

YENİ CEZA KANUNU'NUN SİSTEMİNDE CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

*Yrd.Doç.Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

GİRİŞ

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ceza hukuku yaptırım teorisinin önemli uğraş alanlarından birini oluşturmaktadır. Kanun koyucunun suç tipleri için öngörmüş olduğu soyut cezanın hangi ilke ve yöntemlerle belirleneceği, fiilin ve failin hangi niteliklerinin bu belirleme işinde gözetileceği cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin esasını oluşturmaktadır. Ceza kanunlarında öngörülen cezanın belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine ilişkin esaslar, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu icra etmesi bakımından, bir yandan da gerek suçlunun kişiliğinin dikkate alınmasını sağlaması gerekse işlenen suçla ilgili olarak adil bir cezanın tayini açısından önemli sonuçları olan düzenlemelerdir. Cezanın belirlenmesinde etkili olan olayın, durumun veya nedenin bir kez değerlendirilmeye tabi tutulması, bu hususların tekrardan değerlendirilerek fail hakkında hak etmediği ceza artırımlarının veya indirimlerinin yapılmaması, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin esasların sıkı bir şekilde belirlenmiş olmasını gerektirmektedir. Aşağıda bu esaslar çerçevesinde 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin sistemi ele alınacaktır.

I- GENEL OLARAK

Ceza, kanunun suç sayarak yasakladığı bir fiili kusurlu olarak işleyen kişiye uygulanan bir yaptırım türüdür. İşlenen suç için kanunda öngörülen soyut cezanın, olayın özelliklerine göre hakim tarafından hüküm verilirken somutlaştırılmasına cezanın belirlenmesi denilmektedir¹.

Cezanın belirlenmesinde somutlaştırılacak olan soyut cezayı tayin etme kanun koyucunun takdirini ilgilendiren bir husustur. Kanun koyucu önce cezaların türlerine ve her bir türün ağırlığına ilişkin genel bir belirleme yapmakta (soyut/genel belirleme), daha sonra soyut/genel belirlemedeki ilkeler

* DPÜ. Kütahya İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ Kindhäuser Urs, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 46, kn. 1.

çerçevesinde her bir suç tipi için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini belirlemektedirler (soyut/özel belirleme)². Soyut/özel belirleme ise, yine kanun koyucu tarafından her bir suç tipi için ihlâlin ağırlığı dikkate alınarak soyut/genel belirlemedeki esaslar çerçevesinde yapılmaktadır³.

Cezayı belirleyecek olan hâkim, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bu ceza çerçevesiyle bağlıdır. Ancak bu bağlılık, hâkimin, kanunda öngörülen soyut cezaya hükmetme mecburiyetini ifade etmemektedir⁴. Zira; günümüzün çağdaş ceza kanunları, faillerin ve olayların şartlarının farklılığı, her durumun kanun koyucu tarafından önceden tahmin edilemeyeceği gerekçeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine katı bir bağlılığın sonucu olarak benimsenen sabit cezalar sistemini terk etmiş, bunun yerine mütevatit (basamaklı) cezalar sistemini benimsemiştir. Mütevatit cezalar sisteminin aksayan yönlerini tamamlamak amacıyla takdiri hafifletici neden esası (m. 62), hakime bazı hallerde belirli şartlarla ceza vermektan kaçınabilme imkanı (m. 22/6, m. 92), bütün bunlara rağmen ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermek ve ceza yaptırımının bireyselleştirilmesini sağlamak amacıyla cezaların tespiti ve tayininde olay hakimine takdir yetkisi veren hükümler kabul edilmiştir (m. 61)⁵. Böylelikle suçu ve suçluyu göz önünde bulundurarak, cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleşmesini sağlayacak bireyselleştirilmeye uygun bir sistem kurulmuş olmaktadır⁶.

Cezanın belirlenmesinde gözetilecek temel ilke cezalandırmanın amacının gerçekleştirilmesidir⁷. Kanunun öngördüğü ölçütlerle cezanın somutlaştırılmasıyla cezalandırmadan beklenen amaçlar gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır⁸. Hakimler, soyut cezanın somutlaştırılmasında ve somutlaş-

² Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 579; Kayıhan İçel/Fusun Sokulu-Akıncı /İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Ünver Yener, İçel Yaptırım Teorisi, 2. Bası, İstanbul 2002, s. 136; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 551/552; Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", in: Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001, s. 356 vd.

³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 582.

⁴ Tröndle Herbert/Fischer Thomas, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004, § 46, kn. 16.

⁵ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 136; Erdener Yurtcan, "Ceza Yaptırımı Ve Bireyselleştirme", in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997 İstanbul), İstanbul 1998, s. 257.

⁶ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 623.

⁷ Walter Stree, "§ 46", in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2001, Rn: 3.

⁸ Kindhäuser, "§ 46, kn. 3.

tırmaya yarayan olayların takdirinde serbest bırakılmamış, cezanın tayini işinin belirli ilkelerden ve olaylardan hareketle yapılması istenmiştir. Böylelikle hakimlerin, cezayı belirlemek bakımından kendilerine verilen takdir yetkilerini kanunda öngörülen nesnel ve öznel ölçütlere göre kullanmaları sağlanmıştır⁹. Hakimlerin somut cezanın belirlenmesinde objektif davranmaları ve kanunda gösterilen esaslara uymaları, cezanın belirlenmesindeki her bir işlem için gerekçe gösterme yükümlülüğü ile sağlanmıştır. Anayasanın 141 ve Ceza Muhakemesi Kanununun 34. maddesine göre hakim her türlü kararında gerekçe göstermek zorundadır. Cezanın belirlenmesiyle ilgili olarak bu husustaki yükümlülük, Ceza Muhakemesi Kanununun 230. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, “*Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi*” şeklinde gösterilmiştir. Gerekçe gösterilmemesi ise mutlak bozma nedenini oluşturmaktadır (CMK. m. 289/1, g)¹⁰.

Bu duruma göre; gerekçeli kararda, duruşma sonunda ulaşılan kanaate, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesine yer verilecek ve nihayet nitelendirilmesi yapılan suç için kanunda öngörülen ceza, 61 ve 62. maddelerde belirlenen sıra ve esaslara göre belirlenecektir.

II- SOMUT CEZANIN BELİRLENMESİNDE SIRA

Cezanın belirlenmesi, cezaya etkili unsurların belli bir sıraya göre uygulanmasını gerektirmektedir. Cezaların belirlenmesinde uyulması gereken sıra ve bunun dışındaki diğer ilkeler 61. maddede gösterilmiştir. Bu çerçevede, suç için alt ve üst sınırlı cezanın öngörüldüğü durumlarda, işe temel cezanın belirlenmesiyle başlanacaktır. Temel cezanın belirlenmesinde m. 61/1'in dikkate alınması gerekmektedir. Temel cezanın belirlenmesinden sonra, bu

⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen /A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), 1. Bası, Ankara 2003, s. 192-193; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 137.

¹⁰ “Mahkemece ceza tayin edilirken, cezanın maddede yazılı alt sınır veya alt sınırın üzerinde belirlenmesi halinde Anayasanın 141 ve CMUK. nun 32. maddesi gereğince gösterilen gerekçenin; TCK. nun 29. maddesinde belirtilen hususlarla ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olması gerekir. Gerekçenin bu niteliği, yasakoyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek özelliğini de taşımaktadır” Yarg. CGK. 10.06.1997, 6/115-150 (İsmail Malkoç, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2003, s. 46).

ceza üzerinden somut olayda eğer var ise olası kast nedeniyle indirim yapılacaktır veya bilinçli taksir söz konusuysa artırım gerçekleştirilecektir (m. 61/2). Bunu, suç tipine ilişkin nitelikli hallerin cezaya uygulanması izleyecektir (m. 61/4). Nitelikli hallerin uygulanmasıyla ulaşılan ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir (m. 61/5). Kanun koyucu ceza belirlenmesinde keyfiliği önlemek için böyle bir sıralamayı yapmıştır¹¹. Kanundaki sıranın ceza tayini sırasında doğru uygulanmaması, yukarıda da belirtildiği gibi mutlak bozma nedenini oluşturmaktadır (CMK 289/1, g). Ayrıca “cezanın tertibi sırasında yapılan hata maznun için müstesna hak teşkil etmez¹²”. Dolayısıyla somut olayda bu sıralamaya uygun hareket edilmesi, eğer söz konusu ise cezaya etkili hallerden her biri uygulanarak sonuç cezanın elde edilmesi gerekmektedir. Ancak, hakim, alt üst sınırlı cezalarda temel cezayı belirlemekle işe başlayacaktır.

III- TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

A- Genel Olarak

Kanunda suçlar için çoğunlukla sabit cezalar öngörülmemekte, alt ve üst sınırlar gösterilerek, bu sınırlar arasından hakime gerekçeli bir şekilde cezayı belirleme yetkisi verilmektedir¹³. Basamaklı ceza öngören suçlarda, iki sınır arasından cezayı belirleme konusundaki takdir yetkisi her somut olayın özelliğine göre kanunun genel amacı ve felsefesi (m. 1-3) gözetilerek kanunun 61. maddesinde sıralanan ölçütlere göre kullanılır¹⁴. Kanunun 61/1. maddesine göre, somut olayda; 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, failin güttüğü amaç ve saik göz önünde bulundurularak işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasından temel ceza belirlenir (f. 1). Temel cezanın belirlenmesinde gözetilen ölçütlerden (f) bendi dışındakiler işlenen fiilin haksızlık içeriğine ilişkin unsurlardır¹⁵. Temel ceza fiilin haksızlık muhtevasına göre belirleneceğinden,

¹¹ Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C.: I, Ankara 1993, s. 233.

¹² Yarg. CGK. 10.07.1944, 100/100 (Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.: I, 1. Baskı, Ankara 1995, s. 483).

¹³ “Asgari sınırdan ceza belirlense de, gerekçe gösterilmelidir (Karar özeti).” Yarg. CGK. 10.06.1997, 115/150 (Yaşar, s. 300-301).

¹⁴ Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, 370-371.

¹⁵ Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 642-643.

61/1. maddede işlenen (haksızlık teşkil eden) fiille doğrudan bağlantılı olmayan, ancak bireyselleştirmenin konusunu oluşturacak olan ölçütlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla 61/1. maddede, 765 sayılı Kanunun 29. maddesinden farklı olarak “failin geçmişi”, “kişisel ve sosyal durumu” ve “failin fiilden sonraki davranışları” temel cezanın belirlenmesine etkili ölçütler arasında sayılmamıştır. Yeni Kanunda failin durumuyla ilgili olan bu hususlar cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiştir (bkz: m. 62).

