

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA
TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tuğba Gül ATEŞ ÖNCÜ

Ankara – 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA
TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tuğba Gül ATEŞ ÖNCÜ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Ankara - 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Tuğba Gül ATEŞ ÖNCÜ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../20...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI

I. Cezalandırmanın Amacı ve Tarihsel Gelişimi.....	3
A. Ceza Kavramının Doğuşu, Ceza Hukuku Tarihi ve Gelişimi.....	3
B. Ceza Hukukunda Okullar.....	17
1. Klasik Okul.....	17
2. Pozitivist Okul.....	26
3. Üçüncü Okul.....	30
4. Yeni Sosyal Savunma Okulu.....	31
5. Değerlendirme.....	34
II. Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza Kavramı ve Diğer Müeyyidelerle İlişkisi.....	35
A. Müeyyide Kavramı ve Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza.....	35
1. Genel Olarak Müeyyide Kavramı.....	35
2. Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza.....	39
3. Türk Ceza Hukuku Sisteminde Yer Alan Müeyyideler.....	42
a. Hapis Cezaları.....	42
b. Adli Para Cezası.....	44

c. Güvenlik Tedbirleri.....	49
B. Cezai Müeyyide İle Diğer Müeyyidelerin Ayrımı.....	53
1. Cezai Müeyyide İle İdari Müeyyide Ayrımı.....	53
2. Cezai Müeyyide ile Medeni Hukuk Müeyyideleri Ayrımı.....	59
C. Cezalandırmaya İlişkin İlkeler.....	60
1. Kanunilik İlkesi.....	60
a) Olağan Dönemde Kanunilik İlkesi.....	60
b) OHAL Döneminde Kanunilik İlkesi.....	65
2. Eşitlik İlkesi.....	69
3. Şahsilik İlkesi.....	74
4. İnsan Onuru İle Bağdaşma İlkesi.....	79
5. Orantılılık ve Etkililik İlkesi.....	83
6. Tamir Edilebilme (Telafi Edilebilirlik İlkesi).....	89
7. Cezanın Devlete Mümkün Olduğunca Az Yük Getirmesi İlkesi...	92
8. Son Çare Olma (Ultima Ratio) İlkesi.....	93
9. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi.....	96

İKİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİ

I. Cezanın Belirlenmesinde Hakim Olan İlkeler.....	99
A. Kusur İlkesi.....	99
B. Çifte Değerlendirme Yasağı.....	102
C. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu.....	104
II. Temel Cezanın Belirlenmesi.....	109
A. Cezanın Soyut ve Somut Olarak Belirlenmesi.....	109
1. Cezanın Soyut Olarak Belirlenmesi.....	109

2. Cezanın Somut Olarak Belirlenmesi.....	111
B. Temel Cezanın Belirlenmesinde	
Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler.....	113
1. Genel Olarak.....	113
2. TCK'nın 61. Maddesinde Yer Alan Ölçütler.....	117
a. Suçun İşleniş Biçimi.....	117
b. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar.....	119
c. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer.....	121
d. Suçun Konusunun Önem ve Değeri.....	122
e. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı.....	124
f. Failin Kast veya Taksirine Dayalı Kusurunun Ağırlığı.....	127
g. Failin Güttüğü Amaç ve Saik.....	131
III. Temel Cezanın Belirlenmesinde Hakimin Takdir Yetkisi.....	135
A. Ceza Hukukunda Takdir Kavramı.....	135
B. Takdir Yetkisinin Kullanılmasında	
Hukuk Tarafından Belirlenen Sınır.....	140
C. Temel Cezanın Tayininde Hakimin Rolü.....	149
SONUÇ.....	154
KAYNAKÇA.....	157
ÖZET.....	168

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜDTCF	Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
BTHAE	Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
CGK	Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
E	Esas
Ed.	Editör
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÖ	Milattan önce
S	Sayı

s	sayfa
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd	ve devamı
Y	Yıl



GİRİŞ

İnsanoğlu yeryüzünde var olduğundan ve sosyal anlamda birbiriyle etkileşime girmeye başladığından beri ceza kavramı da var olmuştur. Esasen cezanın varlığı, insanlık tarihi kadar eskidir. Yüzyıllar içerisinde toplumlar ilerleyip geliştikçe, toplumların değeri yargıları da değışmiş, buna bağlı olarak cezanın türü, amacı ve hangi erk tarafından verildiği de değışmiştir. Günümüzde bir toplumda yaşıyan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi ve toplumsal düzenin sağlanabilmesi için hem kişilerin hem de devletin belirli bir hukuk düzenine bağlı olarak hareket etmesi gerekmektedir.

Ceza tarihsel süreç içerisinde, zamanla ancak yasayla konulabilir ve yalnızca mahkeme kararıyla hükmedilebilir hale gelmiştir. Bu durum da hem toplumsal hem de bireysel yaşantımızı yakından ilgilendirmektedir. Cezanın belirlenmesi sorunu, yalnızca hâkim tarafından sanığa verilen cezadan ibaret değildir. Zira bu noktada verilecek olan cezanın amacı, kanunun ruhu, cezaya hükmederken hâkimin takdir yetkisini ne ölçüde kullandığı, söz konusu takdir yetkisinin denetimi ve bu süreçte göz önünde bulundurulacak ilkeler de, cezalandırmanın ortaya çıkardığı sonuçlar ve hukuki düzenin sağlanması bakımından önemlidir.

Bu doğrultuda, herhangi bir suç işlendiğinde, hâkim tarafından cezanın belirlenmesi, esasen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve toplumsal düzenin sağlanmasındaki en önemli aşamadır. Ancak bu noktada hâkim tarafından verilecek olan temel cezanın hangi ölçütlere göre verileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Zira ölçüsüz, kanunilik veya eşitlik ilkesine aykırı olarak verilecek herhangi bir ceza, toplumsal vicdanı rahatsız edecek ve verilen ceza amacını gerçekleştiremeyecektir. Bu nedenle TCK'nın 61. maddesinde temel cezanın belirlenmesi düzenlenmiş ve bu doğrultuda sınırlı sayıda unsur belirlenerek, hâkimin söz konusu ölçütleri göz önünde

bulundurarak, takdir yetkisi kapsamında suçun kanuni tanımında belirlenen alt ve üst sınırlar arasında bir ceza tayin etmesi öngörülmüştür.

Bu çalışmanın ilk bölümünde öncelikle cezalandırmanın amacı, ilkeleri ve tarihsel süreci araştırılacak, bir müeyyide türü olarak ceza kavramının diğer müeyyidelerle ilişkisi incelenecek, ikinci bölümde ise cezanın belirlenmesinde hakim olan ilkeler ele alındıktan sonra, TCK'nın 61/1. maddesinde sınırlı sayıda belirlenen unsurlar tek tek ele alınarak, ardından hakimin takdir yetkisi kapsamında temel cezayı nasıl belirlemesi gerektiği, takdir yetkisinin kapsamı ve hakim tarafından nasıl kullanılması gerektiği, söz konusu takdir yetkisinin temel cezanın belirlenmesinde ne derece etkili olduğu araştırılacak, ayrıca hakim tarafından kullanılan takdir yetkisinin sınırları ve denetim yolu irdelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI

I. Cezalandırmanın Amacı ve Tarihsel Gelişimi

A. Ceza Kavramının Doğuşu, Ceza Hukuku Tarihi ve Gelişimi

İnsanoğlu yeryüzünde var olduğundan ve sosyal anlamda birbiriyle etkileşime girmeye başladığından beri ceza kavramı da var olmuştur. Esasen cezanın varlığı, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Bu nedenle cezalandırmanın kökenini tam anlamıyla takip etmek imkânsız olup, cezalandırmanın kabaca, bilinen tarihin ışığında, en ilkel toplumlardan bu yana iyi geliştirilmiş sosyal bir kurum olduğu söylenebilir.¹

Yüzyıllar içerisinde toplumlar ilerleyip geliştikçe, toplumların değer yargıları da değişmiş, buna bağlı olarak suç sayılan fiillerin kapsamı, cezanın türü, amacı, kimin tarafından verildiği ve infaz edildiği de değişmiştir.

İlkel çağlarda, henüz devlet adı verilen kurum ortada yokken, insanlar bir arada yaşama ihtiyaçlarından kaynaklı olarak kabileler veya aşiretler şeklinde yaşıyorlardı. Birbirlerine karşı çok sıkı bağlar içinde olan bu insanlar için doğadaki birçok olay bilinmez ve anlaşılmaz nitelikteydi. Bu nedenle, ilkel insanın davranışlarını daha çok doğüstü güçler, yani tanrılardan ve ruhlardan olan korkusu şekillendirmekteydi. Bu insanlar için sahip oldukları gelenekler adeta yaşama sebepleri olmuş, bütün hayatları söz konusu gelenek ve tabular etrafında şekillenmekteydi. Dolayısıyla, ilkel bir

¹ STEARNS, A. Warren: “*The Evolution of Punishment*”, Journal of Criminal Law and Criminology, C. 27, S.2, 1936, s. 219.

toplulukta bir hukuk sistemi ve metot geliştirildiğinde, insan davranışlarını yasalar değil, tabular, totemler ve gelenekler kontrol etmekteydi.²

Topluluk içerisinde suç olarak kabul edilen bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, bu durum bir tabu ihlali sayılır ve klanın kutsallarını ihlal ederdi. Zira ilkel toplumlarda suç ve günah aynı şey olarak görülmekteydi ve bir suçun ya da günahın ortadan kaldırılmasının genel olarak kabul görmüş yöntemi, günahkârın ortadan kaldırılmasıydı.³ Bir suç işlenmesi durumunda tanrıların veya ruhların sinirleneceği ve sorumluluk ortak olduğu için bütün topluluğun başına büyük bir felaket geleceği düşünülürdü. Bu nedenle söz konusu suç, failin mensup olduğu topluluk tarafından ivedilikle cezalandırılırdı. Öldürülen birinin intikamının alınmaması durumunda ölünün kinine maruz kalınacağı düşünülür, ölü ile öldürenin farklı topluluklara mensup olmaları halinde ise öldürülenin intikamını almak bütün topluluk için kutsal bir borç sayılırdı.⁴ Cezanın şiddetli olmasının nedeni, suçluya acı çektirme isteğinden ziyade tanrıların veya ruhların öfkesini yatıştırmaktı.⁵ Her ne kadar doğrudan güdü rahatsızlık ve öfke olsa da, esas amaç doğüstü nedenlere dayanmaktaydı.⁶

İlkel insanlar arasında suç kabul edilen davranışlar genellikle vatana ihanet, cadılık, kutsala karşı saygısızlık, ensest veya diğer cinsel suçlar, zehirleme ve benzeri

² **DAY, Frank D.:** “*Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası*”, (Çev. AYDIN, Devrim), CHD, S.16, Ağustos 2011, s.240.

³ **BARNES, Harry Elmer- TEETERS, Negley K.:** “*İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri*”, (Çev. Devrim AYDIN), Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2011, s.164.

⁴ **SEVİĞ, Vasfi Raşid:** “*Cezanın Tarihi Menşei*”, AÜHFD, C.12, S.3, 1955, s.19.

⁵ **BARNES- TEETERS:** s.164.

⁶ **STEARNS:** s.220

suçlar ile avlanma kurallarının ihlal edilmesiydi.⁷ Dayak, hapis, zindan, sürgün, kürek ve idam başlıca cezalardı.⁸ Yine aynı şekilde, vatan hainliği suçunun işlenmesi durumunda kişinin silahları elinden alınabilir, köpeklerle yemek yemesi istenebilir ya da mızrak ve sopalarla kendisine meydan dayağı atılabilirdi.⁹ Hapis cezası ise, ilkel toplumlar tarafından uygulanmayan bir ceza türü olup, suçlu sadece yargılama aşaması bitip infaz aşaması başlayıncaya kadar hapis tutuluyordu.¹⁰

Egemen kişinin ilgili suçu cezasız bırakması mümkün değildi. Her ne kadar cezalandırma keyfi gibi görünse de, egemen kişi, bütün grup üyelerinin devamlı denetim ve gözetimine bağlı bulunduğundan, iktidarı bir ölçüde de olsa geleneklerle ve dini inançlarla sınırlıydı.¹¹

Zamanla cezanın evrimleşmesiyle sosyal intikam, doğaüstü güçlerden daha fazla vurgulanır olmuş, suç artık ahlaki bir varlığın iradi davranışı olarak kabul edilmeye başlamış ve bu davranış toplum tarafından öfke ve intikam duygularıyla karşılanmaya başlanmıştır.¹²

Suç olarak kabul edilen fiilin, aynı aile veya kabile içerisinde gerçekleştirilmesi durumunda, söz konusu suçun cezası ailenin reisi tarafından mevcut geleneklere ve kurallara göre verilmekteydi. Klanın veya ailenin varlığına veya totemine karşı bir fiil

⁷ **STEARNS:** s.220

⁸ **TANER, Tahir:** Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul, 1953, s. 22.

⁹ **BARNES- TEETERS:** s.165.

¹⁰ **ARTUK, Mehmet Emin – ALŞAHİN, Mehmet Emin:** “Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”, MÜHFHAD, C.21, S.2, 2015, s.147.

¹¹ **DÖNMEZER, Sulhi- ERMAN, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.1, 14. Basım, İstanbul, 2016, s.48.

¹² **BARNES- TEETERS:** s.163.

işlenmesi durumunda ölüm veya sürgün cezası verilmekteydi. Toplumdan kovulan kişi hukuki ehliyetini kaybeder, evi kendisine ait kabul edilmez, eşi ve çocuklarına dönemezdi. Bir kurt olarak kabul edilen fail, herkes tarafından öldürülebilirdi.¹³

Ancak suç, değişik bir aile veya klan mensubu bir kişi tarafından gerçekleştirildiyse, bu durumda “*Kişisel Öç*” esas geçerli sayılmakta, faile karşı bizzat mağdurun veya mağdurun ailesinin yahut mensubu bulunduğu topluluğun öç alma hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi.¹⁴ İlkel topluluklarda şahsi öcün kullanımı birey için bir hak olduğu kadar bir görev olarak da görülmekteydi. Zira bireyin görevini yerine getirmesi, kabilenin şerefine iadesini sağlamaktaydı. Bireyin intikamını almaması durumunda ise itibarı zedelenmekte ve kendi toplumunda hor görülmekteydi.¹⁵

Ancak kişisel öç usulünün bir takım sakıncaları bulunmaktaydı. Bunların en önemlileri herhangi bir sınırının bulunmaması ve sorumluluğun müteselsil olmasıydı.¹⁶ İnsanlar şahsi öç alırken herhangi bir sınır gözetmiyor, ardından öç alınan taraf veya ailesi de tekrar öç alan tarafa saldırıyordu. Bu durum da topluluklar arasında kan davasına neden olmaktaydı. Kişisel öç esasında sorumluluk kolektifti. Dolayısıyla

¹³ **ÖNDER, Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, 1. Bası, Beta, İstanbul,1991, s.52.

¹⁴ **DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.63.

¹⁵ **ARTUK, Mehmet Emin- GÖKCEN, Ahmet:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.24.

¹⁶ **TAHİR, T.:** s. 17.

muhtelif aile veya klanlar arasında bir suç işlenmesi durumunda, suçu işleyen kişinin ailesinden ya da klanından bir başka kişinin cezalandırılması mümkündür.¹⁷

Bu gibi durumlarda, cezalandırılan kişinin mensup olduğu topluluk tarafından da diğer topluluğa karşılık verildiğinden, bu durum kan davalarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Toplulukların birbirlerine karşı devamlı biçimde kolektif olarak intikam haklarını kullanmaları kabileler arasında devamlı bir savaş haline yol açmıştır.

İlkel kabileler tarafından kişisel öç usulünün uygulanmasının azaltılabilmesi ve sürekli savaş halinin ortadan kaldırılabilmesi için yeni yöntemler benimsenmiş olup, bu yöntemlerden ilki “*Kıstır*”. Kıstır, artık suçluya verilecek olan cezanın belirlenmesi ve bir sınır çizmesi bakımından ceza hukuku tarihinde önemli bir yere sahiptir.¹⁸ Ayrıca kıstır usulü ile ceza şahsileşmiş, uyuşmazlık iki kişi arasına indirgenerek, iki klanın çarpışması önlenmiştir.¹⁹ Kıstır yöntemi kutsal kitaplarda da kabul edilmiş olup, eski kanunların ise neredeyse tamamında benimsenmiştir.

Yazılı hukuk kurallarının oluşturulması MÖ 2450 yıllarına, Sümerler dönemine kadar uzanmakta olup, çivi yazılı hukukta ceza hukuku, modern hukukta olduğu gibi ayrı bir başlık altında bir bütün olarak ele alınmamış, özel hukuk kurallarıyla iç içe düzenlenmiştir.²⁰

¹⁷ **TAHİR, T.:** s. 17.

¹⁸ **DEMİRBAŞ:** s.64.

¹⁹ **ARTUK-GÖKCEN:** s.25.

²⁰ **DUYMUŞ FLORIOTI, H. Hande- DEMİRCİ, Gözde:** “Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde İlginç Bir Tespit ve Cezalandırma Yöntemi: Suya Atılma”, AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.32, S.54, 2013, s.27.

MÖ 1750-1700 yılları arasında hüküm sürmüş olan Babil kralı Hammurabi tarafından çıkarılmış olan kanun ise bilinen en eski kanunlardan olup, çok sert cezai müeyyideler öngörmüştür. Kendisinden önce yazılan diğer kanunlardan olan “*Lipit-İştar Kanunu*” daha ziyade gemi inşaatı, kiralama işleri, kölelik, tımar, veraset, evlenme, hayvan kiralama gibi özel hukuk alanlarında düzenlemeler getirmiştir.²¹ “*Eşnunna Kanunu*” ise daha çok zirai alanlarda hükümler içermekteyken²², “*Hammurabi Kanunu*” bütün bu düzenlemeleri içermekle birlikte daha çok cezai müeyyide öngörmüştür.

Hammurabi kanununun en önemli özelliği, bu kanunla birlikte ceza sorumluluğu için sübjektif unsura önem verilmeye başlanması olup, ayrıca neredeyse bütün suçlar için ölüm cezası öngörülmekteyken, kasten olmayan adam öldürme suçlarında failin, mağdurun mirasçılarına tazminat niteliğinde para cezası ödemek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceğine ilişkin düzenleme içermesidir.²³

“*Hitit Kanunlarında*” ise, diğer kanunlarda görülen onur kırıcı cezalar, acımasız yargılar bulunmamaktadır.²⁴ İÖ 1650’ye tarihlenen Eski Hitit’e ait iki yüzden fazla paragraftan oluşan bu yasalarda suçlulara verilen birçok ceza önceki kanunlara göre daha hafiftir. Kısas uygulaması bu kanunda da görülmekte olup, öldürülen kişinin

²¹ **BİLGİÇ, Emin:** “*Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An’anesi*”, AÜDTCF Dergisi, C.21, S. 3-4, 1963, s.111.

²² **BİLGİÇ:** s.112.

²³ **İCEL, Kayıhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2017, s.70.

²⁴ **DUYMUŞ FLORIOTI- DEMİRCİ:** s.34.

akrabalarının katilin öldürülmesini talep etme hakkı bulunmaktadır.²⁵ Yine büyüclük, Hititlere karşı düşmanca kullanıldığı zaman ölüm cezasını gerektiren ağır bir suç olarak kabul edilmiştir.²⁶ Zina suçu da söz konusu kanuna göre yine ölümlle cezalandırılmıştır. Ancak bu suçlar dışında yaralama, adam kaçırma, hırsızlık gibi suçların cezaları parasal nitelikte olup, ölüm cezaları dahi acımasız yöntemlerle uygulanmamıştır.

Görüleceği üzere, dönemine göre en insancıl kanunlarda dahi kısas yöntemi uygulanmaya devam edilmiştir. Ancak kısas uygulaması barışın sağlanmasında bir başarı elde edememiş, bir süre sonra ilkel uygarlıkların hükümdarları tarafından değiştirilmek istenmiştir. Zira kabile reisleri kendi halkları içerisinde barışı sağlamak istedikleri kadar, kısas uygulamaları nedeniyle halk içerisinde sürekli artan sakatlanmaların ve ölümlerin önüne geçmek, yani savaşmak için insan gücünü korumak istemişlerdir.²⁷

Bu noktada “*Uzlaşma/Uyuşma Usulü*” olarak anılan yöntem geliştirilmiş ve mağdur veya ailesine bir nevi tazminat verilmesi gündeme gelmiştir. Bu yöntem, insan topluluklarının barışın sağlanması konusunda ulaştıkları ikinci önemli noktadır. Bu sistemde mağdura veya ailesine ait intikam hakkının, fail veya ailesi tarafından satın alınması söz konusudur.²⁸ Ancak mağdur veya ailesinin, verilmek istenen tazminata razı

²⁵ **HOFFNER, Harry A:** “*Hititler Anadolu’sunda Yasal ve Sosyal Kurumlar*”, (Çev. ÇİLİNGİR, Sevgül), Tarih Okulu Dergisi, S.VI, Ocak-Nisan 2010, s.225.

²⁶ **HOFFNER:** s. 227.

²⁷ **DAY:** s.241

²⁸ **İÇEL:** s.69.

olmaması veya ne yapılırsa yapılsın kesinlikle uzlaşmaya yanaşmaması durumunda, yine faile karşı kişisel öç hakları mahfuz tutulmuştur.²⁹

Tazminatın miktarı suçun niteliğine, zarar görenin yaşına, mevkiine, cinsiyetine ve itibarına göre değişmekle birlikte, özgür doğan kişi, köleden, yetişkinler çocuklardan, erkekler kadınlardan, rütbeli kimseler ise özgür kişilerden daha değerli kabul edilmiştir. Ayrıca asil bir kişiye karşı işlenen suç, uyuşmaya konu edilmemiştir.³⁰

Topluluklar arasındaki ekonomik ilişkiler geliştikçe, ortak pazarlar kuruldukça uyuşma, çok daha önemli hale gelmiş, paranın kullanılmaya başlanmasından sonra ise çok daha kolaylaşmıştır.³¹ Tazminat karşılığında uzlaşma önceleri isteğe bağlı iken, devletlerin oluşmasının ardından hükümdarlar tarafından zorunlu hale getirilmiş ve iki ailenin arasındaki kavganın yatıştırılmasından dolayı, hükümdarlar mağdura verilecek olan tazminattan pay almaya başlamışlardır. İlk zamanlar mağdur olan taraf diyet yöntemini kabul edip etmemekte ve diyet miktarını belirlemede serbest iken, sonradan devletler tarafından diyet usulü zorunlu hale getirilmiş ve diyet miktarı da bir tarife ile sabit hale getirilmiştir.³² Yine kişisel öcün sınırlandırılması amacıyla getirilen bir başka düzenleme ise “*Sığınma Hakkıdır.*” Mabetlere, kutsal sayılan mekânlara sığınmış kişilere karşı şahsi öç almak yasak sayılmıştır.

İlkel kabileler arasında şahsi öcün kolektif olarak kullanılması sebebiyle ortaya çıkan devamlı savaş halinin sona erdirilmesi için başvurulan bir diğer yöntem ise suçlunun mağdurun ailesine, klanına teslim edilmesi veya mağdurun ailesinin doğrudan

²⁹ **TAHİR, T. :** s. 18.

³⁰ **BARNES- TEETERS:** s.166.

³¹ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.1, s.51 vd

³² **ARTUK-GÖKCEN:** s.26.

suçluya karşı bir fiilde bulunarak, suçlunun klanına mensup diğer kişilere bir mukabelede bulunmayacağını kabul etmesi olmuştur. İlk zamanlarda mağdur veya mağdurun mensup olduğu aile ya da topluluk, teslimi kabul etmekte veya teslimle birlikte başka şeylerin de verilmesini isteme hakkına sahipken³³, sonraları devlet gelişip güçlendikçe bu durum zorunlu hale getirilmiştir. Böylelikle, kolektif olan cezai sorumluluk şahsi sorumluluğa dönüşmüştür.³⁴

Gereksinimlerini topluma uygun bir hale getirmek ve ritüelleştirmek insanlar için geleneksel bir durumdur. Böylelikle cezalandırma da sosyal bir gelenek haline gelmiş, topluma uygun hale getirilmiş ve cezalandırma da ayrıntılandırılmış, ritüellere bağlanmış, bu durum da toplumda bir cezalandırma sınıfının doğmasına yol açmıştır.³⁵

Alınan bütün bu önlemler, klanlar arasındaki sürekli savaş halinin sonlanmasını sağlamamış, bu ortam küçük klanların daha büyük klanlara karşı birleşmelerine veya büyük klanların egemenliği altına girmesine neden olmuştur. Bu durum da devletlerin doğmasına yol açmıştır.³⁶ Kendi klanında çok katı kurallar altında yaşayan ve klan reisinin çoğu zaman keyfi uygulamalarına maruz kalan bireyler, zamanla devletin can ve mal güvenliğini emniyet altına aldığını görmüş ve daha az sert kurallara sahip olan devlet kurumunu desteklemiş, böylelikle devletin gelişmesini sağlamıştır.³⁷

İlk zamanlarda devletin esas görevi topluluğu dışarıya karşı korumak olmuştur. Bu nedenle devlet tarafından cezalandırılan ilk suçlar, toplumun savunması ile ilgili

³³ **SEVİG:** s.42

³⁴ **DÖNMEZER, Sulhi:** Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949, s.10.

³⁵ **STEARNS:** s.220.

³⁶ **ARTUK-GÖKCEN:** s.27

³⁷ **SEVİG:** s.29.

zarar verici hareketlerdir.³⁸ Devlet, gücünün yükselmesiyle genişlemiş ve devletin kontrolündeki silahlar daha güçlü hale geldikçe, birey de temel haklarının korunması için devlete daha fazla güvenmeye başlamıştır.³⁹ Zamanla devletin cezalandırdığı suçların sayısı artmış ve nihayetinde cezalandırma yetkisi devletin tekeline girmiştir.

Roma devleti, başlangıç döneminde özel hukuk yönünden oldukça gelişmiş olmasına rağmen ceza hukuku yönünden aynı gelişmişliğe sahip değildir. Bu dönemde ortaya çıkan “*Oniki Levha Kanunu’nda*” ceza yaptırımları daha çok zararın giderilmesi niteliğini gösterdiğinden gerçek anlamda bir ceza hukuku yaratamamıştır.⁴⁰ Aile içinde babanın cezalandırma yetkisi sınırsız ve mutlak olup, kısas usulü ise mağdurun uzlaşmayı kabul etmemesi durumunda uygulanmıştır.⁴¹

Cumhuriyet döneminde ise jürili mahkemeler kurulmuş, suç tipleri ve bunlara ilişkin cezalarla yargılama usulü katı bir şekilde tespit edilmiştir. İmparatorluk döneminde ise “*Crimina Extraordinaria*” adı verilen suçlar belirlenmiş olup, bu suçların özelliği cezaların tespit edilmemiş olması ve her münferit olayda mahkemenin takdirine göre belirlenmesi olmuştur.⁴²

Bu dönemde şahsi suçlarda neticenin gerçekleşmiş olması aranmış, ancak kamusal suçlarda hazırlık hareketleri dahi cezalandırılmıştır. Vazifenin icrası, emrin yerine getirilmesi veya zaruret hali gibi bu dönem de var olan bazı cezasızlık halleri, o

³⁸ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.53 vd.

³⁹ **OPPENHEIMER, Heinrich:** The Rationale of Punishment, University of London Press, 1913, s. 35.

⁴⁰ **İÇEL:** s. 71.

⁴¹ **ÖNDER:** C.I, s.55.

⁴² **ÖNDER:** C.I, s.56.

dönemde de kabul edilmiş, hareket yeteneği, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü sorumluluğa etkili görülmüştür.⁴³

Ancak bu dönemde hukuk güvencesi ortadan kalkmış ve bireyler keyfi müdahalelere maruz kalmıştır. Zira cezanın hâkim tarafından tespiti çoğu zaman keyfi bir nitelik taşımış, bir takım unsurlar hafifletici sebep olarak görülse de, çoğu zaman cezalar ve uygulamalar keyfi olmuştur. Failer çoğu zaman mensup oldukları toplumsal sınıfa göre cezalandırılmışlardır.⁴⁴

Cermen Hukukunda da neticeye dayanan sorumluluk esası kendini göstermiş ve uyuşma yöntemi, özellikle kasıtlı olmayan suçlarda, bu topluluklarda da benimsenmiştir. Bu kabilelerde üçüncü kişilerin fillerinden sorumluluk da kabul edilmiş olup, kölelerin işledikleri suçlardan efendileri de sorumlu tutulmuşlardır. Cermen ilkel hukuku zamanla Roma hukuku ve kanonik hukukun etkisi ile değişikliğe uğramış ve suçun sübjektif unsuru önem kazanarak buna uygun cezalandırma yoluna gidilmiştir.⁴⁵

Kanonik hukuk Roma hukukunun etkisiyle kuvvetlenmiş, suçta kastı esas unsur saymıştır. Zira kusur işlemiş olan ruhun kefaretle şifa bulması gerekmektedir.⁴⁶ Kanonik hukuk, yani Katolik kilisesi hukukunda ceza verme yetkisi, kanun koyma ve adaleti dağıtma gücünü elinde tutan kiliseye aittir. Roma İmparatorluğunun hristiyanlığı kutsal din kabul etmesiyle birlikte kiliseler dinsel suçları yargılama yetkisini elde etmişlerdir. Gittikçe güçlenen kilise, tanrının yeryüzündeki temsilcisi olduğu iddiasıyla 10-12. Yüzyıllarda din dışı suçlara ve yasalara da el atmaya başlamış, böylelikle

⁴³ **ÖNDER:** C.1, s.57.

⁴⁴ **TANER, T. :** s. 22.

⁴⁵ **İÇEL:** s. 72.

⁴⁶ **DÖNMEZER:** Cezai Mesuliyetin Esası, s.16.

“*Corpus Iuris Canonici*” adı verilen kaynak ortaya çıkmıştır.⁴⁷ Engizisyon usulü bu dönemde uygulanmaya başlanmış olup, engizisyon yargıçları suçluları kendiliğinden soruşturmuş ve yargılamıştır.

Görüleceği üzere, tarihsel süreçte uzlaşma uygulamalarının başlamasıyla, adeta bir arabulucu gibi işlev gören tarafsız üçüncü kişiler⁴⁸, yani mahkemeler hayata geçmiş, merkezi otoritenin kurulmasıyla birlikte toplumun savunmasına karşı işlenen suçlar devlet tarafından cezalandırılmaya başlanmış, krallıkların güçlenmesiyle birlikte neredeyse bütün suçlar kamusal suç olarak nitelendirilmeye başlanmıştır. Zamanla işlenen suçların büyük çoğunluğunun kamu düzenine karşı, dolayısıyla bizzat kralın kendisine karşı işlendiği düşünölmeye başlanmış ve önceden uyuşma yolu ile cezalandırılan birçok suç, merkezi otoritenin güçlenmesiyle birlikte son derece şiddetli şekilde cezalandırılmaya başlanmıştır.

Devlet bu dönemde sadece toplumun asayişini ortadan kaldıran fiilleri cezalandırmamış, aynı zamanda ahlaka ve dine karşı fiilleri de suç kabul ederek cezalandırmıştır. Devlet başkanı aynı zamanda Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi sayıldığından, onun aleyhine işlenen fiiller de dine karşı işlenmiş sayılarak cezalandırılmıştır. Suçlar aynı zamanda günah sayıldıklarından faillere ceza verilerek aynı zamanda onların günahlarından temizlenecekleri kefarete elde edilmek istenmiştir. Böylelikle hem acı çektirilerek kefaretin ödetilmesi, hem de suç işlemeye niyetli olan kişiler açısından cezanın ibret olması amaçlanmıştır.

⁴⁷ **SELÇUK, Sami:** “*Eski Çağlarda Suç Hukuku*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1055.

⁴⁸ **BARNES- TEETERS:** s.168.

