işleyip işlemediği, sosyal yönden daha stabil bir hayata geçip geçmediği, pişmanlık gösterip göstermediği, suçunu ikrar edip etmediği suçtan zarar gören veya mağdur ile uzlaşp uzlaşmadığı, zararı giderip gidermediği ya da zararı daha da ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı soruları önem kazanmaktadır¹⁰³¹. Failin fiilden sonraki davranışları olarak değerlendirilen davranışların çeşitliliği karşısında bir sınıflandırma ihtiyacı doğmaktadır. Bu davranışlar genellikle üç gruba ayrılmaktadır: zararın giderilmesi-tazmin edilmesi, zararın ağırlaştırılması-derinleştirilmesi ve son olarak muhakeme sürecindeki davranışlarını da kapsayan diğer davranışlar¹⁰³². Üçüncü gruba giren davranışların etkisi bakımından önceden soyut bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Somut olayın koşullarına göre failin lehine ya da aleyhine olarak değerlendirilebilmektedirler¹⁰³³.

İlk bakışta failin fiilden sonraki davranışlarının cezanın belirlenmesi ile bir ilişkisi olamayacağı düşünülebilir. Haksızlık ve kusurun, fiilin sona ermesinden sonra

¹⁰²⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 608; Meier, s. 203.

¹⁰²⁹ Meier, s. 203.

¹⁰³⁰ S/S-Kinzig, § 46 kn. 16.

¹⁰³¹ Stadler, s. 236; Schäfer ve diğerleri, kn. 667 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 573 vd.; Meier, s. 216 vd.; Bruns, s. 220.

¹⁰³² Stadler, s. 237. Benzer yönde bkz. ve karşı. Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 572; Meier, ss. 216 vd.

¹⁰³³ Stadler, s. 237.

değişmesi mümkün görünmemektedir¹⁰³⁴. Daha yakından tahlil edince kanun koyucunun fiilden sonraki davranışları önemli bulduğu fark edilecektir. Örneğin TCK m. 38/3'te azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağının cezasında indirim yapılabileceği düzenlenmektedir. TCK m. 51'de cezanın ertelenebilmesinin bir koşulu olarak failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması aranmaktadır. Dolayısıyla failin yargılama sürecindeki hareketlerine özel bir anlam yüklenmekte ve birtakım sonuçlar bağlanmaktadır. Ayrıca kanunda çeşitli suç tipleri bakımından etkin pişmanlık imkanı getirilmektedir (Örneğin, TCK m. 93, 110, 168, 192, 201, 221)¹⁰³⁵. Bununla birlikte tezimiz açısından önemli olan failin, fiilden sonraki davranışlarının ceza hukukunda herhangi bir rol oynuyor olduklarını tespit etmek değil, failin kusurunun ölçülmesiyle ilgili olup olmadıklarını belirlemektir. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusura etki edip edemeyeceği – tıpkı failin fiilden önceki davranışları konusunda olduğu gibi – Alman öğretisinde oldukça tartışmalıdır. Failin fiilden sonraki davranışlarının bazen doğrudan¹⁰³⁶ bazen de dolaylı olarak kusura etki edebileceği kabul edilmektedir.¹⁰³⁷ Bu itibarla failin, tipik netice ile bağlantılı olan fiilden sonraki davranışları hem

¹⁰³⁴ Kaufmann, s. 259; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 246; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 153; Meier, s. 216.

¹⁰³⁵ Al. CK'da failin fiilden sonraki davranışlarına özel bir önem atfedilmektedir. Hem parag. 46/2'de cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek hususlardan biri olarak sayılmaktadır hem de parag. 46a'da fail-mağdur uzlaşması ve zararların giderilmesi halinde ve 46b'de daha ağır suçların işlenmesinin engellenmesi veya açığa çıkarılması halinde ceza aralığının parag. 49 uyarınca değiştirilmesine veya ceza vermekten vazgeçilmesine imkan tanınmaktadır. Ayrıca kanunda çeşitli suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerine de yer verilmektedir. Meier, s. 217.

¹⁰³⁶ Friedrich Schaffstein, "Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen", **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973**, (Ed. Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp ve Ernst A. Wolff), De Gruyter, Berlin, 1973, s. 113; Streng, Schuld, s. 326; Bernd-Dieter Meier, "Nachtatverhalten und Strafzumessung", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Sayı: 162, 2015, (Nachtatverhalten), s. 446.

¹⁰³⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 641; Uwe Murmann, "Strafzumessung und Strafverfahren", **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron), de Gruyter, Berlin, 2013, s. 1142.

neticenin hem de hareketin değersizliğine etki edebilir¹⁰³⁸. Bazen de sadece önleme amacı açısından önem arz edecekleri savunulmaktadır¹⁰³⁹.

Alman öğretisindeki baskın görüşe göre failin fiilden sonraki (ve önceki) davranışları failin hem kusurunun hem de tehlikeliliğinin ölçüsüne ilişkin belirtiler içerir. Bu nedenle aynı durum farklı açılardan değerlendirilebilir¹⁰⁴⁰. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusura olan etkisi “belirti yapısı” (*Indizkonstruktion*) olarak adlandırılan bir yaklaşımla gerekçelendirilmektedir. Bu yaklaşıma göre failin fiilden sonraki davranışları ancak haksızlığa veya failin fiiline karşı içsel tavrına ilişkin yargılarda bulunmayı sağlıyor ise cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilirler. Bu şekilde failin fiilden sonraki davranışları onun kusuruna dolaylı olarak etki etmektedirler¹⁰⁴¹. Bu yaklaşım mahkemeler tarafından da benimsenmiştir¹⁰⁴². Bu yaklaşımın yerinde olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴³. Bir eleştiriye göre failin fiilden sonraki psikolojisi fiilin işlendiği andaki psikolojisinden genellikle farklıdır. Bu nedenle fiilden sonraki davranışları kusurun ölçüsüne ilişkin bir belirti olarak çok sınırlı bir şekilde kabul edilebilir¹⁰⁴⁴. Bir diğer eleştiri ise fiilin işlenmesinden aylar veya yıllar sonra gerçekleşen yargılama esnasında edinilen izlenimlerden, failin fiilini şekillendiren ve bu şekilde fiil kusuruna ilişkin olan zihniyetine dair sonuca ulaşmanın pek de mümkün olmayacağına ilişkindir¹⁰⁴⁵. Bu sadece hakimlerin ampirik araştırmalar konusundaki eksik eğitimlerinden

¹⁰³⁸ Meier, s. 224.

¹⁰³⁹ Stratenwerth, ss. 28 vd; Dieter Dölling, “Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron), de Gruyter, Berlin, 2013, 1184 vd.

¹⁰⁴⁰ Bruns, ss. 220, 231; Hans-Jürgen Bruns, **Leitfaden des Strafzumessungsrechts**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1980, (Leitfaden), s. 200.

¹⁰⁴¹ Stadler, s. 242; Pielsticker, s. 94; Schäfer ve diğerleri, kn. 641; Meier, s. 217; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 528; NK-Streng, § 46 kn. 75; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 107 vd.

¹⁰⁴² Örneğin bkz. BGH, 24.07.1985- 3 StR 127/85; BGH, 27.1.2011- 2 StR 493/10; BGH, 3.5.2013- 1 StR 66/13.

¹⁰⁴³ August Wimmer, “Gestehen und Leugnen im Strafprozeß. Seine Bedeutung für Strafzumessung und Anrechnung der Untersuchungshaft”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 50, Sayı: 3, ss. 538-596, s. 538; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, ss. 779 vd.; Friedrich Dencker, “Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 120, Sayı: 1, 1990, ss. 56 vd.; Meier, Nachtatverhalten, ss. 445 vd.; Dölling, s. 1185; Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 56; Pielsticker, ss. 95-96.

¹⁰⁴⁴ Meier, s. 217; Meier, Nachtatverhalten, ss. 445 vd.

¹⁰⁴⁵ Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, ss. 779 vd.

kaynaklanmamaktadır. Suç bilimi ve psikoloji gibi konularla meşgul olmuş olan hakimler açısından da büyük bir zorluktur. Bu nedenle belirti yapısı yaklaşımından vazgeçilip failin fiilden sonraki davranışlarının kusurla olan ilişkisini daha gerçekçi ve normatif yönden de ikna edici bir teori ile anlamlandırmak gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁴⁶ Belirti yapısı yaklaşımının failin fiilden sonraki davranışlarının ve özellikle de zararın giderilmesinin kusurla olan ilişkisini kurmakta yetersiz kalması karşısında öğretide bu davranışları birer belirti olarak değil de kusura doğrudan etki eden durumlar olarak açıklayan çeşitli görüşler geliştirilmiştir¹⁰⁴⁷.

Bir görüşe göre kusurun ölçüsü, fiilin sona erdirilmesi ile nihai bir şekilde ortaya çıkmamaktadır. Fiilden sonraki davranışlar ile kusurun ölçüsü/ağırlığı değişebilmektedir. Suç genel teorisinde geçerli olan fiil kavramı ile cezanın belirlenmesinde geçerli değildir. Cezanın belirlenmesinde daha geniş bir fiil kavramı kullanılmalıdır¹⁰⁴⁸. Bir diğer görüş ise cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinde merkezi bir role sahip olan haksızlığın (hareketin ve neticenin haksızlığı) fiilin tamamlanmasından sonra da değişikliğe uğrayabileceğine odaklanmaktadır¹⁰⁴⁹. Buna göre neticenin değersizliği fiilin tamamlanması ile ortaya çıkan sonuçlarla sınırlı değildir. Bunun yerine faile yüklenebilir olan tipik ve tipik olmayan tüm neticeler ile belirlenebilir. Neticenin değersizliği failin fiilden sonra gerçekleştirdiği ve bu neticeleri gidermeye yönelik olan davranışları ile değişikliğe uğrayabilir. Örneğin hakaret suçunda failin özür dilemesi, hırsızlık suçunda suç konusu malı iade etmesi veya yaralama suçunda tedavi masraflarını üstlenmesi, tazminat ödemesi gibi sosyal yönden yapıcı davranışlar ile failin neticeyi ortadan kaldırması, etkisini azaltması ya da tazmin etmesi neticenin haksızlığının azaltır¹⁰⁵⁰. Neticenin giderilmesi/tazmin

¹⁰⁴⁶ Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, s. 780.

¹⁰⁴⁷ Pielsticker, ss. 96-107.

¹⁰⁴⁸ Meier, s. 217; Dietrich Lang-Hinrichsen, "Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)", **Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann ve Ulrich Klug), Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, ss. 359 vd. Cezanın belirlenmesinde daha geniş bir fiil kavramının mümkün olabileceği yönünde bkz. ve karşı. Schaffstein, ss. 112 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 528. Aksi yönde bkz. ve karşı. Rostalski, ss. 133 vd.; Pielsticker, ss. 97-98.

¹⁰⁴⁹ Meier, s. 218.

¹⁰⁵⁰ Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 55; Brauns, ss. 176 vd.; Meier, s. 218. Karşı. Pielsticker, ss. 104 vd. Zararın giderilmesi veya buna yönelik çabalar suç neticesinde ortaya çıkan her türlü maddi, manevi,

edilmesine yönelik davranışlar hareketin değersizliğine de etki edebilirler. Fail gönüllü olarak zararı gidermiş ise veya en azından bu yönde samimi bir çaba içerisine girmiş ise fiili ile arasına bir mesafe koyması ve norm ihlalini tanımış olması sebebiyle olumlu bir hareket değeri oluşturduğu ve bunun hareketin değersizliğine karşılık oluşturduğu söylenebilir¹⁰⁵¹. Fiilin neticelerinin fail tarafından gönüllü olarak denkleştirilmiş olması tipik haksızlığın ağırlığının yeniden değerlendirilmesine ve doğrudan kusurun ağırlığına etki etmesine neden olmaktadır¹⁰⁵².

Benzer bir şekilde failin daha ağır bir suçun işlenmesinin önlenmesi veya işlediği suçun aydınlatılması için giriştiği davranışlarının da kusuru ile bağlantılı olabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁵³. Zararın giderilmesinde olduğu gibi failin suçu aydınlatacak veya başkaca suç işlenmesini önleyecek bilgileri sunması hukuk düzeni açısından bir netice değeri arz etmektedir ve bu fiil kusurunun yeni bir gözle değerlendirilebilmesini sağlamaktadır. Ayrıca failin bu bilgiyi gönüllü olarak vermiş olması bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir hareket değeri teşkil eder ve hareketin değersizliğini azaltır¹⁰⁵⁴. Failin muhakeme esnasındaki davranışlarının da kusuruna etki edebileceği savunulmaktadır. Özellikle de failin suçun delillerini gizlemesi kusurunu ağırlaştıran bir husus olarak değerlendirilebilir. Bunun için bu davranışın failin muhakeme hukukundan kaynaklanan haklarını kullanması kapsamına girmemesi gerekir. Dolayısıyla failin suçu itiraf etmemesi, delilleri göstermemesi, delilleri yok edecek şekilde davranması veya kaçması onun aleyhine olarak

fiziksel ve psikolojik sonuçları kapsamaktadır. S/S-Kinzig StGB § 46 kn. 40; MüKo-Miebach/Maier StGB § 46 kn. 259; LK-Theune StGB § 46 kn. 214, 215.

¹⁰⁵¹ Brauns, ss. 204 vd.; Meier, s. 218. Sadece neticenin haksızlığının etkileneceği yönünde bkz. ve karşı. Zipf, Strafzumessung, ss. 37-38. Eleştiriler için bkz. Pielsticker, ss. 104 vd.; Johannes Kaspar, **Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht: Rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung**, Lit Verlag, Münster, 2004, (Wiedergutmachung), ss. 91 vd. Fail, zararı gidermeye yönelik davranışları gönüllü olarak gerçekleştiriyor ise bu davranışlar dikkate alınmalıdır. Failin zararı gidermek konusunda giriştiği çabaların sonuçsuz kalması halinde de bu durum onun içsel tavrına ilişkin neticelere ulaşılmasını sağlamaktadır. Failin bu çabaları cezayı azaltıcı yönde etki edebilir. MüKo-Miebach/Maier StGB § 46 kn. 259.

¹⁰⁵² Meier, s. 218.

¹⁰⁵³ Meier, s. 219. Kusurla bağlantılı olmadığı yönünde bkz. ve karşı. Johannes Kaspar ve Lenard Wengenroth, “Die neue Kronzeugenregelung in § 46b StGB-Voraussetzungen, Kritikpunkte und straftheoretische Bedeutung”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 157, Sayı: 8, 2010, ss. 463 vd.

¹⁰⁵⁴ Meier, s. 220.

değerlendirilmemelidir¹⁰⁵⁵. Bununla birlikte suçun işleniş biçimine etki eden hususların göz önünde bulundurulması muhakeme ilkelerini ve özellikle de nemo tenetur ilkesini ihlal etmez.¹⁰⁵⁶ Failin fiilden sonraki davranışları önceden fiilin işlenmesi planına dahil ise ve fail bu şekilde netice ve hareketin haksızlığını arttırıyor ise ya da davranışları ile başkaca amaçlar gütmekte ise cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir.¹⁰⁵⁷ Failin gönüllü olarak suçu ikrar etmesi ve bu suretle suçun aydınlatılması-maddi gerçeğe ulaşılmasını kolaylaştırması fiil ile gerçekleştirilmiş olan haksızlığa karşı bir değer oluşturarak kusurunu azaltır¹⁰⁵⁸.

Failin fiilden sonraki davranışları ile neticenin haksızlığının değişebileceği HÖRNLE tarafından da savunulmaktadır¹⁰⁵⁹. Yazara göre neticenin haksızlığının kapsamının fiilin işlendiği anda değiştirilemez bir şekilde olduğu kabulü fiilin tamamlanmasından sonra zararın ağırlaştığı durumlarda güçlük yaratmaktadır¹⁰⁶⁰. Bu nedenle mağdurun uğramış olduğu zararın kararın verildiği andaki ölçüsünün bir ölçüt olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Bu şekilde hem zararın daha da ağırlaştığı hem de – failin sonraki davranışları vasıtasıyla – hafiflediği hallerde neticenin haksızlığı değişebilecektir¹⁰⁶¹. Bununla birlikte failin sonraki davranışları ile neden haksızlığın ölçüsünün değişebileceği yeterli şekilde gerekçelendirilememektedir. İlk olarak yazar tarafından verilen ve zararın kapsamının fiilin sona ermesinden bir müddet sonra belli olduğu örneklerde bu zarar neticesi söz konusu fiilin kapsamında kalmaktadır. Bir başka ifade ile fail fiilin tamamlanmasından sonraki davranışlarıyla bu neticeleri gerçekleştirmemektedir. Örneğin kasten yaralama suçunun tamamlanmasından bir süre sonra organ kaybının meydana gelmesi halinde neticenin haksızlığının ölçüsü tam olarak fiilin sona ermesinden sonra belirlenebilecektir. Ancak bu failin sonraki davranışlarının neticenin haksızlığına etki ettiği anlamına

¹⁰⁵⁵ Meier, s. 221. Failin ısrarla yalan söylemesi, tanığın güvenilirliğini şüpheye düşürmesi gibi davranışlarının kusuru ağırlaştıran haller olarak kabulüne ilişkin olarak bkz. Bruns/Güntge, ss. 278 vd.; LK-Theune, § 46 kn. 211.

¹⁰⁵⁶ Meier, s. 221.

¹⁰⁵⁷ Schäfer ve diğerleri, kn. 670.

¹⁰⁵⁸ Meier, s. 222; Schäfer ve diğerleri, kn. 679; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 575.

¹⁰⁵⁹ Hörnle, ss. 296 vd.

¹⁰⁶⁰ Hörnle, s. 297.

¹⁰⁶¹ Hörnle, s. 297. HÖRNLE mağdurun uğradığı zararı temel ölçüt olarak benimsemektedir. Suçla korunan hukuki değer ihlalinin ölçüsünü değerlendirmek yerine doğrudan mağdurun perspektifinden zararın ölçülmesi gerektiğini savunmaktadır. Hörnle, s. 211.

gelmemektedir. Bu nedenle de failin suçla meydana gelen zararı gidermiş olmasının neticenin haksızlığına etki edebileceği görüşü bu örnekler üzerinden gerekçelendirilemez¹⁰⁶². İkinci olarak HÖRNLE neticenin haksızlığının failin fiilden sonraki davranışları ile azalabileceğini kabul etmekte ancak artabileceğini kabul etmemektedir. Neden bu şekilde bir ayrıma gidilmesi gerektiğini ise gerekçelendirmemektedir. Neticenin fiilin tamamlanmasından sonra ağırlaşmış olmasını neticenin haksızlığının değişebilirliğini gösteren bir durum olarak ele alırken, bu durumu ilk baştaki neticenin haksızlığının ölçüsü çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak failin sonradan gerçekleştirdiği davranışlarla örneğin hileli hareketlerle daha fazla zarar vermesini haksızlığı arttıran bir husus olarak kabul etmemektedir¹⁰⁶³. Ancak bu durumda da mağdurun perspektifiyle zararın ağırlaşmasından söz edilmesi gerekir. Mağdurun zararın giderilmesi vasıtasıyla daha az zarara uğramış olması dikkate alınırken daha ağır zarara uğratılmasının değerlendirme dışı bırakılması ise bir çelişki yaratmaktadır. Neticenin haksızlığının mağdur perspektifinden belirlenmesi görüşünün geçerliliğinden bağımsız olarak yazarın zararın giderilmesinin neticenin haksızlığına etki eden bir husus olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklayan görüşü tutarlı değildir¹⁰⁶⁴.

Sadece tipe uygun davranışlar haksızlığı oluşturabildiğinden¹⁰⁶⁵ haksızlığın içeriğinin fiilden sonra gerçekleşen davranışlarla artık değiştirilememesi gerekir¹⁰⁶⁶. Fiilin tamamlanmasından sonra gerçekleşen davranışlar eğer herhangi bir tipe uygun iseler sadece yeni bir haksızlık meydana getirebilirler¹⁰⁶⁷. Böylesi fiillerin cezanın belirlenmesinde nasıl bir anlam kazanacakları artık suçların içtimaı kurumunun konusunu oluşturur. Bununla birlikte ilk suçun haksızlık ölçüsü/içeriği sonraki davranışlar ile ne ağırlaştırılabilir ne de azaltılabilir¹⁰⁶⁸. Kanaatimizce failin fiilden sonraki davranışlarının ne dolaylı ne de doğrudan kusura etki ettiğini savunan görüşler ikna edici görünmektedirler. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusurun

¹⁰⁶² Pielsticker, s. 100.

¹⁰⁶³ Hörnle, ss. 251 vd.

¹⁰⁶⁴ Pielsticker, s. 101.

¹⁰⁶⁵ Roxin, AT I, § 7 kn. 58.

¹⁰⁶⁶ Kaufmann, s. 259; Pielsticker, ss. 101, 107-108.

¹⁰⁶⁷ Pielsticker, s. 102. Failin muhakeme aşamasında suçu inkar etmesi ve başkaları tarafından işlendiğini iddia etmesi bakımından yeni bir haksızlığın meydana geleceği yönünde bkz. Meier, s. 222; LK-Theune, § 46 kn. 211.

¹⁰⁶⁸ Pielsticker, s. 102.

değerlendirilmesi bağlamında ele alınması kusur kavramının değişmesine yol açar. Failin fiilden sonraki davranışlarının cezaya esas oluşturan kusura etki etmeyip cezanın belirlenmesi kusuruna etki edeceğinin kabulü bu iki kusur kavramı arasında kusur ilkesi ile bağdaşmayacak bir farklılaşmaya yol açacaktır. Cezanın belirlenmesi kusuru ve cezaya esas oluşturan kusur arasındaki farklara ilişkin tartışmadan bağımsız olarak her iki kusur kavramının da içeriğinin aynı olduğu tespitini yapabiliriz: kusurlu haksızlık¹⁰⁶⁹. Failin fiilden sonraki davranışlarının doğrudan kusura etki etmeleri mümkün değildir¹⁰⁷⁰. Zararın giderilmesine yönelik davranışların pozitif genel önleme amacı ile ilişkilendirilmeleri mümkündür¹⁰⁷¹. Zaten cezanın belirlenmesinde kusurun esas alınmasının gerektiğini ancak bunun tek ölçüt olmadığını önemli olanın hukuk düzeninde meydana gelen zararın – normun geçerliliğinin şüpheye düşürülmesinin ölçüsü olduğunu savunan FRISCH¹⁰⁷² failin fiilden sonraki davranışlarının cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları gerekliliğini bu şekilde gerekçelendirmektedir. Yazara göre cezanın belirlenmesinde failin fiilden sonraki davranışlarının göz önünde bulundurulması bu davranışların normun geçerliliğinde meydana gelen zararı giderme ihtiyacını etkileyip etkilemediğine bağlıdır.¹⁰⁷³ Ancak kanaatimizce cezanın belirlenmesinin kusurunun esası pozitif genel önlemeye dayanmamaktadır. Dolayısıyla failin fiilden sonraki davranışlarının kusura etki etmediğini kabul etmek gerekmektedir.

E. Ara Sonuç

Hareket ve netice haksızlığından oluşan haksızlık cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinde asli bir unsurdur. Haksızlıkla ilişkili olmayan bir ceza hukuku kusurundan söz edilemez¹⁰⁷⁴. Haksızlığın yanı sıra haksızlığın kınanabilirliğinin

¹⁰⁶⁹ Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, s. 386; SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 45 vd.

¹⁰⁷⁰ Özellikle zararın giderilmesine yönelik davranışlar bakımından aynı yönde bkz. Pielsticker, ss. 107-108.

¹⁰⁷¹ Pielsticker, s. 108. Failin fiilden sonraki olumlu davranışları, onun gelecekteki davranışları açısından olumlu belirtiler olarak ve cezanın takdirinde gözönünde bulundurulabilir. Centel, s. 367.

¹⁰⁷² Frisch, Zukunftsperspektiven Teil I, ss. 386-388. Karş. Stahl, ss. 98, 209-210.

¹⁰⁷³ Frisch Zukunftsperspektiven Teil I, ss. 387 vd., 780 vd.

¹⁰⁷⁴ Bruns, Leitfaden, s. 119; Petra Wittig, „Lebensleistung“ als Strafmilderungsgrund?, **Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, (Ed. Christian Fahl, Eckhart Müller, Helmut Satzger ve Sabine Swoboda), C. F.

ölçüsü de önemlidir¹⁰⁷⁵. Cezanın belirlenmesi kusurunun fiilin ağırlığı ve failin kişisel kusuru ile belirlenebileceği kabul edilmektedir. Fiilin ağırlığı hareketin ve neticenin haksızlığı ile meydana gelen haksızlığın ölçüsünü ifade etmekten; failin kişisel kusuru ise failin haksızlıktan ötürü kınanabilirliğinin somut-bireysel ölçüsünü ifade etmektedir¹⁰⁷⁶. Cezanın belirlenmesi kusurunun bir unsuru/bileşeni olarak yine kusur terimine yer verilmesi karışıklığa yol açabilir. Bu nedenle bu ifade yerine haksızlığın kınanabilirliği ifadesinin tercih edilmesi daha isabetli olacaktır.

Haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsünün belirlenmesinin haksızlığın unsurlarının ağırlıklarının belirlenmesinden ayrılabilir olup olmadığı özellikle de hareketin haksızlığının ölçülmesi bakımından tartışmalıdır¹⁰⁷⁷. Bu bağlamda haksızlık ile haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsüne/ağırlığına etki eden hususların birbirinden ayrılmayacağı baskın olarak ifade edilmektedir¹⁰⁷⁸. Bunun nedeni gerçekleştirilen haksızlığın ölçüsü ile kınanabilirliğin ölçüsünün genellikle birbirlerine bağlı olmaları ve bunların kesin bir şekilde birbirinden ayrılamamasıdır¹⁰⁷⁹. Özellikle de failin zihniyeti, saiki ve amaçları ve suç esnasında kullandığı iradesi gibi hususlar hem hareketin haksızlığı hem de kınanabilirlik bağlamında değerlendirilmektedirler. Hareketin haksızlığı genellikle kınanabilirliğin ölçüsü ve bu şekilde de kişisel kusurun ölçüsü ile aynı görülmektedir¹⁰⁸⁰. Bu nedenle cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsü

Müller, Heidelberg, 2015, s. 1251; Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 21, 2013, s. 25.

¹⁰⁷⁵ Meier, ss. 190 vd.; Meier, Strafzumessung Teil I, s. 771; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 75; Schäfer ve diğerleri, kn. 576 vd.; Zipf, Strafzumessung, s. 28; Jescheck/Weigend, ss. 888 vd.

¹⁰⁷⁶ Aziz Epik, “Das verschuldete Unrecht als Grundlage der Strafzumessung”, **Strafverteidiger**, Cilt: 3 Sayı: 7, 2019, s. 490.

¹⁰⁷⁷ Stadler, ss. 244 vd.

¹⁰⁷⁸ Kınanabilirliğin ölçüsü, failin aynı zamanda haksızlığın içeriğinin belirlenmesinde de başvuru hususlardan ötürü ne ölçüde/kapsamda kınanabileceğine ilişkin olduğundan haksızlık ve kınanabilirliği belirten hususlar iç içe girmektedirler. Cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsünü belirten hususların haksızlığın ölçüsü ve kınanabilirliğin ölçüsü bakımından taşıdıkları anlamın keskin bir şekilde özgülmesi oldukça zordur ve nadiren mümkündür. Stadler, s. 246.

¹⁰⁷⁹ Bruns, ss. 145 vd.; Bruns, Leitfaden, s. 119; LK-Theune, § 46 kn. 5. Cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsünün değerlendirilmesinde, haksızlığın (hareketin ve neticenin haksızlığının) ölçüsü ve somut-bireysel kınanabilirliğinin ölçüsünü birbirinden ayırmak genellikle mümkün değildir. Frisch, Straftatsystem, ss. 498 vd.

¹⁰⁸⁰ Schäfer ve diğerleri, kn. 577, 603; S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 76, 93 vd.; Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 22; NK-Streng, § 46 kn. 54; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 33; Bruns, Leitfaden, s. 184; Bruns, s. 213; Johannis Darmis, **Die realen Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 StGB in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 StGB**, Ruprecht-Karl-Universität, Heidelberg, 1984, ss. 91 vd.; Stadler, s. 249. Alman Federal Mahkemesinin içtihadında

belirlenirken baskın olarak sadece hareketin ve neticenin haksızlığı unsurları arasında bir ayrım yapılmakta ve bunlardan müstakil olarak kınanabilirliğin ölçüsüne ilişkin ek bir değerlendirme yapılmamaktadır. Al. CK parag 46/2’de yer alan hususların hem haksızlığın hem de kınanabilirliğin ölçüsüne ilişkin olabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰⁸¹. Alman öğretisinde genellikle hangi koşullar altında ilgili hususun cezanın belirlenmesi kusuruna etki edebileceği ve bu koşulların gerçekleşmemesi halinde bu hususun sadece önleme bakımından mı göz önünde bulundurulması gerektiği incelenmektedir. Eğer ilgili hususlar arasında bir ayrıma gidilecek ise bu ayrım genellikle hareket ve neticenin haksızlığı arasında yapılmaktadır¹⁰⁸².

Uygulamada ise bu dogmatik tartışma oldukça pragmatik bir şekilde çözümlenmektedir¹⁰⁸³. Birbirini etkileyen bu iki cezanın belirlenmesi kusuru bileşeninin kesin bir şekilde ayrılmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Yargı kararlarında cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar, basitçe cezanın belirlenmesi kusurunu yükselten/ağırlaştıran ya da düşüren/hafifleten hususlar olarak ele alınmaktadır¹⁰⁸⁴. Günlük hukuk uygulaması için bir cezanın belirlenmesi kriterinin dogmatik yönden değerlendirildiğinde haksızlığa mı kınanabilirliğe mi yoksa her ikisine de mi ilişkin olduğu önemsizdir. Zira her iki bileşen de cezanın belirlenmesi kusurunun değerlendirilmesine katılmaktadır. Hukuk uygulayıcısı bakımından cezanın belirlenmesi kusuruna etki eden hususların tam olarak hangisine ait olduklarına karar verilmesi bir fark yaratmamaktadır. Sonuçta her bir müstakil hususun ağırlığının tartılması ve etkisinin değerlendirilmesinin ardından cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına ulaşılmaktadır¹⁰⁸⁵. Özetle haksızlık ve kusurun, birbirinden izole, ayrıştırılabilir faktörler olarak değil “kusurlu haksızlık” şeklinde bir bütün olarak cezanın miktarına etki edebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁶.

da kişisel kusur ile hareketin haksızlığı ve hareketin haksızlığı ile de kınanabilirliğin ölçüsünün kastedildiği şeklinde bir yorum yer almaktadır. Karar künyeleri için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 603.

¹⁰⁸¹ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 182.

¹⁰⁸² Stadler, s. 249.

¹⁰⁸³ Stadler, ss. 244 vd.

¹⁰⁸⁴ Örnek olarak bkz. BGH, NStZ-RR 2014, 306 (306); BGH, StV 2014, 612 (613); BGH, NStZ 2014, 31 (31).

¹⁰⁸⁵ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 77.

¹⁰⁸⁶ Epik, s. 490; Brögelmann, ss. 906 vd.; Frisch, Schuld, s. 238.

Yukarıda “Genel Açıklamalar” başlığında da belirtildiği üzere: Sınıflandırma sadece estetik bir mesele olmayıp bir hususun hangi kapsamda ve ölçüde değerlendirmeye konu olacağını ve hangi açıdan önem arz edeceğini belirlemek bakımından önemlidir. Örneğin, MEIER, failin kişisel ve ekonomik ilişkilerini ve önceki yaşantısını failin kavrama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği kapsamında haksızlığının kınanabilirliğinin ölçülmesinde değerlendirmektedir¹⁰⁸⁷. Böylece failin kişiliğine ilişkin bu hususların cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmeleri meselesi daha net ve belirli bir şekilde ele alınmış olmaktadır¹⁰⁸⁸.

Cezanın belirlenmesi kusurunun bir unsuru olan haksızlık hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığından oluşmaktadır. Hareketin haksızlığı, haksızlığın kişisel yönünü ifade ettiği için bir yandan objektif-dışsal unsurlar diğer yandan sübjektif-içsel unsurlar üzerinden değerlendirilmelidir. Hareketin haksızlığının ölçülmesinde suçun işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin ölçüsü, kast ve taksirin çeşitleri göz önünde bulundurulmalıdır. Neticenin haksızlığı ise suçun tipik neticesi ile belirli koşulları sağlanması halinde tipik olmayan neticelerin tür ve ağırlığı üzerinden ölçülür.

Hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı birbirinden ayrı olarak ele alınamaz. Bu iki haksızlık bileşeni karşılıklı bir etkileşim halindedir¹⁰⁸⁹. Bu unsurlar birbirinden bağımsız şeyler olarak değerlendirilmemelidir. Özellikle de birine diğerine göre daha fazla ağırlık verilmemelidir¹⁰⁹⁰. Eğer hem hareketin hem de neticenin değersizliği ağır ise cezanın da ceza aralığının üst sınırına yakın; hafif ise ceza aralığının alt sınırına yakın bir şekilde belirlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla her iki unsurun beraber değerlendirilmesi gerekir. Neticenin değersizliğinin ağır hareketin değersizliğinin hafif olarak değerlendirildiği bir olayda cezanın üst sınıra yakın bir miktarda belirlenmemesi gerekir. Aynı durum tam tersi için de geçerlidir¹⁰⁹¹. Eğer neticenin değersizliği oldukça hafifse ancak hareketin değersizliğini ağırlaştıran/arttıran durumlar söz konusu ise alt sınırı aşan bir ceza artırılabilmektedir.

¹⁰⁸⁷ Meier, ss. 208, 211 vd., 223.

¹⁰⁸⁸ Hareketin haksızlığı ile kişisel kusurun (kınanabilirliğin) dogmatik yönden net bir şekilde birbirinden ayrılabilmesi yönünde ayrıca bkz. Wittig, s. 1251.

¹⁰⁸⁹ S/S/W-Eschelbach, § 46 kn. 75 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 578; Eisele, in: S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff. kn. 60; Maurach/Zipf, § 17 kn. 5; NK-Paeffgen ve Zabel, Vor §§ 32 ff. kn. 51; Roxin, AT I, § 10 kn. 88.

¹⁰⁹⁰ Schäfer ve diğerleri, kn. 578.

¹⁰⁹¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 571.

olmayacaktır. Her olayın somut koşullarına göre çözümlenmesi gerekir. Hareketin ya da neticenin değersizliğinin belirli bir ağırlıkta olduğu hallerde kesin olarak cezanın alt sınırdan uzaklaşarak verilmesi gerektiği söylenemez. Buna ilişkin sabit kurallara da zaten kanunda yer verilmemektedir¹⁰⁹².

Netice suçlarında genellikle neticenin değersizliğinden başlanılmaktadır. Zira bu suçlarda hukuki değer ihlali genellikle ölçülebilir bir zarar ile kendisini göstermektedir. Yine de suç tipine göre farklılıklar göstermektedir. Yaralama suçunda neticenin değersizliği – yaralamanın ağırlığı – önemli bir husus iken, tamamlanmış kasten öldürme veya taksirle öldürme suçunda neticenin değersizliği birden fazla ölüm neticesinin meydana geldiği istisnai durumlar dışında kural olarak sabittir, ceza tehdidine dahildir ve cezanın belirlenmesinde kullanılmaz. Burada artık hareketin değersizliği önem kazanmaktadır¹⁰⁹³. Sırf hareket suçlarında (*Tätigkeitsdelikten*) suçun işleniş biçimi ve dolayısıyla da hareketin değersizliği ön plana çıkmaktadır. Suçun işleniş biçimi genellikle hukuki değer ihlalinin ölçüsünü de belirlemektedir. Örnek olarak cinsel saldırı suçu verilebilir¹⁰⁹⁴.

Kınanabilirliğin ölçüsü için ilk olarak failin algılama ve iradi davranma yeteneğinin ölçüsüne bakılması gerekir¹⁰⁹⁵. Algılama yeteneği bakımından failin suçu işlediği anda ne ölçüde fiilin haksızlık teşkil ettiğini – hukuk düzeni ile çatıştığını – algılayacak durumda olduğunun değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁹⁶. İradi davranma yeteneği bakımından ise failin algısı doğrultusunda ne ölçüde davranabilir olduğu – ne ölçüde hukuka uygun davranabilir olduğu değerlendirilmektedir¹⁰⁹⁷. TCK m. 31 ve devamında düzenlenen ve kusur yeteneğine etki eden haller – yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma – sadece kusur yeteneğini ortadan kaldırmayıp azalmasına neden olabilirler. Ancak failin önceki yaşantısı bağlamında suç işleyip işlemediği, içinde yetiştiği kültürün özellikleri, ailesi, eğitimi, sosyal ilişkileri gibi durumların bir öneminin bulunmaması gerekir.

¹⁰⁹² BGH v. 15.11.2007 – 4 StR 400/07.

¹⁰⁹³ Schäfer ve diğerleri, kn. 1180.

¹⁰⁹⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 1181.

¹⁰⁹⁵ Meier, ss. 190 vd.; Meier, Strafzumessung Teil I, s. 771; Jescheck/Weigend, AT, ss. 888 vd.

¹⁰⁹⁶ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 111.

¹⁰⁹⁷ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 111; Frisch, Straftatsystem, s. 490.

Kaçınılabilir haksızlık hatası içerisinde hareket eden failin kusuru mevcut haksızlık bilinci ile hareket eden failin kusurundan daha azdır. Dolayısıyla failin haksızlık bilincinin derecesinin araştırılması gerekir. Kaçınılabilir haksızlık hatası da kendi içinde derecelendirilebilir bir durumdur. Zira kaçınılabilirlik derecelendirilebilir. Kaçınabilirliğin boyutunun veya önemsizliğinin değerlendirilmesi gerekir.

Failin saik ve amacı birçok yönden haksızlık ve kınanabilirliğin ölçüsü ile ilişkilendirilebilir. Bazı saik ve amaçlar suçun işleniş biçimine yansımaları bağlamında hareketin haksızlığı bakımından önem kazanabilirler. Ancak bunun için failin sadece belirli bir saikle hareket etmiş olduğunun tespit edilmesi yeterli değildir, suçun işleniş biçimi bakımından dışa vurulması ve hareketin haksızlığını arttırıp arttırmadığının da araştırılması gerekmektedir. Kanunda yer alan saik ve amaca ilişkin değerlendirmeler diğer suç tipleri açısından yol gösterici niteliktedir. Örneğin TCK m. 81/1, k bendinde kasten öldürme suçunda nitelikli hal olarak düzenlenen töre saiki TCK m. 86 ve 87’de düzenlenen kasten yaralama suçunda kınanabilirliğin ölçüsü değerlendirilirken göz önünde bulundurulabilir. Aynı şekilde failin zihniyetine ilişkin olarak kanunda yer alan değerlendirmeler de diğer suçlar bakımından yol gösterici olabilirler. Bu şekilde genel ahlaki değerlendirmelerden değil hukuki değerlendirmelerden hareketle bir hareketin değersizliğinin/haksızlığının ölçüsü veya kınanabilirliğinin ölçüsü değerlendirilebilir.

Son olarak kanaatimizce failin fiilden sonraki davranışları ne dolaylı ne de doğrudan kusura etki etmektedirler¹⁰⁹⁸. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusurun değerlendirilmesi bağlamında ele alınması kusur kavramının değişmesine yol açar. Failin fiilden sonraki davranışlarının cezaya esas oluşturan kusura etki etmeyip cezanın belirlenmesi kusuruna etki edeceğinin kabulü bu iki kusur kavramı arasında kusur ilkesi ile bağdaşmayacak bir farklılaşmaya yol açacaktır. Cezanın belirlenmesi kusuru ve cezaya esas oluşturan kusur arasındaki farklara ilişkin tartışmadan bağımsız olarak her iki kusur kavramının da içeriğinin aynı olduğu tespitini yapabiliriz: kusurlu haksızlık.

¹⁰⁹⁸ TCK m.62’de failin fiilden sonraki davranışları takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmektedir. Bunun yerinde bir tercih olduğuna ilişkin görüşümüzü aşağıda detaylı olarak belirtmekteyiz.

III. TÜRK CEZA KANUNU’NUN CEZANIN KUSUR ESASINDA BELİRLENMESİNİ SAĞLAMAYA ELVERİŞLİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Ceza Kanunu’nda Kusurun Cezanın Belirlenmesinin Esası Olarak Kabul Edilip Edilmediği Ön-sorunu

Türk hukukunda cezanın belirlenmesine ilişkin temel düzenleme “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı TCK m. 61’de yer almaktadır. Kanun koyucu hem mahkemeye yol göstermek hem de keyfi ve kişisel uygulamaların önüne geçebilmek ve yeknesaklığı sağlamak amacıyla cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğini (hangi hususların hangi sıra ile göz önünde bulundurulacaklarını göstererek) düzenlemiştir¹⁰⁹⁹. 61. maddenin yanında TCK m. 3/1¹¹⁰⁰, m. 22/4¹¹⁰¹ ve m. 40/1, c. 2¹¹⁰²’de de cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu başlık altında bu düzenlemelerin içeriği kısaca açıklanmakta ve kanunda kusurun cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edilmiş olup olmadığı değerlendirilmektedir.

TCK m. 61’de açıkça kusurun cezanın belirlenmesinin esası olduğu ifadesine yer verilmemektedir. TCK m. 61’in 1’inci fıkrasında hâkimin temel cezanın belirlenmesinde hangi hususları göz önünde bulundurabileceği açıkça ve sınırlandırıcı bir şekilde düzenlenmektedir. Bu hususların kusurun ağırlığının ölçülmesinde yeterli olup olmadıkları aşağıda değerlendirilmektedir. Burada sadece bu düzenlemenin bir sonucu olarak failin geçmişi, cezanın fail üzerindeki etkisi, failin suç sonrası davranışları, muhakeme sürecindeki tavır ve tutumu gibi hususlara temel cezanın belirlenmesi aşamasında bakılamayacağını ancak bunların takdiri indirim sebepleri olarak sonuç cezanın belirlenmesinde gözetilebileceğini vurgulamakta fayda görmekteyiz. Bu demek oluyor ki temel cezanın belirlenmesi aşamasında kanun koyucu failin kişiliğine ilişkin hususların göz önünde bulundurulmasını

¹⁰⁹⁹ Benzer yönde Doğan, Belirleme, s. 279.

¹¹⁰⁰ TCK m. 3/1: “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.”

¹¹⁰¹ TCK m. 22/4: “Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.”

¹¹⁰² TCK m. 40/1, c. 2: “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”

istememektedir. Bu durumun bir sonucu olarak temel cezanın belirlenmesi bir bireyselleştirme aracı olmaktan uzaklaşmaktadır¹¹⁰³.

Oysaki mülga 765 sayılı TCK dönemindeki cezanın belirlenmesi düzenlemesi¹¹⁰⁴ hâkime temel cezayı belirlerken “failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları” göz önünde bulundurmasına izin vererek cezayı bireyselleştirmesi imkânı tanımaktaydı¹¹⁰⁵. Dolayısıyla esasında yeni TCK ile cezanın belirlenmesi sisteminde büyük bir paradigma değişikliğine gidilmiştir. Ancak neden bu denli büyük bir değişime gidildiği anlaşılamamaktadır. Kanunun gerekçesinde tatmin edici bir açıklamaya yer verilmediği kanaatindeyiz¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ Bununla birlikte YERDELEN, temel cezanın belirlenmesini, cezanın suça ve sanığa uydurulması ve cezanın genel ve özel amaçları açısından bireyselleştirilmesi işleminde en önemli aşaması olarak nitelendirmektedir. Bkz. ve karş. Yerdelen, s. 163.

¹¹⁰⁴ 765 sayılı mülga TCK m. 29 (Değişik madde: 03/02/1937 -3112/1 md.):

“*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 tayin edilecekse tezyit ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur.

Eğer birçok esbap içtima etmiş olursa artırıp eksiltme hususu, ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder.

Eğer içtima eden sebeplerden bazıları artırmayı ve bazıları eksiltmeyi müstelzim olursa ilk önce artırmakla işe başlanır.

Bütün hallerde mücrimin yaşı, akli haleti, esbabı muhaffifei takdiriye ve tekerrür hususları bu sıra takip olunmak şartile en sonra nazara alınır.

Ceza artırılır veya eksiltilirken kanunun sureti mahsusada tayin ettiği ahval müstesna olmak üzere her nevi ceza için muayyen olan hudut tecavüz edilemez.

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.

(Ek fıkra: 21/11/1990 - 3679/2 md.) Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddenden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”

¹¹⁰⁵ Mülga TCK döneminde temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususların nasıl değerlendirildiğine ilişkin olarak bkz. Centel, ss. 365-368.

¹¹⁰⁶ TCK m. 61’in gerekçesi şu şekildedir: Gerekçe madde 61: “*Maddede cezanın belirlenmesinde izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağı bentler hâlinde gösterilmiştir.*

Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle, maddenin ikinci fıkrasında mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır.

Bu değişiklik öğretide genellikle benzer gerekçelerle açıklanmaya çalışılmaktadır. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliğinin değil de sadece “suçun işleniş biçiminin, suçun işlenmesinde kullanılan araçların, suçun işlendiği zaman ve yerin, suçun konusunun önem ve değerinin, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığının ve failin güttüğü amaç ve saikin” değerlendirilebilecek olması hakimın temel cezayı belirlerken özel önleme ve rehabilitasyon amaçlarını gözetemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu değişikliğe neden gidildiğinin gerekçesi olarak failin kişiliğine özgü hususların takdiri indirim nedenlerinde düzenlendiği ve çifte değerlendirme yasağı gereğince aynı hususların temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamayacağı bu nedenle 61’inci madde tasarısındaki metinden bu hususların çıkarıldığı ifade edilmektedir¹¹⁰⁷. Her ne kadar bir hususun hem temel cezanın belirlenmesinde hem de takdiri indirimde göz önünde bulundurulması çifte değerlendirme yasağı bakımından sorunlu bir durum ortaya koymaktaysa da bu değişiklik bu sorunu çözümlemenin ötesinde çok önemli bir etki doğurmaktadır. Kanunun cezanın belirlenmesinde gözettiği temel yaklaşımı değiştirmektedir.

Bu etkinin yeterli ölçüde değerlendirilmemiş olmasını bir yana bırakacak olursak kanaatimizce normatif açıdan bu değişiklik yerinde olmuştur¹¹⁰⁸. Mülga TCK

Maddenin üçüncü fıkrasında, bir suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli unsurunun gerçekleşmesi hâlinde, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Suçun temel şekline nazaran daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurun varlığı hâlinde temel ceza üzerinden indirim yapıldıktan sonra, sırasıyla yapılacak olan artırım ve indirim sebepleri dördüncü fıkra da belirlenmiştir. Buna göre, sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

Tekerrür, cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak görülmediği için, cezanın belirlenmesi açısından Tasarıda benimsenen sıralamada yer alan tekerrür çıkarılmıştır.”

¹¹⁰⁷ 765 s. TCK’nın 29’uncu maddesinin son fıkrası uyarınca “failin... geçmişi, şahsî ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı” da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktaydı. Bu hususlar fiilin haksızlık içeriğine etki eden hususlar değildir. Bu hususlar ancak cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulabilir. Nitekim, bu hususlar TCK’nın takdiri indirim nedenleri başlıklı 62’inci maddesinde birer ölçüt olarak varlığını sürdürmektedir. 765 s. TCK’nın bu düzenlemesi, mükerrer değerlendirme yasağını ihlal ettiği çünkü aynı ölçütlerin hem temel cezanın belirlenmesinde hem de takdiri indirim nedenleri olarak 59’uncu maddenin uygulanmasında dikkate alındığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Özgenç, s. 1007.

¹¹⁰⁸ YERDELEN’e göre temel cezanın belirlenmesinde özel önleme amacı dikkate alınarak cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerinin de göz önünde bulundurulabilmesi daha uygun olacaktır. Bununla birlikte failin fiilden sonraki davranışları her ne kadar etkin pişmanlığın düzenlenmediği

m. 29'a nazaran TCK m. 61 cezanın kusur esasında olarak belirlenmesine daha uygun bir düzenlemedir. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliğinin, geçmişinin, fiilden sonraki davranışlarının, sosyal ve ekonomik ilişkilerinin göz önünde bulundurulmaması yerinde bir tercih olmuştur. Zira bu hususlar failin (cezanın belirlenmesi) kusurunun ağırlığına etki etmemektedirler. Dolayısıyla bu hususlar göz önünde bulundurularak yapılacak olan bir belirleme cezanın kusurun ağırlığını aşması tehlikesini barındırmaktadır.

Bununla birlikte cezanın belirlenmesinde failin kişiliğinin tamamen göz ardı edildiği de söylenemez. İlk olarak seçimlik cezalarda cezanın türünün belirlenmesinde hâkimin failin kişiliğini gözetmesi gerektiği öğretide baskın şekilde kabul edilmektedir¹¹⁰⁹. Ancak bunun kanuni bir dayanağı mevcut yasal düzenlemede bulunmamaktadır¹¹¹⁰. İkinci olarak TCK m. 62 uyarınca takdiri indirim nedeni olarak failin kişiliği ve ilgili hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Bu şekilde failin kişiliği sonuç cezanın belirlenmesinde cezaya azaltacak yönde bir rol oynayabilmektedir¹¹¹¹.

TCK'nın 61'inci maddesi açıkça cezanın failin kusuruna göre verileceğini veya cezanın miktarının failin kusuruna dayanacağını düzenlememektedir. Kusur ilkesinin açıkça zikredilmemiş olması bir eksiklik olmakla birlikte hukuk devleti ilkesinin bir

suç tipleri bakımından failin lehine olarak temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olsa da failin aleyhine olarak da değerlendirilebileceği düşünüldüğünde temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaması yerinde olmuştur. Bkz. ve karşı. Yerdelen, s. 170. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri genellikle hapis cezasının olumsuz etkilerinden failin korunması amacıyla cezasında indirime gidilmesinin bir ölçütü olarak değerlendirilmektedir. Ancak kanaatimizce cezanın fail üzerindeki etkilerinin özel önleme amacı doğrultusunda değerlendirilmesi ile temel cezanın daha ağır bir şekilde belirlenmesi de mümkündür. Zira failin daha ağır bir ceza ile topluma yeniden kazandırılmasının sağlanacağı (pozitif özel önleme) ya da yeniden suç işleminin önüne geçileceği (negatif özel önleme) de somut olayın koşullarına göre pek tabi düşünülebilir. Dolayısıyla cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi tıpkı failin fiilden sonraki davranışlarında olduğu gibi ceza miktarı bakımından failin lehine veya aleyhine olarak değerlendirilebilecek bir husustur. Dahası ve en önemlisi temel cezanın belirlenmesinde özel önleme amacının dikkate alınması belirlenen cezanın kusurun ölçüsünü aşma ihtimalini (tehlikesini) yaratmaktadır.

¹¹⁰⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718; Koca/Üzülmez, s. 620; Özbek ve diğerleri, s. 676.

¹¹¹⁰ Bu konudaki yaklaşımımızı Üçüncü Bölümde açıklamaktayız.

¹¹¹¹ Karş. Meraklı, s. 457.

gereği olduğu için kusurun cezalandırılabilirliğinin nedeni ve ölçüsü olduğuna Türk hukuku bakımından da şüphe olmadığı ifade edilmektedir¹¹¹².

Cezanın belirlenmesi ile ilişkili olarak kusur kavramına m. 22/4, m. 40/1, c. 2 ve m. 61/1, f bendinde yer verilmektedir. TCK m. 22/4’te taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan cezanın failin kusuruna göre belirleneceği düzenlenmektedir. Bu hüküm sadece taksirle işlenen suçlardan dolayı verilecek olan cezanın failin kusuruna göre belirleneceği şeklinde bir yanlış anlaşılmaya yol açabilir¹¹¹³. TCK m. 40/1, c. 2’de suçun işlenişine iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Buradaki “kusurlu fiiline göre cezalandırılır” ifadesi hem cezaların şahsiliği ilkesinin bir yansıması olarak hem de cezanın belirlenmesinin bir ilkesi olarak

¹¹¹² Meraklı, s. 435; Yerdelen, s. 63. Hâkimin ceza belirlemede (ölçümünde) ilk göz önünde tutacağı olgu, failin kusurudur. Ceza kusura göre artmalı ve azalmalıdır. Ceza hukukunda önemli olan eylem kusurudur, yaşama tarzı yüzünden faile daha fazla ceza verilmesi kabul edilmez. Yüce, s. 141. Suçlunun kusuru, bir yandan cezanın sebebi, diğer yandan cezanın ölçüsüdür. Adaletli ceza kusurla orantılı olan cezadır. YÜCE, cezanın kusur ölçüsünde olması gerekliliğinin onun ödetici niteliği ile açıklamaktadır. Buna göre ceza ödeticidir ve bir kusurun karşılığıdır. Cezanın genel önleyici etkisini de kabul etmektedir. Yüce, s. 108. TOROSLU’ya göre de cezanın suç ile orantılı olması ilkesi kefarete anlayışının bir sonucudur. Toroslu, s. 412. Kişinin işlediği suçtan dolayı kusurlu olması, cezanın meşruiyet zeminini oluşturmaktadır. Ceza kişi işlediği suçtan dolayı kusurlu bulunduğu için kişiye uygulanır. Bu itibarla, kusur, haksızlık teşkil eden bir fiili işleyen kişi hakkındaki kınama yargısıdır. Kusur, kınamanın somutlaşmış bir ifadesi olan cezanın temelini teşkil eder. Genel veya özel önleme düşüncesiyle de olsa, işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimsenin cezalandırılmasının hiçbir haklı yönü bulunmaz. Özgenç, s. 770. Kusur, işlediği fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için yegâne dayanağı oluşturmaktadır. Özgenç, s. 771. Kusur ilkesine uyulmaksızın, kamu yararı gerekçesiyle ceza verilmesi kişiyi nesneleştirir. Aynı şekilde kusur ilkesinin gerektirdiğinden daha hafif bir cezanın uygulanması, cezalandırma ile güdülen amaçla bağdaşmaz, bu amacın gerçekleşmesine imkan sağlamaz. Özgenç, s. 772. Ceza yaptırımı, failin fiili bakımından kusurlu olmasını ve somut olayda verilecek cezanın derecesini aşmamasını gerektirir. Haksızlık oluşturan fiil bakımından, failin kusurlu addedilebildiği, yani işlediği fiil nedeniyle hakkında kınama yargısında bulunabildiği hallerde ceza uygulanabilecektir. Koca/Üzülmez, ss. 561 vd. Cezanın sınırı kusurdur. Öztürk/Erdem, s. 483.

¹¹¹³ Aynı yönde, Meraklı, s. 436. M. ÖZEN’e göre bu fıkra kaldırılmalıdır. Yazara göre TCK m. 22/4’te kusur, bir derecelendirmeye tabi tutulmuştur. Ancak bu derecelendirme yapılırken nasıl bir ölçüt alınacak, ne gibi bir usul takip edilecek belirtilmemiştir. Kusurun derecelendirilmesi oldukça zor bir durumdur. Özellikle trafik suçlarında bu yola başvurulmaktadır. Zaten taksirin kendisi bir kusur iken ayrıca taksiri de belli kısımlara ayırmak nasıl mümkün olacaktır. Bu nedenle özellikle uygulamada, çok büyük karışıklıklara ve adaletsizliklere neden olabilmektedir. Mesela trafik suçlarında, 8/2, 8/5 kusurlu gibi ifadelerin somut dayanağını bulmak zordur. Bu konuda takdir hakkı, hakim olmalı ve hakim bu hakkını kullanırken eldeki mevcut delillere göre hareket etmelidir. Bkz. ve karşı. Mustafa Özen, “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 65, 2006, (M. Özen, Eleştiriler), s. 203. Kanaatimizce bu fıkra taksirle işlenen suçlarda kusurun oranlı bir şekilde ifade edilmesini ifade etmemekte ve bu anlama gelmemektedir.

anlaşılabılır. Böylece suça iştirak edenlerin hem cezai sorumluluklarının varlığı hem de ölçüsü ilgili kişinin kusuruna göre belirlenecektir. Kanunda yer verilen “kusurlu fiil” ile cezanın belirlenmesi kusurunun anlaşılması gerekmektedir.

Son olarak m. 61/1, f bendinde temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan biri olarak “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” ifadesine yer verilmektedir. Bu bendin ne anlama geldiği öğretide tartışmalıdır. Buradaki kusur ifadesinden kusurun cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edildiği anlamını çıkarmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira cezanın belirlenmesinin esasını oluşturan kusur kavramı sadece kast ve taksirle ya da suç genel teorisindeki kusur kavramı ile ilişkili olan onlarla özdeş bir anlama sahip değildir. Dolayısıyla kusur kavramının bu bentteki kullanılış biçimiyle, cezanın kusurun ağırlığı ile orantılı olmasını sağladığı veya bunu ifade ettiği şeklindeki bir kabul yanlış olacaktır¹¹¹⁴. Neticede cezanın belirlenmesi kusuru suç genel teorisindeki kusur kavramından daha geniş haksızlığı da içeren ve bunun yanı sıra haksızlığın kınanabilirliğini de kapsayan bir kavramdır.

TCK m. 3/1’de de cezanın fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerekliliği düzenlenmektedir. Fiilin ağırlığı ile kusurun ağırlığı ifadeleri özdeş değildir¹¹¹⁵. Cezanın belirlenmesi kusurunun, fiil ile özdeş olmadığını daha önce ifade etmiştik. Cezanın belirlenmesi kusuru haksızlık ile de sınırlı değildir. Haksızlığın yanında haksızlığın kınanabilirliği de cezanın belirlenmesi kusurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle cezanın sadece fiilin ağırlığı veya haksızlığın ağırlığı ile orantılı olmasının aranması cezanın kusur esasında belirlenmesi için yeterli değildir¹¹¹⁶.

Sonuç olarak kanunda açıkça cezanın kusur esasına dayalı olarak belirlenmesi gerektiğinin düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliktir¹¹¹⁷. Çeşitli düzenlemelerde yer verilen failin fiilinin ağırlığı ile orantılı cezalandırılması, failin kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulması, taksirli suçlarda cezanın failin kusuruna göre

¹¹¹⁴ Benzer yönde bkz. ve karş. Meraklı, s. 87. Yazara göre kusur kavramının kast ve taksiri de bünyesinde bulundurduğu bir an için kabul edilse dahi failin maddi anlamda kusuru ve eyleminin kusur içeriği sadece onun kast veya taksiri aracılığıyla karakterize edilemez. Bu yönüyle Alman CK ‘daki düzenleme daha kapsayıcı olması itibarıyla daha yerindedir.

¹¹¹⁵ Bu konudaki tartışma ve eleştirilere ilişkin olarak bkz. Yerdelen, s. 62.

¹¹¹⁶ Bu düzenlemenin yine de cezanın failin kusuru ölçüsünde belirleneceği kuralı doğrultusunda yorumlanması mümkündür. Meraklı, s. 435.

¹¹¹⁷ Benzer yönde bkz. Meraklı, s. 435.

belirlenmesi veya şeriklerin kusurlu fiiline göre cezalandırılması ifadeleri bu eksikliğin önüne geçmemektedir. Dahası farklı maddelerde, farklı bağlamlarda ve farklı ifadelerle cezanın nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemeler getirilmesi de isabetli görünmemektedir. Bizim temel önerimiz cezanın belirlenmesinin kusur esasında yapılması gerektiğinin açıkça m. 61’de düzenlenmesidir. Bununla birlikte Türk hukuk sisteminde kanunda açıkça zikredilmese de cezanın kusurla oranlı/kusur esasında olarak belirlenmesi gerektiği kabul edildiğinden m. 61’deki düzenlemenin bunu sağlamaya elverişli olup olmadığının incelenmesine geçebiliriz.

B. Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan ve Cezanın Miktarının Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususların Değerlendirilmesi

1. Genel Açıklamalar

TCK m. 61 cezanın belirlenmesinin ne şekilde yapılacağını düzenlemektedir. Hem hangi hususların belirlemede göz önünde bulundurulabileceğini hem de cezanın miktarına etki eden çeşitli hususların hangi sırayla değerlendirileceğini hükme bağlamaktadır. Kanunun getirdiği temel sisteme göre hakim öncelikle ilgili suç tipini tespit etmesi ve bu suç için kanunda öngörülen soyut cezayı bulması gerekmektedir. Burada dikkat edilecek husus, kural olarak ilgili suç nitelikli hal teşkil etse de suçun basit hali için öngörülen soyut cezanın tespit edilmesinin gerektiğidir. Bu cezanın alt ve üst sınırlar belirtilmek suretiyle öngörülmesi halinde mahkemenin öncelikle bu iki sınır arasında cezayı belirlemesi gerekir. Zira kural olarak kanunda bir suçun basit halinin cezası basamaklı bir şekilde düzenlenmekte iken nitelikli halinin cezası artırım veya indirim oranı belirtilmek suretiyle gösterilmektedir. Bu şekilde belirlenen cezaya temel ceza denilmektedir¹¹¹⁸. TCK m. 61/1’de temel cezanın hangi hususlar göz önünde bulundurularak alt ve üst sınırlar arasında belirleneceği gösterilmektedir. Bu sürecin istisnasını ilgili suçun nitelikli halinin cezasının artırım veya indirim oranı gösterilmek suretiyle değil de müstakil olarak alt ve üst sınırları belirtilmek suretiyle

¹¹¹⁸ Zafer, s. 621; Koca/Üzülmez, ss. 706-707; Doğan, Belirleme, s. 277; Yerdelen, s. 162.

düzenlenmesi oluşturmaktadır. Bu gibi hallerde mahkeme ilgili nitelikli hale ilişkin soyut ceza üzerinden temel cezayı belirleyecektir¹¹¹⁹. Ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezasının öngörüldüğü suçlar bakımından bu cezalar temel ceza niteliğindedir, ayrıca bir temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilmez¹¹²⁰. Temel ceza belirlendikten sonra cezanın miktarına etki eden diğer hükümler m. 61’de gösterilen sırada uygulanırlar. Kanun koyucu cezanın belirlenmesinde keyfiliği önlemek için sıralamayı açıkça göstermiştir¹¹²¹.