Cezanın somutlaştırılmasını sağlayan ölçütler bakımından yeni Kanunun 765 sayılı Kanundan (m. 29)¹⁶ ayrıldığı önemli bir diğer bir husus, kıyas yoluyla cezanın belirlenmesinde etkili ölçütlerin genişletilememesidir. Zira; yeni Kanunda “gibi hususlar” ibaresine yer verilmeyerek, temel cezanın tayinine ilişkin ölçütlerin tahdidi olduğu belirtilmiştir. Böylelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu temel cezanın belirlenmesi bakımından da geçerli hale getirilmiştir (AY. m. 38; TCK. m. 2/61/9). Buna göre, 61. maddenin 1. fıkrasında gösterilen cezanın tayininde gözetilecek hususlar kapsamına girmeyen bir olaya dayandırılarak temel cezanın artırılması mümkün değildir.

B- Temel Cezanın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar

1- Suçun İşleniş Biçimi

Temel cezanın tayininde etkili olan hususlardan ilki “suçun işleniş biçimi”dir (m. 61/1.a). Suçun işleniş biçimi, fiilde gösterilen iradenin realize edilmesiyle ilgili olması¹⁷, eylemin toplum düzeni için oluşturduğu tehlikeyi göstermesi bakımından önemli bir unsur olduğundan, ceza tayininde etkili olan hususlar arasında yer almaktadır¹⁸. Örneğin cinsel saldırı suçunun eşin önünde işlenmesi¹⁹ suçun işleniş biçimi kapsamında ceza tayininde değerlendirilmesi gereken bir durumu oluşturmaktadır.

Suçun işleniş biçiminden, işlenişinde fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren her şey anlaşılır. Bir fiille birden fazla suç tipinin ihlal edilmiş olması veya bir suç tipi bakımından öngörülen seçimlik hareketlerin tümünden

¹⁶ “T.C.Y.nın 29/son maddesinde, hâkimin iki sınır arasında ceza tayin ederken (alt sınırdan belirlense dahi) mutlaka gerekçe göstermesi gerektiği düzenlenmiş ve sınırlı olmayacak bir biçimde hangi hususların gerekçe olarak gösterilebileceği örneksene metodu ile belirtilmiştir...” Yarg. CGK. 16.10.1996, 4-75/85 (Yaşar, s. 301-302).

¹⁷ Kindhäuser, “§ 46, kn. 37.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 197.

¹⁹ Önder, s. 628-629.

gerçekleştirilmesi²⁰, failin suç işlerken yaptığı hareketler²¹, suçun işleniş biçiminin mağdur ve üçüncü şahıslar üzerindeki etkileri suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlardır²². Aynı şekilde kişilerin özel durumundan faydalanılması, dolandırıcılıkta hilenin niteliği, cebir suçunda kullanılan zorun şiddeti ve süresi, trafik suçlarında ehliyetsizlik ve hız aşımının derecesi gibi hususlar da cezanın tayininde dikkate alınmıştır²³. Buna karşılık ceza normu içeren özel bir kanundaki suçun işlenmiş olması, cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesi için yeterli bir sebep sayılmamıştır²⁴. Kanun koyucunun suçun işleniş biçimini unsur olarak düzenlediği hallerde (örn. m. 81/1 b) bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır (m. 61/3).

2- Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Temel cezanın tayininde gözetilecek diğer bir husus “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar”dır (m. 61/1,b). Suçun icrasında kullanılan, tipik eylemin icrasını kolaylaştırarak gerçekleşmesine katkıda bulunan her türlü araç bu kapsamda değerlendirilecektir²⁵. Suçun icrasında silah kullanılması²⁶, tehlikeli veya elverişsiz araç kullanılması ya da silahın savunma amaçlı kullanıl-

²⁰ Tröndle/Fischer, §46, kn. 33; S/S- Stree, §46, kn. 21.

²¹ “Sanığın hamile olduğunu bildiği mağdureyi muhtelif yerlerinden bıçaklayarak öldürmeye tam teşebbüste bulunduğu sırada, 8,5 aylık ceninin de bıçak darbesi sonucu ölümüne neden olması hususunda temel cezanın asgari haddin uzaklaşarak tayin edilmesinin daha adil olacağı düşünülmemesi suretiyle eksik ceza verilmesi kanuna aykırı ... görüldüğünden hükmün bozulmasına,” Yarg. 1. CD. 17.03.1998, 100/722 (Malkoç, s. 47). “Sanıklar M. ile C.A. hakkında Tarsus Ağır Ceza Mahkemesinin 08.12.1992 günlü 1992/165 sayılı kararı ile yine sanık C.in dosyada mevcut mahkûmiyetine ilişkin kararlarının kişiliklerini göstermesi sanık M. A.nın menfaat karşılığı kolayca insan öldürülebilir olması sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kastlarındaki yoğunluk dikkate alınarak TCK.nun 29. maddesine göre cezanın asgari haddin üstünde verilmesi gerekirken mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezayı alt sınırdan tayin edilmesi yasaya aykırıdır.” Yarg. 1. CD. 05.07.1996, 1689/2720 (Yaşar, s. 326-327).

²² İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 149.

²³ S/S- Stree, §46, kn. 21.

²⁴ S/S- Stree, §46, kn. 19.

²⁵ Önder, s. 629; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 197.

²⁶ “... Suçta kullanılan araç, tehlikenin ağırlığı ve sanığın geçmişi dikkate alındığında, sanığa asgari haddin üzerinde ceza tayin edilmesinin cezaların kişiselleştirilmesi ilkesine, adalet ve nesafet kurallarına daha uygun düşeceği gözetilmeden (...) alt sınırdan ceza tayin edilmesinden isabet görülmemiştir” Yarg. CGK. 4.6.1996, 123/126 (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 197).

ması ceza tayininde değerlendirilecek halleri oluşturmaktadır²⁷.

Suçta kullanılan aracın ceza tayinine etkisini suçun mahiyetine göre değerlendirmek gerekir. Örneğin, kasten adam öldürme suçunun silahla işlenmesine göre, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi daha ağır ceza tayinini gerektiren bir durum oluşturur. Yargıtay kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak ortaya çıkan ölümün gerçekleşmesi durumunda diğer nedenler yanında, olayda bıçak kullanılmış olmasını cezanın alt sınırın üstünde tayin edilmesini gerektiren bir neden olarak değerlendirmiş, aynı şekilde olay yerine silahla gelinmesini ve yapılan atış sayısını da cezanın takdirinde dikkate alınması gereken haller olarak göz önünde tutmuştur^{28, 29}. Suçun icrasında belli bir aracın kullanılmasının suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturduğu hallerde, mükerrer değerlendirme yasağı gereğince (m. 61/3) bu husus ayrıca ceza tayininde dikkate alınamayacaktır.

3- Suçun İşlendiği Zaman Ve Yer

“Suçun işlendiği zaman ve yer” ceza tayininde etkili olan diğer bir hususu oluşturmaktadır (m. 61/1, c). Suçun işlendiği zaman ve yerin ceza takdirinde etkili olabilmesi için, suç bakımından bir fonksiyonunun olması gerekir³⁰. Diğer deyişle, suçun belli bir yer ve zamanda işlenmesi, her halükarda cezanın asgari haddin 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 tayinine etkili olacaktır³¹. Çifte değerlendirme yasağı ilkesi çerçevesinde, suçun işlendiği yer ve zamanın suç tipinde unsur veya nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, temel cezanın tayininde bu hususların ayrıca değerlendirilmesi mümkün değildir (m. 61/3). Hırsızlık suçunun kişilerdeki telaştan faydalanılarak, örneğin düğün ve bayram gününde veya cenaze evindeki bu durumların sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmesi gibi³².

²⁷ Tröndle/Fischer, §46, kn. 33.

²⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 588.

²⁹ “Sanığa müessir fiil suçundan ceza tayin edilirken temel cezanın; suçta ateşli silah kullanılması, tek atışla yetinilmeyip müteaddit el ateş edilmesi, mağdurun hayati organlarının hedef alınması gibi nedenlerle ceza adaletini temin gayesiyle asgari haddin üstünde tayini gerekirken, ... asgari haddin ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 1. CD. 10.11.1992, 2255/2421 (Yaşar, s. 328).

³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 198.

³¹ Önder, s. 629.

³² Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 715.

4- Suç Konusunun Önem Ve Değeri

Temel cezanın tayininde etkili diğer bir husus, “suç konusunun önem ve değeri”dir (m. 61/1, d). Suçun konusunu fiilden doğrudan etkilenen şey oluşturduğuna göre, bunun somut olayda normal hale göre daha önemli veya değerli olduğu takdirde temel ceza aşağı haddin üzerinde belirlenebilecektir. Suç konusunu oluşturan şeyin değerinin yüksekliği, tahsis amacına göre suç konusunun gösterdiği önem de bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bankadan çekilen emekli maaşının³³, tarihi değeri yüksek bir eserin çalınması, mala zarar verme suçunda malın değerinin yüksek oluşu, cezanın belirlenmesinde etkili hallerdendir. Suçla korunan hukukî yararın ihlal edilmiş olması cezanın alt sınırın üstünde belirlenmesini gerektiren bir neden teşkil etmez³⁴. Zira, hukukî değer ihlâli işlenen suçun haksızlık içeriği üzerinde etkili olan bir hususu oluşturmamaktadır. Örneğin, kanun nazarında beş lira çalındığında da, beşmilyon lira çalındığında da korunan hukukî yararın mahiyetinde değişiklik söz konusu değildir. Ancak, bu olayda suç konusunun değeri, dolayısıyla da haksızlık içeriği aynı değildir. Malvarlığına karşı suçlar (m. 141 vd) kısmında sıklıkla rastlandığı gibi suç konusunun önem ve değerinin suç tipinde unsur olarak değerlendirildiği hallerde çifte değerlendirme yasağına dikkat etmek gerekmektedir (m. 61/3).

5- Suçtan kaynaklanan Zarar Ve Tehlikenin Ağırlığı

Temel cezanın belirlenmesinde etkili diğer unsur “suçtan kaynaklanan zarar veya tehlikenin ağırlığı”dır (m. 61/1, e). Hakim somut olayda eylemin dış dünyadaki sonuçlarından olan zarar ve tehlikenin büyüklüğünü objektif olarak değerlendirerek cezayı belirler³⁵. Suç tipinin gerçekleşmesi bakımından ortaya çıkması gereken asgari tehlike veya zararı bunun dışında tutmak gerekir. Adam öldürme suçunda ölüm zaten suçun unsuru olduğu için kanun koyucu soyut cezayı buna göre belirlemiştir. Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağı ihlâl edilmiş olur. Yaralanma³⁶, ölüm veya büyük malvarlığı zararları gibi doğrudan suç tipinde öngörülen zararların yanı sıra³⁷, suç ti-

33 Demirbaş, s. 557.

34 Centel/Zafer/Çakmut, s. 589.

35 İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 150.

36 “Mağdurdaki yara adedinin fazlalığı dikkate alınarak, sanık hakkında TCK.nun 29. maddesi uyarınca asgari haddin üzerinde ceza tayini gerektiğinin gözetilmemesi.” Yarg. 1. CD. 22.05.1998, 2025/1667 (Yaşar, s. 326). Aynı yönde bkz: Yarg. 1. CD. 11.05.1998, 1293/1534 (Yaşar, s. 326).