İbret esasının sonucunda cezaların şiddeti artmış, işkenceler akıl almaz biçimlerde, hem sorgulama hem de infaz için kullanılır hale gelmiştir. Hükümlüye birçok yeni azap çektirme yöntemi geliştirilmiş, en basit suçlar için dahi sanığa ölüm cezası verilmiştir. Söz konusu ölüm cezaları da mümkün olan en acı ve azap verici şekilde infaz edilmiş ve infazın her aşaması mahkeme kararında bütün ayrıntılarıyla belirtilmiştir. Örneğin 1757 yılında XV. Louis'yi bıçaklayan Robert-François Damiens hakkında verilen idam kararı bir dizi işkenceyi içerdiği gibi, yapılacak olan her işlemin en ufak ayrıntısı dahi kararda belirtilmiştir.⁴⁹

Azap çektirme “*Yasasız bir öfkenin azgınlığı*” olmayıp, bedene saldırı tipini, acının niteliğini, yoğunluğunu, uzunluğunu, suçun ağırlığıyla, suçlunun kişiliğiyle, kurbanlarının mertebesiyle ilişkilendirmekte ve vurulacak kamçı sayısından, kızgın demirin basılacağı yere, odun yığınının tekerlek üzerindeki can çekişmenin süresine ve hatta sakatlamamanın tipine kadar her bir ayrıntının özenle kararlaştırıldığı bir teknik haline gelmiştir.⁵⁰

Esasen işkence, hem toplum ve tanrı adına intikam alınabilecek bir kurban bulma isteğinden doğmuş, hem de toplumdaki adaletsizlik duygusunu bastırmak için

⁴⁹ **FOUCAULT, Michel:** Hapishanenin Doğuşu, 3. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2006, s. 33. “*Damiens, 2 Mart 1757’de Paris kilisesinin cümle kapısının önünde, suçunu herkesin karşısında itiraf etmeye mahkûm edilmişti; buraya elinde yanar halde bulunan iki libre ağırlığındaki bir meşaleyi taşıyarak, üzerinde bir gömlekten başka bir şey olmadığı halde, iki tekerlekli bir yük arabasına götürülecekti; sonra aynı yük arabasıyla Grevé Meydanına götürülecek ve burada kurulmuş olan darağacına çıkartılarak memeleri, kolları, kalçaları, baldırları kızgın kerpetenle çekilecek; babasını (kralı) öldürdüğü bıçağı sağ elinde tutacak ve kerpetenle çekilen yerlerine erimiş kurşun, kaynar yağ, kaynar reçine ve birlikte eritilen balmumu ve kükürt dökülecek, sonra da bedeni dört ata çektirilerek parçalatılacak ve vücudu ateşte yakılacak, kül haline getirilecek ve bu küller rüzgâra savrulacaktır.*”

⁵⁰ **FOUCAULT:** s. 73-74.

kullanılmıştır. Bu anlamda her türlü barbarlığı haklı çıkarmak kolaylaşmış ve çağlar boyunca en canavarca sorgulamalar ve eziyetler bu yolla yapılmış ve savunulmuştur.⁵¹

Zamanla kanunilik ilkesi tamamen terk edilmiş, hâkimler kanunda yazılı olmayan fiilleri de suç sayarak ceza vermeye başlamışlardır.⁵² İşkence artık sıradan bir sorgulama yöntemi haline gelmiş ve neredeyse sanığın itirafı, ceza yargılamasında tek kanıt olarak kabul edilmiştir. Yapılan işkencenin tek amacı eziyeti haklı çıkarmak ve sanığı cezalandırmak olup, adaleti sağlamak gibi bir amaç gözetilmemiştir. Öyle ki, 17. yüzyılda cadılara zulmedilmesine karşı çıkan Friedrich von Spee, *“Bir Engizisyon üyesinin Papa’yı işkence tezgâhına oturtsa büyüçülük yaptığı itirafını alabileceğini söyleyerek övündüğünden”* bahsetmiştir.⁵³

İşkence gören kişinin masum olması ihtimali ise kesinlikle değerlendirilmemiş olup, kanıtlama süreci esnasında ulaşılan her basamak bir suçluluk derecesi olarak kabul edilmiş ve kişinin belirli bir cezalandırmayı hak ettiği düşünülmüştür; zira masum bir kişiden kuşku duyulması olanaksız olarak görülmüştür.⁵⁴

İşkence bu dönemde bir infaz yöntemi olarak da kullanılmış, sanığa verilen hapis cezasının infazı dahi çok kötü şartlarda yerine getirilmiş ve ayrı bir işkenceye dönüştürülmüştür. Ayrıca infaz süreci, mahkûmun suçluluğunu halkın önünde itiraf etmesini de gerektirdiğinden işkence uygulaması vazgeçilmez olmuştur. Adalet, kurbanın maruz kaldığı işkenceyi bir bakıma gerçek hale getirmesine ihtiyaç duymuş ve

⁵¹ **SCOTT, George Ryley:** İşkencenin Tarihi, 2. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 11.

⁵² **ÖNDER:** C.I, s.59.

⁵³ **SCOTT:** s.45.

⁵⁴ **FOUCAULT:** s. 85.

suçludan suçunun iğrençliğini ilan ederek kendi cezasını kendisinin onaylaması beklenmiştir.⁵⁵ Sonuçta 17. yüzyıla gelindiğinde işkenceyi ceza sürecinin zorunlu bir parçası olarak görmeyen tek bir Avrupa devleti dahi kalmamıştır.⁵⁶

Aydınlanma ve Sanayi Devrimi ile birlikte din ve hukuk ayrışması yaşanmış, suç hukukunda sekülerleşme eğilimi artmış, suç hukukuna doğal bilimlerden yaklaşılmaya başlanılmış ve bu doğrultuda farklı okullar ortaya çıkmıştır.⁵⁷

B. Ceza Hukukunda Okullar

1. Klasik Okul

İşkence dolu engizisyon döneminin ardından, bazı yazarlar ve düşünürler söz konusu ceza politikalarını, şiddetli cezaları ve infaz usullerini eleştirmeye başlamış ve bu eleştiriler yeni bir dönemin başlamasına neden olmuştur. Hümanizma, Rönesans, Reform ve Aydınlanmanın ardından ceza hukuku, bir sosyal bilim olarak ele alınmaya başlanmıştır.⁵⁸ Klasik Ceza Hukuku Okulu aydınlanma düşüncesinin bir ürünü olmuştur.⁵⁹

Ceza Hukukunun bir bilim olarak gelişmeye başlamasıyla birlikte, ceza sorumluluğunun esası üzerine birçok farklı görüş ortaya çıkmıştır. Failin davranışlarını seçmek konusunda özgür mü, determine mi, yoksa şartlandırılmış mı olduğu sorununun

⁵⁵ **FOUCAULT:** s. 116.

⁵⁶ **SCOTT:** s. 79.

⁵⁷ **SELÇUK:** “*Eski Çağlarda Suç Hukuku*”, s.1014.

⁵⁸ **AYDIN, Devrim:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, CHD, Y.6, S.15, 2011, s.48.

⁵⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 112.

ele alınması sonucunda birbirinin karşıtı olan Klasik Okul ile Pozitivist Okul doğmuş, ardından arabulucu bir akım olan Üçüncü Okul ortaya çıkmıştır.⁶⁰

1764 yılında Cesar Beccaria, “*Suçlar ve Cezalar*” isimli eserini yayınlamış ve söz konusu eser o dönem büyük olaylara sebebiyet vermiştir. Bu eserin bu kadar tanınmış olmasının sebebi ceza hukukunun ruhuna girebilmiş, açık bir biçimde yazılmış, bugün dahi önemini koruyan ceza hukuku genel reformu hakkında açıklamalar yapmış olmasıdır.⁶¹

Beccaria eserinde bir insan üzerindeki bir başka insan otoritesinin, kesin zorunluluktan kaynaklanmıyorsa zorbalık olduğunu, hükümdarın suçları cezalandırma yetkisinin temelini bu olduğunu, ayrıca insanların güvenliği ve hakları ne denli kutsal ve dokunulmaz kılınmışsa ve hükümdar uyruklarına ne denli geniş bir özgürlük alanı sağlayabilmişse, cezaların da o denli haklı ve adil olduğunu belirtmiştir.⁶² Beccaria, ceza adaletinin temelini, toplumsal sözleşmenin amaçladığı ortak yarara ve bunun korunmasına dayandırmıştır.⁶³

Yazar, cezaların amacının suçluların kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey olmadığını, bu nedenle söz konusu cezaların oranlarının ve uygulanma

⁶⁰ **TOROSLU, Nevzat:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s.368.

⁶¹ **ÖNDER:** C.I, s. 62.

⁶² **BECCARIA, Cesare:** *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev. SELÇUK, Sami), 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayıncılık, Ankara, 2004, s.27.

⁶³ **SELÇUK, Sami:** *Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi*, 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 32.

yöntemlerinin insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ancak suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olması gerektiğini savunmuştur.⁶⁴

Yargıcın kararından önce bir insanın suçlu olarak adlandırılmayacağını belirterek suçsuzluk karinesinden o yıllarda bahseden Beccaria⁶⁵, yargılamanın da olabildiğince hızlı yapılması gerektiğini, zira suç ile ceza adı verilen bu iki kavramın arasındaki zaman aralığı ne denli az ise insanların kafasında o denli güçlü bir iz bırakılacağını, suçun bir neden, cezanın da şaşmaz bir sonuç olarak değerlendirileceğini, aksi takdirde geciken cezanın, cezadan çok bir gösteriye dönüşeceğini ve cezanın çektirilmesinin seyircilerin ruhlarında doğuracağı dehşetin zayıflayacağını belirtmiştir.⁶⁶

Beccaria cezaların ılımlı olmaları gerektiğini savunmuş, eserinde bir cezanın kendisinden beklenen etkiyi yaratabilmesi için cezanın yol açtığı acının suçun sağladığı yarardan çok olmasının yeterli olduğunu, bu sınırın ötesine geçen her cezanın fazla, yararsız, gereksiz ve zorbalık olduğunu, insanların tanıyıp yakından bilmedikleri acılara göre değil, bildikleri acılara göre davranışlarını yönlendirdiklerini, yinelenen işkencelerin insanların ruhlarını katılaştırdığını ve işkence ne kadar çoksa insanların o ölçüde işkencelere alıştığını ve bu durumun daha az korkutucu olduğunu savunmuştur.⁶⁷

Eserinin son kısmında cezalar konusundaki fikirlerini özetleyen Beccaria, bir cezanın, bir ya da birden çok kişi tarafından bir yurttaşa karşı uygulanan kaba bir güç, şiddet olmaması ve sayılmaması için, her şeyden önce herkese açık, çabuk, kaçınılmaz,

⁶⁴ **BECCARIA:** s.69.

⁶⁵ **BECCARIA:** s.85.

⁶⁶ **BECCARIA:** s.102-103.

⁶⁷ **BECCARIA:** s.130-131.

belli koşullarda olabilir yaptırımların en ılımlısı ve en azı, suçların ağırlığıyla orantılı ve yasalar tarafından belirlenmiş bulunmasının zorunlu olduğunu savunmuştur.⁶⁸

Yine aynı şekilde Montesquieu de 1748 yılında “*Kanunların Ruhunu*” isimli eserini yayınlamış ve benzer dűřünceleri savunmuştur. Montesquieu eserinde insanları aşırı çarelere başvurarak değil, tabiatın verdiği imkânlardan yararlanılarak yönetmek gerektiğini, ahlaksızlıkların nedeninin cezaların hafifliğinden değil, suçların cezasız kalmış olmasından ileri geldiğini savunmuş ve insanın hayal gücünün hafif cezalara alıştığı gibi ağır cezalara da alıştığını ve bu nedenle bir süre sonra ağır cezaların da işlevsiz kaldığını belirtmiştir.⁶⁹

Yazar eserinde aynı zamanda çeşitli cezalar arasında bir ahenk kurularak orantı sağlanması gerektięini⁷⁰, iyi bir kanun yapıcısının suçları cezalandırmaya değil, ahlakı yükseltmeye gayret edeceğini ve medeni kanunların kişiyi kolaylıkla yola getirerek aşırı bir şiddeti içermeyeceğini belirtmiştir.⁷¹ Montesquieu, ayrıca bir kanun yapılırken dilinin arı olması gerektiğini, kanun metninin herkes tarafından aynı şekilde anlaşılması gerektiğini ve belirsiz ifadelere yer verilmemesi gerektiğini de savunmuştur.⁷²

Klasik okulun bir başka temsilcisi olan Bentham ise, cezalandırmanın fiziksel bir kötülük ya da bir keyif veya zevk kaybı olduğunu belirtmiş ve cezalandırmanın da bizzat bir kötülük oluşturduğunu belirtmiştir.⁷³ Bu nedenle kendi içinde bir kötülük

⁶⁸ **BECCARIA:** s.222.

⁶⁹ **MONTESQUIEU:** *Kanunların Ruhunu Üzerine*, (ev. ÖZBİLEN, şevki), C.I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.117.

⁷⁰ **MONTESQUIEU:** s.122.

⁷¹ **MONTESQUIEU:** s.115.

⁷² **MONTESQUIEU:** s.543.

⁷³ **BENTHAM, Jeremy:** *The Rationale of Punishment*, Robert Heward, 1830, s. 2.

olduğunu düşündüğü cezalandırmanın, yararlılık prensibi uyarınca ancak daha büyük kötülükleri engellemek için uygulanması gerektiğini belirtmiş ve cezanın yersiz, verimsiz, faydasız ve gereksiz olacağı zamanlarda uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Toplumsal fayda düşüncesini benimseyen Bentham, cezalandırmayla yaratılan acının aynı zamanda ekonomik açıdan da bir risk olduğunu, bu nedenle her cezalandırmada kâr-zarar hesabının dikkatlice yapılması gerektiğini belirtmiş ve olabilecek en az cezayla istenilen etki yaratıldığında cezanın ekonomik olduğunu, aynı etkiyi daha az ceza ile yaratabilecekken, daha fazla ceza verme durumunda ise daha fazla kötülük doğacağını ve bu durumda cezalandırmanın ekonomik olmayacağı görüşünü savunmuştur.⁷⁴

Bentham'a göre bir suçun faydası, kişiyi yanlış davranmaya iten güç olup, cezalandırma ise onu bu davranıştan alıkoyacak olan güçtür. Dolayısıyla ilk gücün kuvvetli olması durumunda kişi suç işleyecek, ikinci gücün kuvvetli olması durumunda ise suç işlemeyecektir. Bentham tarafından ayrıca, suç işlenmesi durumunda verilecek olan cezanın suçla orantılı olması gerektiği savunulmuş, ancak aynı olan her suçta aynı cezanın verilmesinin adil olmayacağı, zengin bir adamla fakir bir adama verilecek olan maddi cezanın etkilerinin aynı olmayacağı, bu nedenle ceza verilirken failin yaş, cinsiyet, sosyal statü gibi özelliklerinin de göz önünde bulundurulması ve bu konuda hâkime dikkate değer bir serbestlik tanınması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁵

Yazarın aynı zamanda "*Panopticon*" adını verdiği, ortasında bir gözetleme kulesi bulunan, mahkûmların hücrelerinde her daim izlenebileceği, ancak izlenip izlenmediklerini göremeyecekleri, böylelikle her daim izlenebilecekleri korkusuyla bir

⁷⁴ **BENTHAM:** s. 23-27.

⁷⁵ **BENTHAM:** s. 33-37.

oto kontrol geliştirecekleri ve bir düzen sağlanacağı düşünülen bir hapisane projesi bulunmakta olup, bu proje hiçbir zaman hayata geçirilmemiştir.⁷⁶

Toplumsal fayda kuramını savunan Feuerbach ise, devletin amacının hukuk düzeninin kurulması olduğunu, yani hukuk kurallarına göre toplumun muhafaza edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷ Kurucuları Beccaria, Bentham ve Feuerbach olan bu teorinin savunucuları tarafından, cezanın suç işlemeyi önleyerek toplumsal faydayı gerçekleştireceği iddia edilmiştir.⁷⁸ Bu faydanın gerçekleştirilebilmesi için devletin her türlü hukuk ihlalini önleme hakkı ve yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiş, bunun da ancak zorlayıcı yasalarla gerçekleştirilebileceği, ayrıca sadece fiziki zorlamanın tek başına etkili olmayacağı, yasal ceza tehdidi ve cezanın infazı ile birlikte psikolojik zorlamanın da gerekli olduğu savunulmuştur.⁷⁹

Mutlak adalet kuramını savunan Kant ise, suç işlemiş bir kişinin bir ceza ve ıstırap çekmesinin ve kusurunun kefareti ödemesinin adalet gereği olduğunu, cezanın faileri korkutmak, toplumu savunmak gibi sebeplerle değil, akıl bunu buyurduğu için uygulandığını savunmuştur.⁸⁰ Zira Kant'a göre suç işleyen bir şahsın ceza ve ıstırap çekmesi ve kusurunun kefareti ödemesi, adaletin gereğidir.⁸¹ Kant'a göre toplum

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BENTHAM, Jeremy**: Panopticon or The Inspection House, T. Payne, London, 1791.

⁷⁷ **ARTUK-GÖKCEN**: s.32.

⁷⁸ **ÜZÜLMEZ, İlhan**: “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünceler”, EÜHFD, C.5, Sayı 1-4, s.266.

⁷⁹ **ARTUK-GÖKCEN**: s.32.

⁸⁰ **ARTUK-GÖKCEN**: s.32.

⁸¹ **TANER, T.** : s. 30.

kendi isteği ile dağılmak istese dahi, cezaevinde bulunan son katil de idam edilmelidir.⁸²

Ancak böylelikle adil bir kefarete gerçekleştirilmiş olabilir.

Aynı şekilde Hegel de suçun, bireyin iradesinin, umumun iradesine muhalefet etmesi olduğunu, başka bir ifade ile suçun, hukuku şuurlu şekilde ihlal eden fiil olduğunu savunmuş ve hukukun ihlaline eşdeğerde bir kefarete ile suçun bertaraf edildiğini, böylelikle ihlal edilen hukukun tekrar kaim edildiğini ifade etmiştir.⁸³

Zamanla toplumsal yarar ve mutlak adalet kuramlarının birleşmesiyle karma veya eklektik kuram denilen bir teori daha ortaya çıkmıştır. Söz konusu teori, cezanın hem adaleti yerine getirmek, hem de toplumu savunmak için verildiğini ifade etmiş, cezanın ölçüsünün sınırının adalet ve yarar olduğunu, ancak adil ve yararlı oldukça cezanın verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁸⁴ Bu teorinin en önemli savunucuları Carrara, Ortolan ve Rossi'dir.

Rossi, cezalandırmanın sınırını toplumsal fayda ile sınırlı adalet olarak çizmişken, diğer karma teori taraftarları cezalandırmanın sınırını adaletle sınırlı toplumsal fayda olarak belirtmişlerdir.⁸⁵ Ortolan ise cezanın hem adaleti yerine getirmek, hem de toplumu savunmak için verildiğini belirtirken, cezanın ölçüsünü adalet ve yarar ölçütlerine göre sınırlamıştır.⁸⁶

⁸² **CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2014, s.26.

⁸³ **GALLAS, Wilhelm:** "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", (Çev. ÖZGENÇ, İzzet), SÜHFD, C.4, Sayı 1-2, 1994, s. 307.

⁸⁴ **ÜZÜLMEZ:** "Ceza Sorumluluğunun Esası", s.269.

⁸⁵ **TANER, T. :** s. 32.

⁸⁶ **ARTUK-GÖKCEN:** s. 33.

Karma teoriye göre insan iradesi serbest olup, kusurla orantılı sorumluluk söz konusudur. Bu nedenle karma teori spiritüalisttir.⁸⁷ Söz konusu teoriye göre kusur muhakkak surette ehliyet unsuruna bağlıdır ve ehliyeti bulunmayan bir şahıs hiçbir surette kusurlu olamaz.⁸⁸ Bu teoriye göre, ceza hem adaleti yerine getirmek, hem de toplumu savunmak için verilmektedir.⁸⁹

Pozitivistler tarafından sonradan klasik okul olarak adlandırılan bu kuramlar, ceza sorumluluğunun esasını kusura, dolayısıyla manevi sorumluluğa dayandırmakta ve insan iradesinin özgür olduğu varsayımından hareket etmektedir.⁹⁰ Bu teoriye göre serbest irade ve temyiz kudretine sahip olan şahsa işlediği fiil dolayısıyla bir kusurun isnat olunabilmesi gerekmektedir.⁹¹

İrade serbestisine sahip olmayan kişiler için ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak cezai mesuliyet için sadece irade serbestisi yeterli olmayıp, failin aynı zamanda temyiz kudretine de sahip olması gerekmektedir.⁹² Zira temyiz kudreti bulunmayan bir kişinin serbest irade ile davranışlarını seçme ihtimali bulunmamaktadır. İsnat yeteneği hürriyet anlamındadır, hür hareketin bulunmadığı yerde suç olamaz.⁹³

⁸⁷ **TANER, T.** : s. 33.

⁸⁸ **DÖNMEZER:** Cezai Mesuliyetin Esası, s.22.

⁸⁹ **ARTUK-GÖKCEN:** s.33.

⁹⁰ Bkz. **TÜMERKAN, Somay:** “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1983, s.52.

⁹¹ **DÖNMEZER:** Cezai Mesuliyetin Esası, s.21.

⁹² **DÖNMEZER, Sulhi:** “Cezai Sorumluluğunun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar”, İÜHFM, C.II, S. 3-4, 1945, s. 68.

⁹³ **TÜMERKAN:** s. 53.

Yine bu okula göre faile verilecek olan ceza, mevcut kusurun şiddet derecesine göre tespit edilecektir.⁹⁴ Zira irade serbestisi ceza sorumluluğunun esası olarak görüldüğünden, söz konusu sorumluluk da kusurun ağırlığıyla orantılı olacaktır.⁹⁵ Yani, bu okul savunucularına göre, cezanın kişisel, acı verici, kusurla orantılı, belirli ve geri alınamaz olması gerekmektedir.⁹⁶

Klasik okul, öncelikle irade özgürlüğü kavramının soyut ve belirsiz olması nedeniyle pozitivist okul tarafından eleştirilmiş,⁹⁷ manevi sorumluluk görüşünün ahlakla ceza hukukunu birbirine karıştırdığı iddia edilmiştir.⁹⁸

Klasik okulun karşılaştığı bir başka eleştiri de kusur yeteneği bulunmayan suçluların bu okula göre cezalandırılması mümkün olmayacağı için, tehlikeli suçlulara karşı toplumun savunmasız kalacağı yönünde olmuştur.⁹⁹ Kişinin mutlak özgür olduğu varsayımının, kusur sorumluluğunun gereği olan sorumluluğun derecelendirilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi yönünden, insan davranışlarının iradi olmayan iç ve dış nedenlerle şartlandırıldığını görmezlikten gelme sonucunu doğurduğu, böylelikle toplumu suçluluğun sosyal nedenlerini ve özel önleme araçlarını araştırma sorumluluğundan kurtardığı yönünde de eleştirilmiştir.¹⁰⁰ Yine söz konusu okul, savunucuları tarafından kesin hükümle cezai sorunun kapandığının kabul edilmesi,

⁹⁴ **DÖNMEZER:** “Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar”, s. 74.

⁹⁵ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s. 74.

⁹⁶ **TOROSLU:** “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369.

⁹⁷ **AKGÜN, Fatmagül:** “Suç Davranışı Konusunda Klasik Okul ile Pozitivist Okulun Yaklaşımları”, CHD, Y.7, S.19, 2012, s.331.

⁹⁸ **TÜMERKAN:** s.55.

⁹⁹ **TOROSLU, N. :** “Ceza Hukukunda Okullar”, s. 369.

¹⁰⁰ **TOROSLU, N. :** “Ceza Hukukunda Okullar”, s.369.

ancak suçluların ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması gibi konular üzerinde hiç durulmamış olması yönünden de oldukça eleştirilmiştir.¹⁰¹

Yapılan bütün bu eleştirilere rağmen, klasik okul, fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, kusurluluk, isnadiyet, cezanın şahsiliği, muayyenliği ve orantılılığı gibi ceza hukukunun temelini oluşturan bazı ilkeleri rasyonalize etme başarısını göstermiştir.¹⁰² Cezaların failin kusurluluğu göz önünde bulundurularak verilmesi, temyiz kudreti olan faillerle olmayan failerin farklı değerlendirilmesi, sınırlı temyiz kudreti bulunanlara ya da yaşça küçük olanlara daha az ceza verilmesi de bu okulun ceza hukukuna kazandırdıklarındandır.

2. Pozitivist Okul

Sanayi devriminin de etkisiyle hem sosyal hem de ekonomik anlamda değişen ve gelişen toplumda, klasik okulun eleştirilmesi ve bazı konularda yetersiz kalması sonucu bilimsel pozitivism esasına dayalı olan Pozitivist Okul ortaya çıkmıştır. Söz konusu okul aynı zamanda İtalyan Okulu olarak da anılmaktadır.¹⁰³

Okulun kurucusu Lombroso olmakla birlikte, teori sonrasında Garofalo ve Ferri tarafından kuvvetlendirilmiş ve tamamlanmıştır. Lombroso'ya göre suç da doğum ve ölüm gibi doğal bir olay olup, nasıl bazı hayvanlar yırtıcı olarak doğuyorsa, bazı insanlar da suçlu olarak dünyaya gelmektedir.¹⁰⁴ Dolayısıyla Lombroso'nun esas

¹⁰¹ **TOROSLU, Nevzat-TOROSLU, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş, Ankara, 2018, s.375.

¹⁰² **TOROSLU, N. :** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, s.369.

¹⁰³ **ÜZÜLMEZ:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası*”, s.272.

¹⁰⁴ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.83.

düşüncesi irade özgürlüğünün bulunmadığı ve bu nedenle cezaların etkili olmadığını.¹⁰⁵ Yazara göre, suç işlemek doğuştan gelen bir netice ise, ne hapis ne de çeşitli terbiye usulleri suç işleyen kişinin tedavi edilmesini sağlamamaktadır.¹⁰⁶

Yine Lombroso'ya göre doğuştan suçlu olan kişilerde bir takım anatomik, psikolojik veya biyolojik anormallikler görülmekte olup, bu anormallikler onları suç işlemeye itmektedir. Anatomik anormallikler kafatası ölçülerinde oransızlık, beynin küçüklüğü, kolların uzunluğu, elmacık kemiklerinin çıkıklığı gibi anatomik özellikler şeklinde öngörülmekteyken, biyolojik anormallikler; maddi duygusuzluk, duyu organlarının işleminde uygunsuzluk, hareketlerde düzensizlik, reflekslerin kötü çalışması gibi durumlar olarak kabul edilmiş, psikolojik anormallikler ise ahlaki duyguların yokluğu olarak belirtilmiştir.¹⁰⁷ Ayrıca yazar tarafından doğuştan suçluların bencil olduğu, merhamet, adalet ve doğruluk duygularından yoksun oldukları da iddia edilmiştir.

Önceleri sadece doğuştan suçlu tipini kabul eden Lombroso, sonradan Ferri'nin etkisiyle "*kriminaloid*" adı verilen tesadüfi suçlu tipini de kabul etmiştir.¹⁰⁸ Yazar, "*Cezalandırmanın suçluyu azaplandırmaya değil, toplumun kurtuluşunu sağlamaya yönelmesi ve suçtan daha çok suçluyu ve mağduru göz önüne alması zorunlu olur*"

¹⁰⁵ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.84.

¹⁰⁶ **LOMBROSO, Cesare:** Suç İşlemenin Biyolojik ve Sosyal Sebepleri, (Çev. IRMAK, Sadi), 2. Baskı, Aydın Güler Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 59.

¹⁰⁷ **TANER, T. :** s.39.

¹⁰⁸ **TANER, T. :** s.39.

demiş ve her cezanın cürmi antropoloji esasına göre şahsa uydurulması gerektiğini, bu nedenle de hapis süresinin sınırsız olması gerektiğini savunmuştur.¹⁰⁹

Garofalo ise, suçun sosyolojik bakımdan anlamının belirlenmesiyle ancak suç ve suçlu hakkında sonuca varılabileceğini savunmuş¹¹⁰, bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için gayriahlaki ve toplum için zararlı bir fiil olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹¹ Garofalo da tıpkı Lombroso gibi klasik okulun ceza sorumluluğunu manevi sorumluluğa dayandıran görüşünü reddetmiştir.¹¹² Yazara göre ahlaksızlık serbest bir iradenin ürünü olmadığından, suç ve ceza arasındaki oran manevi sorumluluğa göre belirlenemez.¹¹³ Bu nedenle söz konusu oranın belirlenebilmesi açısından bir ölçüt olarak “*tehlikeli hal*” kavramı ortaya konulmuş ve cezanın suçlunun tehlikeli haline göre verilmesi gerektiği savunulmuştur.¹¹⁴ Yine yazara göre yaptırımın uygulanmasında gözetilecek olan diğer ölçüt ise suçlunun toplumsal çevreye uyma yeteneğidir.¹¹⁵

Pozitivist okulun diğer önemli temsilcisi ise Ferri'dir. Yazara göre ceza sorumluluğunun esası toplumsal sorumluluk olup, her insan toplum halinde yaşaması nedeniyle kendisi tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiillerden dolayı sorumlu olacaktır.¹¹⁶ Klasik okul tarafından benimsenmiş bulunan manevi sorumluluğun, fizyo-

¹⁰⁹ **ÜZÜLMEZ:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası*”, s. 274.

¹¹⁰ **GAROFALO, Rafele:** *Criminologia-Suç, Suçlu ve Ceza*, (Çev. GÖKLÜ, Muhddin), Nurgök Matbaası, İstanbul, 1957, s. 26.

¹¹¹ **GAROFALO:** s.53.

¹¹² **GAROFALO:** s.22.

¹¹³ **DÖNMEZER:** *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.38.

¹¹⁴ **DÖNMEZER, Sulhi:** “*Tehlikeli Hal Meselesi*”, İÜHF, C.10, S.1-2, s.180.

¹¹⁵ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.99.

¹¹⁶ **DÖNMEZER:** *Cezai Mesuliyetin Esası*, s.47-48.

psikoloji bilimleri tarafından kesinlikle reddedildiğini belirten yazar, doğaya determinizmin egemen olduğunu savunmuştur.¹¹⁷ Ferri'ye göre fiil ve hareketler, ruhsal ve fizyolojik bir yapı olan insanın içine doğduğu ve içinde yaşadığı fiziksel ve toplumsal ortamın bir sonucudur.¹¹⁸

Yazar, suç ve suçlunun sorumluluk derecesinin tespiti için Garofalo tarafından ortaya konulan iki ölçüte ek olarak, fiilin ve failin az veya çok anti sosyal karakterinin de dikkate alınması gerektiğini savunmuştur.¹¹⁹ Ferri'ye göre suçlular, “*doğuştan, akıl hastası, itiyadi, tesadüfi ve ihtirasi suçlular*” olarak beşe ayrılmakta olup, pozitivistlerce ilk üç gruba giren suçlular en tehlikeli suçlular olarak kabul edilmektedir.¹²⁰ Yine söz konusu yazar tarafından, cezanın tesirsizliği ya da çok az tesir etmesinden bahsedilmiş ve ceza yerine geçecek çeşitli tedbirlerin getirilmesi tavsiye edilmiştir.¹²¹

“*Bireysel sorumluluk*” kavramını reddederek “*Toplumsal sorumluluk*” kavramını oraya koyan Pozitivist Okula yöneltilen ilk eleştiri irade özgürlüğü ve manevi sorumluluk esasını reddetmelerinden ötürü yapılmıştır. Yöneltilen bir diğer eleştiri ise uyguladıkları deney ve gözlem metodu bakımından yapılmıştır. Buna göre Pozitivistlerin henüz bilimsel olarak ispat edilmemiş varsayımlara dayandıkları ve az sayıda gözlemden genel sonuçlara vardıkları iddia edilmiştir.¹²² Yine “*tehlikeli hal*” kavramı kesin olarak belirlenebilir ve tanımlanabilir olmadığından, bu konuda hâkime tanınacak takdir yetkisinin keyfiliğe yol açacağından bahisle eleştirilmiştir. Ayrıca

¹¹⁷ **TÜMERKAN:** s.56.

¹¹⁸ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.87.

¹¹⁹ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.100.

¹²⁰ **TANER, T. :** s.45-46.

¹²¹ **TANER, T. :** s.47.

¹²² **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.107.

suçluluğu fiziksel ve biyolojik nedenlerle açıklayan okul, henüz bir suç işlememiş olsalar bile sosyal yönden tehlikeli kişilere de güvenlik tedbiri uygulanmasını önererek kanunilik ilkesine aykırı şekilde potansiyel suçluluk eğiliminin doğmasına yol açmıştır.¹²³

Ancak bütün bu eleştirilere rağmen, Pozitivistler ceza hukuku alanında bazı önemli değişikliklerin de kabul görmesini sağlamışlardır. Bu okul sayesinde önleyici tedbirler uygulanmaya başlanmış, ayrıca yaptırımların bireyselleşmesi hususundaki önerilerinin birçoğu kabul görmüştür.¹²⁴

3. Üçüncü Okul

Neo klasik ya da Eleştirel Pozitivist Okul adıyla da bilinen okul, bir yandan klasik okulun “*Failin manevi sorumluluğu*” fikrini, diğer yandan ise pozitivistlerin “*Sosyal tehlikelilik*” kavramını kabul etmiş ve böylelikle ödetici ceza ve koruyucu güvenlik tedbirlerinin ikiciliğine dayanan ve “*Çift Peron Sistemi*” adı verilen sistem doğmuştur.¹²⁵ Okulun en önemli temsilcileri Alimena, Carnevale ve Manzini’dir.

Söz konusu okula göre ceza ancak adil ve toplum için yararlıysa uygulanmalıdır.¹²⁶ İrade insanın fiillerine yön vermemekte, çeşitli saiklerden en baskın çıkan iradeyi yönlendirmektedir.¹²⁷ Üçüncü okul, klasik okulun irade serbestisine göre

¹²³ **TOROSLU, N. :** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, s.371.

¹²⁴ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.109.

¹²⁵ **TOROSLU, N.-TOROSLU, H. :** Ceza Hukuku Genel Kısım, s.380.

¹²⁶ **AYDIN:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, s.51.

¹²⁷ **EREM, Faruk:** “*Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayri Şuur*”, AÜHFD, C.7, S.3, 1950, s. 67. “*Karara tekdüm eden safhada irade saikleri yer alır. Karar, muhtelif saiklerden birinin o şahıs tarafından iyi, faydalı veya lüzumlu-subjektif manada- sayılmasından doğar.*

sorumluluk anlayışını reddetmiş, bunun yerine sorumlu olan ve olmayan suçlular ayırımını getirmiştir.¹²⁸ Buna göre sorumlu suçlular kusurlu bir irade ile yani zihni bakımdan sağlıklı ve normal bir irade ile suç işleyenlerdir.¹²⁹ Failin cezalandırılabilmesi için mutlaka kusurlu olması gerekmekte ve faile verilecek olan ceza işlediği fiil ile orantılı olmalıdır.¹³⁰ Sorumlu olmayan suçlular hakkında cezaya hükmolunmayacağını, eğer toplum için bir tehlike oluşturuyorlarsa emniyet tedbirlerine başvurulabileceğini savunmuşlardır.¹³¹

Üçüncü okula göre suç bir nedensellik sürecinin sonucu olup, bu sürecin parçaları üzerinde etki yaparak suçun önlenmesi mümkündür.¹³² Suçun önlenmesi ise ancak cezanın toplum üzerindeki psikolojik etkisiyle mümkün olabilir.¹³³ Bu nedenle söz konusu okul, cezanın toplum üzerindeki psikolojik etkisine dayanmış ve cezanın ibret teşkil etme, korkutma niteliğini kabul etmiş olup, cezanın akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirlerinden bu yönüyle ayrıldığını savunmuştur.¹³⁴

4. Yeni Sosyal Savunma Okulu

İlk olarak Pozitivist Okulun ortaya koyduğu “*Toplumsal savunma*” kavramı, sonrasında Yeni Sosyal Savunma Okulu yazarları tarafından ele alınarak geliştirilmiştir.