TCK m. 61/2’de suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlenmesi halinde temel ceza üzerinde ilgili indirim veya artırımın yapılacağı belirtilmektedir. Nitelikli haller 4. fıkra gereğince üçüncü sırada uygulanırlar. 5. fıkra gereğince sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenlerine ilişkin hükümler uygulanır. Bu şekilde sonuç ceza belirlenmiş olur. Cezanın kusur esasında belirlenmesi için sonuç cezanın ağırlığının, kusurun ağırlığı ile makul bir ilişki içerisinde olması gerekmektedir.

Bu bölümde temel cezanın ve sonuç cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususların kusurun ağırlığının ölçülmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar ile örtüşüp örtüşmediği değerlendirilmektedir. Bazı hükümlerde kanun açıkça cezanın neye göre belirleneceğini düzenlemekte bazı hükümlerde ise düzenlenmemektedir. Artırımın ya da indirimin neye göre olacağının açıkça ifade edilmediği hükümler bakımından ayrıca bir değerlendirmede bulunmak gerekmektedir. Bir sonraki başlıkta ise bu şekilde temel ceza- sonuç ceza ayrımının kusurla oranlı bir ceza belirlenmesine ne denli uygun olduğu tartışılmaktadır.

¹¹¹⁹ Bu halde bir suç tipinin alt-üst sınırlı olarak cezası bizzat belirlenmiş olan nitelikli hali, özel-genel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima ilkesinin görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilkeye göre, bir suçun temel şeklinden başka bir takım nitelikli şekilleri bulunduğu takdirde suçun özel unsurlara sahip nitelikli şeklini kapsayan norm temel şeklini düzenleyen norm karşısında özel norm olarak uygulanacaktır. Buna göre, altüst sınırlar arasından ceza artırımı öngören nitelikli haller suçun temel şekline göre özel bir hüküm olduğundan öncelikli olarak ayrı bir suç tipi gibi değerlendirilerek m. 61/1 uyarınca temel ceza belirlenecektir. Üzülmez, s. 219. Aynı yönde bkz: İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, (Gazi Şerhi), ss. 721-722.

¹¹²⁰ Hafızogulları, Cezalar, s. 106.

¹¹²¹ Üzülmez, s. 206.

2. Temel Cezanın Belirlenmesi

TCK m. 61/1 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ve failin güttüğü amaç ve saik göz önünde bulundurulabilir. Öğretide genellikle bu hususların haksızlığa dair ölçütler oldukları kabul edilmektedir. Failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise en tartışmalı meseledir. TCK ile somut cezanın belirlenmesi konusunda yararlanılabilecek ölçütler bakımından bir sınırlamaya gidilmiştir ve failin geçmişi, kişisel ve sosyal durumu ile failin fiilden sonraki davranışlarına bu ölçüler arasında yer verilmemiştir. Sınırlı sayım söz konusudur¹¹²². Kanun ve gerekçesinde, bu hususların anlamları, kapsam ve sınırları konusunda bir açıklama getirilmemiştir. Kanun bilinmeyi bilinen saymıştır. Bu nedenle söz konusu kavramların anlam, kapsam ve sınırlarını belirlerken mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde oluşmuş olan öğretisi ve uygulamadan faydalanılmalıdır¹¹²³.

Suçun işleniş biçiminden, işlenişinde fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren her şey anlaşılır¹¹²⁴. Suçun işleniş biçimi, failin suçu işlerken gösterdiği davranışlar, mağdurun suçun işlenmesine neden olması, suçun mağdur ve üçüncü kişiler üzerindeki etkileri kapsamaktadır¹¹²⁵. Bir hareketle birden fazla suç tipinin ihlal edilmiş olması veya bir suç tipi bakımından öngörülen seçimlik hareketlerinin birden fazlasının gerçekleştirilmesi de suçun işleniş biçimine dahildir¹¹²⁶. Kesintisiz (mütemadi) suçlarda suçun ne kadar süre ile devam ettiği de suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilmelidir¹¹²⁷. Suçun işleniş biçimi, fiilde gösterilen iradenin

¹¹²² Öztürk/Erdem, s. 560.

¹¹²³ Hafızoğulları, Cezalar, s. 106. Ancak bu esnada iki kanun arasında oldukça önemli bir fark olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Aksi halde mülga TCK döneminde yazılan eserlere bakılarak temel cezanın belirlenmesinde failin kişiliği ve benzeri hususların göz önünde bulundurulabileceği gibi yürürlükteki hukuk bakımından hatalı bir sonuca varılacaktır. Örnek olarak bkz. Taneri, s. 144.

¹¹²⁴ Üzülmüş, ss. 207-208.

¹¹²⁵ Doğan, Belirleme, s. 281; Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2016, Sayı 3, s. 147.

¹¹²⁶ Üzülmüş, ss. 207-208.

¹¹²⁷ Centel ve diğerleri, s. 585; Irmak Koruculu, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 241. Çifte değerlendirme yasağını ihlal

gerçekleştirilmesi ile ilişkili ve fiilin toplum düzeni için oluşturduğu tehlikeyi göstermesi bakımından önemli bir unsur olduğundan cezanın belirlenmesinde etkili olan hususlar arasında yer almaktadır¹¹²⁸. Örnek olarak cinsel saldırı suçunun veya kasten öldürme suçunun mağdurun aile fertlerinin gözü önünde işlenmesi verilebilir¹¹²⁹.

İkinci husus suçun işlenmesinden kullanılan araçlardır. Suçun işlenmesinde kullanılan ve tipik neticenin ortaya çıkmasına neden olan her türlü araç, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir¹¹³⁰. Suçun icrasında silah kullanılması, tehlikeli veya elverişsiz araç kullanılması ya da silahın savunma amaçlı kullanılması bu bent kapsamında temel cezanın belirlenmesinde ele alınır¹¹³¹. Silah kullanılmasının nitelikli hal olarak düzenlendiği suç tiplerinde suçun unsuru olan silahın niteliği temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir. Zira burada salt silahın kullanılmış olması değil silahın tehlikeliliği gibi nitelikleri göz önünde bulundurulduğundan çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş sayılmaz¹¹³². Son olarak suçta kullanılan aracın cezanın belirlenmesine etkisini suçun niteliğine göre değerlendirmek gerektiği unutulmamalıdır¹¹³³.

Suçun işlendiği zaman ve yer de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır. Suçun işlendiği zaman ve yerin cezanın belirlenmesinde etkili olabilmesi için, o suç bakımından bir işlevinin olması gerekir¹¹³⁴. Bir diğer ifade ile suçun belli bir yer ve zamanda işlenmesi, her halükarda

edeceği gerekçesiyle cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaması gerektiği yönünde bkz. ve karş. Mustafa Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, (M. Özen, Belirleme), s. 83.

¹¹²⁸ Üzülmmez, s. 207.

¹¹²⁹ Benzer örnekler için bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt III, Beta Basım, İstanbul, 1992, (Cilt III), s. 558; Üzülmmez, s. 207; Doğan, Belirleme, s. 281. Diğer örnekler için bkz. Özbek ve diğerleri, s. 679.

¹¹³⁰ Doğan, Belirleme, s. 281.

¹¹³¹ Üzülmmez, s. 209.

¹¹³² Taneri, s. 148.

¹¹³³ Örneğin, kasten adam öldürme suçunun silahla işlenmesine göre, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi daha ağır niteliktedir. Yargıtay kasten yaralama suçunun ölüm neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olduğunda diğer nedenlerin yanında, olayda bıçak kullanılmış olmasını cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesini gerektiren bir neden olarak değerlendirmekte, aynı şekilde olay yerine silahla gelinmesini ve yapılan atış sayısını da cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken haller olarak kabul etmektedir. Üzülmmez, s. 209.

¹¹³⁴ Üzülmmez, s. 209.

cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesini gerektirmez. Bunun için suçun işlenmesinde etkili olan, failin yer ve zaman durumundan özellikle yararlandığı bir halin varlığı gereklidir. Örneğin, suçun işlendiği yer ve zaman dilimi mağdurun savunma imkanını ortadan kaldırıyorsa cezanın belirlenmesine etki edecektir¹¹³⁵. Örneğin, kasten yaralama veya öldürme suçunun gece vakti veya bina içerisinde işlenmiş olması halinde¹¹³⁶ veya hırsızlık suçunun kişilerdeki telaştan faydalanılarak düğün veya bayram gününde ya da cenaze evinde bu durumların sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmesi halinde¹¹³⁷ bu husus temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır.

Bir diğer husus suçun konusunun önemi ve değeridir. Burada suçun konusunun önem ve değerinden suçun hukuki konusunun değil, maddi konusunun anlaşılması gerekir¹¹³⁸. Suçun konusunu fiilden doğrudan etkilenen şey oluşturmaktadır. Suçun konusu somut olayda normal hale göre daha önemli veya değerli ise temel ceza alt sınırın üzerinde belirlenebilecektir¹¹³⁹. Suç konusunu oluşturan şeyin değerinin veya öneminin ölçüsünde onun tahsis amacı belirleyici olacaktır¹¹⁴⁰. Mal varlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusunun mağdur için önemi ve özellikle de tek gelir kaynağı olması durumunda temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenebileceği belirtilmektedir¹¹⁴¹. Uyuşturucu madde suçlarında da suça konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarının hem failin kastını belirlemede hem de cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁴².

Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı bir diğer göz önünde bulundurulması gereken husustur. Suçlar salt tehlike suçları, zarar tehlikesi ve zarar

¹¹³⁵ Üzülmmez, s. 209; Centel ve diğerleri, s. 585.

¹¹³⁶ Doğan, Belirleme, s. 281.

¹¹³⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 715; Üzülmmez, s. 209.

¹¹³⁸ Hafizoğulları, Cezalar, s. 106; Centel ve diğerleri, s. 586. Suçla korunan hukuki yararın ihlal edilmiş olması cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesini gerektirmez. Zira, hukuki değer ihlal edilmiş olması suçun haksızlık içeriğine etki etmez. Örneğin, kanun nazarında beş lira çalındığında da beş milyon lira çalındığında da suçla korunan hukuki değer ihlal edilmiştir ancak bunun mahiyetinde bir değişiklik söz konusu değildir. Ancak, bu olayda suç konusunun değeri, dolayısıyla da haksızlık içeriği aynı değildir. Üzülmmez, s. 210.

¹¹³⁹ Üzülmmez, s. 210.

¹¹⁴⁰ Üzülmmez, s. 210.

¹¹⁴¹ Doğan, Belirleme, ss. 281-282; Taneri, s. 149. Bir diğer örnek suçun konusunun tarihi değeri yüksek bir eser olmasıdır. Üzülmmez, s. 210.

¹¹⁴² Taneri, s. 149.

suçları olarak ayrıldığından, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, zarar ve zarar tehlikesinin ağırlığı olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴³. Hakim, somut olayda fiilin dış dünyadaki sonuçlarından olan zarar ve tehlikenin büyüklüğünü objektif olarak değerlendirerek cezayı belirler. Suç tipinin gerçekleşmesi bakımından ortaya çıkması gereken asgari tehlike veya zararı bunun dışında tutmak gerekir¹¹⁴⁴. Buna örnek olarak mala zarar verme suçunda baba yadigarı dolma kaleme zarar verilmesinin sıradan bir kaleme zarar verilmesinden daha yüksek bir temel ceza belirlenmesini gerektireceği verilebilir¹¹⁴⁵. Mağdurun suçtan nasıl etkilendiği de cezanın belirlenmesinde önem taşır¹¹⁴⁶. Buradaki zararın mağdurun uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tümü olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴⁷. Bu ifade tipik olan ve olmayan tüm neticelerin cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği anlamına gelecek şekilde anlaşılmamalıdır. Kanaatimizce tipik olmayan neticeler söz konusu olduğunda ancak normun koruma alanına giren ve fail tarafından öngörülebilir neticelerin cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Normun koruma alanına girmeyen ve fail tarafından öngörülmeleyen zarar veya tehlike neticelerinin ise artık göz önünde bulundurulmaması gerekir¹¹⁴⁸. Dolayısıyla suçun yaratmış olduğu ve mağdurun maruz kaldığı tüm neticeler failin cezai sorumluluğuna dönüştürülemez.

¹¹⁴³ Hafizoğulları, Cezalar, s. 106.

¹¹⁴⁴ Üzülmöz, s. 210.

¹¹⁴⁵ Doğan, Belirleme, s. 282.

¹¹⁴⁶ Örneğin, yaşlı ve kimsesiz olandan az miktarda para çalan kişinin zengin çok parasını çalana göre daha ağır cezalandırılması suçtan doğan zararın göz önünde bulundurulması demektir. Centel ve diğerleri, s. 587. Ancak meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının salt mağdurun bakış açısına göre değerlendirilmesi hafif zararların meydana geldiği suçlar bakımından orantısız cezalara hükmedilmesi sonucunu doğurabilir. Bu bakımdan zararın ağırlığının tespitinde sadece mağdurun ne şekilde etkilendiğinin göz önünde bulundurulmaması ve objektif olarak zararın ağırlığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

¹¹⁴⁷ Doğan, Belirleme, s. 283. Hatta mağdurun sosyal yönden önemli özelliklerinin dahi zararın tespitinde göz önünde bulundurulması mümkündür. Centel ve diğerleri, s. 586.

¹¹⁴⁸ Ancak ÜZÜLMÖZ'e göre suç tipinin koruma alanı dışında kalan zararlar işlediği fiilin sonucu olarak fail tarafından öngörülebilir ise cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir. Yazar örnek olarak ölüm olayında geride kalanların durumunun cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasını vermektedir. Tehlike suçlarında da suç tipinin koruma alanı dışında kalan tehlikenin fail tarafından öngörülebilir sonuçları cezayı artırıcı neden olarak göz önünde tutulabilir. Bkz. ve karşı. Üzülmöz, s. 211. Burada suç tipinin koruma alanı dışında kalan zarar veya tehlike ifadesi ile normun koruma alanına girmeyen neticeler kastediliyor ise bu görüşe katılmamız mümkün görünmemektedir. Diğer yandan verilen örnek normun koruma alanı dışında kalan tipik olmayan neticelerin kastedilmediğini düşündürmektedir. Dolayısıyla eğer bu ifade ile suç tipinin koruma alanı dışında kalan zarar veya tehlike ile suçun tipik olmayan neticeleri kastediliyor ise öngörülebilirlik şartına bu neticelerin normun koruma alanına girmesi gerekliliğinin de eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suçun konusunun önemi ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına ilişkin örneklerin örtüştüğü gözlemlenebilir. Her ne kadar suçun hukuki konusu ve netice gerçekten de farklı kavramlar iseler de cezanın belirlenmesinde hukuki konunun değeri ile meydana gelen neticenin ağırlığı aynı şeyleri ifade edebilmektedir. Baba yadigarı dolma kalem veya emekli maaşının suçun konusu olması halinde bunun önemi ve değeri ve meydana gelen zararın ağırlığı ile aynı şeyin kastedildiği kanaatindeyiz. Bunlar neticenin haksızlığına etki eden onun ağırlığını gösteren hususlardır. Birbirinden farklı anlamlara gelebilecekleri durumlarda ise suçun konusunun önemi zaten suçun işleniş biçimi içerisinde hareketin haksızlığı kapsamında değerlendirilebilecektir. Zaten yukarıda açıklandığı üzere suçun işleniş biçimi, suçta kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman, bazı hallerde mağdurun kim olduğu, aralarındaki ilişki, suçun konusunun ne olduğu gibi tüm halleri kapsayan bir kavramdır. Bu nedenle her birinin ayrı ayrı sayılmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre TCK m. 61/1 haksızlıkla doğrudan bağlantılı olduğundan bireyselleştirmenin konusunu oluşturan ölçütlere (failin kişiliği vb.) yer verilmemiştir¹¹⁴⁹. Yazarlara göre TCK m. 61/1, f bendi dışında sayılan hususlar haksızlığın içeriğine ilişkindir¹¹⁵⁰. ÜZÜLMEZ'e göre bu hususlarla, işlenen fiilin haksızlık içeriğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Aynı suça ilişkin iki ayrı olayda, haksızlık içerikleri farklı olabileceğinden, örneğin suçların işleniş biçimleri veya suçların icrasında kullanılan araçlar farklı olabileceğinden, belirlenen temel ceza farklılık gösterebilecektir¹¹⁵¹. "Failin kasta ve taksire dayalı kusurluluğunun ağırlığı" hususu ise, suçu haksızlık olarak gören ve kusurluluğu suç teşkil eden haksızlığın unsurları dışında, fail hakkında işlemiş olduğu suçtan dolayı kınama yargısında bulunulabilmesi hali olarak kabul eden yeni kanunun sisteminde cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan kurumlardan birini oluşturmaktadır¹¹⁵². Kasten veya

¹¹⁴⁹ Koca/Üzülmöz, s. 708.

¹¹⁵⁰ Koca/Üzülmöz, s. 707. Aynı yönde bkz. Üzülmöz, s. 234.

¹¹⁵¹ Üzülmöz, s. 234.

¹¹⁵² Üzülmöz, ss. 211, 234. Kusur, yeni kanunun sisteminde suçun oluşabilmesi için varlığı gereken bir unsur olmadığından işlenen fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili değildir. Kast ve taksir fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla yeni kanunun sisteminde kast ve taksir, bir kusurluluk şekli değil, suç teşkil eden haksızlığın gerçekleştiriliş biçiminden ibarettir. Dolayısıyla kast ve taksir bir fiilin haksızlık (suç) teşkil edebilmesi için bulunması gereken bir

taksirle işlemiş olduğu bir suç bakımından failin hangi ölçüde kınanabileceğinin değerlendirilmesi bu noktada yapılmalıdır. Somut olayda, işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanabilirliğinin derecesi, algılama yeteneğinin veya irade yeteneğinin durumuna göre farklılık gösterebilecektir. Bu değerlendirme sonucunda faile işlemiş olduğu suç bakımından kusurunun derecesiyle orantılı bir ceza verilecektir¹¹⁵³. Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmede gösterilen kararlılık¹¹⁵⁴, taksire dayalı kusurunun ağırlığından ise neticenin ne ölçüde öngörülebilir olduğu anlaşılmalıdır¹¹⁵⁵. Yazara göre failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle kusurluluğuna ilişkin değerlendirme de bu safhada yapılacaktır. İşlemiş olduğu fiilden dolayı kişiyi kınamamızı engelleyen bir durum, yani kusurluluğunu kaldıran bir hal söz konusu ise, fiil suç oluşturmaya rağmen faile ceza verilemeyecektir ve bu hallerin cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekli değildir¹¹⁵⁶. Kusurluluğu etkileyen hallerden haksız tahrik (m. 29), yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının (m. 32) cezanın belirlenmesinde diğer aşamalarda dikkate alınacağı m. 61/5'te gösterildiğinden burada dikkate alınmamaları gerekir. Buna karşılık kusuru kaldırmamakla birlikte etkileyen kaçınılabılır haksızlık hatası (m. 30/4), kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılabılır hata (m. 30/3) ile kusurluluğu kaldırmamakla birlikte azaltan neden olarak kanunun özel hükümlerinde düzenlenen zorunluluk halleri (m. 92, 147), temel cezanın

unsuru oluştururken, kusurluluk ancak haksızlık teşkil eden bir fiilin, yani bütün unsurlarıyla oluşmuş bir suçun varlığından sonra devreye giren, failin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınama yargısına tabi tutulabilmesini sağlayan bir hususu oluşturmaktadır. Kusur, işlediği haksızlık nedeniyle fail hakkında yapılan bir muaheze yargısını oluşturmakta, bu değerlendirme yargısının konusunu ise ancak failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği bir haksızlık oluşturmaktadır. Dolayısıyla kasten veya taksirle işlenen haksızlık kusur yargısının zeminini teşkil etmekte, kusur kasten veya taksirle işlenen haksızlığa dayanmaktadır. Bu nedenle 61/1, f bendi çerçevesinde temel cezanın belirlenmesinde etkili olan kusurun ağırlığı, cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesini sağlayan bir enstrümanı oluşturmaktadır. Üzülmmez, s. 212.

¹¹⁵³ Üzülmmez, s. 234.

¹¹⁵⁴ Kanunda nitelikli unsur olarak öngörülmemeyen hallerde suç için yapılan planlı hazırlık, bir suçun işlenmesi konusunda varılan kararın içerdiği potansiyel tehdidin fazlalığı, fiil gerçekleştiriliş süresi, suç işleme konusundaki enerjinin göstergesi olarak değerlendirilmeye uygun olması kaydıyla suç izlerinin yok edilmesi gibi hususlar kasta dayalı kusurun ağırlığını artıran haller olarak; irade zayıflığı, uzun yıllar süren uyuşturucu madde bağımlılığı, kontroldeki eksikliklerin suçun işlenmesini kolaylaştırması gibi durumlar ise, cezanın indirilmesini gerektiren haller kapsamında dikkate alınabilecektir. Üzülmmez, s. 212.

¹¹⁵⁵ Üzülmmez, s. 213.

¹¹⁵⁶ Üzülmmez, s. 213.

belirlenmesi aşamasında failin kasta ve kusura dayalı kusurun ağırlığı kapsamında değerlendirilecektir¹¹⁵⁷.

Benzer şekilde ÖZGENÇ'e göre de temel cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemede haksızlık içeriği konusunda etkili ölçütlere yer vermektedir¹¹⁵⁸. Haksızlık derecelendirilebilirdir, hukuka aykırılık ise derecelendirilemez, yoğunluğundan söz edilemez. Yazarın, TCK m. 61/1, f bendinin ne anlama geldiğine ilişkin görüşü şu şekildedir: "Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı" bendi kapsamında kişinin işlediği suçla ilgili olarak kusurluluğu bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹¹⁵⁹. Bu ifade 765 s. TCK'nın 29'uncu maddesinin 8'inci fıkrasında yer alan "kastın veya taksirin yoğunluğu" ifadesinden farklıdır. Zira kast ve taksirin yoğunluğundan söz edilemez. Bu ifade, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki klasik anlayışın bir yansımasıdır¹¹⁶⁰. Hâlbuki Yeni TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, kast ve taksir, birer kusurluluk şekli olarak değil, haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli olarak dikkate alınmıştır¹¹⁶¹. ÖZGENÇ, cezanın belirlenmesinde izlenecek olan usulün suç teorisinde suçun yapısı irdelenirken izlenen usule paralel olduğu görüşündedir. Buna göre ceza belirlenirken önce işlenen fiilin haksızlık içeriği, sonra gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla kişinin kusuru, kusurluluk durumu göz önünde bulundurulur¹¹⁶².

HAFIZOĞULLARI'na göre temel cezayı belirlemede kusurun ağırlığının göz önüne alınması, kanun koyucunun, kusurluluğun tabiatçı anlayışından çok kusurluluğun normatif anlayışından yana olduğunu göstermektedir. Kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığından kınanabilirliğin azlığı veya çokluğu anlaşılmalıdır¹¹⁶³. ÖZBEK ve diğerlerine göre kanunun geneli dikkate alındığında kanun koyucu kast ve taksiri birer kusur şekli olarak kabul eden psikolojik kusur teorisini değil, birer haksızlık şekli olarak gören normatif kusur teorisinden yana görünmektedir. Ancak buna rağmen TCK m. 61/1, f bendinde kast ve taksir sanki birer kusur şekliymiş gibi

¹¹⁵⁷ Üzülmüş, s. 213.

¹¹⁵⁸ Özgenç, s. 1001. ZAFER'e göre TCK m. 61/1'de sayılan kriterler cezanın failin kişiliğine uydurularak bireyselleştirilmesine yardımcı olmaktadır. Karş. ve bkz. Zafer, s. 623.

¹¹⁵⁹ Özgenç, s. 1002.

¹¹⁶⁰ Özgenç, s. 1006. Aynı yönde bkz. Yerdelen, s. 220.

¹¹⁶¹ Özgenç, s. 1005.

¹¹⁶² Özgenç, s. 1001.

¹¹⁶³ Hafizoğulları, Cezalar, s. 106.

kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığından söz edilmiş bulunmaktadır. Yazarlar, kast ve taksirin çifte fonksiyonu göz önünde bulundurarak bu düzenlemeyi yerinde bulmaktadırlar¹¹⁶⁴.

DOĞAN'a göre kusurun ağırlığı kast veya taksirin ağırlığı şeklinde olabilir¹¹⁶⁵. Kastın ağırlığı failin gerçekleştirmek istediği netice bakımından kararlılığı¹¹⁶⁶ ve suçu işlemekteki ya da neticeyi gerçekleştirmekteki ısrarı¹¹⁶⁷ olarak tanımlanabilir. Failin ne ölçüde kararlı olduğu, suç yolunda harcadığı çabanın ve aştığı zorlukların çokluğu ve amaca ulaşma bakımından gösterdiği kararlılık üzerinden değerlendirilmelidir¹¹⁶⁸. DOĞAN'a göre taksirin ağırlığı ise neticenin fail tarafından ne kadar öngörülebilir olduğu anlamına gelmektedir¹¹⁶⁹. Kast ve taksir bakımından akla gelebilecek örnekler suçun olası kastla, bilinçli taksirle veya tasarlayarak işlenmiş olmasıdır¹¹⁷⁰. Ancak, TCK m. 61/2'deki düzenleme gereğince olası kast ve bilinçli taksir temel cezanın belirlenmesinde değil, temel ceza belirlendikten sonra sonuç cezanın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır¹¹⁷¹. ÖZGENÇ'e göre ise olası kast veya bilinçli taksirin TCK m. 61/1, f bendi kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmasına çifte

¹¹⁶⁴ Özbek ve diğerleri, s. 682.

¹¹⁶⁵ Doğan, Belirleme, s. 283. Aynı yönde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 682.

¹¹⁶⁶ Doğan, Belirleme, s. 283; Özbek ve diğerleri, s. 683.

¹¹⁶⁷ Özbek ve diğerleri, s. 683; Yerdelen, s. 221; Centel ve diğerleri, s. 587; Gedik, s. 152. Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmede gösterilen kararlılık, bu yöndeki ısrarlı istektir. Failin suçu işleme konusunda harcadığı çaba kasta dayalı kusurun ağırlığına delil oluşturur. Bir suçun işlenmesinde failce aşılın zorlukların çokluğu, amaca ulaşmadaki inatçılık ne derece büyükse, failin kasta dayalı kusurundaki ağırlık o derece fazladır. Üzülmöz, s. 212.

¹¹⁶⁸ Gedik, s. 152.

¹¹⁶⁹ Doğan, Belirleme, s. 283. Aynı yönde Demirbaş, s. 693; Centel ve diğerleri, s. 587. GEDİK ise taksirin ağırlığını failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığı olarak tanımlamaktadır. Yazara göre taksirin derecelendirilmesinde dikkate alınması gereken husus failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığıdır. Failin göstermeyi ihmal ettiği özen yükümlülüğünün ağırlığı, temel cezanın belirlenmesinde ölçü norm olarak dikkate alınabilmektedir. Gedik, s. 152. Aynı yönde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 683; Yerdelen, s. 227. ÜZÜLMEZ'e göre taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık haksızlık alanında, böyle bir davranış sonucunda kanunda belirtilen neticenin kişisel olarak öngörülebilirliği kusurun belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Üzülmöz, s. 213.

¹¹⁷⁰ Doğan, Belirleme, s. 283. ÜZÜLMEZ'e göre de suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlenmiş olması normalde cezanın belirlenmesi sürecinde kasta ve taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hususu oluşturmaktadır. Ancak kanunda olası kast için cezada indirim (m. 21/2), bilinçli taksir için cezada artırım öngörülmüş olması (m. 22/3), olası kastın ve bilinçli taksirin cezanın belirlenmesi sürecinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmasına neden olmuştur. Üzülmöz, s. 235.

¹¹⁷¹ Doğan, Belirleme, s. 283; Özbek ve diğerleri, s. 683; Meraklı, s. 438.

değerlendirme yasağı engel olmaktadır¹¹⁷². ÜZÜLMEZ'e göre failin basit veya bilinçli taksirle hareket etmesinden bağımsız olarak doğrudan neticenin kolaylıkla öngörülebilir olup olmamasından hareketle taksire dayalı kusurun ağırlığını tayin etmek gerekmektedir. Neticenin kolay öngörülebilir olduğu hallerde failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı fazladır¹¹⁷³.

MERAKLI'ya göre taksirle işlenen suçlarda objektif özen yükümlülüğünün niteliği ve ölçüsü ile neticenin fail tarafından ne denli öngörülebilir olduğu göz önünde tutulmalıdır¹¹⁷⁴. Burada özel hukuktan türetilen ve taksir yoğunluğunu ifade etmekte kullanılan ağır taksir kavramından faydalanılabilir¹¹⁷⁵. Kastın yoğunluğu ise eylemin işlenmesindeki iradedir. Eylemin işlenmesindeki irade suçun manevi unsuruna karşılık gelmektedir. Yazara göre suçun manevi unsurunun TCK m. 61/1, a, b, c, d ve e bentlerinde sayılan hususları kapsıyor olması gerektiğinden bunlara ayrıca kanunda yer verilmiş olmasının herhangi bir özel işlevi bulunmamaktadır¹¹⁷⁶.

Bir suçu tasarlayarak gerçekleştirme, cezanın belirlenmesi sürecinde kastın kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Zira tasarlama amaç, saik gibi tipikliğin manevi unsurlarından daha farklı bir anlama sahiptir. Dolayısıyla amaç, saik gibi tipikliğin diğer manevi unsurları arasında değerlendirilmemelidir.¹¹⁷⁷ Tasarlama, etraflıca düşünülmüş ve sonra harekete geçilmiş olması nedeniyle kastın en yoğun şeklidir¹¹⁷⁸. Yargıtay'ın tasarlamanın ispat edilemediği durumlarda failin kastının yoğunluğunun tasarlamaya yaklaştığını belirterek temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşü haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bir olayda tasarlama ya vardır ya da yoktur. Bu itibarla tasarlamaya yaklaşan kast şeklindeki bir ifade hukuki temelden yoksundur¹¹⁷⁹. Ayrıca failin daha önce de benzer eylemler işlemiş olmasının kastın yoğunluğunu arttıran bir neden olarak kabul

¹¹⁷² Özgenç, s. 1006. Aynı yönde bkz. Yerdelen, s. 221; Yerdelen, Çifte Değerlendirme, s. 118.

¹¹⁷³ Üzülmöz, s. 213.

¹¹⁷⁴ Meraklı, s. 441.

¹¹⁷⁵ Meraklı, s. 441; Özbek ve diğerleri, s. 640; Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, (Netice), ss. 223 vd.

¹¹⁷⁶ Meraklı, s. 437.

¹¹⁷⁷ Meraklı, s. 438.

¹¹⁷⁸ Özbek ve diğerleri, s. 247.

¹¹⁷⁹ Meraklı, s. 438. Tasarlamaya yaklaşan kast kavramı öğretide genellikle kabul görmektedir. Örnek olarak bkz. ve karşı. Yerdelen, s. 222; Koruculu, s. 254; Özbek ve diğerleri, s. 684.

edilmesi mümkün değildir¹¹⁸⁰. Buna ek olarak failin suçu işledikten sonra suçun izlerini yok etmesinin kasta dayalı kusurun yoğunluğunu arttıran bir sebep olarak kabul edilmesi de yerinde değildir. Zira fiilin işlenmesinin ardından gerçekleştirilen davranışlar artık fiilin dışında kaldığından failin kusuruna dahil değildir ve temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz¹¹⁸¹. Tasarlama kastının, kastın yoğunluğu bağlamında ele alınması, tasarlama ya yaklaşan kast ifadesinin kullanımı bakımından Yargıtay’a getirilen eleştiri, failin daha önce suç işlemiş olmasının veya suçun izlerini yok etmesinin kastın yoğunluğuna etki eden onu arttıran hususlar olarak değerlendirilemeyeceği konularında MERAKLI’ya katılmaktayız.

MERAKLI, kimi yazarlarca kastın yoğunluğunu azaltan sebepler arasında sayılan¹¹⁸² uzun yıllar süren uyuşturucu madde bağımlılığı, irade zayıflığı, kontroldeki eksikliklerin suçun işlenmesini kolaylaştırması gibi hallerin bu şekilde değerlendirilemeyeceği görüşündedir¹¹⁸³. Biz de bu görüşe kısmen katılmaktayız. Kastın yoğunluğu hareketin haksızlığı bakımından kusurun ağırlığını göstermekte ve cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Sayılan bu hallerin kastın yoğunluğu kapsamında değil haksızlığın kınanabilirliğini gösteren hususlar olarak failin algılama ve irade yeteneğine etkileri bakımından göz önünde bulundurulabilecekleri görüşündeyiz. Ancak bunun oldukça sınırlı bir şekilde olabileceğini ve kanunda yer verilen kusur yeteneğine etki eden hususların kusur yeteneğini ortadan kaldırmadığı ancak azalttığı haller bakımından konu edinmesi gerektiğini buradan yeniden vurgulamak istemekteyiz.

Kanaatimizce failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı, oldukça isabetsiz bir ifade olmuştur. Yukarıdaki başlıkta açıklandığı üzere bu ifade cezanın failin kusuru esasında belirlenmesi gerekliliğini göstermemektedir. Kanunda bu şekilde bir düzenleme olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu haliyle nasıl yorumlanması gerektiğini ifade etmemiz gerekecek olursa kusurun ağırlığından kast veya taksirin ağırlığının anlaşılması gerektiği yönünde görüşe katılmaktayız¹¹⁸⁴. Kastın ağırlığı failin gerçekleştirmek istediği netice bakımından kararlılığı, ısrarı olarak; taksirin

¹¹⁸⁰ Meraklı, s. 439.

¹¹⁸¹ Meraklı, s. 440. Aksi yönde karş. Koca/Üzülmez, s. 640; Üzülmez, s. 212.

¹¹⁸² Örneğin bkz. Koca/Üzülmez, s. 640; Üzülmez, s. 212; Akbulut, s. 784.

¹¹⁸³ Meraklı, s. 441.

¹¹⁸⁴ Doğan, Belirleme, s. 283. Aynı yönde bkz. Özbek ve diğerleri, s. 682.

ağırlığı ise objektif özen yükümlülüğünün niteliği ve ölçüsü ile neticenin fail tarafından ne denli öngörülebiliyor olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Olası kast ve bilinçli taksir de kast ve taksirin yoğunlukları kapsamındadır. Ancak ayrı bir fıkra düzenlenmeleri nedeniyle – çifte değerlendirme yasağı nedeniyle değil – burada değerlendirilemeyecektir. Bu şekliyle kastın ve taksirin ağırlığı esasında hareketin haksızlığının ağırlığının bir ölçütüdürler. Bu bakımdan failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı kapsamında haksızlığın kınanabilirliğine ilişkin hususların değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz¹¹⁸⁵. Maddede kusur ifadesine yer verilmiş olması suç genel teorisi bağlamında akla kınanabilirliği getirmekteyse de cezanın belirlenmesi kapsamında kusur kavramı sadece failin kınanabilirliğine ilişkin unsurlardan oluşmamaktadır¹¹⁸⁶. Hareket ve neticenin haksızlığı ile bu haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsünü kapsayan cezanın belirlenmesi kusurunun cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan biri olarak düzenlemeye konulması ve bununla birlikte kast ve taksirin zikredilmesi, kafa karıştırıcı bir düzenlemeye neden olmuştur. Olması gereken kusur kavramının cezanın belirlenmesi kusuru anlamında kullanılması ve cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edilmesidir. Ardından kusurun ağırlığını gösteren hususların ana kategorilerinin (hareketin ve neticenin haksızlığı ile haksızlığının kınanabilirliği) gösterilmesi yeterli olacaktır.

Failin güttüğü amaç failin suçla elde etmek istediği şey/çıkar; failin saiki ise faili suça iten nedendir¹¹⁸⁷. Örnek olarak cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirilen halinde cinsel arzuları tatmin etme amacıyla veya kasten yaralama suçunda bir mafya faaliyeti çerçevesinde kişileri korkutmak amacıyla işlenmesi verilebilir. Bu hallerde failin amacı temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır ve cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak verilmesine gerekçe olabilecektir¹¹⁸⁸. Benzer şekilde kazanç hırsı, açgözlülük, mesleki hırs gibi bencil saikler cezanın belirlenmesinde failin aleyhine etki eder¹¹⁸⁹. Failin suçu, tipik neticenin dışında, daha ötesinde başka bir amacı gerçekleştirmek için işlediği

¹¹⁸⁵ Aksi yönde bkz. ve karşı. Üzülmüş, s. 213.

¹¹⁸⁶ Meraklı, s. 88.

¹¹⁸⁷ Demirbaş, s. 693; Hafızoğulları, Cezalar, s. 106; Doğan, Belirleme, s. 284.

¹¹⁸⁸ Doğan, Belirleme, s. 284.

¹¹⁸⁹ Centel ve diğerleri, s. 588.

durumlarda, o amaç temel ceza belirlenirken dikkate alınabilecektir¹¹⁹⁰. ÜZÜLMEZ'e göre amaç ve saik, failin kınanabilirliği ve failin kişiliği hakkında verilecek kararın en önemli göstergesidir. Suçun işlenmesinde etken olan saikler failin kusurunu ortaya koyması bakımından önemlidir. Faili fiil için tahrik eden motivasyon gücü olarak nitelendirilebilecek olan saik gerek niteliği gerekse kuvvet derecesine göre cezanın belirlenmesinde etkili bir ölçüttür. Yazara göre saikin toplumda geçerli ahlâk kuralları bakımından taşıdığı değere göre, ceza daha az veya daha çok belirlenecektir¹¹⁹¹.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla işlenebilen taksirli suçlar yönünden failin güttüğü amaç ve saikten bahsedilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle taksirli suçlarda temel ceza belirlenirken failin güttüğü amaç ve saik kavramına yer verilmiş olması bozma nedeni sayılmaktadır¹¹⁹². Bununla birlikte Yargıtay'ın taksirli suçlarda failin amaç ve saikin kesinlikle göz önünde tutulamayacağını belirtmesi kanun koyucunun faile tanıdığı hakkın failin elinde alınması anlamına gelebileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Örneğin, tehlikeden başka türlü korunma imkanı bulunduğu için zorunluluk hali niteliğine sahip olmayan bir olayda failin annesini hastaneye yetiştirmeye çalışırken taksirle yaralama suçunu işlediğini varsayılırsa failin annesini hastaneye götürme saiki cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır¹¹⁹³.

MERAKLI'ya göre amaç, saik gibi hususlar tipikliğin manevi unsurları niteliği taşımakla beraber kastın kapsamı dışında değerlendirilmelidir¹¹⁹⁴. Failin suç işlemekteki saik ve amacı suç genel teorisi kapsamında tipikliğin manevi unsuru niteliği taşıyabilir ve bu şekilde konumlandırılabilirse de yukarıda açıklandığı üzere

¹¹⁹⁰ Yerdelen, s. 242.

¹¹⁹¹ Buna göre, fiilin basit (adi) bir sebeple işlenmiş olması, örneğin aşırı bencillik veya hırsla hareket edilmesi, cezayı artıran bir sebep olarak değerlendirilebilecektir. Buna karşılık failin ekonomik bir zorluk nedeniyle veya merhamet duygusuyla fiilini işlemiş olması cezayı azaltan bir neden olarak dikkate alınabilecektir. Üzülmöz, s. 214. Failin amacının sosyal değeri önceden soyut bir şekilde belirlenmemelidir. Failin suç işlemekteki amacının, failin suç işleme eğilimini ve tehlikelilik halini yansıtır yansıtmadığı ve sosyal açıdan kabul edilebilir olup olmadığını hakim tespit etmelidir. Haluk Toroslu, "Temel Cezanın Belirlenmesinde Saik ve Amaç", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, Cilt I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 703. YERDELEN'e göre Suç işleme eğilimi ve tehlikelilik hali, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (TCK m. 50) ya da hapis cezasının ertelenmesinde (TCK m. 51) dikkate alınabilecek konulardır ve temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz. Yerdelen, s. 242.

¹¹⁹² Gedik, s. 153.

¹¹⁹³ Koray Doğan ve Serkan Meraklı, **Trafik Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 121.

¹¹⁹⁴ Meraklı, s. 446.

cezanın belirlenmesi kapsamında saik ve amacın haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsü kapsamında ele alınması daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte saik ve amacın ahlaki ölçütler yerine kanunun ve genel itibarıyla hukuk sisteminin yarattığı değerler sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira hukuk sistemi birbirinden farklı alt kültürlerin ortak değerlerini ve bu itibarla ahlaki ölçütlerini yansıtmaktadır.

Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar sınırlı bir şekilde sayılmıştır, kıyas yoluyla genişletilemez. Böylelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun temel cezanın belirlenmesinde de geçerli hale getirildiği ifade edilmektedir¹¹⁹⁵. Burada sınırlı sayım ilkesinin kabul edilmiş olmasının yerindeliğini – özellikle de cezanın kusur esasında olarak belirlenmesi bakımından – sorgulamak gerekmektedir. Mülga TCK ve yürürlükteki TCK’da kabul edilen temel cezanın belirlenmesi sistemleri arasındaki en önemli ikinci fark bu konuya ilişkindir¹¹⁹⁶. Mülga TCK m. 29’da temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Fiile ilişkin hususlar sayıldıktan sonra “eylemin diğer özellikleri”, faile ilişkin hususlar sayıldıktan sonra “gibi hususlar” ifadesi kullanılmak suretiyle hakimın başka hususları da göz önünde bulundurmasına, yani failin leh veya aleyhinde olabilecek fiile veya faile ilişkin tüm olguların değerlendirilmesine olanak tanınmıştır¹¹⁹⁷.

Mülga TCK m. 29’da yer alan düzenleme 1990 yılında yapılan bir değişiklik ile kanuna eklenmiştir¹¹⁹⁸. Bu tarihe kadar kanunda temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. EREM’e göre suçun cezası hakkında kanunun kabul ettiği özel sınırlar arasında cezanın belirlenmesi işi hakimın genel takdir hakkına dahildir. Hakim, takdir hakkını ilmin kendisine verdiği emin ve kati bilgilerin yardımı ile kullanır. Bu alanda “suçlu psikolojisi” biliminden faydalanmalıdır. Dahası yazara göre cezanın takdirinde ne gibi sebeplerin nazara alınacağı hakkında tam bir liste tanzim edilemez. Hâkim, cezaya etki ettiğine inandığı her olguya takdirine esas alabilir¹¹⁹⁹. Günümüzde kanunda herhangi bir yol gösterici düzenlemenin yer almaması artık kabul edilemez

¹¹⁹⁵ Koca/Üzülmez, s. 770; Üzülmez, s. 208. Aynı yönde bkz. Koruculu, s. 237.

¹¹⁹⁶ Birinci fark failin geçmişi, kişisel ve sosyal durumu gibi hallere TCK m. 61/1’de yer verilmemesiydi.

¹¹⁹⁷ Centel, s. 360.

¹¹⁹⁸ 21.11.1990 Gün ve 3679 sayılı Kanun.

¹¹⁹⁹ Erem, s. 246. Yargıtay’ın kararları için bkz. ss. 246-247.

bulunmaktadır. Ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların sınırlı olarak sayılmasını gerektirmemektedir.

Mülga TCK m. 29’da yer alan düzenleme incelendiğinde sayılan hususlara ilişkin değerlendirmenin kusur yönünden mi tehlikelilik yönünden mi yapılacağı veya bu ikisi yönünden de yapılan değerlendirmeler arasında nasıl bir ilişki kurulacağına ilişkin herhangi bir açıklamanın bulunmadığı fark edilecektir. Bu nedenle o dönemde cezanın belirlenmesinde neyin esas alınacağı belirsiz kalmaktaydı. Oysa olması gereken kanun koyucunun hakimın cezayı neye göre belirlemesi gerektiği konusundaki tercihinin açık bir şekilde belirtmesidir. Aksi halde mahkemeler farklı esaslara göre farklı şekillerde cezayı belirleyebilirler. Bu bağlamda cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların sınırlı bir şekilde sayılmasından ziyade cezanın belirlenmesinin esasının ne olduğuna, özellikle de kusura göre mi tehlikeliliğe göre mi cezanın belirleneceğine ilişkin temel karara kanunda yer verilmesi gerekmektedir¹²⁰⁰. Belirlilik ilkesi ve keyfî uygulamaların önüne geçilmesinin bu suretle mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu bu şekilde de sağlanabilir. Hatta neyin esas alındığı söylenmeksizin liste usulü sayılan hususlardan anlamlı bir cezanın belirlenmesi süreci ortaya çıkarmak daha zor olabilecektir. Dahası belirlilik ve tutarlılık sadece kanunda cezanın belirlenmesine ilişkin tüm kuralların düzenlenmesi ile değil, mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve bunların üst derece mahkemeleri tarafından detaylı olarak incelenmesi ile sağlanabilir. Mahkemelerin cezayı belirlerken göz önünde bulundurdıkları hususların neler olduğunu belirtmesi yeterli olmayıp, bu hususun cezaya ne şekilde ve hangi bağlamda etki ettiğini ve dahası neden aksi yönde etki etmediklerini tartışmaları gerekmektedir. Ancak bu şekilde rasyonel bir cezanın belirlenmesi süreci mümkün olabilir¹²⁰¹.

¹²⁰⁰ Bu konuda benzer bir yaklaşım için bkz. ve karşı. Meraklı, s. 437. Yazara göre kanun koyucunun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlara ilişkin bir düzenleme yapmaktaki amacı hakime açık ve neti bir şekilde cezayı belirlerken hangi unsurlardan faydalanması gerektiğini göstermektir. Ancak bu unsurları tek tek saymak yerine hareket ve neticenin değersizliğine yer verilmesi daha yerinde olacaktır. Uygulama zaten değersizliğin kapsamına giren hususları tespit edebilecek durumda olduğundan birbirini kapsamakta olan hususlara ayrı ayrı yer verilmesinden daha tutarlı bir düzenlemeye gidilmiş olacaktır. Meraklı, s. 437.

¹²⁰¹ Bu konuda özellikle bkz. Hassemer, Automatisierte, ss. 110 vd.

Kanaatimizce önemli olan cezanın belirlenmesinin esasının net bir şekilde kanunda ifade edilmesidir. Kanunda tek tek hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğinin sayılması yöntemi hata kaldıracak bir yöntem değildir. Eğer kanunda kusurun ağırlığına etki eden onu belirten hususlardan bazılarına yer verilmez ise bunların temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları mümkün olmayacaktır¹²⁰². Bu durumda cezanın belirlenmesi kusurunun eksik bir resmi ortaya çıkacak ve ceza bu eksik resme göre belirlenecektir. Aşağıda da belirttiğimiz üzere m. 61/1’de kusurun ağırlığına etki eden onu gösteren tüm hususlara yer verilmemiştir¹²⁰³. Bu durum cezanın kusur esasında olarak belirlenmesi bakımından önemli bir sakınca yaratmaktadır.

TCK m. 61/1’de sayılan hususların cezanın belirlenmesi kusuru ile ilişkisini şu şekilde değerlendirmekteyiz: Öncelikle bu hususların cezanın belirlenmesi kusurunun unsurlarını oluşturan haksızlık ve haksızlığın kınanabilirliği kategorilerinden hangisine ait olduklarını belirlemek gerekmektedir¹²⁰⁴. Haksızlığı da hareketin ve neticenin haksızlığı olmak üzere ikiye ayırmaktayız. Yukarıda yapılan açıklamalar ve yaklaşımımız doğrultusunda suçun işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin ölçüsü, kast ve taksirin çeşitleri hareketin haksızlığına ilişkinen; suçun tipik ve tipik olmayan neticelerinin türü ve ağırlığı neticenin haksızlığına ilişkindir. TCK m. 61/1, a bendinde yer alan suçun işleniş biçimi hareketin haksızlığına ilişkindir. TCK m. 61/1, b ve c bentlerinde düzenlenen suçun işlendiği yer ve zaman ile suçta kullanılan araçlar esasında suçun işleniş biçimine dahildir ve ayrıca zikredilmelerine gerek bulunmamaktadır. TCK m. 61/1, d bendinde yer alan suçun konusunun önem ve değeri bazı hallerde hareketin bazı hallerde neticenin değersizliği kapsamında kusurun ağırlığına etki edebilecektir. TCK m. 61/1, e bendinde bulunan zarar veya tehlikenin ağırlığı ile neticenin haksızlığının anlaşılması gerekmektedir. En tartışmalı olan TCK m. 61/1, f bendinde düzenlenen failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı

¹²⁰² Aynı yönde bkz. Meraklı, s. 436.

¹²⁰³ Aynı yönde bkz. Meraklı, s. 436.

¹²⁰⁴ Öğretide cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar faille ve fiile ilişkin olmak üzere ikiye de ayrılmaktadır. Fiile ilişkin hususlar, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı iken faille ilişkin olan hususlar kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususlardır. Bkz. ve karşı. Centel, s. 360; Yerdelen, ss. 173 vd.; Zafer, s. 622; Centel ve diğerleri, ss. 584 vd.

ifadesinin ise hatalı bir ifade olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda açıklandığı üzere kat ve taksirin yoğunluğu esasında hareketin haksızlığı ile ilişkilidir. Kusur kavramı ise cezanın belirlenmesinde hem haksızlığı hem de kınanabilirliği içine alan bir üst kavramdır. TCK m. 61/1, g bendinde yer verilen failin saik ve amacını ise kınanabilirlik kapsamında değerlendirmekteyiz.

Bu itibarla kanunda sayılan hususların cezanın kusur esasında olarak belirlenebilmesi için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Her ne kadar hareketin ve neticenin haksızlığının ölçülmesinde kullanılacak olan hususlara yer verilmiş ise de haksızlığın kınanabilirliğinin ölçülmesinde kullanılacak olan iki önemli hususa yer verilmemiştir. Kusur yeteneğine etki eden onu azaltan haller ilgili hükümlerin uygulanmasını gerektirecek ölçüde olmayabilir ancak failin yaşı, eğitimi, zihinsel ve bedensel durumu onun algılama ve irade yeteneğinde bir azalmaya neden olmuş olabilir. Bu hallerin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları mümkün değildir. Bir diğer husus ise kaçınılabilir haksızlık hatasıdır. Bu durumun kınanabilirliğin ölçüsüne ve dolayısıyla cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına etki ettiği onu azalttığına ilişkin görüşümüz yukarıda açıklanmaktadır. Bu durumunda mevcut haliyle temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Bunlara kusuru etkileyen sebeplerin koşullarında kaçınılabilir hatanın söz konusu olduğu halleri de ekleyebiliriz¹²⁰⁵. TCK m. 61/1, f bendinde düzenlenen failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı kapsamında bu hallerin göz önünde bulundurulabilecekleri görüşüne katılmamaktayız.

3. Olası Kast veya Bilinçli Taksirin Cezaya Etkisi

Temel cezanın belirlenmesinin ardından eğer mevcut ise suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım yapılacaktır. Haksızlık içeriği bakımından, suçun olası kastla işlenmesi doğrudan kasta göre daha az; bilinçli taksirle işlenmesi basit taksire göre daha fazla bir ceza ile cezalandırılmasını gerektirmektedir¹²⁰⁶. Olası kastın düzenlendiği TCK m. 21/2'ye göre ağırlaştırılmış

¹²⁰⁵ Meraklı, s. 436.

¹²⁰⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718; Gedik, s. 154; Zafer, s. 296; Centel ve diğerleri, s. 377; Hakeri, s. 248; Öztürk/Erdem, kn. 413.

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. Bilinçli taksirin düzenlendiği TCK m. 22/3'e göre taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Bu indirimin ve artırımın hangi ölçütlere göre yapılacağı konusu birtakım güçlükler yaratmaktadır. ÜZÜLMEZ, buradaki asıl sorunu olası kastın ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması olarak tespit etmektedir. Yazara göre olası kast işlenen suça ilişkin temel cezanın belirlenmesi sırasında “failin kasta veya taksire dayanan kusurunun ağırlığı” kriteri kapsamında değerlendirilseydi böyle bir sorunla karşılaşılmayacaktı. Mevcut duruma göre ise, olası kast nedeniyle yapılacak indirimin olası kastın teorik esasından hareket ederek gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Buna göre kişinin işlemiş olduğu fiilin muhtemel neticelerine ilişkin öngörüsü bağlamında, hareketinin muhtemel neticelerini kabullenmesinin ve bunlara karşı kayıtsızlığının derecesi/yoğunluğu bu belirlemede esas alınmalıdır¹²⁰⁷. Olası kastta oransal indirimle yönelik eleştirilerinin bilinçli taksir için yapılacak olan artırımda da geçerli olduğunu ifade etmektedir¹²⁰⁸.

Kanaatimizce ÜZÜLMEZ bu eleştirisinde haklıdır. Olası kast ve bilinçli taksir esasında kast ve taksirin yoğunluğuna/ağırlığına ilişkin örnekler olarak akla gelmektedir¹²⁰⁹. Bu nedenle temel cezanın belirlenmesi esnasında göz önünde bulundurulmaları daha yerinde olurdu. Öte yandan bu şekilde temel ceza belirlendikten sonra bu hususların değerlendirilmesinin gerekçesi olarak olası kastın doğrudan kasta göre daha az, bilinçli taksirin basit taksire oranla daha fazla cezalandırılması gerekliliği ileri sürülebilir. Ancak bu gerekçeye iki yönden karşı çıkmak mümkündür. Birincisi bu şekilde yapılacak olan indirimin ve artırımın oranının yerinde olup olmadığına ilişkindir. Olası kastla işlenen bir suçun doğrudan kastla işlenen bir suça göre daha az cezalandırılması gerektiği doğrudur. Bununla birlikte ne ölçüde daha az cezalandırılması gerektiği belirsizdir. Mevcut düzenlemede temel ceza üzerinden üçte birden yarısına kadar indirim yapılabilir. Kanun hem

¹²⁰⁷ Üzülmöz, s. 212.

¹²⁰⁸ Üzülmöz, s. 218.

¹²⁰⁹ Aynı yönde bkz. Doğan, Belirleme, s. 283.

indirimi zorunlu kılmakta hem de yüksek indirim oranları getirmektedir. Bu bakımdan sadece olası kastın varlığına cezanın belirlenmesi bağlamında büyük bir etki tanınmaktadır. Bizim endişemiz ise bunun cezanın kusur esasında belirlenmesine engel oluşturabileceğidir. Zira cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığı sadece suçun olası kast veya doğrudan kast ile işlenmiş olmasına bağlı olmadığı gibi en büyük faktörler/ölçütler olarak bu hususun seçilmesi de hatalı olacaktır. Tek bir ölçüte büyük bir oransal etki tanınması çeşitli şekillerde meydana gelen suçlar bakımından adaletsiz bir sonuç ortaya koyabilir.

Türk hukukunda bu itirazımıza karşı bir yönelim olduğu söylenebilir¹²¹⁰. Özellikle de yakın zamanda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir karar olası kast ve doğrudan kast arasında ceza miktarları bakımından önemli bir fark yaratılması gerektiği yönündeki kanaati göstermektedir¹²¹¹. Çorum 3. Ağır Ceza Mahkemesi, sanıkların kasten öldürmeye teşebbüs ve olası kast ile yaralama suçlarından cezalandırılmaları talebiyle açılan davada TCK m. 61/2’de yer alan “...olası kastla...” ibaresinin Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu kanısına varmış ve Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. İtirazın gerekçesi, olası kastın varlığı hâlinde cezada yapılacak indirimin temel ceza üzerinden yapılmasının bazı suçlar bakımından doğrudan kast ve olası kastla belirlenen sonuç cezaların aynı olmasına neden olduğu, bu durumun adalet ilkesiyle bağdaşmadığı ve bu kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu şeklinde özetlenebilir.

Anayasa Mahkemesine göre:

... olası kastta ceza indiriminin temel cezanın belirlenmesinin ardından yapılmasını öngören kuralın ceza adaletine ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. ... Kusurun yoğunluğunun azlığı nedeniyle olası kastın varlığı hâlinde hangi aşamada cezada indirim yapılacağını belirleme hususu da anayasal sınırlar içinde olmak kaydıyla kanun koyucunun ceza hukuku alanına ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır. Kuralla temel cezanın belirlenmesinin ardından indirim yapılmasının öngörülmesinin suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak nitelikte cezaların verilmesine yol açacağı söylenemez. Bu itibarla kuralın orantılılık ilkesiyle çelişmediği ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan bazı suçlar bakımından olası kast veya doğrudan kastın varlığı hâlinde hükmedilen sonuç cezaların aynı olması mümkün

¹²¹⁰ Öğretide, olası kast indirimin zorunlu olarak öngörülmüş olması eleştirilmektedir. Örneğin bkz. ve karşı. Ünver, Kusurluluk, ss. 50-51; Özbek ve diğerleri, s. 273; Demirbaş, s. 396. Karşı yönde bkz. ve karşı. Öztürk/Erdem, kn. 413; Ali Emrah Bozbayındır, **Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss. 324-326.

¹²¹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/98, K. 2022/9, T. 26.1.2022, R.G. 08.04.2022-31803.

ise de bu durum kuraldan kaynaklanmayıp söz konusu suçlara ilişkin cezaların düzenlendiği hükümlerin sonucudur. Bu itibarla kuralın her somut olayın özellikleri gözetilmek suretiyle uygulanmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır.

Karara konu olayda yerel mahkeme mevcut düzenlemenin yeterli bir indirimi sağlamadığını iddia ederken; Anayasa Mahkemesi yeteri ölçüde bir indirimin sağlandığı kanaatindedir.

Son olarak olası kastın cezanın belirlenmesine etkisi bağlamında Anayasa Mahkemesinin yukarıda alıntılanan kararında da atıf yapılan Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına değinmek istiyoruz¹²¹². Bu kararda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu tarafından çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın katılanı hayati tehlike geçirecek şekilde olası kastla yaraladığı somut olayda, TCK m. 21/2. uyarınca olası kast nedeniyle yapılacak indirimin m. 86/1 ile belirlenen ceza üzerinden mi yoksa m. 86/1 ve m. 87/1-d-son uyarınca hükmolunan ceza üzerinden mi yapılacağını belirlenmesine ilişkindir. Mahkeme, olası kast indiriminin temel ceza üzerinden yapılacağını belirttikten sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinde temel cezayı belirleyen maddenin TCK m. 86 mı, yoksa m. 87 mi olduğu meselesini ele almaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama eylemlerinde TCK m. 86'nın temel cezayı belirleyen madde olduğuna karar vermektedir. Zira TCK m. 87'nin tüm fıkralarında "yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza" ifadesine yer verilmek suretiyle, yapılacak artırımların m. 86'ya göre belirlenecek olan ceza üzerinden yapılacağını açıkça ifade etmektedir. Bu ana kadar değerlendirmeleri kanunla uyum içerisindedir.

Buna karşılık mahkeme bu değerlendirmelerin ardından somut olayda kanundaki sıralamanın göz ardı edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Yerel mahkeme, TCK m. 86/1, 21/2, 87/1-d-son ve 62. maddeleri uyarınca alt sınırdan uygulama yaparak sonuç hapis cezasını 2 yıl 6 ay olarak belirlenmiştir. Ceza Genel Kurulu'na göre eylemin doğrudan kastla işlenmesi halinde de m. 86/1, 87/1-d-son ve 62. maddeleri uyarınca yine alt sınırdan uygulama yapıldığı takdirde hükmolunacak sonuç hapis cezası 2 yıl 6 ay olacaktır. Her iki durumda da sonuç cezanın aynı olması ceza adaletine ve kanun koyucunun eylemin olası kastla işlenmesi halinde daha az cezaya

¹²¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/259, K. 2013/273, T. 28.05.2013, (karararama.yargitay.gov.tr).

hükmolunması gerektiği yönündeki amacına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle olası kast indiriminin TCK m. 86/1 uyarınca belirlenecek olan temel ceza üzerinden yapılmaması gerektiğini, TCK m. 86/1 ve m. 87/1, d, son uyarınca belirlenen ceza miktarı üzerinden yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu şekilde TCK m. 61/2 uyarınca temel cezanın belirlenmesinin ardından ikinci sırada uygulanması gereken olası kast indirimi ile m. 61/4 uyarınca üçüncü sırada uygulanması gereken nitelikli hal artırımının sırasını ceza adaleti yönünden zorunluluk bulunması gerekçesiyle değiştirmektedir.