37 “Sanığın müdahil mağdura müteaddit defalar ateş ederek raporunda belirtildiği gibi her iki bacağından yaralanması olayında, sanığın cezasının TCK. nun 29/5. maddesi gereğince

pinde öngörülme­yen zararlar da bu kapsamda değerlendirilir. Ancak suç tipinin koruma alanı dışında kalan zararlar işlediği fiilin sonucu olarak fail tarafından öngörülebilir olduğu hallerde cezanın tayinine etkili bir neden oluşturur. Örneğin, ölüm olayından geride kalanların durumu cezanın tayininde dikkate alınır. Ceza tayininde fiziki ve maddi zararların yanı sıra manevi ve psikolojik zararlar da gözetilir. Örneğin, cinsel saldırı suçunun bizzat mağdur üzerindeki psikolojik etkileri ile onun sosyal durumu üzerindeki etkileri bu kapsamda değerlendirilmelidir. Tehlike suçlarında meydana gelen tehlikenin büyüklüğüne göre ceza belirlenecektir. Suç tipinin koruma alanı dışında kalan tehlikenin fail tarafından öngörüle­bilen sonuçları cezayı artırıcı neden olarak göz önünde tutulabilir³⁸.

6- Failin Kast Veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağır­lığı

Temel cezanın tayininde dikkate alınacak diğer ölçütü, “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” oluşturmaktadır (m. 61/1, f). Cezalandırma­yla güdülen amaçların gerçekleştirilmesi kusurun ağırlığıyla orantılı bir cezaya hükmedilmesini gerektirmektedir. 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 gelir. Kusura göre hafif bir cezanın belirlenmesi ise cezalandırma­yla güdülen amaçla bağdaşmaz³⁹. Cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesini sağlamaya yönelik kriter 61/1. maddede “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” şeklinde ifade edilmiştir.

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 unsur oluştururken, kusurluluk ancak haksızlık teşkil eden bir fiilin, yani bütün unsurlarıyla oluşmuş bir suçun varlığından sonra devre-

asgari haddin üzerinde verilmesi gerekirken asgari hadden ceza verilmesi” Yarg. 1. CD. 18.12.1998, 4205/3996 (Malkoç, s. 46).

38 Tröndle/Fischer, § 46, kn. 34; Önder, s. 629; Kindhäuser, § 46, kn. 38; S/S- Stree, § 46, kn. 19; Centel/Zafer/Çakmut, s. 590.

39 “Alkollü araç kullanarak tam kusurlu olaya neden olan sanık hakkında asgari hadden ayrılarak ceza verilmesi gerektiği nazara alınmadan yazılı şekilde asgari hadden T.C.K.’nun 459/2. maddesiyle ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 2. CD. 28.12.1992, 12949/13563 (Yaşar, s. 331).

ye 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 maddesi çerçevesinde temel cezanın tayininde etkili olan kusurun ağırlığı, cezanın kusur yönünden bireyselleştirilmesini sağlayan bir enstrümanı oluşturmaktadır^{40, 41}.

Buna göre, failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmede gösterilen kararlılık, bu yönündeki ısrarlı istektir. Failin suçu işleme konusunda harcadığı çaba kasta dayalı kusurun ağırlığına delil oluşturur. Bir suçun işlenmesinde failce aşılacak zorlukların çokluğu, amaca ulaşmadaki inatçılık ne derece büyükse, failin kasta dayalı kusurundaki ağırlık o derece fazladır⁴². Kanunda nitelikli unsur olarak öngörülmemeyen hallerde suç için yapılan planlı hazırlık, bir suçun işlenmesi konusunda varılan kararın içerdiği potansiyel tehdidin fazlalığı, fiil gerçekleştirilme süresi⁴³, suç işleme konusundaki enerjinin göstergesi olarak değerlendirilmeye uygun olması kaydıyla suç izlerinin yok edilmesi gibi hususlar kasta dayalı kusurun ağırlığını artıran haller olarak⁴⁴; irade zayıflığı, uzun yıllar süren uyuşturucu madde bağımlılığı, kontroldeki eksikliklerin suçun işlenmesini kolaylaştırması gibi durumlar ise, cezanın indirilmesini gerektiren haller kapsamında dikkate alınabilecektir⁴⁵.

⁴⁰ Bkz: Özgenc, Türk Ceza Hukuku, s. 643; Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 30-31.

⁴¹ Kanunda kast doğrudan kast ve olası kast (m.21/1-2); taksir ise bilinçsiz ve bilinçli taksir (m. 22/1-2) şeklinde ikiye ayrılmıştır. Kast için kanunda yapılan bu ayrımı, kasta dayalı kusurun ağırlığı çerçevesinde değerlendirmemek gerekmektedir. Kanunda olası kastla işlenen suçlar bakımından cezada indirim öngörülmüş olması, böyle bir değerlendirmeye engel değildir. Söylenenler taksirle işlenen suçlar bakımından da geçerlidir. Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığının kast ve taksir türlerine göre değerlendirilmeyeceği hususuna maddenin 2. fıkrası da işaret etmektedir. Kasta veya taksire dayalı kusurun ağırlığına ve 61. maddenin 1. fıkrasındaki ilkelere göre belirlenen temel ceza üzerinden olası kast ve bilinçli taksir nedeniyle indirim veya artırım yapılacaktır.

⁴² Tröndle/Fischer, § 46, kn. 31; Kindhäuser, § 46, s. 243; S/S- Stree, § 46, kn. 16.

⁴³ Tröndle/Fischer, § 46, kn. 31.

⁴⁴ "Sanığın olay gecesi maktulü gideceği yolda bekleyerek arkadan vurup öldürmesi şeklinde oluşan kastının yoğunluğu dikkate alınarak sanık hakkında TCK.nun 29. maddesine göre asgari haddin üstünde ceza tayin edilmemesi." Yarg. 1. CD. 23.02.1998, 181/335 (Yaşar, s. 326).

⁴⁵ Kindhäuser, § 46, kn. 35; S/S- Stree, § 46, kn. 16.

Taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık haksızlık alanında, böyle bir davranış sonucunda kanunda belirtilen neticenin kişisel olarak öngörülebilirliği kusurun belirlenmesinde gözönünde tutulacaktır. Fail; yaşı, sosyal durumu, bilgi düzeyi, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, yükümlülüğüne aykırı davranarak kanuni tanımında belirtilen neticeyi gerçekleştirmesi halinde, bu fiili nedeniyle kusurlu sayılacak ve cezalandırılacaktır⁴⁶. Failin bilinçsiz veya bilinçli taksirle hareket etmesinden bağımsız olarak doğrudan neticenin kolaylıkla öngörülebilir olup olmasından hareketle taksire dayalı kusurun ağırlığını tayin etmek gerekmektedir. Neticenin kolay öngörülebilir olduğu hallerde failin taksire dayalı kusurunun ağırlığı fazladır⁴⁷.

Failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle kusurluluğuna ilişkin değerlendirme de bu safhada yapılacaktır. İşlemiş olduğu fiilden dolayı kişiyi kinamamızı engelleyen bir durum, yani kusurluluğunu kaldıran bir hal söz konusu ise, fiil suç oluşturmasına rağmen faile ceza verilemeyecektir. Buna göre; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2-4), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m. 28), zorunluluk hali (m. 25/2), işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşülmesi (m. 30/4), kusurluluğu kaldıran hallerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılmaz hata (m. 30/3) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerinde kişiye ceza verilemeyeceği için bu hallerin cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınması gerekli değildir. Kusurluluğu etkileyen hallerden haksız tahrik (m. 29), yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının (m. 32) ceza tayinin hangi aşamasında dikkate alınacağı 61. maddenin 5. fıkrasında gösterilmiştir. Buna karşılık kusuru kaldırmamakla birlikte etkileyen kaçınılabılır haksızlık yanılığı (m. 30/4), kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılabılır yanılığı (m. 30/3) ile kusurluluğu kaldırmamakla birlikte azaltan neden olarak Kanunun özel kısmında düzenlenen zorunluluk halleri (m. 92, 147), temel cezanın tayini aşmasında kasta ve kusura dayalı kusurun ağırlığı ölçütü kapsamında değerlendirilmeye tabi tutulacaktır^{48, 49}.

46 **Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996, 594-596, **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 264 vd.

47 **Önder**, s. 630; **S/S- Stree**, § 46, kn. 17.

48 **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 716.

7- Failin Güttüğü Amaç ve Saik

“Failin güttüğü amaç ve saik” temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken son ölçütü oluşturmaktadır. Amaç ve saik failin kınanabilirliği ve failin kişiliği hakkında verilecek kararın en önemli göstergesidir⁵⁰. Suçun işlenmesinde etken olan saikler failin kusurunu ortaya koyması bakımından önemlidir. Faili belli bir hareketi yapmaya yönelten nedenler saiki, suçla elde edilmek istenen netice ise amacı ortaya koyar⁵¹. Faili fiil için tahrik eden motivasyon gücü olarak nitelendirilebilecek saik, gerek niteliği gerekse kuvvet derecesine göre cezanın tayininde etkili bir faktördür. Saikin toplumda geçerli ahlâk kuralları bakımından taşıdığı değere göre, ceza daha az veya daha çok belirlenecektir⁵². 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. Failin fiili işlerken güttüğü amaç da, ceza tayininde etkilidir⁵³. Saik ve amacın suç tipinde unsur olarak düzenlendiği hallerde ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması çifte değerlendirme yasağı nedeniyle (b. 61/3) mümkün değildir. Nitekim Kanunda bir çok suç tipinde saike veya amaca unsur olarak yer verildiği görülmektedir (m. 220/1; m. 78/1; m. 314/1; m. 77/1; m. 79/1; m. 141/1; m. 241; m. 82/1, h, i, j).

IV- ADLİ PARA CEZASININ BELİRLENMESİ

A- Genel Olarak

Kanunun 61 ve 62. maddeleri çerçevesinde doğrudan cezanın tayinine geçilmesi tek tür ve basamaklı cezanın öngörüldüğü hallerde söz konusu olacaktır. Buna karşılık kanun koyucunun bazı suç tipleri için tek tip ceza belirlemediği görülmektedir. Bu durumda, ya hapis ve adli para cezası birbirinin seçeneğini oluşturmaktadır ya da hapis cezasının yanı sıra adli para

49 Özgenç, kusurluluğu azaltan neden olarak zorunluluk halleri ile mahkemeye somut olayın şartlarına göre kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebep olarak kabul etme hususunda takdir yetkisinin tanıdığını belirttikten sonra, zorunluluk halinin somut olayda kusurluluğu kaldıran değil azaltan neden olarak kabul edildiği takdirde, faile verilecek cezada yapılacak indirimin 61. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen kusurluluğu azaltan nedenler bağlamında yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz: **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 652-653.

50 S/S- Stree, § 46, kn. 12.

51 **Önder**, s. 630; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Yaptırım Hukuku, s. 197.