Muhtelif saikler arasında seçim yapıldığı takdirde karardan ve binnetice tam manası ile iradeli fiillerden bahsedilebilir.”

¹²⁸ **TANER, T.** : s.64-65.

¹²⁹ **ÜZÜLMEZ:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası*”, s.285.

¹³⁰ **AYDIN:** s.51.

¹³¹ **ARTUK-GÖKCEN:** s.47.

¹³² **DÖNMEZER-ERMAN:** C.I, s.110.

¹³³ **DÖNMEZER:** Cezai Mesuliyetin Esası, s.77.

¹³⁴ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.110.

Söz konusu okula göre, toplum öncelikle suçluluk nedenleriyle baş etmeli, toplumsal olmayan suçlunun kanuna uygun yaşaması için tedavi edilmesi gerekmektedir.¹³⁵ Okulun savunucularına göre, toplumsal savunma kavramı hukuk düzeninin sadece suçun karşılığı olarak öngörülmesine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.¹³⁶ Suç toplumsal bir olaydır ve insanın doğal yapısına bağlı bir fiildir. Dolayısıyla suçun kanunen tanımlanarak bir ceza ile değerlendirilmesi yeterli bulunmamaktadır.¹³⁷ Aynı zamanda suç işleyen bireyin, toplumsal birey olarak ele alınması ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi için alınması gereken tedbirlerin araştırılması gerekmektedir.¹³⁸ Dolayısıyla geleneksel kefarete teşkil edici ceza anlayışına karşı çıkmışlardır.¹³⁹

Söz konusu okul yazarları tarafından, “*Toplumsal savunma*” kavramının suçluyu koruyarak toplumu korumaya yönelmiş ve suçlunun özel bireysel durumuna uygun bir muamele biçimini sağlayan kanuni koşulları ve yolları gerçekleştirmiş etkin bir önleme politikası olduğu savunulmuştur.¹⁴⁰ Toplumun korunmasının, birey güvencelerinin kısıtlanmasında değil, onların topluma yararlı kişiler haline getirme yönündeki tedbirlerde aranması ve insan kişiliğine ve ceza hukukuna sadece ceza teorilerinin değil, aynı zamanda tüm insan bilimlerinin prensiplerinden yararlanılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴¹

¹³⁵ **DEMİRBAŞ:** s.82.

¹³⁶ **ANCEL, Marc:** “*Toplumsal Savunma Nedir?*”, (Çev. BAYRAKTAR, Köksal), İÜHFİM, 1972, C.37, S.1-4, s.335.

¹³⁷ **ANCEL:** s. 335.

¹³⁸ **AYDIN:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, s.52.

¹³⁹ **TÜMERKAN:** s.60.

¹⁴⁰ **ANCEL:** s.337.

¹⁴¹ **TÜMERKAN:** s.61.

Söz konusu hareket içerisinde Grammatica gibi ceza hukukuna tamamıyla karşı çıkan, sosyal savunmanın esas amacının bireylerin iyileştirilmesi, yeniden sosyalleştirilmesi olduğunu, bu nedenle ceza hukukunun, cezai sorumluluğun, geleneksel ceza yargılaması sisteminin kaldırılması ve hatta suç ve suçlu kavramlarından vazgeçilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Ancak söz konusu okulda çoğunluğu oluşturan ve kendilerine reformist denilen yazarlara göre kanunilik ilkesi, irade serbestisi ve determinizme ilişkin peşin hükümler olmadan, bu hususta felsefî tartışmalardan kaçınarak ve sadece pratik amaçlar gözetilerek, sorumluluk kavramından vazgeçmeden cezalandırma imkânı bulunmalıdır.¹⁴²

Yeni Sosyal Savunma Okulu yazarlarına göre, temel düşünce suçunun tekrar sosyalleştirilmesi olup, ceza hukuku insan haklarına saygılı olmalı ve kanunilik ilkesi dokunulmaz olmalıdır.¹⁴³ Söz konusu okula göre, sorumluluğun kaynağı olan bireysel sorumluluk duygusu aynı zamanda yaptırımın yönünü de belirlemekte olup, bir kişi hakkında cezaya mı yoksa emniyet tedbirine mi veya her ikisine birden mi hükmedileceği, bireysel sorumluluk duygusunun yoğunluğuna göre belirlenecektir.¹⁴⁴ Yaptığı hareketin kanun tarafından yasaklandığını ve bu nedenle ceza kovuşturmasına uğrayacağını bilen kişinin bireysel sorumluluk duygusu taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Toplumun korunmasının ancak eğitici-öğretici veya tedavi edici yöntemler ve suçlunun ayrılması gibi dar anlamda ceza dışında uygulanacak tedbirlerle sağlanabileceği düşünülmektedir.¹⁴⁶

¹⁴² **TOROSLU-TOROSLU:** Ceza Hukuku Genel Kısım, s.382.

¹⁴³ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.113.

¹⁴⁴ **ÜZÜLMEZ:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası*”, s. 289.

¹⁴⁵ **ÜZÜLMEZ:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası*”, s. 293.

¹⁴⁶ **TÜMERKAN:** s.62.

Altmışlı yılların ortalarına doğru artan suçluluk ve bu doğrultuda artan kolektif savunma talepleri sonucunda, söz konusu okulun savunucuları tarafından önerilen bu yeni politikaların ceza sistemi yönünden elverişli olup olmadığı açısından inceleme başlatılmış, yapılan araştırmalar sonucunda insanileştirilmiş ve yeniden sosyalleştirici tretmana yönelik ilkelerin hedeflerine ulaşamadığı, suçların vadedildiği şekilde azalmadığı, tam tersi arttığı görülmüştür.¹⁴⁷

5. Değerlendirme

Cezanın amacı ve işlevi konusundaki bütün bu teoriler esasında tek başına yeterli değildir. Suçun önlenmesi ve toplumun korunması gibi kavramlar herkes tarafından kabul edilen, ancak esas problemi çözmeyen kavramlardır.¹⁴⁸ Öncelikle, cezanın anlamı ve amacı, ödetme niteliğini halen kaybetmemiştir.¹⁴⁹ Ancak bu ödetme anlayışı kısas anlamına gelmemektedir.¹⁵⁰ Günümüz modern ceza hukuku anlayışında ödetme, suç işleyen kişiye, işlediği suçla orantılı olarak ceza verilmesidir. Kanunilik ilkesi ortaya çıkan zararın yoğunluğuna göre cezaların orantılandırılmasını da destekler.¹⁵¹ Zira TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesi bu duruma ilişkindir.

Bununla birlikte cezalandırmanın genel ve özel önleyici işlevi de bulunmaktadır. TCK'nın 1. maddesinde ceza kanununun amaçlarından bir tanesi de “*Suç işlenmesinin*

¹⁴⁷ **TOROSLU:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, s.376.

¹⁴⁸ **HALL:** s. 308.

¹⁴⁹ **ÖNDER:** C.I, s. 14.

¹⁵⁰ **TOROSLU, Haluk:** Ceza Müeyyidesi, Savaş, Ankara, 2010, s. 70.

¹⁵¹ **HALL, Jerome:** General Principles of Criminal Law, 2. Baskı, 1960, s. 301.

önlenmesi” olarak belirlenmiş olup, cezaların caydırıcı etkisi de halen devam etmektedir.

Yine Pozitivistlere ve Sosyal Savunma Okuluna ait ıslah ve iyileştirme düşüncesi de günümüz modern ceza hukukunda özellikle de infaz aşamasında göz önünde bulundurulmuş ve ulaşılmaya çalışılan bir hedefdir. CGTİHK'nın 3. maddesinde infazdaki temel amaç düzenlenmiştir. Söz konusu maddede öncelikle temel amacın, özel ve genel önlemeyi sağlamak olduğu belirtilmiş ve ardından toplumun korunması ile *“Hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak”* da infazdaki amaçlar olarak düzenlenmiştir.

Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, günümüzde cezanın amacı ve işlevinin tek bir teori ile sınırlı olmayıp, karma ve kendine özgü bir özellik gösterdiği söylenebilir.¹⁵²

II. Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza Kavramı ve Diğer Müeyyidelerle İlişkisi

A. Müeyyide Kavramı ve Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza

1. Genel Olarak Müeyyide Kavramı

İnsanlar toplu halde yaşamaya başladıktan sonra toplum içerisinde düzen ve disiplin ihtiyacı doğmuştur. Zira düzen ve disiplinin olmadığı toplumlarda insanların bir arada yaşamaları mümkün değildir. Toplumlara sınırları genişledikçe düzeni sağlamak

¹⁵² HALL: s. 309.

daha da zorlaşmış, bunu sağlamanın bir kamu hizmeti biçiminde örgütlenmesi ve “Üstün bir gücün uyguladığı yaptırımlar düzeninin” kurulması zorunlu olmuştur.¹⁵³

Böylelikle ortaya çıkan hukuk kuralları, genel olarak kendilerinden sapılması halinde, toplum tarafından rasyonel olarak örgütlenmiş ve zor kullanılması gerektiğini belirten kurallarla karşılanan sosyal normlar olarak tanımlanabilir.¹⁵⁴ Bu davranış kuralları belirli şeylerin yapılmasını veya belirli şeylerden kaçınılmasını emretmektedirler.¹⁵⁵ Hukuk kuralına aykırı davranış, devletin zorlayıcı gücünü harekete geçirmekte ve söz konusu davranışlarda bulunanlar tarafından bir takım olumsuz sonuçlarla karşılaşmaktadır.¹⁵⁶ Hukuk kuralları daima emir, yasak, izin veya yetki içeren kurallardır.¹⁵⁷ Esasında hukuk normlarının emir kipinde yazılmadıkları zamanda dahi çoğu kez emir içerdikleri söylenebilir.¹⁵⁸

Hukuk düzeni, çeşitli hukuk kuralları ve söz konusu kurallara uymayanlara karşı kullanılacak çeşitli düzeyde yaptırımlar ve bu yaptırımlar hakkında karar verecek ve

¹⁵³ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.I, s.1.

¹⁵⁴ **DÖNMEZER, Sulhi:** Sosyoloji, Beta, 10. Baskı, İstanbul, 1990, s. 274. “*Hukuk kurallarının üç belirgin özelliği bulunmaktadır: a) Az veya çok sistematik ve genelleştirilmiş kurallardır, b) Belirli bir şekilde tanımlanmış durum ve ilişkileri yönetirler ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde açıklarlar, c) Tanımlanmış ve sınırlı biçimde kuvvet veya kudret sınırlanmasını uygularlar.*”

¹⁵⁵ **GÜRİZ, Adnan:** Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s. 22.

¹⁵⁶ **AYBAY, Aydın – AYBAY, Rona:** Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2007, s.43.

¹⁵⁷ **GÖZLER, Kemal:** Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 10. Baskı, Bursa, 2013, s.25.

¹⁵⁸ **GÜRİZ:** s. 22.

uygulayacak olan “Zorlama örgütü” ile sağlanmaktadır¹⁵⁹ Hukuk düzeni yalnızca bir normlar sistemi olmamakla birlikte, normlar sisteminin geçerliliği ve yürürlüğü toplum tarafından benimsenmeleriyle ve devlet gücü tarafından gerçekleştirilmeleriyle mümkün olmaktadır.¹⁶⁰ Zira hukuk kurallarına uyma, kuvvet ve zor yolu ile sağlanmakta olup, söz konusu cebrin sınırları da yine hukuk tarafından çizilmektedir.¹⁶¹ Hukuk normlarına uyumun sağlanabilmesi ve hukuk düzeninin sürdürülebilmesi için cebrin varlığı gereklidir.¹⁶² Ancak söz konusu cebrin bir takım özellikleri bulunmaktadır. Buna göre, cebrin hukuk sistemi içinde cebri kullanmaya yetkili kişi tarafından kullanılması ve caydırıcı olması gerekmektedir.¹⁶³ Devletin cebir tekeli elinde bulundurması, devlet yaptırımlarına hiç kimse tarafından karşı çıkılmamasını ve herkes tarafından devletin hukuk kurallarını uygulama yetkisine saygı gösterilmesini gerekli kılmaktadır.¹⁶⁴ Sonuç olarak yaptırım, hukuk düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla bireylerin kamu gücü aracılığıyla zorlanabilmesidir.¹⁶⁵

Müeyyide hakkındaki her türlü düşünce normun ihlal edilebilirliği esasına dayandırılmakta olup, normatif bütün düzenler zorunlu olarak, hem ihlal imkânını hem de ihlal ihtimalini karşılayabilecek olan bir önlemler sistemi bütününe ihtiyaç

¹⁵⁹ **KARAYALÇIN, Yaşar:** Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, BTHAE, 5. Baskı, Ankara, 2001, s. 110.

¹⁶⁰ **GÜRİZ:** s. 23.

¹⁶¹ **DÖNMEZER:** Sosyoloji, s.275.

¹⁶² **GÜRİZ:** s. 76.

¹⁶³ **GÜRİZ:** s. 78.

¹⁶⁴ **GÜRİZ:** s. 79.

¹⁶⁵ **AYBAY – AYBAY:** s.44.

duymaktadır.¹⁶⁶ İşte söz konusu normatif düzenin kendi varlığını koruyabilmesi adına geliştirdiği bu tedbire “Müeyyide” adı verilmektedir.¹⁶⁷

Bununla birlikte her ne kadar “Yaptırım” ve “Müeyyide” kavramları birbirlerinin yerine kullanılmakta iseler de, yaptırım kelimesi tam olarak müeyyide kavramını karşılamamaktadır.¹⁶⁸ Zira yaptırım kavramı kişiyi belirli bir şekilde davranmak zorunda bırakmak anlamına gelmekteyken, müeyyide kavramı daha geniş kapsamlıdır. Bir işlemin hukuken yok sayılması ya da butlanı gibi müeyyideler, yaptırım gibi herhangi bir eylemi içermeyen sonuçlardır. Dolayısıyla “Müeyyide” kavramının “Yaptırım” kavramına göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Nitekim TCK’nın 3. kısmı “Yaptırımlar” başlığı altında düzenlenmiş ve söz konusu başlık altında cezalar ve güvenlik tedbirleri ayrı bölümlerde incelenmekle her ikisi de

¹⁶⁶ HAFIZOĞULLARI- ÖZEN: s.407.

¹⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 1996, s. 145 vd. “İhlale verilen cevabın veriliş biçimine göre üç türlü müeyyide bulunmaktadır. Bunlar; a) Ahlaki veya derunî müeyyide: Kişinin hiç kimseyi veya hiçbir harici duyguyu hesaba katmadan kendi içinde belirlediği ahlak kurallarına uygun davranmaması halinde yaşayacağı suçluluk duygusu, vicdan azabı, pişmanlık vb. duygulardır. Ahlaki müeyyidenin yerine getirilmesinden yine şahsın kendisi sorumludur. b) Sosyal veya harici müeyyide: Toplum içerisindeki muâşeret, görgü kuralları, töre vb. kuralların karakteristiğidir. Bu normlar genellikle töre biçiminde sosyal bir gruptan doğmakta ve ihlali halinde toplum tarafından müeyyide olarak çeşitli davranışlarla karşılaşmaktadır. Bu müeyyideler basit bir kınamadan ağır bir müeyyide olan linç etmeye kadar varmaktadır. Sosyal müeyyide bu anlamda etkili ancak ölçüsüz olup henüz kurallaştırılmamış müeyyidelerdir. c) Hukuki veya müesseseleştirilmiş müeyyide: Müeyyidelerin müesseseleştirilmesi, toplumun fertlerinin davranışlarının düzenlenmesi yanında, bu davranışlara aykırı davranışlara tepkinin de düzenlenmesi demektir. Hukuki müeyyide deruni değil dışa yönelik bir tepki olması dolayısıyla ahlaki müeyyideden, kurallaştırılmış olması sebebiyle de sosyal müeyyideden ayrılmaktadır.”

¹⁶⁸ TOROSLU, H. : s. 7.

yaptırım olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla cezai müeyyidelerin esasında birer yaptırım olduğunu söylemek mümkündür.

Hukuk tarafından belirlenen müeyyideler, yine hukuk tarafından belirlenen kişi ve kurumlar tarafından uygulanmaktadır. Söz konusu müeyyideler hem idari hem de yargısal yolla uygulanabilmekteyse de, idari yollarla uygulanacak müeyyidelerde dahi, son söz yargıya aittir. Zira idari yolla uygulanan müeyyidelere karşı yargı yolunun açık olması bu nedenledir.

2. Bir Müeyyide Türü Olarak Ceza

Hukuk düzenlerinde müeyyidenin en güçlü şekilde kurallaştırılmış olduğu alan ceza hukukudur.¹⁶⁹ Bir normatif düzen olarak ceza hukuku söz konusu olduğunda, düzenin ihlal imkânına ve ihtimaline karşı kendi varlığını korumaya çalıştığı müeyyide tedbiri cezadır.¹⁷⁰

Ceza kuralları genelde yasaklama biçiminde olmakla birlikte belirli bir hareketin yapılmasını emretmek suretiyle de ortaya çıkabilmektedir.¹⁷¹ Örneğin TCK'nın 278. Maddesinde düzenlenen “*Suçtu bildirmeme suçu*”, TCK'nın 279. maddesinde belirlenen “*Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu*” ve TCK'nın 280. maddesinde belirlenen “*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*”, kanunun belirli bir hareketin yapılması yönündeki emri suretiyle ortaya çıkmıştır.

¹⁶⁹ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s.150.

¹⁷⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s.407.

¹⁷¹ TOROSLU– TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım, s.37.

Esasında cezanın temel niteliği bir savunma tepkisi olmasıdır.¹⁷² Ceza, suç işleyen kişiye çeşitli amaçları gerçekleştirme için uygulanan ve kişiyi bazı yoksunluklara uğratan bir yaptırım olup, sıkıntı, ıstırap ve güçlük verici özelliği bulunmaktadır.¹⁷³ Bu nedenle acı çektirici, bastırıcı veya ödetmesiz bir ceza olamaz.¹⁷⁴ Ancak günümüzde çağdaş toplumlarda, ceza verilmesindeki tek amaç suçluya azap ve ıstırap vermek değildir. *“Ceza, bugün suçlu ve toplumun ortak yararlarını göz önünde bulunduran ve suçluyu yeniden sosyalleştirerek toplumun üretken ve kanunlara saygılı bir bireyi haline getirmek amacını güden yapıcı bir önlem olup”*, ayrıca niteliği gereği bireyi her yoksunluğa uğratan veya acı verici olan yaptırım, ceza niteliğini taşımamaktadır.¹⁷⁵ Dolayısıyla bir akıl hastasının, akıl hastanesine kapatılması ceza niteliği taşımaz. Nitekim TCK’nın sistematığında de *“Cezalar”* ve *“Güvenlik Tedbirleri”*, 3. kısımdaki *“Yaptırımlar”* başlığı altında ayrı bölümlerde incelenmiştir.

Ceza, iradi bir tepkidir. Zira kendisiyle birlikte gelen zararlı sonuçlar bizzat devlet tarafından istenmekte olup, bu iradi tepki adil, meşru ve zorunludur.¹⁷⁶ Bir ceza hukuku normu iki dereceli bir emir mahiyetindedir. Bir yandan devlete ceza uygulama emri verilmekte, bir yandan da suç işleyen faile cezaya katlanma yükümlülüğü getirilmektedir.¹⁷⁷

Tarihsel süreç içerisinde ceza önce ödetmeci ve bastırıcı bir yaptırım olarak öngörülmüş ve ceza hukukunun zamanla sistematikleştirilmesiyle birlikte *“Klasik*

¹⁷² HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s.418.

¹⁷³ DÖNMEZER- ERMAN: C.I, s.6.

¹⁷⁴ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s.416-417.

¹⁷⁵ DÖNMEZER- ERMAN: C.I, s.6.

¹⁷⁶ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s.175.

¹⁷⁷ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s.177.

Okul” ortaya çıkmıştır. Ardından ödetmeci ceza anlayışı yetersiz kalmış, suçlunun eğitilmesi ve ıslah edilmesi fikirleri ortaya atılmış ve “*Pozitivist Okul*” ortaya çıkmıştır. Daha sonra bir yandan klasik okulun failin manevi sorumluluğu fikrini, diğer yandan ise pozitivistlerin sosyal tehlikelilik kavramını kabul eden “Üçüncü Okul” ortaya çıkmış, son olarak “*Sosyal savunma*” ve diğer bazı görüşler ortaya konulmuştur. Ancak tarihin her döneminde önemini koruyan ceza yaptırımı, günümüzde sadece bir ödetme aracı olarak değil, aynı zamanda failin ıslah edilerek tekrar topluma kazandırılması amacını da taşımakta, ayrıca ceza yaptırımının özel önleme amacının yanı sıra topluma örnek oluşturması bakımından genel önleme etkisi de bulunmaktadır.¹⁷⁸

Günümüz modern ceza hukukunda cezaların etkili olması için sert olması gerektiği anlayışı terk edilmeye çalışılmaktadır. Zira ceza korkusu herkesi aynı derecede etkilememektedir.¹⁷⁹ Ayrıca cezaların toplumda etkili olmasını sağlayan husus cezaların ağırlığı değil, kaçınılmaz olmalarıdır.¹⁸⁰ Suç işleyen kişilerin cezasız kalması veya çok az ceza almaları durumunda toplumda adalet duygusu sarsılacak ve bu durum cezaların kaçınılmaz olmadığı anlayışının toplumda yayılmasına neden olacak, böylelikle cezanın önleme amacı işlevsiz kalacaktır.

Bugün modern toplumlarda cezanın temel yaptırım olarak kaldığı, ancak faillerin farklı kişiliklerine göre ödetici, tedavi edici, ıslah edici veya etkisiz hale getirici işlevi de yerine getiren bir cezai sonuçlar sistemi uygulanmaktadır.¹⁸¹ Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin birlikte uygulandığı bu sisteme “*İkili Sistem*” denilmektedir.¹⁸²

¹⁷⁸ **ÖNDER:** C.II, s. 523.

¹⁷⁹ **YÜCEL, Mustafa Tören:** Adalet Psikolojisi, Ankara, 2007, s. 231.

¹⁸⁰ **BECCARIA:** s.129.

¹⁸¹ **TOROSLU, Nevzat:** Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, 1. Basım, Ankara, 1987, s. 103.

3. Türk Ceza Hukuku Sisteminde Yer Alan Müeyyideler

a. Hapis Cezaları

TCK'da düzenlenen hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezasıdır. Söz konusu hapis cezaları Anayasanın 17. ve 38. maddeleri gereğince insani, şahsi ve bölünebilir niteliktedir.¹⁸³

TCK'nın 47. maddesine göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, *“Hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir.”* 5275 s. CGTİHK'nın 107/2. maddesine göre söz konusu cezaya mahkûm edilenler 30 yıl boyunca infaz kurumunda cezalarını iyi halle çekmeleri durumunda, CGTİHK'nın 107/3. maddesine göre birden fazla kez ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilenler ise toplam 36 yıl boyunca cezalarını infaz kurumunda iyi halle çekmeleri halinde koşullu salıvermeden yararlanabilirler.

TCK'nın 48. maddesine göre müebbet hapis cezası, *“Hükümlünün hayatı boyunca devam eder.”* Ancak CGTİHK'nın 107/2. maddesine göre müebbet hapis cezası olarak toplam 24 yıl boyunca cezasını iyi halli olarak infaz kurumunda geçiren hükümlü ve CGTİHK'nın 107/3. maddesine göre birden fazla kez müebbet hapis cezası alan hükümlü ise toplam 30 yıl boyunca iyi halli olarak cezalarını infaz kurumunda çekmeleri halinde koşullu salıvermeden yararlanabilirler.

Süreli hapis cezası ise TCK'nın 49/1. maddesinde belirlenmiş olup, buna göre *“Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.”* Buna benzer bir husus TCK'nın 61/7. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu maddeye göre *“Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde*

¹⁸² **TOROSLU:** Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 105.

¹⁸³ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s.470

hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.” Görüleceği üzere kanunda aksi özellikle belirtilmediği takdirde mahkeme tarafından yirmi yıldan fazla hapis cezasına hükmedilememekte ve cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan sonuç ceza otuz yıldan fazla olamamaktadır.

Buna göre TCK'nın 188/1. maddesinde düzenlenen *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu”*, TCK'nın 267/5. maddesinde düzenlenen *“İftira Suçu”* ve TCK'nın 272/6. maddesinde düzenlenen *“Yalan tanıklık suçunun”* işlenmesi halinde mahkeme tarafından otuz yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi mümkün olmakla birlikte, cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda tayin edilecek olan sonuç cezanın otuz yılı aşmaması gerekmektedir.

TCK'nın 49/2. maddesine göre ise *“Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”* Kısa süreli hapis cezasının özelliği, TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımlara çevrilebilmesidir. Söz konusu seçenek yaptırımlar, *“Adli para cezası, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, meslek veya sanat edinmek amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme, belirli bir yere gitmekten veya belirli aktiviteleri yapmaktan kısıtlanma, ehliyet veya ruhsatın geri alınması veya belirli bir meslek ve sanatın yapılmasının yasaklanması, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırmadır.”* Ancak TCK'nın 50/2. maddesi gereğince hâkim tarafından hapis cezası verilmesi yönünde takdir hakkı kullanıldığı takdirde, söz konusu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir.

Bunun yanı sıra, TCK'nın 50/3. maddesi ise hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Buna göre *“Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek*

yaptırımlardan birine çevrilir.” Görüleceği üzere, kanun belirli koşulların varlığı halinde süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesini emretmiştir. Ancak hâkim süreli hapis cezasını, seçenek yaptırımlardan hangisine çevireceği konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Yine kanunun 50/4. maddesi suçun taksirli şekilde işlenmesi halinde hükmolunan hapis cezasının uzun süreli olması durumunda dahi, diğer koşulların varlığı halinde, hâkime hapis cezasını adli para cezasına çevirme konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Ancak söz konusu takdir yetkisi sadece basit taksir halinde uygulanacak olup, bilinçli taksirle işlenen suçlarda söz konusu hüküm uygulanamayacaktır.

b. Adli Para Cezası

Adli para cezası, failin malvarlığına yönelik bir yaptırım olup, Türk Ceza Hukuku sistematüğinde hapis cezalarına seçenek yaptırım olarak yer almasının yanı sıra, hapis cezası ile birlikte uygulanacak veya başlı başına öngörülen bir yaptırım olarak yer almıştır. Adli para cezasının belirlenmesi konusunda esas olarak iki sistem bulunmakta olup, söz konusu sistemler “*Klasik Para Cezası Sistemi*” ve “*Gün Para Cezası Sistemi*dir.”

Günümüz Türk Ceza Hukuku’nda 765 s. TCK’da yer bulan “*Klasik Para Cezası*” sisteminden vazgeçilerek, 5237 s. TCK le birlikte “*Gün Para Cezası*” sistemine geçilmiştir. TCK’nın 52. maddesinin gerekçesinde gün para cezasına geçilmesinin gerekçesi “*Para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermek*” olarak gösterilmiştir. Yine madde gerekçesinde söz konusu yaptırımın idari para cezalarından ayırt edilebilmesi için “*Adli para cezası*” olarak ifade edildiği de belirtilmiştir.

Adli para cezası, TCK'nın 52/1. maddesinde “Beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüleceği üzere, hâkim cezayı tayin ederken öncelikle kanunda belirlenen iki sınır arasında bir gün takdir edecek, ardından yine kanunda belirlenen iki sınır arasında gün başına düşecek para miktarını tayin edecektir. Bazı suçlar için kanunda adli para cezası öngörülmüş olmasına karşılık, cezanın alt ve üst sınırı belirlenmemiş, sadece adli para cezası verileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Örneğin, TCK'nın 182/1. maddesinde “Çevrenin Taksirle Kirletilmesi” suçu düzenlenmiş olup, “Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişinin adli para cezası ile cezalandırılacağı” düzenlenmiştir. Bu durumda hâkim tarafından TCK'nın 52/1. maddesindeki genel kural, TCK'nın 61/1. maddesindeki ölçütlerle birlikte uygulanarak, öncelikle beş günden az yediyüzotuz günden çok olmamak üzere gün sayısı tayin edilecek, ardından gün başına düşen para miktarı belirlenerek temel ceza tayin edilecektir. Dolayısıyla hâkim her iki durumda da, adli para cezasına hükmederken esasında iki defa takdir yetkisini kullanmış olacaktır.

Adli para cezasının belirlenmesinde kullanılan bir diğer sistem ise “Nispi Para Cezası Sistemidir.” Söz konusu sisteme göre hükmolunacak adli para cezası, suç konusunun değeri, meydana gelen zararı veya failin temin ettiği yararı göz önünde bulundurularak belirlenmektedir.¹⁸⁴ Her ne kadar TCK'da “Gün para cezası sistemi” belirlenmiş olsa da, bu durumun TCK'da bir istisnası bulunmaktadır. “Dolandırıcılık”

¹⁸⁴ ÖNDER: C.II-III, s. 565

suçunu düzenleyen TCK'nın 158/1. maddesinde dolandırıcılık suçunun “*Kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak*”, “*Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle*”, “*Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla*”, “*Sigorta bedelini almak maksadıyla*” ve “*Kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle*” işlenmesi halinde, hâkim tarafından hükmolunacak adli para cezasının miktarının “*Suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı*” düzenlenmiştir. Görüleceği üzere söz konusu maddede kanun koyucu “*Gün Para Cezası Sisteminden*” farklı olarak, elde edilen menfaate göre bir ceza belirlemiş ve hâkime bu konuda bir sınırlama getirmiştir.

Türk Ceza Hukukunda adli para cezasını düzenleyen TCK'nın 52. maddesi, doktrinde ceza adaletini sağlamaktan uzak olduğu yönünde eleştirilmiştir.¹⁸⁵ Zira madde metninde belirlenen 5 gün ile 730 gün arasındaki sınır çok geniş olup, her ne kadar 52/2. maddede adli para cezası tayin edilirken kişinin ekonomik ve şahsi hallerinin göz önüne alınacağı belirtilmiş olsa da, bu kadar geniş bir sınır içerisinde ceza adaletinin tesis edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki madde metninde yer alan “*Kişinin ekonomik ve şahsi halleri*”, TCK'nın 61/1. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen ölçütlerden biri olmayıp, ilgili yasa hükmüne göre ancak cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilecek ölçütlerdir. Bu nedenle madde metni bu anlamda da TCK'nın 61/1. maddesiyle kanımızca çelişmektedir.

Yine aynı maddenin 4. fıkrasında hâkim tarafından adli para cezasının taksitler halinde ödenmesine karar verilebileceği, ancak kararda taksitlerin zamanında

¹⁸⁵ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: 488

ödenmemesi halinde “Geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğinin” belirtileceği düzenlenmiştir. Öncelikle, CGTHİK’nın 106/3. maddesinde adli para cezalarının nasıl infaz edileceği düzenlenmiş olup, söz konusu maddeye göre, “Hükümlüye tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasının ödenmemesi durumunda Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarının hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verileceği, hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günlerin hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamının açık ceza infaz kurumunda yerine getirileceği” düzenlenmiştir.

Ancak buna rağmen TCK’nın 52/4. maddesinin lafzından hem ödenmeyen taksitlerin tamamının tahsil edileceği, hem de ödenmeyen kısmın hapis cezasına çevrileceği gibi bir anlam çıkmakta olup, ayrıca söz konusu düzenlemeye göre bu durumun mahkeme kararında belirtileceği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere bu konuda kanun tarafından hâkime bir takdir yetkisi de tanınmamıştır. Söz konusu madde metni doktrinde haklı olarak eleştirilmiş olup¹⁸⁶, uygulamada kararda sadece sanığa adli para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilebileceği ihtar edilmektedir. Nitekim Yargıtay 19. CD bir kararında adli para cezasının ödenmemesi halinde hapis

¹⁸⁶ Bkz. **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s. 490 “Burada kalan, yani ödenmeyen kısım madem tamamen tahsil edilecektir, o zaman ‘ödenmeyen adli para cezasının’ hapse çevrilmesini anlamakta zorluk çekilmektedir...Eğer ödememe fiili başlı başına bir suç sayılıyorsa, bu yüzden ödenmeyen para cezası miktarınca kişi hürriyeti bağlayıcı cezaya muhatap kılınıyorsa, bunun kanunda bir suç olarak açıkça gösterilmesi gerekmektedir.”

cezasına çevrilmesine karar verilmesini, “İnfazda yetkinini kısıtlanması” olarak değerlendirmiştir.¹⁸⁷

Bütün bunlar dışında, adli para cezasının sanık üzerinde doğuracağı etki yönünden de eşitlik ilkesine aykırı olduğu, maddi olarak güçlü olan bir sanığın yüksek meblağlı bir adli para cezasını rahatlıkla ödeyebilecekken, maddi anlamda güçlü olmayan birinin düşük meblağlı bir adli para cezasını dahi ödemekte güçlük çekeceği belirtilmiştir.¹⁸⁸

Adli para cezasının hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak bir diğer madde ise TCK'nın 61/8. maddesidir. Söz konusu maddeye göre “*Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.*” Bu düzenleme “*Gün para cezası sisteminin*” bir gereğidir. Hâkim tarafından öncelikle sonuç gün sayısı belirlenecek, ardından failin ekonomik gücüne göre ödeyebileceği bir günlük para miktarı, bu sonuç gün sayısı ile çarpılacak, böylelikle sonuç adli para cezasına ulaşılacaktır.