Ceza Genel Kurulu'na göre olası kast ve doğrudan kast arasındaki sonuç cezalar bakımından mutlaka bir fark olmalıdır. Mahkeme somut cezayı farazi olarak kurguladığı bir diğer olayın sözde somut cezası ile kıyaslayarak sonucun adaletsiz olduğu kanaatine ulaşmış ve kanundaki açık düzenlemeye uymamayı tercih etmiştir. Kanaatimizce bu şekilde kanuna açıkça aykırı şekilde ceza belirlenemez¹²¹³. Düzenlemenin adaletsiz olduğu, kusur yönünden ağır bir cezaya hükmedildiği düşünülüyor ise TCK m. 87 düzenlemesinin anayasaya aykırı olduğu itirazında bulunulabilirdi. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda başvuru konusu m. 86 veya 87 değil, m. 21/2 olduğundan mahkeme bu hükmün anayasaya uygun olduğuna ve somut olaydaki adaletsizliğin ilgili suç normu nedeniyle çıktığına hükmederek bir nevi meseleyi çözmayerek bir kenara çekilmiştir. Hatta kararında somut olaydaki adaletsizliklerin Ceza Genel Kurulu kararı uyarınca mahkemeler tarafından çözülebileceğine işaret etmiştir. Oysaki olması gereken mahkemelerin kanun koyucu yerine geçerek kanuna aykırı bir uygulama geliştirmeleri değil, kanunun bu problemleri aşacak şekilde değiştirilmesi yönünde bir girişimde bulunmaktır.

Bu kararlar ışığında bizim mevcut düzenleme ile olası kastın varlığına cezanın miktarı üzerinde gereğinden fazla bir etki tanındığına ve bu değerlendirmenin pek tabi alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken de yapılabileceğine ilişkin itirazımızın reddedilmesi mümkündür. Bu nedenle ikinci itirazımıza geçmek istemekteyiz. Eğer olası kast ve doğrudan kast ile işlenen suçlar arasında ceza miktarı bakımından bir fark yaratılmak isteniyor ise temel ceza belirlendikten sonra ilgili indirimin yapılması yerine indirimin baştan alt ve üst sınırlar üzerinde uygulanması ve bu şekilde tespit edilen yeni alt ve üst sınırlar arasında temel cezanın belirlenmesinde

¹²¹³ Benzer eleştiriler için bkz. Koruculu, s. 263.

göz önünde bulundurulabilecek olan hususlar bir bütün olarak değerlendirilerek bir cezanın belirlenmesi yoluna gidilebilir. Bu yaklaşımımızı aşağıda temel-sonuç ceza ayırımının yerindeliliğini tartıştığımız başlıkta daha detaylı olarak incelemekteyiz.

4. Nitelikli Hallerin Cezaya Etkisi

Nitelikli haller bir suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını gerektiren hallerdir¹²¹⁴. TCK m. 61/4'e göre nitelikli hallerin ceza miktarına etkisi üçüncü sırada gerçekleştirilmelidir. Kanunda nitelikli hallerin cezaya etkisi çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Bazı nitelikli hallerin cezası alt ve üst sınırlar belirtilmek suretiyle öngörülmektedir. Örneğin, TCK m. 94/2'de yer alan işkence suçunun nitelikli halinin cezası sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Bu hallerde artık temel ceza bu sınırlar arasında belirlenecektir. Diğer hallerde nitelikli halin cezası oransal artırım veya indirim gösterilmek suretiyle düzenlenmektedir. Bu gibi düzenlemeler de ikiye ayrılabilir: sabit oransal artırım veya indirimin söz konusu olduğu nitelikli haller ve oransal artırım veya indirimin sınırlarının belirtildiği haller. İlkine örnek olarak hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılmasını düzenleyen TCK m. 143 verilebilir. İkinci gruba örnek olarak göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezanın yarısından bir katına kadar artırılacağını düzenleyen TCK m. 79/3 verilebilir. Kanun incelendiğinde genellikle sabit bir artırım veya indirim oranının belirlendiği gözlemlenmektedir. Esasında artırım/indirim oranlarının sabit verilmesinden ziyade basamaklı olarak belirlenmesi ve hakime somut olayda ilgili nitelikli halin kusurun ağırlığına etkisine göre bir artırım/indirim oranı belirlemesine imkan tanınması daha yerinde olacaktır. Dahası artırım miktarları belirlenirken ilgili nitelikli halin kusurun ağırlığına etkisinin göz önünde bulundurulması ve yüksek oranların belirlenmemesi gerekmektedir¹²¹⁵.

Nitelikli hallerin uygulanması açısından birçok tereddütlü durum ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu bazı suç tiplerinde nitelikli halleri gruplandırmış,

¹²¹⁴ Nitelikli hallere ilişkin çeşitli sınıflandırmalar için bkz. Doğan, Belirleme, s. 286.

¹²¹⁵ Bu konuya ilişkin olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/16, K. 2016/37, T. 05.05.2016, R.G. 31.05.2016-29728.

bunlardan bazılarının cezasını alt ve üst sınırlar öngörerek bazılarının cezasını ise oransal bir artırım veya indirim öngörerek belirlemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere nitelikli halin cezası basamaklı olarak belirlenmiş ise TCK m. 61/1 uyarınca bu sınırlar arasında temel ceza belirlenir; oransal olarak belirlenmiş ise temel ceza üzerinde bu oransal indirim veya artırım gerçekleştirilir. Problem birden fazla nitelikli halin bir arada bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Yürürlükteki TCK’da mülga TCK’nın aksine birden fazla nitelikli halin birleştiği hallerde nasıl bir yol izleneceği belirtilmemiştir. Kanun m. 61/4’te sadece bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılacağını düzenlemiştir. Oysaki mülga TCK m. 29/3’te birden fazla nitelikli halin söz konusu olduğu durumlarda her bir artırmanın ve eksiltmenin, ondan önceki artırma ve eksiltme üzerinden yapılması öngörülmüştü. Dolayısıyla mevcut sistemde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerin bir olayda birleşmesi halinde bu nitelikli hallerden hangisinin cezayı daha fazla ağırlaştırdığına bakıp sadece onun uygulanmasıyla yetinileceği, diğer nitelikli hallerin cezanın belirlenmesinde etkili olmayacağı ifade edilmektedir¹²¹⁶.

Bu problemi biraz daha açtığımızda birden fazla nitelikli halin gerçekleştiği iki çeşit durumun olduğunu görmekteyiz¹²¹⁷. Birinci durumda aynı fıkra düzenlenen nitelikli hallerin birden fazlası olayda gerçekleşmiştir¹²¹⁸. Bu halde nasıl hareket edilmesi gerektiği kanunda ayrıca gösterilmiş değildir. Öğretide bu gibi hallerde cezada artırımın veya indirimin bir kez yapılacağı, olayda gerçekleşmiş olan nitelikli haller için ayrı ayrı artırım veya indirim yapılmayacağı kabul edilmektedir¹²¹⁹. Olayda birden fazla nitelikli halin gerçekleşmiş olmasının temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulması önerilmektedir¹²²⁰. Örneğin, kasten yaralama suçunun hem silahla

¹²¹⁶ TCK m. 61/4 daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nedenlerin birleşmesi halindeki uygulama sırasını belirlememekte, bunun yanı sıra cezanın artırılmasını ve indirilmesini gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda, “temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır” şeklindeki ifadesiyle sadece bir artırma ve indirmeye yetinileceğine de işaret etmektedir. Üzülmez, s. 221. Failin lehine sonuç verecek şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. Zafer, s. 625; Centel ve diğerleri, s. 591.

¹²¹⁷ Benzer bir ayırım için bkz. ve karşı. Doğan, Belirleme, s. 288.

¹²¹⁸ Birden fazla nitelikli halin aynı sonuca bağlandığı bu durumda seçimsel nitelikli haller söz konusudur. Doğan, Belirleme, s. 288.

¹²¹⁹ Üzülmez, s. 220.

¹²²⁰ Yerdelen, s. 261; Üzülmez, s. 220; Doğan, Belirleme, s. 288; Özbek ve diğerleri, s. 690.

hem de e e karşı işlenmesi halinde TCK m. 86/3'te düzenlenen iki nitelikli hal de gerçekleşmiş olur, m. 86/1'e göre bu durum göz önünde bulundurularak belirlenen temel ceza sadece bir kez yarı oranında artırılır. Bu  z m önerisine karşı olarak  ifte değerlendirme yasağı ileri s r lebilir¹²²¹. Zira TCK m. 61/3 gereğince birinci fıkrada belirtilen hususlar suçun unsurunu oluşturduğu hallerde bunlar temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz. Buna cevap olarak daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller nedeniyle artırımın bir kez yapıldığı, aynı hususun hem artırım sebebi hem de temel cezanın belirlenmesinde cezayı a ırla tıran bir durum olarak kabul edilmediği ileri sürülebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesinin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilmesi için birinci fıkrada sayılan hususlardan birinin kapsamına girmesidir. Örneğin suçun i leni  biçimi kapsamında değerlendirilebilir.

 kinci durumda ise farklı hukuki sonuçların ba landı ı farklı fıkralarda/maddelerde düzenlenen nitelikli hallerden birden fazlası olayda gerçekleşmektedir. Bu durumu da ikiye ayırarak inceleyebiliriz. İlkinde her bir fıkrada belirli bir artırım oranı  ng r lm  t r. Bu halde öğretide her bir artırımın sırasıyla yapılacağı kabul edilmektedir¹²²². Örneğin, birden fazla kişi tarafından cebir kullanılmak suretiyle cinsel amaçla gerçekleşen hürriyetinden yoksun kılma suçunda ceza  u şekilde belirlenecektir: suçun cebir kullanılmak suretiyle işlenmesi halini düzenleyen TCK m. 109/2 uyarınca (iki yıldan yedi yıla kadar) temel ceza belirlenir, ardından m. 109/3 uyarınca birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nedeniyle bu ceza bir kat artırılır, son olarak m. 109/5 uyarınca suçun cinsel amaçla işlenmesi nedeniyle ceza yarı oranında artırılır¹²²³. Bu  rnek esasında  z m  kolay bir suç tipine ilişkindir. Zira ilgili nitelikli halleri düzenleyen fıkralarda ‐yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza ... artırılır‐ denilerek birden fazla nitelikli hallin varlığı halinde ne şekilde belirleme yapılacağı açıklanmaktadır.  kinci durumda farklı fıkralarda ve farklı sonuçlar ba lanarak düzenlenen nitelikli hallerin cezası belirli bir artırım oranını şeklinde değil basamaklı olarak öngörülmektedir. Bu hallerde sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale göre TCK m. 61/1 uyarınca temel ceza belirlenecek, diğer

¹²²¹ Doğan, Belirleme, s. 280; Doğan/Meraklı, s. 122.

¹²²² Hafizo ulları, Cezalar, s. 107;  z lmez, s. 221; Doğan, Belirleme, s. 288.

¹²²³  z lmez, s. 221; Yerdelen, s. 260. Benzer yönde bkz.  zbek ve diğerleri, s. 689.

nitelikli halin de olayda gerçekleşmiş olması makasın üst sınıra doğru açılmasını sağlayan bir sebep olarak dikkate alınabilecektir¹²²⁴. Bu iki farklı durumun birleşmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, somut olayda hırsızlık suçunun TCK m. 142/1 ve 2’de ve m. 143’te düzenlenen nitelikli halleri birleşirse öncelikle m. 142/1 ve 2 arasında bir tercih yapılacaktır ve daha ağır cezayı gerektiren m. 142/2’ye göre temel ceza belirlenecektir. Bu belirleme esnasında birinci fıkranın da gerçekleşmiş olması göz önünde bulundurulacaktır. Ardından bu belirlenmiş olan temel ceza üzerinde m. 143 gereğince oransal artırım yapılacaktır¹²²⁵.

Birden fazla nitelikli halin meydana gelmesinde izlenecek yola ilişkin madde gerekçesinde “Maddenin üçüncü fıkrasında, bir suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli unsurunun gerçekleşmesi hâlinde, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır” denilmektedir. Maddenin kanunlaşmadan önceki taslak şeklinde, gerekçeye yansıyan bu husus açıkça madde metninde düzenlenmişti. Ancak kanunlaşan metinde bu fıkra yer verilmemiş, gerekçeyle yetinilmiştir¹²²⁶. Ancak madde gerekçesinin madde metnin kendisiyle çelişki içerisinde olduğu, gerekçede üçüncü fıkra sanki böyle bir düzenleme varmış gibi açıklama yapıldığı haklı olarak eleştirilmektedir¹²²⁷. En sağlıklı çözüm birden fazla nitelikli halin meydana geldiği durumlara ilişkin olarak kanunda açık bir düzenlemeye gidilmesidir. Nitelikli hallerin cezalarının farklı şekillerde düzenlenebildiği göz önünde bulundurulacak olursa tek bir kural yerine bir seri kuralın üretilmesi daha isabetli olacaktır¹²²⁸.

5. Sonuç Cezanın Belirlenmesi

Temel cezanın belirlenmesinin ardından sırasıyla somut olayda mevcut ise olası kast veya bilinçli taksir nedeniyle indirim veya artırımın yapılması, bu şekilde elde edilen ceza üzerinden nitelikli hallere ilişkin indirim ve/veya artırımın yapılmasından sonra sonuç cezanın belirlenmesi aşamasına geçilmektedir. Bu aşamaya kadar belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç,

¹²²⁴ Üzülmez, s. 220.

¹²²⁵ Özbek ve diğerleri, s. 689.

¹²²⁶ Üzülmez, s. 219.

¹²²⁷ Doğan, Belirleme, s. 287.

¹²²⁸ Benzer yönde bkz. ve karşı. Doğan, Belirleme, s. 287; Yerdelen, s. 357.

haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir (TCK m. 61/5).

Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu ise m. 35/2 uyarınca meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir. Teşebbüs bakımından yapılacak olan indirimde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurulacaktır.

Buradaki problem teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda temel cezanın belirlenmesi esnasında TCK m. 61/1, e bendinde yer alan meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağıdır. Öğretideki bir görüşe göre teşebbüs düzenlemesi nedeniyle artık temel cezanın belirlenmesinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı değerlendirilemez. Bu çifte değerlendirme yasağının bir gereğidir¹²²⁹. Buna göre teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda, TCK m. 61’de öngörülen sırlamaya uygun şekilde, suç tipi tamamlanmış gibi temel ceza belirlenir, bu ceza üzerinden gerekiyorsa olası kast nedeniyle indirim ve nitelikli haller nedeniyle artırım ve/veya indirim yapılır. Bu şekilde belirlenen ceza üzerinde teşebbüs nedeniyle m. 35/2 uyarınca indirim yapılır¹²³⁰.

Buna karşılık olarak öğretide teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında çifte değerlendirme yasağı geçerli olmadığı ifade edilmektedir¹²³¹. Zira teşebbüs suçun özel görünüş şekillerinden biridir. Çifte değerlendirme yasağı ise suçun unsurları ve nitelikli halleri¹²³² bakımından geçerlidir. Çifte değerlendirme yasağı, suçun unsuru olarak düzenlenen bir hususun temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulmasının yasak olmasını ifade eder (TCK m. 61/3). Çifte değerlendirme yasağının kapsamına girmediği için meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının hem temel cezanın belirlenmesinde hem de teşebbüs hükmünün uygulanmasında göz önünde bulundurulması önünde bir engel bulunmamaktadır. Aynı hususun hem temel ceza belirlenmesinde hem de teşebbüs nedeniyle indirim yapılmasında esas alınmasının, bir

¹²²⁹ Zafer, s. 626; Üzülmüş, s. 222; Koruculu, s. 275.

¹²³⁰ Üzülmüş, s. 222.

¹²³¹ Doğan, Belirleme, s. 282; Yerdelen, s. 267; Taneri, s. 151.

¹²³² Doğan, Belirleme, s. 280.

diğer ifade ile cezanın aynı sebeple iki kez eksiltilebilir hale gelmesinin doğru olmadığı da ifade edilmektedir. Bu itibarla çifte değerlendirme yasağına ilişkin düzenlemenin teşebbüs hükümlerini de içerecek şekilde değiştirilmesi önerilmektedir. Böylece teşebbüs aşamasında kalan suçlarda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının sadece sonuç ceza belirlenirken göz önünde bulundurulması sağlanacaktır¹²³³.

Sonuç cezanın belirlenmesinde ikinci sırada iştirak hükümleri yer almaktadır. Kanunda faillik ve şeriklikten (suç ortaklığı) oluşan ikili bir sistem kabul edilmiştir. Tıpe uygun hareketi ile neticeye sebebiyet veren kişi fail; netice açısından nedensel değeri taşımakla birlikte, suç tipinde düzenlenmemiş olan hareketleri gerçekleştiren veya suçun işlenişine yaptıkları katkı tek başına kanundaki tanıma uygun olmayan kişiler şeriktir. Kural olarak herkes kendi hareketinden sorumlu olmakla birlikte, şerikler bir başkasının gerçekleştirdiğı fiilden, fiilin gerçekleştirilmesine yaptıkları katkı nedeniyle sorumlu tutulur¹²³⁴. Fail olarak bir suçun işlenişine katılmanın, doğrudan/tek başına faillik, birlikte (müşterek) faillik (TCK m. 37/1) ve dolaylı faillik (TCK m. 37/2) olmak üzere üç görünüm şekli bulunmaktadır. Şeriklik ise ya azmettirme (TCK m. 38) ya da yardım etme (TCK m. 39) şeklinde söz konusu olabilir.

Suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde tek başına hakimiyet kuran failin cezası şu ana kadar anlatılan şekillerde belirlenir. Aynı durum TCK m. 37/1 uyarınca birlikte failler için de söz konusudur. Düzenlemeye göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Burada iki özellikli durumdan söz etmekte fayda bulunmaktadır. Birincisi kanunun suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesini cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmediğı suç tiplerinde bu durumun temel cezanın belirlenmesi kapsamında dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu durumun suçun işleniş biçimi kapsamında hareketin haksızlığını ve dolayısıyla da ceza miktarını artırıcı yönde değerlendirilmesi mümkündür¹²³⁵. İkincisi birlikte failler hakkında mutlaka aynı ceza miktarının belirlenmesinin gerekli olup olmadığına ilişkindir. Kanaatimizce birlikte faillerin aynı ceza miktarı ile cezalandırılmaları bir zorunluluk değildir. Kanuni tanımdaki hareketleri beraber

¹²³³ Doğan, Belirleme, s. 282; Özbek ve diğerleri, s. 680.

¹²³⁴ Özbek ve diğerleri, s. 499.

¹²³⁵ Aynı yönde bkz. Üzölmez, s. 224.

işlemelerinden dolayı haksızlığın ağırlığının eşit olduğu düşünülebilirse de haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsü bakımından farklar söz konusu olabilir. Örneğin, birlikte faillerden birinin saiki kınanabilirliği azaltan bir saik olabilir. Dahası birlikte failliğin kabul edildiği durumlar sadece tipte yer alan hareketi gerçekleştirenler ile sınırlandırılmamaktadır. Müsterek hakimiyet kavramı ile suç planının başarıya ulaşması açısından çok önemli rolü olan tüm suç ortakları birlikte fail olarak değerlendirilmektedir¹²³⁶. Bu gibi durumlarda faillerin katkısına ve rolüne göre işlemiş oldukları haksızlığın ağırlığı değişebilir. Örneğin, işlek caddede kuyumcu soygununda gözcülük yapan fail ile kuyumcuya girip silah zoruyla değerli mücevherlerin kendisine verilmesini sağlayan fail arasında cezanın belirlenmesinde fark gözetilmesi oldukça makul olacaktır.

TCK m. 37/2 uyarınca suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi – dolaylı fail – fail olarak cezalandırılır. Bu fıkranın ikinci cümlesinde kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde cezanın artırılması öngörülmüştür. Bu artırım üçte birden yarısına kadar gerçekleştirilebilir. Buradaki artırımın neye göre yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Kanaatimizce artırımın miktarını belirlerken mahkeme failin kusur yeteneği olmayan bir kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmış olmasının kusurunun ağırlığına etkisini göz önünde bulundurmalıdır. Araç olarak kullanılan kişinin, yaşı, fiziksel ve zihinsel durumu, fail ile yakınlığı, ne şekilde araç haline getirildiği değerlendirilerek dolaylı failin hareketinin değersizliği ve bu suretle de kusurunun ağırlığına etkisi ölçülecektir.

Suçta iştirak azmettirme şeklinde gerçekleşmiş ise azmettirene kural olarak fail ile aynı ceza verilir. TCK m. 38/1 bu durumu azmettirenin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı şeklinde ifade etmektedir. İkinci fıkrada ise azmettirenin daha fazla cezalandırılabileceği bir hali düzenlemektedir. Buna göre üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Eğer azmettirilen kişi çocuk ise alt soy veya üst soy ilişkisi aranmaksızın azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Buradan anlaşılmaktadır ki kanun koyucu alt soy ve üst soy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle azmettirme ve çocuğu azmettirme eylemlerinin haksızlık içeriğini diğer azmettirme eylemlerine göre daha ağır görmektedir. O halde artırımın

¹²³⁶ Özgenç, ss. 586 vd.; Koca/Üzülmez, s. 457; Özbek ve diğerleri, ss. 524-525.

miktarı belirlenirken, azmettirmenin ne şekilde yapıldığı, azmettiren ile azmettirilen fail arasındaki ilişki, azmettirilen failin özellikleri üzerinden bu durumun azmettirenin eyleminin haksızlığını ne ölçüde arttırdığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

TCK m. 38/3 gereğince mahkeme azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında verilecek cezada indirim yapılabilir. Burada hakime bu indirimi yapma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Müebbet hapis cezası ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülen suçlar bakımından alt ve üst sınırları belli cezalar öngörülmüş iken diğer suçlar bakımından sabit bir indirim oranı öngörülmüştür. Cezası basamaklı olarak belirlenmiş suçlar bakımından indirim yapılıp yapılmayacağı mahkemenin takdirine bırakılmış iken bu indirimin miktarı bakımından bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Cezası mutlak olarak belirlenmiş suçlarda ise mahkemenin cezayı ilgili alt ve üst sınırlar arasında belirlemesi gerekmektedir. Böylesi bir indirim düzenlemesinin kabul edilmiş olması devletin suçları aydınlatma görevi ile ilişkilidir. Fail veya diğer şeriklerin suçun işlenmesinden sonra işlenen suçu aydınlatacak, azmettirenin kimliğini ortaya çıkaracak davranışlarının kusurlarına bir etkisi bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirilen davranışlar kusurun ağırlığına etki edemezler. Bu düzenleme failin veya diğer şeriklerin kusurunun ağırlığı ile ilgili olmayıp devletin suç siyaseti ile ilişkilidir.

Suçta iştirak yardım etme şeklinde gerçekleşir ise yardım edenin cezasının belirlenmesi yöntemi ilgili suçun cezasının mutlak veya basamaklı olarak belirlenmiş olmasına göre değişir. TCK m. 39/1 uyarınca eğer işlenen suçun cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise on beş yıldan yirmi yıla kadar; müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise on yıldan on beş yıla kadar cezalandırılır. Bu hallerde yardım edenin cezasının alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken TCK m. 61/1’de yer alan hususlardan faydalanılmalıdır. En nihayetinde yardım edenin kusurunun ağırlığına uygun bir cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Yardım eden suçun işlenmesindeki katkısının önemi ve değeri cezanın belirlenmesinde en önemli ölçüt olacaktır ancak bunun yanı sıra işlenen suçun ortaya koyduğu haksızlığın yoğunluğu/ağırlığı ve yardım edenin bu haksızlık (işlenen suç) ve kendi katkısından ötürü kınanabilirliğinin ölçüsü de değerlendirme konusu olmalıdır.

TCK m. 39/1'e göre diğer hallerde cezanın yarısı indirilir ve verilecek olan ceza sekiz yılı geçemez. Yarısı indirilecek olan cezanın, fail için belirlenmiş olan temel ceza (ve varsa olası kast, nitelikli haller, teşebbüs uygulanarak belirlenmiş olan ceza miktarı) olsa gerektir. Mahkemenin bu hallerde yardım edenin cezasını belirlerken tıpkı müebbet hapis cezası ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında olduğu gibi basamaklı cezalardan bir ceza miktarı belirlemesi mümkün görünmemektedir. Ancak bu maddede bu şekilde yarısı indirilerek belirlenecek olan ceza için bir üst sınır – sekiz yıl – öngörülmektedir. Hakime yardım edenin cezasının indirilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmamıştır. Cezası basamaklı olarak belirlenmiş olan suçlar bakımından öngörülen indirim oranı da sabittir. Kanaatimizce sabit bir indirim oranı yerine diğer hükümlerde olduğu gibi iki farklı indirim oranı belirlenmesi ve bu sınırlar içerisinde yardım edenin kusurunun ağırlığına göre bir indirim oranının tespit edilmesine imkan tanınması daha isabetli olacaktır.

Cezanın belirlenmesinde bir sonraki sırada zincirleme suç hükümleri değerlendirilecektir. TCK m. 43 uyarınca bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Kanaatimizce bu artırım yapılırken işlenen suçların miktarı, haksızlık içerikleri ve bunlardan ötürü kınanabilirliğinin ölçüsü göz önünde bulundurulmalıdır. Suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayıldığından (m. 43/1, c. 2), bu gibi hallerde suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali birleşmişse, nitelikli hale göre cezanın belirlenmesi ve zincirleme suç hükümlerine göre bu cezanın artırılması gerekmektedir. Buna karşılık suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren nitelik hali birleşmişse, suçun temel şekli üzerinden belirlenen ceza artırılır¹²³⁷. TCK m. 43/2 uyarınca aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi halinde de birinci fıkradaki gibi ceza belirlenir ve artırılır. Temel ceza belirlenirken failin aynı kişiye karşı başka zamanlarda da aynı suçu işlemiş olduğu veya failin aynı suçu aynı anda birden fazla kişiye karşı işlemiş olduğunun suçun işleniş biçimi kapsamında hareketin haksızlığının ağırlaştıran bir husus olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

¹²³⁷ Üzülmüş, s. 225.

Zincirleme suça ilişkin hükümden sonra, sıra var ise haksız tahrik hükmünün uygulanmasına gelecektir. TCK m. 29 uyarınca haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye verilecek ceza indirilir. Kanunda indirim miktarı mutlak cezalar yönünde alt ve üst sınır belirlemek, basamaklı cezalar yönünde indirim oranları belirlemek suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre 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. Gerek alt ve üst sınırlar arasında ceza belirlenirken gerekse de temel ceza (veya mevcut diğer hükümlerin sırasıyla uygulanması suretiyle elde edilecek olan ceza miktarı) üzerinde indirim yapılırken haksız tahrik durumunun failin kusurunun ağırlığına etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda haksız tahrikin ağırlığı, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle TCK m. 61/1'e göre temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır¹²³⁸.

Cezanın belirlenmesinde uygulanması gereken bir sonraki düzenleme yaş küçüklüğüne ilişkindir. Yaş küçüklüğünün cezaya etkisi TCK m. 31'de iki farklı yaş grubuna göre düzenlenmiştir. TCK m. 31/2 gereğince işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği olan fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında işledikleri 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. 31/3 uyarınca fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında işledikleri 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.

Yaş küçüklüğü sebebiyle cezanın neye göre indirileceği açıkça düzenlenmemiştir. Ancak maddenin içeriğinden çıkarsanabilir. Cezanın basamaklı

¹²³⁸ Üzülmüş, s. 225.

olarak belirtildiği hallerde TCK m. 61/1 uyarınca temel cezanın belirlenmesi ve gerekli olan hallerde sırasıyla diğer hükümlerin ceza miktarına etki ettirilmesi gerekmektedir. TCK m. 61/1 uyarınca temel ceza belirlenirken diğer hususların yanında çocuğun algılama ve irade yeteneğinin ölçüsü değerlendirilecektir¹²³⁹. TCK m. 61/1’de bu hususa yer verilmemiştir. Kanaatimizce kusurun cezanın belirlenmesinin esası olarak açıkça zikredilmemiş olmasının, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların tek tek sınırlı olarak sayılmasının sakıncaları kendini göstermektedir. Yine de TCK m. 31/2 ve 3’teki düzenlemelerin çocuğu algılama ve irade yeteneği ile cezanın miktarı arasında ilişki kurduğu bu nedenle suça sürüklenmiş çocuğun cezası belirlenirken algılama ve irade yeteneğinin gelişmişlik düzeyinin göz önünde bulundurulabileceği söylenebilir. Benzer şekilde cezada oransal bir indirimin yapılmasını gerektiren hallerde de çocuğun algılama ve irade yeteneğinin gelişmişlik düzeyi ve haksızlıktan ötürü kınanabilirliğine etkisi esas alınacaktır. Bu konuda Çocuk Koruma Kanunu m. 35/2 gereğince mahkeme sosyal çalışma görevlilerinden çocuk hakkında sosyal inceleme raporu hazırlamalarını talep edebilir¹²⁴⁰.

TCK m. 33 uyarınca on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında, on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümler; on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümler uygulanır. Sağır ve dilsiz olup yaşı bu düzenlemedeki gruplardan birine giren faillerin cezasının belirlenmesi hakkında yukarıdaki açıklamalarımız geçerlidir.

Yaş küçüklüğünün ardından akıl hastalığına ilişkin hüküm uygulanacaktır. Akıl hastalığı TCK m. 32’de düzenlenmektedir. TCK m. 32/2 uyarınca 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. Kanunun sabit bir

¹²³⁹ Aynı yönde bkz. Üzülmüş, s. 226.

¹²⁴⁰ Çocuk Koruma Kanunu Madde 35- (1) “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 bulundurulur.”

indirim oranı belirlememesi yerinde olmuştur. İndirim failin algılama ve irade yeteneğinde meydana gelen azalma göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Bunun için temel cezası belirlenirken failin içinde bulunduğu – algılama ve irade yeteneğini azaltan – durum temel cezanın belirlenmesi esnasında göz önünde bulundurulmamalıdır¹²⁴¹. Kanaatimizce müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da alt ve üst sınırlar belirlemek suretiyle işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin cezai sorumluluğunun düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

Bir sonraki sırada cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler uygulanacaktır. Kişisel cezasızlık ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerde, fiil tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bulunmasına rağmen, kanun koyucu suç siyaseti düşünceleriyle faili cezalandırmamakta veya cezasında indirim yapmaktadır¹²⁴². Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler kanunda özel hükümlerde çeşitli maddelerde düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak TCK m. 167/2 ve m. 273/1 verilebilir¹²⁴³. Etkin pişmanlık halleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir¹²⁴⁴. TCK m. 38/3 gereğince azmettirenin belli olmadığı hallerde azmettireni ortaya çıkaran fail ve şeriklerin cezasında yapılacak olan indirim de cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep niteliğindedir. Dolayısıyla cezada indirim yapılmasını gerektiren bu hal, iştirak hükümlerinin uygulanması sırasında değil, bu aşamada yapılacaktır¹²⁴⁵.

Sonuç cezanın belirlenmesi için son olarak takdiri indirim nedenleri uygulanacaktır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması cezanın bireyselleştirilmesi aracı olduğu için bu husus bir sonraki bölümde kusur esasında belirlenmiş olan cezanın bireyselleştirme amacıyla değiştirilip değiştirilmediğinin tartışıldığı başlıkta incelenmektedir.

¹²⁴¹ Üzülmüş, s. 227.

¹²⁴² Demirbaş, s. 695.

¹²⁴³ Diğer örnekler için bkz. Demirbaş, s. 696.

¹²⁴⁴ Üzülmüş, s. 227.

¹²⁴⁵ Üzülmüş, s. 227.

6. Çifte Değerlendirme Yasağının Anlamı

Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususların birbiri ile örtüşmeleri mümkündür. Bu durumda bir hususun cezanın miktarına birden fazla kez etki etmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır ki bu istenen bir durum değildir. Ceza hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde etkili olan bir hususun sadece bir kez değerlendirmeye tabi tutulabileceği ilkesinin geçerli olduğu ve bu ilkeye TCK m. 61/3'te yer verildiği ifade edilmektedir¹²⁴⁶. Bu fıkradaki düzenleme çifte değerlendirme yasağı (mükerrer değerlendirme yasağı) olarak adlandırılmaktadır. Yukarıda cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar değerlendirilirken yeri geldiğinde çifte değerlendirme yasağı olarak ifade edilen bu ilkeye ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Burada genel itibarıyla bu yasağın neyi ifade ettiğini ve cezanın kusur esasında olarak belirlenmesinde nasıl bir anlama sahip olduğunu incelemekteyiz.

TCK m. 61/3'te “Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Mülga 765 s. TCK'da açıkça düzenlenmeyen bu kurala TCK'da yer verilmiş olması yerindedir. Bununla birlikte kanunda sadece suçun unsurunu oluşturması halinden söz edilmiş olması bir eksikliktir. İlk olarak suçun daha az ve daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerinde yer alan hususların da temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmamaları gerekmektedir. Bu durum madde gerekçesinde yazılmış olmakla birlikte gerekçe yerine madde metninde yer alması daha isabetli olacaktır. Ancak yine de bu hükümde geçen suçun unsurları ifadesini hem temel suç tipindeki unsurları hem de suçun daha az ve daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerini kapsayacak şekilde yorumlamak mümkündür¹²⁴⁷.

İkinci olarak madde metni suçun unsurları dışında kalan suçun özel görünüş biçimlerinin de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamaları gerekliliğini karşılayacak şekilde düzenlenmemiştir. Bu eksiklik yorum yoluyla

¹²⁴⁶ Üzülmüş, s. 217.

¹²⁴⁷ Doğan, Belirleme, s. 280; Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2012, (Çifte Değerlendirme), s. 108.

aşılabilir bir eksiklik de değildir. Her ne kadar cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde etkili olan bir hususun sadece bir kez değerlendirmeye tabi tutulabileceği ilkesinin bu fıkra düzenlendiği ifade edilmekteyse¹²⁴⁸ de madde metninden böyle bir anlamın çıkarılmasının mümkün olmadığını söylemek gerekmektedir. Örneğin yukarıda da açıklandığı üzere teşebbüs aşamasında kalmış olan suçlarda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı hususunun sadece teşebbüs hükmü uygulanırken göz önünde bulundurulması ve temel ceza belirlenirken değerlendirme dışı bırakılması mevcut haliyle çifte değerlendirme yasağı düzenlemesinin bir gereği değildir¹²⁴⁹. Eğer çifte değerlendirme yasağının bir hususun cezaya bir kez etki etmesini sağlaması hedefleniyor ise bunu açıkça ifade eder şekilde formüle edilmesi gerekmektedir¹²⁵⁰.

Çifte değerlendirme yasağının kusur bakımından anlamı, cezanın kusurun ağırlığı ile makul bir ilişki içerisinde belirlenmesine hizmet etmesinde yatmaktadır. Belirli hususların cezaya birden fazla kez etki etmeleri o hususlar lehine cezanın miktarındaki dengeyi bozacaktır. Cezanın kusurun ağırlığı ile makul bir ilişki içerisinde olabilmesi için her bir hususun bir kez ve kendi ağırlıklarınca karşılıklı olarak cezanın miktarına etki etmeleri gerekmektedir. Bu nedenle çifte değerlendirme yasağı cezanın kusur esasında belirlenmesi için anlamlı bir ilkedir.

C. Temel Ceza-Sonuç Ceza Ayırımının Cezanın Belirlenmesi Kusurunun Ağırlığının Ölçülmesine Etkisi

Yukarıdaki değerlendirmeler ve açıklamalar karşısında TCK’da benimsenen temel ceza – sonuç ceza ayırımına dayanan cezanın belirlenmesi sisteminin kusur esasında bir belirleme için ne kadar yerinde olduğunu tartışmak gereği ortaya çıkmaktadır. Kanunun sistemine göre önce temel ceza belirlenmekte sonra çeşitli hususlar değerlendirilerek sonuç cezaya ulaşılmaktadır. Çifte değerlendirme yasağına verilen anlam gereğince de bir husus başka yerde göz önünde bulundurulacak olursa temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz hale gelmektedir. Bu

¹²⁴⁸ Üzülmüş, s. 217.

¹²⁴⁹ Doğan, Belirleme, s. 282. Aksi yönde bkz. ve karşı. Üzülmüş, s. 217.

¹²⁵⁰ Benzer eleştiriler için bkz. ve karşı. Yerdelen, Çifte Değerlendirme, s. 133.

durumda da temel cezanın somut olayda olmayan koşullar varsayılarak belirlenmesi veya önemli olgular yok sayılarak belirlenmesi gerekmektedir.

Birkaç örnekle ne demek istediğimiz somutlaştırabiliriz. Fail TCK m. 32/1 derecesinde olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış bir kişi ise temel cezası belirlenirken sanki irade yeteneğinde herhangi bir azalma yokmuş gibi davranılacaktır; suç teşebbüs aşamasında kalmış ise temel ceza belirlenirken bu durum göz ardı edilecek ancak daha sonra göz önünde bulundurulacaktır; suç olası kasta işlenmiş iken bu durum temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacak ancak daha sonra göz önünde bulundurulacaktır. Daha bariz örnekleri nitelikli hallerden vermek mümkündür. Kanunda birçok suç tipinin nitelikli halleri oldukça detaylı bir biçimde ve çok sayıda düzenlenmiştir. Bu nitelikli haller genellikle de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususlar kapsamına girebilecek niteliktedirler. Suçun işleniş biçimi, suçta kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman, suçun konusunun önem ve değeri, failin saik ve amacı altında değerlendirilebilecek olan birçok husus nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Kasten yaralama, hırsızlık gibi suçlara ilişkin düzenlemelere şöyle bir göz atmak bu durumu açıkça ortaya koyacaktır. Bu gibi suç tipleri açısından temel cezanın neye göre belirleneceği problem haline gelmektedir. Bu şekilde esasında temel cezanın belirlenmesi süreci işlevini yitirmekte ve alt sınırdan belirleme gibi otomatik bir yaklaşım gerçek manada bir belirlemenin yerini almaktadır¹²⁵¹.

Mevcut sistemde cezanın kusur esasında belirlenmesi bir nevi yamalı bohçayı anımsatmakta, şu veya bu şekilde kusura etki eden hususlar farklı sıralarda birbirlerinden bağımsız şekilde ceza miktarına etki etmektedirler. Kusurun ağırlığının bütüncül olarak tartılmaması onun eksik ve hatta çarpıtılmış bir resmine/temsiline ulaşılmasına neden olabilir. Bununla birlikte cezanın belirlenmesi sürecini temel ve sonuç ceza ayırımından uzaklaştırarak daha anlamlı ve rasyonel bir hale getirmek mümkün olabilir. O halde nasıl bir yol izlenmelidir? Bunun için karşılaştırmalı hukuk önemli bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman ceza hukuku, Türk ceza hukukundan tamamen farklı bir usul belirlemiştir. Bu iki usulün karşılaştırılması ve Türk hukukunda da bu şekilde bir yaklaşımın benimsenebilir olup olmadığının

¹²⁵¹ Benzer eleştiriler için bkz. ve karşı. Yerdelen, s. 172; Yerdelen, Çifte Değerlendirme, ss. 116-117.

tartışılması mümkündür. Alman ceza hukukunda cezanın belirlenmesi sistemi temel olarak şu şekilde işlemektedir¹²⁵²: öncelikle somut olayda mevcut olan her şey– hangi suçun işlendiği, bunun için kanunda hangi soyut cezaların öngörüldüğü, suçun özel görünüm biçimlerinin bulunup bulunmadığı, bunların etkisi – dikkate alınarak cezanın alt ve üst sınırı belirlenir; ardından bu sınırlar arasında parag. 46 uyarınca cezanın miktarı belirlenir. Tüm sistem alt ve üst sınırların seçilmesine ve ardından bu sınırlar arasında cezanın belirlenmesine yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan bir ceza miktarının belirlenmesi ve onun çeşitli nedenlerle değişikliğe uğratılması söz konusu değildir. Bu yaklaşım kendisini sadece cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan maddelerde değil kanunun tamamında göstermektedir.

Bizim hukuk sistemimize oldukça yabancı gelecek bu sistemin mutlaka benimsenmesi gerektiğini önermemekteyiz. Zira bir hukuk sisteminde işler halde bulunan yöntemler bir diğer hukuk sisteminde arzu edilen etkiyi doğurmayabilir. Dahası böylesine köklü bir değişiklik hakimler arasında dirençle karşılanabileceği gibi adaptasyon sürecindeki zorluklar nedeniyle mevcut uygulamadan çok daha kötü ve yanlış uygulamalara neden olabilir. Bu nedenle amacımız cezanın belirlenmesinin mutlaka temel ceza ve sonuç ceza ayrımı ile olmak zorunda olmadığını, bu meseleye farklı şekillerde yaklaşmanın mümkün olduğunu göstermek ve Türk hukukunda bu konuda bir tartışma başlatmaktır. Önemli olan cezanın kusur esasında olarak belirlenmesini mümkün kılacak olan sistemin nasıl olabileceğini tartışmak ve mevcut kabulleri, öteden beri yerleşmiş olan uygulamayı sorgulayabilmektir.

¹²⁵² Schäfer ve diğerleri, kn. 883 vd., 897 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURUN AĞIRLIĞINA İLİŞKİN ÖLÇÜNÜN CEZAYA DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Cezanın belirlenmiş olması için cezanın belirli bir tür ve miktar olarak tespit edilmiş olması; cezanın kusur esasında belirlenmiş olması için ise cezanın ağırlığının kusurun ağırlığına uygun olması gerekmektedir. Cezanın ağırlığı kendisini türü ve miktarı ile göstermektedir. “Kusurun Ağırlığına İlişkin Ölçünün Cezaya Dönüştürülmesi” başlığı kapsamında öncelikle cezanın miktarının nasıl belirlenmesi gerektiği incelenmektedir. Ardından cezaların sıralanması/karşılaştırılmasına ilişkin benimsenen prensip uyarınca cezanın türünün nasıl belirleneceği incelenmektedir. Bu bölümde cezaların ağırlıklarına göre nasıl sıralanabileceklerini incelenmekte ve hapis cezası ile adli para cezası arasında bir dönüştürme prensibi geliştirilmektedir. Son olarak ayrı bir başlık altında kusurun denkleştirilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında kusur esasında belirlenmiş olan cezanın tür ve miktarı üzerinde değişikliğe gidilip gidilemeyeceği değerlendirilmektedir.

Bu incelemelere geçmeden önce kusurun ağırlığı ve cezanın ağırlığı arasındaki ilişkiye ilişkin birtakım genel değerlendirmelerin yapılması ve yaklaşımımızın açıklanmasında fayda görmekteyiz.

Cezanın kusur esasında belirlenmesi, cezanın ağırlığı ile failin kusurunun ağırlığı arasında bir bağlantı kurulmasını gerektirmektedir. Aslında bu iki kategori birbirinden farklıdır. Ortak bir ölçüm birimine sahip değildirler. Bu durum kusurun ağırlığından cezanın ağırlığına geçişi oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenle de belirli bir kusur ağırlığının belirli bir ceza ağırlığını gerektirdiğini söylemenin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹²⁵³. Benzer bir sorun fiilin ağırlığı ile cezanın ağırlığı arasındaki ilişki bakımından da dile getirilebilir. Bu soruna karşılık olarak fiil ile ceza arasındaki oranlılığın mutlak olmadığı, nispi bir oranlılık ilkesi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵⁴. Bu ilkenin uygulanabilirliği, bir fiilin ağırlığının bir

¹²⁵³ Örneğin bkz. Ellscheid, s. 94.

¹²⁵⁴ von Hirsch/Jareborg, ss. 25 vd.; Hörmle, s. 155.

diğer fiilin ağırlığına nispeten belirlenmesi ile sınırlıdır. Belirli bir fiilin gerektirdiği ceza miktarına sadece bu ilkedan hareketle ulaşılabilir. Fiilin ağırlığına ilişkin değerlendirmenin yanında ilgili hukuk sisteminin ceza miktarlarına ilişkin genel sistemi ile de bağlantı kurulması gerekmektedir¹²⁵⁵. Fiil ile oranlılığın nispi olarak anlaşılmasına benzer bir şekilde Alman öğretisinde de nispi adaletten (*relative Gerechtigkeit*) söz edilmektedir¹²⁵⁶. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de cezanın belirlenmesinde geçerli olan adalet ölçütünü, cezanın fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile adil bir ilişki içerisinde olması gerekliliğinde görmektedir. Bu itibarla orantısız bir şekilde ağır olan cezalara hükmedilmemelidir. Tipik fiil ile karşılığında öngörülmüş olan hukuki sonuçların birbirilerine uygun hale getirilmeleri gerekmektedir. Fail sosyal değerinin ihlal edilmesi vasıtasıyla suçla mücadelenin salt bir nesnesi haline getirilmemelidir¹²⁵⁷.

Tek bir aşamada fiilin ağırlığından cezanın miktarına ulaşmanın mümkün olmadığı uzun zamandan beri kısas ilkesi bağlamında tartışılmaktaydı. Günümüzde bu durum ceza hukuku öğretisinin az sayıda hem fikir olunan görüşlerinden bir tanesini oluşturmaktadır¹²⁵⁸. Belirli bir olayda uygun bulunan bir cezanın ağırlığı, evrensel geçerlilik kurallarına göre belirli bir fiile karşılık gelen mutlak bir miktarı ifade etmemektedir. Aksine uygun ceza ağırlığı, içinde bulunulan zamana ve kültüre bağlı olarak şekillenmektedir¹²⁵⁹. Cezaların değer yargılarında meydana gelen değişime bağlı olduğu gerçeği farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Aynı suç tiplerine ve

¹²⁵⁵ von Hirsch/Jareborg, ss. 25 vd.; von Hirsch, Censure, ss. 18 vd.

¹²⁵⁶ Hellmuth von Weber, **Die richterliche Strafzumessung**, C.F. Müller, Karlsruhe, 1956, s. 15; Streng, s. 15; Werner Theune, "Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", **Strafverteidiger**, Cilt: 5, 1985, ss. 205-2015, ss. 207 vd.; Erhard, ss. 98 vd.

¹²⁵⁷ BVerfGE 6 389, 439; BVerfGE 17 306, 314; BVerfGE 45 187, 261; BVerfGE 50 125.

¹²⁵⁸ Hörnle, s. 155.

¹²⁵⁹ von Weber, s. 17; Heinrich Henkel, **Die "richtige" Strafe: Gedanken zur richterlichen Strafzumessung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1969, s. 30; Klaus Rolinski, **Die Prägnanztendenz im Strafurteil**, Kriminalistik Verlag, Hamburg, 1969, s. 89; Günther Jakobs, **Schuld und Prävention**, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, (Schuld), s. 4; Michael Köhler, **Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung: erörtert am Problem der Generalprävention**, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1983, (Zusammenhang), ss. 49 vd.; Walter Grasnick, **Über Schuld, Strafe und Sprache**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1987, ss. 36 vd.; Maurach ve diğerleri, § 63 kn. 15; Streng, Schuld, ss. 289 vd.; Hans-Jörg Albrecht, **Strafzumessung bei schwerer Kriminalität: Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes**, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, (schwerer Kriminalität), ss. 26 vd.; Hörnle, ss. 155 vd.

benzer olaylara karşı verilen ceza miktarlarının yıllar içerisinde gösterdiği değişim, belirli suç tiplerinin diğer suç tiplerine nazaran ağırlıklarının zaman içerisinde farklı şekillerde değerlendirilmesi ve suçla korunan hukuki değerlere verilen önemin farklılaşması bu durumun örneklerini oluşturmaktadır. Sonuç olarak cezanın belirlenmesi öğretisinin dayandığı ölçütler ve kıstaslar kendiliklerinden ortaya çıkan ve toplumsal değişikliklerden bağımsız sistemler olarak algılanmamalıdır¹²⁶⁰.

Ceza hukukunda cezalandırılabilirliğin tespiti yukarıda da ifade edildiği üzere sınıflandırıcı nitelikte bir süreci gerektirir. Önemli olan ilgili olayın cezalandırılabilir veya cezalandırılmaz sınıflarından hangisine ait olduğuna karar vermektir. Cezanın belirlenmesi ise bunun aksine karşılaştırmalı bir sürecin uygulama alanı bulduğu hukuki alanlardan biridir¹²⁶¹. Fiilin ağırlığı kavramı karşılaştırmaya ilişkin bir kavram olup belirli bir fiilin anlamının bir diğer fiile nazaran tespit edilmesine imkan tanımaktadır¹²⁶². Cezanın belirlenmesinin karşılaştırmalı doğasının özü fiilin ağırlığı ile suçun hukuki sonucu arasında birindeki artışın diğerinde de artışa neden olmasına imkan tanıyan bir bağlantının kurulmasıdır¹²⁶³. Fiille oranlı cezanın belirlenmesi için getirilen bu argümanlar kusurla oranlı cezanın belirlenmesi için de kullanılabilir. Cezanın ağırlığının sadece fiilin (haksızlığın) ağırlığına değil bunu da kapsayan kusurun ağırlığına dayandırılması gerektiği temel tezimizi oluşturmaktadır. Bununla birlikte fiilin ağırlığı gibi kusurun ağırlığı da hem toplumsal değişikliklerden ve değer yargılarından bağımsız olarak hem de mutlak bir şekilde belirlenememektedir. Bu bakımdan her iki kavram arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Kusur esasında belirlenecek olan cezanın mutlak bir oranı ifade etmediği ve esasında nispi bir niteliği olduğu açıktır. Belirli bir fiilin ve buna bağlı olarak failin kusurunun bir diğer fiile ve bir diğer failin kusuruna göre daha ağır olması daha ağır bir cezanın belirlenmesini gerektirmektedir.

Bir diğer çözümlenmesi gereken mesele kusur esasında belirlenecek olan cezanın kesin bir miktarı mı yoksa belirli bir ceza aralığını mı ifade ettiğidir. Cezanın kusur esasında belirlenmesi gerektiği görüşü çerçevesinde genellikle objektif olarak

¹²⁶⁰ Hörnle, ss. 156, 183.

¹²⁶¹ Frisch, Strafzumessungsentscheidung, ss. 28 vd.

¹²⁶² Hörnle, s. 157. Karş. Frisch Strafzumessungsentscheidung, s. 29.

¹²⁶³ Hörnle, s. 157.

tek bir kusurla oranlı cezanın mevcut olduğu ancak insanın algılama yetisindeki/imkanındaki eksikler nedeniyle bu ceza miktarının kesin olarak belirlenemediği kabul edilmektedir¹²⁶⁴.

Nokta ceza teorisini (*Punktstraftheorie*) savunanlar teorik olarak belirli bir fiil bakımından ancak bir doğru cezanın olduğunu ifade etmektedirler. Bununla birlikte bu teorinin savunucuları da teorik olarak belirlenebilecek olan tek doğru cezaya uygulamada kesin olarak ulaşılmasının mümkün olmadığını sadece yaklaşık bir değer olarak bulunabileceğini kabul etmektedirler¹²⁶⁵. Bu teori hakim açısından cezalar arasındaki tutarsızlıklar bağlamında herhangi bir şeyi değiştirmemektedir. Zira kararı verecek olan hakime diğer teorilere nazaran daha iyi kriterler sunmamaktadır. Bu teori daha ziyade cezanın belirlenmesi kararının kanun yolu denetiminde tamamen denetlenebilir olmasının hukuki gerekçesini oluşturmaya çalışmaktadır. Çünkü ilk derece mahkemesi hakiminin cezanın belirlenmesinde sahip olduğu takdir yetkisini reddetmektedirler ki bu takdir yetkisi kanun yolu denetiminden cezanın miktarına ilişkin kararın kısmen bağımsız tutulmasının hukuki gerekçesini oluşturmaktadır¹²⁶⁶.

Alman yüksek mahkeme içtihadında ve baskın olarak öğretide geçerli olan ve kusur ilkesi başlığında kısaca incelemiş olduğumuz Kusur Aralığı Teorisi (*Schuldrahmentheorie*) veya Hareket Alanı Teorisine (*Spielraumtheorie*) göre kusur esasına göre belirlenecek olan ceza tek bir miktar değildir. Hakimin ceza aralığı içerisinde cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken ilgili hususları değerlendirerek dar bir ceza aralığına ulaşması gerekir. Bu aralıkta yer alan ceza miktarları kusurun ağırlığına karşılık gelmektedirler. Cezanın miktarının somutlaştırılması için hakimin bu kusura tekabül eden ceza aralığında bir cezaya miktarı belirlemesi gerekir. Bunu önleme amacını gözeterek yapacaktır. Bu teori Al. CK m. 46 ile de uyum içerisinde¹²⁶⁷. Bu teori “bastırma çerçevesinde önleme”

¹²⁶⁴ Ernst Heinitz, “Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cilt: 70, Sayı: 1, 1958, ss.1-24, (Entwurf), s. 5; Kaufmann, s. 261; Bruns, ss. 91 vd.; Schaffstein, ss. 100 vd. Tek bir ceza miktarının doğru ceza miktarı olduğu görüşüne karşı bkz. ve karşı Henkel, ss. 31 vd.; Dreher, *Spielraumtheorie*, ss. 42 vd.; Dreher, *Strafrahmen*, ss. 153 vd.; Grasnack, ss. 73 vd.

¹²⁶⁵ Karşı Kaufmann, s. 261; Zipf, *Die Strafmaßrevision*, ss. 165 vd.; Frisch, ss. 167 vd.; Jescheck/Weigend, § 82 IV kn. 6.

¹²⁶⁶ NK-Streng, § 46 kn. 104.

¹²⁶⁷ BGHSt 7, 28, 32; BGHSt 20, 264, 266 vd.; BGHSt 24, 132, 133; Spendel, ss. 176 vd.; Schaffstein, ss. 99 vd.; Roxin, *Prävention*, s. 183; Bruns, ss. 105 vd.; Erhard, ss. 97, 329 vd.; Franz Streng,

(*Prävention im Rahmen der Repression*) olarak da ifade edilmektedir.¹²⁶⁸ Bu teorinin cezanın belirlenmesinde hem kusura hem de önleme amacına yer vermesi bakımından takdire şayan olduğunu söylememiz gerekir. Cezanın kusur esasına göre belirlenmesi gerekliliği kabul edilince önleme amacı ile bu cezada bir değişiklik yapılabilmesinin kural olarak mümkün olmaması gerekir. Özellikle de kusurun üzerinde bir ceza miktarına önleme amacının bunu gerektirdiğinden bahisle hükmedilebilmesi mümkün değildir. Kusur aralığı teorisi bu ikilemi anlamlı bir şekilde çözmektedir. Kusur esasında belirlenen cezayı sabit bir ceza miktarı olarak değil de dar bir ceza aralığı olarak kabul etmek, bu aralıkta önleme amacına uygun bir belirleme yapılmasına imkan tanımaktadır. Böylece meşru bir şekilde önleme amacı cezanın belirlenmesinde rol oynayabilmektedir. Zira bu teoriye göre önleme amacına göre belirlenmiş olan ceza miktarı failin kusurunun ağırlığına da uygundur¹²⁶⁹. Bu teorinin kusur esasında belirlenmiş olan cezaya ilişkin yaklaşımı bu şekildedir. Her ne kadar kusur esasında belirlenecek olan cezanın miktarın somutlaştırılmasında önleme amacının göz önünde bulundurulması tartışmaya açık ise de kusur esasında belirlenecek olan cezanın belirli bir olayda belirli mutlak bir ceza miktarını ifade etmediği yaklaşımı bakımından bu teoriye katılmaktayız.

HÖRNLE'ye göre her ne kadar kusur kavramı nokta atışı-kesin bir ceza miktarının var olduğu görüşünü gerektirmekteyse de fiille oranlı ceza daha pragmatik bir değerlendirme anlayışını mümkün kılmaktadır. Bu anlayışa göre cezanın belirlenmesi kesin olarak mevcut olan sayısal bir değer keşfedilmesini değil birden fazla aşamadan oluşan bir tartım ve değerlendirme sürecini ifade etmektedir. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususların sınırlandırılması ve uygulanma biçimlerinin sistematikleştirilmesi ile bu değerlendirme sürecinin kriterleri önemli ölçüde somutlaştırılabilir. Baskın görüşü hakimın takdir yetkisini yeteri ölçüde sınırlandırmamakla eleştiren yazar hakimın karar verme sürecini düzenleyecek kuralların geliştirilmesindeki sınırları da kabul etmektedir. Fail tarafından kusurlu

“Grundfälle zum Strafzumessungsrecht”, **Juristische Schulung**, Sayı: 11, 1993, (Grundfälle), ss. 920 vd.; Jescheck/Weigend, AT § 82 IV kn. 6; Hart-Hönig, ss. 158, 169; LK-Theune, § 46 kn 39 vd.; Klaus Detter, **Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, II kn. 151 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 828 vd.; Maurach ve diğerleri, AT II § 62 kn 19; MüKo-Radtke, Vor § 8 kn. 60 vd.; Meier, ss. 167 vd.

¹²⁶⁸ Bruns, s. 105.

¹²⁶⁹ Karş. NK-Streng, § 46 kn. 98.

olarak işlenen haksızlığı temel alan bir cezanın belirlenmesi teorisi de bu tür sınırlardan muaf değildir. Örneğin neticenin haksızlığının ölçülmesinde kullanılan kriterlerin her bir suç tipi için her türlü neticeyi kapsayan ve sıralanmasına imkan tanıyan bir şekilde detaylandırılmaları mümkün değildir. Fiilin nispi ağırlığının değerlendirilmesinde karşılaşılan bu tamamen ölçülebilir olmama sorununa, bu değerlendirmenin ceza aralığı içerisindeki sayısal bir değere (belirli bir ceza miktarına) dönüştürülmesindeki tereddüt de eklenmektedir. Bu zorluklar hem değerlendirme kurallarının belirlenmesi hem de bu kurallar uyarınca verilecek kararın gerekçelendirilmesinde kendisini göstermektedir. Ne kadar detaylı değerlendirme kuralları ortaya konulacak olursa bu kuralların uygulanması da o kadar karmaşıklaşacaktır. Gerekçelendirmenin gerektireceği çaba nedeniyle hakimler tarafından kuralların uygulanması birtakım sınırlara sahiptir. Özellikle de ceza aralığında bir miktara karar verilmesinde benzer olayların ve ilgili olayın bunlardan ne şekilde farklılaştığının gerekçelendirilmesi oldukça zordur¹²⁷⁰. Dolayısıyla hangi model kabul edilirse edilsin hakimlere belirli ölçüde takdir yetkisinin tanınması gerekecektir.

Cezanın belirlenmesinin belirli bir ceza miktarının bulunması veya keşfedilmesi olmadığı bunun yerine bir değer biçme faaliyeti olduğu söylenebilir. Cezanın belirlenmesi ile toplumun değer ve normları yeniden üretilmektedir. Toplumun tamamının kültürünü yansıtmayı gereken bu normların yeniden üretimi aşaması esasında birbirinden farklı ancak temelde fikir birliğine ulaşmış kısmi kültürlerden oluşmaktadır. Toplumun tüm kültürü olarak tanımlanacak şeyin soyutluğu ve kısmi kültür vasıtasıyla somutlaştırılmasının gerekliliği karşısında belirli bir olayda tek doğru değerlemenin ne olduğu sorusu isabetsiz kalmaktadır.¹²⁷¹ Ontolojik olarak kusurun ağırlığına karşılık gelen bir ceza miktarının mevcut olup olmadığı sorusuna yanıt vermeden de cezanın belirlenmesi sisteminin bu belirli mutlak noktayı bulmaya odaklanamayacağını kabul edebiliriz. Kendimizi olay hakiminin yerine koyacak olursak, somut olayda tek bir ceza miktarının kusur esasında olduğunu kesin olarak iddia etmenin çoğu zaman mümkün olmadığı anlaşılacaktır¹²⁷². Cezanın

¹²⁷⁰ Hörnle, s. 158.

¹²⁷¹ NK-Streng, § 46 kn. 99, 105.

¹²⁷² Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 115.

belirlenmesi hukukunun açık yönergeler sunduğu ve yeterli vaktin olduğu ideal koşullar altında dahi haksızlık ve kusurla orantılı bir cezanın araştırılmasına yönelik süreçler oldukça karmaşıktır¹²⁷³. Gerçek yargılama koşulları göz önünde bulundurulacak olursa hakimlerin ne denli zor bir yargılama faaliyeti ile karşı karşıya kaldıkları anlaşılacaktır. Bu nedenle kusur esasında belirlenecek olan cezanın mutlak bir ceza miktarını ifade ettiği ve hakimlerin mutlaka buna ulaşmaları gerektiği iddiası/talebi makul değildir. Bunun yerine cezanın belirlenmesi çeşitli aşamalardan oluşan bir karar verme süreci olarak ele alınmalıdır ve mümkün olan netlikte hakime somut yönergeler sunan kurallar ve yöntemlerle sistemleştirilmelidir. Kusur esasında belirlenecek olan ceza tek bir ceza miktarı olmadığından her hakimin aynı olayda aynı ceza miktarına ulaşması beklenemez. Benzer olaylar bakımından birtakım farklılıkların olması mümkündür. Ancak bu durumlarda bu ceza miktarlarının birbirlerine yakın olmaları haklı olarak beklenebilir.