52 S/S- Stree, § 46, kn. 13.

53 S/S- Stree, § 46, kn. 13a; **Kindhäuser**, § 46, kn. 33.

cezasının uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla bu durumun cezanın ter-tibini etkileyeceği muhakkaktır.

B- Hapis Cezasının Seçeneğini Oluşturan Adli Para Cezasının Belir-lenmesi Ve Bireyselleştirilmesi

Kanunda açıkça belirtilmiş olmasa dahi seçimlik ceza öngören suçlarda hesaplama işlemine cezanın türünü belirleyerek başlamak gerekmektedir. Hakim cezayı belirleme konusundaki takdir yetkisi, ceza türünün belirlenmesini de kapsamaktadır⁵⁴. Örneğin, taksirle yaralama suçunu işleyen kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 89). Bu şekilde seçimlik cezaların söz konusu olduğu hallerde, ilk olarak hapis cezasına mı, yoksa adli para cezasına mı hükmedileceği belirlenmelidir. Bu belirlemede suçlunun kişiliğinin dikkate alınması gerekmektedir⁵⁵. Başka bir anlatımla, işlenen suçla bağlantılı bir şekilde kişi bakımından hangi yaptırımın cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğuna bakılarak bu seçim yapılmalıdır. Bu seçim yapılırken 62/2. maddedeki cezayı bireyselleştiren hususların yanı sıra suçlunun ekonomik durumu da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶. Örneğin haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla işlenen bir suç bakımından böyle seçimlik bir yaptırım öngörülümüşse adli para cezasının seçilmesi daha etkili bir sonuç doğuracaktır. Mükerrirler bakımından bireyselleştirmenin bizzat kanun koyucu tarafından yapıldığı görülmektedir. Eğer mükerririn işlediği yeni suç için seçimlik ceza öngörülümüşse, hapis cezasına hükmedilecektir (m. 58/3).

Seçimlik cezanın söz konusu olduğu suçlarda, adli para cezasının uygulanmasına karar verilmesinden sonra, 61. maddenin 1. fıkrasındaki ölçütler çerçevesinde esas alınacak birim gün sayısı belirlenecektir⁵⁷. Seçimlik ceza öngören suçlarda, hapis cezasının aksine adli para cezası alt ve üst sınırlı olarak belirlenmemiştir. Dolayısıyla bu durumda, adli para cezası hesaplanmasında birim gün belirlenirken, 52/1. maddedeki beş gün ile yediyüzotuz gün arasındaki genel sınırdan mı, yoksa seçimlik hapis cezasının alt ve üst sınırdan mı hareket edileceği sorunu gündeme gelmektedir. 5237 sayılı Kanunda başlangıçta bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak buna rağmen ilgililerin adli para cezasının ödenmeyen kısmına karşılık gelen gün miktarınca hapsedilmesini öngören Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 106. maddesinin 3. fıkrasından hareketle ha-

⁵⁴ Hakeri, s. 370-371.

⁵⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718.

⁵⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukukunda, s. 645.

⁵⁷ Bkz: TCK 52. madde gerekçesi.

pis cezasının alt ve üst sınırlarının adlî para cezası için de geçerli olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür⁵⁸. Ancak doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesi⁵⁹ bu konuda duraksamaya neden olmaktadır. Nitekim 5560 sayılı Kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklikle bu gibi hallerde ne şekilde hareket edileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre “*Adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz*”. Bu esaslar çerçevesinde kanundaki sınırlar arasında adlî para cezası hesaplanırken cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler gün üzerinden yapılacaktır. Adlî para cezası belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı olarak ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunacaktır (m. 61/8⁶⁰).

Adlî para cezasının miktarını belirlemek için çarpım işleminin yapılabilmesi, kişinin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulundurarak bir gün karşılığı ödenecek para miktarının (günelik) belirlenmesini gerektirmektedir. Mahkeme bu miktarı, kanunda bir gün karşılığı olarak belirlenen yirmi ile yüz Türk Lirası arasından, kişinin ekonomik durumunu ve diğer şahsi hallerini (malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken geliri ve bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısını) dikkate alarak belirleyecektir. Hemen belirtelim ki, birim günün tespiti işlenen suça, suçun haksızlık içeriğine göre m. 61/1. fıkradaki ölçütler çerçevesinde belirlenirken, birim gün için günelik tespiti ise bireyselleştirmeye ilgili olduğundan işlenen suç göz önünde bulundurulmaksızın failin ekonomik ve diğer şahsi hallerine göre belirlenecektir⁶¹.

C- Hapis Cezasının Yanı Sıra Uygulanacak Adlî Para Cezasının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

Kanun koyucu ekonomik çıkar amacıyla işlenen bazı suçlarda, suçun işlenmesiyle elde edilen yararın tespit edilip kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerin uygulanamaması durumunda, suçtan elde edilen gelirin kişinin yanına kâr kalmasını engellemek amacıyla hapis cezasının yanı sıra adlî para cezası öngörmüştür. Bu tür suçlarda adlî para cezasının üst sınırı belirlenmiş, alt sınır gösterilmemiştir. Alt sınır bakımından 52. maddedeki beş gün esas

⁵⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukukunda, s. 646.

⁵⁹ Çınar Ali Rıza, Türk Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, s. 86.

⁶⁰ TCK.’nın 61. maddesinin ilk şeklinde bu fıkra yer almamaktaydı. Maddeye bu fıkra Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5357 sayılı Kanunun 7. maddesiyle eklenmiştir.

⁶¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 647.

alınacaktır⁶². Böylelikle işlenen suçla elde edilen gelir tespit edilip kazanç müsaderesine hükmedildiği takdirde adli para cezası alt sınırdan belirlenebilecek⁶³, buna karşılık gelir tespitinin yapılamadığı hallerde ise 61/1. madde-deki ölçütlerle birlikte işlenen suçla elde edilen gelir takdir edilerek üst sınıra doğru bir miktar belirlenebilecektir⁶⁴.

V- ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI

Ceza hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde etkili olan bir hususun sadece bir kez değerlendirmeye tabi tutulabileceği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye 61. maddenin üçüncü fıkrasında “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz*” şeklinde yer verilmiştir. Temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerin suçun unsurunu oluşturması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, kanundaki genel veya özel hükümler arasında, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin teşebbüs halinde kalmış suçlarda cezada yapılacak indirimde dikkate alınacak tehlikenin veya zararın ağırlığı, temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır (m. 35/2). Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulan hallerden bazıları suç tanımlarında nitelikli unsur olarak yer alabilir. Bu gibi hallerde söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde mükerrer değerlendirme yasağı nedeniyle dikkate alınmayacaktır⁶⁵. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenmesi, cinsel bir amaçla işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 109/3 (a), 109/5); hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 143). Hırsızlık suçuna ilişkin temel ceza belirlenirken, suçun gece vakti işlenmiş olması dikkate alınmaksızın temel cezayı belirlemek gerekmektedir. Aynı şekilde cezanın tayininde gözetilecek hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde cezanın hesaplanmasında ayrıca

⁶² Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 647-648.

⁶³ İşlenen suçla elde edilen gelirin tespit edildiği hallerde kazanç müsaderesine hükmedilmesi nedeniyle ayrıca adli para cezasına hükmedilmemesi gerektiği düşünülebilir ise de, kanun koyucu bu tür suçlarda hapis ve adli para cezasının birlikte uygulama konusunda hakimi bağladığı için bu uygulamanın yapılaması mümkün değildir.

⁶⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 648.

⁶⁵ Bkz: Madde gerekçesi.

dikkate alınması mümkün değildir^{66, 67}.

VI- OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİRİN CEZAYA ETKİSİ

Suçun olası kastla işlenmesi nedeniyle yapılacak indirim veya bilinçli taksirle işlendiği için yapılacak artırım 61/1. maddesine göre belirlenen temel ceza üzerinden yapılacaktır (m. 61/2). Olası kastla işlenen suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa, müebbet hapse çevrilecektir. Müebbet hapsi gerektiren bir suçun olası kastla işlenmesi hali için ise yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bunun dışındaki suçların olası kastla işlenmesi durumunda ise belirlenen temel ceza üzerinden üçte birden yarıya kadar indirim yapılacaktır (m. 21/2, cümle 2).

Olası kast ile işlenen suçlardan müebbet hapsi gerektirenler için yirmi ile yirmibeş yıl arasındaki, diğer suçlarda ise üçte birden yarıya kadarki indirimin hangi ölçütlere göre yapılacağı hususu müşküldür. Burada asıl sorun olası kastın ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Eğer olası kast işlenen suçla 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 kanundaki sınırlar arasından takdirinde olası kastın teorik esasından hareket etmek gerekmektedir. Diğer deyişle kişinin işlemiş olduğu fiilin muhtemel neticelerine ilişkin öngörüsü bağlamında, hareketinin muhtemel neticelerinin kabullenmesinin ve kayıtsızlığının derecesi bu belirlemede esas alınmalıdır.

Taksirle işlenebilen bir suç bilinçli taksirle işlenmiş ise, önce m. 61/1'e göre temel ceza belirlenecek, temel ceza üzerinden 22/3. fıkrasına göre üçte birden yarıya kadar artırım yapılacaktır. Olası kastta oransal artırım haline ilişkin yapılan eleştiriler burada da geçerlidir.

VII- NİTELİKLİ HALLERİN UYGULANMASI

Nitelikli haller bir suçun temel şekline göre daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektiren nedenlerdir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince ilke olarak nitelik hallerin kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Bu kuralın tek istisnasını, failin lehine bir durum olması ve cezanın bireyselleştirilmesine hizmet etmesi dolayısıyla takdiri indirim nedenleri oluşturmaktadır

⁶⁶ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 149; Yurtcan, s. 258; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 197.

⁶⁷ "Suçun unsurları teşdit sebebi olarak gösterilemez. ...Sonuç olarak; kamu yararı göz önünde tutularak rüşvet suçunun cezai müeyyide altına alınmasını (gerektireceği nedenlerin) teşdit sebebi sayılarak cezanın takdiren ve gösterilen oranda artırılması yasa koyununun amacına aykırıdır." Yarg. CGK. 19.03.1973, 333/238 (Yaşar, s. 326).

(m. 62)⁶⁸.