Bunun dışında kanun, seçimlik suçlar açısından bir sınırlama getirmiş olup, TCK'nın 61/9. maddesi gereğince “*Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis*

¹⁸⁷ **Yargıtay 19 CD E.2019/28742, K.2020/1682:** “*TCK'nin 52/4. maddesi gereğince ödenmeyen adli para cezasının infaz aşamasında hapis cezasına çevrilebileceğinin ihtarı ile yetinilmesi gerekirken adli para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesine karar verilmesi suretiyle infazda yetkinin kısıtlanması, kanuna aykırı ve sanığın temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, tebliğnameye kısmen uygun olarak, hükmün bozulmasına*”

¹⁸⁸ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s.486

cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”

Hâkim alt sınırdan uzaklaşarak ceza verme yoluna gittiğinde bu kararının gerekçesini belirtmek durumundadır. Nitekim Yargıtay CGK bir kararında hapis ve adli para cezası gün sayısının alt sınırdan belirlenmesine karşılık, bir gün karşılığı adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesini hukuka aykırı bulmuştur.¹⁸⁹

c. Güvenlik Tedbirleri

Günümüzde ceza, temel yaptırım olarak kalmakla birlikte, failerin farklı kişilik özelliklerine göre ödetici, tedavi edici, ıslah edici veya etkisiz hale getirici işlevi de yerine getiren güvenlik tedbirlerinin de, “*İkili Sistem*” gereğince cezalarla birlikte veya tek başına uygulanabilmesi gerekmektedir. Zira kusurun derecesi ile orantılı olarak uygulanması gereken cezalar, her zaman önleme görevini yerine getiremezler.¹⁹⁰ Bu noktada cezai yaptırımlar açısından güvenlik tedbirleri önemli bir yer arz etmektedir. Güvenlik tedbirleri gerek failin bizzat kendisini, gerekse toplumun diğer bireylerini korumak için uygulanan yaptırımlar olup, güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için de cezalarda olduğu gibi kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Zira isnat yeteneği

¹⁸⁹ **Yargıtay CGK E.2017/1155, K.2019/454:** “6136 sayılı Yasaya muhalefet suçundan söz konusu Yasanın 13/1, TCK'nın 52/2 ve 53 maddeleri gereğince 1 yıl hapis ve 1500 TL adli para cezası ile mahkumiyete dair verilen kararda; Tayin edilen temel hapis ve adli para cezasının gün karşılığı alt sınırdan tayin edilmesine rağmen en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edileceğine dair TCK'nın 52/2. maddesine de muhalefet edilerek alt sınırdan uzaklaşarak 50 TL olarak tayin ve tespit edilmesi, hem temel hapis ve adli para cezalarının alt sınırdan tayini ile çelişmekte hem de hakkaniyete uygun ve kanaat verici gerekçelere dayanmamaktadır.”

¹⁹⁰ **DEMİRBAŞ:** s. 634.

kusurluluğun bir unsuru olmadığından, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için de failin kast veya en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir.¹⁹¹

İsnat yeteneği olmayan failin kasıtlı veya taksirli işlediği bir suç nedeniyle cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Fakat böyle bir durumda failin tehlikelilik haliyle orantılı olarak çeşitli tedbirlerin uygulanması gerekmektedir. Güvenlik tedbirleri, failin toplum açısından tehlike arz etmesi durumunda, failin iyileştirilmesi ve toplumun güvence altına alınması amacıyla uygulanırlar.¹⁹² Güvenlik tedbirleri, failin işlediği bir suç nedeniyle hakkında koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla failden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeyi amaçlayan yaptırımlardır.¹⁹³ Buradaki tehlikelilik hali, herhangi bir zararlı davranışın gerçekleşmesinin beklenmesi olmayıp, ceza hukuku normlarının tekrar ihlal edilmesi olasılığının bulunmasıdır.¹⁹⁴

Güvenlik tedbirleri kural olarak isnat yeteneği bulunmayan failer için uygulanmakta ise de, işlediği suç nedeniyle kusurlu olan failer de “İkili Sistem” gereğince ceza ile birlikte güvenlik tedbirine de mahkûm edilebilir. Güvenlik

¹⁹¹ Bkz. **TOROSLU-TOROSLU:** s. 205, “...başkaları tarafından ağır şekilde tehdit edilerek bir hırsızlık fiilini işlemeye zorlanan onbir yaşındaki çocuk hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirine veya geceleyin trenden inerken başkasına ait çantayı kendisine ait zannederek alan bir akıl hastası kimse hakkında yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda koruma ve tedavi altına alma tedbirine karar verilemeyecektir. Yargıç bu tedbirlere karar verebilmek için cezalandırılmayan küçük veya akıl hastası tarafından gerçekleştirilen fiilin kasıtlı veya taksirli olup olmadığını belirlemek zorundadır.”

¹⁹² **ÖNDER:** C. II, s. 604

¹⁹³ **ARTUK-GÖKCEN:** s. 883.

¹⁹⁴ **İÇEL:** s. 724.

tedbirlerinin ceza ile birlikte uygulanması durumunda “*Non bis idem ilkesi*” ihlal edilmiş olmaz.¹⁹⁵

Türk Ceza Hukukunda güvenlik tedbirleri, TCK’nın ikinci bölümünde 53. madde ve devamında düzenlenmiş olup, bu bölümde yer alan güvenlik tedbirleri, “*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, kazanç müsadereci, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlar, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleridir.*” Bunlar dışında doktrinde TCK’nın 50. maddesinde düzenlenen “*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların*”, 51. maddesinde düzenlenen “*Denetim süresinin öngörüldüğü hapis cezasının ertelenmesinin*” ve 5275 s. CGTİHK’da yer alan “*Hükümlünün koşullu salıverilmesinin*” de güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu belirtenler var ise de,¹⁹⁶ kanımızca bahsi geçen düzenlemeler, seçenek yaptırımlardan ibaret olup, güvenlik tedbirlerinin failin iyileştirilmesi ve toplum güvenliğinin sağlanması amaçlarını taşımamaktadırlar.

Doktrinde “*Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma*”, failin iyileştirilmesine veya ıslah edilmesine yönelik olmadığı, esasında sadece bir fer’i ceza niteliğinde olduğu yönünde eleştirilmiştir.¹⁹⁷ Gerçekten de, TCK’nın 53. maddesinde düzenlenen söz konusu güvenlik tedbirine, kişinin kasten işlemiş olduğu bir suç nedeniyle hapis cezası alması halinde, söz konusu mahkûmiyetin bir kanuni sonucu

¹⁹⁵ DEMİRBAŞ: s. 634.

¹⁹⁶ İÇEL: s. 727.

¹⁹⁷ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: s. 494, “*Kanunun gerekçesinin ifadesi ile ‘suça bağlı hak yoksunlukları’ olduklarından, hak yoksunlukları katıksız fer’i cezadırlar. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtıdır.*”

olarak hükmedilmektedir. Kanunun gerekçesinde failin işlediği suç nedeniyle kendisine karşı toplumca duyulan güvenin sarsıldığı ve “*güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan failin yoksun bırakıldığı*” ifade edilmektedir. TCK’nın 53/2. maddesi gereğince fail, mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar söz konusu haklarını kullanamamaktadır. Kanun, hâkime bu konuda takdir yetkisi tanımamış olup, failin tehlikelilik durumu bu noktada göz önünde bulundurulabilecek bir husus olmaktan çıkmıştır.

Güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesi uyarınca tıpkı cezalar gibi kanunla düzenlenmeleri gerekmektedir.¹⁹⁸ Anayasanın 38/3. maddesinde “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği*” düzenlenmiştir. Ancak güvenlik tedbirlerinin süresi ceza yaptırımına göre daha esnek olup, failin tehlikeliliğine göre hâkim tarafından belirlenmekte veya sonrasında değiştirilmektedir. Yani, hâkimin takdir yetkisinin güvenlik tedbirleri açısından daha geniş olduğu söylenebilir.¹⁹⁹ Zira güvenlik tedbirleri failin tehlikeliliği ile bağlantılı olup, bu tehlikelilik halinin ne kadar devam edeceği bilinemeyeceğinden, tedbir amacına ulaşıncaya, yani fail iyileşinceye kadar tedbirin infazına devam edilir.²⁰⁰ Bununla birlikte cezaların süresi mahkeme kararında kesin olarak belirliken, güvenlik tedbirlerinin süresinin belirsiz oluşu ve hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin geniş olması, bu belirsizliğin fail üzerinde olumsuz etki yaratacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiş, ancak istisnai durumlarda

¹⁹⁸ **ÖZTÜRK-ERDEM:** s. 528.

¹⁹⁹ **SOYASLAN, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 573.

²⁰⁰ **NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s.61.

süresiz emniyet tedbirine hükmedilmesi gerektiği, deneme sürelerinin tespit edilerek failin bu süredeki tutumuna göre kalan sürenin belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁰¹

TCK'nın 3. maddesinde güvenlik tedbirlerinin de tıpkı cezalar gibi işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerektiği düzenlenmiş ise de, kanımızca bu düzenleme doğru değildir. Zira güvenlik tedbirlerinin uygulanmasındaki amaç cezalarda olduğu gibi ödetme veya genel önleme değil, sosyal yönden tehlikeli olan failin tedavi edilerek, eğitim verilerek veya başka tedbirler vasıtasıyla toplum açısından tehlikelilik halinin sona erdirilmesine, failin ıslah edilmesine yöneliktir. Bu nedenle, güvenlik tedbirlerine fiilin ağırlığıyla orantılı değil, failin tehlikeliliğiyle orantılı olarak hükmedilmesi ve güvenlik önlemlerinin süresinin failin tehlikelilik halinin devamına göre belirlenmesi gerekmektedir.²⁰²

B. Cezai Müeyyide ile Diğer Müeyyidelerin Ayrımı

1.Cezai Müeyyide ile İdari Müeyyide Ayrımı

İdari yaptırımları genel olarak idari cezalar ve idari icra (re'sen icra) olarak ikiye ayırmak mümkündür.²⁰³ Anayasa Mahkemesi bir kararında idari yaptırımı şu şekilde tanımlamıştır: *"Öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir."*²⁰⁴

²⁰¹ NUHOĞLU: s. 62.

²⁰² TOROSLU, Haluk: s. 28., ÖNDER: C. II, s. 613.

²⁰³ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 232.

²⁰⁴ AYM, "Ahmet ALTUNTAŞ ve Diğerleri Başvurusu", 17/5/2018, § 6.

Ceza yaptırımını ile karşılanan fiillere nazaran daha hafif kabul edilen fiillere karşı, toplumsal sonuçları bakımından doğurdukları tehlike göz önünde bulundurulduğunda, idari müeyyide uygulanması zorunludur.²⁰⁵ İdari cezalar “*İdari düzenin sağlanmasına*” yönelik olup, idari usuller izlenerek tesis edilirken, ceza kanunlarında suç sayılan fiillere yönelik verilen cezalar ise “*Toplumsal düzenin korunmasına*” yönelik olup, ancak yargısal usuller izlenerek verilebilmektedir.²⁰⁶

İdari yaptırımlar, yargı organlarının mevcut iş yükünü azaltmaktadır. Ayrıca farklı nitelikteki suçların hiçbir ayırım yapılmaksızın aynı tür cezai yaptırımlara tabi tutulması cezadan beklenen önleme ve caydırıcılık gibi amaçlara ulaşılabilmesini engelleyecektir.²⁰⁷ Bu açıdan idari yaptırımların varlığı önemlidir.

Her ne kadar idari yaptırımların veya cezaların uygulanması için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamakta ise de, söz konusu idari işlemlerin yargısal denetimi idari yargı mercileri tarafından gerçekleştirilmektedir.²⁰⁸ Zira Anayasamızın 125. maddesinde “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu*” belirtilmiştir. Ancak idari müeyyidenin uygulanması için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaması durumu; idare; bağımsız bir mahkeme gibi tarafsız karar veremeyeceğinden ve ceza hâkiminin aksine geniş bir takdir yetkisi olduğundan bahisle doktrinde eleştirilmiştir.²⁰⁹ Ancak idarenin de müeyyide uygularken

²⁰⁵ **TOROSLU, H.** : s. 15.

²⁰⁶ **GÜNDAY:** s. 233.

²⁰⁷ **CENDEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 537.

²⁰⁸ **GÜNDAY:** s. 239.

²⁰⁹ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:** “*İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki*”, AÜSBFD, C. 18, S. 2, 1963, s. 136.

uyması gerekli bir takım kurallar bulunmakla birlikte, idare tarafından verilen kararlar açısından yargı yolu da açıktır.

Bununla birlikte, idari makam tarafından verilen cezanın ardından, ilgili tarafından yapılan itiraz sonucunda, idari yargı merci tarafından yapılacak olan bir hukukilik denetiminden ibaret olup, mahkeme tarafından suçun unsurları veya ceza tayini yoluna gidilmeyecektir.²¹⁰

İdarenin söz konusu yetkisini kullanırken belirli ilkelere uyması gerekmektedir. Her şeyden önce idari yaptırımın önceden düzenlenmiş bir hukuk kuralına dayanması gerekmektedir.²¹¹ Ayrıca Anayasa'nın 38/11 maddesine göre "*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.*" Bununla birlikte Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından ilgili maddeye istisna getirilmiştir.

Genel cezaların, "*Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi*" uyarınca mutlaka kanunla düzenlenmiş olması gerektiği şartı, kanımızca idari cezalar için de geçerlidir.²¹² Ancak doktrinde kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar için katı bir şekilde uygulanamayacağı da iddia edilmiştir.²¹³ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi de idari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, MASAK tarafından yapılan bir inceleme neticesinde kimlik tespit yükümlülüğünü yerine getirmeyen özel bir sigorta şirketine idari para cezası

²¹⁰ **ŞEN, Ersan:** "*İdari Ceza Hukuku*", Siyasal: Journal of Political Sciences, İÜSBF, S.8, İstanbul, 1994, s. 22.

²¹¹ **GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut:** *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.I, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2010, s. 799.

²¹² Bu yönde Bkz: **GÜNDAY:** s.233.

²¹³ **GÖZÜBÜYÜK-TAN:** s. 802.

kesilmesi sonucunda, kimlik tespit yükümlülüğünün kabahat olmaktan çıkarıldığı gerekçesiyle kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²¹⁴

Yine ceza hukukunda önemli bir ilke olan “*Orantılılık ilkesi*” de idari yaptırımlar uygulanırken göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden biridir. Yani, uygulanacak olan idari yaptırım, ihlalin ağırlığı ile orantılı olmalıdır.²¹⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında hangi eylemlere karşı idari yaptırım uygulanacağı, idari yaptırımın türü ve ölçüsünün ne olacağı konularında kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığını, ancak kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırımın adil ve hakkaniyete uygun olması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁶

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise kanun koyucunun bu takdir yetkisini kullanırken “*Ölçülülük ilkesiyle*” bağlı olduğunu, idari yaptırıma konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında

²¹⁴ **AYM, “Bereket Emeklilik ve Hayat AŞ Başvurusu”, 27/6/2018, § 20:** “Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümlerinde kanunla düzenleme ilkesine pek çok maddede ayrı ayrı yer verildiği gibi 13. maddede ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkelerde de sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın suç ve cezaları düzenleyen 38. Maddesinde de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi özel olarak güvence altına alınmıştır...Dolayısıyla kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "lehe kanunun geriye yürümesi" kuralının uygulanması gerekir”

²¹⁵ **GÖZÜBÜYÜK-TAN:** s. 804.

²¹⁶ **AYM Genel Kurul, E.2017/132, K.2017/149, 01.11.2017:** “Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi hangi eylemlerin idari yaptırımlarla cezalandırılmasının öngörüleceği, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında öngördüğü yaptırımın adil ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir.”

benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁷

İdari cezaların uygulamasında göz önünde bulundurulması gereken bir başka ilke ise “*Cezaların şahsiliği ilkesidir.*”²¹⁸ Anayasa’nın 38/6 maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, 38/4. maddesinde ise “*Suçsuzluk Karinesi*” açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla idari cezalar uygulanırken de söz konusu ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında her ne kadar uygulanan idari yaptırımlarda adli suç ve cezalara göre sorumluluk karinelerine ilişkin ölçütlerin daha esnek yorumlanma imkânını kabul etse de, bu durumda dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin, suçsuzluk karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerektiğini belirtmektedir.²¹⁹

²¹⁷ **AYM Genel Kurul, E.2017/137, K.2017/161, 29.11.2017:** “*Kanun koyucu, takdir yetkisi içindeki bu düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”*

²¹⁸ **GÖZÜBÜYÜK-TAN:** s. 802.

²¹⁹ **AYM, “Ahmet ALTUNTAŞ ve Diğerleri Başvurusu”, 17/5/2018, §36:** “*Tarım arazilerinde yapılan incelemede, anızı yakan kişiye ait herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Mahkeme, anız yakıldığı tespit edilen arazilerin malikleri olan başvuruçular tarafından taşınmazlarında anız yakıldığı yönünde herhangi bir ihbar veya suç duyurusunda bulunulmadığını dikkate alarak anız yakma eylemlerinin mülk sahiplerince gerçekleştirildiğine dair fiili karineden yararlanmıştı. Diğer bir ifadeyle ispat yükü iddia edende kalmamış, başvuruçuya devredilmiştir. Anılan karineyle suç isnadı altındaki başvuruçular, otomatik olarak suçlu konumuna düşürülmüştür... Diğer bir ifadeyle somut olgular yerine aksi ispat*

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararında sürücü belgesi olmaksızın araç kullanılmasına izin verildiği gerekçesiyle araç sahibine idari para cezası verilmesi nedeniyle yapılan başvuru sonucunda, araç sahibinin izni olup olmadığının tespit edilmeden başvuru sadece araç sahibi olması dolayısıyla idari para cezası kesilmesini “*Cezaların Şahsiliği İlkesi*” sebebiyle Anayasa’ya aykırı bulmuştur.²²⁰

İdari yaptırımların varlığı oldukça önemlidir, zira yargı mercilerinin bazı basit yasa dışı eylemlerin yargılaması ile uğraşması mahkemelerin üzerindeki yükü artıracak, bu durum da gerçek suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyecektir.²²¹

Bununla birlikte idari yaptırımlar her ne kadar temelde ceza hukuku müeyyidelerinden farklılık gösterse de, sonuç olarak birer cezadılar ve doğrudan kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle alakalıdır. Bu nedenle “*Meslek ve sanatın icrasından men, izin veya ruhsatın geri alınması, para cezası kesme*” ve benzeri yaptırımların tamamı idari makamlara tanınmış ceza tayin etme yetkileri olup, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin bu noktada güvence altına alınması gerekmektedir.²²² Bu noktada da ceza hukukunun temel ilkeleri olan “*Kanunilik*” ve “*Orantılılık*” ilkeleri ile “*Suçsuzluk Karinesi*” gibi kurumlar idari cezalarda da büyük önem arz etmektedir.

edilemeyecek fiili karineden yararlanılarak eylemler ile başvuru arasında bağ kurulmuş ve kabahatin işlendiğine karar verilmiştir. Başvuruların kendilerini savunma bakımından idare ile aralarında önemli bir dezavantaj olduğu ve böylelikle ispat bakımından kullanılan karinenin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır.”

²²⁰ AYM, “*Taner KOYUNCU Başvurusu*”, 24/5/2018.

²²¹ İÇEL, *Kayıhan: “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”*, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 130.

²²² ŞEN: “*İdari Ceza Hukuku*”, s. 34.

2. Cezai Müeyyide ile Medeni Hukuk Müeyyideleri Ayrımı

Cezai müeyyidelerle medeni hukuk müeyyideleri birçok noktada birbirlerinden ayrılmaktadır. Öncelikle cezai müeyyideler esasen kişiyi belirli bir şekilde davranmak zorunda bırakan yaptırımlar olarak uygulanmaktayken, medeni hukuktaki “Müeyyide” kavramı daha geniş kapsamlıdır. Bir işlemin hukuken yok sayılması ya da butlanı gibi müeyyideler, cezai yaptırım gibi herhangi bir eylemi içermeyen sonuçlardır.

Bunun yanı sıra, ceza hukukunda fail kusur durumuna göre cezalandırılmaktayken, medeni hukuk müeyyidelerinin uygulanabilmesi için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira medeni hukukta kusursuz sorumluluk halleri de söz konusudur.²²³ Ancak TCK’ya göre failin cezalandırılabilmesi için kusurlu hareket etmiş olması gerekmektedir.

Medeni hukuk müeyyideleri, ortaya çıkan zararı tazmin etmeye veya gerçekleşmiş olan hukuka aykırılığı hukuk düzeninde ortadan kaldırmaya çalışırken, cezai müeyyideler temelde ödetme olarak objektif hukuk düzenini korumaya çalışmaktadırlar.²²⁴

Mağdurun zararının tazminine yönelik olan medeni hukuk müeyyidelerinin mirasçılara da yüklenmesi mümkünken, cezai müeyyide şahsidir ve sadece suçun failine uygulanabilir. Zira cezanın amacı ödetme, failin ıslah edilmesi ve toplum açısından önleyici bir örnek oluşturmaktır.²²⁵

²²³ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 539.

²²⁴ TOROSLU, H. : Ceza Müeyyidesi, s. 24.

²²⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 539.

Son olarak, tazminat gibi medeni hukuk müeyyideleri anlık uygulanabilmekteyken, cezai müeyyide ise belirli bir süreci ifade etmekte ve sonuçları zamanla ortaya çıkmaktadır.²²⁶

C. Cezalandırmaya İlişkin İlkeler

1. Kanunilik İlkesi

a) Olağan Dönemde Kanunilik İlkesi

Ceza Hukukunun evrensel olarak kabul edilen en önemli ilkesi hiç kuşkusuz ki kanunilik ilkesidir. TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi, hem suçta hem de cezada kanunilik ilkesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezaların kanunlarla belirlenmesi gerektiğini ve kanunlarda yazılı olan cezalardan başka cezalara hükmedilemeyeceğini ifade eden “*Cezada kanunilik ilkesi*”, bireysel özgürlüklerin güvencesi olduğu gibi aynı zamanda toplumsal barışın ve düzenin sağlanmasında da etkilidir.²²⁷ “*Suçta kanunilik ilkesi*” ise, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezaya hükmedilemeyeceği anlamına gelir.

TCK'nın 2/1 maddesinde “*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.*” şeklinde düzenlenmiş bulunan ilke, aynı zamanda Anayasanın 38/1. maddesinde de “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı*

²²⁶ Bkz. TOROSLU, H. : Ceza Müeyyidesi, s. 24.

²²⁷ KAYIHAN, İÇEL-SOKULLU-AKINCI, Filiz-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, Fatih S.-ÜNVER, Yener: İçel Yaptırım Teorisi- 3. Kitap, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2002, s. 6.

cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” düzenlemesiyle hayat bulmuştur. Kanunilik ilkesi ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinde de yer almaktadır. Yine Roma Statüsü'nün 22., 23. ve 24. maddeleri de kanunilik ilkesiyle ilgilidir. TCK'nın 61/10. maddesinde yer alan “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” hükmü de hukukumuzda kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olmasının bir sonucudur.

Kanunilik ilkesi, bireyi devletin keyfi davranışlarından korumaktadır. Söz konusu ilke ceza hukuku normlarının ancak kanunla ve açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini emretmektedir. Bu durum bireylerin yaptıkları hareketlerin sonuçlarını önceden bilmelerini de sağlamaktadır.²²⁸ Dolayısıyla herhangi bir fiilin suç olarak tanımlanması ve bu fiile bağlı bir cezai müeyyide veya bir güvenlik tedbiri düzenlenebilmesi ancak kanunla mümkündür. TCK'nın 2/2 maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”

“Kanun” sözcüğü, yasama organı tarafından usulüne uygun şekilde kabul edilerek yürürlüğe giren biçimsel anlamda kanunu ifade eder.²²⁹ Anayasanın 87. maddesine göre “Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi” Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Yine Anayasanın 7. maddesine göre “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” Dolayısıyla Türk ceza hukuku sistemi açısından suç ve cezaların belirlenmesi ancak kanunla

²²⁸KAYIHAN-SOKULLU-AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-
ÜNVER: s. 7.

²²⁹ ARTUK, Mehmet Emin: “Kanunilik İlkesi ve Tarihi- Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi”, Yayına Hazırlayanlar DUTTGE, Gunnar-ÜNVER, Yener, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 44.

yapılabilir ve bu yetki TBMM'ye aittir. Zira suç ve cezaların bireylerin temsilcisi konumunda olan yasama organı tarafından değil de, yürütme organı tarafından belirlenmesi durumunda kişi hak ve hürriyetlerinin yürütmeye karşı korunması da zorlaşmaktadır.²³⁰ Ayrıca idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesi, söz konusu suç ve cezaların her zaman değiştirilebilmesi imkânını sağlamakla, bireyler açısından özgürlüklerinin sınırlarını bilmelerini ve fiillerini bu sınırlara göre yönlendirmelerini oldukça zorlaştıracaktır.

Her ne kadar idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı düzenlenmiş olsa da, ceza hukukunda “*Açık ceza normu*” denen normların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği kabul edilmiştir.²³¹ “*Beyaz yasa*” adı da verilen açık ceza normlarında cezai müeyyide yasama organı tarafından belirlenmekte, ancak suçun kesin bir tanımı yapılmamakta ve bu norm açık bırakılarak sonradan idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması sağlanmaktadır. Örneğin TCK'nın 195. maddesine göre “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Kanun koyucu burada sadece karantina altına alınma durumunun söz konusu olduğu hallerde idare tarafından belirlenen tedbirlere uyulmamasını suç saymış, ancak söz konusu tedbirlerin içeriğini tek tek belirlemeyerek içeriğin idare tarafından belirlenmesine karar vermiştir.

²³⁰ **ÇETİNTÜRK, Ekrem:** “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran 2017, s. 167.

²³¹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki- ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 26.

Bir hukuk sisteminde kanunilik ilkesinin kabulü aynı zamanda kıyas yasağını da beraberinde getirmektedir. TCK'nın 2/3. maddesinde “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu yorum yöntemi esasında “*Ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesidir.*”²³² Böylelikle, hâkim suç tanımı ile bağlı olduğu gibi cezanın şekli ve miktarıyla da bağlı olacak ve bu durum keyfi uygulamaların önüne geçecektir.

Kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu suç ve cezaların belirli olması gerekliliğidir. Birey suç teşkil eden fiillerin ve bu fiillerin karşılığında öngörülen cezai müeyyidelerin ne olduğunu önceden bilecek ve davranışlarını bu düzenlemelere göre yönlendirecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda, ilgili lisans sahipleri için kanunda öngörülen sigorta yükümlülüğünü yerine getirmeyenler bakımından farklı maddelerde farklı miktarlarda para cezası düzenlenmiş olmasını, “*Hukuki güvenlik*” ve “*Belirlilik*” ilkeleri ile “*Suçta ve cezada kanunilik ilkesine*” aykırı olduğuna karar vermiştir.²³³ Zira işlediği fiilin suç olup olmadığını bilmeyen birey tereddüt içinde kalacak ve hareketlerinde özgür olamayacaktır.²³⁴ Dolayısıyla suç ve cezaların belirli olması

²³² **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN:** s. 20.

²³³ **AYM, E.2017/129, K.2018/6, 18.01.2018, §32 :** “*Lisans sahipleri için getirilen zorunlu sigorta yükümlülüğünün Kanun’da iki ayrı maddede düzenlenmesi ve bu maddelere aykırılığın farklı miktarlarda idari para cezası ile cezalandırılması lisans sahiplerinin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde öngörmesine engel oluşturmaktadır. Bu itibarla lisans sahipleri için Kanun’da öngörülen sigorta yükümlülüğünü yerine getirmeyenler bakımından Kanun’un farklı maddelerinde farklı miktarlarda para cezası öngörülmesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.*” diyerek aynı suç için iki farklı cezanın belirlenmesini belirlilik ilkesine aykırı bularak ilgili hükümleri iptal etmiştir.

²³⁴ **ARTUK:** “*Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi- Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*”, s. 40.

bireylere özgürlük sağlamakta olup, birey hukuka aykırılık alanına girmediği sürece devlet tarafından hukuksal değerlerine müdahale edilemeyeceğini bilecek ve böylelikle güvende hissedecektir.²³⁵

Yine aleyhteki ceza kanunlarının geçmişe etkili olması da kanunilik ilkesi nedeniyle mümkün değildir. Anayasanın 38/1. maddesinde de açıkça düzenlenmiş bulunan “*Geçmişe yürüme yasağı*”, yeni suçlar ihdas eden bir kanunun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller için uygulanabileceği anlamına gelmekte olup, ancak yeni kanun düzenlemesiyle bir fiil suç olmaktan çıkarılmış ise, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç oluşturmasına rağmen fail cezalandırılmayacaktır. Aksi halde önceden suç sayılmayan fiillerin, sonradan düzenlenecek kanunlarla suç sayılarak geçmişe yönelik olarak cezalandırılmalarının mümkün hale gelmesi durumunda bireylerin özgürlükleri ölçsüz olarak sınırlanacaktır.²³⁶ Bu durum da “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının*” düzenlendiği Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak kanunilik ilkesi sadece suç ve cezanın kanunsuz olamayacağı anlamına gelmemekte, aynı zamanda günümüzde kanun koyucuya insan haklarını ve demokratik anayasal hakları ihlal eden ceza yasaları yapmama yükümlülüğü de getirmektedir.²³⁷ Yani, söz konusu ilke bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almakta olup, bu özelliğinden dolayı da ceza hukukunun güvence fonksiyonu içerisinde değerlendirilmektedir.²³⁸

²³⁵ **KANGAL, Zeynel T.:** “*Anayasal Güvence olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*”, CHD, Seçkin Yayınları, Y.6, S. 17, Aralık 2011, s. 62.

²³⁶ **ARTUK-GÖKCEN:** s. 110.

²³⁷ **CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT:** s. 46.

²³⁸ **ÖZGENÇ:** s. 118.

b) OHAL Döneminde Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi anayasal bir ilke olmasına rağmen, uygulamada olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleriyle de suç ve cezalarda değişiklikler yapılmış, bir takım fiiller suç olmaktan çıkarılmış veya bazı cezalar artırılmıştır. Örneğin, 27.07.2017'de Resmi Gazete'de yayımlanan 668 sayılı KHK'nın 37. maddesiyle *"15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz."* düzenlemesi getirilmiş, ardından 24.12.2017'de Resmi Gazete'de yayımlanan 696 sayılı KHK'nın 121. maddesi ile 15 Temmuz 2016'daki darbe girişimi ve sonrasındaki eylemlere müdahale eden sivillerin de cezai sorumluluğu kaldırılmıştır.

Yine 25.08.2017'de Resmi Gazete'de yayımlanan 694 sayılı KHK'nın 137. maddesi ile *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini"* düzenleyen TCK'nın 188. maddesinde değişiklik yapılarak hükmedilecek olan adli para cezalarına alt sınır getirilmiş, yine aynı KHK'nın 138. maddesi ile *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu"* düzenleyen TCK'nın 190. maddesinde hapis cezasına ek olarak aynı zamanda adli para cezası öngörülmüştür.

25.08.2017'de Resmi Gazete'de yayımlanan 694 sayılı KHK'nın 139. maddesi ile *"Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu"* düzenleyen TCK'nın 228. maddesinde de değişiklik yapılmış ve *"Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle"* veya *"Bir örgüt faaliyeti çerçevesinde"* işlenmesi halinde cezaların artırılması öngörülmüştür.

Aynı şekilde 29.10.2016'da Resmi Gazete'de yayımlanan 676 sayılı KHK'nın 21. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 131. maddesinde değişiklik yapılarak “*Basılı kâğıtlar ve tescil plakalarının yetkilendirilenler dışında basımını veya dağıtımını yapan*” kişilerin TCK'nın 204. maddesi hükmüne göre “*Resmi belgede sahtecilik suçundan*” dolayı cezalandırılacakları düzenlenmiştir.

Yukarıdaki düzenlemeler incelendiğinde, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelemleri ile bazı fiillerin suç olmaktan çıkarıldığı, yeniden düzenlenen bazı suç ve cezaların ise esasında olağanüstü hal ile herhangi bir ilgisi bulunmadığı görülmektedir. Örneğin, 668 s. KHK ile önce olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi kapsamında karar alan ve görev yerine getiren kişilerin cezai sorumluluğunun doğmayacağı düzenlenmiş, ardından 696 s. KHK ile darbe girişimi ve sonrasındaki eylemlere müdahale eden sivillerin de cezai sorumluluğu kaldırılmıştır. Ancak, her ne kadar OHAL sebebiyle görev yerine getiren kişilerin cezai sorumluluğunun kaldırılmasının doğrudan OHAL ile ilgili olması nedeniyle Anayasa'ya uygun olacağı düşünülebilirse de, darbe teşebbüsünün gerçekleştirildiği 15 Temmuz 2016'dan tam 17 ay sonra bir olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi ile sivillerin cezai sorumluluğunun kaldırılması kanımızca Anayasa'ya aykırıdır. Zira söz konusu değişiklik, bir teklif olarak TBMM'nin yasama faaliyeti içerisinde rahatlıkla oylamaya sunulabileceken, bir olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi ile yürürlüğe konulması “*Hukuk Devleti İlkesine*” ters düştüğü gibi, meclis iradesine de aykırıdır. Bu durum da açıkça Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.²³⁹

²³⁹ Aynı yönde Bkz: ÖZGENÇ: s. 123. “*Bu düzenlemelerin olağanüstü halle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler olağanüstü hale özgü değildir. Anayasaya aykırı olarak yapılan bu düzenlemelerde bir yetki gaspı söz konusudur.*”

Yine darbe teşebbüsünden bir yıl sonra Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 s. KHK ile “*Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticaretini*” düzenleyen TCK’nın 188. maddesi ile “*Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu*” düzenleyen TCK’nın 190. maddesinde değişiklik yapılmış, yine aynı KHK ile “*Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu*” düzenleyen TCK’nın 228. maddesinde de değişiklik yapılmış ve cezaların artırılması yoluna gidilmiştir. Söz konusu değişiklikler olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardan olmadığı gibi, yine TBMM’nin yasama faaliyeti içerisinde gerçekleştirilmesi gereken kanuni değişikliklerdir. Bu nedenle anayasal bir ilke olan “*Kanunilik ilkesine*” aykırı olarak gerçekleştirilmişlerdir.