Kusur esasında belirlenecek olan cezanın kesin bir miktarı mı yoksa belirli bir ceza aralığını mı ifade ettiği hükmün gerekçeli olması yükümlülüğü ve kanun yolu denetiminin kapsamı bakımından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. İlk derece mahkemesi kararını verirken bu ceza miktarının kusur esasında en doğru ve adil ceza olduğuna kanaat getirmesi gerekir. Gerekçede de söz konusu ceza miktarının nasıl kusurun ağırlığına karşılık geldiğini açıklamalıdır. Mahkemenin kusurun ağırlığına karşılık gelen cezanın tek bir somut ceza miktarını ifade etmediğinden bahisle belirli bir aralık belirtmesi kabul edilemez. Kusur esasında belirlenecek olan cezanın tek bir ceza miktarı olmadığının kabulü, cezanın belirlenmesinin bir karar verme süreci olarak doğasını anlamak ve verilen kararların doğruluklarını denetlemek bakımından anlamı bulunmaktadır. Yoksa hakimlerin verdikleri ceza miktarlarından şüphe duymaları, “bir başka ceza da uygun olabilirdi” gibi bir hissiyata kapılmaları ve hatta bu tür bir algıyı muhakemeye katılan diğer süjelerde ve de toplumda yaratmaları kesinlikle istenilen durumlar değildir. Kanun yolu denetiminde de bir ceza miktarının doğruluğunun bu çerçevede ele alınması gerekir. Belirli bir olay bakımından belirlenmiş olan cezanın kabul edilebilir olup olmadığına karar verilmesi gerekir. Yoksa üst derece

¹²⁷³ Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 24.

mahkemelerinin elinde her olayın karşılığında uygun olan ceza miktarlarına ilişkin bir liste bulunmamaktadır¹²⁷⁴.

Cezanın tür ve miktarının belirlenmesinde benimsenecek olan yöntem hem ilk derece mahkemesi tarafından kararın nasıl verileceğine (ve gerekçelendirileceğine) hem de kanun yolu mahkemesi tarafından bu kararın nasıl ve ne ölçüde denetleneceğine ışık tutacaktır. Cezanın belirlenmesine ilişkin kanuni düzenlemeler ve bu düzenlemelere yargı ve öğreti tarafından getirilen yorumlar, cezanın amaçları ile bağdaşan adil bir cezanın belirlenmesi amacına hizmet etmektedir. Bu cezanın kelimelerle, kavramlarla değil mutlak bir sayısal değer ile ifade edilmesi gerekmektedir. Mutlak olarak belirlenmiş olan soyut cezalar hariç olmak üzere hükmedilecek olan cezanın miktarına doğrudan kanunda ve yorumunda kullanılan kavramlardan ve bu kavramların değerlendirilmesinden ulaşmak mümkün değildir¹²⁷⁵. Devam eden başlıklarda nasıl bir yöntem benimsenebileceği araştırılmaktadır.

II. CEZANIN MİKTARININ BELİRLENMESİNDE YÖNTEM

A. Sorunun Tespiti

Cezanın miktarının belirlenmesi cezanın ölçüsünün sayısal bir değer üzerinden ifade edilmesi anlamına gelmektedir ve bunun için niceliksel bir sisteme başvurulması gerekmektedir¹²⁷⁶. Somut olayda hangi cezanın belirlenmesi gerektiği sorusu, oranlılık ilkesi, kusur ilkesi ve adalet ilkesi gibi ilkelerin ışığında çözümlenememektedir. Bu ilkeler esasında önleme amacıyla yüksek cezalara hükmedilmesi yönelimine karşı önemli bir koruma sağlamaktadır¹²⁷⁷. Sadece kusurla oranlı olması gerekliliğinden hareketle sayısal bir değere ulaşmak mümkün olmayacaktır. Failin kusuru ile cezanın ağırlığı arasında bariz bir oransızlık olması halinde pek tabi ki cezanın hukuka aykırı bir şekilde belirlenmiş olduğu söylenebilir. Ancak kusur esasında cezanın belirlenmesi görüşü yalnızca bu gibi uç örneklerde doğrudan cezanın miktarına ilişkin bir

¹²⁷⁴ Karş. NK-Streng, § 46 kn. 105.

¹²⁷⁵ LK-Theune, § 46 kn. 312.

¹²⁷⁶ Hörnle, s. 361.

¹²⁷⁷ LK-Theune, § 46 kn. 312.

değerlendirmede bulunma imkanı vermektedir. Dolayısıyla cezanın kusur esasında belirlenmesi gerektiği görüşünün ceza miktarına ulaşılmasını sağlayan bir başka görüş ile tamamlanması gerekmektedir¹²⁷⁸.

Cezanın miktarının belirlenmesi için ceza normunda yer alan alt ve üst sınırların iki önemli dayanak noktası sundukları açıktır. Alt sınıra akla gelebilecek en hafif olayda üst sınıra ise akla gelebilecek en ağır olayda hükmedileceği şeklinde bir değerlendirme yapılabilir¹²⁷⁹. Bu itibarla cezanın alt ve üst sınırları, farklı kusur ağırlıklarına ilişkin genel bir ön-değerlendirmeyi yansıtmaktadırlar¹²⁸⁰. Bu iki sınır arasında kalan ceza miktarları ilgili suçun düşünülebilecek en ağır ve en hafif hali arasında kalan tüm kusur ağırlıklarına bir karşılık oluşturmaktadır¹²⁸¹. Mahkemenin kanun koyucu tarafından önceden sunulmuş olan bu ön-değerlendirmeye dayanarak somut olayda somut kusur bakımından bir değerlendirme yapması gerekir¹²⁸². Cezanın belirlenmesi süreci, kusurun ölçülmesi ve bu ölçünün bir ceza miktarına dönüştürülmesi şeklinde iki aşamadan oluşmaktadır¹²⁸³. Cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinin ardından bu ölçünün, türü ve miktarı bakımından belirli bir cezaya dönüştürülmesi gerekir. Ancak bunun ne şekilde yapılacağı tartışmalı olup bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.¹²⁸⁴

Kanunda öngörülmüş olan alt ve üst sınırın cezanın belirlenmesi – kusurun ölçüsünün ceza miktarına çevrilmesi – bakımından yeterli yönerge sunup sunmadıkları ise tartışmalıdır. Yeterli olduğu görüşünü savunanlar ceza aralığının sürekli/kesintisiz bir ağırlık ölçeği (*Strafrahmen als kontinuierliche Schwereskala*) oluşturduğuna ilişkin bir teori ileri sürmüştürler¹²⁸⁵. Bu görüş temel olarak Federal Mahkeme

¹²⁷⁸ Fiile oranlı cezanın belirlenmesi sistemi için aynı yönde bkz. ve karşı. Hörnle, s. 361.

¹²⁷⁹ Meier, s. 238; Bernd-Dieter Meier, “Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung – Teil II”, *Juristische Schulung*, Sayı: 9, 2005, ss. 879-881, (Strafzumessung Teil II), s. 880; Schäfer ve diğerleri, kn. 1165-1167; S/S-Stree/Kinzig, § 46 kn. 59; Matt/Renzikowski- Bußmann, § 46 kn. 8; NK-Streng, § 46 kn. 114; LK-Theune, § 46 kn. 313; Jescheck/Weigend, AT, s. 874.

¹²⁸⁰ MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 33; LK-Theune, Vor § 46-50 kn. 7; Fischer, § 46 kn. 17; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 6; BeckOK-Heintschel-Heinegg, § 46 kn. 3; NK-Streng, § 46 kn. 114.

¹²⁸¹ Dreher, *Strafrahmen*, ss. 149 vd.; Maurach ve diğerleri, § 62 kn. 9.

¹²⁸² Stadler, s. 255.

¹²⁸³ Hörnle, s. 361.

¹²⁸⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 1165 vd.; MüKo-Miebach/Maier, § 46 kn. 174 vd.; S/S-Stree/Kinzig, § 46 kn. 58; Hans-Ludwig Schreiber, “Strafzumessungsrecht”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Cilt: 9, 1981, ss. 338-340, s. 338; Hörnle, ss. 361 vd.

¹²⁸⁵ Dreher, ss. 61 vd.

içtihatlarında da kabul görmektedir¹²⁸⁶. Bu teoriye göre kanuni ceza aralığının işlevi hakimın cezanın belirlenmesinde sahip olduğu takdir yetkisine sadece alt ve üst sınırlar getirmekle sınırlı değildir, bunun ötesinde aynı suç tipinin tüm muhtemel işlenme biçimlerini kapsayan bir ölçek sunmaktır. Buna göre düşünülebilir en ağır olay üst sınıra, en hafif olay ise alt sınıra ve orta ağırlıkta bir olay bu ikisinin ortasında yer alan ceza miktarına karşılık gelmektedir¹²⁸⁷.

Bu teoriyi birçok açıdan eleştirmek mümkündür¹²⁸⁸. Öncelikle bu görüşün dayandığı temel varsayımın gerçekçi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Hakimın, cezanın belirlenmesinde esas alacağı sabit noktaları, yani düşünülebilir en hafif, en ağır ve orta ağırlıktaki olaylar için uygun olan ceza miktarlarını soyut bir şekilde ilgili ceza miktarlarına bağlı olmaksızın bulabileceği varsayımı şüphelidir. Zira herhangi bir objektif kritere dayanmaksızın hakimın orta ağırlıkta bir olayı kurgulaması mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle 1 yıldan 3 yıla hapis cezası öngörülen bir suç için 2 yıl hapis cezasını gerektiren olayın ve özelliklerinin neler olduğuna sadece soyut ceza aralığından hareketle ulaşamayacaktır. Bu nedenle de kanunun her türlü olayın ceza miktarına ilişkin süregiden bir ölçüt sistemi sunduğu ve doğrudan buna dayanılarak herhangi bir olayda uygun olan ceza miktarına ulaşılabilceği iddiası gerçekçi değildir. Burada asıl gerçekleşen şey yine hakimın kendi öznel değerlendirmesi ile belirli bir olayda failin kusurunun ağırlığına karar vererek ceza miktarını alt ve üst sınır arasında tespit etmesidir. Dolayısıyla kanunun sunduğu ağırlıklar sıralaması anlamsız kalmaktadır. Başkaca değerlendirmelere başvurmaksızın alt sınırın akla gelebilecek en hafif üst sınırın akla gelebilecek en ağır

¹²⁸⁶ Bruns, ss. 60 vd.; Grasnıck, ss. 257 vd.; Tilmann Schott, **Gesetzliche Strafraumen Und Ihre Tatrichterliche Handhabung: Eine Empirische Untersuchung Zur Gesetzssystematik Und Rechtstatsachlichkeit Bei Ausgewählten Deliktsbereichen**, Nomos, Baden-Baden, 2004, ss. 41 vd., 92 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn 1165 vd.; Wolfgang Frisch, “Zum Zweck der Strafandrohung”, **Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014**, (Ed. Roland Hefendehl, Tatjana Hörnle ve Luis Greco), de Gruyter, Berlin, 2014, ss. 55-68, (Zweck), ss. 67vd.; NK-Streng, § 46 kn. 114.

¹²⁸⁷ Dreher, Strafraumen, ss. 149 vd.

¹²⁸⁸ Rolinski, ss. 93 vd.; Hettinger, ss. 129 vd.; Streng, ss. 42 vd.; Matthias Bergmann, **Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB**, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, ss. 25 vd.; Wolfgang Köberer, **Iudex Non Calculat: Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung Sozialwissenschaftlich-mathematisch zu Rationalisieren**, Peter Lang, Frankfurt/Bern, 1996, ss. 104 vd.; Georg Freund, “Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung: Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 1999, ss. 509-538, ss. 517 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 115-118.

olay olduğundan hareketle herhangi bir olayda uygun olan ceza miktarına ulaşmak mümkün olmamaktadır¹²⁸⁹.

Dahası akla gelebilecek en ağır ve en hafif kusur ağırlığını ifade eden olayların içeriğinin/özelliklerinin belirlenmesi de oldukça zordur ve birçok suç tipinde mümkün görünmemektedir. Zira cezanın altı sınırdan verilmesini gerektirecek bir olay mutlaka düşünülebilecek en hafif olay olmak zorunda değildir. Aynı şekilde üst sınır da sadece düşünülebilecek en ağır olay bakımından öngörülmüş değildir. Bir diğer ifade ile düşünülebilecek en hafif ve en ağır olaylar tek bir olayla sınırlı değildirler. Bu nedenle de hakim düşünülebilir en hafif ve ağır olaylardan hareketle cezayı belirlemek isterse birden fazla olası olayı içeren bir sıra olayı göz önünde bulundurması gerekecektir.¹²⁹⁰

Ayrıca kusuru ağırlaştıran hususların varlığına rağmen cezanın alt sınırdan belirlenmesi mümkündür. Hakim kusuru azaltan ve ağırlaştıran hususları birlikte değerlendirdiğinde kusuru azaltan hususların ağır bastığına ve kusurun ölçüsünü önemli bir şekilde azalttıklarına hükmedebilir. Bu şekilde de cezanın alt sınırdan belirlenmesi mümkün hale gelmektedir. Benzer bir değerlendirme üst sınır bakımından da mümkündür¹²⁹¹. Bu eleştiri Yargıtay kararlarında benimsenen ve cezanın belirlenmesi kararlarının denetiminde kullanılan “asgari hadden” uzaklaşma formülü bakımından da aşağıda daha detaylı olarak açıklandığı üzere oldukça önemlidir. Benzer şekilde hakim gerçekten de meydana gelmiş, hakkında önceden hüküm verilmiş en hafif ve en ağır olaydan hareket ederek önündeki olayda cezayı belirlemeye çalışmasında zorluklar ortaya çıkacaktır. Mevcut kararların sayısı çok fazla olmasa da bunların gözden geçirilmesi ve referans noktaları tespit edilebilmesi oldukça güçtür¹²⁹². Cezanın belirlenmesine ilişkin kanuni düzenlemeler ve bu düzenlemelere yargı ve öğreti tarafından getirilen yorumlar, cezanın amaçları ile bağdaşan adil bir cezanın belirlenmesi amacına hizmet etmektedir. Bu cezanın kelimelerle, kavramlarla değil mutlak bir sayısal değer ile ifade edilmesi gerekmektedir. Mutlak olarak belirlenmiş olan soyut cezalar hariç olmak üzere hükmedilecek olan cezanın miktarına doğrudan kanundan ve onun yorumunda

¹²⁸⁹ NK-Streng, § 46 kn. 115.

¹²⁹⁰ LK-Theune, § 46 kn. 312.

¹²⁹¹ LK-Theune, § 46 kn. 317.

¹²⁹² LK-Theune, § 46 kn. 312.

kullanılan kavramlardan ve bu kavramların değerlendirilmesinden hareketle ulaşmak mümkün değildir¹²⁹³.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırabiliriz. 19 yaşında üniversite öğrencisi olan fail, bir parkta gündüz vakti bank üzerinde uyulamakta olan yaşlı bir kişinin cüzdanını cebinden alır. Cüzdanın içinde 2000 Türk lirası bulunmaktadır. Fail sadece 200 Türk lirasını alarak cüzdanı hissettirmeden mağdurun cebine geri bırakır. Failin ailesi ekonomik sıkıntı çekmektedir. Kendi öğrenim masraflarını kendisi karşılayan fail henüz telefon faturasını yatıramamıştır. Bu para ile telefon faturasını ödemek ve telefonunun internetinin kesilmesinin önüne geçmek istemektedir. İnternet hem kişisel ihtiyaçları hem de eğitim ihtiyaçlarını karşılaması bakımından gereklidir. TCK m. 141 vd. uyarınca fail nitelikli hırsızlık suçunu işlemiştir. Fail suçu kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak ve üstte taşınan eşyayı özel beceriyle işlemektedir. Bu hususlar suçun işleniş biçimi kapsamında hareketin haksızlığını arttırmaktadır ve nitekim TCK m. 142/2, a ve b bentlerinde cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık neticenin haksızlığı oldukça hafiftir. Malın değerinin azlığı TCK’da hırsızlık suçu bakımından cezayı azaltan ve hatta hiç ceza verilmemesi yoluna gidilebilen bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesi kusuruna etki eden bir diğer husus failin suç işlemekdeki amacıdır. Zorunluluk halini gerçekleştirmemekle birlikte ona yaklaşan bir ekonomik sıkıntı ve internet gibi artık günümüzde temel ihtiyaç haline dönüşmüş olan bir hizmete ulaşılmasına yönelik olarak suçun işlenmiş olması haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsünü azaltmaktadır. Tüm hususlar beraber değerlendirildiğinde cezanın belirlenmesi kusurunun oldukça hafif olduğunu söylemek makul olacaktır. Her ne kadar suçun işleniş biçimi bakımından kusurun ağırlığını arttıran hususlar mevcutsa da neticenin değersizliğinin çok az olması karşısında cezanın belirlenmesi kusurunun hafif olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Kusurunun ağırlığına etki eden hususları belirleyip değerlendirdikten sonra buna tekabül eden ceza miktarının belirlenmesine geçtiğimizde önemli bir güçlükle karşılaşmaktadır. Soyut ceza normlarına ve TCK’nın öngördüğü sisteme göre cezanın belirlenmesi şu şekilde olacaktır: TCK m. 142/2 uyarınca “... beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fikanın (b) bendinde belirtilen

¹²⁹³ LK-Theune, § 46 kn. 312.

surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.” TCK m. 145 gereğince “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektan de vazgeçilebilir.” Hakimin beş yıldan on yıla kadar bir hapis cezası belirlemesi, ardından üçte biri oranına kadar arttırması ve son olarak da cezada malın değerinin azlığı bakımından ne kadar indirim yapacağına karar vermesi gerekmektedir. Her ne kadar tüm bu belirlemeler aşama aşama gerçekleştirilecekse de sonuçta hakimin önünde herhangi bir ceza vermemekten 10 yıldan fazla hapis cezasına hükmetmeye kadar giden bir cezalandırma skalası bulunmaktadır. Ne kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar, ne de hangi hususların cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağına ilişkin bilgiden hareketle bu denli geniş bir ceza aralığında belirli bir ceza miktarına doğrudan ulaşmak mümkün değildir.

Bununla birlikte cezanın matematiksel hesaplamalar ile belirlenmesi de kabul edilebilir değildir¹²⁹⁴. Cezanın belirlenmesinin bu aşamasının matematikleştirilmesine yönelik önceki çabalar günümüzde nadiren savunulmaktadır. Farklı yazarlar her bir hususa bir puanlandırma sistemi uyarınca müstakil ağırlıklar tanımlamaya ve diğer hususlar ile ilişkilendirmeye çalışmışlardır. Bu girişimler yaşamın ve olayların meydana gelişinin çok yönlülüğü karşısında başarısızlığa uğramıştır¹²⁹⁵. Alman Federal Mahkemesi’ne göre cezanın belirlenmesinin matematiksel hesaplamalara dayandırılması onun doğasına oldukça yabancıdır. Hakimin, kanunda öngörülen alt ve üst sınırdan başka bir sabit noktaya dayanmaksızın dava konusu fiili ceza aralığına yerleştirmesi gerekir. Önemli olan ölçüt, tüm hususların bütüncül bir şekilde değerlendirilmesidir (*das Gesamtspektrum aller strafzumessungsrelevanten Umstände*)¹²⁹⁶. Benzer bir yorumu Türk hukuku bakımından da yapabiliriz. Bu nedenle matematiksel hesaplamalara ve formüllere dayanan bir ceza miktarı belirleme sistemi de çözüm değildir.

¹²⁹⁴ LK-Theune, § 46 kn. 312.

¹²⁹⁵ Schäfer ve diğerleri, kn. 1173. Bu girişimlere ilişkin olarak özellikle bkz. Winfried Hassemer, “Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 90, Sayı: 1, ss. 64-100, (Formalisierung), ss. 70 vd.; Köberer.

¹²⁹⁶ Örnek kararlar için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 1169, dipnot no. 845.

BRUNS, cezanın belirlenmesinin aşamalara bölünmesini önermektedir. Öncelikle cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan her bir hususun ne yönde değerlendirileceğine – ağırlaştırıcı veya hafifletici olmak üzere – karar verilmelidir. Ardından bu hususların birbirlerine karşı ağırlıklarının ölçülmesi değerlendirilmesi gerekmektedir. Son olarak varılan netice soyut ceza normları uyarınca belirli bir ceza türü ve miktarına çevrilmelidir¹²⁹⁷. Alman Federal Mahkemesi tarafından da cezanın belirlenmesinde gözetilecek olan hususların cezaya etkisinin belirlenmesi ve birbirlerine göre tartılması gerekliliği kabul edilmektedir¹²⁹⁸. Ancak öğretide kusurun ölçülmesinde bir hususun hafifletici veya ağırlaştırıcı yönde değerlendirilmesinin mantıken bir referans ceza miktarının varlığını gerektirdiği kuvvetle kabul edilmektedir¹²⁹⁹. Bir hususu cezayı ağırlaştırıcı/arttırıcı veya hafifletici/azaltıcı olarak nitelendirmek birden fazla şeyin birbiri ile ilişkilendirilmesi, kıyaslanması, sıralanması anlamına gelmektedir. Bir hususun cezaya ne yönde etki edeceğine ilişkin karar verilebilmesinin koşulu nötr bir referans noktasının varlığıdır. Bu nötr referans noktası üzerinden değerlendirme yapılabilir ve bir hususun cezayı azaltma veya arttırmak yönünde etki ettiğine karar verilebilir¹³⁰⁰. Her ne kadar bu tür bir referans noktasının belirlenmesinin mantıken zorunlu olduğu geniş ölçüde kabul edilmekteyse de bu referans noktasının nasıl belirlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Baskın olarak bu referans noktasının normatif ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmekte ve bu referans noktası normatif normal olay (*normativer Normalfall*) olarak adlandırılmaktadır¹³⁰¹. Referans noktası FRISCH tarafından kural fiil görüntüsü (*Regeltatbild*)¹³⁰², SCHÄFER ve diğerleri tarafından bütüncül görüntü

¹²⁹⁷ Bruns, s. 243.

¹²⁹⁸ Örnek karar künyeleri için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 1171.

¹²⁹⁹ Brögelmann, s. 906; Frisch, Zukunftsperspektiven Teil II, s. 792; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 32.; Hörnle, ss. 378-379; Stadler, s. 255.

¹³⁰⁰ LK-Theune, § 46 kn. 61; Hans-Ludwig Günther, “Systematische Grundlagen der Strafzumessung: Eine Bestandsaufnahme”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 44, Sayı: 22, 1989, s. 1028.

¹³⁰¹ Albert Mösl, “Zum Strafzumessungsrecht”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 4, 1981, ss. 131-134, s. 133; Theune, ss. 205 vd.; Hero Schall ve Gesa Schirmacher, “Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes”, **Juristische Ausbildung**, 1992, s. 629; Ahlers-Grzibek, Ute. **Der normative Normalfall in der Strafzumessung**, Kovac, Hamburg, 2003, ss. 91 vd.; Martin Niemöller, “Strafschlärung wegen fehlenden Milderungsgrunds?”, **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 159, Sayı: 6, 2012, ss. 337-353, ss. 351 vd.

¹³⁰² Frisch, Bewertungsrichtung, s. 361. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Michael Hettinger, “Über »Fälle« als Vergleichsfälle und »Umstände« als Ausgangswerte oder Bezugspunkte zur Ermittlung

(*Gesamtbild*)¹³⁰³, HORN/WOLTERS tarafından kural olay (*Regelfall*)¹³⁰⁴ olarak adlandırılmaktadır¹³⁰⁵. Yargı içtihatlarında kural olay, düşünülebilir ortalama olaydan (*gedanklicher Durchschnittsfall*) ve orta ağırlıktaki olaydan (*Fall mittlerer Schwere*) ayrılmaktadır¹³⁰⁶. Bir suç fiili diğer fiillerle farklı yöntemlerle karşılaştırılabilir. Ancak seçilen yöntemin farklı bir sonuca ulaştırabileceğine dikkat edilmesi gerekir¹³⁰⁷.

Yukarıdaki değerlendirmeler karşısında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: İlk olarak cezanın belirlenebilmesi için ilgili soyut ceza normunun (veya normlarının) tespit edilmesi gerekmektedir. Bu soyut ceza normu genellikle bir alt ve üst sınırı göstermektedir. İkinci olarak sadece bu ceza miktarlarından hareketle somut olayda failin kusurunun ağırlığına uygun bir ceza miktarına ulaşılması mümkün görünmemektedir. Kanunda öngörülen ceza aralığının yönlendirmesinin sınırlılığı karşısında karşılaştırmalı bir yaklaşımın benimsenmesi ve bir referans noktasının bulunması daha uygun görünmektedir. Kusurlu haksızlığın hafif-ağır şeklinde ölçülmesi ve hafif-yüksek şeklinde nicelleştirilmesi mümkündür. Her bir ağırlığın bir ceza miktarında (hapis cezası bakımından hapis cezasının süresi, adli para cezası bakımından gün sayısının) ifade edilmesi gerekir. Bir referans noktası belirlemeye yönelik yaklaşımlar her durumda belirli bir kusurlu haksızlığın kanunda öngörülen ceza aralığına yerleştirilebilmesinin yolunu göstermek istemektedirler¹³⁰⁸.

der Bewertungsrichtung bei der Strafzumessung: Zugleich zu dem Satz, dass das Fehlen strafmildernder Umstände nicht strafschärfend und das Fehlen strafschärfender Umstände nicht strafmildernd berücksichtigt werden darf”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron), de Gruyter, Berlin, 2013, 1153-1180, (Vergleichsfälle), ss. 1167 vd.

¹³⁰³ Schäfer ve diğerleri, kn. 1176 vd.

¹³⁰⁴ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 100 vd.

¹³⁰⁵ HETTINGER, normatif normal olay/ortalama olay/kural olayın belirlenebileceğine şüpheci yaklaşmaktadır. Michael Hettinger, “Was Kann Die Strafrechtsdogmatik, Was Soll Die Strafrechtsprechung Leisten?: Vitiöse Fragmente”, **Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte. Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Thomas Vormbaum**, (Ed. Martin Asholt, Ulrich Eisenhardt, Karl-August Prinz von Sachsen Gessaphe ve Gabriele Zwiehoff), Nomos, Baden-Baden 2014, (Strafrechtsdogmatik), s. 37.

¹³⁰⁶ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 104.

¹³⁰⁷ Theune, s. 208.

¹³⁰⁸ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 105.

B. Bir Çözüm Önerisi Olarak Karşılaştırmalı Yaklaşım

1. Genel Açıklamalar

Karşılaştırmalı yaklaşımın birçok farklı görünümü vardır. Birincisi kusurun ve dolayısıyla da cezanın ağırlığına etki eden her bir hususun etkisine karar verilirken karşılaştırma yapılmasıdır. Bir hususun örneğin hırsızlık suçunda malın değerinin kusurun ağırlığına (neticenin haksızlığının ağırlığına) etkisinin ağırlaştırıcı mı hafifletici mi olduğuna karar verilirken bu değer muhtemel değerler skalasında güncel ekonomik koşullar altında konumlandırılmaktadır. Malın değerinin 5.000 veya 100.000 Türk lirası olması tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu değerler birbirlerine göre bir anlam ifade etmekte ve neticenin değersizliğine ilişkin bir fikir sunmaktadırlar. Bir diğer örneği olası kastla işlenen bir suç bakımından verebiliriz. Kastın çeşidi kusurun ağırlığına (hareketin haksızlığının ağırlığına) etki etmektedir. Olası kastla suç işlemiş olan failin kusuru doğrudan kastla aynı suçu işlemiş olan bir failin kusuruna oranla daha hafiftir. İkincisi kusurun ağırlığında meydana gelen etkinin ceza miktarına ne şekilde etki edeceğine karar verilmesidir. Aynı örnekler üzerinden gidecek olursak hırsızlık suçunda malın değeri 5.000 Türk lirası iken kusurun ağırlığı malın değerinin 100.000 Türk lirası olmasına göre daha hafiftir veya olası kastla işlenen bir suçta failin kusuru doğrudan kastla işlenmesine göre daha hafiftir. Bu nedenle malın değerinin 5.000 Türk lirası olduğu hırsızlık suçunun veya olası kastla işlenen suçunun cezasının da daha az olması gerekir. Eğer kıyaslama yapılan ve ona nazaran daha ağır veya hafif olduğuna karar verilen hususun karşılığı olan ceza miktarı belli olur ise ilgili hususun ceza miktarına etkisine de bu miktar baz alınarak karar verilebilir. Alt ve üst sınırlara ek olarak bir referans noktası olması gerektiğini savunan yazarlar da bu tür bir karşılaştırmadan yola çıkmaktadırlar. Temel itibariyle ceza miktarı belli veya belirlenebilir bir olayı referans noktası kabul ederek onun sahip olduğu hususlar ile eldeki somut olayda mevcut olan hususları karşılaştırmayı, daha ağır olan hususlar bakımından referans noktası ceza miktarını arttırmayı ve aynı şekilde daha hafif olan hususlar bakımından bu miktarı azaltmayı önermektedirler.

Böylece karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenecek ise öncelikle birçok sorunun yanıtlanması gerekmektedir. İlk olarak yanıtlanması gereken soru referans noktası

olarak kabul edilen olayın özelliklerinin cezanın belirlenmesi kusuru bakımından nötr/etkisiz olarak nitelendirilmesinin ikna edici olup olmadığıdır. Her bir suç tipinde böylesi bir olayın kurgulanmasının mümkün olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerekir. İkinci soru referans noktası olayın normatif olarak mı yoksa istatistiki olarak mı belirleneceğine ilişkindir. Bu soruyla bağlantılı olarak daha önceden verilmiş olan mahkeme kararlarına konu olayların referans olay belirlemede göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağının da incelenmesi gerekmektedir. Zira hakim ya farazi bir olay kurgulayarak bu olaya uygun düşen ceza miktarını referans noktası olarak kabul edebilir ya da daha önce hakkında hüküm kurulmuş olan benzer olaylara ve ceza miktarlarına başvurabilir¹³⁰⁹. Üçüncü olarak kusurun ağırlığına ve dolayısıyla da cezanın ağırlığına etki eden karşılaştırmaya konu olan hususların tek tek mi bir bütün olarak mı değerlendirilecekleri yanıtlanmalıdır. Çeşitli görüşler bu sorulara farklı şekillerde yanıtlar sunmaktadır. Aşağıda bu görüşleri incelemekteyiz.

2. Yargıtay Tarafından Başvurulan “Alt Sınırdan Uzaklaşma” Formülü

Yargıtay’ın ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ceza miktarlarını değerlendirdiği kararları incelendiğinde ceza miktarının hukuka uygunluğunun genellikle alt sınırdan uzaklaşılmasının gerekip gerekmediği yönünden denetlendiği anlaşılmaktadır. Yakın tarihte verilmiş olan kararlardan örneklerle nasıl bir yaklaşım benimsendiğini eleştirel olarak incelemekte fayda görmekteyiz. Bu bağlamda söz konusu “alt sınırdan uzaklaşma” formülünün hem cezanın miktarını belirleme yöntemi olarak hem de ceza miktarının hukuka uygunluğunu denetleme yöntemi olarak yerindeliğinin tartışılmasına oldukça önem vermekteyiz.

7. Ceza Dairesi tarafından verilen bir bozma kararında suç konusu eşyanın miktarı göz önünde bulundurularak cezanın alt sınırdan “hakça” oranda uzaklaşarak belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir¹³¹⁰. 6. Ceza Dairesi tarafından verilen bir bozma kararında ise hırsızlığa teşebbüs suçunun konusunu oluşturan eşyanın değerinin

¹³⁰⁹ Karş. Schöch, Verkehrdelinquenz, s. 76; Heinz Schöch, “Maßstäbe für Strafart und Strafhöhe in der Bundesrepublik”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, (Ed. Wolfgang Frisch), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, ss. 163-173, (Maßstäbe), s. 167; Theune, ss. 207 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 119 vd.

¹³¹⁰ Yargıtay 7. CD., E. 2021/3271, K. 2021/17715, T. 21.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

(75.000 TL) temel cezanın üst sınıra yakın belirlenmesini gerektirdiği ancak ilk derece mahkemesinin alt sınırdan bir miktar uzaklaşarak cezayı belirlediği ve bu belirlemenin bozmayı gerektirdiği ifade edilmiştir¹³¹¹. 6. Ceza Daire tarafından verilen bir diğer kararda ise teşebbüs nedeniyle yapılan indirimin alt sınırdan mı alt sınırdan uzaklaşılarak mı yapılması gerektiği tartışılmaktadır. Karara konu olan olayda sanık dava dışı sanık ile birlikte apartmanın açık olan bodrumuna indikleri, büyük mutfak tüpü ile içerisinde şofben bulunan karton koliyi alarak kaçacakları esnada yakalanmışlardır. 6. Ceza Dairesi'ne göre TCK m. 142/2-h uyarınca verilen temel cezadan m. 35 uyarınca teşebbüs nedeniyle üst sınırdan (3/4 oranında) indirim yapılması hukuka aykırıdır. Mahkemeye göre sanığın kastının yoğunluğu ve suç yolunda kat edilen mesafeye göre eylemin tamamlanma aşamasından hemen önce sonlanması göz önünde bulundurularak alt sınırdan veya alt sınıra yakın bir oranda indirim yapılması gerekmektedir. Ancak aleyhe temyiz bulunmadığından bu durum bozma nedeni yapılmamıştır¹³¹². 1. Ceza Dairesi tarafından verilen bir bozma kararında kasten öldürmeye teşebbüs suçunda mağdurların yaralanmaları göz önünde bulundurularak meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirilerek alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği ve ilk derece mahkemesi tarafından cezanın eksik olarak belirlendiği ifade edilmiştir¹³¹³.

12. Ceza Dairesi tarafından verilen taksirle öldürme suçunu konu edinen bir kararda ise kusur durumu, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, iki sınır arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, failin taksire dayalı kusurunun yoğunluğu uyarınca alt sınırdan uzaklaşmak ve üst sınırı nazara almak suretiyle cezanın belirlenmesi gerektiği halde 1 yıl 8 ay hapis cezasına hükmedilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Ancak aleyhe temyiz bulunmadığı için bu durum bozma nedeni yapılmamıştır. Karardan anlaşıldığı üzere olay tarihinde saat 09.00 sıralarında sanık idaresindeki otomobil ile iki yönlü, zemini sathi kaplama, ıslak ve nemli, yatay güzergah tehlikeli viraj, düşey güzergah eğimli yolda seyir halinde iken yolun virajlı kesimine geldiğinde karşı istikamet şeridine geçerek karşı yönde seyreden otomobil ile çarpışması sonucu mağdur hayatını kaybeder. Sanık tam kusurludur. Ceza

¹³¹¹ Yargıtay 6. CD., E. 2021/4144, K. 2021/19751, T. 20.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹² Yargıtay 6. CD., E. 2021/4739, K. 2021/19831, T. 20.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹³ Yargıtay 1. CD., E. 2020/809, K. 2021/14988, T. 14/12/2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

Dairesine göre meydana gelen zararın ağırlığı ve kusur durumu alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektirmektedir¹³¹⁴. Bu kararda her ne kadar olayın meydana geldiği yolun durumu detaylı olarak anlatılmaktaysa da failin kusuruna, taksirin ağırlığına, suçun işleniş biçiminin özellik arz eden unsurlarına ilişkin herhangi bir veriye yer verilmemektedir. Dahası taksirle öldürme suçunda cezanın belirlenmesinde ölüm neticesi alt sınırdan uzaklaşmayı gerektiremez. Zira TCK m. 85/1’de bu suç için öngörülmüş olan tüm ceza miktarları ölüm neticesine uygundur. Meydana gelen zararın ağırlığının nasıl bir özellik arz ettiği ve neden cezayı alt sınırdan uzaklaştırıp üst sınıra yaklaştırdığının açıklanması gerekmektedir. TCK. m. 85/1’e göre bu suçun cezası iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. İki yıldan uzaklaşıp altı yıla yaklaşılmasını gerektiren bir olayın neden bunu gerektirdiğinin açık bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekir.

5. Ceza Dairesi, görevi kötüye kullanma suçu hakkındaki bir bozma kararında TCK m. 3/1 ve m. 61/1’e atıf yaparak sanığın benzer olaylarla karşılaştırıldığında çok fazla vahamet arz etmeyen fiili ile orantılı olarak alt sınırdan hakça oranda uzaklaşarak cezanın belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Karara konu olayda sanık diğer göreve aykırı hareketlerinin yanı sıra kendi idaresinde çalışan diğer memurlara zorla bağış yaptırmaktadır. Bağış yapan 98 kişiden sadece 13’ü mağdur olduğunu ifade ederek davaya katılmıştır. 5. Ceza Dairesi mağdur sayısını önemsemmiştir. İlk derece mahkemesinin temel cezanın belirlenmesinde onlarca kişinin mağdur edilmesini cezayı ağırlaştırıcı bir husus olarak kabul etmiştir. Ceza Dairesi bu gerekçeye karşı çıkmaktadır ve mağdur sayısının bu denli yüksek bir cezayı gerektirmediğini vurgulamaktadır. Bu nedenle karar hukuka aykırı bulunmuştur ve bozulmuştur¹³¹⁵. Bu kararda açıkça olayda gerçekleşen hangi hususlar nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen cezanın hukuka aykırı bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak alt sınırdan hangi oranda uzaklaşılmasının gerektiğine yönelik somut bir yönerge ya da kritere yer verilmemektedir.

5. Ceza Dairesinin bir diğer bozma kararında zincirleme suç nedeniyle yapılan artırım inceleme konusunu oluşturmaktadır. Zincirleme suç nedeniyle TCK m. 43/1

¹³¹⁴ Yargıtay 12. CD., E. 2020/2339, K. 2021/8588, T. 07.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹⁵ Yargıtay 5. CD., E. 2021/6341, K. 2021/6329, T. 07.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

uyarınca yapılacak olan artırımda m. 3/1'in gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu hüküm uyarınca mağdur ve/veya fiil sayısının nazara alınıp, fiillerin süresi de gözetilerek benzer olaylarla karşılaştırıldığında suç ile ceza arasındaki dengeyi bozmayacak ve denetime imkan verecek biçimde yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşacak bir artırım oranı belirlenerek ceza tayin edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Karar konu olayda köy muhtarı sanık köy taşınmazlarının kiraya verilmesi sonucu tahsil ettiği 32.872,39 TL ile köy halkından içme suyu parası olarak toplanan 664,40 TL'yi zimmetine geçirmiştir. Fiil sayıları dikkate alındığında hakkında zincirleme suç hükmünün uygulanması sırasında alt sınırdan (1/4 oranında) artırıma gidilmesi yerine 1/3 oranında artırım yapılması suretiyle daha fazla bir ceza miktarının belirlenmesi bozmayı gerektirmektedir¹³¹⁶. 11. Ceza Dairesi tarafından da benzer bir karar verilmiştir. Bu karara konu olan olayda sanık mahkemece kabul edilen ilgili takvim yılında 119.590 TL tutarında 3 tane sahte fatura düzenlemiştir. Sanığın fiili, benzer olaylarla karşılaştırıldığında eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak yazılı şekilde teşdit uygulanmasını gerektirmemektedir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayacak biçimde sanık hakkında 1/3 oranında artırım yapılması hukuka aykırıdır ve bozmayı gerektirmiştir¹³¹⁷. Bu kararlarda Ceza Daireleri tarafından açıkça artırım oranının ne olması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay'ın bu yaklaşımının temyiz incelemesinin kapsamı ve sınırları bakımından eleştirilmesi mümkündür¹³¹⁸.

Yargıtay kararlarının incelenmesinden şu çıkarımlara ulaşmak mümkündür. Yargıtay cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar karşısında cezanın alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirip gerektirmediğini araştırmaktadır. "Alt sınırdan uzaklaşma" formülüne hem temel cezanın belirlenmesi aşamasında hem de sonuç cezanın belirlenmesi aşamasında uygulanacak olan indirim ve artırımlar bakımından başvurulmaktadır. Ancak yargı içtihatları ile alt sınırdan ne zaman/hangi hallerde ve ne oranda uzaklaşılması gerektiğine ilişkin açık ve somut kriterler geliştirilmemiştir. Alt sınırdan uzaklaşma veya uzaklaşmama kararının

¹³¹⁶ Yargıtay 5. CD., E. 2018/8172, K. 2021/6020, T. 30.11.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹⁷ Yargıtay 11. CD., E. 2017/9147, K. 2021/7332, T. 27.09.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹⁸ Temyiz kanun yoluna ilişkin olarak bkz. Doğan, ss. 351 vd.

“hakça” veya “adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun” olarak alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Ne var ki bu soyut ifadeler hakime somut yönergeler sunmakta yetersiz kalmaktadırlar. Yargıtay kararlarında genellikle hangi hususların etkisi nedeniyle ilgili olayda alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Her ne kadar kastın yoğunluğu, zarar ve/veya tehlikenin ağırlığı, suç konusu eşyanın değeri, miktarı gibi hususlar alt sınırdan uzaklaşılması veya uzaklaşmamasının gerekçesi olarak zikredilmekteyse de olayda bunlara tekabül eden durumun ne olduğu açıkça ortaya konulmamaktadır. Örneğin, 6. Ceza Dairesi tarafından verilen hırsızlık suçuna teşebbüse ilişkin kararda failin kastının yoğunluğu suç yolunda kat edilen mesafe ile birlikte teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimin alt sınırdan veya alt sınıra yakın bir oranda yapılmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Olayda faillerin son anda yakalandıkları bilgisine yer verilmektedir ve bu nedenle de suç yolunda ilerledikleri ve suçun tamamlanması anına yaklaştıkları anlaşılmaktadır. Ancak failin kastının yoğunluğunun neden asgari düzeyde bir indirimi gerektirdiği tam olarak anlaşılmamaktadır. Karara yansıdığı kadarıyla olayın özelliklerinden failin kastının yoğunluğuna ilişkin bir değerlendirmede bulunmak mümkün değildir¹³¹⁹. Birçok karar bakımından aynı gözlemi yapmak mümkündür.

Yargıtay kararları incelendiğinde “alt sınırdan uzaklaşma” yaklaşımının “benzer olaylarla karşılaştırıldığında” ifadesi ile desteklenmekte olduğu görülmektedir. Yargıtay’ın bu ifadeyi kullanıyor olması oldukça önemlidir ve dikkate değer bir durumdur. Özellikle 7. Ceza Dairesi’nin kararlarında sıklıkla şu ifadeye yer verilmektedir¹³²⁰: “*dosya kapsamına göre sanığın benzer olaylarla karşılaştırıldığında fiili, eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak teşdit uygulanmasını gerektirmediği halde, hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayacak biçimde sanık hakkında asgari haddten ayrılarak fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.*” Diğer Ceza Daireleri de benzer olaylarla karşılaştırıldığında failin fiilinin alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirip gerektirmediğinin değerlendirildiği

¹³¹⁹ Yargıtay 6. CD., E. 2021/4739, K. 2021/19831, T. 20.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³²⁰ Örnek olarak bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2021/17343, K. 2021/17994, T. 22.12.2021.; 7. CD., E. 2021/6807, K. 2021/17638, T. 20.12.2021; 7. CD., E. 2021/6487, K. 2021/17417, T. 15.12.2021; 7. CD., E. 2021/6828, K. 2021/17422, T. 15.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

kararlar vermektedirler¹³²¹. Bu yaklaşım bazı kararlarda “benzer olaylarla karşılaştırıldığında vahamet arz etmeyen fiili ile orantılı olarak asgari haddin hakça uzaklaştırılması gerekirken” şeklinde ifade edilmektedir¹³²². Bazı kararlarda ilk derece mahkemesinin gerekçesinin yerinde olmadığı ve benzer olaylarla karşılaştırıldığında failin fiilinin alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirmediğine hükmedilmektedir¹³²³. 2. Ceza Dairesi’nin kararında olayın detayları tarif edilerek alt sınırdan uzaklaşılmasının gerekmediği yönünde bir değerlendirmeye gidilmiştir. Bu olayda bir alışveriş merkezinin kapalı otoparkında park halinde bulunan Kuba marka kırmızı bir motosiklet çalınmaktadır. Ceza Dairesi bu olayın benzer olaylarla karşılaştırıldığında temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir¹³²⁴.

Bu kararlarda benzer olayların tespitinde nasıl bir yol izlendiğini anlamak mümkün değildir. Somut olayın hangi özelliklerinin karşılaştırma ölçütü olarak kullanıldığına ilişkin herhangi bir açıklamaya rastlanılmamaktadır. Dahası benzer olaylara uygun olan ceza miktarının ne olduğu ve ilk derece mahkemesi hakiminin bundan nasıl haberdar olacağı konusunda da sessiz kalınmaktadır. Hakimin kendi tecrübelerine mi dayanacağı yoksa yargı çevresinde verilmiş olan kararlara mı danışması gerektiği belirsizdir. Benzer olaylar genellikle cezanın alt sınırdan belirlenmesini gerektiren olaylar olarak karşımıza çıkmaktaysa da bazı kararlarda benzer olayların alt sınırdan “hakça” uzaklaştırılmasını gerektiren olaylar oldukları anlaşılmaktadır¹³²⁵. Dolayısıyla benzer olaylar her zaman alt sınırdan cezalandırmayı gerektiren olaylar niteliğinde değildirler.

Yargıtay tarafından başvuru ve alt sınırdan uzaklaşmanın gerekli olup olmadığını araştırmaya dayanan yöntem her ne kadar ceza miktarlarının kanun yolu

¹³²¹ Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. CD., E. 2020/23177, K. 2021/7785, T. 07.04.2021; 5. CD., E. 2021/6341, K. 2021/6329, T. 07.12.2021; 5. CD., E. 2018/8172, K. 2021/6020, 30.11.2021; 5. CD., E. 2019/721, K. 2021/4716, T. 19.10.2021; 5. CD., E. 2018/707, K. 2021/4233, T. 05.10.2021; 11. CD., E. 2017/9147, K. 2021/7332, T. 27.09.2021; 11. CD., E. 2017/13911, K. 2021/7499, T. 29.09.2021; (Kapatılan) 19. CD., E. 2020/1247, K. 2021/20455, T. 30.06.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³²² Örneğin bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2021/8792, K. 2021/17234, T. 14.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³²³ Örneğin bkz. Yargıtay (Kapatılan) 19. CD., E. 2020/1247, K. 2021/20455, T. 30.06.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³²⁴ 2. CD., E. 2020/23177, K. 2021/7785, T. 07.04.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³²⁵ Örneğin bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2021/8792, K. 2021/17234, T. 14.12.2021, (karararama.yargitay.gov.tr).

denetiminde hukuk uygunluklarının değerlendirilmesi bakımından işe yarar ve makul bir yöntem olsa da ilk derece mahkemesinin bu yöntemi kendi kararını belirlerken benimsemesi ve kullanması etkili olmayacaktır. Kanunda öngörülmüş olan alt ve üst sınırların tek başına somut olayda uygun cezanın belirlenmesinde yeterli olmadıklarını yukarıda açıklamıştık. Bu nedenle “alt sınırdan uzaklaşma” formülü de tek başına yeterli olmamaktadır. Birçok farklı olayda alt sınırdan ceza verilmesi mümkündür. Ayrıca birçok olay alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirebilir. Hakimin referans alabileceği ve buradan hareketle önündeki olayı ceza aralığında bir yere konumlandırabileceği bir sistem sunmamaktadır. Alt sınırdan uzaklaşmanın hangi ölçütlerle hangi oranlarla olacağına ilişkin tamamlayıcı kabuller olmadan sadece hakkaniyete dayanılması ise zaten somut yönergelerin eksikliği nedeniyle cezanın miktarını belirlemekte zorluk çeken ilk derece mahkemesi hakimlerine yol göstermekten oldukça uzaktır. Bu tür bir yaklaşım onları daha sezgisel davranmaya ya da cezayı otomatik olarak alt sınırdan belirlemeye yöneltebilir.

Bununla birlikte “benzer olaylarla karşılaştırma” yöntemi daha çok umut vaat eden bir yaklaşımdır. Mevcut kullanımı ile birçok belirsizlik içermekte olduğu ve henüz olgunlaşmadığı açıktır. Ancak buradan hareket ederek cezanın miktarının alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesine ilişkin bir yöntem geliştirilebilir. Bu şekilde daha sistematik ve rasyonel bir cezanın belirlenmesi süreci kurgulanabilir. Bunun için devam eden başlıklarda Alman öğretisinde önerilmekte olan ve karşılaştırmaya dayanan görüşleri ve bu görüşlere getirilen eleştirileri incelemekteyiz. Ardından kendi yaklaşımımızı açıklamaktayız.

3. Cezanın Miktarının Belirlenmesinde Diğer Mahkeme Kararlarının Önemi

İlk bakışta iki farklı failin fiilinin hiçbir zaman aynı olmayacağı ya da en azından tüm kişiliği cezanın belirlenmesinde önemli bir husus olan failin her zaman başka bir insan olacağı düşüncesi¹³²⁶, cezanın belirlenmesinde hakime önemli ölçüde

¹³²⁶ Örnek olarak bkz. Eduard Dreher, “Rationalere Strafzumessung?”, **Pönometrie: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung**, (Ed. Eduard Dreher, Walter Grasnick ve Wilhelm Haddenhorst), Verlag Institut für Konfliktforschung, Köln, 1977, (Rationalere), s. 46.

takdir alanı bırakılmasını meşrulaştırabilir. Ancak çoğu olayda tüm yönleriyle failin kişiliği, cezanın belirlenmesinde önemli bir role sahip değildir¹³²⁷. Dahası hakim in sadece sürenin sınırlı olması nedeniyle değil bundan bağımsız olarak da bir sanığı kişiliğinin tüm yönlerini ve özellikle de onu diğer sanıklardan ayıran özelliklerinin neler olduğunu araştırması mümkün değildir¹³²⁸. Hakimler genellikle önlerinde duran insana ilişkin ancak eksik bir intiba edinebilirler ve kendilerini fiille ilişkili olmayan değerlendirmelerden sakınmaları gerekir. Cezanın belirlenmesi için önemli olan değerlendirmeler hükmün gerekçesinde yer alan hususlara dayanıyor ise cezanın belirlenmesinin denetlenebilir ve diğer olaylarla karşılaştırılabilir hale gelir. Eğer bir değerlendirme olgularla gerekçelendirilmiyor ise karar veren kişinin önyargılarının bir yansıması olup olmadığı kesin olarak söylenemez¹³²⁹. Zaten cezanın kusur esasında belirlenmesi görüşümüz çerçevesinde kusurun ağırlığı hareketin ve neticenin haksızlığı ve haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsü üzerinden belirlenmektedir ve failin kişiliği oldukça sınırlı bir şekilde bu iki bağlamda değerlendirilebilecek ise cezanın belirlenmesinde bir rol oynamaktadır. Bu nedenle failin kişiliği gerekçe gösterilerek iki suçun birbiri ile kıyaslanması mümkün olmadığı iddiası bizim açımızdan geçerli değildir.

Cezanın adaletin gerçekleşmesine nasıl katkı sunabileceği, toplumda hangi görevi yerine getireceği, bize bir diğer bireye olumsuzluk yükleme hakkını neyin verdiği ve hakkı neye dayandırabileceğimiz hakkında düşündüğümüzde cezanın önleyici nitelikte bir koruma görevinin olduğu ve bu görevin adaletin gereklilikleri ile sınırlandırıldığı anlaşılabacaktır. Bu sınırlar kusurun ağırlığı ile ceza arasındaki bağlantıyı ifade etmektedirler. Kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmeler temel olarak doğa bilimlerinin ispat edilebilir bilgisinden kaynaklanmamaktadır. Bunun yerine bu değerlendirmeler hukukta temellendirilmiş olan değerlendirmelerin bir sonucudur ve ancak hukuka uygun oldukları ölçüde doğrulukları kabul edilebilir. Bu açıklamanın ışığında hakim in cezayı belirlerken benzer olaylarda verilmiş olan ceza miktarlarını da göz önünde bulundurması beklenebilir hale gelmektedir¹³³⁰. Benzer

¹³²⁷ Theune, s. 207.

¹³²⁸ Theune, s. 207. Benzer yönde bkz. Hörnle, ss. 378 vd.

¹³²⁹ Bernd Schünemann, “Summum Ius = Summa Iniuria bei der Strafzumessung”, **Pönometric: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung**, (Ed. Eduard Dreher, Walter Grasnack ve Wilhelm Haddenhorst), Verlag Institut für Konfliktforschung, Köln, 1977, (Summum ius), s. 77.

¹³³⁰ Theune, s. 207.

olaylarla karşılaştırmak, kusurun benzerlikler yardımıyla ceza miktarına dönüştürülmesine imkan sağlar. Zira kusur esasında belirlenecek olan ceza mutlak değil nispi bir şekilde belirlenebilir. Hakim, kusurun ağırlığını ve buna uygun olan ceza miktarını belirleyebilmesi için önündeki olayı farazi veya gerçek bir olay ile karşılaştırması gerekmektedir. Sıklıkla mahkumiyet hükmüne konu olan suç tipleri bakımından hakkında hüküm verilmiş olan önceki olaylarla karşılaştırmak hem mümkün hem de adaletin bir gereğidir¹³³¹.

Adil bir cezanın belirlenmesinin, bir değerlendirme uzlaşısı (*Wertungskonsens*) temelinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Değerlendirme uzlaşısı ile belirli bir olay için uygun görülecek olan belirli bir ceza miktarı veya dar bir ceza aralığı üzerinde fikir birliğine ulaşılması kastedilmektedir. Kural olarak böylesi bir uzlaş, çoğunluk görüşünü yansıtmaktadır¹³³². Karşılaştırmalı bir cezanın belirlenmesi yaklaşımı, toplumun üyelerinin adil ceza vasıtasıyla toplumsal normların onaylanmasına ilişkin talebini esas alan bir şekilde gerekçelendirilebilir. Hakimlerinki de dahil olmak üzere başlangıçta bireysel olan adalet değerlendirmeleri toplumsal düzeyde bir değerlendirme mutabakatına dönüşür ve karşılaştırmalı cezanın belirlenmesi ile vatandaşların değerleri onaylanmış olur. Böylece ceza hukukunun önlemeye ilişkin temel işlevi yerine gelir¹³³³.

Benzer olaylarda verilmiş olan mahkeme kararları asıl hukuk kaynağı değildir, yardımcı hukuk kaynaklarıdır¹³³⁴. Kusur ilkesinin ve basamaklı ceza sisteminin öngördüğü takdir alanının doğru bir şekilde kullanılmasına yardım edebilir. Takdir yetkisinin hem olayın özellikleri hem de istikrar kazanmış değer ölçütlerine uygun bir şekilde kullanılması gerekir¹³³⁵.

STRENG'e göre karşılaştırmalı yaklaşım aynı değil benzer olayları birbirleriyle ilişkilendirdiği için aslında iki aşamada gerçekleştirilmelidir. İlk aşamada somut olayda mevcut olan ve cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken temel hususlar (suç tipini şekillendiren durumlar) itibarıyla benzer olaylar ve

¹³³¹ Theune, s. 207.

¹³³² LK-Theune, § 46 kn. 312.

¹³³³ NK-Streng, § 46 kn. 119.

¹³³⁴ Schöch, Verkehrdelinquenz, s. 76. Mahkeme içtihatları, ceza hukukunda yardımcı hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Özbek ve diğerleri, s. 108.

¹³³⁵ Schöch, Verkehrdelinquenz, s. 76.

bunlarda verilmiş olan ceza miktarları tespit edilir. İkinci adımda ise bu miktar bir dayanak noktası olarak kabul edilerek henüz göz önünde bulundurulmamış olan hususlar değerlendirilerek aşağı veya yukarı yönde değişiklikler yapılmalıdır¹³³⁶.

Karşılaştırma fikrini temel alan bir diğer yöntem ise ceza tarifesı (*Straftaxen*) veya yargısal ceza aralığı (*richterliche Strafrahmen*) olarak adlandırılmaktadır. Ceza tarifesinde bir suçun tipik olarak meydana geldiği biçimleri için kanunda yer alan ceza aralığından daha dar ceza aralığı öngörülmektedir. Her ceza hakiminin görev aldığı yargı çevresinde mutlak olan belirli birtakım cezanın belirlenmesi yöntemi ile karşı karşıya geldiği söylenebilir. Hakimlerle yapılan anket çalışmalarından da bu tür tarifelerin özellikle hakimler açısından oldukça önemli oldukları gözlemlenebilir. Ankete katılan hakimlerin %94,4'ü en azından sıklıkla işlenen hafif suçlarda bu tür tarifeleri göz önünde bulundurduklarını ifade etmektedirler. Hakimlerin dörtte üçü karşılaştırmalı yaklaşımı genel olarak önemli veya çok önemli olarak nitelendirmektedirler. Henüz yeteri kadar deneyim elde etmemiş olan hakimler veya savcıların hakimler tarafından geliştirilmiş olan ceza aralıklarının memnuniyetle kabul edildikleri görülmektedir. Hatta bu ceza aralıklarını onaylamadıkları durumlarda dahi onları göz ardı etmekte zorluk çekmektedirler. Zira bu tür ceza miktarları belirli bir şekilde gerçekleşen olaylarda meslektaşları olan hakimlerin adil cezaya ilişkin değerlendirmelerini vücuda getirmektedirler. Hakimlerin kendi kararlarını verirken meslektaşlarının değerlendirmelerini de dikkate almaları esasında ceza muhakemesinin genel sistemine de uygundur. Zira birden fazla hakimden oluşan ceza mahkemelerinde hükmün oy çokluğu ile alınması gerekmektedir. Dahası kanun yolu denetiminde belirlenen cezanın makul olup olmadığının araştırılması ve alışıldık ceza miktarından önemli ölçüde uzaklaşan bir cezanın makul bulunmaması ve hatalı kabul edilmesi de mahkemeler tarafından oluşturulan ceza aralıklarının varlığını göstermektedir¹³³⁷.

İlk derece mahkemesi hakimi bir fiili değerlendirirken, büyük ölçüde diğer fiillerle karşılaştırmaya dayanmaktadır. Ancak baskın görüş veya yerleşik içtihat tarafından tanınmış olan mutlak bir değerlendirme sistemi mevcut olmadığı için çeşitli

¹³³⁶ NK-Streng, § 46 kn. 120, 180 vd. Daha detaylı açıklama için bkz. Streng, Schuld, ss. 397 vd.; Streng, Grundfälle, s. 926. Ayrıca bkz. ve karşı. Maurer, ss. 193 vd.; Meier, ss. 242 vd.

¹³³⁷ NK-Streng, § 46 kn. 119-120.

cezanın belirlenmesi hususlarına dayanan varsayımsal/teorik bir değerlendirmenin cezanın belirlenmesinde tutarlılığa yol açması beklenemez. En fazla müstakil hususların değerlendirmedeki etkilerinin yönü – arttırıcı veya azaltıcı – ortak bir şekilde kabul edilmektedir. Müstakil hususların ağırlıkları ise yaklaşık olarak bile belirli değildir. Buna karşılık olarak mahkemeler sayısız dosyada çeşitli suç tipleri açısından normatif cezanın belirlenmesi kriterleri uyarınca belirli cezalara hükmetmişlerdir ve bu kararları da bozulmamıştır. Bu dosyalar-kararlar cezanın belirlenmesinin doğruluğuna ilişkin bir kanaat ortaya koymaktadırlar ve hakim yeni kararlarında buna dayanabilir. Hakim, verdiği kararların doğruluğuna ilişkin sorumluluğunu terk etmemelidir; benzer olaylarda düzenli olarak nasıl kararlar verildiğinden haberdar olmalıdır¹³³⁸. Hakimler tarafından yapılan karşılaştırma genellikle belirli bir veri üzerinden bilinçli olarak yapılmamaktadır, aksine daha sezgisel gerçekleşmektedir. Hakimin başvurduğu karşılaştırmalı materyalin ne kadar az olduğu bu nedenle genellikle ortaya çıkmamaktadır¹³³⁹.

Bu tür bir yaklaşıma karşı cezanın belirlenmesi uygulamasını sabitlediği eleştirisi getirilebilir. Zira mevcut ceza miktarlarına ilişkin yerleşik içtihat olduğu gibi kabullenilmektedir¹³⁴⁰. Ancak asıl problem henüz böylesi bir yaklaşıma alt yapı itibariyle hazır olunmamasında yatmaktadır. Önceki mahkeme kararlarının cezanın miktarı belirlenirken değerlendirilebilmeleri için tüm ülkede verilen ceza miktarlarına ilişkin kararların bir sistem dahilinde hakimlerin kullanımına sunulmalarıdır. Henüz böyle detaylı ve kullanışlı bir sistem kurulamamıştır¹³⁴¹. O halde tamamen mevcut kararlara dayanarak cezayı belirlemek mümkün değilse nasıl bir yol izlenmelidir?

Karşılaştırma için mutlaka hakkında karar verilmiş benzer bir olayın bulunması gerekmez. Hakim normatif bir ortalama olay kurgulayabilir ve bu olay ile önündeki olayı karşılaştırabilir. Normatif ortalama olayı değerlendirmeye karar vermiş ise hareket noktası olarak alt ve üst sınırlar arasındaki ortada yer alan ceza miktarını tespit

¹³³⁸ Theune, s. 209.

¹³³⁹ Theune, s. 209.