TCK'nun 61/1. maddesi çerçevesinde belirlenen temel ceza üzerinden 2. fıkraya göre eğer söz konusu ise olası kast nedeniyle indirim veya bilinçli taksir nedeniyle artırım yapıldıktan sonra, sıra nitelikli hallerin uygulanmasına gelecektir. Ancak nitelikli hallerin uygulanması bakımından ceza artırımının veya indiriminin şekline dikkat edilmesi gerekmektedir. Eğer madde nitelikli hal için 1/2 gibi oransal bir artırım veya indirim öngörülmüş ise, bu durumda 61. maddeye göre suçun basit şekli için belirlenen temel ceza üzerinden nitelikli halin gerektirdiği oransal artırım veya indirim yapılacaktır. Buna karşılık nitelikli hal için oransal artırım veya indirimin yerine alt ve üst sınırlı ceza artırımı veya indirimi öngörülmüş ise, bu durumda 61/1. fıkra çerçevesinde suçun nitelikli haline ilişkin ceza üzerinden temel ceza belirlenecektir. 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 uygulanacaktır⁶⁹. Buna göre, alt-üst sınırlar arasından ceza artırımı öngören nitelikli haller suçun temel şekline göre özel bir hüküm olduğundan öncelikli olarak ayrı bir suç tipi gibi değerlendirilerek 61/1. maddedeki ilkelere göre temel ceza belirlenecektir⁷⁰.

Olayda tek nitelikli hal varsa, bunun cezayı artıran veya azaltan bir neden olması önemli değildir. Ancak, cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren neden bir olayda birleşmişse, temel cezada önce artırım sonra indirim yapılır (m. 61/ 4). Buna göre, önce cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olaya uygulanacak, bu şekilde belirlenen ceza üzerinden cezayı azaltan nitelikli hal uygulanarak sonuç ceza hesaplanacaktır. Cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren birden fazla nitelikli halin aynı fiil bağlamında birleştiği hallerde (seçimlik nitelikli haller) ne şekilde hareket edileceği hususu kanunda ayrıca gösterilmiş değildir. Bu hususa 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*" denilerek, kanun koyucunun bu

68 Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.: II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 343; İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 161.

69 İçel Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s. 183 vd.

70 Aynı yönde bkz: Özgenç Gazi Şerhi, s. 721-722.

konudaki iradesi ortaya konulmuştur. Maddenin kanunlaşmadan önceki taslak şeklinde, gerekçeye yansıyan bu husus açıkça madde metninde düzenlenmişti. Ancak kanunlaşan metinde birden fazla nitelikli halin birleştiği hallerde ne şekilde hareket edileceğini gösteren bu fıkraya yer verilmemiş, gerekçeyle yetinilmiştir. Örneğin kasten yaralama suçunun 86/3. maddede öngörülen nitelikli hallerinden birkaç tanesinin bir olayda birleştiği, örneğin üstsoya karşı silahla kasten yaralama suçunun işlendiği hallerde cezada sadece bir kez artırım yapılacaktır. Başka bir anlatımla suçu nitelikli hale getiren her bir sebep ayrı ayrı artırım nedeni olarak dikkate alınmayacaktır. Seçimlik hareketli suçlarda, suçun kanuni tanımında gösterilen seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirilerek işlenmesinde olduğu gibi, seçimlik nitelikli unsurların bir olayda birleşmesi halinde de sadece bir kez artırım yapılmasıyla yetinilecektir. Ancak birden fazla seçimlik nitelikli unsurun gerçekleşmiş olması cezanın belirlenmesinde üst sınıra doğru yaklaşılmasını, diğer ifadeyle ceza tayininde makasın üst sınıra doğru açılmasını gerektiren bir durum olarak dikkate alınabilecektir. Kanun koyucu bazen bir suç tipi için cezada farklı artırım oranları öngören nitelikli halleri ayrı fıkralar halinde düzenlemektedir. Örneğin hırsızlık suçu için 142. maddede farklı gruplar halinde nitelikli hallerde yer verilmiştir. Bazen somut olayda farklı fıkralarda yer alıp farklı artırım oranları öngören nitelikli haller birleşebilmektedir. Bu durumda eğer nitelikli unsurlar için bağımsız ceza öngörülmüşse sadece daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale göre 61/1'e göre temel ceza belirlenecek, diğer nitelikli halin de olayda gerçekleşmiş olması makasın üst sınıra doğru açılmasını sağlayan bir sebep olarak dikkate alınabilecektir. Bazen de kanun koyucu bu nitelikli haller için bağımsız ceza tayin etmez suçun temel şekline veya öngelen nitelikli haline ceza yönünden atıf yaparak oransal bir artırım öngörür. Bu durumda önce temel cezayı belirleyip daha sonra nitelikli unsura göre cezayı artırmak gerekecektir. Örnekleme gerekirse, hırsızlık suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 142. maddede 1 ve 2. fıkralarda cezaları alt-üst sınırlı olarak bizzat belirlenmiştir. Somut olayda hırsızlık suçunun 142/1 ve 142/2. fıkrasındaki nitelikli haller birleşirse, daha ağır cezayı gerektiren 2. fıkradaki nitelikli hale göre temel ceza belirlenecektir. Ancak 2. fıkrada öngörülen alt-üst sınırlar arasından temel ceza belirlenirken 1. fıkradaki nitelikli halin gerçekleşmiş olması da dikkate alınarak cezanın belirlenmesinde makas üst sınıra doğru açılabilir.

Kanun koyucu bazı suç tiplerinde nitelikli halleri gruplandırmış, bunlardan bazıları için alt-üst sınırlı, bazıları için ise oransal ceza artırımı öngörmüştür. Bu tür suçlarda önce alt sınır üst sınırlı artırım öngören nitelikli hal esas alınarak m. 61/1'deki ölçütlerden hareketle temel ceza belirlenir, temel ceza üzerine diğer nitelikli halin öngördüğü oransal artırım yapılır. Örneğin

109. madde bu tür nitelikli halleri kapsayan bir suç tipidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenirse faile iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilecektir (m. 109/2). Buna karşılık fiil silahla, birden fazla kişinin katılımıyla işlenecek olursa failin cezası 1. veya 2. fıkraya göre verilecek ceza bir kat artırılacaktır (m. 109/3). Somut olayda hürriyeti tahdit fiili cinsel bir amaçla silahla tehdit ederek gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda m. 109/2'ye göre temel ceza belirlenecek, suçun silahla işlenmiş olması nedeniyle m. 109/3'e göre bir kat artırılacak, bulunan ceza üzerine suçun cinsel amaçla işlenmiş olması dikkate alınarak m. 109/5'te öngörülen oranda artırım yapılacaktır.

Yeni Kanunda 765 sayılı TCK'nun birden fazla nitelikli halin birleştiği hallerde her bir artırmanın ve eksiltmenin, ondan önceki artırma ve eksiltme üzerinden yapılması öngören sistemi benimsenmemiştir (m. 29/3). Diğer deyişle yeni Ceza Kanunun sisteminde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerin bir olayda birleşmesi halinde bu nitelikli hallerden hangisinin cezayı daha fazla ağırlaştırdığına bakıp sadece onun uygulanmasıyla yetinilecek, diğer nitelikli haller cezanın tayininde etkili olmayacaktır. Buna göre 61. maddenin 4. fıkrası sadece 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 indirmeyle yetineleceğine de işaret edilmektedir⁷¹.

Bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından alt-üst sınırlı artırım öngörüldüğü hallerde de nitelikli hallere ilişkin esaslardan hareket edilecektir⁷². Buna karşılık suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından oransal artırım öngörülmüş olması halinde, suçun temel şekline göre temel ceza belirlenecek daha sonra netice sebebiyle ağırlaşmayı düzenleyen maddede veya fıkroda öngörülen oranda ceza artırılacaktır. Örneğin işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri bakımından cezanın yarı oranında (m. 95/1) veya bir kat artırılacaktır (m. 95/2). Bu gibi hallerde işkence suçunun temel şekline (m. 94/1) veya nitelikli hallerine göre (m. 94/2-3) belirlenen temel ceza üzerinden öngörülen artırımlar yapılacaktır.

Suç bakımından kanunda daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal öngörülmüşse yukarıdaki esaslar çerçevesinde belirlenen ceza üzerinden

⁷¹ Karşı görüş için bkz: **Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Bası, Ankara 2005, s. 274.

⁷² Aynı yönde bkz: **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 722.

indirim yapılacaktır. Bir olayda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal ile indirilmesini gerektiren nitelikli hal birleşecek olursa, önce artırım müteakiben indirim yapılacaktır (Örneğin m. 149/2, 150/2).

VIII- SONUÇ CEZANIN BELİRLENMESİ

A- Genel Olarak

Belirlenen temel ceza, temel ceza üzerinden olası kast ve bilinçli taksirden dolayı indirim ve artırımın yapılması, bu şekilde elde edilen ceza üzerinden nitelikli hal hükümlerinin uygulanması sonucunda artırım veya indirimlerin yapılmasından sonra sonuç cezanın belirlenmesi safhasına geçilecektir. Bu aşamaya kadar belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir (m. 61/5). 765 sayılı Kanundan farklı olarak, yeni Kanunda teşebbüs, iştirak, zincirleme suç ve haksız tahrikin ceza tayinindeki uygulama sırası da açıkça gösterilerek bu hususta doğabilecek tereddütlerin önüne geçilmiştir.

B- Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlar

Teşebbüs aşamasında kalmış suç söz konusu ise, teşebbüsün ceza sorumluluğuna etkisi bakımından 35. maddenin 2. fıkrasına, teşebbüsün ceza tayininde gözetileceği yer açısından ise 61. maddenin 5. fıkrasına göre hareket etmek gerekmektedir. Buna göre, ilk olarak teşebbüs aşamasında kalan suç için 61/1. maddedeki kriterlerden hareketle temel ceza belirlenecektir. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda temel ceza belirlenirken, 61. maddenin 1. fıkrasının (e) bendindeki “meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı” kriteri göz önüne alınmayacaktır. Zira, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle 61/1. maddenin (c) bendindeki kriter, teşebbüs nedeniyle m. 35/2’ye göre yapılacak indirim oranının belirlenmesinde dikkate alınacak kriteri oluşturmaktadır.

Teşebbüs halinde kalmış suçlarda 61. maddede öngörülen sıralamadan ayrılmaksızın, suç tipi tamamlanmış gibi temel ceza belirlenecek, bu ceza üzerinden olası kast nedeniyle indirim yapılacak, eğer somut olayda söz konusu ise nitelikli haller uygulanacak ve bu noktaya kadar elde edilen ceza üzerinden teşebbüs hükmü uygulanarak 35. maddenin 2. fıkrasında öngörülen oranlarda cezada indirim yapılacaktır. Buna göre 765 sayılı Kanun uygulamasında zaman zaman görüldüğü gibi teşebbüs halinde kalmış suçlarda temel cezanın teşebbüs hali için öngörülen ceza sınırları arasından belirlen-

mesi mümkün değildir⁷³. Örneğin hırsızlık suçuna teşebbüsün söz konusu olduğu bir olayda, hakim tamamlanmış hırsızlık suçuna göre temel cezayı belirleyecek teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına kadar olan cezaya etkili unsurlarla birlikte ulaşılmış olduğu cezaya teşebbüs hükümlerini uygulayarak cezayı dörtte birden dörtte üçe kadar meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığını dikkate alarak indirebilecektir.