Ancak Anayasa Mahkemesi bu değişikliklerle ilgili olarak kendisine yapılan başvuruları, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin şekil ve esas yönünden incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.²⁴⁰ Buna rağmen Anayasa Mahkemesi daha önceki bir kararında kendisi tarafından incelenecek olan metnin adıyla bağlı olmadığını, içeriği inceleyerek hukuki nitelermeyi yapması gerektiğini, ayrıca olağanüstü halin gerekli kılmadığı konularda olağanüstü dönem

²⁴⁰ **AYM E.2016/166, K.2016/159, 12.10.2016, § 23:** “*Olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa’ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK’larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa’nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa’nın 6. maddesiyle bağdaşmaz.*” Ayrıca Bkz. **AYM 2016/167 E., 2016/160 K. Ve 12.10.2016 tarihli** diğer kararında da aynı gerekçeyi tekrarlamıştır.

kanun hükmünde kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağını belirtmiş ve o dönem 425 ve 430 sayılı KHK ları iptal etmiştir.²⁴¹

Kanunilik ilkesine aykırı şekilde suç ve ceza ihdas edilen olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin tamamı sonradan TBMM onayından geçerek kanunlaşmış, bu nedenle söz konusu Anayasaya aykırılık giderilmiştir. Ancak bu onay işleminin gerçekleşmesi oldukça uzun sürmüştür. TBMM onayından geçerek kanunlaşan bir olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi açısından Anayasa Mahkemesi tarafından iptale konu edilecek bir husus kalmadığı düşünülse dahi²⁴², söz konusu düzenlemelerde başka Anayasa'ya aykırılıkların da olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Kaldı ki, bahsi geçen olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerin onaylanarak kanun haline gelmesi durumunda hukuka aykırılık ortadan

²⁴¹ **AYM E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991:** *“Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hal KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK'lerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir.” demiş, kararın devamında ise, “Ancak, Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi "olağanüstü hal KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hal KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.” demiştir*

²⁴² **ÇETİNTÜRK:** s.116-117.

kalksa dahi, söz konusu KHK lar kanun haline gelene kadar Anayasa'ya aykırı şekilde uygulanmaya devam edilmiştir.

Anayasanın 104. maddesinde *“Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”* hükmü bulunmakta olup, yine Anayasanın 119. maddesinde ise olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda 104. maddede belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceği düzenlenmiştir. Ancak kanunilik ilkesi anayasal bir ilke olduğundan ve Anayasanın 11. maddesine göre *“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları”* olduğundan, kanunilik ilkesi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerli olacak, olağan dönemlerde suç ve cezaların belirlenmesi veya değiştirilmesi sadece kanunla yapılabilecek, olağanüstü dönemlerde ise ancak OHAL'in gerekli kıldığı konularla sınırlı olmak üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir. Ancak özellikle OHAL'in uzun süre devam ettiği koşullarda, yasama faaliyeti sıkıntı olmadan sürdürülebilmekte ise kanımızca bu koşullarda suç ve cezalar hakkındaki düzenlemelerin yine kanunla yapılması Anayasa'nın özüne ve ruhuna daha uygun olacaktır.

2. Eşitlik İlkesi

Eşitlik kavramı, tarihsel süreçte üzerinde en çok durulan kavramlardan biri olmakla beraber, üzerinde uzlaşılması neredeyse olanaksızdır. Zira farklı devirlerin ve farklı sınıfların birbirinden farklı eşitlik anlayışları olmuş ve bu doğrultuda birçok

düşünür birbirinden farklı eşitlik tanımı yapmıştır.²⁴³ Gerçekte insanlar arasında pek çok yönden farklılıkların ve eşitsizliklerin olduğu açık olup, “*Bütün insanlar eşittir*” şeklindeki formül, esasen herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğunu açıklayan bir değer yargısıdır.²⁴⁴

1982 Anayasasında eşitlik kavramı dört temel ilke ile açıklanmış olup, bu ilkeler “*Kanun önünde eşitlik*”, “*Ayrım gözetme yasağı*”, “*İmtiyaz tanıma yasağı*” ve “*Temel hak ve hürriyetlerden eşit yararlanma*” ilkeleridir.²⁴⁵ Ceza hukukunda eşitlik ilkesi ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olup, suç karşılığı konulmuş bulunan cezanın failin kim olduğuna bakılmaksızın herkese eşit olarak uygulanmasını ifade eder. Kişinin ırkı, dili, dini, sosyal statüsü cezalandırma esnasında herhangi bir farklılık yaratmaz. Kural olarak kanunda yazılı suçu işleyen herkes, yine kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılır. Nitekim TCK'nın 3/2 maddesinde de bu husus belirtilmiştir.²⁴⁶ Söz konusu eşitlik sadece kanunun uygulanması sırasında değil, kanun koyucu tarafından kanun metinleri hazırlanırken de göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun önünde herkes eşit olup, kanun yapılırken belirli şahıslar ya da statüler göz önünde bulundurulamaz.²⁴⁷

²⁴³ ŞENEL, Alaeddin: “*Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi*”, Prof. Dr. Yavuz ABADAN'a Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969, s. 241.

²⁴⁴ ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.22-23.

²⁴⁵ ÖDEN: s. 131.

²⁴⁶ 5237 s. TCK m.3/2: “*Ceza Kanununun 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 yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*”

²⁴⁷ SOYASLAN: s. 568.

Söz konusu eşitlik hukuki bir eşitlik olup, fiili bir eşitliği ifade etmemektedir.²⁴⁸ Zira her fail üzerinde cezanın yarattığı etki farklıdır. Bu nedenle hâkim faile ceza tayin ederken somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmalı ve cezayı suçlunun kişiliğine uydurmalıdır.²⁴⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin orantılı olması ve objektif ve makul bir sebebe dayanması durumunda eşitlik ilkesinin ihlal edilmeyeceğini vurgulamıştır.²⁵⁰

Bu noktada cezaların bireyselleştirilmesi gündeme gelmekte ve her ne kadar kanunda soyut olarak aynı suçu işleyen herkese aynı cezanın verileceği düzenlenmiş bulunsa da, cezaların bireyselleştirilmesi sonucunda aynı suçu işleyen kişilere farklı cezalar öngörülebilmektedir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.²⁵¹ Bu noktada hâkimin takdir yetkisinin önemi ortaya çıkmakta olup, söz konusu kavram tezin ikinci bölümünde incelenecektir.

Anayasanın 10/1. maddesinde “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde*

²⁴⁸ **BOUZAT:** *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal*, Paris, 1957, s. 250 (Akt. **DÖNMEZER- ERMAN:** C.II, s. 550)

²⁴⁹ **SOYASLAN:** s. 569.

²⁵⁰ **AYM, “İbrahim Kaptan Başvurusu”,** 18/7/2018, § 74 : “*Amacı, aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak olan eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilere aynı kuralların uygulanmasını yasaklamaktadır. Ancak demokratik bir toplum düzeninde söz konusu farklı muamelelerin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olduğu durumlarda eşitlik ilkesinin zedelendiği söylenemez. Dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, diğer bir ifadeyle farklı muameleyle tabi tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklenmediği hallerde eşitlik ilkesi ihlal edilmeyecektir.*”

²⁵¹ **ARTUK- GÖKCEN:** s. 753.

eşittir.” düzenlemesiyle hayat bulan ilke, TCK’nın 3/2 maddesinde de “*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 tanınamaz.*” şeklinde düzenlenmiş olup, kanımızca söz konusu ilkenin günlük yaşamda tam anlamıyla uygulanması mümkün değildir. Zira her ne kadar hâkim yasayı uygularken takdir yetkisini kullanarak cezaları bireyselleştirme yoluna başvurursa da, bu durum aynı cezaların farklı failer üzerinde yarattığı farklı etkileri değiştirmemektedir. Zira kendi evindeki rahat ortama alışmış bir faille, kalacak yeri bile olmayan bir faille verilen hapis cezasının her iki failde yaratacağı etkinin çok farklı olacağı kuşkusuzdur.

Yine aynı şekilde maddi durumu iyi olan bir faille verilecek olan adli para cezasıyla, maddi durumu kötü olan bir faille verilecek olan adli para cezasının etkileri de çok farklı olacaktır. Cezaların infazı da eşitlik ilkesine aykırı şekilde gerçekleşebilmektedir. Nitekim bazı cezaevleri daha modern ve kaliteli iken, bazıları ise eski ve sağlıksız ortamlardan oluşmaktadır.²⁵²

İşte bu nedenle doktrinde eşitlik ilkesinin hiçbir zaman tam olarak uygulamaya konulamayacağı iddia edilmiş, hatta bütün bireysel farklılıklardan soyutlanmış bir yargı sistemi kurulduğu düşünülse bile bu eşitliğin ancak bireylere çok daha yakından bakılıncaya kadar süreceği, zira bireylere yaklaştıkça aralarındaki farklılıkların çok daha açık şekilde görüleceği belirtilmiştir.²⁵³

²⁵² Bkz. **SOYASLAN**: s. 569.

²⁵³ **WHITMAN, James Q.**: “*Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads*”, Journal of Legal Analysis, Winter 2009, C.1, S.1, s. 125.

Anayasanın 10/2 maddesinde “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” düzenlemesi mevcutken, aynı maddenin 3. fıkrasında ise “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerle devlete pozitif ayrımcılık yapmak üzere anayasal bir yükümlülük getirilmiştir.²⁵⁴ Ardından aynı maddenin 5. fıkrasında “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” düzenlemesi getirilerek devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir.²⁵⁵

Anayasanın 10/1. maddesinde ayrımcılık unsurları sayılmış, ancak maddeye “ve benzeri nedenler” ifadesi eklenerek söz konusu unsurların sınırlı sayıda olmadığı da belirtilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında ayrımcılık unsurlarının sınırlı sayıda olmadığını kabul etmiş, ancak yapılan farklı muamele türlerinin çok önemli gerekçelerle gerçekleştirilmesi durumunda eşitlik yasağına aykırı olmayabileceğine hükmetmiştir.²⁵⁶

²⁵⁴ **ÖZKAN DUVAN, Ayşe:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, GÜHFD, Y.2017, S.2, s. 65.

²⁵⁵ **ÖZKAN DUVAN:** s.65-66.

²⁵⁶ **AYM, “Tuğba ARSLAN Başvurusu”,** 25/6/2014 , §146 : “...Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkarda, "benzeri sebepler"le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak "çok önemli gerekçeler" ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği belirtilmelidir.”

Sonuç olarak esasen Anayasal bir ilke olan “Eşitlik ilkesinin” iki yönü bulunmaktadır. Eşitlik hem bir temel hak, hem de kişilerin diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasında gözetilecek temel bir ilkedir.²⁵⁷

3. Şahsilik İlkesi

Cezanın şahsiliği, ceza kanununda belirlenen cezanın sadece suçu gerçekleştiren faile uygulanmasını ifade eder. Yani, ceza suçlu bakımından etkili olmalı ve zorunlu olanlar dışında suç işlemeyenler üzerinde etki göstermemelidir.²⁵⁸

Eski çağlarda sadece suç işleyen faile değil, failin ailesine de ceza verildiği dönemler olmuştur. İslam hukukundaki “Akile” ve “Kasame” kurumları ya da batıda failin ailesine de verilen sürgün cezaları bu duruma örnektir. Ancak aydınlanma ile birlikte şahsilik ilkesi de hayat bulmuştur.²⁵⁹

Söz konusu ilke anayasal bir ilke olup, Anayasanın 38/7. maddesinde düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde TCK’nın 20/1 maddesinde de “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*” hükmü mevcuttur. Ancak uygulamada işlediği suç nedeniyle ceza alan failin ailesinin de, yakın çevresinin de bu durumdan etkilenmemesi düşünülemez.²⁶⁰ Sanığa sadece hapis cezasının verildiği durumlarda değil, adli para cezası verilmesi durumunda dahi sanığın ailesi de maddi olarak mutlaka etkilenecektir. Bu nedenle kanun koyucunun gerek cezaları gerekse infaz şekillerini belirlerken dikkatli olması ve “*Cezaların etkilerini doğal içerikleri çerçevesinden taşırmaması*”, böylelikle hükmedilen cezanın hükümlünün ailesine olan

²⁵⁷ ÖDEN: s.132.

²⁵⁸ DÖNMEZER- ERMAN: C.II, s.566.

²⁵⁹ SOYASLAN: s.570.

²⁶⁰ ARTUK- GÖKCEN: s.753.

dolaylı etkilerini yok etmeye çalışması gerekmektedir.²⁶¹ Mahkûmların cezaevinde çalıştırılması, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi kurumlar ceza hukuku sistemimize bu nedenle getirilmiştir.

Suç işleyen failin ölümüyle birlikte cezanın düşmesinin sebebi de şahsilik ilkesidir. Nitekim Yargıtay CGK da bir kararında sanığın ya da hükümlünün ölmesi durumunda düşme kararının verilmesini “*Cezaların şahsiliği ilkesine*” bağlamıştır.²⁶²

Cezaların şahsiliği ilkesi ile ilgili olarak tartışılması gereken bir başka husus ise tüzel kişilerin cezai sorumluluğudur. Bilindiği üzere TCK’nın 20/2 maddesinde tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağı, ancak güvenlik tedbirinin uygulanabileceği belirtilmiş, TCK’nın 60. maddesinde ise söz konusu güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından TCK’nın 20/2 maddesi hükmünün, Anayasanın 38/7 maddesinde düzenlenen “*Cezaların şahsiliği ilkesinin*” doğal bir sonucu olduğu, zira tüzel kişinin kendisine özgü bir iradesinin olamayacağı, kendiliğinden nedensel değer taşıyan bir eylem gerçekleştirme ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir²⁶³, suçun tüzel kişinin yararına veya tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenebileceği, ancak bu gibi durumlarda tüzel kişi hakkında yalnızca güvenlik

²⁶¹ **DÖNMEZER- ERMAN:** C.II, s.553.

²⁶² **YCGK, E.2017/860, K.2017/454, 07.11.2017:** “*Suç teşkil eden bir fiilin işlenmesiyle fail ile devlet arasında doğan ceza ilişkisi, bu fiili işleyen sanığın ya da hükümlünün ölümüyle cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle başkası sorumlu tutulamayacağından düşmektedir. Ölüm, bir vakıa olan suçu ortadan kaldırmayacak, suçtan sorumlu tutulacak kişi olmadığından, devletin suçla birlikte ortaya çıkan cezalandırma sorumluluk ve yetkisini sona erdirecektir.*”

²⁶³ **ÖZEN, Muharrem:** “*Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış*”, AÜHFD, S.1, C.52, 2003, s. 69.

tedbirlerine hükmedilebileceği, sadece tüzel kişinin temsilcisinin veya görevlendirilmiş gerçek kişinin suçun faili olabileceği belirtilmiştir.²⁶⁴

Günümüz dünyasında ortaya çıkan ve maddi anlamda oldukça güçlü olan çokuluslu şirketler tarafından birçok insan hakları ihlalleri gerçekleştirilmektedir.²⁶⁵ Kimi ülkelerde kadın ve çocuklar uluslararası sözleşmelere aykırı şekilde çalıştırılmakta, kimi ülkelerde dini ve etnik çatışmalar çıkarılmakta, kimilerinde ise insanlar köle olarak kullanılmaktadır. Bazı bölgelerde terörizm finanse edilmekte, kara para aklanmakta, bazı bölgelerde ise maden ve yeraltı kaynaklarına ulaşabilmek için bahsi geçen şirketler tarafından insanlar silah zoruyla yaşadıkları bölgelerden uzaklaştırılmaktadır. Bütün bu insan hakları ihlallerinden oluşan suçların genelde ticari faaliyet yapan tüzel kişi lehine işlendiği düşünüldüğünde, sadece birkaç gerçek kişinin cezalandırılmasıyla yetinilmeyerek, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun da kabul edilmesi fikri oldukça yaygınlaşmaktadır.²⁶⁶ Zira her ne kadar ancak tüzel kişiyi temsil eden ya da tüzel kişi adına yetkilendirilen gerçek kişilerin cezalandırılabilmesi düşünülse de, günümüzde geldiğimiz noktada gerçek kişiler değişse de şirket politikaları onlarca yıl değişmeden farklı gerçek kişiler tarafından uygulanmaya devam edilmektedir. Bu nedenle içinde yaşadığımız zaman gereğince, kanımızca başta çok uluslu şirketler olmak üzere tüzel kişilerin de istikrarlı politikaları olabileceği, bu kapsamda sistematik olarak suç işleyebilecekleri ve bu anlamda TCK'da belirlenen güvenlik tedbirlerinin yeterli olmayacağı düşünülmelidir.

²⁶⁴ ÖZGENÇ: s.197.

²⁶⁵ GÜNGÖR, Devrim: “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.10, Aralık 2017, s. 101.

²⁶⁶ GÜNGÖR: “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları”, s. 102.

Türk Ceza Hukuku açısından doktrinde Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen "Cezaların şahsiliği ilkesinin" sadece gerçek kişiler için mi uygulanacağı, yoksa bu hükmün aynı zamanda tüzel kişiler açısından da geçerli kabul edilip edilmeyeceği tartışılmış, ancak TCK'nın 20/2 maddesindeki düzenlemenin getirilmesiyle birlikte TCK'da tüzel kişiler açısından sadece güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Fakat güvenlik tedbirlerinin de bir cezai yaptırım olduğu düşünüldüğünde bu durum da başka bir çelişki yaratmaktadır.

Bununla birlikte 5326 s. Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesinde işlenen bir kabahatten dolayı özel hukuk tüzel kişisine idari yaptırım uygulanabileceği belirtilmiş, aynı kanunun 43/A maddesinde ise "Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından TCK'da düzenlenen dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, suçları ile çeşitli kanunlarda tanımlanan zimmet, terör finansmanı, kaçakçılık suçlarının özel hukuk tüzel kişisi yararına işlenmesi durumunda idari para cezasına hükmedileceği" düzenlenmiştir.

Öncelikle, madde metninde tek tek çeşitli suçlar sayılmışken yaptırım olarak idari para cezası öngörülmesi kanımızca uygun değildir. Zira hukukumuzda suç karşılığında öngörülebilecek olan yaptırım ancak adli para cezası olabilir.²⁶⁷ İdari para

²⁶⁷ Aynı yönde Bkz: **CENTEL, Nur:** "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", AÜHFD, c.65, s.4, 2016, s. 3322. "Kabahatler Kanunu m.43/A başarılı bir düzenleme değildir. Katalog listede hükmün kapsamındaki suçların tek tek sayılmasına karşın, "eylemin daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmaması"nın öngörülmesinin ne anlama geldiği anlaşılamamaktadır. Eylem, katalog

cezası ise ancak idari kurumlar tarafından verilebilecek olan cezalardır. Dolayısıyla işlenen bir suç karşılığında idare tarafından yaptırım uygulanması kanımızca mümkün değildir. Zira bir fiilin suç olup olmadığı, suç sebebiyle hükmedilecek olan ceza veya güvenlik tedbiri, ancak bir yargılama sonucunda belirlenebilir. Bu anlamda söz konusu düzenleme oldukça hatalıdır.

Bununla birlikte TCK'nın 20/2. maddesinin sadece özel hukuk tüzel kişileri yönünden uygulanması, kamu hukuku tüzel kişileri açısından güvenlik tedbirlerine hükmolunamaması da doktrinde eleştirilmiş olup²⁶⁸, kanımızca bu eleştiriler “Eşitlik ilkesi” açısından haklı gibi görünse de kamu tüzel kişilerinin devlet tarafından kurulduğu ve kamu gücüne sahip olduğu düşünüldüğünde devletin kendi yararına suç işlemesi veya kendi kendini cezalandırması söz konusu olamayacağından söz konusu eleştiriler de temelsiz kalmaktadır.

Sonuç olarak, tüzel kişilerin TCK'da yer alan bütün suçları işleyebileceğini kabul etmek mümkün olmamakla birlikte, tüzel kişi yararına ya da tüzel kişinin aracı kılınarak suç işlenmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir.²⁶⁹ Örneğin çevreye karşı suçlar, insan kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı, rüşvet, ihaleye fesat karıştırma, para aklama, hileli iflas, terörün çeşitli yollarla desteklenmesi ve hatta

suçlardan birini teşkil etmediğinde zaten bu yaptırımın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, hukukumuzda suç karşılığında öngörülebilecek yaptırım “adli para cezası”dır. Oysa Kabahatler Kanunu m.43/A'da “idari para cezası” uygulanması öngörülmektedir. Bu hüküm sistemi ihlal eden bir düzenlemedir; aynı zamanda yasakoyucunun tüzel kişilere uygulanacak en etkili yaptırımın para cezası olduğunu kabul etmesi ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişilerle ilgili düzenlemelerin gerçekçi olmadığını itiraf etmesi demektir.”

²⁶⁸ **CENTEL:** “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, s. 3326.

²⁶⁹ **GÜNGÖR:** “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları”, s. 102.

soykırım suçunun dahi tüzel kişilerin yararına veya tüzel kişilerin cezai yönden verdiği korumanın rahatlığıyla işlenmesi mümkündür. Bu nedenle içinde yaşadığımız zaman gereğince, kanımızca tüzel kişilerin de istikrarlı politikaları olabileceği, bu kapsamda sistematik olarak yapılarına uygun şekilde suç işleyebilecekleri ve bu anlamda TCK’da belirlenen güvenlik tedbirlerinin yeterli olmayacağı düşünülmelidir.

4. İnsan Onuru İle Bağdaşma İlkesi

Geçmişte suç işleyen faile sürgün, meydan dayacağı gibi yaşadığı toplum içerisinde kendisini küçük düşürecek, onur kırıcı cezalar veya taşlanma, yakılma, deri yüzme, tekerlekle germe ve benzeri ağır ve eziyetli cezalar uygulanmıştır. Öyle ki batıda işkence hem sorgulama aşamasında hem de infaz aşamasında sıradan bir uygulama haline gelmiştir. Ancak zamanla toplumlar geliştikçe hem cezaların şekli, hem de infaz biçimi değişmiş, her ikisi de insan onuru ile daha bağdaşır hale gelmiştir.

Anayasanın 17/3. maddesinde *“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”* hükmü yer almaktadır. Görüleceği üzere insan haysiyetiyle bağdaşmayan hiçbir cezanın faile verilemeyeceği açıkça Anayasa’da düzenlenmiş, ayrıca *“Eziyet ve işkence yasağı”* da açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin *“İşkence yasağını”* düzenleyen 3. maddesi *“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”* düzenlemesini içerirken, yine Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesi *“Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.”* demektedir. Türkiye aynı zamanda *“İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler*

Sözleşmesi'ne” de üyedir.²⁷⁰ Söz konusu sözleşmenin 2. maddesinde işkencenin, 16. maddesinde ise işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayrı insani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin, taraf devletlerin yetkisi altındaki ülkelerde önlenmesini üstlendiği ve bu konuda gerekli bütün tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

TCK'nın 94. maddesinde işkence suçu “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*” olarak tanımlanmış, ancak TCK'nın 96. maddesinde düzenlenen “*Eziyet suçu*” kanunda açıkça tanımlanmamış olup, madde gerekçesinde eziyet suçunun “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*” olduğu belirtilmiştir.²⁷¹ Madde metninin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, eziyet suçunun karakteristik özelliği “*Süreklilik*” olmaktadır.²⁷² Aynı özellik işkence suçu için de geçerli olup, TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde de

²⁷⁰ Birleşmiş Milletler tarafından söz konusu sözleşme 10.12.1984 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye sonradan sözleşmeye taraf olmuş ve söz konusu kabul 10.08.1988 tarih ve 19895 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁷¹ **TCK'nın 96. Maddesinin Gerekçesi:** “*Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve beden-sel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranış-larda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.*”

²⁷² **HAKERİ, Hakan:** Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları, 1. Baskı, 2005, s. 176.

işkence suçunun gerçekleşebilmesi için failin suç konusu fiillere sistematik bir şekilde devam etmesinin gerektiği belirtilmiştir.²⁷³

Anayasa Mahkemesi bir kararında işkenceyi kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamele olarak, eziyeti ise "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi ya da manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler olarak tanımlamış ve işkenceden farklı olarak "Eziyette", ıstırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılmasının aranmayacağını belirtmiştir.²⁷⁴ Aynı kararda "İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza" ise mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muameleler olarak tanımlanmış, kararın devamında ise bir muamelenin işkence ve

²⁷³ **TCK'nın 94. Maddesinin Gerekçesi:** "İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psiko-lojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkileri-nin olmasıdır."

²⁷⁴ **AYM, "Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu", 17/07/2014, § 83:** "...bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır. Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik de eklenebilir. Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir."

eziyet olup olmadığına veya insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığına dair ölçütler belirlenmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, eziyeti, işkence seviyesine varmayan ve fakat önceden tasarlanmış bulunan ve uzunca bir süre içerisinde gerçekleştirilen, yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler olarak tanımlamış ve “*Fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması*” gibi uygulamaları eziyete örnek olarak göstermiştir.²⁷⁵

Nitekim AİHM de bir kararında başvurucunun polis gözetimindeyken yükselen gerilim ve duyguların etkisiyle bir anlığına söz konusu muameleye maruz kalmadığını, muamelenin günlerce tekrarlayan şekilde devam ettiğini, bu nedenle söz konusu kötü muamelenin işkence sayılacağını belirtmiştir.²⁷⁶

²⁷⁵ **AYM, “Cebrail Bektaş ve Yüksel Şahin Başvurusu”, 25.09.2019, § 51 :** “İşkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir (Tahir Canan, § 22). Bu hâllerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ızdırıp verme kastının belli bir amaç doğrultusunda bulunması aranmaz. Fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında eziyet olarak nitelendirilebilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).”

²⁷⁶ **AİHM, “Selmouni v. Fransa”, 28.07.1999, § 104-105.**

Yine AİHM, uyuşturucu satarken yakalanan başvurucuya burnundan bir hortum sokularak zorla ilaç içirilmesi ve böylelikle kusmasının sağlanarak uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi olayında, her ne kadar yapılan muamele işkence ve eziyet boyutunda olmasa da, başvurucunun sağlığının düzeltilmesi için değil, delilin ele geçirilmesi için rızası hilafına söz konusu işlemlerin yapıldığı ve başvurucu fiziksel ve zihinsel olarak acı çektiği için, söz konusu eylemleri “İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan kötü muamele” olarak kabul etmiştir.²⁷⁷

Görüleceği üzere, yetkililerin saiki ne olursa olsun, en zor koşullarda dahi işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelenin gerçekleştirilmesi hiç bir şekilde kabul görmemektedir. Bütün bu nedenlerle söz konusu ilke gereğince artık failin doğrudan bedenine yönelik herhangi bir ceza uygulanmamaktadır.

5. Orantılılık ve Etkililik İlkesi

TCK'nın 3/1 maddesinde “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” düzenlemesiyle kanunda hayat bulan “Orantılılık ilkesi”, faile işlediği fiil ile orantılı ve etkili bir ceza verilmesi anlamına gelir. Ceza ile suç arasında bir oran olması ödetme anlayışının bir sonucudur.²⁷⁸ Zira orantılı ve etkili bir ceza hem failin pişmanlık duymasına sebep olacak, hem cezanın çekilmesinden sonra ıslah olması sağlanacak, hem de halkta adalet duygusunun pekişmesine yardımcı olacaktır. Yine cezanın caydırıcılık etkisinin gerçekleştirilebilmesi için de orantılı ve etkili bir ceza tesis edilmesi önemlidir.

²⁷⁷ AİHM, “Jalloh v. Almanya”, 11.07.2006, § 75.

²⁷⁸ TOROSLU, Nevzat-TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, Ankara, 2018, s.439.

Doktrinde orantılılık ilkesinin düzenlendiği TCK'nın 3/1 maddesinin eşitlik ilkesiyle çeliştiğini ve yine aynı şekilde TCK'nın 61/1 maddesinde belirtilen kurallarla uyumadığını belirten yazarlar olmuştur. Söz konusu yazarlara göre bu madde çerçevesinde yaptırımın sadece fiilin ağırlığıyla orantılı olarak verilmesi hatalı olup, aynı zamanda kusurun ağırlığının, failin kişiliğinin ve tehlikeli olup olmamasının da yaptırımın belirlenmesinde önemli olduğu belirtilmiştir.²⁷⁹ Ancak söz konusu görüşler 5237 s. TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan tartışmalara ilişkin olup, kanımızca TCK'nın 3/1 maddesi, eşitlik ilkesiyle veya TCK'nın 61/1 maddesi ile çelişmemektedir. Zira TCK'nın 61/1 maddesine göre temel ceza tayin edilirken failin kast veya taksirine dayalı kusurunun ağırlığı hâkim tarafından göz önünde bulundurulacaktır. Yine aynı şekilde failin güttüğü saik ve amacın tespit edilebilmesi de failin kusurunun ağırlığının tespit edilmesine yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla bu ölçütlerin tamamı cezanın belirlenmesi aşamasında hâkim tarafından göz önünde bulundurulmakta olup, ceza tayininde ayrıca orantılılık ilkesi de gözetilmektedir. Bu nedenlerle kanımızca bu ilkeler birbirleriyle çelişmemekte, tam aksine cezanın tayininde hâkim tarafından birlikte göz önünde bulundurulmaktadır.

“Orantılılık ilkesi” iki şekilde ortaya çıkmakta olup, bunlardan ilki cezanın işlenen suç ile orantılı olmasıdır. İkinci olarak ise, söz konusu oran kanunda benzer menfaatleri koruyan suçlar için öngörölmüş olan cezalar arasında da bulunmalıdır.²⁸⁰

Mahkeme tarafından tayin edilen cezaların orantılı veya etkin olamaması halinde temel hak ve hürriyetlerin de zedelenmesi söz konusu olacaktır. Nitekim Anayasa

²⁷⁹ **BAYRAKTAR, Köksal:** “Yeni Türk Ceza Kanununda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri”, GÜHFD, Y.2, S.1, Ocak 2003, s.8.

²⁸⁰ **ASHWORTH, Andrew:** Principles of Criminal Law, Oxford, 4. Baskı, 2003, s. 21.

Mahkemesi yaşanan bir cinsel taciz olayıyla ilgili olarak verdiği bir kararında ceza miktarı tayini her ne kadar mahkemelerin yetkisi dâhilinde bulunsa da, takdir yetkisinin bu tür olaylara müsamaha göstermek şeklinde kullanılmasının etkin yargısal korumayı zayıflatarak temel hak ve hürriyetlerin zedelenmesine yol açabileceğini belirtmiş ve ceza tayin edilirken “Yaptırımın caydırıcılığı” hususunun da mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir.²⁸¹

Yine TCK’nın 3. maddesinin gerekçesinde, “ Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir” denilerek adalet kavramının altı çizilmiş, gerekçenin devamında “Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan oranlılık ilkesine uymak gerekir.” ifadelerine yer

²⁸¹ **AYM Genel Kurul Başvuru No: 2014/19112**, 17/5/2018, § 60 : “Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir. Somut olayda olduğu gibi suçu işlediği sübuta eren kişinin cezalandırılması ancak denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi şartına bağlanmakta, böylelikle sorumluluğu mahkeme kararıyla sabit olan eylemi -yeni bir suç işlemediği takdirde- fiili olarak cezasız kalmaktadır. Kanun koyucunun, işlediği suçtan dolayı kişinin tekrar topluma kazandırılması amacıyla getirdiği bu cezasızlık kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilirken her olayın somut koşulları çerçevesinde suçun niteliği ve mağdurun söz konusu suçtan etkilenme derecesiyle orantılı olarak yaptırımın caydırıcılığı hususunun da göz ardı edilmeden yorumlanması gerekmektedir.”

verilerek, ancak etkin ve orantılı bir ceza tesisiyle adaletin ve cezanın caydırıcılık etkisinin sağlanabileceği belirtilmiştir.²⁸²

Her ne kadar “*Adalet*” kavramı, içeriğinin belirlenmesi, gerçekleşmesi ve devamlılığı zor olan bir kavram olsa da, toplumsal kargaşaları önlemek, barışa yönelmek amacını ve idealini belirtmektedir.²⁸³ Zira kavram herkese göre göreceli olup mutlak değildir. Burada gerekçeyle altı çizilmek istenen adalet kavramı, işlenen suçun cezasız kalmaması ve tayin edilen cezanın fiilin ağırlığıyla orantılı olarak belirlenerek, halkta adalet duygusunun yerine getirilmeye çalışılmasıdır. Orantılılık ilkesi de adalet kavramını somutlaştırdığı için bu kadar önemli görülmekte olup, insanlar fiilin ağırlığıyla orantılı bir ceza verilmesinin daha adil olacağı yönünde bir anlayışa sahiptirler.²⁸⁴

Orantılılık ilkesi, belirsiz oluşu, suç ve ceza kavramlarının birbirinden farklı doğaları, farklı cezalandırma amaçları ile ilkenin uyumlu olmaması ve sadece toplumun genel duygu ve düşüncelerini yansıttığı yönünde eleştirilmiş olup²⁸⁵, zaman içerisinde farklı teoriler ileri sürülmüştür.²⁸⁶ Ancak buna rağmen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza verilmesi sistemine alternatif herhangi bir sistem ortaya konulamamıştır. Söz konusu ilke, bugün modern ceza yargılaması yapılan ülkelerin tamamında ceza hukukundaki en önemli ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir.