¹³⁴⁰ NK-Streng, § 46 kn. 120a.

¹³⁴¹ Bu konuda bkz. Streng, ss. 308 vd.; Maurer, ss. 181 vd., 209; Friedrich Hoffmann, “Wie reagiert der Staatsanwalt auf den Ladendiebstahl?: Auswertung einer Umfrage über Sanktionen bei Ladendiebstahl”, **Deutsche Richterzeitung**, Cilt: 76, Sayı: 5, 1998, ss. 209 vd.; Rudolf Mellinghoff, “Strafgleichheit”, **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**, (Ed. Felix Herzog, Jong Dae Bae ve Ulfrid Neumann), C. F. Müller, Heidelberg, 2010, s. 518; Lackner/Kühl-Kühl, § 46 kn. 49.

etmesi gerekir. Ancak bunu yaparken, alt ve üst sınırdan cezaların verildiği durumları da dikkate almalıdır. Kural olarak, sadece düşünülebilir olayları değerlendirmesine dahil etmek zorunda değildir, zira üst sınır da alt sınır da sadece düşünülebilir en ağır ve en hafif olaylar için öngörülmemiştir. İkinci karşılaştırma metodu ise hakim önündeki olayın, o suç tipinde en sık rastlanan olaylara benzer olup olmadığını değerlendirmesidir. Burada hakim kendisinin aşına olduğu ve daha önce karar verilmiş olan olaylarla bir karşılaştırma yapmaktadır. Eğer hakim istatistiki olarak en sık rastlanan ortalama olay ile önündeki olayın örtüştüğüne karar verir ise cezayı hemen ceza aralığının ortasındaki değer üzerinden belirleyemez. Zira en sık rastlanan olay normatif olana göre daha hafif ya da daha ağır olabilir. Hakim cezayı belirlerken bu gibi olaylarda verilen ceza miktarlarını hareket noktası olarak alabilir¹³⁴².

4. İstatistiki Olarak En Sık Gerçekleşen Olayın Referans Noktası Kabul Edilmesi

HORN, istatistiki olarak en sık gerçekleşen kural olayın (*der statistisch häufigste Regelfall*) referans noktası olarak kabul edilmesini önermektedir¹³⁴³. Alman Federal Mahkemesi'nin 1976 tarihli bir kararında da başka bir bağlamda zaten böyle bir referans noktası cezanın belirlenmesinde kullanılmıştır¹³⁴⁴. Kararda, suçun sıklıkla ortaya çıkan şekli kural olay (*Regelfall*) olarak adlandırılmaktadır. Kararda orta ağırlıkta bir olayın ceza aralığının ortasına denk geleceği ancak gündelik hayatta ortaya çıkan ortalama olayın hafif bir ağırlığa sahip olacağı ve bu nedenle ceza aralığının ortasındaki miktardan daha az bir miktarı gerektireceği ifade edilmektedir¹³⁴⁵. Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararından itibaren içtihatlarında “kural olay” terimi kullanılmaya başlanmıştır¹³⁴⁶. HORN'a göre bu miktar genellikle ceza aralığının üçte biri olan miktar ile alt sınır arasında yer almaktadır¹³⁴⁷.

¹³⁴² Theune, s. 209.

¹³⁴³ Echard Horn, “Strafschärfung und Strafmilderung – im Verhältnis wozu?”, *Strafverteidiger*, Sayı: 4, 1986, (Verhältnis), s. 168.

¹³⁴⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 1174.

¹³⁴⁵ BGH, 13.09.1976 - 3 StR 313/76, BGHSt 27, 2.

¹³⁴⁶ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 98. Bu içtihadla ilişkin eleştirel yönde bkz. ve karşı. Hettinger, Vergleichsfälle, s. 1165.

¹³⁴⁷ Horn, Verhältnis, s. 170. Karşı. Detter, Einführung, kn. 152; Montenbruck, Abwägung, ss. 113 vd.

Kural olay ile gündelik suçluluk olarak nitelendirilebilecek olaylar kastedilmektedir. Kural olay yaklaşımında hakim önündeki olayın kural olay olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini araştırır ve bu şekilde cezanın ceza aralığının üçte birlik kısmında yer alması gerekip gerekmediğine karar vermiş olur. Eğer kural olay oluşturacak hususların yokluğuna veya kural olay olmasına engel oluşturacak hususların varlığına karar verir ise cezanın üçte birlik kısımdan daha fazla olarak belirlenmesi gerekir¹³⁴⁸. Kural olay, üst derece mahkemesi gözetiminde ilk derece mahkemesi hakimi tarafından yorumlanacak bir hukuki kavramdır. Bu kavramın ampirik delillerle – suç istatistikleri ile – ispatlanması gerekmemektedir¹³⁴⁹. Belirli bir suç tipinde kural olayı oluşturan müstakil hususların/unsurların belirlenmesinde öncelikle hakimın mesleki tecrübesi rol oynayacaktır¹³⁵⁰. Bir suçun tipik olarak nasıl işlendiğine ve ilgili olayın bu gruba girip giremediğine en iyi şekilde hakim karar verebilir. Eğer birçok olayda ceza miktarına ilişkin değerlendirmeleri kanun yolu denetiminde hukuka aykırı bulunmamış ise bunları gelecekteki kararlarında bir kılavuz olarak kullanabilir. Üst derece mahkemelerinin bozma kararları da hakim için yol gösterici nitelikte olacaktır. Özellikle de hangi tür hususların kural olayı oluşturduklarına dair kararlarını takip edebilirler¹³⁵¹. Burada bu tür değerlendirmelerin mutlak tartışılmazlığından ziyade makul olmaları söz konusudur ve her şeyden önce bu bir açıklık ve tutarlılık meselesidir. Bu yaklaşım hakimın kusura uygun bir ceza belirlemesi yetkisini sınırlandırmayı değil onu kanalize etmeyi amaçlamaktadır¹³⁵².

Kural olayın bir suçun sadece basit haline ilişkin olarak mı oluşturulabileceği belirsizdir. Alman ceza hukukunda nitelikli hal olarak değerlendirilmeyen ancak bir suçun farklı bir ceza ile cezalandırılmasına imkan tanıyan yaptırım normları

¹³⁴⁸ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 99; Hans Jürgen Bruns, “Die Bedeutung des Durchschnitts-, des Regel- und des Normalfalls im Strafzumessungsrecht — Mögliche Orientierungspunkte für die Eingliederung der Tat und des Strafmaßes in die Stufenfolge des Rahmens?”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 43, Sayı: 22, 1988, (Orientierungspunkte), s. 1057; H. Günther, *Grundlagen*, s. 1029; Streng, *Schuld*, s. 396. Eleştirel yönde bkz. ve karşı. Hettinger, s. 148; Wolfgang Frisch ve Matthias Bergmann, “Zur Methode der Entscheidung über den Strafraumen”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 45, Sayı: 20, 1990, s. 947.

¹³⁴⁹ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 100.

¹³⁵⁰ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 101. Karşı. Theune, s. 209; Hettinger, *Vergleichsfälle*, s. 1159.

¹³⁵¹ Horn, *Verhältnis*, ss. 169 vd. Çeşitli üst derece mahkemesi kararlarından kural olayın oluşturulmasında nasıl faydalanılacağına ilişkin örnekler için bkz. SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 101.

¹³⁵² SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 101.

bulunmaktadır. Buradaki belirsiz bu tür normlara girebilecek olaylar bakımından bir kural olay belirlenmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bir suç tipi temel forumunda belirli bir ceza aralığı ile cezalandırılmaktadır. Bazı hallerde özel düzenlemeler ışığında bu temel ceza aralığının değiştirilmesi yoluna gidilebilir. Bu gibi hallerde alt ve üst sınır yükseltilebilir veya düşürülebilir. Bu hallerde de kural olayın kurgulanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ancak örnekseyici olarak hangi hallerde ceza aralığının değiştirilebileceğinin belirlenmediği düzenlemeler bakımından kural olayın kurgulanmasının mümkün olmayacağı da belirtilmektedir¹³⁵³. Türk ceza hukukunda bu şekilde ceza normlarına yer verilmemektedir. Yine de bu tartışma kural olay yaklaşımının nitelikli hallerde de uygulanabilir olup olmadığı bağlamında Türk ceza hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Bir suç tipinin basit hali bakımında en sık rastlanan gündelik suçluluk olarak nitelendirilebilecek bir olayın düşünülebilmesi mümkündür. Nitelikli haller bakımından da böyle bir olayın kurgulanabileceği fikri oldukça makuldür. Örneğin, TCK m. 142/2, h bendindeki nitelikli hırsızlık suç tipi açısından en sık rastlanan bir bina içerisinde hırsızlık olayının kural olay olarak değerlendirilmesi mümkündür.

HORN/WOLTERS'e göre cezanın belirlenmesinde başvurulması gereken doğru referans noktası kural olaydır. Referans noktası olarak kabul edilebilecek olan diğer yaklaşımlara ve özellikle de aşağıda açıklanmakta olan normatif normal olaya şu gerekçelerle karşı çıkmaktadırlar: Cezada bulunan olumsuzluğun ağırlığının, artan ceza miktarı ile oransız bir şekilde artacağı ampirik olarak gerekçelendirilebilir. Bir diğer ifade ile ceza miktarındaki artış ile cezanın ağırlığı birebir doğru orantılı değildir. Bu nedenle de kusurun ağırlığından hareketle orta ağırlıkta bir olayın ceza aralığında orta noktaya denk düşeceği değerlendirmesi hatalıdır. Düşünülebilir ortalama olay hem boş bir kavramdır ve somut olayın ceza aralığına yerleştirilmesinde bir referans noktası olarak işe yarayamaz hem de uygulamada sıklıkla karşılaşılan kural olay ile karıştırılabileceğinden cezanın fazla belirlenmesine neden olabilir¹³⁵⁴.

Ceza adaleti istatistiklerinden çoğu olayda alt sınıra yakın bir ceza miktarı belirlendiği anlaşılmaktadır. Ancak ceza miktarlarına ilişkin istatistikler genel olarak bir suç tipine ilişkin olarak verilmiş tüm cezaları sınıflandırmaksızın göstermektedir.

¹³⁵³ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 103.

¹³⁵⁴ SK-Horn/Wolters, § 46 kn. 105.

Hem kural ceza aralığının hem de özel ceza aralığının kullanıldığı kararları içermektedirler.¹³⁵⁵ Bu nedenle bir suçun en sık rastlanan işlenişinin bir diğer ifadeyle kural olayın nasıl cezalandırıldığını denetlemek oldukça zor olacaktır.

5. Normatif Normal Olayın Referans Noktası Kabul Edilmesi

Normatif normal olay görüşüne göre cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan müstakil hususlar, ceza aralığının ortasındaki bir cezaya denk gelen varsayımsal bir normatif normal olay üzerinden değerlendirilmelidir. Her bir husus bu sıfır noktasından hareketle cezanın miktarına azaltıcı ya da ağırlaştırıcı yönde etki edecektir. Eğer ilgili husus normatif normal olayın bir özelliği ile örtüşüyor ise herhangi bir etkisi olmayacaktır¹³⁵⁶. Referans noktasının kanunun, kanuni değerlendirmelerin ve yargı içtihadı uygulamasının normatif yönergeleri vasıtasıyla belirlenmesi, tipik olarak veya düzenli olarak ortaya çıkan hususlara dayanılmasına bir karşıtlık oluşturmamaktadır. Zira kanuni değerlendirmeler gerçekte ortaya çıkan olaylardan bağımsız bir şekilde meydana gelmemektedirler. Normatif değerlendirmelerin önceliği bulunmaktadır. Tipe özgü olmayan değerlendirmeler uyarınca failin lehine olan genel bir hususun sıklıkla veya çoğu olayda mevcut olması, ancak ilgili ceza normu uyarınca da bu yönde bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılıyor ise normal olayın bir parçasın haline gelebilir. Bu nedenle uyuşturucu madde bağımlılığı bulunan ve uyuşturucu madde ticareti suçunu işleyen failin cezası belirlenirken madde bağımlılığı hususu çoğu benzer olayda yaygın olarak bulunan bir durum olmasına rağmen uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun normatif normal olayının bir bileşeni/özelliği olarak değerlendirilemez¹³⁵⁷.

THEUNE'ye göre normatif normal olayın referans noktası olarak seçilmesine karşı yöneltilen eleştiriler haklı değildir ve kısmen ilgili kavramların değerinden fazla önemsenmesinden kaynaklanmaktadır. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların değerlendirilmesi için normatif yönergelere dayanılması, ne karmaşık bir normatif normal olay tanımını ve bu olayın unsurlarına

¹³⁵⁵ Theune, s. 209.

¹³⁵⁶ Schäfer ve diğerleri, kn. 1172.

¹³⁵⁷ Theune, ss. 205 vd.; LK-Theune, § 46 kn. 62.

ayrılmasını gerektirmektedir ne de böylesi bir referans noktasının belirlenmesi kanunun normal bir ceza öngördüğü bir kural olay belirlediği ve hakim bu cezadan hareketle aşağı ve yukarı yönde hareket ettiği kabulüne dayanmaktadır¹³⁵⁸. Normatif normal olay kavramı cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların değerlendirilmesinde sadece ilgili hususların varyasyonları ile ilişkilidir. Cezanın belirlenmesinin gerekçelendirilmesinin bu aşamasında sadece bunların araştırılması/incelenmesi gerekir. Normal olay, hem suç tipine özgü olmayan genel hükümlerde yer alan hem de suç tipine özgü olan veya sistematik değerlendirmeler içeren ve özel hükümlerde yer alan düzenlemeler uyarınca yargı kararlarıyla somutlaştırılabilir. Normal olayın belirlenmesi hukuk teorisinin bir icadı değildir. Alman Federal Mahkemesi'nin hem açıkça cezayı ağırlaştıran ve hafifleten hususlar arasında ayırma gidilen hem de nötr olan hususları sayan yargı kararlarının çoğunda da tarif edilmektedir¹³⁵⁹.

Bir yandan alt ve üst sınıra eşit uzaklıkta duran bir noktanın başlangıç noktası olarak kabul edilmesinin kanun koyucunun iradesini en iyi şekilde yansıtacağı ileri sürülebilir. Öte yandan normatif normal olay olarak nasıl bir olayın kurgulanacağı oldukça sorunlu ve tartışmalıdır. Somut olayda kusurun ağırlığını belirten hususların ne zaman/hangi hallerde normal – nötr – olarak nitelendirilebileceği oldukça görecelidir. Örneğin, normatif normal olayda, suçun hangi işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin hangi yoğunluğu söz konusudur; suçun nerede ve ne zaman işlenmesi, kastın veya taksirin ya da meydana gelen zarar veya tehlikenin hangi ağırlıkta olması gerekir. Bu gibi soruları çoğaltmak mümkündür. Ceza aralığının ortasına denk gelecek bir olayın kurgulanmasında pek çok güçlüklerle karşılaşmaktadır. Dahası bu yöntem belirlenen cezaların daha ağır olmaya meyletmesi tehlikesini de barındırmaktadır. Normatif normal olay olarak kurgulanacak olaydan çeşitli şekillerde sapan bir olayda her daha ağır nitelendirilen husus için orta noktadan yukarı doğru hareket edilmesi gerekecektir. Ölçüsüz bir şekilde daha ağır cezaların belirlenmesine yol açabileceği

¹³⁵⁸ LK-Theune, § 46 kn. 63.

¹³⁵⁹ Werner Theune, "Gerechte Strafe – Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Überprüfung der Strafzumessung durch die Revisionsgerichte", **Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer**, (Ed. Otto F. Gamm, Peter Raisch ve Klaus Tiedemann), C. Heymann, Köln, 1988, (Gerechte Strafe), ss. 454 vd.

endişemizden ve normatif normal olayın kurgulanmasındaki zorluklardan ötürü bu yaklaşımın tercih edilmemesi görüşündeyiz.

6. Bütüncül Yaklaşım – Aşamalı Yaklaşım Ayrımı

Bir diğer çözüm yöntemi ise FOTH tarafından ileri sürülmektedir. Yazar öncelikle Alman Federal Mahkemesi'nin indirim sebebinin olmamasının cezayı ağırlaştırıcı yönde değerlendirilemeyeceği yönündeki yerleşik içtihadını sorgulamaktadır. Zira böylesi bir kabul normal olarak nitelendirilebilecek bir referans noktasını gerektirmektedir. FOTH bunun yerine tüm hususların bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu bütüncül değerlendirme belirli bir suçun bütün meydana geliş biçimlerine uygun bir ceza miktarını içeren kanuni ceza aralığına tekabül etmektedir. Hakimin görevi bütüncül değerlendirmesine dayanarak ceza aralığında doğru cezayı bulmaktır. Bu nedenle de bir hususun olumlu veya olumsuz şekilde tarif edilmesinin bir önemi yoktur. Örneğin failin ekonomik zorluk içinde hareket etmemiş olması. Al. CK parag. 46/2'de hakimin her bir hususu cezayı ağırlaştırıcı veya cezayı hafifletici şeklinde nitelendirilmesi aranmamaktadır, zira önemli olan her bir hususun etkisi değil tüm hususların bir araya gelmesi ile oluşan bütüncül tablonun değerlendirilmesidir¹³⁶⁰.

Alman Federal Mahkemesi'nin Ceza Genel Kurulu (*Große Senat*) bütüncül değerlendirme bakımından net bir tavır takınmaksızın FOTH'un bu görüşüne katılmaktadırlar. Bununla birlikte Ceza Genel Kurulu kural olaya dayanılmasını uygun görürken normatif normal olayın esas alınmasını reddetmektedir. Bir hususun ne şekilde formüle edildiğinin değil, değerlendirmenin maddi içeriğinin önemli olduğunu

¹³⁶⁰ Eberhard Foth, "Strafschärfung/Strafmilderung – eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung", **Juristische Rundschau**, Sayı: 10, 1985, ss. 397-399, ss. 397 vd. SCHÄFER ve diğerleri, FOTH'un görüşünü bir örnek ile açıklamaktadırlar. Al. CK parag. 316 hem taksirle hem de kasten işlenen suça aynı ceza aralığını öngörmektedir. Farklı durumların cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici olarak değerlendirilebileceği bir normatif normal olay bu suç bakımından söz konusu değildir. Kusur şekli – suçun kast veya taksirle işlenmiş olması – soyut tehlikenin ölçüsü, kandaki alkol oranının yüksekliği, failin sabıkasının bulunup bulunmadığı vb. diğer hususların yanında bütüncül değerlendirmede hesaba katılacak olan önemli bir faktördür. Ancak failin kısa süre içerisinde birden fazla sabıkasının bulunması halinde ağırlık olarak bu hususun ardına çekilebilecektir. Schäfer ve diğerleri, kn. 1175.

vurgulamaktadır. Bu bakımdan FOTH tarafından ileri sürülen “bütüncül resim” (*Gesamtbild*) anlayışına katıldığını söylemek mümkündür¹³⁶¹.

Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların bütüncül bir şekilde değerlendirileceği kabul edilecek olursa bu “bütüncül resmin” nasıl oluşturulacağının açıkça ortaya konulması gerekir. Suç tiplerinin farklı yapıları sebebiyle tüm olaylarda geçerli olacak sabit bir şemanın geliştirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte öncelikle cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların tartılması ve ardından kusurun denkleştirilmesi bağlamında fiilin sonuçlarının ve cezanın etkilerinin değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Federal Mahkeme tarafından kabul edilen takdir alanı teorisi (*Spielraumtheorie*) uyarınca kusurla oranlı ceza aralığı bu iki değerlendirme noktası üzerinden belirlenmektedir¹³⁶². SCHÄFER ve diğerleri, cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesine ve ceza miktarına (kusurun ağırlığına uygun ceza çerçevesine) dönüştürülmesini örnek bir olay üzerinden açıklamaktadırlar¹³⁶³. Bu

¹³⁶¹ Schäfer ve diğerleri, kn. 1176.

¹³⁶² Schäfer ve diğerleri, kn. 1177.

¹³⁶³ A, B ve C bir banka soygununun birlikte failleridir. Al. CK parag. 243 uygulanacaktır. Zarar oldukça yüksektir. Failler 20 milyon Euro nakit para ve en azından 10 milyon Euro değerinde mücevher çalmışlardır. Suçu oldukça profesyonelce ve titizlikle işlemişlerdir. Aylar boyunca bankayı gözetlemişlerdir. Tünel kazılması için birçok kişiden faydalanmışlardır. Fiili genel hatlarıyla planlamışlardır: hazırlık hareketlerinden, suçun işlendiği zamana, nasıl işleneceğine, alarm ve güvenlik sistemlerinin kapatılmasından kaçış ve ulaşımın nasıl olacağı ve çalınan paranın nerede saklanacağına kadar planlanmıştır. A, tüm bu planlamayı yapan ekibin beyni konumundaki faildir, 45 yaşındadır, daha önce birçok kez hırsızlık ve yağma suçundan ötürü ceza almıştır, fiili işlemeyen bir yıl öncesine kadar birkaç milyon Euroluk bir başka soygun nedeniyle birkaç yıl hapis cezası infaz edilmiştir. B, suçun işleniş bakımından vazgeçilemez bir katkıda bulunmaktadır, 40 yaşındadır, hafif nitelikte birden fazla mal varlığına karşı suçtan sabıkalıdır, üç yıl önce hırsızlığa teşebbüsten ötürü 9 ay hapis cezası infaz edilmiştir. C’nin katkısı “beyaz yakalı” olarak suçun nasıl işleneceğine ilişkin bazı bilgileri iletmesi ile sınırlıdır, 22 yaşındadır, daha önce herhangi bir suçtan ötürü cezalandırılmamıştır, A ile bir restoranda tanışmış ve onun karizmasından etkilenecek bu suça iştirak etmeye karar vermiştir. Faillerin yakalanmasının ardından suç konusu eşya ele geçirilememiştir. 30 milyon Euro’luk zarar halen mevcuttur. A’nın kusuru en yüksek seviyede bulunmaktadır, bu nedenle 8 yıldan 10 yıla kadar cezalandırılmalıdır. B’nin işlediği netice ve hareketin haksızlığı da A ile aynı değerlendirilmelidir. Ancak B’nin önceki yaşantısı A’nınki kadar olumsuz görünmemektedir. Bu nedenle B’nin 6 yıldan 8 yıla kadar cezalandırılması gerekir. C’nin hareketinin haksızlığı diğerlerine nazaran açıkça daha hafiftir. Plan uyarınca yapılan iş bölümünde C daha az önemli/ağırlıklı bir katkıda bulunmaktadır. Ayrıca daha önce suç işlememiş olması, genç oluşu, suça A’nın yönlendirmesiyle iştirak etmiş olması da değerlendirilmelidir. C’nin 3 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerekir. Eğer failler suç konusu eşyayı iade ederlerse o zaman cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığı ve dolayısıyla kusur esasına göre belirlenmiş cezanın çerçevesi de değişecektir. Eğer failler suçtan ötürü gerçek bir pişmanlık duyuyorlar ise ki bu durumun A bakımından özellikle araştırılması ve denetlenmesi gerekmektedir o halde ceza

örnekte ulaşılan ceza miktarları kabataslak ifade edilmektedir. Ancak hareketin ve neticenin haksızlığının iki önemli unsur oldukları ve failin fiilden önceki ve sonraki davranışlarının da kayda değer bir şekilde etki ettiklerini açıkça göstermektedir. Olaydaki birlikte failler A, B ve C aynı zarardan sorumludur. Bu nedenle neticenin haksızlığı eş değerdir. İlk önemli fark hem suçun işleniş biçimine katkıları hem de amaç ve saik gibi psikik faktörler nedeniyle hareketin haksızlığında meydana gelmektedir. Bu iki bileşenden sadece birine ağırlık verilmesi hatalı olacaktır. Her dört faktörün de (hareket- neticenin haksızlığı, fiilden önceki ve sonraki davranışlar) önemli ölçüde cezanın belirlenmesi kusuruna etki etmektedir. Eğer dördü de ağır ise kusurun üst seviyede, dördü de hafif ise kusurun aşağı seviyede konumlandırılması gerekir. Bu örnek FOTH ve Ceza Genel Kurulu tarafından benimsenen görüşe uygun olarak cezanın belirlenmesi hususlarının olumlu ya da olumsuz olarak formüle edilmelerinin önemli olmadığını göstermektedir. Örneğin, 30 milyon Euro'luk zarar neticesinin mevcut olması – zararın giderilmemiş olması – hükmün gerekçesinde yer alırken aslında failler zararı gidermemiş olmaları nedeniyle kınanmamaktadırlar. Bu şekilde sadece zararın giderilmiş olmasına nazaran zararın mevcut olmasının daha ağır olduğu ifade edilmektedir¹³⁶⁴.

Cezanın belirlenmesine bütüncül yaklaşım Avusturalya ceza hukukunda da benimsenmektedir. Avusturalya Yüksek Mahkemesi'ne göre cezanın miktarının belirlenmesinin doğru yöntemi tüm ilgili hususların bir arada değerlendirildiği sezgisel veya içgüdüsel bir sentezdir. Önemli olan hakim ilgili hususlara ilişkin sahip olduğu kendi sezgileridir. Zira ilgili hususların bir araya gelişi her bir olay bakımından eşsizdir ve onların ağırlıklarının değerlendirilmesi ve bir ceza miktarına çevrilmesi de aynı şekilde eşsizdir. Cezanın belirlenmesi bu nedenle bilimden ziyade bir sanat olarak görülmektedir¹³⁶⁵.

çerçevesinin indirilmesi söz konusu olabilir. A bakımından 8 yıla kadar hapis cezası, B bakımından 4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ve C bakımından 2 yıla kadar hapis cezası ve yeniden suç işlemeyeceği kanaatine ulaşılır ise cezasının ertelenmesi söz konusu olabilir. Schäfer ve diğerleri, kn. 1182.

¹³⁶⁴ Schäfer ve diğerleri, kn. 1183.

¹³⁶⁵ Sarah Krasnostein ve Arie Freiberg, "Pursuing Consistency in An Individualistic Sentencing Framework: If You Know Where You're Going, How Do You Know When You've Got There?", **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, s. 269.

Bu yaklaşımın zorunlu bir sonucu objektif ve tekrarlanabilir ölçme teknikleri anlamında bilimsel yöntemlerin kullanılması kabul edilmemektedir. Sadece matematiksel hesaplamalara dayanan sistemler değil, ceza tarifeleri, ceza aralıkları, karşılaştırma veya referans noktası gibi yöntemler de reddedilmektedir. Bu gibi yöntemler sadece cezanın belirlenmesinde tali bir rol edinebilirler. Aksi failin başka bir suçtan dolayı cezalandırılması anlamına gelecektir. Sezgisel yöntemle belirlenen ceza hakimden hakime değişiklik gösterecektir. Bu yaklaşımda benzer olaylarda verilen cezalardaki farklılıklar normalleştirilmektedir. İlgili hususların değerlendirilmesinin eşsiz olduğunu kabul etmek cezaların sezgisel olarak erişilen öznel yargılar oldukları anlamına gelmektedir. Bunun bir sonucu olarak belirlenen cezanın ardındaki gerekçeler tamamen açıklanamamaktadır. Bu da mahkeme kararlarında hangi hususların ne şekilde değerlendirildiklerinin ampirik olarak araştırılmasının önüne geçmektedir¹³⁶⁶.

HÖRNLE ise fiilin ağırlığına ilişkin değerlendirmeden cezanın miktarına geçişin iki aşamada gerçekleştirilmesini önermektedir. Buna göre önce neticenin haksızlığından hareket edilerek ceza aralığında bir nokta tespit edilir, sonra hareketin haksızlığına göre cezanın tam miktarı belirlenir¹³⁶⁷. Bu şekilde aşamalı bir yöntemin benimsenmesinin ardında bir fiilin ağırlığının bütüncül olarak değerlendirilmesindeki zorluk yatmaktadır. Yazara göre ilk olarak cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların tamamının bir kerede toplu olarak tartılması beklentisi gerçekçi değildir, ikinci olarak ilgili olayın bir bütün olarak bir diğer olay ile karşılaştırılmasındaki zorluk nedeniyle bu tartımdan doğrudan ceza miktarına ulaşmak da oldukça sorunludur¹³⁶⁸. Somut olay tüm özellikleri ile birlikte bir diğer olay ile karşılaştırılacak olursa aralarında her açıdan farklılıklar bulunacaktır. Her yönüyle farklılıklar ortaya koyan bir olay kullanışlı bir karşılaştırma nesnesi değildir. Sadece cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususların müstakil olarak karşılaştırılması mümkündür¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ Krasnostein/Freiberg, s. 269.

¹³⁶⁷ Hörnle, ss. 364 vd.

¹³⁶⁸ Hörnle, s. 367.

¹³⁶⁹ Frisch, Bewertungsrichtung, s. 343; Hörnle, s. 367.

7. Görüşümüz

Cezanın belirlenmesinde hakim, kusurun karşılığı olan bir ceza miktarını tespit etmektedir. Bir diğer ifade ile hakim, failin gerçekleştirdiği haksızlığı ve haksızlığın kınanabilirliğini ölçerek tüm toplumun o anki değer yargıları ile ilgili suça bir değer biçmektedir. Bu değerlendirme süreci hakim her bir olayda sadece o olaya özgü olarak gerçekleştirdiği bir yargılama faaliyetidir. Hakim cezayı belirlerken istatistiki bilgiden yola çıkarak önündeki olayın temsil edileceği en olası ceza miktarı veya miktarlarını tespit etmemektedir. Cezanın belirlenmesi matematikselleştirilemeyecek normatif bir süreçtir. Her bir belirleme normatif bir yargıyı içermelidir. Bununla birlikte hakimler bir olayı değerlendirirken onu diğer olaylarla karşılaştırmalıdır. Zira cezanın belirlenmesi kusurunun ve bunu gösteren ölçütlerin mutlak birer karşılığı bulunmamaktadır. Her bir ölçüt çeşitli varyasyonları ile ilişki içerisinde daha az ya da fazla bir haksızlığa veya kınanabilirliğe işaret ederler. Hakim hem daha önce kendisi veya diğer hakimler tarafından verilmiş olan kararları hem de farazi olayları göz önünde bulundurarak önündeki olayda failin kusurunun ağırlığını ölçmelidir. Bu ölçme işleminin keskin aşamalara ayrılması mümkün değildir. Zira hem hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı arasında hem de haksızlığın ağırlığı ile bunun kınanabilirliği arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Öte yandan bir olayı bütün olarak değerlendirmek ve diğer olaylar kıyaslayarak ağırlığına ilişkin bir yargıya varmak da oldukça zordur. Bu nedenle her somut olayda ön plana çıkan hususlar bağlamında bir ön karşılaştırma yapılması bu şekilde alt ve üst sınırlar arasında tahminen belirlenecek olan noktanın ilk seferde göz önünde bulundurulmamış olan diğer hususlar üzerinden netleştirilmesi yoluna gidilebilir. Bu yaklaşımda haksızlığının değerlendirilmesi hareket ve neticenin haksızlığı olarak iki keskin aşamaya ayrılmamaktadır. Daha ziyade somut olayda hakim en ağırlıklı önemli bulduğu hususların önce değerlendirilmesi yoluna gidilmektedir.

Karşılaştırmanın gerekliliği ve somut olayın nasıl karşılaştırma nesnesi haline getirilebileceğine karar verdikten sonra karşılaştırmanın diğer nesnesinin tespit edilmesine geçebiliriz. Burada kesin olarak varsayımsal/normatif ya da istatistiki olarak en sık işlenen olay şeklinde bir sınırlandırmaya gitmeyi tercih etmemekteyiz. Ceza aralığının alt sınırını değil de bir bölü üçlük bölümünü temsil eden bir noktadan

hareket edilmesi kanaatindeyiz. Hakim böylesi bir cezayı gerektirdiğini düşündüğü, tecrübe edildiği olaylar ile elindeki olayı önemli hususları üzerinden karşılaştırmalı ve aşağı yukarı yönde hareket etmelidir. Bu itibarla esasında Yargıtay'ın alt sınırdan uzaklaşma formülü tamamen reddedilmemektedir. Alt sınır yerine orta ve alt sınır arasındaki bir alandan hareket etmenin gerçekten kusuru bakımından çok hafif olayların alt sınırdan cezalandırılmasına imkan tanıyacağı görüşündeyiz. Ceza aralığının orta noktasından hareket edilmeyerek cezanın ölçüsüz bir şekilde ağır belirlenmesinin de önüne geçilecektir. Ceza miktarının belirlenmesinde en önemli şeylerden biri gerekçedir. Hakimin önündeki olayı neden ceza aralığının üçte birlik kısmında gördüğünü değerlendirmesinde göz önünde bulundurduğu her bir hususla ilişki kurarak açıklaması gerekmektedir.

III. SEÇİMLİK CEZALARDA CEZANIN TÜRÜNÜN BELİRLENMESİNDE YÖNTEM

A. Türk Hukukunda Cezanın Türünün Belirlenmesi Yöntemi

Kanunda cezanın türü gösterilebileceği gibi seçimlik olarak da düzenlenebilir. Bu şekilde seçimlik cezanın öngörülmüş olması halinde mahkemenin cezanın türünü seçmesi gerekir¹³⁷⁰. Hakimin hangi cezanın uygulanacağını seçmekte takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹³⁷¹. Hakimin tercihinin gerekçelerini kararda göstermesi zorunludur¹³⁷². Hâkimin seçimlik cezalardan birini seçme konusundaki takdir yetkisinin bağlı olmayan bir yetki olduğu¹³⁷³; buna karşılık alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken kullandığı takdir yetkisinin bağlı yetki olup, TCK m. 61/1'de gösterilen objektif ve sübjektif ölçülere dayandığı da ifade edilmektedir¹³⁷⁴.

¹³⁷⁰ Mahkemenin seçimlik cezalardaki takdir yetkisinin bir istisnası tekerrürdür. TCK m. 58/3 uyarınca tekerrür halinde artık mahkemenin hapis cezasına hükmetmesi gerekmektedir. Özel kanunlardan kaynaklanan istisnalar için bkz. Yerdelen, s. 161.

¹³⁷¹ Doğan, Belirleme, s. 278.

¹³⁷² Doğan, Belirleme, s. 278; Taneri, s. 133.

¹³⁷³ Öztürk/Erdem, s. 560.

¹³⁷⁴ Öztürk/Erdem, s. 560.

Kanunda bu tercih yapılırken hangi ölçütlerin göz önünde bulundurulacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda 5560 sayılı Kanun m. 1'in gerekçesinde şu açıklamaya yer verilmektedir:¹³⁷⁵

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

Öğretide de seçimlik cezalardan hangisinin uygulanacağını failin kişiliği dikkate alınarak belirleneceği baskın olarak kabul edilmektedir¹³⁷⁶. İşlenen suçla bağlantılı bir şekilde kişi bakımından hangi yaptırımın cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğuna bakılarak bu seçimin yapılacağı ifade edilmektedir¹³⁷⁷. YERDELEN'e göre cezanın türünün belirlenmesinde TCK m. 62'de yer alan "suçlunun kişiliği" hususunun göz önünde bulundurulması görüşü, m. 62'deki hususların sadece sanık lehine cezada indirim için kullanılabilecek olması kuralı ve maddenin düzenlenme amacı ile çelişmektedir¹³⁷⁸. Yazara göre hakim bu konudaki takdir yetkisi cezanın belirlenmesinde kullanabileceği en geniş alan olarak göze çarpmaktadır. Ancak hakim bu takdir yetkisini genel prensipler içinde kalmak şartıyla özgürce kullanabilir. Takdir yetkisi, hâkimin, cezanın belirlenmesinde kullanabileceği en geniş alan olarak göze çarpmaktadır. TCK m. 61/1'de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar cezanın türünün seçiminde de yol gösterici olacaktır. Hakimin bu ölçütlere dayanarak takdir yetkisini kullanması gerekir¹³⁷⁹.

B. Görüşümüz

Cezanın türünün belirlenmesine ilişkin bu yaklaşımı cezanın kusurla oranlı olması – kusurun cezanın ölçüsü olması gerekliliği bakımından sorunlu bulmaktayız. Henüz failin kusurunun ağırlığına ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme

¹³⁷⁵ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/870), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>, (01.06.2022).

¹³⁷⁶ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718; Koca/Üzülmez, s. 706.

¹³⁷⁷ Koca/Üzülmez, s. 706; Zafer, s. 621.

¹³⁷⁸ Yerdelen, s. 158.

¹³⁷⁹ Yerdelen, ss. 157-158.

yapılmaksızın tamamen failin kişiliğine dayanılarak cezanın türünün seçilmesi, cezanın failin kusurundan daha ağır olması tehlikesini yaratmaktadır. Kanun koyucu bir suçun karşılığı olarak hem adli para cezasını hem de hapis cezasını seçenek olarak öngörmüş ise kanaatimizce bu o suçun işlenişinde ortaya çıkabilecek olan her tür kusur ölçüsüne karşılık gelecek cezalardan oluşan bir skalanın belirlenmiş olması anlamına gelmektedir. Bu itibarla ilgili normda yer alan adli para cezası ve hapis cezası mahkemeye failin kusuruna uygun olan bir cezayı seçmesi/tespit etmesi/belirlenmesi için sunulmuş olan olası cezalardır. Bu tercihin yapılabilmesi için adli para cezası ve hapis cezasının birbirlerine göre sıralanmaları gerekmektedir. Örneğin, 30 gün adli para cezasının bir ay hapis cezası ile eş ağırlıkta olup olmadığına karar verilmesi gerekir. Bu şekilde bir suç için öngörülmüş olan cezalar arasında ağırlıklarına göre bir sıralama yapıldıktan sonra kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmeden cezanın miktarına geçiş sağlanabilir. Düşünülebilecek en hafif kusur ağırlığının en hafif ceza ağırlığı ile karşılanması gerekmektedir. Bazı miktarlardaki farklı ceza türleri ağırlıkları yönünden eş değer kabul edilebilirler. Bu halde bu cezalardan her ikisi de aynı kusur ağırlığına karşılık gelmektedirler. Ancak bu durumda mahkemenin özel önleme amacına ulaşmak üzere failin kişiliğini ve bu kapsamda değerlendirilen hususları göz önünde bulundurarak cezanın türünü seçmesi mümkün olabilir. Bu gibi hallerde bile daha önce yaptığımız açıklamalar geçerliliğini sürdürmektedir. Mahkeme tarafından failin yeniden suç işlemesine engel olacak veya onu yeniden topluma kazandıracak olan ceza türünü bulması esasında oldukça güçtür. Bu değerlendirme doğası gereği bilimsel ve ampirik verilere dayanması gereken bir karar sürecini ifade etmektedir. Ancak bu şekilde bir karara ulaşmanın zorlukları sıklıkla dile getirilmektedir.

Bir sonraki başlıkta ceza hukukunun suç işlenmesine bağladığı sonuçların ağırlıklarına göre nasıl sıralanabileceği incelenmekte ve buna ilişkin bir öneri geliştirilmektedir. Buradaki amaç cezanın ağırlığının kusurun ağırlığı ile uygun bir ilişki içerisinde olmasını sağlamaktır. Kusurun ağırlığına karşılık gelecek olan cezai sonuçların da ağırlıklarına göre sıralanması gerekmektedir ki bir ağırlığa ilişkin değerlendirmeden diğerine geçilebilsin. Kanaatimizce cezanın türünün belirlenmesinde önce kusurun ağırlığı gözetilmeli, somut olaydaki kusurun ağırlığına hem örneğin 90 gün adli para cezası hem de bir ay hapis cezası karşılık geliyor ise bundan sonraki tercihin özel önleme düşüncesiyle belirlenmesi kusur ilkesine daha

uygun olacaktır. Her ne kadar önerimiz seçimlik cezalarda ceza türünün seçilmesine ilişkin olsa da cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında görülen kurumların da diğer cezalarla ağırlık yönünden ilişkisini de incelemekte fayda görmekteyiz.

C. Ceza Hukukunun Suç İşlenmesine Bağladığı Sonuçların Ağırlıklarına Göre Sıralanması

1. Ağırlığın Değerlendirilmesinde Yöntem

Ceza hukuku reaksiyonlarının ağırlıklarına göre sıralanmasının üç farklı açıdan yapılabileceği ifade edilmektedir¹³⁸⁰. Bunlar cezai, ıslah edici ve işlevsel olarak ifade edilebilir. Cezai yönden ağırlık ile kıyaslanan yaptırım ve reaksiyon imkanlarının uygulanan kişi üzerindeki ağırlığı özellikle de onun hak ve özgürlüklerine yönelik gerçekleşen müdahalenin yoğunluğu kastedilmektedir. Islah edici yönden ağırlık sıralaması ise kıyaslanan kurumlardan hangilerinin daha insani ya da daha zarar verici olduğuna ilişkindir. İşlev yönünden ağırlık sıralamasında ise cezalandırmanın amaçları göz önünde bulundurularak bu amaçları yerine getirmeye ne kadar uygun oldukları bakımından sıralama yapılmaktadır¹³⁸¹.

Ceza hukuku reaksiyonlarının ağırlıklarına göre sıralanması hem bunların türünün seçilmesi hem de miktarın belirlenmesi konularını kapsar. İlki için bu reaksiyonların belirli bir hiyerarşiye tabi tutulması, ikincisi bakımından ise aralarında bir denklik ilişkisinin-oranının kurulması gerekir¹³⁸². Bu belirlemelerden sonra cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi daha sistemli ve kontrol edilebilir bir hale gelecektir.

Ceza reaksiyonlarının (cezai yönden) ağırlıklarına göre sıralanması ilk bakışta oldukça basit görünmektedir. Hapis cezasının konusunu oluşturan süre ve adli para cezasının konusunu oluşturan para hem kıyaslanabilir hem de nicel niteliktedirler. Bir yıl hapis cezası altı ay hapis cezasından; 10.000 lira adli para cezası 5.000 lira adli para cezasından iki kat daha ağır görünmektedir. Ancak daha yakın bir tahlille sıralamada

¹³⁸⁰ Austin Lovegrove, “Sanctions and Severity: To the Demise of Von Hirsch and Wasik’s Sanction Hierarchy”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Cilt: 40, Sayı: 2, 2001, s. 128.

¹³⁸¹ Lovegrove, ss. 128-133.

¹³⁸² Lovegrove, s. 134.

neyin ölçüt alındığına göre varılan sonucun değişebildiği gözlemlenmektedir. Objektif ölçüte göre bir cezanın ağırlığı o cezanın nesnel değerine göre belirlenir, bir başka ifade ile bir cezanın ağırlığı herkes için aynıdır. Sübjektif ölçüte göre ise bir cezanın ağırlığı o cezanın uygulanacağı kişi esas alınarak tespit edilebilir¹³⁸³. Sübjektif ölçüt, failin cezaya duyarlılığının da hesaba katılmasını gerektirir¹³⁸⁴.

Sübjektif ölçüte göre cezanın ağırlığının belirlenmesi birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Öncelikle kişinin cezadan edindiği öznel deneyim bilimsel olarak tespit edilebilir ve ölçülebilir değildir¹³⁸⁵. Öznel deneyimlerin ölçülebilir oldukları kabul edilse dahi sübjektif ağırlığın tespiti için bu deneyimlerin henüz yaşanmadan tahmin edilmesi gereği aşılması güç bir zorluk teşkil eder. Ne mahkeme ne de sanığın kendisi cezanın sübjektif ağırlığına ilişkin olarak hüküm aşamasında kesin bir ifade veya yargıda bulunamayacaktır.

Gün para cezası sisteminin benimsendiği hukuk düzenleri, failin ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak cezanın ağırlığında kısmen sübjektif bir ölçütü esas almaktadırlar. Ancak bu durumda dahi aynı (gelir ve gider dengesi bakımından) ekonomik koşullara sahip kişilere verilmiş olan aynı miktardaki adli para cezası aynı ağırlıkta hissedilmeyebilir. Kişilerin önceliklerine ve değerlerine bağlı olarak deneyimledikleri ağırlık farklı olabilir. Hapis cezaları bakımından ise sübjektif ölçüt belirsizlik yaratacaktır. Kişilerin zaman algısı ve deneyimi farklılık gösterebilir, ayrıca infaz kurumunda geçirilen süre kişinin önceki zaman deneyiminden farklı bir deneyim

¹³⁸³ Hörnle, ss. 166-167.

¹³⁸⁴ Failin cezaya duyarlılığı ile cezaya, cezaya cevap verebilirliği arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Failin cezaya duyarlılığı, cezanın kusur ölçüsünde belirlenmesi fikri ile uyumludur. Kusurla oranlı cezanın belirlenmesinde objektif bir ağırlık esas alınmamakta bunun yerine kişinin cezadan duyacağı münferit acı ile kusurun eşitlenmesine çalışılmaktadır. Öte yandan, failin cezaya cevap verebilirliği özel önleme amacıyla ilişkili bir kavramdır ve failin yeniden suç işlemesini önleyecek bir ceza ağırlığının belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Heinrich Henkel, “Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe”, **Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung: Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag**, (Ed. Kurt Kuchinke), Beck, München, 1970, (Strafzumessungsgründe), ss. 179 vd; Schäfer, ss. 396 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 308.

¹³⁸⁵ Franz Streng, “Mittelbare Strafwirkungen und Strafzumessung Zur Bedeutung disziplinarrechtlicher Folgen einer Verurteilung für die Bejahung minder schwerer Fälle”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 11, 1988, (Mittelbare), s. 486; Heinz Müller-Dietz, “Strafzumessung und Folgenorientierung”, **Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992**, (Ed. Manfred Seebode), de Gruyter, Berlin, 1992, (Folgenorientierung), s. 428.

sunabilir. Ceza infaz kurumunda ve kurumun dışında geçirilen aynı süreler farklı hissettirebilir¹³⁸⁶.

Cezaların eşitliği, belirliliği ve tutarlılığını önceleyen bir düşünce sistemi, cezanın ağırlığının öznelleştirilmesi ve bu şekilde failin kişiliğinin cezanın belirlenmesinde etkin bir rol oynamasına karşı çıkmaktadır. Cezaya duyarlılığın sınırsız olarak değerlendirilmesi, cezanın toplum nezdinde adil olarak görülmesi gerektiği gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Kişilerin cezaya duyarlılığına göre belirlenmiş ceza miktarlarındaki sapmalar toplum tarafından anlaşılmayabilir ve ceza hukukunun hukuk düzeninin yeniden tesis edilmesi – normun onaylanması (*Normbestätigung*) amacını sekteye uğratabilir¹³⁸⁷. Pozitif genel önleme amacını kabul etmeyen bir görüşle de subjektif ölçüte karşı çıkılabilir, cezanın sosyal değersizlik yargısı fiilin ağırlığına bağlı olduğu için, aynı fiilden ötürü farklı ağırlıkta cezalara hükmedilmesi, bu yargının geçerliliğini tehlikeye sokar¹³⁸⁸.

Çalışmamızda, cezai ağırlığın tespitinde bilimsel yönden tespit etmenin zorluğu göz önünde bulundurularak subjektif ölçüt yerine objektif ölçüt esas alınmaktadır.

2. Cezaların Ağırlıklarına Göre Sıralanması

a. Farklı Türde Cezaların ve Ceza Hukuku Reaksiyonlarının Sıralanması

Bu bölümde ceza hukukunun suça karşılık olarak öngördüğü farklı hukuki sonuçların ağırlıklarına göre nasıl sıralanabileceği incelenmektedir. Sıralamaya tabi tutulan hukuki sonuçlar şunlardır: hapis cezası, adli para cezası, seçenek yaptırım olarak sayılan tedbirler, ertelenmiş hapis cezası, hükmün açıklanmasının ertelenmesi. Farklı ceza hukuku reaksiyonlarının sıralanmasının ardından mahkemenin uygulanma imkânı bulunan bu reaksiyonlardan birine karar verirken göz önünde bulundurması gereken ölçütlerin neler olduğuna ilişkin bir incelemeye geçilebilir.

¹³⁸⁶ Hörnle, s. 168.

¹³⁸⁷ Streng, Mittelbare, s. 486; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 210.

¹³⁸⁸ Hörnle, s. 168.

TCK'da cezaların ve diğer hukuki sonuçlarının birbiriyle ağırlık ilişkisine ilişkin olarak açık bir hükme yer verilmemiştir.

Konuya ilişkin incelenebilecek düzenlemelerden bir tanesi TCK m. 50'dir. TCK m. 50'de düzenlenen kısa süreli (bir yıl ve daha az) hapis cezasının adli para cezası veya diğer tedbirlere çevrilebileceği düzenlenmektedir. Hapis cezasının adli para cezasına ne şekilde çevrileceği öğreti tarafından açıklanmaktadır. Hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde hapis cezası miktarının adli para cezasının tam gün sayısı olarak kabul edileceği ve m. 52/2 uyarınca bir gün karşılığı belirlenen miktar ile çarpılması suretiyle adli para cezasının miktarına ulaşılacağı kabul edilmektedir¹³⁸⁹. Örneğin, 6 ay hapis cezası adli para cezasına çevrilecektir. Tam gün sayısı 180 gündür (6.30 gün=180 gün (TCK m. 61/6 uyarınca bir ay 30 gündür.)). Mahkemenin bir gün karşılığı olarak 50 Türk lirası belirlediğini kabul edelim. O halde 6 ay hapis cezası 9.000 TL adli para cezasına çevrilir. Ancak bu çevrim 6 ay hapis cezasının 9.000 TL adli para cezası ile aynı ağırlığa sahip olduğu anlamına gelmemektedir.

Diğer seçenek yaptırımlar, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi, en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması, 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 yasaklanması ve mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasıdır (TCK m. 50/1).

Örnek üzerinden gidilecek olursa 6 ay hapis cezasının, iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etme ya da 12 ay süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırılması tedbirine çevrilmesi halinde bu tedbir ile hapis cezasının ağırlıklarının aynı olduğu sonucuna ulaşılamaz. Maddede adli para cezası ile seçenek yaptırım olarak sayılan tedbirler arasında ağırlık bakımından bir değerlendirme yapılmamaktadır.

¹³⁸⁹ Özbek ve diğerleri, s. 563.

TCK m. 51’de düzenlenen erteleme ve CMK m. 231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına ilişkin hükümlerden de ertelenmiş bir hapis cezasının ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş bir ceza mahkûmiyetinin ağırlığı ile hapis cezasının, adli para cezasının ve diğer seçenek yaptırımların ağırlıklarının birbiri ile ilişkisine ilişkin bir fikir elde edilememektedir.

Bu kurumların uygulanması koşulları birbirleri ile aynı olmamakla birlikte aynı olayda her üçü de uygulama alanı bulabilir. Yargılamanın sonunda belirlenmiş olan hapis cezasının ertelenme, seçenek yaptırımlara çevrilme ya da mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması imkânı var ise, mahkemenin öncelikle failin en lehine sonuç doğuracak olan hükmü uygulaması gerekmektedir. Failin lehine olma durumu ise verilecek olan karar neticesinde kişinin haklarına ne ağırlıkta müdahale getirilmekte olduğundan ziyade, failin denetim süresinin sonuna kadar yükümlülüklerine aykırı hareket etmemesi halinde nasıl bir hukuki sonuçla karşılaşacağına göre belirlenmektedir. HAGB durumunda CMK m. 231/10 uyarınca 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. Seçenek yaptırımlara çevirme durumunda ise TCK m. 50/5 uyarınca uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir. Dolayısıyla kişi hapis cezasına mahkûm edilmemiş olur. Erteleme durumunda ise TCK m. 51/8 uyarınca denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır. Hakkında hüküm kurulan kişi açısından en lehe durum HAGB kararının verilmesidir¹³⁹⁰. Ancak bu değerlendirmelerde verilen kararların kişi üzerindeki ağırlığı değerlendirilmemektedir.

Kanunun genel yaklaşımı değerlendirildiğinde hapis cezasının adli para cezasına göre daha ağır bir ceza olduğu sonucuna ulaşılabilir. Toplumun farklı ceza türlerini değerlendirmesine ilişkin yapılan ampirik çalışmalar şunu göstermektedir¹³⁹¹: adli para cezası hapis cezasına göre daha az ağırdır, zira adli para cezaları kişinin özgürlük alanını sadece malvarlığı açısından etkilemektedir. Benzer şekilde hapis

¹³⁹⁰ Öztürk ve Erdem, s. 529; Taner, s. 292; Demirbaş, s. 685; Özgenç, s. 655.

¹³⁹¹ Andrew von Hirsch, Martin Wasik ve Judith Greene, “Scaling Community Sanctions”, **Principled Sentencing**, (Ed. Andrew von Hirsch ve Andrew Ashworth), 1. Baskı, Northeastern University Press, Boston, 1992, s. 377.

cezasının infazı ertelenmiş hapis cezasından daha ağır olduğu kabul edilmektedir. Bir diğer genel kabul ise seçenek yaptırımlara çevirme ve HAGB'nin hapis cezasından daha az ağır olmasıdır. Bununla birlikte bu değerlendirmeler ceza veya yaptırım türleri hakkındaki genel bir değerlendirmeye dayanmaktadır ve somut yaptırımların birbiri ile kıyaslanması daha karmaşıktır¹³⁹². Örneğin, 180 gün sayısı belirlenmiş bir adli para cezasının ağırlığı, altı, üç ya da iki aylık bir hapis cezasına mı denktir. Herhangi bir yükümlülük belirlenmeden ertelenmiş altı ay hapis cezası, 180 gün bir adli para cezasından daha ağır, daha hafif ya da ona denk midir? Bu soruların cevaplanması basit görünmemektedir. Dolayısıyla herhangi bir somut adli para cezasının herhangi somut bir hapis cezasından daha ağır olduğu kesin olarak söylenemez. Adli para cezası, seçenek yaptırımlar, ertelenmiş bir hapis cezası ve HAGB kararı verilmiş bir cezanın birbiri ile kıyaslanması ve ağırlıklarına göre sıralanmaları ise daha da güçtür.

HAKERİ, bu kurumları cezası ağır olmayan suçların yargılama veya infaz alternatifleri olarak değerlendirmek ve şu şekilde sıralamaktadır¹³⁹³: kamu davasının açılmasının ertelenmesi < hükmün açıklanmasının ertelenmesi < adli para cezasına veya tedbire çevirme < hapis cezanın infazının ertelenmesi. Ancak Lovegrove'un da haklı olarak eleştirdiği üzere ceza hukuku reaksiyonlarının salt hiyerarşik bir yapı içerisinde değerlendirilmesi ile yetinilmemesi gerekir¹³⁹⁴. Dolayısıyla ceza türleri ve diğer ceza hukuku reaksiyonları arasında sayısal bir denklik ilişkisinin kurulması gerekmektedir.

Denklik ilişkisine ilişkin bir düzenleme Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m. 106/3'te yer almaktadır. Bu hükme göre *“Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu*

¹³⁹² Hörnle, s. 170.

¹³⁹³ Hakeri, s. 654.

¹³⁹⁴ Lovegrove, s. 137.

kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.”

Bu düzenlemeden adli para cezası ile hapis cezası arasında bire bir (1:1) denklik ilişkisi kurulduğu anlaşılmaktadır. Alman ceza hukukunda da benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir (Al. CK § 43). Ancak adli para cezası belirlenirken tespit edilen temel gün sayısının hapis cezası miktarı ile eşdeğer olmadığı ifade edilmektedir. Hapis cezası çoğu zaman kişinin işine devam edememesi ve bu sebeple de gelir elde edememesine sebep olur. Doğurduğu olumsuz ekonomik sonuçların yanı sıra hapis cezası kişinin hareket özgürlüğünü sınırlandırarak kişinin kendini geliştirme hürriyetine ağır bir müdahalede bulunur¹³⁹⁵. Bu sebeple Al. CK parag. 43’de öngörülen adli para cezasının ödenmemesi halinde ödenmeyen kısma karşılık gelen temel gün sayısının bire bir (1:1) hapis cezası olarak çektirilmesi sorunludur¹³⁹⁶ ve adli para cezası ile para cezasının kıyaslanmasında genel bir ilke olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹³⁹⁷.

Bununla birlikte yerleşik içtihat ve öğretideki bir kısım yazarlar adli para cezası ve hapis cezası arasındaki bire bir denkliği kabul etmektedirler. Buna göre hapis cezası adli para cezasına göre değil, adli para cezası hapis cezasına göre belirlenmelidir¹³⁹⁸. Bir başka ifade ile adli para cezası belirlenirken temel gün sayısı sanki hapis cezasıymış gibi belirlenmelidir. Bu şekilde kişi üzerindeki ağırlıkları eşit olmamasına rağmen adli para cezasının ödenmemesi halinde gün sayısının doğrudan hapis cezasının miktarına dönüşmesinin yol açacağı olumsuzluk fail lehine azaltılmaya çalışılmaktadır. Zira mahkeme daha en başından sanığa hapis cezası verilseydi miktarı ne olmalıydı üzerinden hareket etmektedir¹³⁹⁹.

Bu görüşe karşı problemi çözmek bakımından yetersiz olduğu eleştirisi getirilmektedir. Normalde adli para cezası hapis cezasına dönüştürülmeyecektir. Eğer mahkeme adli para cezasını hapis cezasıymış gibi belirlerse oranlılık ilkesi yine ihlal

¹³⁹⁵ Hörnle, s. 171.

¹³⁹⁶ LK-Tröndle, § 43 kn. 4; Hero Schall, “Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sayı: 3, 1985, s. 106; Jescheck/Weigend, s. 776; Dirk von Selle, *Gerechte Geldstrafe: Eine Konkretisierung des Grundsatzes der Opfergleichheit*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 1997, s. 100.

¹³⁹⁷ Hörnle, s. 171.

¹³⁹⁸ Schäfer ve diğerleri, kn. 102 vd.

¹³⁹⁹ Schäfer ve diğerleri, kn. 102 vd.

edilme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Zira adli para cezasına esas teşkil eden gün sayısı hapis cezası gibi değerlendirilirse olması gerekenden daha az bir miktarda belirlenebilecektir. Bu sebeple bire bir denkliğin her türlü uygulaması (ister adli para cezası hapis cezası üzerinden belirlensin ister tam tersi tercih edilsin) adli para cezası ve hapis cezasının kişiye farklı yoğunluklardaki etkilerini göz ardı etmektedir¹⁴⁰⁰. Öğretide adli para cezası ve hapis cezası arasındaki bire bir denklige karşı çeşitli öneriler geliştirilmiştir. Bir gün hapis cezasının iki (1:2)¹⁴⁰¹ ya da üç (1:3)¹⁴⁰² gün adli para cezasına denk olacağı önerilmektedir.

Hapis cezası bireyin hareket serbestisini, sosyal ve duygusal yaşantısını önemli ölçüde kaybetmesine yol açmaktadır. Ayrıca hapis cezasına mahkumiyetin ve infazın kişinin gelecek yaşantısı üzerinde ağır etkileri olabilir¹⁴⁰³. Hapis cezasının adli para cezasına göre daha ağır ve daha yoğun bir müdahale teşkil etmesi göz önünde bulundurulunca adli para cezası ile arasında bire üç (1:3) şeklinde bir denkliğin kabul edilmesi bizce de mantıklı görünmektedir.

Adli para cezası ve ertelenmiş bir hapis cezası arasında bire bir (1:1)¹⁴⁰⁴ veya bire ikilik (1:2) denklik önerilmektedir¹⁴⁰⁵. Bire bir denklik önerisinin gerekçesi ertelenmiş hapis cezasının adli para cezası ile hapis cezası arasında orta seviyeli bir ceza hukuku reaksiyonu olarak kabul edilebileceğidir. Zira ertelenmiş olmakla birlikte denetim süresi boyunca kişi üzerinde hapis cezasının infazı tehdidi devam etmektedir¹⁴⁰⁶. Buna karşın hükümlü açısından erteleme kararının gerçekten de adli para cezasına göre daha ağır olduğu şüpheli görünmektedir. Erteleme durumunda hapis cezasının infaz ettirilmesi tehlikesi söz konusu olmakla birlikte, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde ertelemenin kişi üzerindeki gerçek yükü adli para cezasına göre daha az olacaktır. Bu halde hükümlünün maddi yaşam standardı adli para cezası ödemeye göre herhangi bir kısıtlamaya uğramamaktadır. Bu sebeple adli para cezası ve erteleme kararı arasında bire bir denkliğin kabul edilmesi daha makul

¹⁴⁰⁰ Hörnle, s. 171.

¹⁴⁰¹ Jescheck/Weigend, s. 776.

¹⁴⁰² Albrecht, schwerer Kriminalität, s. 335; Hörnle, s. 172.

¹⁴⁰³ Hörnle, s. 172.

¹⁴⁰⁴ Hörnle, s. 172.

¹⁴⁰⁵ Albrecht, schwerer Kriminalität, s. 335.

¹⁴⁰⁶ Albrecht, schwerer Kriminalität, ss. 335 vd.

görülmektedir¹⁴⁰⁷. Ancak erteleme kararı ile birlikte yükümlülüklerle de karar verilmiş ise bu denklik ilişkisinin daha farklı olabileceği de kabul edilmelidir¹⁴⁰⁸. Benzer bir denklik ilişkisi HAGB kararı bakımından da benimsenebilir.