Kanunun 35. maddesinin 2. fıkrasında, suça teşebbüs halinde failin *meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, ağırlaştırılmış müebbet hapsi ve müebbet hapsi gerektiren suçlarda teşebbüs durumunda oransal indirim mümkün olmadığından zorunlu olarak, indirim oranını yıl tayini üzerinden belirlemiştir.

C- İştirak Halinde İşlenen Suçlar

Temel ceza üzerinden teşebbüsten sonra iştirak hükümleri uygulanacaktır. İştirak yeni kanunun sisteminde fail veya şerik olarak bir suçun işlenişine katılmayı ifade etmektedir⁷⁴. Fail olarak bir suçun işlenişine katılmanın, müstakil faillik, müşterek faillik (m. 37/1) ve dolaylı faillik olmak üzere (m. 37/2) üç değişik görünüm şekli bulunmaktadır. Şeriklik ise, azmettirme (m. 38) ve yardım etmeden (m. 39) ibarettir.

Suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde tek başına hakimiyet kuran müstakil fail⁷⁵, suç için kanunda öngörülen cezaya çarptırılır. Suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde birlikte hakimiyet kuran müşterek failler⁷⁶ de suç için kanunda öngörülen cezaya çarptırılır. Kanun koyucu bazı suç tiplerinde suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini (müşterek faillik) cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal saymıştır (örn. m. 106/2, c). Kanun koyucunun bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini nitelikli

⁷³ “Bir cürmün tamamlanmış biçimi gibi kalkışma durumunda kalmış biçimi de başı başına bir suçtur ve tamamlanmış cürmün temel cezası o kanun maddesindeki aşağı yukarı sınırlar arasında takdir ve belli edileceği gibi, kalkışma safhasında kalmış bir cürmün cezası da o cürmün tam ve teşebbüs halleri bir tutulmuşsa teşebbüs maddesiyle de belli bir uygulama yapıldıktan sonra belirlenir...” Yarg. CGK. 18.01.1982, 417/4 (Savaş/Mollamahmutoglu, C.: I, s. 500).

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 233 vd.; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 412 vd.

⁷⁵ **Öztürk/Erdem**, s. 235.

⁷⁶ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 417.

hal saymadığı hallerde, bu durumun temel cezanın tayininde dikkate alınıp alınmayacağı tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bir suçun müşterek faillerce beraber işlendiği hallerde, bu durum ilgili suç için temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi (m. 61/1, a) kapsamında değerlendirilerek alt sınırın üstünde ceza tayininde dikkate alınabilmelidir⁷⁷.

Dolayısıyla faillik durumunda da, suçun işlenişinde başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak cezalandırılacaktır. Dolaylı fail kural olarak işlettiği suçun cezasıyla cezalandırılacaktır. Ancak araç olarak kullanılan kişi kusur yeteneği olmayan bir kişi ise, fail olarak cezalandırılacak kişinin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır (m. 37/2, cümle 2). Bu artırım, buraya kadar sırasıyla uygulanan ilkelerle elde edilen sonuç ceza üzerinden yapılır.

İştirak azmettirme şeklinde ortaya çıkmışsa, azmettiren kural olarak işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır (m. 38/1). Ancak azmettirmenin özellik gösteren halleri bakımından durum farklılık göstermektedir. Eğer üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme söz konusuysa, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır (m. 38/2). Buna göre, azmettirilen kişi bakımından 61. maddedeki ilkeler çerçevesinde elde edilen sonuç ceza, üstsoy veya altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kötüye kullanılarak azmettiren kişi bakımından üçte birden yarısına kadar artırılarak uygulanacaktır. Ancak bu hükmün azmettirme sonucunda işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapsi gerektirdiği hallerde uygulanabilmesi mümkün değildir. Eğer çocuk azmettiriliyorsa üstsoy ve ve altsoy bağı aranmaksızın bu artırım yapılır (m. 38/2, cümle 2).

İştirak, 39. maddenin 2. fıkrasındaki görünüm şekillerinden birine uygun olarak yardım etme şeklinde gerçekleşmişse, bu halde işlenen suçla bağlantılı olarak şerikin ne şekilde cezalandırılacağı 39. maddenin 1. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, cezada yarı oranında indirim yapılacak hallerde verilecek ceza sekiz yılı geçmeyecektir.

D- Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması

İştirak hükümlerinden sonra elde edilen sonuç ceza üzerinden zincirleme

⁷⁷ “Kavgada birden çok maktul ya da yaralıya el uzatılması tek suç oluşturur. Ancak, asgari sınırın üzerinde ceza verilmelidir (Karar özeti).” Yarg. 1. CD. 25.01.1995 4161/117 (Yasar, s. 328).

suç hükümleri uygulanacaktır. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde, bu suçlar bakımından bir cezaya hükmedilecek, bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir (m. 43/1). Suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından (m. 43/1, cümle 2), bu gibi hallerde suçun temel şekli ile daha ağır cezayı nitelikli hali birleşmişse, nitelikli hale göre ceza tayin edilip zincirleme suç hükümlerine göre cezanın artırılması gerekmektedir. Buna karşılık suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren nitelik hali birleşmişse, suçun temel şekli üzerinden tayin edilen ceza artırılır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi halinde de 1. fıkradaki oranlarla ceza artırımı yapılacaktır (m. 43/2).

E- Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanması

Zincirleme suça ilişkin hükümden sonra, olayda haksız tahrik söz konusu ise, buna ilişkin hükümler uygulanacaktır. İşlenen fiil haksız bir tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş ise, işlenen suç bakımından 61. maddede öngörülen sıra çerçevesinde buraya kadar belirlenmiş ceza üzerinden 29. maddede öngörüldüğü şekliyle haksız tahrik indirimi yapılacaktır. Haksız tahriki düzenleyen maddede zorunlu olarak ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları bakımından alt üst sınırlar arasından bir indirim öngörülmüştür. Buna göre, haksız tahrik neticesinde işlenen fiil ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiriyorsa hakim bu cezanın yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla kadar, işlenen suç müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa onun yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilecektir. Diğer hallerde ise, 61. maddedeki sıralamaya uygun olarak belirlenen ceza üzerinden, haksız tahrikin ağırlığına, yani haksız tahrikin kusurluluğa etkisine göre dörtte birden dörtte üçe kadar indirim yapılacaktır (m. 29). Ancak bu durumda haksız tahrikin ağırlığı, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle m. 61/1'e göre temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır.

F- Yaş Küçüklüğüne İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Cezanın tayini bakımından haksız tahrikin ardından yaş küçüklüğüne ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yaş küçüklüğünün cezaya etkisi 31. maddede iki yaş grubuna göre farklı şekilde düzenlenmiştir. İlk yaş grubu, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçların algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş oniki yaşını doldurup onbeş yaşını doldurmamış olanlardır. Bu gruptaki küçüklerin işledikleri suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa, bunun yerine oniki yıldan onbeş yıla kadar; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar

hapis cezasına hükmolunacaktır. Buna karşılık süreli hapis cezasını gerektiren bir suç işlediği belirlenirse, işlenen suç bakımından 61. maddede öngörülen sıralamaya uygun olarak bir ceza belirlenecek, bu ceza sonuç olarak yarı oranında indirilecektir. Ancak sonuç ceza yedi yılı geçemeyecektir (m. 31/2). Maddede öngörülen oranlar arasında ceza tayininde hakim, çocuğun irade yeteneğinin veya algılama yeteneğinin gelişmişlik düzeyini ölçüt olarak dikkate alacaktır⁷⁸. Hakim bu hususta karara varabilmek için gerek görürse “sosyal çalışma görevlileri”ne çocuğun bireysel durumunu ve sosyal çevresini gösteren rapor hazırlatabilecektir (Çocuk Koruma Kanunu m. 35/1).

Diğer yaş grubu ise onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan küçüklerdir. Ceza sorumluluğu bulunan bu yaş grubundaki küçüklerin işledikleri suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa onsekiz yıldan yirmidört yıla kadar; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmedilecek, süreli hapis cezalarında ise üçte bir oranında indirim yapılacaktır. Ancak süreli hapis cezasından yapılan indirim sonucunda oniki yıldan fazla hapse hükmedilemeyecektir (m. 31/3). Bu yaş grubundaki küçükler hakkında maddede öngörülen oranlar arasında indirim yapılırken, çocuğun bireysel durumunu ve sosyal çevresini gösteren “sosyal inceleme raporu” dikkate alınacak (ÇKK m. 35), bu şekilde çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmişlik düzeyine göre bir karara varılacaktır⁷⁹.

Fiili işlediği sırada yirmibir yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler hakkında yaş küçüklerine ilişkin sorumluluk rejimi uygulanacaktır. Bu nedenle sağır ve dilsizlik hali ceza belirlenmesinde yaş küçüklüğü çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulacaktır⁸⁰.

G- Akıl Hastalığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Yaş küçüklüğü durumunun ardından eğer somut olayda söz konusu ise akıl hastalığı ilişkin hükümler uygulanacaktır. Akıl hastalığının cezaya olan etkisi Kanunun 32. maddesinde gösterilmiştir. Kişinin işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan akıl hastalığı cezaya etkilidir (m. 32/2). İşlenen fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya

⁷⁸ Bu yaş grubuna giren çocuklar, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla birlikte, bazı hallerde bu fiili işlemekten kendilerini alıkoyamamaktadırlar. Bkz: **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 327.

⁷⁹ **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 332.

⁸⁰ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 725.

bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltan akıl hastalığı bakımından doğrudan güvenlik tedbiri uygulanacağından, bunun konumuzla ilgisi bulunmamaktadır. İrade yeteneğini azaltan bir akıl hastalığı bulunan kişiye işlediği fiil bakımından önce 61. maddedeki sıraya uygun olarak normal bir kişiymiş gibi ceza verilecek, daha sonra 32. maddenin 2. fıkrasında öngörüldüğü şekliyle cezada indirim yapılacaktır. Buna göre, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Maddede öngörülen oranlar arasında indirim yapılırken akıl hastalığının algılama veya irade yeteneği üzerindeki etkisi esas alınacaktır.

H- Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebeplerin Uygulanması

Cezanın belirlenmesi aşamasında akıl hastalığı hükümlerinin uygulanmasından sonra, eğer somut olayda var ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler nedeniyle cezada indirim yapılacaktır. Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak ikiye ayrılmaktadır. Suçun işlendiği sırada mevcut olan cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplere şahsi cezasızlık sebebi denilmektedir (TCK m. 167, 273/1). Örneğin 167. maddede öngörülen mala karşı suçlarla ilgili şahsi cezasızlık sebebi uygulanacak, maddede öngörülen oranlarda cezada indirim yapılacaktır (Ayrıca bkz: m. 273). Suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkarak cezayı ortadan kaldıran sebeplere ise, cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler denilmektedir. Örneğin etkin pişmanlık halleri gibi (m. 93, 110, 168). Azmettirenin belli olmadığı hallerde azmettireni ortaya çıkaran fail hakkında 38/3. maddede öngörülen indirimde cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebeptir. Dolayısıyla cezada indirim yapılmasını gerektiren bu hal, iştirak hükümlerinin uygulanması sırasında değil, kusurluluğu etkileyen hallerden sonra ceza üzerinde etkisini gösterecektir⁸¹.

I- Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması

1- Takdiri İndirim Nedenleri

a- Genel Olarak

Cezanın belirlenmesi sürecinde son olarak takdiri indirim nedenleri uygulanarak ceza somutlaştırılacaktır. Kanun alt ve üst sınırlı cezalar sistemini

⁸¹ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 723.

benimsemiş ve bu sınırlar arasından olayın özelliklerine göre hakime somut cezayı belirleme yetkisi vermişse de, suçların gerçekleştiriliş biçimleri ve failerin gösterdiği özelliklerin farklı olması, faile verilecek cezaya etkili olan ve cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayacak hallerin önceden bilinmemesi nedeniyle takdiri indirim nedenlerine de ayrıca yer vermiştir⁸². Bu bakımdan takdiri indirim nedenleri cezanın bireyselleştirilmesinde etkili olan önemli bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁸³.

Takdiri indirim nedeni olabilecek haller, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayan hususlara ilişkin olabilir⁸⁴. Kanunda, failin geçmişinin, sosyal ilişkilerinin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Maddede “gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir” denilerek, takdiri indirim nedeni olarak gösterilen hallerin örnek kabilinden olduğu belirtilmiştir. Bunun dışında da, makul olan, hukuk kurallarını zedelemeyen ve vicdanları rahatsız etmeyen her olay takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir⁸⁵. Belirtilen bu şartlara uygun düşmek kaydıyla, suçun işlenmesine eşlik eden (olayda mağdurun da kusurlu olması, sarhoşluk, gençlik heyecanı gibi) veya suçun işlenmesinden önce var olan (failin iyi şartlarda yaşaması, topluma hizmetleri, önemli bir hastalığa yakalanmış olması gibi) ya da suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan (failin pişmanlık duyması, suçunu ikrar etmesi, mağdurun zararını karşılaması gibi) haller takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir⁸⁶. Ancak takdiri indirim nedeni olarak Kanununun münhasıran gösterdiği hallerin öncelikle değerlendirilmesi gerekir.

b- Failin Geçmişi

Failin geçmişi takdiri indirim nedenini oluşturan diğer hallerle birlikte Hükümet Tasarısında temel cezanın belirlenmesinde gözetilecek hususlar arasında düzenlenmişken, Alt Komisyon tarafından hazırlanan ve kanunlaşan metinde takdiri indirimde dikkate alınması gereken bir hal olarak kabul edilmiştir⁸⁷.

⁸² Önder, s. 640; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 208.

⁸³ Bu kurumun lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler için bkz: Dönmezer/Erman, C.: II, s. 363-364; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 208-209.

⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 209.

⁸⁵ Yarg. CGK. 15.12.1980, 225/428 (Önder, Genel Hükümler, s. 640).

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 209.

⁸⁷ Bkz: Madde gerekçesi.

Failin geçmişi temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler arasında değil, takdiri indirim nedenleri arasında düzenlendiğinden sadece lehe olacak şekilde dikkate alınabilecektir. Suç anına kadar herhangi bir ceza mahkûmiyetinin bulunmaması failin kişiliğinin önemli bir göstergesi olarak cezanın indirilmesini gerektiren takdiri bir neden olarak değerlendirilebilir. Ancak, bu durumun somut olay bakımından failin kişiliğiyle ilgili olumlu bir sonuç çıkarmayı yarayan veri oluşturması gerekmektedir. Örneğin, kamuya yararlı işler yapan bir şahsiyet olmak, toplumsal olaylarda önemli katkılar sağlamış olmak gibi. Yine bu bağlamda uzun yıllardan beri araç kullanan ve ilk kez kaza yapan kişi için bu durum lehe olarak dikkate alınabilir⁸⁸.

Bu noktada tartışılması gereken bir husus da, failin önceki mahkûmiyetinin takdiri indirime mutlaka engel oluşturup oluşturmayacağıdır. Diğer deyişle hakim, somut olayda cezayı belirlerken sırf önceki mahkûmiyeti gerekçe göstererek takdiri indirim yapmaktan kaçınabilir mi? Maddede buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, failin geçmişine ilişkin önemli bir gösterge olduğundan önceki mahkûmiyet takdiri indirime engel olabilecektir. Örneğin, failin işlemiş olduğu suçlar arasındaki benzerlikler, çıkar karşılığında çeşitli suçları kolaylıkla işlemesi gibi haller takdiri indirimi engelleyebilecektir⁸⁹. Buna karşılık failin daha önceki mahkûmiyeti takirli bir suçtan ise, bu mahkûmiyet yeni işlenen kasdi bir suçta duruma göre takdiri indireme engel sayılmayacaktır.

c- Failin Sosyal İlişkileri

Takdiri indirimde dikkate alınabilecek diğer bir hal failin sosyal ilişkileridir. Bu durum failin kişiliğini bütün yönleriyle değerlendirilip dikkate alınarak cezanın bireyselleştirilmesini sağlayamaya yönelik takdiri bir indirim nedeni olarak düşünülmüştür. Bu kriter, cezanın bireyselleştirilmesinde failin şahsi ve sosyal durumunu, sosyo-psikolojik durumunu, alışkanlıklarını, ailevi ve toplumsal konumunu, eğitim ve öğrenim durumu gibi hususların dikkate alınmasını sağlamaktadır⁹⁰. Failin, yaşlılarla, iş arkadaşlarıyla veya aile bireyleriyle ilişkileri, sağlık durumu, engelli olması gibi haller bu kapsamda değerlendirilebilecektir⁹¹.

⁸⁸ S/S- Stree, § 46, kn. 30; Tröndle/Fischer, § 46, kn. 37a; Kindhäuser, § 46, kn. 39.

⁸⁹ Bkz: Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C.: I, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 586.

⁹⁰ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 153; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 586.

⁹¹ Tröndle/Fischer, § 46, kn. 42.

d- Failin Fiilden Sonra Ve Yargılama Sürecindeki Davranışları

Failin fiilden sonraki davranışı, failin fiiline ve onun haksızlık içeriğine ilişkin iç dünyası konusunda sonuç çıkarmaya elverişli ise cezanın bireyselleştirilmesinde etkili bir neden olarak dikkate alınabilecektir⁹². Failin fiilden sonra, ortaya çıkan zararı gidermek için çaba harcaması, zararı gidermesi, mağdurun hastane masraflarını karşılaması, tedavisiyle ilgilenmesi⁹³ gibi haller bu kapsamda değerlendirilmeye uygundur. Suç işlendikten sonra suçun tekrarlamaması için gerekli adımların atılmış olması takdiri bir neden olarak değerlendirilebilecektir⁹⁴. Aynı şekilde failin yargılama sürecindeki davranışları kişiliği hakkında sonuçlar çıkarmaya elverişli olduğu takdirde cezanın belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken unsur olarak kabul edilebilecektir. Mahkeme sürecinde suçunu ikrar etmek, suçun aydınlanmasını sağlayacak davranışlarda bulunmak tartışmalı olmakla birlikte cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak göz önünde bulundurulmaktadır⁹⁵. Ancak bu kapsamda değerlendirilen hususların daha önce ceza tayininde değerlendirilmemiş hallere ilişkin olması gerekmektedir. Örneğin suçtan sonra zararın giderilmesinin etkin pişmanlık olarak düzenlendiği (m. 168) hallerde bunun ayrıca takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁹⁶.

e- Cezanın Fail Üzerindeki Olası Etkileri

Takdiri indirimde dikkate alınabilecek diğer bir hal cezanın fail üzerindeki olası etkileridir. Burada cezalandırmanın failin toplum içindeki gelecekteki yaşantısına olan etkilerinin dikkate alınması gereğine işaret edilmiştir. Bu çerçevede cezaya bağlanan sonuçlar, örneğin kamu görevinin öngörülen ceza nedeniyle kaybedilmesi (m. 53/1, a) veya bir kamu kurumunu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun izniyle icra edilen meslek ve sanatı icra edemeyecek hale gelmesi gibi haller dikkate alınarak cezada takdiri bir indirime gidilebilecektir⁹⁷.

2- Takdiri İndirimde Uyulacak Esaslar

Cezayı indirme konusunda takdir yetkisinin verilmesinin nedeni cezanın

⁹² Tröndle/Fischer, § 46, kn. 46; S/S- Stree, § 46, kn. 39.

⁹³ "Sanığın yaralının tedavisiyle ilgilenmiş olması takdiri indirim nedeni sayılabilir." Yarg. 9. CD. 09.12.1981, 4232/4377 (Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 587, dpn: 391).

⁹⁴ Tröndle/Fischer, § 46, kn. 48; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 587.

⁹⁵ Tröndle/Fischer, § 46, kn. 50 vd.; S/S- Stree, § 46, kn. 41a; Kindhäuser, § 46, kn. 41.

⁹⁶ Aynı yönde bkz: Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 586.

⁹⁷ Tröndle/Fischer, § 46, kn. 8.

bireyselleştirilmesinde hakime yardımcı olmaktır⁹⁸. Bu nedenle hakim belli bir durumu takdiri indirim nedeni olarak dikkate alıp almamakta serbest bırakılmıştır. Esasen maddede takdiri indirim nedeni örnekleri olarak gösterilen hususlar bakımından “göz önünde tutulabilir” denilerek takdir yetkisine işaret edilmiştir. Takdir hakkı hakime tanındığından takdiri indirim uygulanıp uygulanmaması herhangi bir isteme bağlı değildir. Hakime tanınan takdir yetkisi keyfi hareket etmek anlamına gelmemektedir. Maddeye göre hakim, takdiri indirim nedenlerini kararda göstermek zorundadır (m. 61/2). Bu hüküm nedeniyle takdiri hafifletici nedenlere ilişkin uygulama denetlenecektir. Mahkemenin gerekçe göstermek yükümlülüğü takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verdiği haller bakımından da geçerlidir⁹⁹.

Olayda takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek çok sayıda hal mevcut olursa her biri için 62. maddenin uygulanması suretiyle ceza indirimine gidilmez, bütün sebepler tek takdiri indirim nedeni olarak kabul edilerek indirim oranı buna göre belirlenir¹⁰⁰. Buna karşılık, bir kimsenin birden fazla suç işlediği hallerde, şartları oluşmuş ise takdiri indirim hükmü her bir suç bakımından ayrı ayrı uygulanabilecektir. Hapis ve adli para cezasının bir suç karşılığı olarak birlikte uygulandığı hallerde, her iki ceza bakımından da takdiri indirim yapılabilir¹⁰¹.