²⁸² **ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, 2006, s.84.

²⁸³ **BAYRAKTAR, Köksal:** “*Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2010 - Ceza Adaleti I*”, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s. 204.

²⁸⁴ **Von HIRCH, ANDREW:** “*Proportionality in The Philosophy of Punishment*”, Crime and Justice, S.16, The University of Chicago Press, 1992, s. 56.

²⁸⁵ **GOH, Joel:** “*Proportionality-An Unattainable Ideal In The Criminal Justice System*”, The Manchester Review of Law, Crime and Ethics, S.2, 2013, s.45.

²⁸⁶ Bkz: **HIRCH:** “*Proportionality in The Philosophy of Punishment*”

Bu noktada hâkimin vicdani kanaati ve takdir yetkisi de oldukça önemlidir. Zira işlenen suç ile verilecek olan cezanın arasındaki oranı sağlamak açısından herhangi bir sistem bulunmamakta olup, söz konusu oran ancak hâkimin takdiriyle sağlanmaktadır. Yargıtay CGK, bir kararında yasa koyucunun cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde, gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklediğini belirtmiş, ancak işlenen fiil ile orantılı bir temel ceza tayin edilmemesi nedeniyle bozma kararı vermiştir.²⁸⁷

Cezanın etkili olması da ancak orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla olanaklı olacaktır. Zira orantılı ve etkili bir ceza sadece suç işleyen failin ıslahını sağlamakla kalmayacak, ayrıca hem ödetici olacak, hem de toplumun diğer suç işlememiş bireyleri açısından caydırıcı nitelikte olacaktır.²⁸⁸

Günümüzde cezaların etkililiğinin sağlanabilmesi için mahkemeler tarafından farklı cezai yaptırımlar öngörüldüğü de görülmektedir. Amerika-Missouri’de kaçak şekilde yüzlerce geyik avlayan bir sanığa hapis cezasının yanı sıra hapisanede ayda en az bir kez “*Bambi*” isimli çizgi filmi izlemesi yönünde ceza verilmiş²⁸⁹, İspanya’da Twitter yoluyla hakaret suçu işleyen bir sanığın bu nedenle aldığı cezayı ayrıca Twitter

²⁸⁷ **YCGK, 2009/124 E., 2009/224 K., 29.09.2009 T.:** “...Ancak toplam değeri 2.280 liradan ibaret 25 adet sahte para nedeniyle alt sınırı 2 yıl olan bir suç için temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmiş olması, 5237 sayılı TCY’nın 3/1. maddesinde düzenlenen “orantılılık” ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, somut olayda sanığa parada sahtecilik suçundan temel cezanın, işlediği fiil ile orantılı olacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gereklidir.”

²⁸⁸ **ÖNDER:** C.II-III, s.526.

²⁸⁹ <https://www.theguardian.com/us-news/2018/dec/18/deer-poacher-ordered-to-watch-bambi-once-a-month-in-jail> Son Erişim Tarihi: 12.09.2019

hesabından 30 gün boyunca, günde bir kez paylaşması gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.²⁹⁰ Yine Amerika-Colorado’da gürültü kirliliği sebebiyle yargılanan gençlere yargıç tarafından senede dört kez olmak üzere birer saat boyunca eski bir Amerikalı şarkıcı olan “*Barry Manilow*” dinlemeleri yönünde cezai hüküm kurulmuş, davanın hâkimi verilen para cezalarının gençlerin aileleri tarafından ödendiği için gençler üzerinde etkili olmadığını gerekçe olarak göstermiştir.²⁹¹ Yine Türkiye’de annesine gittiği için eşine şiddet uygulayan sanığın eşine şiddet uygulaması sebebiyle kendisinden ve tüm ilçe halkından özür dilediğine dair bin adet el ilanı basarak dağıtması yönünde verilen mahkeme kararı da bu duruma bir örnektir.²⁹²

Değişen dünyada, özellikle de sosyal medyanın etkinliği göz önünde bulundurulduğunda verilen bu cezaların orantılılık ve etkinlik ilkelerini sağlamak amacıyla verildiği açıktır. Zira bu şekilde alışılmışın dışında verilen cezalarla mahkemeler sanıklarda empati duygusu oluşturmayı ve pişman olmalarını sağlayarak ıslah olmalarını amaçlamaktadırlar.

Ancak mahkeme tarafından verilen cezanın sosyal medya aracılığıyla sanık tarafından belirli bir süre boyunca ilan edilmek durumunda bırakılması veya eşine şiddet uygulayan sanığın el ilanı bastırarak bu durumu yaşadığı ilçe halkına duyurmaya ve özür dilemeye zorlanması, esasında bir nevi sanığın teşhir edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle insan onurunun da korunması zorunluluğu karşısında bu tarz

²⁹⁰<https://www.theguardian.com/world/2015/sep/15/spanish-judge-orders-man-tweet-sentence-30-days> Son Erişim Tarihi: 17.04.2020

²⁹¹<https://www.telegraph.co.uk/news/newstoppers/howaboutthat/3513135/Noise-polluters-sentenced-to-listen-to-Barry-Manilow.html> Son Erişim Tarihi: 17.04.2020

²⁹²<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kadin-h-kimden-dayakci-ese-ilanli-ornek-ceza-11865943> Son Erişim Tarihi: 17.04.2020

teşhir içeren kararlar yerine, sanık üzerinde daha etkili olabilecek, sanıkta empati duygusunu doğuracak, daha kişiselleştirilmiş cezalar uygulanabilir. Örneğin eşine şiddet uygulayan sanık hakkında yaşadığı ilçede el ilanları dağıtmasına karar verilmesi yerine, kendisinin şiddet gören kadınların yaşadığı zorlukları anlayabilmesini sağlayacak bir karar verilmesi, hem sanık üzerinde daha etkili olacak, hem de insan onuruna yaraşır bir ceza verilmiş olacaktır.

6. Tamir Edilebilme (Telafi Edilebilirlik) İlkesi

Bir cezanın sonuçları bakımından tamirinin yani telafi edilebilirliğinin mümkün olması gerekmektedir. Zira yargılama esnasında veya infaz aşamasında herhangi bir adli hata olması mümkündür. Bu bakımdan cezanın telafi edilebilir olması önemlidir. Ancak, esasında cezanın failin üzerinde bıraktığı etki göz önüne alındığında, söz konusu cezanın uygulanmamış hale getirilmesi mümkün değildir.²⁹³ Böyle bir hata durumunda devlet tarafından sanığa tazminat ödenmekte, yasak hakları iade edilmekte, ancak özellikle hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından kişinin yaşadıklarını geri alma imkânı bulunmamaktadır. Bu özellik bakımından telafi edilmeye en uygun ceza türü para cezalarıdır.²⁹⁴

Söz konusu ilkenin önemi özellikle idam cezasının uygulandığı hukuk sistemleri açısından ortaya çıkmaktadır. Zira idam cezasının geri alınabilme veya telafi edilebilme imkânı bulunmamaktadır. Kaldı ki cezai yaptırımlar suçluyu ıslah etmeyi ve topluma tekrar kazandırmayı amaçlamakta olup, ölüm cezası, modern bir cezanın taşınması

²⁹³ ÖNDER: C.II, s.526.

²⁹⁴ DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2017, s.570.

gereken bu özellikleri taşımamaktadır.²⁹⁵ Doktrinde ölüm cezasına telafi edilebilir olmayışı nedeniyle değil, ancak salt insan onuru ile bağdaşmaması nedeniyle karşı çıkan yazarlar da vardır.²⁹⁶

Diğer taraftan, yapılan adli hatalar nedeniyle masum insanların da ölüm cezasına çarptırılmaları mümkündür. Nitekim 19. yüzyılda ABD’de 35 kişi hata sonucu idama mahkûm edilmiş, bunlardan 23 masum kişinin cezası infaz edilmiştir.²⁹⁷ Masumiyetleri sonradan anlaşılan kişilere uygulanan ölüm cezasının telafisi bulunmamaktadır. Bu düşünce, hürriyeti bağlayıcı bütün cezaların telafi edilemez olduğu ve böyle bir hatanın gerçekleşme ihtimalinin çok düşük olduğu yönünde eleştirilmiştir.²⁹⁸ Her ne kadar telafisi en mümkün ceza, adli para cezaları olarak görülmekte ise de, hapis cezaları dahi devlet tarafından tazmin edilmeye çalışılmakta olup, ölüm cezasında böyle bir imkân bulunmadığı açıktır. Yani diğer cezalarda nispi de olsa bir telafi edilebilirlik söz konusuysen, ölüm cezasında böyle bir durum mümkün değildir.

Ölüm cezasının kabul edildiği ülkelerde görülen bir başka problem de bu cezanın kötüye kullanılmasıdır. Nitekim 1975 yılında Kore’de sekiz muhalif hakkında sıkıyönetim mahkemesi tarafından idam cezası verilmiş ve ceza sadece 18 saat sonra

²⁹⁵ **SOKULLU AKINCI, Füsun:** “*Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci*”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 154.

²⁹⁶ **GEMALMAZ, Mehmet Semih:** “*Yaşamın Geçici Önlemlerle Korunması*”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 51.

²⁹⁷ **SOKULLU AKINCI:** “*Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci*”, s. 154.

²⁹⁸ **ARTUK, Mehmet Emin:** “*Ölüm Cezası*”, Prof. Dr. Jale AKİPEK’e Armağan, Konya, 1991, s.169.

infaz edilmiş, ancak söz konusu sekiz kişi tam 32 yıl sonra Seul Merkez Bölge Mahkemesi tarafından aklanmıştır.²⁹⁹

Türkiye de Avrupa Konseyi'ne üye bir devlet olarak, 6 ve 13 numaralı Protokolleri onaylamış ve TCK'dan ölüm cezasını çıkartmıştır. Esasında 1984 yılından itibaren TBMM tarafından hiçbir ölüm cezası onaylanmadığı için ölüm cezasının infazının kaldırılması yönünde o tarihlerde fiili bir eğilim bulunmaktadır.³⁰⁰ Ancak söz konusu suçun TCK'dan çıkarılması ve Anayasa'nın 38/8 maddesi ile ölüm cezası ve genel müsadere cezasının verilemeyeceğine ilişkin hüküm konulması, de facto durumu yasallaştırmıştır.

Bununla birlikte, 1632 s. Askeri Ceza Kanunu'nun 1. ve 20. maddelerinde halen ölüm cezasından bahsedilmekte olup, söz konusu kanunda gerekli değişiklikler yapılmamıştır. Ancak, Anayasa'nın 38/8 maddesi ile usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olacağı ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanun hükümlerinin birbirinden farklı olması durumunda uluslararası anlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngören Anayasa'nın 90/5 maddesi gereğince Askeri Ceza Kanunu'nda bulunan bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Yine TCK'nın 5. maddesinde yer alan “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmü göz önüne alındığında, TCK'nın 45. maddesinde belirtilen temel cezaların sadece hapis ve adli para cezaları olduğu, genel hükümlerde ölüm cezasının

²⁹⁹ **CHO, Byung-Sun:** “*Güney Kore, Japonya, Tayvan ve Çin’de Ölüm Cezası*”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 181-182.

³⁰⁰ **SOKULLU AKINCI:** “*Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci*”, s. 155.

öngörülmediği de açıktır. Dolayısıyla kanunun bu hükmü karşısında yine Askeri Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleri geçersiz kalmaktadır.³⁰¹ Ancak yine de ilgili yasal düzenlemelerin yapılarak ölüm cezasına ilişkin söz konusu hükümlerin kaldırılması gerekmektedir.

7. Cezanın Devlete Mümkün Olduğunca Az Yük Getirmesi İlkesi

Bir somut olay bakımından ceza verilmesiyle amaçlanan sonuç, devlete daha az yük getirecek bir başka cezanın verilmesiyle de sağlanabilecekse, devlete en az yük getiren yaptırıma hükmedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla para cezasının etkili olacağı basit bir suçta, daha masraflı olan hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinden kaçınılması gerekmektedir.³⁰² Zira hapis cezaları devlete, dolayısıyla da topluma ciddi bir mali yük getirmektedir. Bütün bu nedenlerle cezaya ancak daha az yük getirebilecek olan yaptırımlar etkili olmadığında başvurulması gerekmektedir.³⁰³

Aynı şekilde, cezanın infaz şekli belirlenirken de aynı ilke göz önünde bulundurulmalıdır. Zira hapis cezasının açık ceza infaz kurumlarında infaz edilmesi, kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilmesine kıyasla devlete daha az yük getirmekte, hatta böylelikle devlet bütçesine katkı dahi sağlanabilmektedir.³⁰⁴

³⁰¹ Aynı yönde Bkz. **SOKULLU AKINCI:** “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci”, s. 157.

³⁰² **ARTUK-GÖKCEN:** s.754.

³⁰³ **FLETCHER:** s. 262.

³⁰⁴ **YERDELEN, Erdal:** Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.13.

8. Son Çare Olma (Ultima Ratio) İlkesi

Günümüzde modern devletlerde cezalandırma yetkisi sadece devletin elinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yetkinin keyfi veya gereksiz olarak kullanılmasının önüne geçilebilmesi için birçok ilke kabul edilmiştir. Bunlardan sonuncusu ise son çare olma, yani “*Ultima Ratio*” ilkesidir.

Kısaca, cezai müeyyidenin her somut olayda ancak mutlak anlamda zorunlu olması halinde uygulanması olarak açıklanabilecek³⁰⁵ bu ilkenin içeriği halen tam olarak belirli olmamakla birlikte³⁰⁶, söz konusu ilkenin en önemli özelliği devlet gücüne bir sınırlama olarak kabul edilmesidir.³⁰⁷ Nitekim ceza hukukunun devlet tarafından bir kınamanın iletilebilmesi için kabul edilebilir tek araç olarak kabul edilmesi, esasında toplum olarak geçirdiğimiz manevi gelişimi göstermektedir.³⁰⁸ Zira Aydınlanma döneminden itibaren müeyyidelerin keyfi ya da aşırı kullanımının engellenebilmesi amacıyla birçok sınırlama getirilmiştir. Bu amaçla yüzyıllar içerisinde ceza hukukunun temel ilkeleri oluşturulmuş olup, “*Son çare olma ilkesi*” de bu araçlardan biri olmuştur.

Her ne kadar kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel taşlarından biri olsa da, temel hak ve özgürlükleri doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan cezai müeyyidelerin son çare olarak uygulanması, bu kısıtlamanın ancak mutlak anlamda zorunlu olması

³⁰⁵ **TOROSLU, Haluk:** Ceza Müeyyidesi, s.75.

³⁰⁶ **JAREBORG, Nils:** “*Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)*”, Ohio State Journal of Criminal Law, S. 2, 2005, s.526.

³⁰⁷ **KARSAI, Krizstina:** “*Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki*”, (Çev. KELEP PEKMEZ, Tuba), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.1, Ocak 2015, s.313.

³⁰⁸ **HUSAK, Douglas:** “*Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*”, Ohio State Journal of Criminal Law, C.2, S.2, Spring 2005, s.538.

durumunda gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Bu durum da aşırı cezalandırmanın önüne geçmeye yardımcı olmaktadır.

“*Son çare olma ilkesi*” aşırı veya gereksiz cezalandırmanın önüne geçerek aynı zamanda devletin daha fazla maddi külfete katlanmasını engellemekte, cezanın devlete mümkün olduğunca az yük getirmesi ilkesinin de hayata geçmesini sağlamaktadır. Günümüzde ceza normlarıyla düzenlenen alanın genişlediği ve özellikle bu anlamda sosyal tehlike suçlarının cezai müeyyideye bağlanması tartışılmaktadır.³⁰⁹ Birçok sosyal problemin çözülmesi için cezai yaptırımların kullanılması, doktrinde “*Bir sineği öldürmek için bomba kullanılmasına*” benzetilmiştir.³¹⁰ Bu doğrultuda yasaklamaların özgürlüğe hizmet edecek şekilde anlaşılması ve oluşturulması gerekmekte olup, öze ilişkin gerçek bir adalet ve daha eksiksiz bir hümanizm gerçekleştirilmek isteniyorsa, “*Özgürlüğü güvence altına alan bireysel unsur ile eşitliği güvence altına alan sosyal unsur arasında bir uzlaşma sağlanması*” gerekmektedir.³¹¹

Yine cezai müeyyidenin son çare olarak uygulanması aynı zamanda bir başka temel ceza hukuku ilkesi olan “*Cezaların etkili ve orantılı olmasını*” da sağlar. Zira her hukuka aykırılığın suç haline getirilmesi baskı ortamına yol açacak ve aşırı cezalandırmalar, cezai müeyyidelerin toplum açısından bir süre sonra etkisiz olması sonucunu doğuracaktır. Aşırı cezalandırma, beraberinde engellenemez bir şekilde orantısız cezaları da getirmektedir.³¹² Bu nedenle toplum düzenindeki her sapmaya

³⁰⁹ **TAŞKIN, Ozan Ercan:** “*Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku*”, MÜHFD, C.6, S.1, Haziran 2016, s.63.

³¹⁰ **FLETCHER:** s. 263.

³¹¹ **TOROSLU, N. :** Nasıl Bir Ceza Kanunu, s.4.

³¹² **HUSAK, Douglas:** Overcriminalization -The Limits of The Criminal Law, Oxford University Press, 2008, s.15.

devlet tarafından cezai yaptırım uygulanamayacak olup, ancak hukukun diğer dallarındaki yaptırımların yetersiz kaldığı hallerde cezai müeyyidenin uygulanması söz konusu olacaktır.³¹³ Ayrıca çok miktarda uygulanan cezaların, suçların azaltılması gibi daha büyük bir fayda için gerçekten gerekli olup olmadığı da tartışmalıdır.³¹⁴

Her ne kadar cezalandırmanın kanun koyucu tarafından son çare olarak başvuracağı bir yöntem olduğu sıklıkla beyan edilse de, aynı zamanda bu ilkeye gerekli saygının gösterilmediği, cezalandırmaya genellikle “*İlk çare*” (*Sola Ratio*) olarak başvurulduğu, dolayısıyla bir ceza hukuku enflasyonu içerisinde yaşamak zorunda kaldığımız da sıklıkla iddia edilmektedir.³¹⁵

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, bir hak ya da menfaati ihlal eden bir fiile karşı cezai müeyyidenin gerekli olup olmadığı noktasında, cezai müeyyidenin son çare olarak mutlak şekilde uygulanması gerektiğine hangi ölçüte göre karar verileceğidir. Elbette yasa koyucunun toplumun benimsediği değerleri de göz önünde bulundurarak, kendi takdir yetkisine dayalı olarak ceza normlarını düzenleyeceği açıktır. Ancak, bu noktada orantılılık ilkesi devreye girmektedir. Zira bir cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde artık ceza hukukunun son çare olması değil, tek çare olması kabul edilecektir.³¹⁶

“*Ultima ratio*” ilkesi kanunda belirtilen ceza çeşitleri arasında özgürlüğü bağlayıcı cezalar açısından da önem arz etmektedir. Zira özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazı her ülke için pahalı bir yöntem olup, mümkün olduğu takdirde başvurulması

³¹³ **ÖNDER:** C.I, s.11.

³¹⁴ **HUSAK:** Overcriminalization, s. 6.

³¹⁵ **JAREBORG:** s.523-524.

³¹⁶ **KARSAI:** s.316.

gereken en son yoldur. İlgili kanun maddesinin mümkün kılması halinde hapis cezası yerine adli para cezası verilmesi veya kamu yararına çalışma gibi başka ceza yöntemleri çok daha etkili ve ekonomik olacaktır.³¹⁷

“*Son çare olma ilkesi*” ceza hukukunun diğer temel ilkeleri arasında adeta bağlayıcı bir işlev görmektedir. Zira söz konusu ilke cezalandırmanın etkili ve orantılı şekilde gerçekleştirilmesine yardımcı olurken, aynı zamanda devlete de mümkün olduğunca az yük getirme ilkesinin gerçekleşmesini de sağlamaktadır.

9. Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi

Suç politikasının amacı olan maddi adalete ulaşabilmek için uyulması gereken başlıca ilkelere birisi de “*Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi*” olup, söz konusu ilke kusursuz kişiye ceza verilemeyeceğini öngördüğü gibi, aynı zamanda faile kusurundan daha ağır bir ceza verilmesini de engellemektedir.³¹⁸

Çağdaş ceza hukukunda objektif sorumluluktan vazgeçilerek kişinin sadece kendi fiillerinden sorumlu olacağı kabul edilmiş, ayrıca bir davranışın suç olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda failin kusurlu davranmış olması şartı getirilmiştir. Dolayısıyla “*Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi*” ile “*Cezaların şahsiliği ilkesi*” birbirlerinden ayrılamayacak olan iki ilkedir. Anayasa Mahkemesi de birçok kararında bu hususu vurgulamıştır.³¹⁹

³¹⁷ **CENTEL, Nur:** “*Çağdaş Ceza İnfaz Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Cezalar ve Gelişmeler*”, Prof. Dr. Aydın AYBAY’a Armağan, s. 49.

³¹⁸ **İÇEL, Kayıhan:** “*Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, Y. 2016, s. 622-623.

³¹⁹ **AYM Genel Kurul Kararı, E. 2018/160, K. 2019/23, 10.04.2019 :** “*Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları uyarınca, kişilere ceza verilebilmesi için aranan şartlardan biri hukuka aykırı fiilin kanunda belirtilmiş olmasını, diğeri de bu fiilin o kişi tarafından*

Çağdaş Türk Ceza Hukuku “Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine” uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırmıştır. Bu durum Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer almış olup, çağdaş ceza hukuku anlayışının bir gereğidir.³²⁰ Dolayısıyla

gerçekleştirilmiş olduğunun ispatlanmasını gerektirir. İtiraz konusu kuralda dağıtıcının hangi fiilleri suç sayıldığı için başkasının fiilinden sorumlu tutulduğu açık bir şekilde gösterilmediği gibi, bayi ile sözleşme imzalamış olmasından dolayı dağıtıcının işlenen suç ile arasındaki illiyet bağının da ne suretle oluştuğu belirtilmemiştir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre aslî ve fer’î failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları mümkün değildir. Anayasa’nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, “...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsî 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.” açıklaması yer almaktadır.”

³²⁰ **AYM Genel Kurul Kararı E. 2006/72, K. 2009/24, 19.02.2009** : “Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek “kusursuz suç olmaz” anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir. Buna göre, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulabilecektir. Hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimse sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

“Cezaların şahsiliği ilkesi”, “Kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmıştır.³²¹



Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 23. maddesi genel hükümler arasında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir.”

³²¹ Aynı Yönde Bkz. **İÇEL:** “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, s. 623.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZANIN BELİRLENMESİ

I. Cezanın Belirlenmesinde Hakim Olan İlkeler

A. Kusur İlkesi

“*Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz*” ilkesi gereğince, bir fiilin suç kabul edilebilmesi için öncelikle manevi unsurun, yani kusurluluğun bulunması gerekmektedir. Hareketin veya ihmalin bilinçli ve iradi olmasını gerektiren kusurluluk kavramı, kast ve taksir olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkmakta olup, kasıtlı suçlarda fail hukuken yasaklanan bir fiili bilinçli olarak ve isteyerek gerçekleştirdiği için kınanırken, taksirli suçlarda ise fail, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bir zarara sebebiyet verdiği için kınanmaktadır.³²² Failin yaşam şekli, ekonomik ve sosyal şartları gibi kişisel özellikleri kusurluluğun belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz.³²³ Kusurluluğun fail ile fiil arasındaki psikik bağdan ibaret olduğunu savunan “*Psikolojik Anlayış*” ile kusurluluğun süjenin iradesiyle bir norm arasındaki çatışmadan ibaret olduğunu savunan “*Normatif Anlayış*”, birbirlerini adeta tamamlamaktadır.³²⁴

Psikolojik anlayışa göre, kusurluluktan söz edilebilmesi için süjenin isnat edilebilir olması gerekmektedir. Normatif anlayışa göre ise isnat edilebilirlik kusurluluğun zorunlu şartıdır. Ancak günümüz ceza hukuku anlayışına göre isnat edilebilirliğin, kusurluluğun bir unsuru veya ön şartı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira ahlaki kusur ile hukuki kusur kavramları birbirlerinden farklı kavramlar

³²² **TOROSLU-TOROSLU:** s. 202.

³²³ **ERTEM, Burcu:** “*Yoksulluk ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Ed. SÖZÜER, Adem), 2017, s. 142.

³²⁴ **TOROSLU-TOROSLU:** s. 202.

olup, söz konusu anlayışa göre düşünenler, bu iki kavramın birbiriyle aynı olduğunu veya çakıştığını varsaymaktadırlar.³²⁵ Ancak TCK'nın 4. maddesi gereğince “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” Bu hüküm açıkça hukuki ve ahlaki kusur kavramlarını birbirinden ayırmıştır.

Bütün bunlar dışında, TCK'da ve CMK'da yer alan çeşitli hükümler de isnat edilebilirliğin kusurluluğun bir unsuru ya da ön şartı olarak değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. TCK'nın 2. maddesine göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye güvenlik tedbiri uygulanamayacağı gibi, TCK'nın 3. maddesi gereğince ancak suç işleyen kişiye karşı güvenlik tedbirine hükmolunabilir. Ayrıca CMK'nın 223/6. maddesinde de, yüklenen suçun sabit olması halinde güvenlik tedbirine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Yine ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden olan yaş küçüklüğünü düzenleyen TCK'nın 31. maddesi ve akıl hastalığını düzenleyen TCK'nın 32. maddesi, ancak suç işleyen küçükler ve akıl hastaları için güvenlik tedbirine hükmolunabileceğini düzenlemiştir.³²⁶

Dolayısıyla isnat edilebilirliğin, kusurluluğun bir unsuru veya ön şartı olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Nitekim yaşı küçük bir çocuk arkadaşını isteyerek yaralayabilir veya şizofreni hastalığı olan bir kişi isteyerek bir suç işleyebilir. Zira kast veya taksir, isnat yeteneğini haiz olmayan kişiler bakımından da ortaya çıkabilir. Yine

³²⁵ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: s. 245.

³²⁶ Bkz: TOROSLU-TOROSLU: s. 205, “*Yargıç bu tedbirlere karar verebilmek için cezalandırılmayan küçük veya akıl hastası tarafından gerçekleştirilen fiilin kasıtlı veya taksirli olup olmadığını belirlemek zorundadır. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesinin 6. Fıkrası da güvenlik tedbirine hükmedilmesi için sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit olmasını şart koşturmaktadır.*”

cebir altında hırsızlık yapmak zorunda kalan yaşı küçük biri veya mücbir sebep dolayısıyla birini yaralayan bir akıl hastası hakkında güvenlik tedbirine hükümlenmeyeceği açıktır. Bu nedenle isnat edilebilirlik suçla ilgili olarak değil, suçlu ile ilgili olarak incelenmelidir. Zira kusurluluk, akli yetkinlik veya akıl sağlığı olmadan da mevcut olabilmektedir.³²⁷

TCK'nın 21/1 maddesinde açıkça *“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır”* hükmü getirilmiş, ayrıca TCK'nın 22 maddesinde ise *“Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır”* düzenlemesi getirilmiştir. Nitekim Yargıtay da bir kararında kanunda açıkça yazmadığı takdirde doğabilecek sorumluluğun ancak hukuki olabileceğini belirtmiştir.³²⁸ Yine TCK'nın 23. maddesinde ise *“Bir failin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.”* düzenlemesi yer almaktadır. Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ise TCK'nın 61/1-f maddesinde temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak olan ölçütlerden biri olarak sayılmıştır.

³²⁷ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: s. 246

³²⁸ Yargıtay CGK E.2018/1-451, K.2019/456, 28.05.2019: *“Ceza Hukukunun kusur sorumluluğunda benimsediği esas, kast derecesinde sübjektif sorumluluktur. Ceza Hukuku; 'şahsi kusur sorumluluğu' ilkesini benimsemiş olup, objektif, yani kusursuz sorumluluğu reddeder.*

Türk Ceza Kanunu'nda 20. maddede 'ceza sorumluluğunun şahsiliği' ilkesi, 21. maddede kast ve 22. maddede de taksir derecesinde sübjektif sorumluluk düzenlenmiştir. Kanunda taksirle ilgili özel düzenleme yoksa, kimse taksirinden, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, emir ve talimatlara riayetsizlik, özensizlik, meslek ve sanatta acemilik iddiası ile cezai açıdan sorumlu tutulamaz. Failin kastı tespit edilemediğinde ve kanun koyucu da taksirden sorumluluk öngörmediğinde, doğabilecek yegane sorumluluk hukuki, yani tazminat sorumluluğudur.”

Görüleceği üzere kanun, cezanın belirlenmesinde temel ilke olarak kusur ilkesini benimsemiş olup³²⁹, taksirli bir davranışın zarara sebebiyet vermesi halinde cezalandırılmasını ise kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına bağlamıştır.

B. Çifte Değerlendirme Yasağı

Çifte değerlendirme yasağı, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususların aynı zamanda suçun unsurunu da oluşturması durumunda, bu unsurların ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamayacağını ifade etmektedir.³³⁰ TCK'nın 61/3 maddesinde açıkça düzenlenmiş olan ilkeye göre, suçun oluşup oluşmadığının tespiti için varlığı gerekli olan unsurlar veya yasal olarak uygulanması gereken cezayı hafifletici veya ağırlaştırıcı nedenler, cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstüne çıkılmasının gerekçesi olarak kullanılamaz.³³¹ Nitekim Yargıtay bir kararında fuhuş suçundan dolayı, temel ceza belirlenirken eylemin birden çok kez tekrarlanmasının temel cezanın artırılmasına gerekçe olarak gösterilmesini çifte değerlendirme yasağına aykırı bulmuştur.³³² Zira TCK'nın 61/5. maddesine göre “Zincirleme Suç” hükümleri ancak temel cezanın tayininden sonra uygulanabilecektir. Dolayısıyla temel cezanın belirlenmesi esnasında, suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturan ya da cezanın artırılmasını ya da

³²⁹ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 556.

³³⁰ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 557.

³³¹ **CENTEL, Nur:** “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir, 2001, s.359.

³³² **Yargıtay 16. CD, 2017/4304 E., 2018/485 K., 19.02.2018 :** “Sanıklar ... ve ..., ..., ..., ... ve ..., ..., ... ve ... hakkında fuhuş suçundan temel ceza belirlenirken, ayrıca TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırımı gerektiren “eylemin teselsül etmesinin” teşdit sebebi kabul edilerek çifte değerlendirme yasağına uyulmaması suretiyle aynı Kanunun 61/3. maddesine muhalefet edilmesi...”

azaltılmasını gerektiren hususlar dikkate alınamayacaktır. Nitekim madde metninin gerekçesinde de bu husus açıkça düzenlenmiştir.³³³

Temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulacak olan bir takım hususlar, kanundaki özel veya genel hükümler arasında cezanın artırılması ya da indirilmesinde dikkate alınacak hususlar olarak düzenlenmiş olabilirler.³³⁴ Örneğin, TCK'nın 35/2 maddesine göre suça teşebbüs halinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre failin cezasının indirileceği düzenlenmiş olması nedeniyle, söz konusu hususlar ayrıca TCK m.61/1-e kapsamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamayacaktır.

Benzer bir durum suçun nitelikli hallerinin belirlenmesi sırasında da ortaya çıkabilir. Nitekim TCK'nın 143. maddesi gereğince hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek olan ceza yarı oranında artırılmaktadır. Söz konusu maddede gece vakti ilgili suçun işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden, TCK'nın 61/1-c maddesi gereğince bu durum temel ceza tayin edilirken göz önünde bulundurulamayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun sistematüğinde düzenlenen birçok suçun ardından, söz konusu suçun nitelikli halleri de tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Ancak bazı suçların nitelikli hallerindeki düzenlemeler o kadar ayrıntılıdır ki, hâkimin temel cezayı

³³³ “...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. “

³³⁴ **KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.672.

belirlerken TCK'nın 61. maddesinde sayılan ölçütleri göz önünde bulundurması neredeyse imkânsız hale gelmektedir.³³⁵ Örneğin TCK'nın 151. maddesinde “*Mala zarar verme suçu*” düzenlenmiş, 152. maddesinde ise nitelikli haller yer verilmiştir. Ancak nitelikli haller incelendiğinde, birçoğunun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütlerle aynı olduğu ve söz konusu hususların temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulması durumunda çifte değerlendirme yasağının ihlal edilmiş olacağı görülecektir.

C. Gerekçe Gösterme Zorunluluğu

Anayasanın 141/3. maddesinde “*Bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olarak yazılacağı*” düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde 5271 s. CMK'nın 34. maddesinde de aynı husus düzenlenmiştir. “*Gerekçe yasal ve yeterli olmalıdır.*”³³⁶ Gerekçenin önemi kararı aydınlatmak ve keyfiligi önlemektir. Gerekçeli karar hakkı, esasen adil yargılanma hakkı kapsamında yer almaktadır. Anayasa mahkemesi de bu hususu kararlarında vurgulamıştır.³³⁷

³³⁵ **YERDELEN, Erdal:** “*Çifte Değerlendirme Yasağı*”, SÜHFD, C.20, S.2, 2012, s.115.

³³⁶ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 557.