CGTİHK m. 106/3 hükmü göz önünde bulundurularak adli para cezası ve m. 50’de öngörülen bir seçenek yaptırım olan kamuya yararlı işte çalıştırma tedbiri arasında sayısal bir denklik ilişkisi kurulabilir. Hükümlünün iki saat çalışması karşılığı adli para cezasındaki bir güne denk olarak kabul edilebilir. Ancak bunun bir gün hapis cezasına denk kabul edilmemesi gerektiği ve adli para cezası ile hapis cezası arasında bire üçlük denklik oranının kabul edilerek kanundaki düzenlemenin değiştirilmesi görüşümüzü yineliyoruz.

b. Aynı Türde Cezaların Sıralanması

Aynı tür cezaların birbirleri ile kıyaslanması ve sıralanması farklı türde ceza hukuku reaksiyonlarının birbirleri ile denklik ilişkilerini tespit etmekten daha kolaydır. Ancak yine de aynı tür cezaların ağırlıklarına göre sıralanmalarında da bir takım özellik gösteren haller mevcuttur.

Alman ceza hukukunda adli para cezalarının sıralanmasının kural olarak doğrusal bir grafik arz ettiği kabul edilmektedir. Buna göre adli para cezasının ağırlığı tam gün sayısının artışıyla doğru orantılı olarak artmaktadır. Ancak tam gün sayısının miktarının artışı ile cezanın ağırlığının artışının aynı oranda gerçekleşmeyeceği ileri sürülmektedir. Bunun gerekçesi ise bir gün karşılığının net gelir ilkesine göre belirlenmesinde yatmaktadır. Net gelir ilkesi Al CK parag. 40’ta düzenlenmektedir. Bu hükmün geleneksel yorumuna göre kişinin bir günde elde ettiği net gelirin tamamı belirlenmesi gereken bir gün karşılığı para miktarıdır¹⁴⁰⁹. Bu durumda tam gün sayısı arttıkça kişi daha uzun bir süre boyunca gelirin tamamını kaybetmekte ve ekonomik yönden kötü duruma düşmektedir¹⁴¹⁰. Bu olumsuz etkinin önüne geçilmesi için üç farklı çözüm önerisi öğretide savunulmaktadır. Birinci öneri tam gün sayısının

¹⁴⁰⁷ Hörnle, s. 173.

¹⁴⁰⁸ Hörnle, s. 173.

¹⁴⁰⁹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, ss. 63 vd.

¹⁴¹⁰ Hörnle, s. 174.

belirlenmesi esnasında failin ekonomik durumunun cezaya hassasiyet kurumu bakımından gözetilmesi gerektiğine ilişkindir¹⁴¹¹. İkinci ve baskın olan görüşe göre ise tam gün sayısının daha az belirlenmesi yerine bir gün karşılığı para miktarının net gelirden daha az belirlenmesi yoluna gidilmelidir¹⁴¹². Buna göre kanun kural olarak net gelir ilkesini benimsemekte ve istisnai durumlarda bundan ayrılmasına imkân sağlamaktadır. Tam gün sayısının belirli bir gün sayısının üzerine çıktığı durumlar istisnai olarak değerlendirilerek bir gün karşılığı net gelirden daha az bir bedel belirlenebilir. Üçüncü öneri ise bir gün karşılığı olan miktarın belirlenmesinde asgari yaşam giderlerinin gözetilmesi ve kişinin varlığını sürdürmesi için ihtiyaç duyacağı miktarın düşülmesi gerektiğine ilişkindir¹⁴¹³. İkinci öneriden sadece istisnai durumlar için değil tüm adli para cezasına hükmedilecek durumlarda geçerli olması bakımından ayrılmaktadır. Kanunun bu şekilde bir yoruma engel olmayacağı, bir gün karşılığı belirlenen miktardan düşülecek tutarın herkes için aynı olacağı ve dolayısıyla yine adli para cezasında kişilerin farklı gelir düzeylerini belirleyici olacağı ileri sürülmektedir¹⁴¹⁴.

Türk hukuku bakımından böyle bir problem söz konusu değildir. Ancak yine de üçüncü görüş TCK m. 52/2'nin uygulanmasında (En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.) göz önünde bulundurulabilir. Bu konuya aşağıda döneceğiz. Bu bölümde Türk hukukunda adli para cezasının ağırlığının tam gün sayısının miktarı ile aynı oranda arttığının (doğrusal artış) kabul edilmesinin mümkün olduğu, Alman öğretisindeki görüşlerin özellikle adli para cezasının belirlenmesinde bir gün karşılığı belirlenecek miktarın takdirinde önem kazanacağını belirtmek isteriz.

¹⁴¹¹ Maurach ve diğerleri, § 59 kn. 38; Michael Heghmanns, “Abweichungen vom Nettoeinkommensprinzip bei der Bemessung von Geldstrafen”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sayı: 11, 1994, ss. 521 vd.

¹⁴¹² Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, ss. 66 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 110 vd; Jescheck /Weigend, s. 773.

¹⁴¹³ von Selle, ss. 131 vd; Hörnle, ss. 175-176.

¹⁴¹⁴ von Selle, s. 219.

Hapis cezalarının birbirleri ile ilişkisi incelenecek olursa hapis cezasının ağırlığının hapis cezasının süresi ile doğrusal olarak artmadığını git gide daha fazla artan bir oran izlediğinin kabul edildiği görülmektedir¹⁴¹⁵.

IV. KUSUR ESASINDA BELİRLENMİŞ OLAN CEZANIN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Kusurun Denkleştirilmesi

Kusur esasında olarak belirlenmiş olan cezanın kusurun denkleştirilmesi bağlamında değiştirilmesi mümkün olabilir. Bu değişiklik her zaman aşağı yönde gerçekleştirilecektir. Kusurun denkleştirilmesi temel olarak şu anlama gelmektedir: kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmede herhangi bir değişiklik olmaz ancak genelde kusurun ağırlığına karşılık gelen cezanın ağırlığı somut olayda özel birtakım koşullar nedeniyle artık kusurun ağırlığını aşmaktadır ve bu nedenle cezanın miktarının kusur ceza arasındaki denkliliği/oranlılığı yeniden sağlamak amacıyla indirilmesi gerekmektedir. Kusurun denkleştirilmesi kavramı bir terazi imgesi ile somutlaştırılabilir: kusur terazinin bir kefesinde iken ceza diğer kefesindedir ve cezanın yanına eklenen özel sonuçlar ve etkilerin bu ikisi arasındaki denkliliği/oranlılığı bozduğu söylenmektedir. Dolayısıyla kusurun denkleştirilmesi amacıyla cezanın daha az belirlenmesi kusurun altında bir cezaya hükmedildiği anlamına gelmemektedir.

Kusurun denkleştirilmesi için hangi durumların cezanın ağırlığı bakımından önemsiz veya (failin bunlara katlanmakla yükümlü olduğu yönünden) kabul edilebilir; hangilerinin olağan dışı ve kusur ile ceza arasındaki ilişkiyi bozacak nitelikte olduklarına karar verilmesi gerekmektedir. Cezanın maddi tanımını oluşturan iki unsur – kınama ve olumsuzluk yüklenmesi – onun istenilen bir şey olmadığını ve doğası gereği nahoş bir deneyim olduğunu ortaya koymaktadır¹⁴¹⁶. Dolayısıyla kusurun

¹⁴¹⁵ Hörnle, ss. 178-179.

¹⁴¹⁶ Cezanın bazı etkileri ve sonuçları olumsuz nitelikleri nedeniyle ilk bakışta kabul edilmez görünebilir. Oysaki birçoğu cezanın doğasından kaynaklanan ve kaçınılmaz olan olumsuz etkiler (temel haklara müdahale edilmiş olması- kişi hürriyetinin sınırlandırılması) ve bunların dolaylı etkileridir. Bu kaçınılmazlık cezanın doğasından kaynaklanma tam da açıkladığımız acı verici niteliğini ifade etmektedir. İstenmediğini ne kadar söyleyebiliriz, aslında ceza verirken arzu edilen

denkleştirilmesi ihtiyacının istisnai olarak ortaya çıkacağını varsaymak mümkündür. Ayrıca burada failin karşılaştığı bazı durumlar sebebiyle aynı kusur ağırlığına sahip bir diğer failden farklı bir hukuki durumda bulunup bulunmadığının da tartışılması gerekmektedir. Eşitlik ilkesi uyarınca hangi durumların farklı muameleyi haklı kılacağı ve hatta gerektireceği üzerinde düşünülmesi gerekmektedir¹⁴¹⁷.

Cezanın ağırlığının hangi özel koşullarda normale göre daha fazla olacağı ve kusurun ölçüsünü aşacağı sorusu çeşitli şekillerde yanıtlanmaktadır. Bu itibarla ya suçun sonuçları ya da ceza muhakemesi sürecinin sonuçları fail açısından olağanın ötesinde olumsuz sonuçlara yol açmıştır ya da ilk bakışta kusur esasında belirlendiği düşünülen cezanın sonuçlarının/etkilerinin fail açısından olağanın ötesinde olacağı düşünülmektedir¹⁴¹⁸. Suçun ve ceza muhakemesi sürecinin etkileri/sonuçları bakımından gözlemlenebilir dış dünyaya yansımış birtakım verilerden hareket edilirken; cezanın etkileri/sonuçları bakımından failin içinde bulunduğu özel koşullar göz önünde bulundurularak bir tahminde bulunulmaktadır. Zira henüz bu etkiler doğmadan önce cezanın belirlenmesi aşamasında bu değerlendirme gerçekleşmektedir. Yine kusurun denkleştirilmesini gerektirecek olan durumları failden kaynaklanan durumlar ve dışsal durumlar olarak ikiye ayırmak da mümkündür. Failden kaynaklanan durumlar genellikle cezaya hassasiyet (*Strafempfindlichkeit*)

şey faili bazı haklarından mahrum bırakmaktır. Cezanın caydırıcılığı, haksızlığın karşılığı olarak bir hak mahrumiyeti yaratılmasından kaynaklanmaktadır. Cezanın doğasından gelen/içkin olan olumsuz etkilerin dolaylı sonuçları örneğin failin ailesi üzerindeki maddi ve manevi etkisi, failin sosyal ortamından uzak kalması, işini kaybetmesi, eğitiminin yarıda kalması, finansal kayıplar, psikolojik etkilerin de kabul edilemez olduğu söylenemez ya da en azından cezanın belirlenmesinde göz ardı edilmeleri gerekmektedir. Bu etkilerin azaltılması için hukuk sisteminin diğer mekanizmaları aracılığıyla mücadele edilebilir.

¹⁴¹⁷ Anayasanın 10'uncu maddesinde "kanun önünde eşitlik" ilkesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, bu ilkenin, hukuki durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu, eylemli değil hukuksal eşitliği ifade ettiği, ilkenin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmasını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu ve bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklar hakkında ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı belirtilmiş, ancak ilkenin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmeyeceği, durumlarındaki özelliklerin kimi kişi veya topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebileceği de ayrıca vurgulanmıştır. Diğer taraftan, yapılan farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, adil ve makul olması gerekmektedir.

¹⁴¹⁸ Al. CK parag. 46/1, c.2 açıkça cezanın failin geleceği üzerindeki beklenen etkilerinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Bu hükme dayanılarak da bu etmenlerden bazılarının cezanın miktarına etki etmesi gerektiği söylenebilir. S/S-Kinzig, § 46, kn. 9b.

kavramı ile açıklanmaktadır¹⁴¹⁹. Aşağıda önce suçun ve bu nedenle yürütülen ceza muhakemesi sürecinin fail üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin/sonuçların neler olabileceği ve cezanın belirlenmesine etkileri ardından da cezaya hassasiyet bağlamında bazı koşullar altında belirli bir cezanın ilgili fail açısından normale göre daha ağır hissedilebilir olup olmayacağı ve bunun cezanın belirlenmesine etkisini incelemekteyiz.

Neticenin haksızlığı başlığı altında da belirttiğimiz üzere işlenilen suç, bizzat fail üzerinde de birtakım olumsuz etki veya sonuçlar doğurabilir. Bu sonuçlar doğrudan suçun tipik neticeleri ile ilişkili olabileceği gibi suçun işlenmiş olmasının neden olduğu her türlü sonuç da olabilir. Suçun tipik neticesinden failin olumsuz yönde etkilenmesine iyi bir örnek olarak TCK m. 22/6'da yer alan düzenleme verilebilir. Kanaatimizce bu düzenleme yerindedir¹⁴²⁰. Bu hükme göre “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” Burada kanun koyucu suçun neticesinin faili de mağdur duruma sokabileceğini kabul etmekte ve basit taksirle işlenen suçlar bakımından ceza verilmemesini emretmekte; bilinçli taksirle işlenen suçlar bakımından ise indirim yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Böyle bir düzenlemenin kasten işlenen suçlar bakımından tanınmamış olmasının gerekçesi ise aşıkardır. Zira fail kasten işlediği suçta neticeyi bilmekte ve istemektedir.

Suçun tipi netice dışında kalan diğer sonuçlarına veya etkilerine örnek olarak fail hakkında soruşturma yürütülmesi, koruma tedbirlerine maruz kalması, sosyal çevresi tarafından suç işlediğinin öğrenilmesinin ardından maruz kaldığı tepkiler, bunun haberlere yansımış olması, mahkumiyet hükmünün kanuni sonucu olarak belirli haklardan yoksun olması verilebilir. Bu gibi sonuçlar genellikle hukuk sisteminin

¹⁴¹⁹ Schäfer ve diğerleri, kn 712 vd.

¹⁴²⁰ Aksi yönde bkz. ve karşı. M. Özen, Eleştiriler, s. 203: M. ÖZEN’e göre TCK m. 22/6’da taksir bir cezasızlık nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir durumun, hem ceza sorumluluğunun temel esaslarından biri hem de cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesi, büyük bir çelişkidir. Yazara göre bir kusur varsa, bunun cezası verilmelidir. Burada, acıma söz konusu olamaz. Eğer belli durumların cezalandırılmasının adaletsizliğe neden olabileceği düşünülüyorsa, bu durumlar, ceza kanununda suç olarak düzenlenmemelidir. Eğer düzenlenmiş ise, hakime takdir yetkisi verilmelidir. Ama bu takdir yetkisi, hakimi kanun koyucu yerine koyacak nitelikte olmamalıdır. Yapılması gereken, hakime ceza vermeme değil, cezasında belli oranlarda indirim yapma imkanı tanınmalıdır.

çizdiği sınırlar içerisinde kalmaktadır. Ancak muhakeme aşamasında maruz kalınan hukuka aykırı işlemler ve kamu görevlilerinin faile yönelik hukuka aykırı eylemleri ile üçüncü kişilerin faile yönelik suç teşkil eden davranışlarının suçun olumsuz sonuçları olarak kabul edilip edilmeyeceği ve cezanın ağırlığının azaltılması yönünde bir gerekçe oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

Kanada mahkeme kararlarına yansımış olan ilginç bir olayda suçun bazı olumsuz sonuçlarının cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Olayda, fail alkollü olarak sebep olduğu trafik kazasında taksirle küçük bir çocuğun ölümüne sebep olmuştur. Yargılama sürerken çocuğun yakınları faili kaçırıp, ciddi şekilde darp etmiş ve bir parmağını kesmişlerdir. Üst derece mahkemesi bu durumun cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği kabul etmiştir. Bir diğer ifade ile failin işlemiş olduğu suç sebebiyle karşılaştığı intikam almaya yönelik davranışların cezanın ağırlığında göz önünde bulundurulması gerektiğine ve artık faile daha az ceza verilmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁴²¹. Burada mahkeme üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen suç oluşturan ve haksızlık içeriği yüksek davranışların failin cezasının indirilmesi için bir neden olduğu kanaatindedir. Fail bir nevi suç nedeniyle maruz kaldığı acıdan ötürü cezasının bir kısmını çekmiştir ve artık normale göre daha az bir ceza ile cezalandırılması gerekmektedir.

Kanaatimizce bu tür bir yaklaşım hatalıdır. Devletin bireyleri diğer bireylerin suç teşkil eden davranışlarından koruma yükümlülüğü, devletin o bireyi cezalandırma yükümlülüğünden ayrıdır. Cezanın belirlenmesi süreci bir tür tazmin edici işleme dönüştürülmemelidir. Faile yöneltilen davranışlar birer suç oluşturmaktadır ve devletin bu suçları soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Bunun haricinde bir ödeşme biçimi olarak cezanın daha az belirlenmesi kabul edilemez. Dahası bu tür kendi adaletini kendi gerçekleştirme/intikam davranışlarının devletin hükmettiği ve uyguladığı ceza ile aynı tarafta yer aldığı gibi bir yanlış kanaat uyanabilir. Terazinin bir kefesinde suç ve failin bu suçtan ötürü kusuru diğer kefesinde de faile karşı devlet, toplum veya çeşitli kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olan çeşitli

¹⁴²¹ Supreme Court Of Canada, **R. v. Suter**, 2018, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/17158/index.do>, (01.06.2022).

karşılıklar yer almamaktadır. Ceza, tepkiler bütünü'nün bir parçası değildir ki o tepkiler aşırılaştığında cezanın miktarı azalsın.

Benzer şekilde Alman ceza hukukunda da ceza muhakemesinde meydana gelen hukuka aykırı işlem ve eylemlerin cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmektedir¹⁴²². Ancak yukarıdaki açıklamalar bu durumlar için de geçerlidir. Devletin makamlarının ve yetkilendirdiği kişilerin hukuka aykırı eylemlerinin tazmin edildiği yer cezanın belirlenmesi olmamalıdır.

Kusurun denkleştirilmesi bağlamında daha makul görünen gerekçe cezaya hassasiyettir. Cezaya hassasiyet kavramının odağında, türü ve miktarı itibariyle belirli bir cezanın her fail açısından aynı ağırlıkta hissedilip hissedilmeyeceği sorusunu yer almaktadır. Cezaya hassasiyet esasında adli para cezasına yabancı bir kavram değildir. Adli para cezasının gün para cezası sistemi ile belirlenmesi aynı cezanın her kişiye aynı şekilde etki etmediğinin kabul edildiğini göstermektedir. Adli para cezası belirlenirken önce failin kusurunun ağırlığına göre – TCK m. 61 uyarınca – tam gün sayısı belirlenmeli ve ardından failin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının belirlenmelidir. Son olarak bu ikisi çarpılarak adli para cezasının miktarı elde edilir. Sonuç olarak hesaplanan adli para cezasının miktarı, aynı gün sayısı belirlenmiş farklı ekonomik durumda bulunan kişiler için farklı olacaktır. Böylelikle farklı ekonomik koşullarda bulunan failer hakkında onları eşit ölçüde etkileyecek – yük getirecek bir adli para cezasının belirlenmesi mümkün olur¹⁴²³.

Hapis cezası bakımından da aynı ağırlıkta kusur için aynı şiddette ve ağırlıkta hapis cezasının belirlenmesi hedeflenmelidir¹⁴²⁴. Aynı ceza miktarını bir fail açısından diğerine göre daha ağır kılan etmenler söz konusu ise farklı ceza miktarlarına hükmedilmesine izin verilebilir. Bununla birlikte kişinin daha az etkileneceği veya kişinin cezadan memnun olduğu, bu cezadan başka türlü faydalar elde edeceği, ceza

¹⁴²² S/S-Kinzig, StGB § 46, kn. 9b. Cezanın belirlenmesinde failin kusurunun ağırlığı önemli olduğundan kusura yabancı hususların belirlemede göz önünde bulundurulmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. ve karş. Meraklı, s. 458.

¹⁴²³ Benzer yönde bkz. Ali Rıza Çınar, “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 118, 2016, s. 31.

¹⁴²⁴ Friedrich Dencker, “Strafrecht und Aids – Strafprozesse gegen Sterbende”, **Strafverteidiger**, Sayı: 3, 1992, (Strafrecht), s. 127; Franz Streng, “Die Öffnung der Grenzen und die Grenzen des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, Cilt:48, Sayı:3, 1993, (Grenzen), s. 115.

sebebiyle bir kayba uğramayacağı gerekçesiyle kusurun üzerinde bir cezanın belirlenemeyeceğini vurgulamak gerekir. Kural olarak hürriyeti sınırlandıran hapis cezasının her birey açısından aynı derecede ağır olduğu kabul edilmektedir. Bireylerin yaşantıları, aile durumları, sosyal ve ekonomik ilişkileri burada onlara farklı bir muamele yapılmasının haklı gerekçesini oluşturmamalıdır. Her bireyin hürriyeti eşit derecede değerlidir. Her birey kendisine uygulanan cezadan normatif anlamda etkilenir ve zarara uğrar. Bir kişinin kişi hürriyetine ilişkin hakkının diğerinden daha fazla veya daha az etkilendiği iddiası temel haklara sahip olmak bakımından bir derecelendirme yapılması anlamına gelip eşitlik ilkesini ihlal eder. Herkesin kişi hürriyetinden faydalanma hakkı vardır. Bu hakka müdahale etme yetkisi cezanın meşruiyeti tartışmalarında cevaplandırılmaktadır.

Aynı miktarda/sürede bir cezanın iki kişiye farklı etki edeceğinin kabulü ancak kişilerden biri diğerine göre daha dezavantajlı ve hassas bir konumda ise kabul edilebilir. Bu değerlendirmede dezavantajlı durumda olmayan kişiye daha az etki ettiğinden değil dezavantajlı kimseye olması gerekenden daha ağır etki ettiği gerekçesiyle cezanın miktarında bir ayarlamaya gidilmesi söz konusudur. Cezaya hassasiyetin yüksek oluşunu gösteren özel durumlar olarak en başta akla kişinin yaşı ve sağlık durumu gelmektedir. Örneğin, failin beklenen yaşam süresinin kısalığı¹⁴²⁵ (örneğin, ölümcül bir hastalığının olması), devamlı tedavi gerektiren ciddi bir hastalığı (AIDS gibi)¹⁴²⁶ veya gebelik söz konusu ise kusur esasında belirlenmiş olan cezanın fail tarafından daha ağır hissedileceği kabul edilebilir. Kanunda bu düşüncenin izlerini görmek mümkündür. Örnek olarak hapis cezasının belirli bir miktarda olmasına bağlı kılınan cezanın bireyselleştirilmesi araçlarının uygulanmasında bu sürenin çocuk ve 65 yaş üzeri failer bakımından daha yüksek belirlenmesi verilebilir. İnfaz bakımından da çeşitli dezavantajlı gruplara çeşitli kolaylıklar getirilmektedir¹⁴²⁷.

Cezaya hassasiyet kavramına Türk hukukunda da geçerlilik kazandırmak mümkündür. Esasında TCK m. 62’de yer alan takdiri indirim nedenleri, kusurun denkleştirilmesi bağlamında failin cezaya hassasiyetinin göz önünde

¹⁴²⁵ Thomas Dalquen, **Die Strafzumessung bei Angeklagten mit geringer Lebenserwartung**, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 2003, ss. 51 vd.

¹⁴²⁶ Bu konuda özellikle bkz. Cornelius Nestler-Tremel, **AIDS Und Strafzumessung**, Peter Lang, Frankfurt, 1992.

¹⁴²⁷ Demirbaş, ss. 644 vd.

bulundurulabilmesine ve ceza miktarının indirilebilmesine imkan tanımaktadır¹⁴²⁸. TCK m. 62/2'ye 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. Cezaya hassasiyet de cezanın fail üzerindeki olası etkileri kapsamında değerlendirilmeye uygundur¹⁴²⁹. Ancak cezaya hassasiyet kavramının ve bu nedenle yapılacak olan indirimin oldukça istisnai hallerde kabul edilebilir olacağına dikkat etmek gerekir. Dahası dezavantajlı durumun infaz kuralları ile bertaraf edilebiliyor olması halinde takdiri indirim nedenlerinin gözetilip gözetilmeyeceği haklı olarak sorgulanabilir. Zira cezanın kişi üzerindeki en olası etkisinin araştırılması gerekmektedir.

Buna karşılık temel cezanın belirlenmesinde failin cezaya hassasiyetine bir etki tanımak hem olan hukuk hem de olması gereken hukuk yönünden uygun değildir. Zira cezaya hassasiyet cezanın miktarı kusur esasında olarak belirlendikten sonra bu ceza üzerinde bir indirim yapılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin bir incelemeyi gerektirmektedir¹⁴³⁰.

B. Cezanın Bireyselleştirilmesi

1. Cezanın Bireyselleştirilmesi Kurumunun Tarihsel Arka Planı

Cezanın bireyselleştirilmesi fikrinin ortaya çıkış tarihçesi incelendiğinde birden fazla tartışmanın bu bağlamda ele alındığı anlaşılmaktadır. Bu tartışmalar belirsiz süreli cezanın yerindeliği, ceza ve güvenlik tedbirlerinin birbirinden ayrılması, akıl hastalığı bulunan kişiler, mükerrirler, tehlikeli suçlular gibi çeşitli fail gruplarının özel sorunlarının ele alınması gibi konuları kapsamaktaydı. Cezanın amaçlarının neler

¹⁴²⁸ AIDS veya kansere yakalanmış olmanın takdiri indirim nedeni olabileceği yönünde bkz. Öztürk/Erdem, s. 563. Benzer yönde bkz. Bacaksız/Bayzıt, s. 452.

¹⁴²⁹ Karş. Yerdelen, ss. 301 vd. sCezanın failin geleceği üzerindeki etkileri ölçütünün TCK m. 61/1'de de yer alması ve temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. ve karş. Yerdelen, s. 170. Cezanın şahsiliği ilkesi geçerli olmakla birlikte cezalandırılan kişilerin yakınlarının bu cezadan etkilenmelerine cezanın “yan etkisi” denilmektedir. YÜCE cezanın yan etkilerinin ağır olduğu durumların da cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir. Yazara göre “Hâkim insafı olmalıdır.” Yüce, s. 104.

¹⁴³⁰ Cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerinin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. ve karş. Yerdelen, s. 170.

olduğu tartışması da cezanın bireyselleştirilmesine izin verilip verilmeyeceği ve ne ölçüde izin verileceği sorularının yanıtlanmasıyla yakından ilişkilidir. Bireyselleştirme hem kusur esasında cezanın belirlenmesi hem de özel önleme görüşü bakımından mümkündür. Daha güçlü bir bireyselleştirmeyi savunanlar cezanın sadece kefaretoğetme bakış açısıyla belirlenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte bireyselleştirmenin sınırlarının neler olduğu tamamen kusur odaklı ceza hukuku açısından bile önemli bir mesele halini almıştır¹⁴³¹. Yukarıda belirtildiğı üzere failin kişiliğı ve hem fiilden önceki hem de sonraki yaşantısı kusurun ölçülmesi ile ve dolayısıyla da cezanın ağırlığı ile ilişkilendirilmektedir.

Cezanın bireyselleştirilmesi aynı zamanda cezanın belirlenmesine ilişkin kararlarda yasama ve yargı arasındaki kuvvetler ayrılığı – yetki paylaşımı ile sıkı sıkıya ilişkilidir. MONTESQUIEU, “Kanunların Ruhı” adlı eserinde kanunların açık ve belirli olmalarını ve hakimlerin sadece kanunların lafzını tekrar etmekle görevli olmalarını talep etmektedir¹⁴³². BECCARIA ise hukukun orta sertlikte olması ancak kesin olarak belirlenmesi ve mutlak suretle uygulanması gerektiğı sonucuna ulaşmaktadır. Hatta hükümdarın merhametini bile hukuka uygun görmemektedir.¹⁴³³ Bu gereklilikler Fransız Erkek ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 8. maddesinde klasik ifadesini bulmaktadır¹⁴³⁴. 1791’de Fransa’da her bir suçun cezasının kanunda mutlak olarak belirlenmesi ve kanunun uygulanmasında herhangi bir takdir yetkisi tanınamaması yoluna gidilmiştir. Bu tür bir şekli eşitlik adaletsizliklere yol açmıştır. Zira her bir suç tipi daha hafif veya daha ağır bir şekilde işlenebilir. Eşit olmayan şeylere eşit bir şekilde davranılmasının insanlara zarar vereceğı ise aşıkardır. Örneğın, elde edilen yararın az olduğu bir dolandırıcılık suçu ile çok olduğu bir dolandırıcılık suçu arasında fark vardır. Bu nedenle 1810 yılında Napolyon Kanunu ile eski rejimin (*ancien regime*) keyfiliğı ile 1791 tarihli Ceza Kanunu’nun katılığı arasında bir uzlaşıya gidilmiştir. Suç tipleri için kanunda belirli ceza aralıkları öngörölmüştür, çok

¹⁴³¹ Heinitz, s. 8.

¹⁴³² Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu, **Spirit of Laws**, Volume 1, Book XI, Chapter VI, 1748, <https://oll.libertyfund.org/title/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>, (01.06.2022).

¹⁴³³ Cesare Bonesana di Beccaria, **An Essay on Crimes and Punishments**, 1764, Chapter XXVII, <https://oll.libertyfund.org/title/voltaire-an-essay-on-crimes-and-punishments>, (01.06.2022).

¹⁴³⁴ National Assembly of France, **Declaration of the Rights of Man**, 1789, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (01.06.2022).

sınırlı ölçüde indirim nedenlerine izin verilmiştir. 1824 ve 1832 tarihli kanunlar ile indirim nedenleri genişletilmiş ve hakimlere daha geniş ölçüde takdir yetkisi tanınmıştır. Kanunda belirli ceza aralıklarının öngörülmesi sistemi 19. yüzyılda – 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu da dahil – Alman devletleri tarafından da kabul edilmiştir¹⁴³⁵.

Cezanın bireyselleştirilmesi fikri kriminolojik çalışmalarla sıkı sıkıya ilişkilidir. Hem Avrupa hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde 1870'lerde kriminoloji biliminin yükselişinden itibaren ceza anlayışı çok büyük değişikliklere uğramıştır¹⁴³⁶. Cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi tarafından ortaya konulan yenilikler 19. yüzyılın sonlarında kriminolojinin ceza hukuku üzerindeki daha geniş etkisinin bir parçasını oluşturmaktaydı. Beccaria ve ardından gelen filozofların teorilerine dayanan liberal öğretinin eski paradigmaları ve felsefi temellerine meydan okunulmaktaydı. Klasik öğretinin temel düşüncesi tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve aynı suçun kusurun ölçüsüne göre aynı ceza ile cezalandırılmasıydı. Ceza hukukunun temel problemlerini bilimsel ve deneysel bir yaklaşımla ele alan kriminoloji ve penoloji gibi disiplinler ise tam tersi bir görüş ileri sürmekteydi. Özgür irade, ahlaki sorumluluk ve orantılı ceza öğretisine karşı çıkmaktaydılar¹⁴³⁷.

18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başındaki ceza hukuku reformcularının siyasal ve ceza hukukuna ilişkin ideolojileri, bu kişilerin neden suçun nedenlerinin kriminolojik olarak araştırılmasına çok az ilgi gösterdiklerini açıklamaktadır. Caydırmaya yönelik stratejileri, insanların neden suç işlediklerine ilişkin sahip oldukları fikri yansıtmaktadır. Çoğu insanın suç işlemekle birtakım faydalar edinmek istediğini düşünmekteydiler. Bu nedenle de hukuk tarafından öngörülmüş belirli cezalar sisteminin, çoğu insanı cezanın zararının suç işlemekle elde edilecek olan faydaya daha ağır bastığı yönünde ikna edeceğini umut etmekteydiler. Reformcuların insan doğasına ilişkin liberal görüşü, suçun nedenlerinin ampirik olarak araştırılmasını gereksiz kılmaktaydı. Tam tersine bireyin davranışına yönelik çevresel veya biyolojik sınırların araştırılması, bireylerin hareketlerini tamamen kontrol edebilen otonom aktörler olduğuna ilişkin liberal görüşlerini sadece zedeleyebilirdi. Cezanın amacını

¹⁴³⁵ Heinitz, ss. 1-2.

¹⁴³⁶ Pifferi, s. 16.

¹⁴³⁷ Pifferi, s. 19.

ödetmede gören 19. yüzyıl hukukçuları açısından da durum farklı değildi. Ödetme düşüncesi, bireylerin davranışlarından ahlaken sorumlu oldukları kabulüne dayanmaktaydı. Bu kabul, suçun nedenlerine ilişkin herhangi bir ampirik bilgidен bağımsız olarak ortaya çıkmaktaydı. Bu nedenle ne ceza hukuku reformcuları ne de 19. yüzyılda ödetme görüşünü savunanlar kriminolojik çalışmalara ideolojileri kriminolojik araştırmalara ihtiyaç duymadığı için ilgi göstermemişti¹⁴³⁸.

Sadece 19. yüzyılın son çeyreğinde ceza hukuku reformcularının kriminolojik çalışmalara karşı tutumu değişmiştir. Çeşitli Avrupa ülkelerinde yeni nesil reformcular ceza hukuku politikasında değişikliğe gidilmesi gerektiğini ve bunun kriminolojik bilgiye bağlı olduğunu dile getirmiştir¹⁴³⁹. Cesare Lombroso 1874'ten itibaren suçlular üzerinde yaptığı çalışmaları yayınladıktan sonra 1877 yılında Garofalo tarafından yayınlanan bir makalede genel önleme ile özel önleme arasında bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre özel önleme genel önlemeye karşı önceliklidir. Özel önlemenin gerekliliklerine göre belirlenmiş bir ceza için failin kusuruna değil, tehlikeliliğine öncelik verilmelidir¹⁴⁴⁰. Enrica Ferri, 1880 tarihli çok önemli eserinde yeni düşüncelere yer vermiştir. İlk defa farklı suçlu grupları arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Lombroso ve İtalyan Pozitif Okulu'nun kurucusu Ferri bireyselleştirme ilkesine teorik itiş gücünü vermişlerdir¹⁴⁴¹. İtalyanlara dayanarak ancak kendine has ve bağımsız üslubuyla Franz von Liszt¹⁴⁴² 1882 yılında Marburg Programı'nı oluşturmuştur. Burada şu ünlü sözüne yer vermiştir: “suç değil suçlu

¹⁴³⁸ Richard F. Wetzell, **Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945**, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2000, s. 32.

¹⁴³⁹ Wetzell, s. 33.

¹⁴⁴⁰ Heinitz, s. 2; Wetzell, s. 28; Bernd-Dieter Meier, **Kriminologie**, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2008, (Kriminologie), s. 17; Vormbaum, ss. 121, 128.

¹⁴⁴¹ Pifferi, s. 17.

¹⁴⁴² Franz von Liszt, 1880'lerde henüz genç bir ceza hukuku profesörü iken 19. yüzyıl ceza hukuku felsefesi ve uygulamasının temel kurumlarının tamamına meydan okuyan bir ceza hukuku reform hareketi başlatmıştı. Reform önerileri direniş ile karşılaştı ancak aynı zamanda da kısa sürede özellikle de daha genç profesörler, öğrenciler, avukat ve hakimler arasında kayda değer ölçüde destek buldu. Yeni bir dergi başlatarak, kendi enstitüsünü ve son olarak da 1889 yılında Uluslararası Ceza Hukuku Birliği'ni (*Internationale Kriminalistische Vereinigung*) kurarak Liszt hareketine güçlü bir kurumsal temel kazandırdı. 1880'lerin sonunda modern ceza hukuku okuluna şeklini verdi ve gitgide büyüyen ceza adalet sisteminde reform hareketine liderlik etti. Wetzell, s. 34. Ayrıca bkz. Vormbaum, s. 59, 119-127; von Liszt'in eserlerinden ilgili bölümler için bkz. Thomas Vormbaum (Ed.), **Moderne deutsche Strafrechtsdenker**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2011, (Strafrechtsdenkers), ss. 211-237.

cezalandırılır.”¹⁴⁴³. Cezaların failin/suçlunun doğasına göre bireyselleştirilmesi ile suçun doğasına göre cezanın bireyselleştirilmesinden tamamen farklı bir şey kastedilmekteydi. von Liszt’in bir yandan tutkulu takipçiler edindiği diğer yandan en sert eleştirilere maruz kaldığı bilinmektedir¹⁴⁴⁴. Bu tartışmalar okullar ihtilafı (*Schulenstreit*) kapsamında gerçekleşti. von Liszt tarafından Marburg Programı’nda ileri sürülen yeni anlayışa göre cezanın temel amacı faili rehabilite etmek ve eş zamanlı olarak düzeltilmesi mümkün olmayan faileri kontrol ve nötralize ederek en iyi toplumsal savunmayı sağlamaktır¹⁴⁴⁵.

Cezanın temel olarak kefarete ve ödetmeye mi yoksa gelecekte işlenen suçları önlemeye mi hizmet ettiği sorusundan bağımsız olarak suçla etkili mücadele için cezanın fiile ve faile daha çok uydurulması gerektiği bir diğer ifade ile bireyselleştirilmesi gerektiği daha geniş ölçüde kabul edilmiştir. Bunu takiben belirli fail grupları için reform talepleri daha da fazla tanınmaya başlanmıştır ve birçok Avrupa ülkesinde kanunlarla gerçekleştirilmiştir. Fransa’da 1885 yılında itiyadi suçluların sürgün edilmesine yönelik kanun, 1891 yılında ilk defa suç işleyenlerin cezalarının koşullu olarak ertelenmesine imkan tanıyan kanun, 1912 yılında genç faillelere özel muamele yapılmasını öngören kanun yürürlüğe girmiştir. Saleilles’in cezanın bireyselleştirilmesine yönelik çok önemli monografik eserinin bu yıllarda yayınlanması bir tesadüf değildir. Belçika’da 1888’de Fransız modeline uygun olarak cezanın ertelenmesi kanunlaştı. İngiltere’de 1887 yılında ilk defa suç işleyenlerin cezasının ertelenmesine imkan tanıyan ve ceza yargılamasını mahkumiyet ve cezanın belirlenmesi olarak iki aşamaya ayıran kanun yürürlüğe girdi ve daha sonra birçok Amerikan federe devletinde de uygulandı. Almanya ilk başlarda bireyselleştirme akımını izlemekte isteksiz olmuştur. Cezanın ertelenmesi 19. yüzyılın sonlarından itibaren çeşitli Alman devletlerinde bir af tedbiri olarak kullanılmıştır. von Liszt’in başı çektiği ceza hukukçuları tarafından ceza adalet sistemine karşı yöneltilen temel eleştiri onun toplumu suça karşı korumakta yetersiz kaldığına ilişkindir. Onlara göre yüksek tekerrür oranları, kanunla öngörülen belirli cezaların, çoğu faili yeniden suç işlemekten alıkoymakta başarısız olduğunu göstermektedir.¹⁴⁴⁶ Dahası her ne kadar

¹⁴⁴³ von Liszt, s. 165.

¹⁴⁴⁴ Vormbaum, s. 133.

¹⁴⁴⁵ Pifferi, s. 20.

¹⁴⁴⁶ Wetzell, s. 75.

mevcut kanun ödetme ve genel önleme amacını benimsemekteyse de cezanın tek amacı toplumu suçtan korumak olmalıdır. Bu amaç en iyi cezanın fiile değil faile uydurulduğu zaman gerçekleşebilecektir. Bu nedenle bireyselleştirilmiş cezalar sistemi önerilmiştir: ilk defa suç işleyenlerin cezası ertelenir; ıslah edilme ihtiyacında olan ve de bunun mümkün görüldüğü mükerrir suçlular bu amaca uygun olarak belirlenmiş bir hapis cezası ile cezalandırılır; ve son olarak düzelmesi mümkün görülmeyen mükerrir suçlular belirsiz süreli ceza ile cezalandırılır.¹⁴⁴⁷ Liszt suçun sosyal nedenlerinin diğer nedenlerinden çok daha önemli olduğuna kanaat getirmişti. Cezanın diğer sosyal politikalardan daha az etkili bir suçla mücadele yöntemi olduğunu kabul etmekteydi. Bununla birlikte bir ceza hukukçusu olarak çabalarını bu alanda yoğunlaştırmıştı ve reform önerilerini cezanın bireyselleştirilmesine yoğunlaştırmıştı¹⁴⁴⁸.

Farklı şekillerde yorumlansa da 1880’lerde ceza evi reformcuları, yeni kriminoloji biliminin savunucuları ve toplumun geniş bir kesimi tarafından paylaşılan ortak kanaat, caydırma ve ödetmenin bileşimine dayanan liberal ceza hukuku sistemini radikal bir şekilde reddetmek ve keskin bir bireyselci yaklaşımla reformlar yapmak yönündeydi. Ceza hukukunun odağı, soyut bir kavram olan cezadan, doğal ve sosyal bir insan olan ve çevresel, sosyal ve ekonomik koşulların oluşturduğu karmaşık ağın davranışlarını etkilediği suçluya çevrildi. Bunun bir sonucu olarak yeknesak ve önceden belirlenmiş olan soyut bir ceza kavramı yerine, suçlunun kişisel karakteri, psikolojisi ve tüm sosyal koşullarına göre uyarlanan bireysel tretman (*treatment*) fikri getirildi. Burada suçluya bakışta değişmişti. Suç işleyen kişi hasta bir insan olarak ele alınmaktaydı¹⁴⁴⁹.

Farklı zamanlarda ve farklı hukuk sistemlerinde bireyselleştirmenin uygulanması çeşitlilik göstermiştir. SALEILLES’nin çok iyi bilinen sınıflandırmasına göre cezanın bireyselleştirilmesi yasama, yargı ve yürütme olmak üzere üçe

¹⁴⁴⁷ Richard F. Wetzell, “From Retributive Justice to Social Defense: Penal Reform in Fin-de-Siècle Germany”, **Germany at the Fin de Siècle: Culture, Politics, and Ideas**, (Ed. Suzanne Marchand ve David Lindenfeld), Louisiana State University Press, Baton Rouge, 2004, (Penal Reform), ss. 69-73.

¹⁴⁴⁸ Wetzell, ss. 35-36.

¹⁴⁴⁹ Pifferi, s. 19.

ayrılabilir¹⁴⁵⁰. Her bir çeşidi farklı hukuk sistemlerinde kendi anayasal sistemlerine, hukuk geleneklerine ve reformlara karşı tutumlarına bağlı olarak uygulanmıştır¹⁴⁵¹. Her ne kadar pozitivizmin yükselişiyle akademik ve politik söylemler ciddi bir değişikliğe uğramışlarsa da uygulamalar daha yavaş ve çeşitliydi. Dahası Amerika Birleşik Devletleri dışındaki ülkelerde bireyselleştirilmiş ceza paradigması, mevcut cezanın belirlenmesi uygulaması bakımından marjinal kalmaktaydı. Aynı suçun farklı şekillerde cezalandırılmasına karşı endişeler dile getirilmekteydi¹⁴⁵². Mahkemelere geniş takdir yetkisi verilmesi gerektiği savunulurken kastedilen bu yetkinin cezanın failin özelliklerine göre belirlenmesi amacıyla kullanılmasıydı münferit hakimlerin kişiliklerine göre değil. Bu nedenle belirlenen cezalar arasındaki farklılıklar pozitivist okul savunucuları için de bir mesele olmuştu¹⁴⁵³.

Cezanın bireyselleştirilmesi, çocuk mahkemelerinin kurulması, cezanın belirlenmesi kararında esas alınmak üzere ön-raporların hazırlanması, profesyonel bir meslek olarak denetimli serbestlik görevlilerinin ortaya çıkışı gibi reformlarla daha da desteklenmiştir. Avrupa'da sosyal savunma okulunun gelişmesiyle birlikte bireyselleştirilmiş cezalara yönelik eğilim güçlendi, failin tehlikeliliğinin cezanın belirlenmesinde esas alınması ve faileri sınıflandıran kanunların çıkması ile Amerika Birleşik Devletleri'ne paralellik gösteren gelişmeler yaşandı. Ancak kıta Avrupası hukuk sisteminde cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi klasik ilkeleri erozyona uğratmadı¹⁴⁵⁴. Tamamen determinist bir suç teorisinin kabul edilmesi veya sadece belirsiz süreli cezaların uygulanması gibi en radikal öneriler reddedilmiş ve hiçbir hukuk sisteminde kanunlaşmamıştır. Cezanın bireyselleştirilmesine yönelik yaygın talepler ilerlemeci dönem süresince etkisini yitirmiş, pozitivist okulun yükselişi ve

¹⁴⁵⁰ Raymond Saleilles, **The Individualization Of Punishment**, çev. Rachel Szold Jastrow, Little, Brown and Company, Boston, 1911, s. 220. Aynı ayırım Türk hukukunda da kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Yerdelen, ss. 39-40.

¹⁴⁵¹ Pifferi, s. 21.

¹⁴⁵² Sebba, s. 246.

¹⁴⁵³ Sebba, s. 247.

¹⁴⁵⁴ Sebba, s. 246. Cezanın bireyselleştirilmesine içkin olan geniş takdir yetkisinin kötüye kullanımına yöneltelen eleştiriler, cezanın belirlenmesinde geniş tutarsızlıklara yol açma potansiyeli ve rehabilitasyonun ulaşılabilir bir amaç olduğu iddiasının başarısızlığa uğraması sonucunda bireyselleştirme paradigması "*just desert*" olarak adlandırılan ve faile fiilinin ağırlığı ile oranlı bir cezanın verilmesi anlamına gelen yeni bir ilke ile değiştirildi. Fiilin ağırlığı ile oranlı ceza klasik okulun caydırma görüşü yerine bu sefer ödetme ilkelerine dayanmaktaydı. Sebba, s. 243.

çöküşünü atlatmış, failin ıslahına yönelik bireysel treatmentlardan toplumun güvenliğini sağlamaya yönelik tedbirlere doğru anlamı değişmiş ve zamanla modern ceza hukukunun tartışmasız bir temeli olarak kabul görmüştür. Klasik ceza hukukunun ilkeleri ile asla bağdaşmayan devrim niteliğindeki bireyselleştirme, 1930’larda artık ceza adalet sistemiyle bütünleşmiş ve onu yıkmak yerine güçlendirmiştir¹⁴⁵⁵.

Cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin özü cezanın failin kişiliğine uydurulması olarak özetlenebilir. Ceza siyasetinin bir amacı olarak bireyselleştirme mahkemeler tarafından çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir: cezanın miktarının belirlenmesinden, cezanın türünün ya da hukuk sistemin suç karşılığı olarak öngördüğü yanıtlardan birin seçilmesine kadar geniş bir yelpazede araçlarda geliştirilmektedir. Cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi hakimın failin ağırlığı ve kusurun ölçüsünün ötesindeki failin geçmişi ve yaşam koşulları gibi hususları göz önünde bulundurmasını gerektirir. Ayrıca cezanın dolaylı sonuçlarının da gözetilmesini gerektirir¹⁴⁵⁶. Bireyselleştirme, cezanın failin kişiliği vb. ölçütler kullanılarak cezanın failin gelecek yaşantısına (özellikle de davranışlarına) etkisine ilişkin bir tahmini gerektirmektedir. Bireyselleştirme bağlamında cezadan beklenen etki pozitif ve negatif özel önlemeyi sağlamasıdır. Cezanın failin kişiliğine uydurulması bu beklentiyi sağlamaya elverişli olan cezanın ya da yaptırımın daha geniş olarak ceza hukuku reaksiyonun seçilmesi anlamına gelmektedir. Her ne kadar cezanın bireyselleştirilmesi kavramı ortaya çıktığı zamanki devrimsel anlamını yitirmiş ve modern ceza hukuku sistemlerinin genel geçer bir ilkesi haline gelmiş ise de cezanın kusur esasında belirlenmesi ilkesi ile devam eden bir gerilim içerisinde. Devam eden başlıklarda cezanın bireyselleştirilmesinin, cezanın kusur esasında olarak belirlenmesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği incelenmektedir. Türk hukuku bakımından da özellikle takdiri indirim nedenlerinin hem bir bireyselleştirme aracı olarak yerindeliği hem de kusur ilkesine uygunluğu tartışılmaktadır.

¹⁴⁵⁵ Pifferi, s. 22.

¹⁴⁵⁶ Benjamin L. Berger, **Reform of The Purposes And Principles Of Sentencing: A Think Piece**, Department of Justice Canada, Ottawa, 2016, s. 11.

2. Cezanın Kusur Esasında Belirlenmesi ve Cezanın Bireyselleştirilmesi Arasındaki İlişki

Cezanın bireyselleştirilmesi ve cezanın kusur esasında olarak belirlenmesi arasındaki ilişkide cezanın (veya cezalandırmanın) amaçlarının gerçekleştirilmesi kavramı kilit bir rol oynamaktadır. Türk ceza hukuku öğretisinde baskın olarak ceza belirlenirken, cezalandırmanın amacının gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁵⁷. Ceza belirlenirken cezanın amacının gerçekleştirilmesi farklı şekillerde olabilir. İlk akla gelen cezanın belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak belirlenmesidir. Ancak cezanın pozitif ve negatif özel önleme ve/veya pozitif ve negatif genel önlemeyi sağlayacak şekilde belirlenmesindeki güçlükleri Birinci Bölümde açıklamıştık. Ampirik yönden hangi ceza tür ve miktarının belirli bir faili yeniden suç işlemekten uzaklaştıracağı, ıslah edeceği, yeniden topluma kazandıracağı veya toplumdaki diğer bireyleri suç işlemekten alıkoyacağının ispatlanmasının mümkün olmadığı açıktır. Önleme amacı gerçek reel bir amacı ifade ettiği için bu amaca ulaşıp ulaşılmadığının dış dünyada meydana gelen olaylar ve sonuçlar itibarıyla tespit edilebilmesi gerekmektedir. Zira cezanın gerçek bir amaca yönelik olarak gerekçelendiren görüşler bakımından bu koşulu sağlamaları bir zorunluluktur. Dolayısıyla da bu görüşler ilk olarak maddi bir imkansızlıkla karşılaşmaktadırlar. İkinci olarak ise normatif bir sınırla karşılaşmaktadırlar. Bu normatif sınır kusur ilkesi ile kendisini göstermektedir. Kusur hem faile ceza verilmesinin hem de verilen cezanın ölçüsünün gerekçesini oluşturur. Kişi ancak kusurlu olduğu/bulunduğu haksızlıktan cezalandırılabilir ve bu cezanın ölçüsü onun sorumlu olduğu şeyin ölçüsü ile sınırlı olmak zorundadır: kusurlu haksızlık. Kusurlu haksızlığı cezanın belirlenmesi kusuru

¹⁴⁵⁷ Yerdelen, s. 157; Centel ve diğerleri, s. 579. Cezanın belirlenmesinde gözetilecek temel ilke cezalandırmanın amacının gerçekleştirilmesidir. Kanunun öngördüğü ölçütlerle cezanın somutlaştırılmasıyla cezalandırmadan beklenen amaçlar gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Koca/Üzülmüş, s. 619. Cezanın ödetici ve önleyici amaçları arasında bir “antinomi” bulunduğu söz edilir. Kusur ile orantılı ceza failin tehlikeliliği karşısında yetersiz gelebilir veya tehlikeli değildir ve cezalandırılması gerekli değildir. Gerçekten, cezanın iki amacının bir arada, aynı ölçüde gerçekleştirilmesi zorluk çıkarabilir. Ancak bu, amaçlar arasında bir karşıtlık olduğu anlamına gelmez. Modern ceza hukuku, amaçları bağdaştırmaya yardımcı olacak kurumları geliştirmiştir. Cezaları bireyselleştirme bu konuda önemli bir araçtır. Yüce, s. 108. Cezanın kanun koyucu tarafından belirlenmesi aşamasında cezanın tüm amaçları göz önünde bulundurulabilir. Ancak somut belirleme aşamasında failin haksızlığı ve failin kusuruyla orantılı bir cezaya hükmedecek ve bunu yaparken de özel önleme amacını göz önünde bulunduracaktır. Koruculu, s. 468.

olarak ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla failin (cezanın belirlenmesi) kusurunun ağırlığı ile cezanın ağırlığının bir ilişki içerisinde olması gerekir. Bu şekilde cezanın, doğrudan kendi amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak belirlenmesinin önünde biri maddi biri normatif iki engel olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ceza belirlenirken cezalandırmanın amaçlarına ulaşılmasının bir diğer yoluna Alman ceza hukuk öğretisinde baskın olarak kabul gören cezanın belirlenmesi teorisinde yer verilmektedir. Yüksek Mahkemeye ve öğretideki baskın görüşe göre cezanın kusurla orantılı olarak belirlenmesi ve önleme amacına yönelik düşüncelerin birleştirilmesi mümkündür. Hareket alanı veya kusur çerçevesi olarak adlandırılan teoriye göre kusura oranlı ceza alt ve üst sınırları olan bir aralığa denk düşer, bu aralık içerisindeki her ceza miktarı kusurla orandır. Hâkim önleme amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak cezayı bu aralıkta belirler. Bu şekilde hem kusur ilkesinin gereği yerine getirilmiştir hem de önleme amacı gerçekleştirilmiştir¹⁴⁵⁸. Hakimin genellikle önlemeye yönelik düşüncelere başvurmasının zorunlu olduğu, zira kusurla oranlı ceza aralığı içerisinde cezanın miktarının belirlenmesi için başvurulabilecek başkaca bir ölçütün olmayabileceği de ifade edilmektedir¹⁴⁵⁹. Her ne kadar önleme amacına yönelik değerlendirmelere kusurla oranlı olan ceza aralığının üst sınırına yakın bir cezanın belirlenmesi için başvurulmaktaysa da özel önlemenin (hapis cezası sebebiyle toplumdan uzaklaşmanın önlenmesi anlamında) bu ceza aralığının alt sınırının tercih edilmesini veya hatta bunun altına inilmesini gerektirdiği yönünde görüşler de savunulmaktadır¹⁴⁶⁰.

Kusurla oranlı ceza belirli bir miktarı değil de bir aralığı ifade ediyor ise faile uygulanacak olan cezaya nasıl ulaşılacağının çözümlenmesi gerekir. Bunun yollarından bir tanesi, orta değeri seçmektir. Bir diğer ihtimal ise kuşku halinde kusura

¹⁴⁵⁸ Schaffstein, ss. 99 vd.; Roxin, Prävention, s. 183; Bruns, ss. 105 vd.; Jescheck/Weigend, AT § 82 IV kn. 6; Hart-Hönig, ss. 158, 169; LK-Theune, § 46 kn. 39 vd.; Detter, II kn. 151 vd.; MüKo-Radtke, Vor §§ 38 ff. kn. 59 vd.; NK-Streng, § 46 kn. 97 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 309 vd.; Bruns/Güntge, ss. 121 vd.; Schäfer ve diğerleri, kn. 820 vd.; Meier, ss. 171, 176, 224.

¹⁴⁵⁹ Brögelmann, s. 904; Franz Streng, "Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“: Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen", **Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Guido Britz, Heike Jung, Heinz Koriath ve Egon Müller), C. H. Beck, München, 2001, (Spielraumtheorie), ss. 886 vd.

¹⁴⁶⁰ Roxin, Prävention, ss. 197 vd.; Roxin, AT I, § 3, kn. 59; Meier, Strafzumessung Teil I, s. 772; Schäfer ve diğerleri, kn. 823 vd.

göre belirlenmiş olan ceza aralığının alt sınırını seçmektir¹⁴⁶¹. Cezanın belirlenmesi öğretisinde bu seçenek özel önlemeye atıfla taraftar bulmaktadır¹⁴⁶². Bununla birlikte özel önlemeye gönderme yapmak, ampirik olarak ispatlanabilir etkiyi belirtmek anlamına gelmektedir. Her kim önlemeden bahsedecek ise, şu soruyla iştigal etmek zorundadır: sosyal entegrasyon (veya aksinin önlenmesi) iki seçenek ceza miktarından birinin seçilmesi yoluyla ne ölçüde sağlanabilir. Bunun oldukça güç olduğu açıktır. Bu nedenle aynı neticeye ampirik yerine basit normatif argümanlarla ulaşılması daha isabetli olacaktır. Bu itibarla eğer hâkim kusur esasına göre belirlenmiş olan ceza aralığının altı sınırının üzerinde bir ceza miktarının belirlenmesi gerektiğini herhangi bir şekilde gerekçelendiremiyor ise bu ceza miktarı gereksizdir ve bu nedenle de failin temel haklarına ölçüsüz bir müdahale teşkil eder. Sonuç olarak hakim kusur esasına göre belirlenmiş olan ceza aralığının alt sınırındaki cezaya hükmetmesi gerekir¹⁴⁶³.

Netleştirilmesi gereken bir diğer nokta hâkimin negatif genel önleme düşüncesi ile, diğer potansiyel failleri caydırmak amacıyla, kusurla orantılı ceza aralığının üst sınırını seçip seçemeyeceğidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, belirli koşullar altında buna izin vermektedir: taklit etme tehlikesi mevcut ise ya da bu veya benzer fiillerin topluma zararlı bir şekilde arttığı tespit edilmiş ise¹⁴⁶⁴. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ömür boyu hapis cezasına başka gerekçelerin yanı sıra “caydırma” amacına hizmet ettiği gerekçesiyle hükmedilmesine karşı itiraz etmemektedir¹⁴⁶⁵. “Cezanın fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile orantılı olması” formülü, sınırlı ölçüde genel önlemeye ilişkin değerlendirmelerin de göz önünde bulundurulmasına izin vermektedir¹⁴⁶⁶. Öğretide kusur ilkesi ve genel önleme arasındaki ilişkiye ilişkin karşıt görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazar, kusur ve önlemenin mutlaka ayrılmak zorunda olmadığını savunmaktadır¹⁴⁶⁷. Diğer yazarlar ise genel önlemeye yönelik hususlara karşı önemli dayanaklar ileri sürmektedirler, bunun Alman Anayasası m.

¹⁴⁶¹ Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 116.

¹⁴⁶² Örnek olarak bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 823 vd.; Müko-Franke, § 46 kn. 16; LK-Theune, § 46 kn. 39, 43 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, kn. 480; Meier, ss. 247; Meier, Strafzumessung Teil I, s. 770. Eleştirel yönde bkz. Frisch, BGH, ss. 274 vd.; Hörnle, ss. 61 vd.

¹⁴⁶³ Hörnle, Strafzumessungslehre, s. 116.

¹⁴⁶⁴ Kararlar için bkz. Schäfer ve diğerleri, kn. 839 vd.

¹⁴⁶⁵ BVerfGE 45, ss. 187, 255.

¹⁴⁶⁶ Weigend, Verhältnismäßigkeit, s. 928.

¹⁴⁶⁷ Brögelmann, s. 904.

1/1'i ihlal edeceğini ileri sürmektedirler¹⁴⁶⁸. İnsan onurunun ihlali iddiası sadece kusur ilkesinin açıkça göz ardı edilmesiyle caydırma düşüncesinin cezanın belirlenmesine yön verdiği hallerde geçerli bir iddiadır. Kusura göre ceza aralığının belirlenmesi ve bu aralık içinde genel önleme amacının gözetilmesi halinde insan onurunun ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır, zira cezanın miktarında sadece makul bir farklılaşma söz konusu olacaktır. Ancak bu hafif fark failin ne salt nesne haline indirgenmediği ne de küçültüldüğü veya aşağılandığı anlamına gelmektedir¹⁴⁶⁹.

Bununla birlikte genel önlemeye ilişkin gerekçelere başvurmada ihtiyatlı davranılmalıdır. Ceza miktarında yapılacak olan makul bir ağırlaştırmanın potansiyel failleri caydırabileceği fikri hatalıdır. Ampirik çalışmalar, yaptırıma uğrama ihtimalinin kişinin suç işleme kararını etkilediğini ancak yaptırımın miktarının etkisinin sınırlı olduğunu göstermektedir. Gerçekten caydırıcı etkiye ulaşmak isteniyor ise cezanın miktarının muazzam gaddarlıkta ağırlaştırılması gerekir ki bu durum sadece kusur ilkesi ile çatışma içerisinde olmakla kalmaz aynı zamanda insan onurunu da ihlal eder. Buna karşılık cezanın kusurla orantılı görünen ceza aralığı içerisinde belirlendiği hallerde de caydırma görüşü ceza aralığında daha yüksek bir cezaya hükmedilmesini meşru kılmaya elverişli değildir. Elverişlilik, ölçülülük ilkesinin bir unsuru olduğu müddetçe bu durum kusurla oranlı ceza aralığında üst sınır civarında bir cezanın seçilmesini engeller. Topluma zararlı davranışların engellenmesi önemli bir kamusal menfaat olmakla birlikte ceza miktarında önemsiz bir artışa gitmek arzu edilen etkiyi gerçekleştirmeye elverişli değildir ve bu sebeple ölçüsüzdür¹⁴⁷⁰.

Cezanın kusurla oranlı ceza aralığında belirlenebilmesi için önleme amacına başvurulması gerekliliği ilk bakışta kabul edilebilir görünmektedir. Ancak yukarıdaki incelemeler karşısında bunun kullanışlı bir yol olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bu durum ceza belirlenirken cezalandırmanın amaçlarına ulaşamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla ceza belirlenirken cezalandırmanın amaçlarının gerçekleştirilmesi gerekir önermesinin yanlış olmadığı kanaatindeyiz. Cezanın failin kusuru ölçüsünde belirlenmesi ile kural olarak cezalandırmanın amaçlarına ulaşılmış

¹⁴⁶⁸ Peter Badura, "Generalprävention und Würde des Menschen", *Juristische Zeitung*, Cilt: 19, Sayı: 11-12, 1964, ss. 337-344.

¹⁴⁶⁹ Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 117.