Bir olayda cezanın azaltılmasını gerektiren nitelikli hallerin bulunması takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel oluşturmaz¹⁰². Aynı şekilde hakimin suçlar için alt ve üst sınırlı cezaların öngörüldüğü hallerde alt sınırın üstünde temel ceza tayin etmesi halinde de kanaatimizce takdiri indirim nedenleri uygulanabilecektir. Zira; temel cezanın tayini fiille ilgili (haksızlık içeriğine ilişkin) hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilirken, takdiri indirim nedenleri suçtan sonra ortaya çıkan ve daha ziyade faille ilgili olan olguların değerlendirilmesiyle, yani bireyselleştirmeye ilgilidir. Bu nedenle, temel cezanın üstüne çıkmak takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını engellemez. Ayrıca, takdiri indirim nedenleri ile haksız tahrik de bir arada uygulanabilir.

Takdiri indirim nedeninin kabul edildiği hallerde cezada yapılacak indirim oranı 62. maddenin 1. fıkrasında gösterilmiştir. Takdiri indirim nedenlerinin varlığı kabul edilmişse, suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerek-

⁹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 596.

⁹⁹ Önder, s. 641.

¹⁰⁰ Önder, s. 641.

¹⁰¹ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 178.

¹⁰² İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 176.

tiriyorsa onun yerine müebbet hapis; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa onun yerine yirmibeş yıl hapis cezası verilecektir. Süreli hapis cezaları bakımından öngörülen indirim oranı ise altıda bire kadardır. Altıda birin altında indirim yapılması mümkün değildir, örneğin 1/5 oranında indirim yapılamaz.

IX- MAHSUP

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasından sonra ortaya çıkan ceza-ya, eğer söz konusu ise mahkûmiyetten önce gerçekleşmiş hürriyetten yoksunlukta geçen süreler indirilerek somut ceza belirlenecektir. Mahkûm olunan bir suçtan dolayı kişinin daha önce gözaltına alınma, tutuklanma veya diğer bir surette şahsî hürriyeti sınırlanmış olabilir. Ortada henüz bir mahkûmiyet yokken failin kişi özgürlüğünü sınırlanması sonucunu doğuran tedbirlerin uygulanması sırasında geçen sürelerin, daha sonra mahkûm olunan cezadan indirilmesi gerekmektedir. Mahsubun uygulanabilmesi için ceza mahkûmiyetine hükmedilmiş olması gerekir¹⁰³.

TCK zorunlu mahsup sistemini benimsemiştir. Bu sistemin temel özelliği, failin hürriyetinin sınırlanmasına kendi kusuruyla yol açmış olsa dahi, mahsup işleminin gerçekleştirilmesinin zorunlu olmasıdır. Bu sistemde hakimnin hesaplama işlemini yapmaktan başka bir görevi yoktur¹⁰⁴.

Kanununun 63. maddesinde, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirileceği; adli para cezasına hükmedilmesi durumunda ise, kısıtlılıkta geçen her bir günün yüz Türk Lirasından hesaplanarak adli para cezasının toplam tutarı üzerinden indirim yapılacağı belirtilmiştir. Şahsî özgürlüğün sınırlı olarak geçirildiği sürenin hangi oranda hapis cezalarından mahsup edileceği hususunda kanunda bir düzenleme yoktur. Mahsup oranı konusunda açık düzenleme bulunmayan hallerde, bir günlük sınırlılık süresi bir günlük hapis cezası ile eş nitelikte tutulmaktadır¹⁰⁵.

X- CEZA SÜRELERİNİN HESAPLANMASI

Ceza sürelerinin hesaplanmasına ilişkin esaslar 61. maddenin 6. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime

¹⁰³ Bkz: İçel Kayıhan, "Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu", İÜHFM, 1963/3, s. 561 vd.

¹⁰⁴ İçel, Mevkufen, s. 570.

¹⁰⁵ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüler/Mahmutoğlu/Ünver, s. 278.

göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adlî para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

Kanunda açıkça işaret edilmiş olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir (f. 9)¹⁰⁶. Hakim cezayı belirlerken işlenen suç için maddede belirtilen alt ve üst sınırları dikkate almak durumundadır. Eğer somut olayda suç için cezanın türü belirtilmiş, fakat alt ve üst sınırı belirtilmemişse, bu ceza türü için kanunda öngörülen sınırların üzerine çıkması mümkün değildir. Hapis cezalar bakımından sınır 49. maddede, adlî para cezası için ise 52. madde gösterilmiştir. Kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla, hapis cezası bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Adlî para cezası ise, beş günden az yediyüzotuz günden fazla olamaz¹⁰⁷.

Artırma ve azaltma işlemleri sonucunda belirlenen sonuç ceza, o suç için belirlenen ceza türüne ilişkin sınırların üstünde veya altında olabilir. Ancak süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı verilebilecek sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamayacaktır (m. 61/7¹⁰⁸). Bu husus 765 sayılı Kanundan farklılık göstermektedir. Bu Kanunun 29/5. maddesinde her nevi ceza için kanunda belirlenmiş olan sınırın üzerine çıkılamayacağı öngörülmüştü¹⁰⁹. Yeni Kanunda sonuç ceza, hapis cezası için yirmi yılın üstüne çıkabilecek, fakat otuz yılı aşamayacaktır.

SONUÇ

Yeni Ceza Kanununda, yaptırım teorisine ilişkin genel sistemi bir bütün halinde değerlendirildiğinde, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin sürece cezalandırmadan beklenen amaçların gerçekleştirilmesinin, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin ve gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kişinin kusurluluğunun yön verdiği görülmektedir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde bu ilkeler çerçevesinde farklı değerlendirmeler

¹⁰⁶ “Hakim yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacağı gibi, yasaların açık hükümleriyle belirtilen ceza miktarlarını da artıramaz (Karar özeti).” Yarg. CGK. 04.02.1991, 2-358/5 (Yaşar, s. 311).

¹⁰⁷ Hakeri, Ceza Hukuku, s. 373-374.

¹⁰⁸ TCK'nun 61. maddesinin ilk şeklinde bu fıkra yer almamaktaydı. Maddeye bu fıkra Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5357 sayılı Kanunun 7. maddesiyle eklenmiştir.

¹⁰⁹ “TCK'nun 29/6. maddesi gereğince, yasanın özel olarak belli ettiği haller ayrı olmak üzere her türlü cezanın belli bulunan sınırları aşılamayacaktır. Bu kural, 29. maddede açıklanan biçimde cezanın hesaplanması işleminin sonucuna ilişkindir. Yani ara işlemlerde yasada yazılı cezanın aşağı ve yukarı sınırları aşılabılır. Ancak sanığa sonuçta hükümlenen ceza miktarı yasada yazılı sınırların üstünde veya altında olamaz”. Yarg. CGK. 31.01.1995, 6-232/308 (Yaşar, s. 305).

yapılmakta, cezanın işlenen suça ve failin durumuna uygun hale getirilmesi sağlanmaktadır.

Kanunun 61. maddesinin 1. fıkrası bağlamında temel cezanın belirlenmesinde etkili ölçütlerden “failin kasta ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı” dışındakiler failin haksızlık içeriğini belirleyen unsurlardan oluşmaktadır. Bu unsurlarla, işlenen failin 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 gösterebilecektir. İşlenen suçun haksızlık içeriğiyle doğrudan ilgili olmayan, failin geçmişi, kişisel ve sosyal durumu gibi hallere temel cezanın belirlenmesinde yer verilmediği, bunların cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir enstrüman olarak taksiri indirim sebepleri arasında düzenlendiği görülmektedir.

“Failin kasta ve taksire dayalı kusurluluğunun ağırlığı” ölçütü ise, suçun 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 oluşturmaktadır. Bu ölçüt ile, kasten veya taksire işlenmiş bir suç bulunmadıkça kusurluluk bağlamında değerlendirme yapılamayacağına, ancak böyle bir haksızlığın varlığı tespit edildikten sonra fail hakkında kınama yargısında bulunulabileceğine işaret edilmiştir. Kasten veya taksire işlemiş olduğu bir suç bakımından failin hangi ölçüde kınanabileceğinin değerlendirilmesini bu noktada yapmak gerekmektedir. 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 verilecektir.

Bunun dışında yeni Ceza Kanununun sisteminde suçun unsurları arasında yer almayan kusurluluğa ilişkin ilk değerlendirme 61/1. maddenin f bendi çerçevesinde yapılacaktır. Kusurluluk bağlamında yapılan bu değerlendirmede kusur yeteneğini kaldıran hallerin varlığı tespit edilirse, CMK'nun 223/3. maddesi çerçevesinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Buna karşılık, kaçınılabilir yasak hatasının (m. 30/4), kusurluluğu kaldıran hallerin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kaçınılabilir hatanın (m. 30/3) ve nihayet ceza sorumluluğunu kaldırmayan ve fakat etkileyen zorunluluk hallerinin (m. 92, 147) kişinin kusurluluğuna etkisi ilk olarak bu aşamada değerlendirilecektir. Buna karşılık kusurluluğu etkileyen haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı hallerinin değerlendirileceği aşama 61/5. fıkra ile ayrıca belirlenmiştir. Kusurluluğa etkili bu hallere ilişkin değerlendirmenin Kanunda belirlenen sıra çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

dir.

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 (m. 61/2).

Temel cezanın belirlenmesi sürecinde değerlendirmeye tabi tutulan ölçütlerin suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar ayrıca temel cezanın belirlenmesinde değerlendirilemeyecektir (m. 61/3). Çifte değerlendirme yasağı olarak adlandırılan bu husus, aslında ceza hukukunun genel prensipleriyle ulaşılabilecek bir sonuç olmakla birlikte, ceza hukukunun güvence fonksiyonu açısından ayrıca düzenlenmiş olması yerindedir.

Kanun koyucu suçun nitelikli hallerini cezanın haksızlık içeriğine etkisini 61/4. maddede 765 sayılı Kanundan farklı bir şekilde düzenlemiştir. Somut olayda bir suçun cezasının artırılmasını veya indirilmesini gerektiren birden fazla nitelikli halin birleştiği hallerde, her bir sebep ayrıca değerlendirilerek cezada artırım veya indirim yapılmayacak, cezada sadece bir artırım veya indirimle yetinilecektir. Birden çok nitelikli halin birleştiği hallerde, bu durum temel cezanın belirlenmesinde üst sınıra yaklaşılması bakımından veya cezaya ilişkin artırım oranları açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Cezanın belirlenmesi sürecinde 765 sayılı Kanunun 29. maddesine göre farklılık arz eden diğer bir husus suçun özel görüşün biçimlerinin ceza tayinindeki yerinin açıkça belirlenmiş olmasıdır. Suçun nitelikli hallerine ilişkin değerlendirmenin yapılmasından sonra ilk olarak suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin uygulama yapılacaktır. Aynı şekilde haksız tahrikin ceza sorumluluğuna etkisinin dikkate alınacağı sıra da açıkça gösterilmiştir.

Cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan enstrümanlar sadece cezanın belirlenmesi sürecinde değinilenlerle sınırlı değildir. Erteleme, koşullu salıverme ve kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan diğer kurumları oluşturmaktadır.