³³⁷ **AYM, “Alper Uysal Başvurusu”, 23.10.2019, § 23 :** “*Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir.*”

Bir görüşe göre hâkim iki sınır arasında temel cezayı takdir hakkını kullanırken gerekçe göstermek zorunda değildir. Zira söz konusu yetki kanundan kaynaklanmakta olup, bu durum kanunilik ilkesine bir aykırılık oluşturmaz. Hâkimin takdiri, karar verirken gerekçe göstermenin zaruri olmaması demektir. Dolayısıyla söz konusu görüşe göre, gerekçe ile takdir birbirleriyle bağdaşmaz. Gerekçe göstermek zorunlu olursa, hâkim her zaman asgari haddi ceza vermeyi tercih edecek olup, bu durum da yetersiz ceza tayinine sebebiyet verecektir.³³⁸

Buna karşı olan görüşe göre ise, TCK sistematüğinde belirlenen cezalar açısından alt ve üst sınır aralığı çok geniştir. Bu kadar geniş olan bir aralıkta hâkimin gerekçe göstermeksizin temel cezayı tayin etmesi, her olayda değişik bir ceza tayinine sebebiyet verecektir. Ayrıca cezaların artırma oranlarını dahi kesin sınırlarla belirleyen TCK'nın temel cezanın belirlenmesi hususunda hâkime bu kadar geniş bir takdir yetkisi tanınması düşünülemez.³³⁹ Nitekim Yargıtay CGK da bir kararında keyfiliğın önlenmesi, sağlıklı bir denetim yapılabilmesi ve ayrıca tarafların tatmininin sağlanabilmesi için kararın gerekçesinin açıklanmasının zaruri olduğundan bahsetmiş,³⁴⁰ bir başka kararında da benzer hususları vurgulamıştır.³⁴¹

³³⁸ ÖNDER: C.II-III, s. 626.

³³⁹ ÖNDER: C.II-III, s. 627.

³⁴⁰ Yargıtay CGK E. 2018/133, K.2019/17: "CMK'nın 230. maddesi uyarınca, hükmün gerekçe bölümünde, suç oluşturduğu kabul edilen fiilin gösterilmesi, nitelendirilmesi ve sonuç (hüküm) bölümünde yer alan uygulamaların dayanaklarının gösterilmesi zorunludur. Gerekçe, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya muhtevasına uygun açıklamasıdır. Bu nedenle, gerekçe bölümünde hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da geçerli, yeterli ve kanuni olması gerekmektedir. Kanuni, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi, kanun koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla

Hâkim, temel cezanın tayini hususunda gerekçe belirtirken sadece TCK'nın 61. maddesinde sınırlı olarak sayılmış ölçütlere göre bir değerlendirme yapmak zorundadır. Dolayısıyla madde metninde yer almayan bir gerekçe temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacaktır. Nitekim Yargıtay CGK da bir kararında “*Sanığın umursamaz tavır ve davranışlarının*” gerekçe olarak kararda gösterilmesinin, TCK'nın 61/1 maddesinde yer almaması nedeniyle yasal olmadığını belirtmiştir.³⁴²

Bunun yanı sıra, kararda gerekçe olarak sadece kanun maddesinde yer alan ifadelerin tekrarının gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, bu şekilde bir

keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime imkân sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmaktadır.”

³⁴¹ **Yargıtay CGK E.2015/15-389, K.2018/318:** “*Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Hâkimin temel cezayı belirlerken dayandığı gerekçe, TCK'nun 61/1. maddesine uygun olarak, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili, dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde kanuni ve yeterli olmalıdır.”*

³⁴² **Yargıtay CGK E.2018/5-69, K.2018/273:** “*İş yeri mühürlendikten altı ay sonra belediye görevlilerince yapılan denetimde mührü bozarak iş yerindeki faaliyetini devam ettirdiği tespit edilen sanığın eyleminin, yüklenen suç yönünden ayırt edici bir özelliğinin bulunmaması sebebiyle yerel mahkemece temel ceza belirlenirken gösterilen “suçun işleniş şekli ve özelliği” biçimindeki gerekçenin oluşa ve dosya kapsamına uygun olmadığı, “umursamaz tavır ve davranış” şeklindeki gerekçenin de TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında sayılmaması sebebiyle yasal nitelik taşımadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; yerel mahkemece temel cezanın dosya içeriğine uygun, adalet, hak ve nesafet kuralları ve orantılılık ilkesiyle bağdaşacak şekilde belirlenmediği ve TCK'nın 61. maddesinde yer alan ve olay ile uyumlu olmayan bir ibarenin gerekçe olarak gösterilmesinin, temel cezanın belirlenmesinde kanun koyucunun aradığı anlamda yasal ve yeterli bir gerekçe olmadığı...”*

tutum ilgili maddeyi bir nevi anlamsızlaştıracaktır.³⁴³ Yapılması gereken, somut olayda gerçekleşen hususlardan hangilerinin, TCK'nın 61. maddesinde yer alan ölçütlere göre nasıl değerlendirildiğinin kararda açıklanmasıdır. Nitekim Yargıtay da birçok kararında bu hususa dikkat çekmiş, sadece TCK'nın 61. maddesinde yer alan ölçütlerin tekrar edilmesini yeterli bir gerekçe olarak kabul etmemiştir.³⁴⁴ Yine Yargıtay CGK bir başka kararında yerel mahkemenin daha önceki kararına atıf yapmasını yeterli görmemiş, her mahkeme kararının ayrı ayrı gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁵

CMK'nın 230. maddesinde gerekçeli kararda yer alması zorunlu hususların ne olduğu tek tek açıklanmış olup, mahkeme tarafından ulaşılan kanaat, sanık tarafından

³⁴³ **YÜCEL, Mustafa Tören:** *“Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi”*, HFSA, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, 2003, s. 165.

³⁴⁴ **Yargıtay CGK E.2015/115, K.2018/330:** *“...yerel mahkemeye temel cezanın dosya içeriğine uygun, adalet hak ve nesafet kuralları ve orantılılık ilkesiyle bağdaşacak şekilde belirlenmediği ve TCK'nın 61. Maddesinde yer alan ibarelerden bir kısmının tekrarlanmasından ibaret bu gerekçelerin dosya kapsamı ile uyumlu, yasal ve yeterli olmadığı kabul edilmelidir.”*

³⁴⁵ **Yargıtay CGK E.2017/3-361, K.2019/382:** *“Yerel Mahkemeye direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde; “Mahkememiz dosyasında daha önce açıklanması geri bırakılan Nazilli (Kapatılan) 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2008/135 esas, 2008/273 karar sayılı kararının gerekçe bölümünde sübuta yönelik gerekçe açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle hükmün gerekçesi mevcut olup...” şeklindeki gerekçeyle Özel Dairece bozulmakla tamamen ortadan kalkan ve infaz yeteneğini yitiren önceki hükümlere atf yapılmakla yetinilerek katılan ve tanık beyanları ile delillere yer verilmeden, hangi anlatımın ne gerekçeyle diğerine üstün tutulduğu açıklanmadan ve deliller tartışılıp değerlendirilmeden kesinleştiğinde bir başka kararın varlığını gerektirmeden infaza esas alınabilecek nitelikte yeni bir karar verilmemesi suretiyle CMK'nın 230. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine, Ulaşılan kanaat ile sanığın suç oluşturduğu kabul edilen fiilinin gerekçeli kararda belirtilmeyerek aynı madde ve fıkranın (c) bendine, Muhalefet edildiğinin anlaşılması karşısında; direnme kararına konu hükmün, Anayasa'nın 141 ve 5271 Sayılı CMK'nın 34, 230 ve 232. maddelerinde öngörülen şekilde kanuni ve yeterli gerekçeyi içermediği kabul edilmelidir.”*

gerçekleştirilen ve suç teşkil eden fiil, TCK'nın 61 ve 62. maddelerine göre belirlenecek olan ceza ve bunlar dışında verilecek olan bütün diğer kararların gerekçesinin kararda açıklanması gerektiği belirtilmiştir. CMK'nın 230. maddesinde belirtilen bu hususlar sınırlı sayıda olmayıp, maddenin son bendinde “*Mahkeme tarafından verilecek olan bütün diğer karar ve hükümlerin de gerekçeli olması gerektiği*” düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler, hâkim tarafından verilecek olan kararlarda keyfiliği önlediği gibi, ayrıca kararların gerekçelerinin eksiksiz ve açıklayıcı olması, hem üst yargı mercileri tarafından söz konusu kararların doğru olup olmadığı yönünde incelenmesini kolaylaştıracak, hem de aleyhine karar çıkmış olan taraf dahi, gerekçeden tatmin olması durumunda istinaf veya temyiz yoluna başvurmadan vazgeçebilecektir.³⁴⁶ Ayrıca kararların gerekçeli olması, hâkimlerin hukuki ödevlerini gerektiği gibi yerine getirerek tarafsızlıklarını korumalarını, kararlarının denetleneceğinin bilincinde davranarak objektif şekilde karar vermelerini sağlayacaktır.³⁴⁷ Bütün bu nedenlerle Anayasal bir ilke olan mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, hukuk devleti olgusunun gerçek anlamıyla hayata geçirilebilmesini sağlamaktadır.

³⁴⁶ **HİRŞ, Ernest E.:** Pratik Hukukta Metot, BTHAE, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, s.85.

³⁴⁷ **FEYZİOĞLU, Metin-TANER, Fahri Gökçen:** Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İslık Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 208.

II. Temel Cezanın Belirlenmesi

A. Cezanın Soyut ve Somut Olarak Belirlenmesi

1. Cezanın Soyut Olarak Belirlenmesi

Kanunilik ilkesi gereğince işlenen bir suç için fail aleyhinde kanunda yer almayan bir cezaya hükmedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla cezalandırma faaliyeti öncelikle yasa koyucu ile başlamaktadır. Kanun koyucu tarafından yasada öncelikle cezaların türünün belirlenmesi gerekmekte olup, bu aşamaya cezanın soyut ve genel olarak belirlenmesi denilmektedir. Kanunda belirlenen her bir suç tipi için ayrı ayrı alt ve üst sınırın belirlenmesi ise cezanın soyut ve özel belirlenmesidir. Bu aşamada kanun koyucu suç karşılığında faile verilecek olan cezanın hangi türden ve ne miktarda verileceğini tespit etmektedir.

Cezaların soyut-genel veya soyut-özel olarak saptanmasında bilimsel ve yararçı ölçütler esas tutulmakta olup, cezada öncelikle suçun ağırlığı, güvenlik tedbirlerinde ise suçlunun toplum açısından yarattığı tehlike göz önünde bulundurulmalıdır.³⁴⁸ Bu anlamda orantılılık ilkesi cezaların soyut olarak belirlenmesinde oldukça önemli bir yer arz etmektedir. Orantılılık ilkesi iki şekilde ortaya çıkmakta olup, bunlardan ilki cezanın işlenen suç ile orantılı olması, bir diğeri ise, kanunda benzer menfaatleri koruyan suçlar için öngörölmüş olan cezalar arasında orantı olmasıdır.³⁴⁹

Ancak günümüzde TCK'da belirlenen suç ve cezalar arasında bir takım orantısızlıklar da görölmektedir. Örneğin TCK'nın 185. maddesi gereğince “Zehirli Madde Katma Suçunu” kasten işleyen faile iki yıldan on beş yıla kadar, taksirle işleyen

³⁴⁸ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s.551.

³⁴⁹ ASHWORTH: s. 21.

faile ile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Buna rağmen TCK'nın 188. maddesi gereğince “*Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal, İthal veya İhraç Etme Suçunu*” işleyen kişiye öngörülen ceza ise yirmi yıldan otuz yıla kadardır. Her iki suç türünde de korunan hukuksal değer “*Kamu Sağlığının Korunmasıdır.*” Zira her iki suç türü de “*Kamu Sağlığına Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak bir suçun cezası iki yıldan başlamakta iken, diğer suçun cezası yirmi yıldan başlamakta olup, kanun koyucu tarafından belirlenen söz konusu soyut özel cezalar arasında kanımızca bir orantısızlık bulunmaktadır.

Cezaların soyut ve genel olarak tayini öncelikle kanun koyucuyu bağlamakta olup, soyut ve genel olarak belirlenmeyen bir ceza türü özel kısımda yaratılamaz. Aynı şekilde soyut ve genel olarak belirlenmeyen bir ceza miktarı da yine özel hükümlerde kanun koyucu tarafından düzenlenemez.³⁵⁰ Suç karşılığında kanunda sadece ceza türünün belirlenmiş, ancak ceza miktarının belirlenmemiş olması durumunda da, o cezaya ilişkin genel sınırlar uygulanacaktır. Zira TCK'nın 61/10. maddesinde kanunda açıkça yazılmadığı sürece cezaların hem artırılmayacağı hem de değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla öncelikle kanun koyucu genel hükümlerde düzenlenmiş olan kanun hükümleriyle bağlı olup, özel kısımda ancak daha önce tayin edilen ceza türlerine yer verebilmekte, ayrıca kanun tarafından belirlenen alt ve üst sınır cezalar arasında ceza belirleyebilmektedir. Bu durum kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

³⁵⁰ DÖNMEZER-ERMAN: C.III, s. 89.

2. Cezanın Somut Olarak Belirlenmesi

Cezaların tayininin ikinci aşaması da cezanın hâkim tarafından somut olarak belirlenmesidir. Cezanın belirlenmesi, somut olarak cezanın işlevinin ve amacının gerçekleştirilmesini sağlayan aşamadır.³⁵¹ Bu aşamada hâkim, kendisine yasa tarafından tanınmış olan takdir yetkisini kullanarak öncelikle ceza çeşidini seçer, cezanın miktarını hesaplar ve son olarak da cezanın artırılması veya indirilmesi koşulları varsa bunları uygular ve cezayı bireyselleştirerek sonuç cezaya ulaşır.³⁵²

Kanunun suç karşılığı olarak sadece bir ceza çeşidi öngördüğü durumlarda elbette hâkimin farklı bir ceza çeşidini seçmek konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak kanunda seçimlik cezanın öngörülmesi durumunda hâkim, gerekçesini kararda belirtmek koşuluyla bu cezalardan birini seçmek konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Hâkim somut cezayı tayin ederken öncelikle TCK'nın 61. maddesinde yer alan ölçütleri göz önünde bulundurarak temel cezayı belirleyecek, kanunda alt ve üst sınırlar arasında bir ceza öngörülmüş ise bu sınıra göre cezanın miktarını belirleyecektir. Ancak kanunda herhangi bir sınır belirlenmemesi durumunda da genel sınır göz önünde bulundurulacaktır.³⁵³ Nitekim TCK'nın 49/1. maddesinde “*Sürelî hapis cezası kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz*” denilerek genel sınırlar belirlenmiştir.

Yine TCK'nın 61/7. maddesinde ise “*Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza otuz yıldan fazla olamaz*”

³⁵¹ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 553.

³⁵² **DÖNMEZER-ERMAN:** C.III, s. 90.

³⁵³ **DEMİRBAŞ:** s.664.

düzenlemesi bulunmaktadır. Bütün bu düzenlemeler sınır içermekte olup, hâkim tarafından somut ceza belirlenirken göz önünde bulundurulmak zorundadır.

TCK'nın 61. maddesi, tayin edilecek temel ceza yönünden hâkime çeşitli sınırlar ve ölçütler getirmiş olmakla birlikte, işlenen suça karşılık kanunda adli para cezası ya da hapis cezasının seçimlik olarak belirlendiği hallerde, hâkim tarafından hangi ölçütlere göre temel cezanın tayin edileceği konusunda açık bir düzenleme getirmemiştir. “*Taksirle Yaralama*” suçunu düzenleyen TCK'nın 89/1. maddesi, “*Tehdit*” suçunu düzenleyen TCK'nın 106/1. maddesi veya “*Hakaret*” suçunu düzenleyen TCK'nın 125. maddesi bu duruma örnek olup, kanun koyucu tarafından söz konusu suçlara ilişkin cezalar, hapis cezası ile adli para cezası olmak üzere seçimlik olarak belirlenmiştir. Bu hususta her ne kadar açık bir düzenleme olmasa da, Anayasanın 12. maddesinde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması genel kural, sınırlandırılması ise istisnadır. Anayasanın 13. maddesinde de bu sınırlandırmanın ancak ölçülülük ilkesine göre yapılabileceği düzenlenmiştir. Kaldı ki ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*Cezanın Devlete Mümkün Olduğunca Az Yük Getirmesi İlkesi*” ve “*Son Çare Olma İlkesi*” gereğince de, hapis cezası son çare olarak düşünülmeli, somut bir olay bakımından ceza verilmesiyle amaçlanan sonuç, devlete daha az yük getirecek, daha hafif bir cezanın verilmesiyle de sağlanabilecekse, o yaptırımın uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle adli para cezasının etkili olacağı bir suçta hapis cezasına hükmedilmesinden kaçınılması gerekmekte, hâkim aksi kanaatteyse gerekçesini kararında açıkça belirtmesi gerekmektedir.

Temel cezanın TCK'nın 61/1. maddesi gereğince belirlenmesinin ardından, TCK'nın 61/2. maddesi gereğince “*Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım*” yapılır. Son olarak TCK'nın 61/5. maddesine göre ise

“Belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak” sonuç ceza belirlenir.

B. Temel Cezanın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler

1. Genel Olarak

Temel cezanın belirlenmesi, kanunda yazılı olan alt ve üst sınırlar arasında kalan ceza miktarının hâkim tarafından tayin edilmesidir.³⁵⁴ Söz konusu iki sınır arasında temel ceza belirlenirken hâkim tarafından kullanılacak olan takdir yetkisi, somut olayların özelliğine göre kanunun genel amacı ve felsefesi gözetilerek TCK’nın 61. maddesinde belirtilen ölçütlere göre kullanılır.³⁵⁵ Ancak kanunda her zaman bir suçun cezası için alt ve üst sınır belirtilmemiş olabilir. TCK’da adli para cezaları için çoğu zaman alt sınır belirtilmemiş, sadece üst sınır belirlenmiştir. “İnsan Ticareti” suçunu düzenleyen TCK’nın 80/1. maddesinde “onbin güne kadar adli para cezası” öngörülmüş olup, sadece üst sınır belirlenmiştir.

Kanunda bazen adli para cezası için herhangi bir sınır belirlenmemiş, sadece adli para cezası verilebileceği belirtilmekle yetinilmiştir. Veya bir suçun cezası için hapis cezası ile adli para cezası arasında seçimlik bir ceza öngörülmüştür. “Kasten Yaralama” suçunu düzenleyen TCK’nın 86/2. maddesinde “dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına” hükmedileceği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere kanun koyucu burada seçimlik bir ceza öngörmüştür. Buna göre hâkim önüne gelen somut olayla ilgili olarak alt ve üst sınırı kanunda belirlenen hapis cezasına hükmedebileceği

³⁵⁴ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2017, s. 651.

³⁵⁵ **HAKERİ:** s.370

gibi, herhangi bir sınır öngörülmemiş olan adli para cezasına da hükmedebilecektir. Bu noktada adli para cezasının uygulanmasına karar verilmesi durumunda genel hüküm olan TCK'nın 52. maddesinde belirlenen sınırlara uygun davranılacaktır. Ancak TCK'nın 61/9. maddesi gereğince *“Adli 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”* olamayacaktır.

Ancak esas tartışılması gereken, kanunda adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik ceza olarak öngörülmesi halinde hâkim tarafından hangi ölçütlere göre iki ceza arasında seçim yapılacağı hususudur. Bu konuda kanunda mükerrerler hariç olmak üzere herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu tercihin yapılmasında sadece *“suçlunun kişiliğinin”* dikkate alınması gerektiği, bu kavramın da TCK'nın 62. maddesinde belirtilen *“failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri”* gibi hususları içerdiği, hâkimin bu ölçütlere göre hapis cezası ya da adli para cezası arasında karar vereceği, ardından yine TCK'nın 61. maddesine göre adli para cezasının veya hapis cezasının belirleneceği belirtilmiştir.³⁵⁶

Ancak kanımızca bu durum mevcut kanun düzenlemesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira TCK'nın 61. maddesinde sayılan ölçütler tahdididir. Bu nedenle TCK'nın 62. maddesinde belirtilen takdiri indirim nedenlerinin, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurularak hapis cezası veya adli para cezası arasında seçim yapılması kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay CGK da bir kararında aynı hususu vurgulamış ve söz konusu seçimin TCK'nın 61/1. maddesi

³⁵⁶ ÖZGENÇ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 904.

uyarınca yapılması gerektiğine hükmetmiştir.³⁵⁷ Yine Yargıtay CGK, bir başka kararında hâkimin seçimlik cezalar arasında tercih yaparken sadece TCK'nın 61. maddesini değil, ayrıca Anayasanın 2. maddesinde yer alan “*hukuki güvenlik*” ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan “*Eşitlik*” ilkelerini de gözetmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵⁸

Yukarıda belirtildiği üzere TCK'nın 61/1. maddesinde belirlenen ölçütler tahdididir, kıyasla çoğaltılamaz.³⁵⁹ Zira bu durum “*Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesinin*” doğal bir sonucudur. Bu nedenle TCK'nın 61/1. maddesinde yer almayan ölçütler arasında sayılmayan bir nedene dayanılarak temel cezanın artırılması da mümkün değildir. Yargıtay CGK, yerel mahkeme tarafından gerekçeli kararda gösterilen “*sanığın şahsi ve sosyal durumu*” ile “*eylemin diğer özelliklerinin*” TCK'nın 61/1. maddesinde belirtilen ölçütlerden olmadığı gerekçesiyle yasal olmadığına karar vermiştir.³⁶⁰

³⁵⁷ **Yargıtay CGK, E.2012/5-1393, K.2013/412, 08.10.2013 :** “*TCK’da hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü durumlarda temel cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğine dair mükerrir sanıklar dışında ayrıca bir düzenleme yer almadığından, bu ahvalde temel ceza TCK’nın 61. Maddesinde gösterilen kıstaslara göre düzenlenmelidir.*”

³⁵⁸ **Yargıtay CGK, E.2018/19-398, K.2018/413, 09.10.2018:** “*Hakimin temel cezayı belirlerken somut olay ve 5237 s. TCK’nın 61. Maddesinin 1. Fıkrası kapsamında yapacağı değerlendirme ile birlikte seçimlik cezanın tercihinde Anayasanın 2. Maddesinde yer bulan hukuk devleti olmanın unsurlarından olan ‘hukuki güvenlik’ ve Anayasanın 10. Maddesinde yer alan ve aynı durumda olanların eşitliğini ifade eden ‘kanun önünde eşitlik’ ilkelerini de gözetmesi ... gerekmektedir.*”

³⁵⁹ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.497.

³⁶⁰ **Yargıtay CGK E.2015/115, K.2018/330:** “*...Sanığın şahsi ve sosyal durumu ve eylemin diğer özellikleri biçimindeki gerekçelerin TCK’nın 61. Maddesinin 1. Fıkrasında sayılmaması nedeniyle yasal nitelik taşımadığı...*”

TCK'nın 61/1. maddesinde düzenlenen söz konusu ölçütler genel nitelikte olup, her suç için tüm ölçütlerin değil, sadece ilgili suça uyan ölçütlerin dikkate alınması gerekmektedir.³⁶¹ Yargıtay CGK da birçok kararında bu hususu vurgulamıştır.³⁶²

Kanunun “*ağırlaştırılmış müebbet hapis*” veya “*müebbet hapis*” gibi tek çeşit ceza belirlediği durumlarda belirlenecek herhangi bir temel ceza bulunmamakta olup, bu cezaların bizzat kendisi temel ceza olduğundan, temel cezanın belirlenmesi işlemi ancak kanunun alt ve üst sınır ceza belirlediği suçlar açısından mümkün olmaktadır.³⁶³ Örneğin, “*Soykırım*” suçunu düzenleyen TCK'nın 76/1. maddesinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, “*Kasten Öldürme*” suçunu düzenleyen TCK'nın 86/1. maddesinde müebbet hapis cezası, yine “*Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozma*” suçunu düzenleyen TCK'nın 302/1. maddesinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Görüleceği üzere kanun koyucu, söz konusu suçlar hakkında temel cezanın tayini açısından hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır. Hâkim ancak TCK'nın 21/2. maddesi gereğince somut olayın koşullarına göre olası kastın varlığı durumunda “*Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına*” hükmedebilecektir.

³⁶¹ İÇEL: Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 764.

³⁶² Yargıtay CGK E.2017/12-272, K.2019/317: “...Ancak, TCK'nın 61/1. maddesindeki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61/1. maddenin (b) bendinde yer alan “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar”, (f) bendinde yer alan “failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı” ve (g) bendinde yer alan “failin güttüğü amaç ve saik” ölçütleri uygulanamayacaktır.”

³⁶³ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.496.

Hâkim ardından sırasıyla teşebbüs, iştirak, haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığına bağlı olarak gerekli indirimleri uygulayacak, son olarak da TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerine göre, gerekçesini kararda belirtmek üzere takdiri indirim uygulayacaktır. Ancak görüleceği üzere bu tür suçlarda hâkimin temel cezayı belirleme yetkisi bulunmamakta, hâkim ancak sonuç cezayı belirlerken TCK'nın 62. maddesine göre takdiri indirim uygulayabilmektedir.

2. TCK'nın 61. Maddesinde Yer Alan Ölçütler

a. Suçun İşleniş Biçimi

Temel cezanın tayininde dikkate alınan ilk ölçüt suçun işleniş biçimidir. Suçun işlenmesi esnasında fiile eşlik eden veya onu şekillendiren her unsur suçun işleniş biçimini oluşturur.³⁶⁴ Söz konusu ölçüt failin kişilik yapısını ortaya koymakta ve böylelikle toplumun düzeni açısından oluşturduğu tehlike bakımından belirleyici olmaktadır.³⁶⁵

. Bu ölçüt değerlendirilirken, failin suçu işlerken sergilemiş olduğu davranışlar, mağdurun suçun işlenmesine neden olması, suçun üçüncü şahıslar veya mağdur üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulacaktır.³⁶⁶ Örneğin cinsel saldırı suçunun eşin önünde işlenmesi, bir annenin çocuğunun gözü önünde öldürülmesi gibi durumlarda suçun işleniş biçimi hâkim tarafından göz önünde bulundurulacak ve temel cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşılarak bir karar verilecektir.

³⁶⁴ **ÜZÜLMEZ:** “*Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, s. 207.

³⁶⁵ **ARTUK-GÖKCEN:** s. 865.

³⁶⁶ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE:** s. 654.

Bir suç işlendiğinde birden fazla nitelikli halin bulunması durumunda da temel cezanın takdirinde alt sınırdan uzaklaştırılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da benzer görüşte olup, bir kararında birden fazla nitelikli hal bulunduğu halde temel cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak tespit edilmemesini bozma gerekçesi yapmıştır.³⁶⁷

Temel ceza belirlenirken, suçun işleniş biçimine etkili olduğu hallerde mağdurun durumu da göz önünde bulundurulabilir. Mağdurun yaşı, fiziksel ve psikolojik yapısı, kendisini savunabilme imkânının bulunup bulunmaması gibi durumlar, eğer ki suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak kanunda düzenlenmemişse, temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilecektir.³⁶⁸

Suçun işleniş biçimi, bazı hallerde ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesine dahi gerekçe olabilmektedir. Zira TCK'nın 145. Maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunda malın değerinin az olması durumu düzenlenmiş ve söz konusu maddede cezada indirim yapılabileceği öngörüldüğü gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak ceza vermektен vazgeçilebileceği de düzenlenmiş ve bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Nitekim Yargıtay CGK da

³⁶⁷ **Yargıtay 3. CD E.2018/4530, K.2019/221** : “Sanıkların yaralama eylemlerinin, katılanın yüzünde sabit ize ve vücudunda kemik kırılmasına neden olması karşısında; TCK'nin 86/1. maddesine göre temel hapis cezasının, aynı olayda iki nitelikli halin (TCK 87/1-c ve 87/3 maddelerinin) birleşmesi nedeniyle alt sınırdan uzaklaştırılarak tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde cezanın alt sınırdan belirlenmesi suretiyle sanıklar hakkında eksik cezaya hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir...”

³⁶⁸ **TOROSLU, H.:** Ceza Müeyyidesi, s. 172.

bir kararında değeri az olan ikinci el ayakkabı hakkında işlenen hırsızlık suçu neticesinde cezada indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir.³⁶⁹

Görüleceği üzere, suçun işleniş şekli ve özellikleri failin tehlikeliliği ve toplumda meydana getirdiği zararı ifade etmesi bakımından önem taşıdığı gibi³⁷⁰, sadece temel cezanın tayini bakımından değil, yeri geldiğinde ceza vermekten vazgeçilmesinde dahi gerekçe teşkil edebilmektedir.

b. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Failin iradesi ile gerçekleştirmek istediği suçun sonucu arasında kullandığı ve suçun işlenmesini kolaylaştıran genel veya özel nitelikte herhangi bir alet bu kavrama dâhildir.³⁷¹ Eylemin icrasını kolaylaştıran her türlü araç bu madde kapsamında değerlendirilmekte ve temel cezanın tayininde dikkate alınmaktadır.³⁷² Ancak kanunda suç işlenmesinde kullanılan bir takım araçlar, ilgili suçlar açısından ağırlaştırıcı neden

³⁶⁹ **Yargıtay CGK, E.2018/17-202, K.2019/506, 27.06.2019:** “Sanıkların 25.03.2015 tarihinde mağdur ... ile inceleme dışı mağdurlar ... ve ...'ın ikamet ettikleri apartmana gelerek, mağdur ...'nın daire giriş kapısı önünde bırakılan ve 20 TL değerinde olan kullanılmış ayakkabı ile diğer inceleme dışı mağdurlar ve onların misafirlerine ait ayakkabıları çaldıkları olayda; suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak, ceza vermekten vazgeçilemeyecek ise de, suç tarihinde paranın satın alma gücü ve ekonomik şartlar gözetildiğinde, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan 20 TL'nin değer bakımından az olması ile hak ve nesafet kuralları dikkate alındığında, sanıkların cezalarından 5237 Sayılı TCK'nın 145. maddesi uyarınca belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir.”

³⁷⁰ **YAZICIOĞLU, Yılmaz:** “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, CHD, Y:6, S:15, Nisan-2011, s.39.

³⁷¹ **ÖNDER:** C.II-III, s. 629.

³⁷² **ARTUK-GÖKCEN:** s. 866

olarak düzenlenmiş olup, çifte değerlendirme yasağı gereği ilgili suçlarda kullanılan araçlar temel cezanın tayininde dikkate alınamayacaktır.

TCK'nın 86/3-e maddesi gereğince "*Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi hali*", suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Yine, TCK'nın 109/3 maddesi gereğince "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" suçunun, TCK'nın 102/3-d maddesi gereğince "*Cinsel saldırı*" suçunun, TCK'nın 106/2-a maddesi gereğince "*Tehdit*" suçunun, TCK'nın 149/1 maddesi gereğince "*Yağma*" suçunun silahla işlenmesi de ilgili suçların nitelikli hali olarak düzenlenmiş olup, burada suçun icrasını kolaylaştıran araçların temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulması mümkün değildir.

Yine TCK'nın 158. maddesinde "*Nitelikli dolandırıcılık*" suçu düzenlenmiş olup, söz konusu maddeye göre "*Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin ya da bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının*", araç olarak kullanılması da nitelikli hal olarak düzenlenmiş olup, temel cezanın tayininde dikkate alınamayacaktır.

Görüleceği üzere, ancak kanuni tanımda suçun unsuru olarak yer almayan veya suçun nitelikli halini oluşturmayan araçlar temel cezanın tayininde hâkim tarafından dikkate alınabilecektir. Suçun işlenmesinde kullanılan araç, kanundaki tanımına göre çok daha etkili ve derin sonuçlar ortaya çıkarıyorsa bu takdirde temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi mümkündür.³⁷³ Örneğin, konut dokunulmazlığı suçunun, daha önce ele geçirilmiş bir anahtar vasıtasıyla işlenmiş olması durumunda, söz konusu durum nitelikli hal olarak belirlenmediğinden, temel cezanın tayininde esas

³⁷³ ARTUÇ: s. 76.

alınacaktır.³⁷⁴ Suçun bu şekilde işlenmiş olması halinde de temel cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşılabilir. Yine işkence suçunun silahla işlenmesi durumunda da temel cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesi mümkün olacaktır.³⁷⁵ TCK'nın 314. maddesinde düzenlenen “*Silahlı örgüt kurma*” suçunun işlenmesi halinde, örgütün bünyesindeki silahların sayısı, türü ve niteliği de temel cezanın tayininde bu madde kapsamında göz önünde bulundurulabilir.³⁷⁶ Suç işlenmesinde kullanılan araç, temel cezanın tayini esnasında suçun mahiyetine göre değerlendirilmelidir.³⁷⁷

c. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

Kanunda belirlenen suç tipinde yer ve zamana ait bir açıklık bulunmaması durumunda hâkim, suçun işlendiği zaman ve yeri temel cezanın tayininde göz önünde bulundurabilir. Ancak, suçun belirli bir yer ve zamanda, örneğin gece vakti, işlenmiş olması tek başına alt sınırdan uzaklaşmak için yeterli bir sebep olmayıp, failin yer ve zaman durumundan özellikle yararlanmış olması gerekmektedir.³⁷⁸ Yani suçun işlendiği zaman veya yer, suçun icrasını kolaylaştırmış, örneğin mağdurun kendisini savunma imkânını ortadan kaldırmış veya azaltmış olmalıdır. Düğün veya cenaze gününün sağladığı kolaylıktan yararlanılarak suç işlenmesi veya ibadethanede hakaret suçunun işlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.³⁷⁹

³⁷⁴ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 655.

³⁷⁵ TOROSLU, H. : Ceza Müeyyidesi, s. 172.

³⁷⁶ ÖZGENÇ: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 715.

³⁷⁷ ÜZÜLMEZ: “*Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, s. 209.

³⁷⁸ ÖNDER: C.II-III, s.629.

³⁷⁹ ÖZGENÇ: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 715.