¹⁴⁷⁰ Hörnle, *Strafzumessungslehre*, s. 117.

olur¹⁴⁷¹. Bununla birlikte asıl sorun cezalandırmanın amaçlarına ulaşılabilirdiği takdirde kusurun ölçüsünün altında bir ceza belirlenmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkindir¹⁴⁷². Yukarıda Birinci Bölümde kusur ilkesinden kusurun altında bir cezaya hükmedilmesi yasağının çıkarılamayacağı sonucuna ulaşılmaktaydı. Ancak bu yönde bir karar verilebilmesi için bunun gerekçelendirilmesi gerektiği de vurgulanmaktaydı. Zira cezanın kusur ölçüsünde belirlenmesi zorunluluğu devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını gösterdiği gibi cezalandırma yükümlülüğünün de sınırlarını göstermekteydi.

Devletin bireyselleştirme araçları vasıtasıyla kusur ölçüsünde ceza belirleme yükümlülüğünden vazgeçmesi mümkün müdür? Kusurun denkleştirilmesi başlığında kusur esasında olarak belirlenen cezanın miktarının özel koşullar nedeniyle indirilebileceğini kabul etmekteydik. Ancak kusurun denkleştirilmesi buradaki problemden farklılık arz etmektedir. Orada amaç bakımından bir değerlendirmeye gidilmeksizin kusurun ölçüsünde belirlenen cezanın fail üzerindeki ağırlığı bakımından bir dengesizlik yaratması ve daha az bir cezaya hükmedilmesi söz konusu söz konusuydu. Kusurun denkleştirilmesi cezanın istenmeyen zorluk ve etkilerinden kaynaklanmaktadır ve indirilmiş olan cezanın ağırlığı ile kusurun ağırlığı arasındaki ilişki/oran yeniden tesis edilmektedir. Burada ise devlet bilinçli olarak uyguladığı cezanın ağırlığının, kusurun ağırlığından daha az olmasına imkan tanıyan birtakım araçlar geliştirmektedir.

Hapis cezasının olumsuz etkileri göz önünde bulundurularak hapis cezası ile failin topluma yeniden kazandırılmasının sağlanamayacağı hatta buna engel olunacağı düşünülebilir. Eğer faile hapis cezasından daha hafif bir müdahale ile gerekli kınama

¹⁴⁷¹ Aynı yönde bkz. Yerdelen, s. 220. Kusur ilkesine göre cezanın önleme amacı ancak kusurla ceza arasında adil bir denge oluşturulmasıyla sağlanabilir. Demirbaş, s. 690; Centel ve diğerleri, s. 582.

¹⁴⁷² Cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında failin kişiliği gözetilerek, cezanın fail üzerindeki muhtemel etkileri değerlendirilerek, failin topluma yeniden kazandırılması ve rehabilitasyonu ile kısa süreli hapis cezalarının olumsuz etkilerinden failin korunması amaçlanmaktadır. TCK'da bireyselleştirme araçlarından olarak takdiri indirim nedenleri, hapis cezasının ertelenmesi, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi düzenlenmiştir. CMK'da düzenlenen HAGB de bireyselleştirme araçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Tüm bu bireyselleştirme araçları failin yeniden suç işlemeyeceği var sayılarak hapis cezası vermekten vazgeçilmesi veya bu cezanın azaltılması işlevine sahiptir. Cezanın failin tehlikeliliği göz önünde bulundurularak özel önleme amacı çerçevesinde arttırılmasına imkân tanınmamaktadır. Böyle bir yöntem hem kanunilik ilkesi hem de kusur ilkesi yönünde reddedilecektir.

yargısı ulaştırılabiliyor ise bu yolun tercih edilmesi kabul edilebilir. Cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi, ertelenmesi ve HAGB bu şekilde meşrulaştırılabilir. Ancak takdiri indirim nedenleri, faile hapis cezası verilmesinin önüne geçmemekte sadece bu cezanın miktarının indirilmesine neden olmaktadır. Takdiri indirim nedenlerinin kusur esasında olarak belirlenmiş bir cezanın altına inilmesini meşru bir gerekçesini oluşturup oluşturmadığı konusunda birtakım şüphelerimiz bulunmaktadır¹⁴⁷³.

İlk olarak takdiri indirim nedenlerine ilişkin düzenlemede bu indirimin neden yapıldığına ilişkin gerçek bir yönlendirme yer almamaktadır. TCK m. 62 birinci fıkrada takdiri indirim nedenlerinin varlığı halinde ne şekilde indirim yapılacağını, ikinci fıkrada da takdiri indirim nedeni olarak nelerin göz önünde bulundurulabileceğini düzenlemiştir. Buna göre failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenlerinin uygulamasına yönelik eleştiriler nedeniyle çok yakın bir tarihte bu fıkrada çeşitli değişikliklere gidilmiştir¹⁴⁷⁴. 12.05.2022 tarih 7406 sayılı Kanunun 1. maddesi ile m. 62/2’de yer alan “sürecindeki davranışları,” ibaresi “sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya” şeklinde değiştirilmiş ve “gibi hususlar” ibaresi madde metninden çıkarılmış¹⁴⁷⁵, fıkra “kararda” ibaresinden sonra gelmek üzere “gerekçeleriyle” ibaresi eklenmiştir. Dahası yine aynı madde ile ikinci fıkra “gibi hususlar” ibaresi eklenmiştir: “Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.” Tüm bu

¹⁴⁷³ MERAKLI’ya göre takdiri indirim nedenleri failin TCK m. 61 uyarınca sırasıyla temel cezası ve sonuç cezasının belirlenmesinin ardından yapılması gereken bir indirim olup failin kusurundan bağımsız bir nitelik taşımaktadır. Meraklı, s. 457. Ancak kanundaki ifadeye göre sonuç ceza takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ile belirlenmektedir. Bu şekilde olmasaydı dahi faile uygulanacak olan cezanın miktarına etki ettiği için yine cezanın belirlenmesinin bir aşaması olarak değerlendirilmesi gerekecekti. Bu nedenle takdiri indirim nedenlerinin cezanın kusur esasında belirlenmesi kuralına uygun olup olmadığının tartışılması gerektiği görüşünü taşımaktayız.

¹⁴⁷⁴ 7406 s. Kanun’un genel ve madde gerekçeleri için bkz. Adalet Komisyonu, “Esas Komisyon Raporu”, 29.03.2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss323.pdf>, (01.06.2022).

¹⁴⁷⁵ “Gibi hususlar” ifadesi esasında öğretilde eleştirilmemekteydi. Örneğin, KORUCULU’ya göre hakim suçu gözlemlediği ve cezasında indirim yapılmasını uygun göreceği diğer nedenlere de dayanabilmesi yerindedir. Cezanın topluma yeniden kazandırma amacı da göz önünde bulundurulduğunda cezanın olabildiğince somut olaya ve failin kişisel özelliklerine uygun bir şekilde verilmesi bu amacın sağlanması bakımından da önemlidir. Koruculu, s. 333. Benzer yönde bkz. ve karş. Bacaksız/Bayazit, ss. 430, 439.

değişiklikler ile takdiri indirim nedenlerinin doğru şekilde uygulanmasını sağlamak amaçlanmaktadır.

Peki takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının amacı nedir? ÖZTÜRK/ERDEM'e göre düzenlemenin sebebi cezanın bireyselleştirilmesi ve adalet duygusudur. Takdiri indirim nedenleri düzenlemesi, cezanın sadece suçun işlenişine göre verilmesini önlemek ve failin kişiliğine uygun biçimde cezanın bireyselleştirilmesini sağlamak amacı gütmektedir¹⁴⁷⁶. CENTEL ve diğerlerine göre takdiri indirim nedenleri hakime cezayı somut olayın ve suçlunun özelliklerine daha iyi uydurma olanağı tanımaktadır¹⁴⁷⁷. ÖZBEK ve diğerlerine göre kanunda tanımlanan her suçun işleniş biçimi ve failleri bakımından farklılıklar arz ediyor olması ve bu farklılıkların önceden kanun koyucu tarafından belirlenemeyecek olması nedeniyle takdiri indirim nedenleri kabul edilmiştir¹⁴⁷⁸. ÜZÜLMEZ'e göre basamaklı cezalar sisteminin aksayan yönlerini tamamlamak amacıyla takdiri indirim nedenleri, hakime bazı hallerde belirli şartlarla ceza vermekten kaçınabilme imkanı (örneğin, TCK m. 22/6, m. 92), bütün bunlara rağmen ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermek ve ceza yaptırımının bireyselleştirilmesini sağlamak amacıyla cezaların belirlenmesinde olay hakimine takdir yetkisi veren hükümler kabul edilmiştir. Yazara göre bu şekilde suç ve suçluyu göz önünde bulundurarak, cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleşmesini sağlayacak bireyselleştirmeye uygun bir sistem kurulmuş olmaktadır¹⁴⁷⁹. Öte yandan kusur ilkesinin gerektirdiğinden daha hafif bir cezanın uygulanmasının cezalandırma ile güdülen amaçla bağdaşmayacağını da ifade etmektedir¹⁴⁸⁰. ÖZGENÇ de benzer şekilde cezalandırmayla güdülen amaçların gerçekleştirilmesinin kusurun ağırlığıyla orantılı bir cezaya hükmedilmesini

¹⁴⁷⁶ Öztürk/Erdem, ss. 563-564.

¹⁴⁷⁷ Centel ve diğerleri, s. 593. Yazarlara göre mahkemenin temel cezayı alt sınırın üstünde tayin edip sonra taktiren indirmesi bir çelişki oluşturmaktadır. Bkz. ve karşı. Centel ve diğerleri, s. 595. Ancak temel cezanın belirlenmesi failin kusurunun ağırlığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasını gerektirirken, takdiri indirim nedenleri failin kişiliğine, sosyal ilişkilerine, suç sonrası davranışlarına ve suçun onun üzerindeki etkilerine ilişkin olup kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirmeden bağımsızdır. Bu nedenle temel cezanın alt sınır üzerinde belirlenmesi takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği gibi bu durum bir çelişki de yaratmayacaktır. Benzer yönde bkz. ve karşı. Öztürk/Erdem, kn. 982; Koca/Üzülmez, s. 727; Bacaksız/Bayazit, s. 453.

¹⁴⁷⁸ Özbek ve diğerleri, s. 700.

¹⁴⁷⁹ Üzülmez, s. 204. Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, ss. 704 vd.

¹⁴⁸⁰ Üzülmez, s. 211.

gerektirdiğini ifade etmektedir. Böylelikle kusur ilkesi, bir yandan cezanın meşruluk zeminin oluşturmakta, diğer yanda da uygulanacak ceza açısından bir sınırlamayı ifade etmektedir. Kusura göre ağır bir cezaya hükmedilmesi, kişiyi obje haline indirmek anlamına gelmekte; kusura göre hafif bir cezanın belirlenmesi ise cezalandırmayla güdülen amaçla bağdaşmamaktadır¹⁴⁸¹. O halde kusurun ağırlığının altına inilmesi anlamına gelen takdiri indirim nedenlerinin cezalandırmayla güdülen amaca ulaşılmasında bir engel olarak görülmesi ve kusur ilkesini ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak takdiri indirim nedenlerine yönelik böyle bir eleştiri de getirilmemektedir.

YERDELEN'e göre takdiri indirim nedenleri cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan çok önemli bir kurumdur. Hakimin, sanığın içinde bulunduğu özel durumu düşünmeksizin, kanunda yazılı cezaya hükmedip bununla yetinmesi adalet duygularına uygun düşmeyecektir. Davaya bakan hakim, sanığın suçu işlemekten önce veya işlediği sırada maruz kaldığı sosyal, ekonomik ve psikolojik etkileri göz önünde bulundurmak suretiyle cezayı azaltıcı takdiri nedenin varlığını kabul edebilir. Cezanın tamamen failin kişiliğine uygun hale getirilmesi için takdiri indirim nedenleri kaçınılmazdır. Bu madde öyle bir kural getirmektedir ki; cezanın belirlenmesinde etkili olabilecek olan her konu somut olayda gözden geçirilerek indirim nedeni sayılabilecektir. Böylece daha orantılı ceza belirlenmesi mümkün olacaktır¹⁴⁸².

Kanun nelerin takdiri indirim nedeni olabileceğini son yapılan değişikliklerle birlikte sınırlı olarak saymaktadır. Bunlar failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileridir. Bu hususların kusurla kusurun ağırlığı ile bir ilgileri bulunmamaktadır¹⁴⁸³. Bu hususlar ancak özel önleme amacının gözetilmesi

¹⁴⁸¹ Özgenç, s. 772.

¹⁴⁸² Yerdelen, ss. 285 vd. Benzer yönde bkz. Koruculu, s. 331.

¹⁴⁸³ Maddede yer alan “gibi haller” ifadesinin her şeyi takdiri indirim nedeni haline getirdiği ifade edilmekteydi. Özellikle de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususların takdiri indirim nedeni olup olmayacağı tartışılmaktaydı. ÖZTÜRK/ERDEM açıkça temel cezanın belirlenmesine dayanak oluşturan kusurun azlığı gibi nedenlerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edileceğini savunmaktaydı. Öztürk/Erdem, s. 564. Benzer yönde bkz. ve karşı. Centel ve diğerleri, s. 593, 595. Yapılan değişikliğin ardından bu görüşlerin geçerliliği de ortadan kalkmış bulunmaktadır. Ancak eski haliyle de kusurun ağırlığını belirten hususların takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz. Zira kanaatimizce “gibi haller” denilerek, her şeyin değil sayılan hususlara benzer durumların takdiri indirim nedeni

için dayanılabilecek ölçütler olarak kabul edilebilirler¹⁴⁸⁴. Sadece cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri özel önleme amacı dışında kusurun denkleştirilmesi bağlamında da göz önünde bulundurularak cezanın miktarının indirilmesinde bir rol oynayabilir. Bir diğer ifade ile takdiri indirim nedenleri düzenlenmesi özel önleme amacına yönelik olmalıdır. Mahkemenin sayılı hususları göz önünde bulundurarak bir indirime giderken iki şeyi tespit etmesi gerekir: indirimli haliyle de cezanın failin yeniden suç işlemesinin önüne geçmek bakımından elverişli olacağı ve indirim yapılmaz ise bunun fail üzerinde olumsuz bir etki yaratacağı. Kanun metninin önceki halinde de sonraki halinde de bu amaca yönelik herhangi bir yönlendirme bulunmamaktadır. Kanaatimizce hükmün yanlış uygulanmasının önemli bir sebebi bu indirimin hangi amaca yönelik olarak yapıldığının bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Takdiri indirim nedeni, hakimlerin önlerinde bulunan insana karşı yargılama süresince edindikleri duygusal intibakın bir ifadesi haline gelmiştir. Eski haliyle de kanun metni gerekçesiz kararlar yazılmasını, ilgisiz nedenlerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesini ya da şekli tutumların mahkemeleri kandırmasını öngörmemekteydi. Buradaki asıl mesele bu hükmün otomatik olarak ve ne için uygulandığı düşünülmeden hemen hemen her olayda uygulanmasıdır.

Takdiri indirim nedenlerinin cezanın özel önleme amacına ulaşmak için kullanılacağı düşünüldüğünde de karşımıza sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarda kişinin yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi için hangi miktar ceza

olabileceği ifade edilmekteydi. KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre de takdiri indirim nedenleri, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayan hususlara ilişkin olabilir. Koca/Üzülmöz, s. 724. YERDELEN'e göre takdiri indirime neden olan kriterin o suçun unsuru, suçun nitelikli hali, etkin pişmanlık ve zorunluluk hali ya da şahsi nedenler gibi cezayı etkileyen nedeneler arasında yer almaması gerekmektedir. Aksi halde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Takdiri indirim nedenlerinin failin kişiliğini yansıtan, suçun işlenmesiyle ilgili olan, dosyadaki delillere uygun düşen ve çifte değerlendirme yasağını ihlal etmeyecek nitelikte olması gerekir. Yerdelen, s. 305. Çifte değerlendirme yasağına konu olup olmayacağına ilişkin tartışma ve olmayacağı yönündeki görüşleri için bkz. ve karşı. Bacaksız/Bayzıt, ss. 457-458.

¹⁴⁸⁴ Failin fiilden sonraki davranışları, mağdurun suç nedeniyle uğradığı zararın daha fazla artmasını engellemesi ya da zararı gidermesi, eylemin olası yan zararlarının önlenmesi, yargılamanın düzenli, kolay ve çabuk yürütülmesine hizmet etmesi, cezanın failin geleceğine etkisi ise özel önleme çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yerdelen, s.170. Farklı yönde bkz. ve karşı. Centel ve diğerleri, s. 595: Yazarlar tarafından mahkumiyet hükmünün sadece sanığın ikrarına dayanması, uyuşturucu madde kullanmak ve bu amaçla bulundurmak suçunda maddenin az miktarda olması, babanın özürlü çocuklarını öldürmesi ve mağdurdan kaynaklanan hareketlerden bir kısmı takdiri indirim nedenlerine örnek olarak verilmektedir. Kanaatimizce bu durumların takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

ile cezalandırılması gerektiğini ampirik olarak tespit etmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Aynı şekilde kişiyi ceza evinin olumsuz koşullarından korumak için ne miktar cezanın verilmemesi gerektiği de kolayca ve bilimsel bir eminlikle tespit edilebilecek bir husus değildir. Belki bu argümana karşı olarak şu itirazda bulunulabilir: her hapis cezası kişiyi olumsuz yönde etkiler ve ne kadar az ceza evinde kalınırsa o kadar iyidir. Böylesi bir iddia esasında cezanın indirilmesi için değil de tamamen kaldırılması için söylenebilecektir. Devletin peşinen hapis cezasının işlerliğini reddetmesi bu cezayı uygulamadaki meşruiyetini de tartışmalı hale getirecektir. O halde bir kişi hakkında kusurunun ağırlığı uyarınca belirlenen üç yıl altı ay hapis cezasının onun kişiliği, eğitim durumu, mesleği ve cezanın etkileri göz önünde bulundurularak üç yıla indirilmesinde ne gibi bir fayda gözetilmektedir. Bu durum takdiri indirim nedenlerini keyfî bir indirime dönüştürmektedir. Olması gereken kusurun denkleştirilmesi bağlamında çok özel koşulların bulunması halinde ilk bakışta kusurun ağırlığına uygun görünen cezanın indirilmesidir. Cezanın özel amacı bağlamında ise sadece cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi, cezanın infazının ertelenmesi ve HAGB gibi araçlara başvurulması daha anlamlı olacaktır.

SONUÇ

Birinci Bölümde cezanın nasıl belirlenmesi gerektiği sorusuna yanıt vermek üzere meselenin kavramsal, anayasal ve felsefi temelleri araştırılmaktadır. Cezanın nasıl belirlenmesi gerektiği sorusunu cevaplandırmak için önce ceza kavramının açıklanması gerekmektedir. Ceza şekli ve maddi olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Cezanın pozitif hukuk düzenlemelerinden hareketle yapılan tanımı şekli tanımı; onu diğer hukuk yaptırımlarından özellikle de suç karşılığında öngörülen güvenlik tedbirleri gibi yaptırımlardan içerik olarak ayırmak ve özelliklerini açıklamak için yapılan tanıma maddi tanım denilmektedir. Maddi- şekli ceza kavramı ayrımı vasıtasıyla ceza tanımlarında yer verilen niteliklerin hangilerinin doğrudan pozitif hukuk düzenlemelerinden çıkarılabildiği, cezanın sadece bu niteliklerle açıklanmasının tatmin edici olup olmadığı ve cezanın bu nitelikler ötesinde maddi bir içeriğinin olup olmadığı – dolayısıyla da kanunda ceza olarak nitelendirilmeyen bir tedbirin maddi olarak ceza sayılıp sayılamayacağı değerlendirilebilir. Cezanın maddi tanımını şu şekilde yapmaktayız: ceza, faile kusurlu olarak işlediği haksızlık nedeniyle bir kınama yargısı yöneltten ve temel haklarına müdahale teşkil eden bir olumsuzluk yükleyen ceza hukuku yaptırımıdır. Cezanın bir denkleştirme, faili kusurundan ibra, ödetme, kamu düzeninin/barışının yeniden tesis edilmesi olarak tanımlamak cezanın tanımına cezanın meşruiyetine ilişkin benimsenen görüşü yansıtmak anlamına gelmektedir. Cezanın meşruiyetini açıklayan bakış açısından bağımsız olarak tanımlanabilir olup olmadığı tartışmasına girilmemekte ve cezayı kınama ve olumsuzluk yükleme unsurları üzerinden tanımlamakla yetinilmektedir.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kavramları özellikle de aralarındaki ilişki bakımından açıklanmalıdır. Her ne kadar öğretilerde bir kısım yazarlar tarafından bu iki kavram birbirinin yerine kullanılmaktaysa da kanaatimizce bu iki kavram farklıdır. Cezanın belirlenmesi faile uygulanacak olan somut (sonuç) cezaya ulaşılmasını ifade eder. Cezanın bireyselleştirilmesi ise cezanın fiile uydurulmasından farklı olarak faile onun kişiliğine ve ihtiyaçlarına yeniden suç işleminin önüne geçmek, onu topluma kazandırmak ve toplumu suçtan korumak amacıyla uydurulması anlamına gelmektedir. Cezanın belirlenmesi sürecinde bireyselleştirme yapılabilirse de bu zorunlu değildir. Cezanın belirlenmesinde failin kişiliğinin gözetilerek

bireyselleştirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Cezanın belirlenmiş olması için hâkimin hükmünde sanığa uygulanacak olan cezayı tür ve miktarı belirli olarak açıklamış olması gerekli ve yeterlidir. Cezanın belirlenmesinin nasıl olacağı ise ilgili hukuk sisteminin kanuni düzenlemesine bağlıdır. Kanunda soyut cezalar ve bunlardan somut cezaya nasıl ulaşılabileceğine ilişkin getirilen kurallar cezanın belirlenmesi sürecini yönetmektedir.

Bir hukuk devletinde cezanın belirlenmesine ilişkin bir çalışmanın mutlaka konunun anayasal temellerini ele alması gerekir. Ceza hukuku, anayasa hukukundan ve anayasal hukuk devletinden ayrı olarak düşünülemez. Anayasada doğrudan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin çok az hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle anayasal ilkelerden hareketle cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin tabi olduğu kuralların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu ilkeler hukuk devleti ve insan onuru ilkesi, kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, ölçülülük ilkesi ve eşitlik ilkesidir. Kanunilik ilkesi, sadece soyut cezaların kanunda gösterilmiş olması ile yetinilmemesini cezanın belirlenmesinde izlenecek somut yönergelerin de kanunlarda öngörülmesini gerektirmektedir. Dahası hukuk devleti ilkesi hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği gerektirmektedir. Öngörülebilirlik, sadece kanunilik ilkesi ile sağlanmaz. Bir suçun karşılığında hangi reaksiyonla karşılaşacağını öngörebilmesi, istikrarlı-tutarlı yargı uygulaması da bu öngörüü oluşturmalarına yardımcı olabilir. Ancak sonuç belirliliği-tutarlılığından ziyade süreç belirliliği hedef olmalıdır. Mutlaka 1 yıl hapis cezası alacağını bilmesi değil, tüm ceza adalet sisteminde kuralların belirli olması, eşit şekilde uygulanacak olması, soruşturma, kovuşturma ve diversiyon mekanizmaları, makamların yetki ve yükümlülükleri, bireyin devlete karşı haklar gibi bir bütün içerisinde hukuki konumunu önceden biliyor olması ve korunacağına inanması hukuki güvenlik için önemlidir. Sürekli yeni bir düzenleme ve reformun yapıldığı hukuk sistemimizde böyle bir güvenin oluşturulması zordur.

Kusur ilkesi ise cezanın belirlenmesindeki en önemli ilkedir. Zira cezanın neye göre belirleneceği sorusunun cevabını sunmaktadır. Ceza kusur esasında olarak belirlenmelidir. Kusur ilkesinin, faile kusurundan daha fazla bir ceza verilmesini yasakladığı muhakkaktır. Bununla birlikte kusur ilkesinden, meşru amaçlarla failin kusurundan daha az bir ceza verilmesinin yasak olduğu sonucuna ulaşamaz. Kusur ilkesi cezanın belirlenmesini yöneten en önemli ilke olmakla birlikte tek ilke değildir.

İlke, devletin faili mutlaka cezalandırmasını gerektirmez. Kaldı ki tüm modern ceza hukuku sistemlerinde çeşitli vasıtalara cezalandırmama yoluna gidilmektedir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi için önemli sonuçlar arz eden tüm Anayasal ilkelerin birbirleriyle uyumlulaştırılması ve hatta birbirlerine karşı dengelenmeleri gerekmektedir. Kanunilik ilkesi başlığında kusur ilkesinin belirlilik kavramının kapsam ve ölçüsünü tespitinde ne denli önemli bir rol oynadığı açıklanmaktadır. Kusur ilkesinin “kusurun cezanın belirlenmesine esas oluşturması” yönünü anlamlandırırken diğer ilkelerden de faydalanmak gerekmektedir.

Bu itibarla kusur ilkesini tamamlayan ilkelerden bir tanesi kaynaklanan ölçülülük ilkesi bir diğeri sosyal devlet ilkesidir. Cezalandırmak (ceza tehdidi, ceza mahkumiyeti ve cezanın infazı) suretiyle devlet bireyin hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Bunları sadece cezalandırmak adına yapması, cezanın kendinde bir amaç olması Anayasal düzenle bağdaşmaz. Bu sebeple ceza hukuku vasıtasıyla getirilen sınırlandırmanın özel önleme ve genel önleme gibi meşru amaçlara da hizmet etmesi gerekir. Bu kabul kusur ilkesinin cezanın bireyselleştirilmesi ile ilişkisini de ortaya koymaktadır. Kusur ilkesi ile bireyselleştirme arasındaki ilişki bireyselleştirmenin yasaklanması şeklinde değil, sınırlandırılması şeklindedir. Bireyselleştirme amacıyla faile kusurundan daha ağır bir ceza verilmesi kusur ilkesi uyarınca yasaktır. O halde bireyselleştirme amacıyla faile kusurundan daha az bir cezanın verilmesi kusur ilkesini ihlal etmeyecektir. Bireyselleştirmenin kusur ilkesini ihlal etmemesi için kusurla oranlı cezanın belirlenmesi ve bu cezanın bireyselleştirilmesi arasında bir sıranın izlenmesinde fayda vardır. Mahkeme önce cezayı tür ve miktar bakımından failin kusuru oranında belirler. Ardından bireyselleştirme amacıyla failin kusurunun ağırlığından daha az bir cezaya şu şekillerde karar verilebilir: bu cezanın ya miktarında indirim yapılır ya türü değiştirilir (daha az ağırlıkta bir başka ceza türüne/seçenek yaptırıma çevrilmesi suretiyle) ya da bu ceza infaz ettirilmez. Bireyselleştirme araçları bakımından en önemli husus hangi amaçlara hizmet ettiğini iyi tespit etmektir. Zira kusur ilkesine uygun bir şekilde belirlenmiş bir cezaya ancak meşru amaçlarla etki edilmesi Anayasa’ya uygun olacaktır. Ancak bu amaçların neler olduğu kusur ilkesi ile ilişkili değildir.

Anayasal ilkeler vasıtasıyla cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin bir çerçeve ve temel elde edilmektedir. Hem bu çerçevenin daha da netleştirilmesi ve

somutlaştırılması hem de pozitif hukukun ötesinde bir yerindelik araştırması yapılması için ceza teorilerine başvurmak anlamlıdır. Ceza teorileri cezanın meşruiyeti sorununu konu edinen teorilerdir. Cezanın meşruiyetini konu edinen ceza teorileri, cezanın, devlet ve hukuk kavramıyla uyumlu olup olmadığı ve zorunlu olarak onun bir unsuru olup olmadığını tartışma ihtiyacından ortaya çıkmaktadırlar. Ceza teorileri bir kurum olarak cezayı gerekçelendirir, meşrulaştırır ve devletin ve hukukun varlık gerekçesinin örtülü olarak cezayı da kapsadığını gösterirler. Bununla birlikte hem Türk hem de Alman ceza hukuku öğretisinde cezanın meşruiyeti meselesi cezanın amaçları sorusu bağlamında incelenmektedir.

Ancak “cezanın amaçları” başlığı merkezine önleme amacını oturtmayan ceza teorilerinin incelenmesinde yetersiz ve hatta yanıltıcı olabilir; cezanın amaçları nelerdir sorusu gerçek bir felsefî soru meydana getirmeyebilir ve cezanın amaçlarına yönelik bir açıklamanın cezanın hangi yönünü ele aldığı ve onu kime karşı gerekçelendirmeye çalıştığı açık bir şekilde anlaşılmayabilir. Kanaatimizce cezanın meşruiyeti sorununun cezanın amaçları meselesine indirgenerek ele alınması bu sorunun temelde devlet – hukuk teorisi ve hukuk felsefesinin bir konusu olduğu, çok yönlü olduğu ve birçok alt sorundan oluştuğu gerçeğini gizleyebilir. Bu nedenle ceza teorilerini cezanın amaçlarına ilişkin açıklamalar getiren görüşler olarak nitelendirmemekteyiz. Ceza hukuk kitaplarında incelenmekte olan teorilerin esasında günümüzde savunulmadıkları ve mevcut hukuk düzeni ile bağdaşmadıkları gözlemlenebilmektedir. Dolayısıyla bu teorilerin çoğunu ölü teoriler olarak isimlendirmek mümkündür. Tez kapsamında kabul edilebilir bulunan muhtelif teorilerin tamamını detaylı bir şekilde incelemek mümkün olmamıştır. Bununla birlikte bu teorilere yöneltilecek genel bakış vasıtasıyla cezanın meşruiyeti ve cezanın belirlenmesi sorununu ilişkilendirecek bir zemin elde edilmiş ve şu sonuçlara ulaşılmıştır: Cezanın meşruiyeti sorunu birçok alt problemten oluşmaktadır; Ceza teorisyenlerinin amacı deyim yerindeyse dört başı mamur bir teori geliştirmek ve cezanın meşruiyeti sorununu tutarlı bir şekilde tamamıyla çözümlenektir.

Cezanın belirlenmesinin nasıl olacağı meselesinin ceza teorisinin bir parçası olup olmadığı tartışması aslında ceza teorilerinde de ele aldığımız şu ikileme dayanmaktadır: ilk bakışta doğal bir adalet hissine hitap eden ödetme görüşü cezanın gerçek sosyal bir amaca hizmet etmediği iddiası nedeniyle seküler bir hukuk

devletinde artık kabul edilebilir değil iken; sosyal bir faydaya yönelmiş olan önleme görüşleri cezanın amacı ve ölçüsü arasında kurdukları ilişki bakımından iki yönden hatalıdırlar. Bir yandan somut olayda belirli bir cezanın önleme bakımından gerekli olduğunu göstermek/ispatlamak genellikle mümkün değilken; diğer yandan bu (ampirik yönden ispat edilebilir olmama) durumun aşılması ve önleme amacına uygun cezanın belirlenmesi halinde de fiil kusurunun göz ardı edilmesi nedeniyle bu ceza adil olarak kabul görmeyecektir. İletişimsel/dışavurumsal görüşlerin de bu ikilemi tam anlamıyla aşabildikleri söylenemez. Belki de bu ikilemi aşmanın en iyi yolu onu gidermeye çalışmak yerine onu kabullenmektir. Cezanın hem etik/normatif/deontolojik hem de amaç-rasyonel/enstrümantal/sonuç-odaklı bir yaklaşımla gerekçelendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bunun yolu da monist bir ceza teorisi yerine plüralist bir ceza teorisi geliştirmektir. Cezanın belirlenmesi meselesi de bu teorinin ayrılmaz bir parçasıdır. Cezanın hem bireye hem de topluma karşı meşruiyet kazanabilmesi için hem cezanın verilip verilmeyeceği sorusu hem de nasıl cezalandırılacağı sorusunun ortak bir temele dayandırılması gerekir. Cezanın meşruiyetinin bireye uygulanan somut bir cezanın nasıl olması gerektiği sorusu ile ilişki kurulmaksızın sağlanabilmesi mümkün değildir.

Cezanın meşruiyeti çok yönlüdür: hem bireye hem de topluma karşı gerekçelendirilmesi gerekir. Ayrıca cezanın hem bir kurum olarak (*die Strafe als Institution*) hem de müstakil bir cezalandırma eylemi olarak (*die Strafe als einzelnen Akt*) kınama ve olumsuzluk yükleme unsurları göz önünde bulundurularak bu iki muhataba karşı ayrı ayrı meşrulaştırılması gerekir. Bireye karşı meşruiyetin etik-deontolojik; topluma karşı meşruiyetin gerçek bir amaca yönelik-faydacı olması gerekir.

Bireyin otonom olduğu ilkesi ve araçsallaştırılması yasağı kabul edilecek olursa bireye karşı sadece onun otonomisine saygı gösteren ve onu salt nesne düzeyine indirgemeyen bir ahlaki meşruiyet biçimi kabul edilebilir. Ödetme görüşü de deontolojiktir, ancak sadece müstakil bir eylem olarak cezayı meşrulaştırabilirken bir kurum olarak cezayı gerekçelendiremez. Cezanın meşruiyetine ilişkin bir gerekçenin deontolojik olabilmesi için mutlaka ödetmeye dayandırılması gerekmemektedir. Öte yandan topluma karşı cezanın meşruiyetinde toplumun tüm bireylerine faydasının ne olduğu dikkate alınmalıdır. Burada da önleme odaklı gerekçeler önem kazanmaktadır.

Dahası anayasal düzene uygun bir ceza teorisinin amaç-rasyonel olması ya da bu şekilde bir yönünün olması gerekmektedir. Zira anayasal sistemlerde temel haklara ancak meşru amaçlar için müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak salt önleme amacına dayanılarak da ceza meşrulaştırılamaz. Zira ceza faile karşı kişisel bir kınama içerdiği için sadece önleme amacına uygunluk ile faile karşı meşru kılınamaz, cezanın fail tarafından da hak edilmiş olarak algılanması gerekir. Bu da ancak cezanın (hem cezanın verilmesi hem de ölçüsünün) failin kusuruna dayanması halinde mümkündür.

Kanaatimizce ödetme cezanın meşruiyetinin bir parçası olmamalıdır. Zira ceza devletin bireye karşı bir müdahalesi teşkil ettiğinden cezanın meşruiyeti metafiziksel düşüncelere değil devletin görevlerini yerine getirmesi için gerekli ve elverişli olanın ne olduğuna ilişkin değerlendirmelere dayandırılmalıdır. Devlet önleme bakımından gerekli olmayan bir cezanın verilmesi bakımından yetkilendirilmiş değildir. Cezanın müstakil bir eylem olarak faile karşı meşruiyetini kusur ilkesinden hareketle sağlamak mümkündür. Kusur ilkesi, ödetme anlamına gelmemektedir. Fail, kusurlu olduğu için ve kusuru ölçüsünde cezalandırılmalıdır. Bu şekilde kusur ilkesi failin cezayı hak etmiş olduğunu ifade etmektedir. Kusur ilkesi cezanın meşruiyeti bakımından sadece sınırlandırıcı değil kurucu da bir role sahip olmalıdır. Bir kurum olarak cezanın faile karşı deontolojik gerekçelendirmesini sağlamak bakımından diyaloga ve toplumsal sözleşme geleneğine dayanan görüşlerin yeterli olduğunu düşünmekteyiz. Bu görüşler kusur ilkesini de desteklemektedirler.

Cezanın ayrıca topluma karşı da hem bir kurum olarak hem de müstakil bir eylem olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Burada da amaç-rasyonel görüşlere dayanılması gerekmektedir. Bu bakımdan ceza hem özel hem de genel önleme amacına hizmet eder. Cezanın bir kurum olarak meşrulaştırılmasında amaç-rasyonel görüşlere yer veriliyor olması hakimnin bu amaçları her bir cezanın belirlenmesi kararında göz önünde bulundurması gerektiği anlamına gelmez. Zira bu amaçlara ceza normunun belirli bir olayda uygulaması ile değil sadece düzenli olarak uygulanması ile ulaşılabilir. Cezanın ağırlığı kusurun ölçüsü ile sınırlandırılmıştır. Ceza kusurdan daha fazla olamaz; ancak özel önleme bakımından gerekli olması ve genel önlemenin asgari gerekliliklerine aykırı olmaması halinde kusurdan daha az olabilir. Kusur ilkesi sadece sınırlandırıcı bir ilke değildir. Kusur her zaman cezalandırmanın bir nedenini

oluşturur. Kusurun modern anlayışta maddi ya da metafizik bir kavram olmadığı bunun yerine fiil haksızlığına atıfta bulunan bir ilişki kavramı olduğu ifade edilmektedir. Kusurun fiil kusuru olması, kusurun cezalandırılabilirliği sadece sınırlandırmadığı ve dahası onu gerekçelendirdiği anlamına gelir. Sonuç olarak, insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devletinin temel ilkeleri de bunu gerektirmektedir. Önleme ve adaletin tarif edilen şekilde birbiri ile ilişkilendirilmesi eklektik tarzda bir karma teoriye vücut vermez. Kümülatif meşruiyet gerekçelerin bir araya getirilişi devletin ceza yetkisinin kabul edilebilir ve makul bir şekilde gerekçelendirilebilmesini mümkün kılmaktadır.

Cezanın kusur esasında belirlenmesi gerektiğinin tespit edilmesinin ardından İkinci Bölümde cezanın belirlenmesi bağlamında kusurun ne anlama geldiği, onun ağırlığını gösteren hususların neler olduğu ve TCK'daki düzenlemelerin yerindeliği ele alınmaktadır. Kusur ilkesi bu soruların cevaplarını somut bir şekilde sunmamaktadır. Bu nedenle de cezanın belirlenmesi kusurunun anlamı ve kapsamı oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar ve belirsizlikler sebebiyle bu terimden vazgeçilmesi gerektiğini savunan görüşlere rağmen kusur teriminin cezanın belirlenmesinde terk edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Kusur kavramına getirilen eleştirilerin benzerlerini onun yerine getirilecek olan kavramlara (örneğin, fiil, haksızlık, kusurlu haksızlık) karşı yöneltmek de mümkündür. Önemli olan mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunu gerçek manada uygulamak ve fiil kusuru ile ilişkili olmayan hususların hakimlerin kararına etki etmesinin önünü kesmeye çalışmaktır.

Cezanın belirlenmesi kusurunun, cezaya esas oluşturan ve suç genel teorisinde bir suçun var olup olmadığının denetlenmesinde tipiklik ve hukuka aykırılıktan sonraki adımı/kategoriyi belirten kusur kavramı ile aynı değildir. Ancak cezanın belirlenmesi kusuru, (suç genel teorisindeki suçun unsurları olan haksızlık ve kusuru kapsayan) geniş anlamda kusur ile de birebir aynı değildir. Geniş anlamda kusur, haksızlık ve kusur kategorilerinin bir toplamı/bütünü olarak sınıflandırıcı bir kavramdır. Suç genel teorisinde kusurlu haksızlık ya vardır ya da yoktur. Kusurun ağırlığına ilişkin bir değerlendirme, var olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeden daha fazla bilgiye ihtiyaç duyar. Bu nedenle cezanın belirlenmesi kavramı sadece işlevsel olarak değil içeriksel/maddi olarak da suç genel teorisindeki kusur

kavramından daha kapsamlı olmak zorundadır. Bununla birlikte cezanın belirlenmesi kusuru kusurlu haksızlığa ilişkindir. Özellikle de cezanın belirlenmesi kusurunun, (münhasıran) failin zihniyeti, ahlaki eksikliğin ölçüsü ya da içsel zayıflığı gibi sübjektif boyutlara ilişkin olmadığını ifade etmek gerekir. Cezanın belirlenmesi kusuru failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın ve haksızlığına dayanan kınanabilirliğinin ölçüsünü ifade eder.

Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek olan hususlar geniş bir yelpazede yer almaktadırlar. Bu hususların sınırlandırılmasındaki temel ölçüt tipik haksızlıkla ilişkili olmalarıdır. Haksızlıkla ilişkili olmayan durumların/hususların cezanın belirlenmesi kusurunun ölçüsüne etki etmeleri mümkün değildir. Cezanın belirlenmesi kusuru, haksızlık ve haksızlığın kınanabilirliği üzerinde ölçülmelidir. Hareket ve netice haksızlığından oluşan haksızlık cezanın belirlenmesi kusurunun ölçülmesinde asli bir unsurdur. Hareketin haksızlığı, haksızlığın kişisel yönünü ifade ettiği için bir yandan objektif-dışsal unsurlar diğer yandan sübjektif-içsel unsurlar üzerinden değerlendirilmelidir. Hareketin haksızlığının ölçülmesinde suçun işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin ölçüsü, kast ve taksirin çeşitleri göz önünde bulundurulmalıdır. Neticenin haksızlığı ise suçun tipik neticesi ile belirli koşulları sağlanması halinde tipik olmayan neticelerin tür ve ağırlığı üzerinden ölçülür. Hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı birbirinden ayrı olarak ele alınamaz. Bu iki haksızlık bileşeni karşılıklı bir etkileşim halindedir. Özellikle de birine diğerine göre daha fazla ağırlık verilmemelidir.

Haksızlığın kınanabilirliği bakımından kusur yeteneğine etki eden onu azaltan hususlar, kaçınılabilir haksızlık hatası, failin saik ve amaçları değerlendirilmelidir. Kanaatimizce hastalık benzeri bozukluklar, alkol madde bağımlılığına bağlı durumlar, failin yaşından kaynaklanan durumların onun algılama ve iradi davranma yeteneğine etkisinin incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Ancak failin önceki yaşantısı bağlamında suç işleyip işlemediği, içinde yetiştiği kültürün özellikleri, ailesi, eğitimi, sosyal ilişkileri gibi durumların bir öneminin bulunmaması gerekir. Bu gibi durumların failin kusur yeteneğine etkisine ilişkin değerlendirmeler spekülasyonun ötesine geçemeyecektirler. Faili suç işlemeye iten süreçlerin tamamının muhakeme aşamasında değerlendirilmesi ve sorumluluğunun ölçüsünün tespit edilmesi insanların bilişsel kabiliyetleri ve yaşamın doğal akışında mümkün değildir. Dolayısıyla böylesi

imkansız ve keyfi sonuçlara yol açacak bir uğraşıya girişmek yerine kusur yeteneğinin ölçüsünün onun varlığı bakımından kanunda öngörölmüş olan durumlar ile sınırlı olarak incelenmesi daha uygundur.

Kaçınılabılır haksızlık hatası içerisinde hareket eden failin kusuru mevcut haksızlık bilinci ile hareket eden failin kusurundan daha azdır. Dolayısıyla failin haksızlık bilincinin derecesinin araştırılması gerekir. Kaçınılabılır haksızlık hatası da kaçınılabılırliğin boyutu veya önemsizliği üzerinden kendi içinde derecelendirilebilir bir durumdur. Failin kaçınılabılır haksızlık hatası ne ölçüde hukuk düzenine karşı kayıtsız oluşuna dayanıyor ise kınanabilirliği ve dolayısıyla kusuru da o ölçüde ağırlaşacaktır.

Failin saik ve amaçlarının cezanın belirlenmesi kusurunda göz önünde bulundurulması gerektiği kabul etmekle birlikte olabildiğince sınırlandırıcı yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle zihniyet ve saik/amaçlar arasında bir ayrıma gidilmelidir. Failin zihniyeti ifadesi, fiil kusuru bakımından sakıncalı birtakım sonuçlara yol açma potansiyeline sahip olup ona daha sınırlı bir etki tanınması ve sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerekirken; failin saik ve amacı birçok yönden haksızlık ve kınanabilirliğin ölçüsü ile ilişkilendirilebilir. Bazı saik ve amaçlar suçun işleniş biçimine yansımaları bağlamında hareketin haksızlığı bakımından önem kazanabilirler. Ancak bunun için failin sadece belirli bir saikle hareket etmiş olduğunun tespit edilmesi yeterli değildir, suçun işleniş biçimi bakımından dışa vurulması ve hareketin haksızlığını arttırıp arttırmadığının da araştırılması gerekmektedir. Ayrıca bir amaca yönelik olarak hareket ediyor olması failin birinci dereceden doğrudan kast ile hareket ettiğini göstermektedir. Doğrudan kastın, dolaylı kasta göre failin hareketinin haksızlığını dolayısıyla da kusurunun ağırlığını arttırdığı sonucuna ulaşıldığını yukarıda da ifade etmiştik. Öte yandan failin saik ve amacı haksızlığın kınanabilirliğinin ölçüsüne de etki edebilir. Zira failin suç işleme motivasyonunun oluşum sürecine ilişkin bilgi vermektedir. Kınanabilirlik bağlamında ise bazı saiklerin daha yoğun ve bazılarının daha az bir kınamayı gerektirebileceği kanaatindeyiz. Kanunda yer alan saik ve amaca ilişkin değerlendirmeler diğer suç tipleri açısından yol gösterici niteliktedir Bu şekilde genel ahlaki değerlendirmelerden değil hukuki değerlendirmelerden hareketle bir hareketin değersizliğinin/haksızlığının ölçüsü veya kınanabilirliğinin ölçüsü değerlendirilebilir.

Failin fiilden sonraki davranışlarının cezanın belirlenmesi kusuruna etki etmediği görüşündeyiz. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusura etki edip edemeyeceği – tıpkı failin fiilden önceki davranışları konusunda olduğu gibi – Alman öğretisinde oldukça tartışmalıdır. Failin fiilden sonraki davranışlarının bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak kusura etki edebileceği kabul edilmektedir. Sadece tipe uygun davranışlar haksızlığı oluşturabildiğinden haksızlığın içeriğinin fiilden sonra gerçekleşen davranışlarla artık değiştirilememesi gerekir. Fiilin tamamlanmasından sonra gerçekleşen davranışlar eğer herhangi bir tipe uygun iseler sadece yeni bir haksızlık meydana getirebilirler. Böylesi fiillerin cezanın belirlenmesinde nasıl bir anlam kazanacakları artık suçların içtimaı kurumunun konusunu oluşturur. Bununla birlikte ilk suçun haksızlık ölçüsü/içeriği sonraki davranışlar ile ne ağırlaştırılabilir ne de azaltılabilir. Failin fiilden sonraki davranışlarının kusurun değerlendirilmesi bağlamında ele alınması kusur kavramının değişmesine yol açar. Cezanın belirlenmesi kusuru ve cezaya esas oluşturan kusur arasındaki farklara ilişkin tartışmadan bağımsız olarak her iki kusur kavramının da içeriğini kusurlu haksızlık oluşturmaktadır. Failin fiilden sonraki davranışlarının cezaya esas oluşturan kusura etki etmeyip cezanın belirlenmesi kusuruna etki edeceğinin kabulü bu iki kusur kavramı arasında kusur ilkesi ile bağdaşmayacak bir farklılaşmaya yol açacaktır.

Cezanın belirlenmesi kusurunun tanımlanması ve içeriğinin açıklanmasının ardından TCK'daki düzenlemelerin incelenmesine geçilmektedir. Ele alınan esas soru TCK'nın cezanın kusur esasında belirlenmesine uygun olup olmadığıdır. İlk olarak TCK'da kusurun cezanın belirlenmesinin temeli/esası olarak kabul edilip edilmediği incelenmektedir. TCK m. 3/1 ve 61 cezanın belirlenmesine ilişkin temel düzenlemeleri oluşturmaktadır. Bu maddelerde kusur cezanın belirlenmesinin esası olarak açıkça zikredilmemektedir. Hatta TCK m.3/1'de cezanın fiilin ağırlığına göre belirleneceği düzenlenmektedir. Oysaki fiilin ağırlığı ile kusurun ağırlığı ifadeleri özdeş değildir. Cezanın belirlenmesi kusurunun fiil ile özdeş olmadığını daha önce ifade etmiştik. Cezanın belirlenmesi kusuru haksızlık ile de sınırlı değildir. Haksızlığın yanında haksızlığın kınanabilirliği de cezanın belirlenmesi kusurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle cezanın sadece fiilin ağırlığı veya haksızlığın ağırlığı ile orantılı olmasının aranması cezanın kusur esasında belirlenmesi için yeterli değildir. TCK m. 61/1, f bendinde temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan biri

olarak “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” ifadesine yer verilmektedir. Bu bendin ne anlama geldiği öğretilde oldukça tartışmalıdır. Buradaki kusur ifadesinden kusurun cezanın belirlenmesinin esası olarak kabul edildiği anlamını çıkarmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira cezanın belirlenmesinin esasını oluşturan kusur kavramı sadece kast ve taksirle ya da suç genel teorisindeki kusur kavramı ile ilişkili olan onlarla özdeş bir anlama sahip değildir. Dolayısıyla kusur kavramının bu bentteki kullanış biçimiyle, cezanın kusurun ağırlığı ile oranlı olmasını sağladığı veya bunu ifade ettiği şeklindeki bir kabul yanlış olacaktır. Neticede cezanın belirlenmesi kusuru suç genel teorisindeki kusur kavramından daha geniş haksızlığı da içeren ve bunun yanı sıra haksızlığın kınanabilirliğini de kapsayan bir kavramdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında kanunda açıkça cezanın kusur esasında olarak belirlenmesi gerektiğinin düzenlenmesinin daha yerinde olacağı sonucuna ulaşmaktayız. Çeşitli düzenlemelerde yer verilen failin fiilinin ağırlığı ile orantılı cezalandırılması, failin kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulması, taksirli suçlarda cezanın failin kusuruna göre belirlenmesi veya şeriklerin kusurlu fiiline göre cezalandırılması ifadeleri bu gerekliliği yerine getirememektedir. Hatta farklı maddelerde, farklı bağlamlarda ve farklı ifadelerle cezanın nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemeler getirilmesi arzu edilen belirlilik ve öngörülebilirliğe de uygun değildir. Bizim önerimiz cezanın belirlenmesinin kusur esasında yapılması gerektiğinin açıkça m. 61’de düzenlenmesidir.

Bu eksiklik bir yana Türk hukuk sisteminde cezanın kusurla oranlı/kusur esasında olarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. TCK’nın cezanın kusur esasında belirlenmesini sağlayıp sağlamadığı incelemesinin ikinci aşamasında TCK m. 61’deki düzenleme incelenmektedir.

İlk olarak temel cezanın belirlenmesi göz önünde bulundurulacak olan hususların sınırlı şekilde sayılmış olmasını eleştirmektediriz. Kanunda tek tek hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğinin sayılması yöntemi hata kaldıracak bir yöntem değildir. Eğer kanunda kusurun ağırlığına etki eden onu belirten hususlardan bazılarını yer verilmez ise bunların temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları mümkün olmayacaktır. II. Bölümde açıklandığı üzere m. 61/1’de kusurun ağırlığına etki eden onu gösteren tüm hususlara yer verilmemiştir. Bu

durum cezanın kusur esasında olarak belirlenmesi bakımından önemli bir sakınca yaratmaktadır. Kanaatimizce kanunilik ilkesi ve özellikle belirlilik ilkesi açısından önemli olan cezanın belirlenmesinin esasının ne olduğunun açık bir şekilde kanunda ifade edilmesidir.

TCK m. 61/1’de sayılan hususların cezanın belirlenmesi kusuru ile ilişkisini bu hususların cezanın belirlenmesi kusurunun unsurlarını oluşturan haksızlık ve haksızlığın kınanabilirliği kategorilerinden hangisine ait olduklarını belirlemek suretiyle kurmaktayız. Yukarıda yapılan açıklamalar ve yaklaşımımız doğrultusunda suçun işleniş biçimi, yükümlülük ihlalinin ölçüsü, kast ve taksirin çeşitleri hareketin haksızlığına ilişkin; suçun tipik ve tipik olmayan neticelerinin türü ve ağırlığı neticenin haksızlığına ilişkindir. TCK m. 61/1, a bendinde yer alan suçun işleniş biçimi hareketin haksızlığına ilişkindir. TCK m. 61/1, b ve c bentlerinde düzenlenen suçun işlendiği yer ve zaman ile suçta kullanılan araçlar esasında suçun işleniş biçimine dahildir ve ayrıca zikredilmelerine gerek bulunmamaktadır. TCK m. 61/1, d bendinde yer alan suçun konusunun önem ve değeri bazı hallerde hareketin bazı hallerde neticenin değersizliği kapsamında kusurun ağırlığına etki edebilecektir. TCK m. 61/1, e bendinde bulunan zarar veya tehlikenin ağırlığı ile neticenin haksızlığının anlaşılması gerekmektedir. En tartışmalı olan TCK m. 61/1, f bendinde düzenlenen failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ifadesinin ise hatalı bir ifade olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda açıklandığı üzere kat ve taksirin yoğunluğu esasında hareketin haksızlığı ile ilişkilidir. Kusur kavramı ise cezanın belirlenmesinde hem haksızlığı hem de kınanabilirliği içine alan bir üst kavramdır. TCK m. 61/1, g bendinde yer verilen failin saik ve amacını ise kınanabilirlik kapsamında değerlendirmekteyiz.

Bu itibarla kanunda sayılan hususların cezanın kusur esasında olarak belirlenebilmesi için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Her ne kadar hareketin ve neticenin haksızlığının ölçülmesinde kullanılacak olan hususlara yer verilmiş ise de haksızlığın kınanabilirliğinin ölçülmesinde kullanılacak olan iki önemli hususa yer verilmemiştir. Kusur yeteneğine etki eden onu azaltan haller ilgili hükümlerin uygulanmasını gerektirecek ölçüde olmayabilir ancak failin yaşı, eğitimi, zihinsel ve bedensel durumu onun algılama ve irade yeteneğinde bir azalmaya neden olmuş olabilir. Bu hallerin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları mümkün değildir. Bir diğer husus ise kaçınılabilir haksızlık hatasıdır. Bu durumun

kınanabilirliğin ölçüsüne ve dolayısıyla cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına etki ettiği onu azalttığına ilişkin görüşümüz yukarıda açıklanmaktadır. Bu durumunda mevcut haliyle temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Bunlara kusuru etkileyen sebeplerin koşullarında kaçınabilir hatanın söz konusu olduğu halleri de ekleyebiliriz¹⁴⁸⁵. TCK m. 61/1, f bendinde düzenlenen failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı kapsamında bu hallerin göz önünde bulundurulabilecekleri görüşüne katılmamaktayız.

Üçüncü Bölümde cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına ilişkin değerlendirmenin nasıl tür ve miktarı bakımından belirlenmiş bir cezaya dönüştürüleceği sorunu ele alınmakta ve bu cezanın kusurun denkleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi çerçevesinde değiştirilebilir olup olmadığı tartışılmaktadır.

Somut olayda hangi cezanın belirlenmesi gerektiği sorusu, oranlılık ilkesi, kusur ilkesi ve adalet ilkesi gibi ilkelerin ışığında çözümlenememektedir. Bu ilkeler esasında önleme amacıyla yüksek cezalara hükmedilmesi yönelimine karşı önemli bir koruma sağlamaktadır. Ancak bunlardan hareketle sayısal bir değere ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla cezanın kusur esasında belirlenmesi gerektiği görüşünün ceza miktarına ulaşılmasını sağlayan bir başka görüş ile tamamlanması gerekmektedir.

Öncelikle cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan her bir hususun ne yönde değerlendirileceğine – ağırlaştırıcı veya hafifletici olmak üzere – karar verilmelidir. Ardından bu hususların birbirlerine karşı ağırlıklarının ölçülmesi değerlendirilmesi gerekmektedir. Son olarak varılan netice soyut ceza normları uyarınca belirli bir ceza türü ve miktarına çevrilmelidir. Ancak öğretilerde kusurun ölçülmesinde bir hususun hafifletici veya ağırlaştırıcı yönde değerlendirilmesinin mantıken bir referans ceza miktarının varlığını gerektirdiği kuvvetle kabul edilmektedir. Referans ceza miktarına ilişkin olarak çeşitli öneriler getirilmektedir. Normatif normal olay olarak adlandırılan ve ceza aralığının ortasındaki değeri ifade eden olay ile istatistiki olarak en sık rastlanan ve genellikle ceza aralığının alt sınırına yakın bir değeri temsil eden olay bu öneriler arasında ön plana çıkmaktadır. Yargıtay’ın uygulamasında da benzer bir yaklaşım izlenmektedir. Yargıtay somut olayda alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirecek hususların olup olmadığını

¹⁴⁸⁵ Meraklı, s. 436.

sorgulamaktadır. Birçok kararda alt sınırdan uzaklaşma, benzer olaylarla karşılaştırmayı da gerektirmektedir. Karşılaştırmalı bir yaklaşımın benimsenmesi oldukça isabetlidir. Bununla birlikte kanaatimizce alt sınırdan değil alt sınıra yakın ceza aralığının üçte birlik alanından hareket edilmesi daha iyi olacaktır. Mahkeme önündeki olayı cezanın belirlenmesi kusuruna etki eden hususlardan en ağırlıklı olarak gördüklerini esas alarak referans ceza aralığını temsil ettiğini düşündüğü olaylarla karşılaştırmalı ve buna göre ceza aralığında bir noktaya ulaşmalıdır. Ardından henüz değerlendirmedeği hususlarla birlikte olayı bir bütün olarak değerlendirerek kesin olarak bir ceza miktarı belirlemelidir.

Cezanın türünün belirlenmesi bakımından da kusurun ağırlığının esas alınması gerektiğini savunmaktayız. Hakim seçimlik cezaların öngörülmesi halinde cezalar arasında bir dönüştürme işlemi uygulayarak onları ağırlıklarına göre sıralamalıdır. Ardından cezanın belirlenmesi kusurunun ağırlığına ilişkin değerlendirmeyi bu sıralamada bir yere yerleştirmelidir. Eğer hem hapis cezası hem de adli para cezasına karşılık gelen bir değere yerleştiriyor ise artık bundan sonra cezayı özel önleme amacını güderek ve failin kişiliğini gözeterek bireyselleştirmesi mümkün olacaktır.

Örnek olarak TCK m. 86/2’de düzenlenen kasten yaralamanın daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin soyut cezasını kullanabiliriz. Suçun cezası dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Olası cezalar skalası şu şekilde oluşturulmalıdır: adli para cezasının alt sınırı (5 gün adli para cezası) başlangıç noktasını hapis cezasının üst sınırı (bir yıl hapis cezası) bitiş noktasını belirtir, cezaların ağırlıklarına göre sıralanmaları konusunda benimsediğimiz yöntemle göre (1:3 denklik) adli para cezasının tam gün sayıları ile hapis cezası miktarları sıralanmalıdır. Skalanın bir bölgesinde denk ağırlıkta olan adli para cezaları ve hapis cezaları bulunacaktır. 5 günden 360 güne kadar adli para cezasının ardından 360 günden 730 güne kadar adli para cezası gelecektir. 360 gün adli para cezası 4 ay hapis cezası ile aynı ağırlıkta ve 730 gün adli para cezası 8 ay hapis cezası ile aynı ağırlıktadır. Dolayısıyla kusur oranında olan cezanın türünün seçilmesi gereği sadece 4 aydan 8 aya kadar hapis cezaları bakımından söz konusu olacaktır. Zira sadece bu aralıkta her iki ceza türü de yer almaktadır. Mahkeme, failin kusurunun ağırlığını en az olarak takdir ederse, kusurla oranlı ceza kanunun ilgili maddesinde öngörülen cezanın alt sınırı ya da ona çok yakın bir cezadır. Bu TCK m. 86/2 örneğinde 5 ile 30

gün arasında bir adli para cezasıdır. Kusurdan başka ölçütlerle böyle bir durumda üç ay hapis cezasına karar verilmesi halinde ceza kusurla oranlı olmayacaktır. Seçenek yaptırımların kanunda açık bir düzenleme bulunmaz iken doğrudan bir bireyselleştirme aracı olarak kabul edilmesi ve cezanın kusur oranında belirlenmesi gereği kapsamında göz ardı edilmesinin önemli bir eksiklik olduğunu belirtmek isteriz.

Cezanın tür ve miktarı itibariyle kusur esasında belirlenmesinin ardından bu somut cezanın değiştirilebilmesi kural olarak mümkün değildir. Kusur ilkesi, devlete cezalandırma yetkisi ve yükümlülüğünün sınırlarını bildirmektedir. Devlet bu yükümlülüğünden cezanın anayasal temelleri ve meşruiyetine ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere ancak özel koşullar altında ayrılabilir. Kusur esasında belirlenmiş olan cezanın miktarı kusurun denkleştirilmesi bağlamında indirilebilir. Failin cezadan normale göre daha ağır bir şekilde etkilenmesine sebep olan istisnai koşullar söz konusu ise bu cezada indirim yapılabilir. Kusurun denkleştirilmesinde kusurun ağırlığının altında bir cezaya hükmedilmesi söz konusu değildir. Özel koşulların varlığı sebebiyle kusurun ağırlığı ve ilk başta kusurun ağırlığı ile oranlı görünen ceza arasındaki dengesizliğin yeniden kurulması söz konusudur. TCK m. 62’de düzenlenmiş olan ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerinin göz önünde bulundurulmasını açıkça düzenleyen takdiri indirim nedenleri kusurun denkleştirilmesi kavramının hayata geçirilmesine oldukça uygundur.

Kusur esasında belirlenmiş olan cezanın miktarını indirmenin bir diğer şekli cezanın bireyselleştirilmesi kapsamına girmektedir. Cezanın türünün değiştirilmesi veya cezanın infaz ettirilmemesi yoluna gidilebilir. Bireyin hapis cezasının olumsuz etkilerinden korunması amacıyla ve verilen kararın onun yeniden suç işlemesinin önüne geçmek için yeterli olacağı durumlarda bireyselleştirme kabul edilebilir. Ancak burada cezanın pozitif genel önleme amacının göz ardı edilmemesi gerekir. Toplumda belirli bir ceza miktarının altında kalan basit yaralama, hakaret gibi suçların cezasız kaldığı intibai oluşturan uygulamalar esasında cezanın hukukun yeniden temin ettiği yönündeki mesajını akıbeti uğratmakta ve toplumdaki hukuka güveni zedelemektedir. Bu konu çalışmamızda ayrıca incelenmemektedir. Tez açısından asıl önemli olan düzenleme TCK m. 62 takdiri indirim nedenleridir. Takdiri indirim nedenleri bir bireyselleştirme aracı olarak kabul edilmektedir. Ancak Kanunda bu indirimin hangi amaca yönelik olarak gerçekleştirileceği açıklanmamaktadır.

Kanaatimizce takdiri indirim nedenleri cezanın özel önleme amacına hizmet edebildikleri ölçüde ve takdirde meşrudur. Takdiri indirim nedenleri genel bir merhamet düzenlemesi olarak kullanılamaz. Bununla birlikte cezada belirli bir miktar indirim yapılmasının o faili yeniden suç işlemekte alıkoyacağını ve onu cezaevinin olumsuz koşullarından koruyacağını düşünmemekteyiz. Takdiri indirim nedenleri cezanın özel amacını yerine getirmek bakımından elverişsiz bir araçtır. Bu itibarla kusur esasında belirlenmiş olan cezanın altına inilmesini meşru bir şekilde gerekçelendirememektedir.



KAYNAKÇA

MAKALE – KİTAP İÇİ BÖLÜM

Aktaş, Sururi. “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 5, Sayı 1, 2020, ss. 1-32.

Albrecht, Hans-Jörg. “Sentencing In Germany: Explaining Long-Term Stability In The Structure Of Criminal Sanctions And Sentencing”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, ss. 211-236.

Arslan, Mehmet. “The Main Determinants Of Sentencing Decisions In Germany”, **Law & Justice Review**, Cilt: 10, Sayı: 19, 2019, ss. 1-37.

Ashworth, Andrew. “Strafzumessung in Europa”, **Neue Kriminalpolitik**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2000, ss. 21-25.

Aydın, Öykü Didem. “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **TBBD**, Sayı 53, 2004, ss. 63-140.

Aygün Eşitli, Ezgi. “Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 65, Sayı 1, 2016, ss. 63-100.

Bacaksız, Pınar ve Tuğba Bayzıt. “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 16, Sayı:47, 2021, ss. 427-471.

Bacik, Ivana. “The Courts: Consistent Sentencing?”, **Studies: An Irish Quarterly Review**, Cilt: 88, Sayı: 350, 1999, ss. 164-174.

Badura, Peter. “Generalprävention und Würde des Menschen”, **Juristische Zeitung**, Cilt: 19, Sayı: 11-12, 1964, ss. 337-344.

Bierschbach, Richard A. ve Stephanos Bibas. "What's Wrong with Sentencing Equality?", **Virginia Law Review**, Cilt: 102, 2016, ss. 1447-1522.

Bloy, René. "Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 107, Sayı: 3, 1995, ss. 576-596.

Bottoms, Anthony ve Andrew von Hirsch. "The Crime-preventive Impact of Penal Sanctions", **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**, (Ed. Peter Cane ve Herbert M. Kritzer), Oxford University Press, Oxford, 2012, ss. 96-125.

Bowers, Josh. "Legal Guilt, Normative Innocence, and The Equitable Decision Not to Prosecute", **Columbia Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 7, 2010, ss. 1655-1726.

Brögelmann, Jens. "Methodik der Strafzumessung", **Juristische Schulung**, Sayı: 9, 2002, ss. 903-908.

Bruns, Hans Jürgen. "Die Bedeutung des Durchschnitts-, des Regel- und des Normalfalls im Strafzumessungsrecht — Mögliche Orientierungspunkte für die Eingliederung der Tat und des Strafmaßes in die Stufenfolge des Rahmens?", **Juristen Zeitung**, Cilt: 43, Sayı: 22, 1988, ss. 1053-1058, (Orientierungspunkte).

Bunz, Thomas. "Eine Einführung in die Grundlagen der Strafzumessung", **Juristische Ausbildung**, Cilt: 33, Sayı: 1, 2011, ss. 14-19.

Centel, Nur. "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, ss. 337-372.

Cerny, Lukas. "Strafen „im Namen des Volkes“? Expertentagung zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse", **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Cilt: 1, 2019, ss. 62-64.

Chiao, Vincent. “Ex Ante Fairness in Criminal Law and Procedure”, **New Criminal Law Review**, Cilt: 15, Sayı: 2, 2012, ss. 277-332.

Cole, Kevin. “The Empty Idea of Sentencing Disparity”, **Northwestern University Law Review**, Cilt: 91, Sayı: 4, 1997, ss. 1336-1341.

Çınar, Ali Rıza. “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 118, 2016, ss. 28-40.

Dagger, Richard. “Social Contracts, Fair Play, and the Justification of Punishment”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2011, ss. 341-368.

Dannecker, Gerhard. “Das Verbot unbestimmter Strafen: Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen”, **Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15 Mai 2011**, 2011, ss. 285-294.

Dannecker, Gerhard ve Jan C. Schuhr. “§ 1”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 18**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Dannecker/Schuhr, § 1).

Davis, Michael. “The Relative Independence of Punishment Theory”, **Law and Philosophy**, Cilt: 7, Sayı: 3, 1988-1989, ss. 321-350.

Demirtaş, Soner. “Alman Ceza Kanunu’nda Kurala İlişkin Örnekler Müessesesi: Kanunilik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 49, 2022, ss. 425-454.

Demleitner, Nora V.. “Sentencing in Europe”, **Federal Sentencing Reporter**, Cilt: 7, Number 6, 1995, ss. 272-274.

Dencker, Friedrich. “Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 120, Sayı: 1, 1990, ss. 51-79.

Dencker, Friedrich. “Strafrecht und Aids – Strafprozesse gegen Sterbende”, **Strafverteidiger**, Sayı: 3, 1992, ss. 125-133, (Strafrecht).

Doğan, Koray. “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, 2007, ss. 277-304, (Belirleme).

Dölling, Dieter. “Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron, de Gruyter, Berlin, 2013, ss. 1181-1188.

Dölling, Dieter, Horst Entorf, Dieter Hermann, ve Thomas Rupp. “Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment”, **European Journal on Criminal Policy and Research**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, ss. 201-224.

Dreher, Eduard. “Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes”, **Juristenzeitung**, Cilt: 22, Sayı: 2, 1967, ss. 41-46, (Spielraumtheorie).

Dreher, Eduard. “Rationalere Strafzumessung?”, **Pönometrie: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung**, (Ed. Eduard Dreher, Walter Grasnick ve Wilhelm Haddenhorst), Verlag Institut für Konfliktforschung, Köln, 1977, ss. 37-48, (Rationalere).

Dreher, Eduard. “Über Strafraumen”, **Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, (Ed. Wolfgang Frisch ve Werner Schmid), Heymann, Köln/Berlin, 1978, ss. 141-164, (Strafraumen).

Dubber, Markus. “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”, **German Law Journal**, Cilt: 6, Sayı: 7, 2005, ss. 1049-1071.

Ebert, Udo. "Charakterschuld", **Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag**, (Martin Heger, Brigitte Kelker ve Edward Schramm), C.H. Beck, München, 2014, ss. 137-158.

Eisele, Jörg. "Vor §§ 13 ff.", **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff.).

Endres, Johann. "Über Sinn und Zwecke der Strafe im „absurden System“, " **... die im Dunkeln sieht man nicht" - Perspektiven des Strafvollzugs: Festschrift für Georg Wagner**, Ed. Willi Pecher, Günter Rappold, Elsava Schöner ve Bernhard Wydra, Centarus Verlag, Herbolzheim, 2005, ss. 96-118.

Ellscheid, Günther. "Alternativen zur Strafmaßschuld", **Recht und Gesetz im Dialog**, Ed. Elmar Wadle, Heymanns, Köln, 1982, ss. 77-104.

Epik, Aziz. "Das verschuldete Unrecht als Grundlage der Strafzumessung", **Strafverteidiger**, Cilt: 3 Sayı: 7, 2019, ss. 489-492.

Ersoy, Uğur. "Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 109, 2013, ss. 203-250.

Eschelbach, Ralf. "§ 46", **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier ve Gunter Widmaier), 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2018, (S/S/W-Eschelbach, § 46).

Fischer, Thomas. "§ 46", **Strafgesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, (Fischer, § 46).

Foth, Eberhard. "Strafschärfung/Strafmilderung – eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung", **Juristische Rundschau**, Sayı: 10, 1985, ss. 397-399.

Frase, Richard S. "Sentencing Principles in Theory and Practice", **Crime and Justice**, Cilt: 22, 1997, ss. 363-433, (Sentencing).

Frase, Richard S. "Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?"", **Minnesota Law Review**, Cilt: 89, 2005, ss. 571-651, (Proportionality).

Frase, Richard S., Carsten Momsen, Tom O'Malley ve Sarah Lisa Washington. "Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany", **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice**, (Ed. Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend ve Alexander Heinze), Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss. 213-260.

Freixo, Ines. "Colloquium Report: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights", **Criminal Law Forum**, Cilt: 30, 2019, ss. 473-478.

Freund, Georg. "Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung: Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, 1999, ss. 509-538.

Frisch, Wolfgang. "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Teil I", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 99, Sayı: 3, 1987, ss. 349-388, (Zukunftsperspektiven Teil I).

Frisch, Wolfgang. "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Teil II", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 99, 1987, ss. 751-805, (Zukunftsperspektiven Teil II).

Frisch, Wolfgang. "Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen: Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, 1989, ss. 338-375, (Bewertungsrichtung).

Frisch, Wolfgang. “Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschließungsgrund”, **Rechtfertigung und Entschuldigung III: Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser ve Walter Perron, Freiburg, 1991, ss. 217-289, (Irrtum).

Frisch, Wolfgang. “Straftatsystem und Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung”, **140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht: eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz**, (Ed. Jürgen Wolter), Decker, Heidelberg 1993, ss. 1-38, (Strafzumessungsentscheidung).

Frisch, Wolfgang. “Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH”, **Festgabe der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs: Band 4**, Ed. Claus Roxin ve Gunter Widmaier, C. H. Beck, München, 2000, ss. 269-308, (BGH).

Frisch, Wolfgang. “Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung”, **Grundfragen staatlichen Strafans: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Guido Britz, Heike Jung, Heinz Koriath ve Egon Müller), C. H. Beck, München, 2001, ss. 237-260, (Schuld).

Frisch, Wolfgang. “Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, Ed. Wolfgang Frisch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, ss. 3-26, (Bedeutung).

Frisch, Wolfgang. “Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts: zur Idee der Strafe”, **Endangst und Erlösung 2**, Ed. Peter Koslowski, Brill - Fink, Leiden, 2012, ss. 53-79, (Idee der Strafe).

Frisch, Wolfgang. “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 5, 2013, ss. 249-256, (Verhältnismäßigkeitsprinzip).

Frisch, Wolfgang. “Zum Zweck der Strafandrohung”, **Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014**, (Ed. Roland Hefendehl, Tatjana Hörnle ve Luis Greco), de Gruyter, Berlin, 2014, ss. 55-68, (Zweck).

Frisch, Wolfgang. “Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung: Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, 2014, ss. 489-503, (Straftatsystem).

Frisch, Wolfgang. “Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 162, Sayı: 2, 2015, ss. 65-85, (Wandel).

Frisch, Wolfgang. “Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı:1, 2016, ss. 16-25, (Grenzen).

Frisch, Wolfgang. “From Disparity in Sentencing Towards Sentencing Equality: The German Experience”, **Criminal Law Forum**, Cilt: 28, 2017, ss. 437-475, (Disparity).

Gardina, Jackie. “Compromising Liberty: A Structural Critique of the Sentencing Guidelines”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Cilt: 38, 2005, ss. 345-395.

Frisch, Wolfgang ve Matthias Bergmann. “Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 45, Sayı: 20, 1990, ss. 944-954.

Gillmeister, Ferdinand. “Strafzumessung aus verjährten und eingestellten Straftaten”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 7, 2000, ss. 344-347.

Goh, Joel. “Proportionality – An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System”, **Manchester Student Law Review**, Cilt: 2, 2013, ss. 41-72.

Göktürk, Neslihan. “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımların Hukuki Niteliği”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi 2. Cilt**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss.1891-1898.

Gössel, Karl Heinz. “Die Strafzumessung im System des Strafrechts”, **Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989**, (Ed. Hans-Heinrich Jescheck ve Theo Vogler), Walter de Gruyter, Berlin, 1989, ss. 357-365.

Greco, Luís. “Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, 2009, ss. 636-650.

Grosse-Wilde, Thomas. “Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018“, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Cilt: 2, 2019, ss. 130-143, (neues Strafzumessung).

Gröschner, Rolf. “Justizsyllogismus? Jurisprudenz!”, **Die Sprache des Rechts: Band 2 - Recht Verhandeln**, (Ed. Kent D. Lerch), De Gruyter, Berlin/New York, 2005, ss. 203-217.

Grünwald, Gerald. “Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege““, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 76, Sayı: 1, 1964, ss. 1-18.

Güntge, Georg-Friedrich. “Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre?“, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Cilt: 9, 2018, ss. 384-387.

Günther, Hans-Ludwig. “Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente“, **Juristische Rundschau**, Cilt: 1985, Sayı: 7, 1985, ss. 268-275, (H. Günther).

Günther, Hans-Ludwig. “Systematische Grundlagen der Strafzumessung: Eine Bestandsaufnahme”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 44, Sayı: 22, 1989, ss. 1025-1030, (H. Günther, Grundlagen).

Günther, Klaus. “Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention: Ein Beitrag zur normativen Kritik”, **Positive Generalprävention: kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog**, Ed. Bernd Schünemann, Andrew Von Hirsch ve Nils Jareborg, C. F. Müller, Heidelberg, 1998, ss. 153-179.

Günther, Klaus. “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?”, **Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag**, Ed. Cornélius Prittwitz, Michael Baumann, Klaus Günther, Lothar Kuhlen, Reinhard Merkel, Cornélius Nestler ve Lorenz Schulz, Nomos, Baden-Baden, 2002, ss. 205-220, (Bedeutung).

Hafizoğulları, Zeki. “Cezanın Tayin Edilmesi”, **Ceza Hukuku El Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989.

Hafizoğulları, Zeki. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ce 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 1, 2007, ss. 78-109, (Cezalar).

Hall, Jerome. “Nulla Poena Sine Lege”, **The Yale Law Journal**, Cilt: 47, Number 2, 1937, ss. 165-193.

Hassemer, Winfried. “Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens: Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen”, **Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch**, Ed. Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 1968, ss. 281-290, (Ordnungsbegriffen).

Hassemer, Winfried. “Automatisierte und rationale Strafzumessung”, **Gesetzesplanung: Beiträge der Rechtsinformatik**, (Ed. Arbeitsgemeinschaft Rechtsinformatik), De Gruyter, Berlin, 1972, ss. 95-120, (Automatisierte).

Hassemer, Winfried. “Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 90, Sayı: 1, 1978, ss. 64-100, (Formalisierung).

Hassemer, Winfried ve Ulfrid Neumann. “Vor § 1”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1).

Hassemer, Winfried ve Walter Kargl. “§ 1”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Hassemer/Kargl, § 1).

Hecker, Bernd. “§ 1”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Hecker, § 1).

Heghmans, Michael. “Abweichungen vom Nettoeinkommensprinzip bei der Bemessung von Geldstrafen”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 11, 1994, ss. 519-522.

Henkel, Heinrich. “Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe”, **Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung: Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag**, Ed. Kurt Kuchinke, Beck, München, 1970, (Strafzumessungsgründe).

Heinitz, Ernst. “Strafzumessung und Persönlichkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 63, Sayı: 1, 1951, ss. 57-82, (Persönlichkeit).

Heinitz, Ernst. “Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 70, Sayı: 1, 1958, ss.1-24, (Entwurf).

Herz, Clara. “Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform”, **German Law Journal**, Cilt: 21, Sayı: 8, 2020, ss. 1625-1648.

Hettinger, Michael. “Über »Fälle« als Vergleichsfälle und »Umstände« als Ausgangswerte oder Bezugspunkte zur Ermittlung der Bewertungsrichtung bei der Strafzumessung: Zugleich zu dem Satz, dass das Fehlen strafmildernder Umstände nicht strafscharfend und das Fehlen strafscharfender Umstände nicht strafmildernd berücksichtigt werden darf”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron), de Gruyter, Berlin, 2013, 1153-1180, (Vergleichsfälle).

Hettinger, Michael. “Was Kann Die Strafrechtsdogmatik, Was Soll Die Strafrechtsprechung Leisten?: Vitiöse Fragmente”, **Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte. Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Thomas Vormbaum**, (Ed. Martin Asholt, Ulrich Eisenhardt, Karl-August Prinz von Sachsen Gessaphe ve Gabriele Zwiehoff), Nomos, Baden-Baden 2014, ss. 28-47, (Strafrechtsdogmatik).

Hillenkamp, Thomas. “Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz”, **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 127, Sayı: 1, ss. 10-97.

Hilpert, Konrad. “Menschenrechte: Männerrechte – Frauenrechte?”, **Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften**, Cilt: 34, 1993, ss. 35-72.

Hirsch, Hans Joachim. “Zu Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, **Festschrift für Harro Otto**, (Ed. Gerhard Dannecker), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, ss. 307-330.

Hoerster, Norbert. “Die philosophische Rechtfertigung staatlichen Strafens”, **Zeitschrift für Philosophische Forschung**, Cilt: 28, Sayı: 3, 1974, ss. 368-379.

Hoffmann, Friedrich. “Wie reagiert der Staatsanwalt auf den Ladendiebstahl?: Auswertung einer Umfrage über Sanktionen bei Ladendiebstahl”, **Deutsche Richterzeitung**, Cilt: 76, Sayı: 5, 1998, ss. 209-212.

Hohn, Kristian. “Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht”, **Juristische Schulung**, Cilt: 48, Sayı: 6, 2008, ss. 494-496.

Horn, Eckhard. “Strafschärfung und Strafmilderung – im Verhältnis wozu?”, **Strafverteidiger**, Sayı: 4, 1986, ss. 168-171, (Verhältnis).

Horn, Eckehard.

Horn, Eckehard ve Gereon Wolters. “§ 46”, **Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch Band II**, (Ed. Jürgen Wolter), 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, (SK-Horn/Wolters, § 46).

Hoven, Elisa. “Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen – Anlass für Reformen?”, **Kriminalpolitische Zeitschrift**, Sayı: 5, 2018, ss. 276-290.

Hörnle, Tatjana. “Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 54, Sayı: 22, 1999, ss. 1080-1089, (antiquierte Schuldverständnis).

Hörnle, Tatjana. “Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressaten”, **Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag**, Ed. Roland Hefendehl, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2005, ss. 105-134, (Unwerturteil).

Hörnle, Tatjana. “Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, **Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht- Dogmatik, Rechtsvergleich**,

Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, (Ed. Ulrich Sieber), Heymann, Köln, 2008, ss. 325-344, (Begründung).

Hörnle, Tatjana. “Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes”, **Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat**, Ed. Eva Schumann, de Gruyter, Berlin, 2010, ss. 105-137, (Strafzumessungslehre).

Hörnle, Tatjana. “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie**, (Ed. Andreas von Hirsch, Ulfrid Neumann, Kurt Seelmann), Nomos, Baden-Baden, 2011, ss. 11-30, (deutsche Diskussion).

Hörnle, Tatjana. “Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, Ed. Wolfgang Frisch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, ss. 113-124, (Umstände).

Hörnle, Tatjana. “Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, 2013, ss. 189-210, (Moderate).

Hörnle, Tatjana. “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, (Ed. Markus D. Dubber), Oxford University Press, Oxford, 2014, ss. 119-140, (Feuerbach).

Hörnle, Tatjana. “Die Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen”, **Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag**, (Ed. Roland Hefendehl/Tatjana Hörnle/Luis Greco), Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 2014, ss. 93-106, (Schuldurteilen).

Hörnle, Tatjana. “Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends”, **The Oxford Handbook of Criminal Process**, (Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Turner ve Bettina Weisser), Oxford University Press, New York, 2019, ss. 888-908, (Comparative).

Hörnle, Tatjana. “Straftheorien”, **Handbuch des Strafrechts: Band 1 Grundlagen des Strafrechts**, (Ed. Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius), C. F. Müller, Heidelberg, 2019, ss. 507-539, (Straftheorie).

Hruschka, Joachim. “Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung”, **JuristenZeitung**, Cilt: 51, Sayı: 2, 1996, ss. 64-72.

Hutchinson, Terry ve Nigel Duncan. “Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research”, **Deakin Law Review**, Cilt: 17, Sayı: 1, 2012, ss. 83-119.

Hutton, Neil, Cyrus Tata, John N. Wilson. “Sentencing and Information Technology: Incidental Reform?”, **International Journal of Law and Information Technology**, Cilt: 2, Sayı: 3, 1994, ss. 255-286.

İçel, Kayıhan. “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 7, 2016, ss. 621-635.

Jahn, Matthias ve Charlotte Schmitt-Leonardy. “Reintegration durch Strafe?. Die neuere Diskussion um den Strafzweck der Resozialisierung”, **Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag**, (Ed. Christoph Safferling, Gabriele Kett-Straub, Christian Jäger ve Hans Kudlich), C. F. Müller, Heidelberg, 2017, ss. 499-518.

Jescheck, Hans-Heinrich. “Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht”, **Festschrift für Koichi Miyazawa**, (Ed. Hans-Heiner Kühne), Nomos, Baden Baden, 1995, ss. 363-382, (Kriminalpolitik).

Jescheck, Hans-Heinrich. “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, çev. Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, ss. 25-39.

Jiang, Su. "Strafzumessung in Deutschland und ihre Bedeutung für die Reform in China", **Zeitschrift für Chinesisches Recht**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2016, ss. 291-306.

Jung, Heike. "Some Reflections on the German System of Sanctions", **Israel Law Review**, Cilt: 30, Sayı: 3-4, 1996, ss. 223-233.

Jung, Heike. "Rückwirkungsverbot und Maßregel", **Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag**, Luchterhand, Darmstadt u.a., 1985, ss. 875-887.

Kangal, Zeynel. "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 17, 2011, ss. 61-106.

Karolina, M. Prochownik. "The Experimental Philosophy of Law: New Ways, Old Questions, and How Not to Get Lost" **Philosophy Compass**, Cilt: 16, Sayı: 12, 2021, e12791.

Kaspar, Johannes. "Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen - Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?", **Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018**, Band I, Gutachten Teil C, Verlag C.H. Beck, München, 2018, (Gutachten).

Kaspar, Johannes. **Zur aktuellen Diskussion über die Strafzumessung im deutschen Recht**, Vortrag am 4.12. 2020 an der Juristischen Fakultät der Universität Athen, 2020, (Diskussion).

Kaspar, Johannes ve Lenard Wengenroth. "Die neue Kronzeugenregelung in § 46b StGB-Voraussetzungen, Kritikpunkte und straftheoretische Bedeutung", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 157, Sayı: 8, 2010, ss. 453-471.

Keçelioğlu, Elvan. "Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı", **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 21, 2013, ss. 21-32.

Kern, Eduard. “Grade der Rechtswidrigkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 64, Sayı:3, 1952, ss. 255-291.

Kinzig, Jörg. “§ 46”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, (S/S-Kinzig, § 46).

Kolcu, Selahattin. “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 76, Mart 2016, ss. 11-22.

Krasnostein, Sarah ve Arie Freiberg. “Pursuing Consistency In An Individualistic Sentencing Framework: If You Know Where You’re Going, How Do You Know When You’ve Got There?”, **Law And Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, ss. 265-288.

Krasnostein, Sarah ve Arie Freiberg. “Pursuing Consistency in An Individualistic Sentencing Framework: If You Know Where You're Going, How Do You Know When You've Got There?”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, Sayı: 1, 2013, ss. 265-288.

Kudlich, Hans ve Jennifer Koch. “Das Ringen um die richtige Strafzumessung”, **Neue Juristische Wochenschrift: NJW**, Cilt: 71, Cilt: 38, 2018, ss. 2762-2766.

Kuhlen, Lothar. “Buchbesprechung von Tonio Walter: Der Kern des Strafrechts- Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 120, Sayı: 1, 2008, ss. 140-150, (Buchbesprechung).

Kulhanek, Tobias. “Befriedende Strafzumessung im Tatstrafrecht”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 2, 2020, ss. 65-71.

Kühl, Kristian. “Zum Missbilligungscharakter der Strafe”, **Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag**, Ed. Jörg Arnold, Björn

Burkhardt, Walter Gropp, Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron ve Susanne Walther, C.H. Beck, München, 2005, ss.149-162.

Kühl, Kristian. “§ 46”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, (Ed. Kristian Kühl ve Karl Lackner), 29. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, (Lackner/Kühl- Kühl, § 46).

Lang-Hinrichsen, Dietrich. “Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)”, **Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, Ed. Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann ve Ulrich Klug, Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, ss. 353-379.

Lovegrove, Austin. “Sanctions and Severity: To the Demise of Von Hirsch and Wasik’s Sanction Hierarchy”, **The Howard Journal of Criminal Justice**, Cilt: 40, Sayı: 2, 2001, ss. 126-144.

Maatz, Kurt Rüdiger. “§§ 20, 21 StGB, Privilegierung der Süchtigen?”, **Strafverteidiger**, Sayı: 5, 1998, ss. 279-284.

Magill, Kevin. “The Idea of a Justification For Punishment”, **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1998, ss.86-101.

Maguire, Niamh. “Consistency in Sentencing”, **Judicial Studies Institute Journal**, Cilt: 2, 2010, ss. 14-54.

Mannheim, Hermann. “Comparative Sentencing Practice”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 23, Sayı: 3, 1958, ss. 557-582.

Mason, Anthony. “Mandatory Sentencing: Implications For Judicial Independence”, **Australian Journal of Human Rights**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2001, ss. 21-30.

Masferrer, Aniceto. “Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence

in Europe and Latin America”, **The Western Codification of Criminal Law: A Revision of the Myth of its Predominant French Influence**, Ed. Aniceto Masferrer, Springer International Publishing, Valencia, 2017, ss. 3-53.

Mazzarece, Tecla. “Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem”, **Recht, Gerechtigkeit und der Staat**, (Ed. Mikael M. Karlsson, Olafur Pall Jonsson/Eyja Margret Brynjarsdottir), Duncker & Humblot, Berlin, 1993, ss. 203-214.

Meier, Bernd-Dieter. “Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung – Teil I”, **Juristische Schulung**, Sayi: 9, 2005, ss. 769-773, (Strafzumessung Teil I).

Meier, Bernd-Dieter. “Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung – Teil II”, **Juristische Schulung**, Sayi: 9, 2005, ss. 879-881, (Strafzumessung Teil II).

Meier, Bernd-Dieter. “Nachtatverhalten und Strafzumessung”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht**, Sayi: 162, 2015, ss. 443-452, (Nachtatverhalten).

Meine, Hans-Gerd. “Der Schuldrahmen in der Praxis der Strafzumessung”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayi: 4, 1994, ss. 159-163.

Mellinghoff, Rudolf. “Strafgleichheit”, **Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010**, (Ed. Felix Herzog, Jong Dae Bae ve Ulfrid Neumann), C. F. Müller, Heidelberg, 2010, ss. 503-520.

Miebach, Klaus ve Stefan Maier. “§ 46”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016, (MüKo-Miebach/Maier, § 46).

Mir Puig, Santiago. “Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallschärfung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 86, Sayi:1, 1974, ss. 175-210.

Mösl, Albert. “Zum Strafzumessungsrecht”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 4, 1981, ss. 131-134.

Murmann, Uwe. “Strafzumessung und Strafverfahren”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ve Walter Perron), de Gruyter, Berlin, 2013, ss. 1131-1152.

Müller-Dietz, Heinz. “Strafzumessung und Folgenorientierung”, **Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992**, (Ed. Manfred Seebode), de Gruyter, Berlin, 1992, ss. 413-434, (Folgenorientierung).

Neumann, Ulfrid. “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, **Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007**, Ed. Michael Pawlik ve Rainer Zaczyk, Heymann, Köln, 2007, ss. 435-450.

Neumann, Ulfrid. “§ 17”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Neumann, § 17).

Niemöller, Martin. “Strafschlaffung wegen fehlenden Milderungsgrunds?”, **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Cilt: 159, Sayı: 6, 2012, ss. 337-353.

Noll, Peter. “Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 68, Sayı: 2, 1956, ss. 181-197.

Örücü, A. Esin. “Methodology of Comparative Law”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, (Ed. Jan M. Smits), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, ss. 442-455.

Özbek, Veli Özer. “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu, **Hukuk Felsefesi ve. Sosyolojisi Arkivi**, Sayı 13, 2004, ss. 96-108.

Özen, Mustafa. “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 65, 2006, ss. 200-213. (M. Özen, Eleştiriler).

Özen, Mustafa. “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 2009, ss. 75-120, (M. Özen, Belirleme).

Özgenç, İzzet. “Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Yıl: 3, Sayı: 2-3, 2000, ss. 90-117, (Güvence Fonksiyonu).

Paeffgen, Hans-Ullrich ve Benno Zabel. “Vor. §§ 32 ff.” **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Paeffgen ve Zabel, Vor. §§ 32 ff.).

Perez-Barbera, Gabriel. “Probleme und Prespektive der expressiven Straftheorien: Eine diskursive und deontologische Rechtfertigung der Strafe”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 2014, ss. 504-526.

Peralta, José Milton. “Motive im Tatstrafrecht”, **Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011**, Ed. Manfred Heinrich, Bernd Schünemann, Christian Jäger, Hans Achenbach, Knut Amelung, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Jürgen Wolter, de Gruyter, Berlin, 2011, ss. 257-272.

Perron, Walter. “§ 20”, **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder), 28. Auflage, C. H. Beck, München, 2010, (S/S-Perron, § 20).

Puppe, Ingeborg. “Vor §§ 13 ff.”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Puppe, Vor §§ 13 ff.).

Pifferi, Michele. “Individualization of Punishment and the Rule of Law: Reshaping Legality in the United States and Europe between the 19th and the 20th Century”, **The American Journal of Legal History**, Cilt: 52, Sayı: 3, ss. 325-376, (Individualization).

Pina-Sánchez, Jose. “Defining and Measuring Consistency in Sentencing”, **Exploring Sentencing Practice in England and Wales**, (Ed. Julian Roberts), Palgrave Macmillan, London, 2015, ss. 76-92.

Puppe, Ingeborg. “Der Aufbau des Verbrechens”, **Festschrift für Harro Otto**, (Ed. Gerhard Dannecker), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, ss. 389-402, (Aufbau).

Puppe, Ingeborg. “Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 120, Sayı: 3, 2008, ss. 504-525, (Schuld).

Radbruch, Gustav. “Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken”, **Beiträge zu Grundfragen des Rechts: Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert**, Ed. Stephan Meder, Band 27, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 2018, ss. 213-222.

Radtke, Henning. “Art. 103 GG”, **Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz**, (Ed. Volker Epping ve Christian Hillgruber), C. H. Beck, München, 2016, (BeckOK-Radtke, Art. 103 GG).

Radtke, Henning. “Begrenzungen tatrichterlicher Strafzumessung?”, **Deutsche Richterzeitung**, Sayı: 7-8, 2018, ss. 250-253.

Rawls, John. “Two Concepts of Rules”, **The Philosophical Review**, Cilt: 64, Sayı: 1, 1955, ss. 3-32.

Remmert, Barbara. “Art. 103 Abs. II”, **Grundgesetz Kommentar**, (Ed. Theodor Maunz ve Günter Dürig), C. H. Beck, München, 2017, (Maunz/Dürig- Remmert, Art. 103 Abs. II GG).

Riley, Kieran. “Trial by Legislature: Why Statutory Mandatory Minimum Sentences Violate The Separation Of Powers Doctrine”, **Public Interest Law Journal**, Cilt: 19, 2010, ss. 285-310.

Robinson, Paul H. “Empirical Desert”, **Criminal Law Conversations**, Ed. Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey ve Kimberly Kessler Ferzan, Oxford University Press, Oxford, 2009, ss. 29-39.

Robinson, Paul H., Joshua Samuel Barton ve Matthew J. Lister, “Empirical Desert, Individual Prevention, and Limiting Retributivism: A Reply”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2014, ss. 312-375.

Roxin, Claus “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, **Juristische Schulung**, 1966, ss. 377-387, (Grenzen).

Roxin, Claus. “Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke”, **Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz**, Ed. Hans Walder ve Stefan Trechsel, Stämpfli & Cie., Bern, 1977, ss. 463-481, (Strafzumessung).

Roxin, Claus. “Prävention und Strafzumessung”, **Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, Ed. Wolfgang Frisch ve Werner Schmid, Heymanns, Köln, 1978, ss. 183-204, (Prävention).

Roxin, Claus. “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrech”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70.**

Geburtstag am 7. Dezember 1978, Ed. Paul Bockelmann ve Arthur Kaufmann, Beck, München, 1978, ss. 279-310, (Verantwortlichkeit).

Roxin, Claus. “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag**, Ed. Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia, C. H. Beck, München, 2009, ss. 601-616, (Rechtsprechung).

Rössner, Dieter. “Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung? -Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 9, 1992, ss. 409-414.

Sauer, Wilhelm. “Über die Rechtsvergleichung bei der Strafrechtsreform”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 67, Sayı: 3, 1955, ss. 350-362.

Schaffstein, Friedrich. “Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen”, **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973**, Ed. Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp ve Ernst A. Wolff, De Gruyter, Berlin, 1973, ss. 99-116.

Schall, Hero. “Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 3, 1985, ss. 104-111.

Schall, Hero ve Gesa Schirmacher. “Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes”, **Juristische Ausbildung**, 1992, ss. 514-519.

Schäfer, Gerhard. “Zur Individualisierung der Strafzumessung”, **Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989**, Ed. Hans-Heinrich Jescheck ve Theo Vogler, Walter De Gruyter, Berlin, 1989, ss. 395-406.

Schmitz, Roland. **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016, (MüKo-Schmitz, § 1).

Schneider, Ursula. “Vor §§ 46”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 4: §§ 38 bis 55**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönna ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Schneider, Vor §§ 46).

Schöch, Heinz. “§ 20”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 31**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2007, (LK-Schöch, § 20).

Schöch, Heinz. “Maßstäbe für Straftat und Strafhöhe in der Bundesrepublik”, **Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht**, Ed. Wolfgang Frisch, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, ss. 163-173, (Maßstäbe).

Schreiber, Hans-Ludwig ve Rosenau Henning. “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung”, **Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen**, Ed. Ulrich Venzlaff ve Klaus Foerster, 6. Auflage, Urban & Fischer, München, 2015, ss. 89-152.

Schroth, Ulrich. “Bilder des Kriminellen: Homo oeconomicus versus homo soziologicus versus homo ethicus – Menschenbild und Verständnis der Strafe”, **Ecce Homo! Menschenbild – Menschenbilder**, Ed. Wilhelm Vossenkuhl, Gian Domenico Borasio, Benedikt Grothe, Friedrich Wilhelm Graf, Konrad Hilpert, Armin Nassehi, Stephan Sellmaier, Ulrich Schroth, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2009, ss. 87-105.

Schünemann, Bernd. “Summum Ius = Summa Iniuria bei der Strafzumessung”, **Pönometrie: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung**, (Ed. Eduard Dreher, Walter Grasnack ve Wilhelm Haddenhorst), Verlag Institut für Konfliktforschung, Köln, 1977, ss. 73-78, (Summum ius).

Schünemann, Bernd. “Politisch motivierte Kriminalität”, **Politisch motivierte Kriminalität - echte Kriminalität?**, (Ed. Wolfgang de Boor, Bernd Schünemann ve Gerd Pfeiffer), C. F. Müller, München-Basel, 1978, ss. 49-116, (Politisch).

Schünemann, Bernd. "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", **Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik - Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium**, Ed. Albin Eser ve Karin Cornils, Eigenverlag Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1987, ss. 209-238, (Plädoyer).

Schünemann, Bernd. "Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität", **Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung**, Ed. Wolfgang Frisch, Andrew von Hirsch ve Hans-Jörg Albrecht, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, ss. 185-198, (Tatproportionalität).

Sebba, Leslie. "Is Sentencing Reform a Lost Cause? A Historical Perspective on Conceptual Problems in Sentencing Research", **Law and Contemporary Problems**, Cilt: 76, No 1, 2013, ss. 237-264.

Slobogin, Christopher. "Some Hypotheses About Empirical Desert", **Arizona State Law Journal**, Cilt: 42, 2011, ss. 1188-1202.

Stratenwerth, Günther. "Literaturbericht: Strafrecht – Allgemeiner Teil", **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 87, Sayı: 4, 1975, ss. 935-974, (Literaturbericht).

Streng, Franz. "Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 92, Sayı: 3, 1980, ss. 637-681, (Vergeltung).

Streng, Franz. "Mittelbare Strafwirkungen und Strafzumessung Zur Bedeutung disziplinarrechtlicher Folgen einer Verurteilung für die Bejahung minder schwerer Fälle", **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, Sayı: 11, 1988, ss. 485-487, (Mittelbare).

Streng, Franz. “Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 101, Sayı: 2, 1989, ss. 273-334, (Schuld).

Streng, Franz. “Grundfälle zum Strafzumessungsrecht”, **Juristische Schulung**, Sayı: 11, 1993, ss. 919-927, (Grundfälle).

Streng, Franz. “Die Öffnung der Grenzen und die Grenzen des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, Cilt:48, Sayı:3, 1993, ss. 109-119, (Grenzen).

Streng, Franz. “Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“: Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen”, **Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Guido Britz, Heike Jung, Heinz Koriath ve Egon Müller), C. H. Beck, München, 2001, ss. 875 – 903, (Spielraumtheorie).

Streng, Franz. “Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments”, çev. Christoph Safferling, **German Law Journal**, Vol: 8, No: 2, 2007, ss. 153-171, (Basic Questions).

Streng, Franz. “§ 20”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-37**, (Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer), 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2011, (MüKo-Streng, § 20).

Streng, Franz. “§ 46”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, (Ed. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden Baden, 2017, (NK-Streng, § 46).

Streng, Franz. “Perspektiven Für Die Strafzumessung”, **Strafverteidiger**, Cilt: 38, Sayı: 9, 2018, ss. 593- 600, (Perspektiven).

Stuckenberg, Carl-Friedrich. “Stafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche - doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?”, **Strafverteidiger**, 2007, ss. 655-663.

Taneri, Gökhan, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2016, Sayı 3, ss. 127-162.

Theune, Werner. “Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, **Strafverteidiger**, Cilt: 5, 1985, ss. 205-215.

Theune, Werner. “Gerechte Strafe – Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Überprüfung der Strafzumessung durch die Revisionsgerichte”, **Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer**, (Ed. Otto F. Gamm, Peter Raisch ve Klaus Tiedemann), C. Heymann, Köln, 1988, ss. 449-460, (Gerechte Strafe).

Theune, Werner. “Vor §§ 46-50”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 2: §§ 32 bis 55**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Klaus Tiedemann ve Ruth Rissing-van Saan), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2006, (LK-Theune, Vor §§ 46-50).

Theune, Werner. “§ 46”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 2: §§ 32 bis 55**, (Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Klaus Tiedemann ve Ruth Rissing-van Saan), 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2006, (LK-Theune, § 46).

Timm, Kristin L.. ““The Judge Would Then Be the Legislator”: Dismantling Separation of Powers in the Name of Sentencing Reform—Mistretta v. United States 109 S. Ct. 647 (1989)”, **Washington Law Review**, Cilt: 65, Number 1, 1990, ss. 249-268.

Tonry, Michael. “Punishment Policies and Patterns in Western Countries”, **Sentencing and Sanctions in Western Countries**, (Ed. Michael Tonry ve Richard S. Frase), Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. 3-28, (Western).

Tonry, Michael ve Richard S. Frase. “Preface”, **Sentencing and Sanctions in Western Countries**, (Ed. Michael Tonry ve Richard S. Frase), Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. v-vi.

Toroslu, Haluk. “Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 697-705, (H. Toroslu).

Ünver, Yener. “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Yıl: 1, Sayı: 1, 2006, ss. 37-73, (Kusurluluk).

Üzülmez, İlhan. “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, 2006, ss. 203-235.

Verrel, Torsten. “Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?”, **Juristen Zeitung**, Cilt: 73, Sayı: 17, 2018, ss. 811-815.

Volk, Klaus. “Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 83, Sayı: 2, 1971, ss. 405-434, (Strafe).

Volk, Klaus. “Alles Strafe, oder was? – Zum Begriff der Strafe”, **Festschrift für Egon Müller**, (Ed. Heike Jung, Bernd Luxenburger ve Eberhard Wahle), Nomos, Baden-Baden, 2008, ss. 709-714.

von Danwitz, Klaus-Stephan. “Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers”, **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Cilt: 88, Sayı: 3, 2005, ss. 255-263.

von Heintschel-Heinegg, Bernd. “§ 46”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, (Bernd von Heintschel-Heinegg), 35. Edition, C. H. Beck, München, 2017, (BeckOK-von Heintschel-Heinegg, § 46).

von Hirsch, Andrew. Warum soll die Strafsanktion existieren?, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie**, (Ed. Andrew von Hirsch ve diğerleri), Nomos, Baden-Baden, 2011, (Warum), ss. 43-68.

von Hirsch, Andrew, Martin Wasik ve Judith Greene. “Scaling Community Sanctions”, **Principled Sentencing**, (Ed. Andrew von Hirsch ve Andrew Ashworth), 1. Baskı, Northeastern University Press, Boston, 1992, ss. 368-388.

von Hirsch, Andrew ve Tatjana Hörnle. “Positive Generalprävention und Tadel”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, 1995, ss. 261-282.

von Selle, Dirk. **Gerechte Geldstrafe: Eine Konkretisierung des Grundsatzes der Opfergleichheit**, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 1997.

Weigend, Thomas. “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.Geburtstag**, Ed. Thomas Weigend ve Georg Küpper, de Gruyter, Berlin, 1999, ss. 917- 938, (Verhältnismäßigkeit).

Weigend, Thomas. “Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren? Diskussionsbemerkungen”, **Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung**, Ed. Wolfgang Frisch, Andrew von Hirsch ve Hans-Jörg Albrecht, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, ss. 199-208, (Diskussionsbemerkungen).

Weigend, Thomas. “Criminal Law and Criminal Procedure”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, Ed. Jan M. Smits, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, ss. 214-227, (Criminal).

Weigend, Thomas. “Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie**, Ed. Andrew von Hirsch,

Ulfrid Neumann ve Kurt Seelmann, Nomos, Baden-Baden, 2011, ss. 31-43. (Kommentar zu Tatjana Hörnle).

Weigend, Thomas. “Einleitung”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 18**, (Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier), 13. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2020, (LK-Weigend, Einl.).

Welke, Wanja Andreas. “Mandatory sentencing: Ein kritischer Bericht über die Tendenzen zu absoluten Strafen im Rechtsbereich des common law”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Cilt: 35, Sayı: 5, 2002, ss. 207-214.

Westen, Peter. “The Empty Idea of Equality”, **Harvard Law Review**, Cilt: 95, Sayı: 3, 1982, ss. 537-596.

Wetzell, Richard F. “From Retributive Justice to Social Defense: Penal Reform in Fin-de-Siècle Germany”, **Germany at the Fin de Siècle: Culture, Politics, and Ideas**, (Ed. Suzanne Marchand ve David Lindenfeld), Louisiana State University Press, Baton Rouge, 2004, ss. 59-77, (Penal Reform).

Whitman, James Q.. “Equality in Criminal Law the Two Divergent Western Roads”, **Journal of Legal Analysis**, Cilt: 1, Number 1, 2009, ss. 119-165.

Wimmer, August. “Gestehen und Leugnen im Strafprozeß. Seine Bedeutung für Strafzumessung und Anrechnung der Untersuchungshaft”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Cilt: 50, Sayı: 3, ss. 538-596.

Wittig, Petra. “„Lebensleistung“ als Strafmilderungsgrund?”, **Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, Ed. Christian Fahl, Eckhart Müller, Helmut Satzger ve Sabine Swoboda, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, ss. 1241-1258.

Wolf, Jean-Claude ve Ignace Haaz, “Strafe als Tadel? Argumente pro und kontra”, **Strafe – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie**, (Ed. Andreas von Hirsch ve diğerleri), Nomos, Baden-Baden, 2011, ss. 69-77.

Yavuz, Can. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 32, Sayı: 145, 2019, ss. 13-52.

Yerdelen, Erdal. “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2012, ss. 105-136, (Çifte Değerlendirme).

Zaibert, Leo. “Prolegomenon to a Theory of Punishment”, **Law, Culture, and the Humanities**, Cilt: 1, 2005, ss. 221-246.

Ziffer, Patricia. “Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung”, **Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, (Ed. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy, Walter Perron), Duncker & Humblot, Berlin, 2013, ss. 1077-1092.

KİTAP

Akbulut, Berrin. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Albrecht, Hans-Jörg. **Strafzumessung bei schwerer Kriminalität: Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes**, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, (schwerer Kriminalität).

Andrissek, Tobias R.. **Vergeltung als Strafzweck: empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

Appel, Ivo. **Verfassung und Strafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

Bagaric, Mirko. **Punishment and Sentencing: A Rational Approach**, Routledge-Cavendish, London, 2001.

Ateş Öncü, Tuğba Gül. **Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.

Baurmann, Michael. **Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht**, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 1987.

Beling, Ernst. **Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht**, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1908.

Berger, Benjamin L. **Reform of The Purposes And Principles Of Sentencing: A Think Piece**, Department of Justice Canada, Ottawa, 2016.

Bergmann, Matthias. **Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB**, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

Bock, Dennis. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg, 2018.

Brandom, Robert B. **Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment**, 4. Baskı, Harvard University Press, Massachusetts, 2001.

Brauns, Uwe. **Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter**, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Bruns, Hans-Jürgen. **Leitfaden des Strafzumessungsrechts**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1980, (Leitfaden).

Bruns, Hans-Jürgen. **Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1985.

Bruns, Hans-Jürgen. **Neues Strafzumessungsrecht?: 'Reflexionen' über eine geforderte Umgestaltung**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1988, (Neues).

Bruns, Hans-Jürgen ve Georg-Friedrich Gütge. **Das Recht der Strafzumessung**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019.

Callies, Rolf-Peter. **Theorie der Strafe im Demokratischen und Sozialen Rechtsstaat: Ein Beitrag zur Strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion**, Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt, 1974.

Canpolat, Can. **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Canoğlu, Veysel Candan. **Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

Courtney, Jarrell. **Mandatory Minimum Sentencing vs. Alternative Sentencing Options: A Comparative Analysis**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Graduate School Southern Illinois University, Edwardsville, 2019.

Çetin, Soner Hamza. **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Dalquen, Thomas. **Die Strafzumessung bei Angeklagten mit geringer Lebenserwartung**, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 2003.

Darmis, Johannis. **Die realen Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 StGB in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 StGB**, Ruprecht-Karl-Universität, Heidelberg, 1984.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Detter, Klaus. **Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009.

Doğan, Koray. **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (Netice).

Doğan, Koray. **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik – Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo"**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Doğan, Koray ve Serkan Meraklı. **Trafik Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:1**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, (I).

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, (II).

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt III, 8. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, (III).

Dubber, Markus D. ve Tatjana Hörnle. **Criminal Law: A Comparative Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Dreher, Eduard. **Über die gerechte Strafe**, Schneider, Heidelberg, 1947.

Eisele, Jörg. **Die Regelbeispielmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

Engisch, Karl. **Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit**, 2. Auflage, Verlag Winter, Heidelberg, 1968.

Erem, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Cilt I, 10. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.

Erhard, Christopher. **Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld**, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Frase, Richard S.. **Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System**, Oxford University Press, New York, 2013.

Frisch, Wolfgang. **Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung: eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung**, Heymanns, Köln, 1971.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts**, Giessen, 1801.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**, Giessen, 1832, (Lehrbuch).

Frister, Helmut. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2018.

Giannoulis, Georgios. **Studien zur Strafzumessung: Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums-und Vermögensdelikten**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014.

Göktürk, Neslihan. **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.

Grasnick, Walter. **Über Schuld, Strafe und Sprache**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1987.

Gropp, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001.

Grosse-Wilde, Thomas. **Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die Verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in Einer Regelgeleiteten Strafmaßelehre**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

Grünewald, Anette. **Das vorsätzliche Tötungsdelikt**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Hafizoğulları, Zeki. **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, USA Yayıncılık, Ankara, 1996.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2021.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Hart, Herbert L. A. **Punishment and Responsibility**, Oxford University Press, Oxford, 1968.

Hart-Hönig, Kai. **Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention**, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Hassemer, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 1990.

Hassemer, Winfried. **Warum Strafe Sein Muss**, Ullstein Verlag, Berlin, 2009, (Strafe).

Henkel, Heinrich. **Die "richtige" Strafe: Gedanken zur richterlichen Strafzumessung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1969.

Henrici, Andreas. **Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie**, Verlag H.R. Sauerländer, Zürich, 1961.

Heinitz, Ernst. **Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses**, Walter De Gruyter, Berlin, 1960.

Heinrich, Bernd. **Strafrecht - Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2014.

Hettinger, Michael. **Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

Horn, Eckhard. **Verbotsirrtum Und Vorwerfbarkeit: Eine Systematische Grundlagenanalyse Der Schuldtheorie**, Duncker & Humblot, Berlin, 1970.

Hörnle, Tatjana. **Tatproportionale Strafzumessung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

Hörnle, Tatjana. **Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre**, Nomos, Baden-Baden, 2013, (ohne Schuldvorwurf).

Hörnle, Tatjana. **Straftheorien**, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, (Straftheorien).

İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver. **Yaptırım Teorisi**, Cilt III, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Jakobs, Günther. **Schuld und Prävention**, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, (Schuld).

Jakobs, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Karakaş Doğan, Fatma. **Cezanın Amacı ve Hapis Cezaları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Kaspar, Johannes. **Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. Rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung**, Lit Verlag, Münster, 2004, (Wiedergutmachung).

Kaspar, Johannes. **Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht**, Nomos, Baden-Baden, 2014.

Kaspar, Johannes ve Tonio Walter (Ed.), **Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung**, Schriften zur Kriminologie, Cilt: 15, Nomos, Baden-Baden, 2019.

Kaufmann, Arthur. **Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung**, Winter Verlag, Heidelberg, 1961.

Kindhäuser, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.

Klug, Ulrich. **Die Zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe**, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin, 1938.

Koruculu, Irmak. **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Koch, Arnd. Michael Kubiciel, Martin Löhnig ve Michael Pawlik (Ed.). **Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch: Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

Köberer, Wolfgang. **Iudex Non Calculat: Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung Sozialwissenschaftlich-mathematisch zu Rationalisieren**, Peter Lang Verlag, Frankfurt/Bern, 1996.

Köhler, Michael. **Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung: erörtert am Problem der Generalprävention**, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1983, (Zusammenhang).

Köhler, Michael. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg, 1997.

Krahl, Matthias. **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)**, Lang, Frankfurt, 1986.

Krahl, Matthias. **Tatbestand und Rechtsfolge**, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1999, (Tatbestand).

Krey, Volker. **Keine Strafe ohne Gesetz**, de Gruyter, Berlin, 1983.

Krey, Volker ve Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2012.

Kuhlen, Lothar. **Typus Konzeptionen in der Rechtstheorie**, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.

Kühl, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Franz Vahlen, München, 2008, (AT).

Lacey, Nicola. **State Punishment: Political Principles and Community Values**, Taylor & Francis e-Library, London, 2002.

Lackner, Karl. **Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre**, C. F. Müller, Heidelberg, 1978.

Lampe, Ernst-Joachim. **Strafphilosophie: Studien zur Strafgerechtigkeit**, Heymanns, Köln, 1999.

Maurach, Reinhard ve Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat Teilband I**, 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1983.

Maurach, Reinhart, Heinz Zipf, Karl Heinz Gössel, Dieter Dölling, Joachim Renzikowski ve Christian Laue. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Teilband II Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2014.

Maurer, Matthias. **Komparative Strafzumessung: Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

Meier, Bernd-Dieter. **Strafrechtliche Sanktionen**, 5. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2019.

Meier, Bernd-Dieter. **Kriminologie**, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2008, (Kriminologie).

Meraklı, Serkan. **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Merle, Jean-Christophe. **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde**, de Gruyter, Berlin, 2007.

Metin, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

Mezger, Edmund. **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1949.

Montenbruck, Axel. **Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten**. Duncker & Humblot, Berlin, 1989, (Abwägung).

Montenbruck, Axel. **Deutsche Straftheorie: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, Berlin, 2018.

Moore, Michael S.. **Placing Blame: A Theory of the Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Mousset, Sophie. **Women's Rights and the French Revolution: A Biography of Olympe De Gouges**, Routledge, New York, 2017.

Müller-Dietz, Heinz. **Strafe und Staat**, Verlag Klostermann, Frankfurt am Main, 1973.

Müller, Matthias. **Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Nestler-Tremel, Cornelius. **AIDS Und Strafzumessung**, Peter Lang, Frankfurt, 1992.

Norval Morris, **Future of Imprisonment**, University of Chicago Press, Chicago, 1974.

Norval, Morris. **Madness and the Criminal Law**, University of Chicago Press, Chicago, 1982.

Norval, Morris ve Michael Tonry. **Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System**, Oxford University Press, New York, 1990.

Nozick, Robert. **Philosophical Explanations**, Harvard University Press, Massachusetts, 1981.

Ostrom, Brian J., Charles W. Ostrom, Roger A. Hanson ve Matthew Kleiman. **Assessing Consistency and Fairness in Sentencing: A Comparative Study in Three States**, National Institute of Justice, Washington, 2008.

Otto, Harro. **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1992.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt III, Beta Basım, İstanbul, 1992, (Cilt III).

Özbek, Veli Özer. **Ceza Hukuku'nda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin, Ankara, 2011.

Özen, Mustafa. **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (M. Özen).

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, (Gazi Şerhi).

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Pawlik, Michael. **Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe**, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

Pifferi, Michele. **Reinventing Punishment: A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries**, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Polatcan, İsmet. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler**, İstanbul, 1989.

Puppe, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

Puppe, Ingeborg. **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011, (AT).

Reichert, Christoph. **Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien: Eine Untersuchung mit Bezug auf die "sentencing guidelines" in den USA**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

Rolinski, Klaus. **Die Prägnanztendenz im Strafurteil**, Kriminalistik Verlag, Hamburg, 1969.

Ross, Alf. **On Guilt, Responsibility and Punishment**, Stevens & Sons Limited, London, 1975.

Rostalski, Frauke. **Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat**, Jus Poenale, Beiträge zum Strafrecht, Band 17, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Roxin, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I**, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2006, (AT I).

Roxin, Claus. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, de Gruyter, Berlin, 1973, (Grundlagenprobleme).

Ryberg, Jesper. **The Ethics of Proportionate Punishment: A Critical Investigation**, Springer, Dordrecht, 2004.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

Saunders, Raymond. **The Individualization Of Punishment**, çev. Rachel Szold Jastrow, Little, Brown and Company, Boston, 1911.

Schäfer, Gerhard, Günther M. Sander ve Gerhard Gemmeren. **Praxis der Strafzumessung**, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2017.

Schmidhäuser, Eberhard. **Vom Sinn der Strafe**, 2. Auflage, Logos, Berlin, 2004.

Schneider, Peter. **Die Täterpersönlichkeit – Irrationaler Kern der Strafzumessung?**, Druck awd. Zollikon, Zürich, 1979.

Schott, Tilmann. **Gesetzliche Strafraumen Und Ihre Tatrichterliche Handhabung: Eine Empirische Untersuchung Zur Gesetzessystematik Und Rechtstatsachlichkeit Bei Ausgewählten Deliktsbereichen**, Nomos, Baden-Baden, 2004.

Schöch, Heinz. **Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen**

Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1973, (Verkehrsdelinquenz).

Schünemann, Bernd. **Nulla poena sine lege?**, De Gruyter, Berlin, 1978.

Soyaslan, Doğan. **Kriminoloji**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Stadler, Tobias. **Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung
Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Strafzumessungsrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Stahl, Dominik. **Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und
Straftheorie: Zugleich ein Beitrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und
Nachtatverhaltens**, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

Stratenwerth, Günter. **Tatschuld und Strafzumessung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1977.

Stratenwerth, Günter. **Was lesitet die Lehre von den Strafzwecken?**, de Gruyter, Berlin, 1995, (Strafzwecken).

Stree, Walter. **Deliktsfolgen und Grundgesetz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1960.

Streng, Franz. **Strafzumessung und relative Gerechtigkeit: Eine Untersuchung zu
rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher
Strafzumessung**, Decker, Heidelberg, 1984.

Streng, Franz. **Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre
Grundlagen**, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012, (Strafrechtliche
Sanktionen).

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta, İstanbul, 2008.

Tadros, Victor. **The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Tiedemann, Klaus. **Verfassungsrecht und Strafrecht**, C. F. Müller, Heidelberg, 1991.

Timm, Frauke **Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

Tomforde, Kristin. **Die Zulässigkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe aus präventiven Gesichtspunkten**, Nomos, Baden-Baden, 1999.

Toroslul, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

von Hirsch, Andrew. **Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals**, Rutgers University Press, New Jersey, 1985, (Sentencing).

von Hirsch, Andrew. **Censure and Sanctions**, Oxford University Press, Oxford, 1996, (Censure).

von Hirsch, Andrew. **Deserved Criminal Sentences**, Bloomsbury Publishing, London, 2017, (Deserved).

von Hirsch, Andrew ve Nils Jareborg. **Strafmaß und Strafgerechtigkeit: Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität**, Forum Vlg Godesberg, Bonn, 1991.

von Hirsch, Andrew ve Andrew Ashworth. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

von Liszt, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 4. Baskı, de Gruyter, Berlin, 1891.

von Weber, Hellmuth **Die richterliche Strafzumessung**, C.F. Müller, Karlsruhe, 1956.

Vormbaum, Thomas (Ed.). **Moderne deutsche Strafrechtsdenker**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2011, (Strafrechtsdenkers).

Vormbaum, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2019.

Wetzell, Richard F. **Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945**, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2000.

Yerdelen, Erdal. **Cezanın Belirlenmesi: Türk ve Alman Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Yıldırım, Akif. **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Yüce, Turhan Tufan. **Ceza Hukuku Dersleri**, Şafak Yayınevi, 1982.

Zafer, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Yayınevi, 2019.

Zielinski, Diethart. **Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff**, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

Zipf, Heinz. **Die Strafmaßrevision**, C. H. Beck, München, 1969.

Zipf, Heinz. **Die Strafzumessung.: Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung**, C. F. Müller, Heidelberg, 1977, (Strafzumessung).

Zweigert, Konrad ve Hein Kötz. **An Introduction to Comparative Law**, çev. Tony Weir, 3. Baskı, Clarendon Press., Oxford, 1998.

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adalet İstatistikleri 2020**, Ankara, Eylül 2021, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1692021162011adalet_ist-2020.pdf, (01.06.2022).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, **Cezalandırmada Tutarlılığa ilişkin Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı (Recommendation of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing)**, No. R (92) 17, 1992, <https://rm.coe.int/16804d6ac8>, (01.06.2022).

Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide On Article 7 Of The European Convention On Human Rights – No Punishment Without Law: The Principle That Only The Law Can Define A Crime And Prescribe A Penalty**, 30.04.2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, (01.06.2022).

Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide On Article 6 Of The Convention – Right To A Fair Trial (Criminal Limb)**, 30.04.2022, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, (01.06.2022).

Duden Wörterbuch, <https://www.duden.de/rechtschreibung/zumessen>, (01.06.2022).

Duff, Antony ve Zachary Hoskins. "Legal Punishment", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer Edition 2021)**, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/legal-punishment/> (01.06.2022).

Hoskins, Zachary. "The Moral Permissibility of Punishment", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <https://iep.utm.edu/m-p-puni/>, (01.06.2021).

Strauss, David A.. "Must Like Cases Be Treated Alike?", Mayıs 2002, <https://ssrn.com/abstract=312180>, (01.06.2022).

Walen Alec, "Retributive Justice", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Ed. Edward N. Zalta), Winter 2016 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>, (01.06.2022).

Baron de Montesquieu, Charles Louis de Secondat. **Spirit of Laws**, Volume 1, Book XI, Chapter VI, 1748, <https://oll.libertyfund.org/title/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>, (01.06.2022).

di Beccaria, Cesare Bonesana. **An Essay on Crimes and Punishments**, 1764, Chapter XXVII, <https://oll.libertyfund.org/title/voltaire-an-essay-on-crimes-and-punishments>, (01.06.2022).

National Assembly of France. **Declaration of the Rights of Man**, 1789, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (01.06.2022).

Özgenç, İzzet. **Seri Muhakeme Usulünde Hükmolunacak Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerisi**, 12.11.2021, <https://izzetozgenc.com/makale/seri-muhakeme-usulundehukmolunacak-cezanin-belirlenmesi-ve-bireysellestirilmesi-baglaminda-ortaya-cikan-sorunlara-iliskin-cozum-onerisi>, (01.06.2022).

Supreme Court Of Canada, **R. v. Suter**, 2018, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/17158/index.do>, (01.06.2022).