Suçun işlendiği zaman ve yer, kanunda ilgili suçun nitelikli hali olarak düzenlendiyse bu durumda hâkim tarafından söz konusu ölçüt temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacaktır. Örneğin, TCK'nın 116/4 maddesi gereğince *“Konut dokunulmazlığının ihlali”*, TCK'nın 143. maddesi gereğince *“Hırsızlık”*, TCK'nın 149/1-h maddesi gereğince *“Yağma”* suçlarının gece vakti işlenmeleri kanunda nitelikli hal olarak belirlenmiş olup, temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulmaları mümkün değildir. Yine TCK'nın 102/3-e maddesinde düzenlenen *“Cinsel saldırı”* ve TCK'nın 103/3-b maddesinde düzenlenen *“Çocukların Cinsel İstismarı”* suçlarının nitelikli hali olarak düzenlenen *“İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak”* suretiyle işlenmesi halinde, suçun işlendiği yer ölçütü kanunda nitelikli hal olarak düzenlendiğinden, temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacaktır.

Ancak, yaralama veya öldürme suçunun gece vakti veya ıssız bir yerde işlenmesi durumunda, suçun işlendiği yer ve zamanın fiilin icrasını kolaylaştırması durumunda, hâkim temel cezayı bu durumu göz önünde bulundurarak tayin edebilecektir. Zira suçun işlendiği zaman veya yer, TCK'da söz konusu suçların nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir.

d. Suçun Konusunun Önem ve Değeri

Suçun konusunun önem ve değeri de temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak bir başka ölçüttür. Suç konusu fiilden doğrudan etkilenen şahıs ya da şey olduğundan, bunun somut olayda normal hale göre daha önemli veya değerli olduğu

durumda temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesi mümkündür.³⁸⁰ Suç konusunu oluşturan şeyin değerinin yüksekliği ya da tahsis amacına göre suç konusunun önemi de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.³⁸¹

Burada suçla korunan hukuki yararın ihlal edilmiş olması temel cezanın tayininde önem taşımaz.³⁸² Zira çalınan paranın az ya da çok olması, korunan hukuki yarar açısından herhangi bir değişiklik arz etmemektedir.³⁸³ Bu nedenle işlenen suç sebebiyle ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaat olarak tanımlanabilecek olan suçun hukuki konusu, TCK'nın 61/1-d maddesinde belirtilen suç konusu kavramına dâhil değildir.³⁸⁴ Bu ölçüt açısından önemli olan suçun maddi konusunun önem ve değeridir.³⁸⁵

TCK'nın 141 ve 150. maddeleri gereğince hırsızlık ve yağma suçlarının konusunun, değeri veya öneminin yüksek olması durumunda hâkim temel cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaşabilecektir. Ancak TCK'nın 145 ve 150/2. maddelerine göre söz konusu suçların konusunu oluşturan malın değerinin azlığı, cezada indirim sebebi olarak belirlenmiş olup, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz.

³⁸⁰ **ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.210.

³⁸¹ **ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.210.

³⁸² **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s.561.

³⁸³ **ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.210.

³⁸⁴ **TOROSLU, H. :** Ceza Müeyyidesi, s.175.

³⁸⁵ **ARTUÇ:** s. 78.

Nitekim Yargıtay CGK bir kararında uyuşturucu madde miktarının fazla olması durumunda alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir.³⁸⁶ Yine Yargıtay CGK tarafından göçmen kaçakçılığına ilişkin bir dosyada, göçmenlerin sayısının fazla olması, temel cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşılması gereken bir husus olarak değerlendirilmiştir.³⁸⁷ İlgili kararda suç konusunun değerinin fazla olması Yargıtay tarafından sanıkların kastının yoğunluğu olarak değerlendirilmiştir.

e. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı

İşlenen suç dolayısıyla ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı da temel cezanın tayininde dikkate alınacak ölçütlerden biridir. Zarardan anlaşılması gereken, hareket sonucu dış alemde meydana gelen her türlü değişiklik olup, tehlike suçlarında ise meydana gelen tehlikenin büyüklüğü dikkate alınacaktır.³⁸⁸ İşlenen suç nedeniyle ortaya çıkan zarar maddi, manevi, bedensel veya ruhsal olabilir.³⁸⁹ Bu nedenle, cinsel

³⁸⁶ **Yargıtay CGK E.2017/7-370, K.2019/475** : “Suç konusunun önem ve değeri cezanın alt sınırdan belirlenmesi ya da alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi açısından göz önünde bulundurulur. Uyuşturucu madde suçlarında, suça konu ve ele geçen uyuşturucu madde miktarı hem failin kastını belirlemede hem de cezanın belirlenmesinde dikkate alınır. Ele geçirilen uyuşturucu miktarı arttıkça alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulması gerekir.”

³⁸⁷ **Yargıtay CGK E.2015/9599, K.2015/19317** : “...TCK'nın 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, gece vakti elverişsiz vasıtayla ve tehlikeli mahalden 110 yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs eden sanıkların kasıtlarının yoğunluğu, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, suçun işlendiği vakit ile suçta kullanılan araç ve suçun işleniş biçimini de gözetilip alt sınırdan daha fazla uzaklaşarak hak ve nasafete uygun bir ceza yerine teşdidin derecesinde yanılğıya düşülerek sanıklar hakkında eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”

³⁸⁸ **ÖNDER**: C.II-III, s. 629.

³⁸⁹ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT**: s. 561.

saldırı suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun içine düştüğü psikolojik ve sosyal durum da temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulmalıdır.

Ancak, suç tipinin gerçekleşmesi açısından ortaya çıkması gereken asgari zarar veya tehlikenin bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.³⁹⁰ Zira adam öldürme suçunda ölüm sonucu her ne kadar ağır bir zarar olsa da, zaten suçun unsuru olması sebebiyle bu madde kapsamında değerlendirilemez. Kanun koyucu soyut cezayı bu durumu öngörerek belirlemiş olup, aksi bir durum çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelecektir.

Meydana gelen zarar veya tehlike tespit edilirken, mağdurun kişiliği ya da içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmamalı, yalnızca hukuki konuyu oluşturan varlık veya menfaat göz önünde bulundurulmalıdır.³⁹¹ Örneğin bir fahişeye karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda mağdurun yaptığı iş göz önünde bulundurulmamalıdır.

Bazı suçlarda ceza tayin edilebilmesi için bir zarar veya tehlikenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Nitekim Yargıtay CGK bir kararında, hakkında yakalama kararı olan sanığın başka bir şahsa ait nüfus cüzdanındaki fotoğrafı, kendi fotoğrafı ile değiştirmesi konulu davada zarar veya tehlikenin meydana gelmesini aramamış, sadece maddede sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesini yeterli kabul etmiştir.³⁹²

³⁹⁰**ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.210.

³⁹¹ **TOROSLU, H.:** Ceza Müeyyidesi, s.177.

³⁹² **Yargıtay CGK, E. 2016/21-319, K. 2019/22, T. 17.1.2019:** “Hakkında yakalama kararı bulunan sanık ...'nın, yakalanmamak amacıyla, '..'e ait' nüfus cüzdanındaki resmi çıkarıp yerine kendi resmini yapıştırmasından ibaret eylem nedeniyle resmi belgede sahtecilik suçundan açılan davanın yapılan yargılaması sonunda, sahteliği iddia edilen belgede mühür izi bulunmadığı gerekçesiyle beraate hükmedilmiş ise de; TCK'nun 204. maddesindeki gibi 205.

TCK'nın 35/2. maddesinde suça teşebbüs halinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezada indirim yapılacağı düzenlenmiş olup, bu durum doktrinde bazı yazarlar tarafından çifte değerlendirme yasağı nedeniyle eleştirilmiştir.³⁹³ TCK'nın 61/1 maddesine göre öncelikle temel ceza belirlenmekte, ardından 2. fıkra gereğince suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmesi durumuna göre temel cezada indirim veya artırma yapılmakta, sonrasında ise 4. fıkraya göre daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda öncelikle artırma sonra indirim yapılmakta ve son olarak 5. fıkraya göre sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerle, son olarak takdiri indirim sebepleri göz önünde bulundurulmaktadır.

Kanaatimizce söz konusu düzenleme gereğince çifte değerlendirme yasağı nedeniyle "*Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*" ölçütü, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulamayacak, ancak TCK'nın 61/5. maddesi gereğince sonuç cezanın belirlenmesi sırasında söz konusu teşebbüs hali göz önünde bulundurularak cezada indirim yapılabilecektir.

maddesindeki suçta da korunan hukuki yarar, ispat araçlarının dokunulmazlığına olan kamu güvenidir. Suçun oluşması için, genel kast yeterli olup, fail, eyleminin haksız, hukuka aykırı olduğunu biliyorsa, suç kastı var demektir. Suç, seçimlik hareketli suç olarak düzenlendiğinden, maddede sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup ayrıca bir zarar veya tehlikenin doğması gerekmez."

³⁹³ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE:** s.656., **KOCA-ÜZÜLMEZ:** s.672.

f. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

TCK'nın 61/1-f maddesine göre temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak diğer bir husus da failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığıdır. Cezalandırmayla hedeflenen amacın gerçekleştirilebilmesi ancak kusurla orantılı bir cezaya hükmedilmesiyle mümkün olabilir. Dolayısıyla kusur ilkesi cezanın meşruiyetini sağlamakta, diğer yandan da uygulanacak ceza açısından bir sınır oluşturmaktadır.³⁹⁴

Kusurun ağırlığı kast veya taksir göz önüne alınarak belirlenecek olup, kusurun ağırlığından anlaşılması gereken de kastın yoğunluğu ve taksirin derecesidir.³⁹⁵ Doktrinde kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olmadığı, haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleri olduğu yönünde görüş de mevcut olmasına rağmen³⁹⁶, ağırlıklı görüş kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündedir.³⁹⁷ Fail tarafından suçun işlenerek neticeye ulaşılması için icranın devamı ne kadar zor ise, kastın yoğunluğu da o kadar fazladır.³⁹⁸ Nitelikli unsur olarak yasada öngörülmemiş durumlarda bir suç için öncesinde planlı bir hazırlık yapılması, suç izlerinin yok edilmesi, suç konusu fiilin gerçekleştirilme süresi, kusurun yoğunluğunu artıran haller olarak yorumlanabileceği

³⁹⁴ **ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.211.

³⁹⁵ **TOROSLU, H.:** Ceza Müeyyidesi, S. 179.

³⁹⁶ **ÖZGENÇ:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.236., **KOCA-ÜZÜLMEZ:** s.148.

³⁹⁷ **DÖNMEZER:** C.2 s.209, **ÖNDER:** C.II-III s.259, **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 344, **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s.240., **SOYASLAN:** s.429.

³⁹⁸ **ÖNDER:** C.II-III, s. 630.

gibi, irade zayıflığı, kontroldeki eksiklikler gibi durumlar da kusurun yoğunluğunu azaltan sebepler olarak dikkate alınabilir.³⁹⁹

Taksirli suçlar açısından ise, öncelikle fail tarafından gerçekleştirilen fiil ile somut olaya uygulanabilecek olan önleyici davranış kuralı arasındaki fark tespit edilecek, ardından faile ilişkin subjektif hususlar dikkate alınacaktır.⁴⁰⁰ Dolayısıyla sonucun fail tarafından öngörülebilmesi ne kadar kolay ise taksir de o kadar yoğun kabul edilmektedir.⁴⁰¹ Doktrinde neticenin fail tarafından öngörülebilirliğinin sadece bilinçli taksir konusunda dikkate alınabileceğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır.⁴⁰² Ancak “Basit taksir”, TCK’nın 22/2. maddesinde tanımlanmış olup, söz konusu maddeye göre “Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesine” taksir denilmektedir. Yine aynı maddenin devamında ise “Bilinçli Taksir” düzenlenmiş olup, söz konusu düzenlemeye göre “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali” bilinçli taksir olarak düzenlenmiş ve bu durum TCK’nın 61/2. maddesinde taksirli işlenen suç için tayin edilecek temel ceza üzerinden artırım yapılmasını gerektiren bir husus olarak düzenlenmiştir. Bilinçli taksir durumunda zaten fail neticeyi öngörmektedir. Dolayısıyla bu durum hali hazırda kanunda temel cezanın artırılması sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak basit taksirle işlenen bir suçta fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmakta ve neticeyi öngörememektedir. Bu nedenle taksirin yoğunluğunun belirlenebilmesi failin dikkat ve

³⁹⁹ **ÜZÜLMEZ:** “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, s.211.

⁴⁰⁰ **TOROSLU, H.:** Ceza Müeyyidesi, s. 181.

⁴⁰¹ **ARTUK-GÖKCEN:** s.869

⁴⁰² **KOCA-ÜZÜLMEZ:** s.230, **DEMİRBAŞ:** s. 401.

özen yükümlülüğüne ne derece aykırı davrandığının tespiti ile mümkün olacaktır. Bu tespit de ancak sonucun öngörülebilirliğinin derecesi ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla yukarıdaki görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir.

TCK'nın 22/1 maddesine göre taksirle işlenen bir fiil ancak kanunun bu durumu açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilen olup, taksirli bir suç işlendiği takdirde TCK'nın 61/1 maddesine göre öncelikle temel ceza belirlenmekte, ardından TCK'nın 61/2 maddesine göre suçun bilinçli taksirle işlenmesi durumunda artırım yapılabilmektedir. Nitekim TCK'nın 85. maddesinde "*Taksirle Öldürme*", 89. maddesinde "*Taksirle Yaralama*", 180. maddesinde "*Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma*", 182. maddesinde ise "*Çevrenin Taksirle Kirletilmesi*" suçları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin bir kısmında kanun koyucu alt ve üst sınır arasında ceza belirlemiş, bir kısmında seçimlik ceza olarak adli para cezası öngörmüş, bir kısmında ise sadece adli para cezası verileceğini belirtmekle yetinerek alt ve üst sınır belirlememiştir. Örneğin taksirle öldürme suçu için TCK'nın 85/1 maddesinde öngörülen ceza "*iki yıldan altı yıla kadardır*". TCK'nın 89/1 maddesine göre taksirle yaralama suçunun cezası ise "*üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.*" Çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun cezası ise TCK'nın 182/1 maddesinde sadece "*adli para cezası*" olarak belirlenmiştir.

Hâkim taksirli olarak düzenlenen bütün bu suç tiplerinde failin taksire dayalı kusurunun ağırlığını tespit edecek ve temel cezayı buna göre ya alt ve üst sınırlar arasında, ya adli para cezası ile hapis cezası arasında seçimlik olarak ya da TCK'nın 52/1. maddesindeki genel kuralı TCK'nın 61/1. maddesindeki ölçütlerle birlikte uygulayarak temel cezayı belirleyecek, ardından somut olayda bilinçli taksir olması durumunda TCK'nın 61/2. maddesi gereğince artırım yapacaktır. Kasıtlı suçlar

açısından da öncelikle failin kasta dayalı kusurunun yoğunluğu tayin edilecek ve temel ceza buna göre belirlenecek, ardından somut olayda “*olası kast*” olması durumunda TCK’nın 61/2. maddesi gereğince olası kast sebebiyle indirim yapılacaktır.

Failin kastının yoğunluğu belirlenirken somut olayda mevcut bulunan hususların ilgili suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Nitekim TCK’nın 82/1-a maddesine göre tasarlayarak adam öldürme, kasten adam öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlendiğinden “*tasarlama*” eylemi failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı sebebiyle temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacak, ancak failin tasarlayarak işlediği söz konusu suçun neticesine ulaşabilmek için gösterdiği çaba ve kararlılık TCK’nın 61/1-f maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Failin geçmiş yaşamı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek bir husus değildir. Bununla birlikte Yargıtay CGK bir kararında bu hususu kabul etmekle birlikte, sanığın sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülüklerinin niteliği ve sayısının, TCK’nın 61/1-f maddesinde yer alan “*Failin kastının ağırlığının*” belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önüne alınabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.⁴⁰³

⁴⁰³ **Yargıtay CGK E. 2015/5-115, K. 2018/330, 03.07.2018** : “*Öte yandan, sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK’nun 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacaktır. Bununla birlikte sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülükler ile bu hükümlülüklerin niteliği ve sayısının, aynı kanunun 61/1-f maddesinde yer alan ‘failin kastının ağırlığı’nın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önüne alınabilmesinde de kanuni bir engel bulunmamaktadır.*”

g. Failin Güttüğü Amaç ve Saik

Temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak son husus ise failin güttüğü amaç ve saiktir. Amaç ve saik farklı kavramlar olup, temel cezanın tayini açısından aralarındaki farkın ortaya konulması önemlidir. Zira cezai müeyyidelerin belirlenmesinde failin kişiliğinin de önemli görüldüğü bir ceza hukuku sisteminde failin saiki de göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁰⁴ Amaç failin suçla elde etmek istediği çıkar, saik ise faili suça iten nedendir.⁴⁰⁵ Yani saik harekete, amaç ise neticeye yöneliktir.⁴⁰⁶ Suçun işlenmesinde etkili olan saik, failin kusurunu ortaya koyması bakımından önemlidir.⁴⁰⁷

Somut olayda hâkim temel cezayı tespit ederken öncelikle failin hangi saik doğrultusunda suç işlediğini tespit edecek, ardından söz konusu saikin sosyal değerini göz önünde bulundurarak temel cezayı belirleyecektir.⁴⁰⁸ Failin suç işleme saiki kazanç hırsı, açgözlülük, mesleki başarı hırsı, kıskançlık gibi bencil saiklerse, bu durum temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasına sebebiyet verebilir.⁴⁰⁹ Ancak bunun tam tersi, suç saikinin failin lehine etki etmesi de mümkündür.⁴¹⁰ Örneğin failin ekonomik bir sebeple veya merhamet duygusuyla bir suç işlemesi cezayı azaltan bir neden olarak dikkate alınacaktır. Amaç sadece bilinçli olabilecekken, saik bilinçli veya bilinçsiz olabilir ya da fail esas saikini daha asil gözüken başka bir saikle gizlemiş

⁴⁰⁴ **TOROSLU, H. :** “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.1, İstanbul, 2008, s. 698.

⁴⁰⁵ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** s. 497.

⁴⁰⁶ **ÖNDER:** s. 630.

⁴⁰⁷ **ÜZÜLMEZ:** “*Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, s.214.

⁴⁰⁸ **TOROSLU, H.:** “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, s.699.

⁴⁰⁹ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** s. 563.

⁴¹⁰ **TOROSLU, H. :** “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, s.701.

olabilir.⁴¹¹ Bu nedenle saikin tespiti, cezalandırmanın doğru yapılabilmesi açısından önemlidir.

Failin saiki ya da amacı kanunda belirtilen suçun unsuru veya nitelikli bir haliyse çifte değerlendirme yasağı gereğince hâkim tarafından söz konusu saik veya amaç temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamaz. Örneğin TCK'nın 82. maddesinde "*Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri*" düzenlenmiş olup, ilgili maddenin ilk fıkrası gereğince "*Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla*", "*Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infiale*", "*Kan gütme saikiyle*" veya "*Töre saikiyle*" kasten öldürme suçunun işlenmesi hallerinde bahsi geçen saikler temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacaktır.

Suçun gerçekleşmesi için kanunda özel kast arandığı durumlarda da amacın temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Zira böyle bir durumda amaç manevi unsurun bir parçası haline geleceğinden, temel ceza belirlenirken söz konusu amaç tekrar göz önünde bulundurulamayacaktır. Örneğin TCK'nın 146. maddesinde düzenlenen "*Kullanma hırsızlığı suçunun*" oluşabilmesi için, failin bir malı geçici bir süre kullanıp ardından zilyedine iade etmek üzere söz konusu suçu işlemesi gerekmektedir. Bu nedenle buradaki malı kullanma amacı suçun manevi unsuru olacak ve temel cezanın tayininde tekrar göz önünde bulundurulamayacaktır. Yine benzer şekilde TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen "*Nefret ve Ayrımcılık*" suçunun oluşabilmesi için, failin saikinin "*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret*" olması, amacının ise kanunda tahdidi olarak sayılmış "*Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir*

⁴¹¹ **TOROSLU, H.** : Ceza Müeyyidesi, s. 183.

taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini”, bir kişinin *“Kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını*”, *“İşe alınmasını*” veya *“Olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek”* olması gerekmektedir. Dolayısıyla *“Failin güttüğü amaç ve saik”* ölçütü söz konusu suçun oluşması bakımından kanun tarafından özel olarak arandığından, *“Mükerrerlik Yasağı”* gereği ayrıca temel cezanın tayini sırasında göz önünde bulundurulamayacaktır. Ancak, kanımızca söz konusu suçun işlenmesi için failin bir başka amacı daha bulunması durumunda hâkim söz konusu amacı temel cezanın tayininde göz önünde bulundurabilecektir. Örneğin taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasını engelleyen veya nefret saikiyle mağdurun işe alınmasını engelleyen fail, aynı zamanda işlediği bu suç nedeniyle bir menfaat elde etmeyi de amaçladıysa bu husus temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilecektir.

Ancak, failin söz konusu suçu kanunda belirlenen tipik neticenin dışında başka bir amaçla daha gerçekleştirmesi halinde, hâkim temel cezayı belirlerken söz konusu amacı göz önünde bulundurabilecektir. Örneğin, bir iş insanının başka bir iş insanının kazancını kıskanarak, onu zarara uğratma amacıyla deposundaki bütün mallara zarar vermesi durumunda, burada TCK'nın 151. maddesi gereğince *“Mala zarar verme suçu”* oluşmuş olacak ve suçun tipik neticesi olan malların zarar görmesi temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulamayacaktır. Ancak hâkim temel cezayı belirlerken failin zarara sokma amacını takdirine göre göz önünde bulundurabilecektir.⁴¹²

“Failin güttüğü amaç ve saik” ölçütünün, taksirli suçlarda uygulanması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay CGK da birçok kararında bu hususu vurgulayarak, taksirli işlenen suçlarda alt ve üst sınır arasındaki cezanın, *“Suç konusunun önem ve*

⁴¹² **TOROSLU, H. :** *“Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”*, s.703.

değeri” ile “Meydana gelen zarar ya da tehlikenin ağırlığı” nazara alınarak, fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesinin hakkaniyete ve kanuna daha uygun olacağını belirtmiştir.⁴¹³

⁴¹³ **Yargıtay CGK, E.2014/411, K.2016/133:** “...Söz konusu ölçütler genel nitelikli olup bunların her biri tüm suçlara uymayabileceğinden, her suç için bütün kıstasların değil, sadece ilgili suça uyan hükümlerin nazara alınması gerekmektedir. Sözgelimi, taksirli suçlar açısından "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütü uygulanamayacaktır

... Anılan kanuni düzenlemelere göre, taksirle ölüme neden olma suçu açısından temel cezanın tayininde failin kusurunun yanında, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının da göz önüne alınacağına herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanununda daha önceden olduğu gibi taksirli suçlarda matematiksel kusur hesabına dayalı cezalandırma sisteminden vazgeçilmiş ise de, alt ve üst sınır arasındaki cezanın; suç konusunun önem ve değeri ile meydana gelen zarar ya da tehlikenin ağırlığı nazara alınarak, fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesi hakkaniyete ve kanuna daha uygun olacaktır. Bunun dışında, cezanın kanunlarda yer alan objektif ölçütler terk edilerek, tamamen sübjektif olan hak ve nasafet gereği tayin edilebileceğinin kabul edilmesi halinde, kişilere göre değişkenlik gösterecek olan adaletsiz uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

Bu nedenlerle, taksire dayalı kusurun ağır olduğu ahvalde, alt sınırdan uzaklaşarak, hafif bulunduğu durumda ise alt hadden veya asgari hadde yaklaşarak temel cezanın tayin edilmesi isabetli bir uygulama olacak ise de, bundan herhalde ağır ya da tam kusurlu olan fail hakkında en üst veya azami hadde yakın, hafif veya tali kusurlu fail hakkında ise alt hadden ceza belirlenmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalı, somut olaya uygun diğer ölçütlerle birlikte "orantılılık ilkesi" de göz önünde bulundurularak temel ceza belirlenmelidir.”

III- TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİNDE HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ

A- CEZA HUKUKUNDA TAKDİR KAVRAMI

“*Takdir*” kelimesi, değer biçme, değerlendirme anlamına gelmekte olup⁴¹⁴, hukuken takdir, kanun hükümlerinin ya da hukuk kurallarının, her somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilerek söz konusu kuralların uygulanma işlemidir.⁴¹⁵ Kanun koyucu çeşitli hukuk kurallarını öngördükten sonra, söz konusu kurallar artık bağımsız bir varlık kazanarak kanun koyucunun denetiminden çıkar ve birbirinden farklı olaylara uygulanabilmesi için genel ve esnek olmaları gerekmektedir.⁴¹⁶

Zira insan ilişkileri o kadar karmaşık ve çeşitlidir ki, tamamının kurallara bağlanması mümkün değildir. Nitekim on yedi bin maddelik Prusya Medeni Kanunu, toplumsal yaşama uygun olmadığı ve en ufak bir farklı olay karşısında dahi yetersiz kaldığı için ortadan kaldırılmıştır.⁴¹⁷ Bu nedenlerle kanun koyucu, belirlediği kuralların her bir somut olaya doğru şekilde uygulanabilmesi için, o kuralı uygulayacak olanlara bir takdir yetkisi tanımıştır. Takdir yetkisi her ne kadar kanun çerçevesinde idare tarafından da kullanılabilen bir yetki ise de, özellikle toplumda çıkan çeşitli uyuşmazlıkların esasen hâkimler tarafından çözülmesi sebebiyle, bütün hukuk sistemlerinde en geniş ve önemli takdir yetkisi hâkimlere tanınmıştır.⁴¹⁸

⁴¹⁴ **YILMAZ, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2002.

⁴¹⁵ **ANIL, Yaşar Şahin:** Hakimın Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 29.

⁴¹⁶ **EDİS, Seyfullah:** “*Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*”, AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, s.169.

⁴¹⁷ **DİNÇKOL, Abdullah:** “*Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet*”, HFSA, 9. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 173.

⁴¹⁸ **ANIL:** s. 29.

Türk hukuk sisteminde hâkimler takdir görevlerini farklı şekillerde kullanabilmektedirler. Nitekim TCK ve TMK bağlamında kullanılacak olan takdir yetkisi farklılık göstermektedir. Ancak içeriği ne olursa olsun, yargılama görevinin düzenli ve hakkaniyetli gerçekleştirilebilmesi, önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan durumlarda gerekli olan kararların alınabilmesi ve bazı durumlarda kanun koyucunun boş bıraktığı çerçevenin doldurulabilmesi için yasayı uygulayan hâkime takdir yetkisi tanınması bugünkü hukuk sistemleri açısından bir zorunluluktur.⁴¹⁹

Hukuk sistemimizde hâkimlere tanınan takdir işlevinin niteliğinin ne olduğu, takdirin istenildiği zaman kullanılacak bir hak mı, yetki mi yoksa bir görev mi olduğu konusu tartışma konusu yapılmıştır. Hâkime tanınan bu takdir işlevi, TMK'nın 1. maddesinde “*Yasa boşluklarının doldurulması*”, TMK'nın 4. ve 182. maddelerinde “*Hâkimin takdir yetkisi*”, CMK'nın 217. maddesinde “*Delillerin serbestçe takdiri*”, TCK'nın 62. maddesinde “*Takdiri indirim nedenleri*” adı altında düzenlenmiş olup, farklı nitelermelere tabi tutulmuşlardır.⁴²⁰

Hâkim önüne gelen her uyuşmazlığı çözüme bağlamak zorundadır. Nitekim Anayasanın 36/2. maddesi “*Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*” demektedir. Bu nedenle hâkim açısından takdir etme işi kendisine tanınmış bir hak ve yetki olmak dışında, ayrıca yapılması zorunlu olan bir görevdir. Zira Anayasa hükmü gereğince hâkim, önüne gelen bütün uyuşmazlıkları mevcut yasalara göre çözüme kavuşturmak zorundadır. Mevcut kanun hükmü hâkim

⁴¹⁹ **DİNÇKOL:** “*Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet*”, s.175.

⁴²⁰ **ANIL:** s. 24.

tarafından beğenilmese dahi, hâkim söz konusu kanun hükmünü uygulamaktan kaçınamaz.⁴²¹

Türk Ceza Hukuku bağlamında ise hâkimin takdir yetkisi medeni hukukta olduğu kadar geniş değildir. Zira medeni hukukta hâkim gerektiğinde kıyas yapabilmekte, hatta somut uyuşmazlığa uygulanacak herhangi bir hukuk normu bulunmadığı takdirde hukuk yaratabilmektedir. Ancak ceza hukukunda kıyas yasağı bulunmakta olup, TCK'da suç olarak tanımlanmayan herhangi bir fiil, taraflardan birisinin zarara uğramasına neden olmuş olsa bile “*Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi*” gereğince cezalandırılmaz.

Ceza muhakemesinin amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan, maddi gerçeğin araştırılarak bulunması olup, ceza muhakemesi kavramı CMK'ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetten oluşur.⁴²² Muhakeme faaliyeti hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde yürütülen bir faaliyettir. Zira CMK'nın 170/2. maddesinde “*Soruşturma sonunda toplanan delillerin yeterli şüphe oluşturması durumunda*” Cumhuriyet savcılarının kamu davası açma görevi ve yetkisi verilmiş, yine CMK'nın 170/4. maddesinde “*Yüklenen suçu oluşturan olayların delillerle birlikte açıklanması*” görevi verilmiştir. Görüleceği üzere

⁴²¹ Bkz: **HALL:** s. 300-301 Yazar, cezai müeyyidelerin uygulanma zorunluluğunun sadece kanun hükmü oldukları için savunulamayacağını, söz konusu cezaların etik olarak da adil olması gerektiğini, bir insanın cezalandırılması için tek haklı gerekçenin sadece bir kanun hükmüne karşı gelmesi olamayacağını, söz konusu kanun hükmünün aynı zamanda ahlaki olarak da halen geçerli bir kanun hükmü olması gerektiğini belirtmiştir.

⁴²² **ÖZTÜRK, Bahri- TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa R.:** Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2018, s. 25.

Cumhuriyet Savcısına delil aracı değerlendirme görevi ve yetkisi tanınmış olup, delil araçlarının değerlendirildiği bir faaliyet ise ancak muhakeme faaliyeti olabilir.⁴²³

Muhakeme sonunda ulaşılmaması amaçlanan gerçek, mutlak gerçek değil, maddi gerçektir.⁴²⁴ Doktrinde maddi gerçeğin “*gerçeğin tam kendisi*” olduğu iddia edilmiş olsa da⁴²⁵, muhakeme sonunda ulaşılmaması amaçlanan maddi gerçek, mutlak gerçek anlamına gelmemektedir. Zira hukuk sistemimizde olağanüstü kanun yollarının öngörülmesinin sebebi de budur. Muhakeme faaliyeti delil araçlarının yardımıyla gerçekleştirilir ve bu faaliyet sonucunda hâkim ispat edilen hususlara göre bir karar verir.

Delil araçları, geçmişte meydana gelmiş bir olayın, muhakeme sırasında temsilini sağlayan, maddi olayın oluş biçimini ortaya çıkaran araçlardır.⁴²⁶ Geçmişteki gerçekleşmiş bir olayın muhakeme faaliyetinin gerçekleştirildiği tarihte aydınlatılabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak delil araçlarıyla mümkündür. Ancak maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması gibi bir düşüncenin benimsenmesi mümkün değildir. Zira bu durum yargılayanın özgürlüğünün sınırsız olması sonucunu da beraberinde getirir.⁴²⁷ Ancak hâkim hem vicdani kanaatine

⁴²³ FEYZİOĞLU: Vicdani Kanaat, s.176.

⁴²⁴ FEYZİOĞLU: Vicdani Kanaat, s. 222.

⁴²⁵ ÜNVER, Yener- HAKERİ Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 9. *Yazarlara göre Ceza Muhakemesinin amacı gerçeğin tam olarak kendisine ulaşmak olup, muhakeme faaliyetinin tek amacı da bu değildir. Kamu barışının sağlanması, ihkak-ı hakkın önlenmesi, cezanın infaz niteliğinin güvenceye alınması gibi hususlar da ceza muhakemesinin amaçlarıdır.*

⁴²⁶ FEYZİOĞLU: Vicdani Kanaat, s. 229.

⁴²⁷ ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM: s.26., FEYZİOĞLU: Vicdani Kanaat, s. 221., ÜNVER-HAKERİ: s. 9.

ulaşırken, hem de bu bağlamda takdir yetkisini kullanırken bir takım sınırlarla bağlıdır. Bu anlamda vicdani kanaatin oluşması ile takdir yetkisinin kullanılması muhakeme faaliyetinin farklı aşamalarında gerçekleşmektedir.

Muhakeme faaliyeti esnasında öncelikle maddi gerçeğe ulaşılarak maddi uyuşmazlık çözülür, maddi gerçeğin tespitinin ardından somut olaya uygun olan normlar uygulanarak hukuki uyuşmazlık çözüme kavuşturulur. Hâkim tarafından vicdani kanaate ulaşılması, isnat edilen fiilin ispatlandığı anlamına gelmekte olup, bu husus sadece maddi sorunla ilgilidir. Buna rağmen maddi sorunun tespitinden sonra ilgili normlar hâkim tarafından takdir yetkisine bağlı olarak hukuki sorunun çözümü için uygulanır.⁴²⁸ Yani vicdani kanaat ile takdir yetkisi kavramları birbirlerinden farklı kavramlar olup, vicdani kanaatin hukuki sorunun çözümünde kullanılması söz konusu değildir. Ancak her iki kavram da keyfiliği önlemek açısından birtakım sınırlandırmalara tabi olup, çalışmamızla ilgili olan takdir yetkisinin sınırlarına aşağıda ayrıntılı şekilde yer verilmiştir.

Hukuki problemlerin çözümünde normların somut olaya uygulanmasında hem mantıki, hem de etik doğruluğun sağlanması gerekmektedir.⁴²⁹ Bu da kanunların somut olaya doğru ve adil şekilde uygulanması anlamına gelip, hukukun uygulama alanındaki hedefidir.⁴³⁰ Cezanın belirlenmesi sırasında gözetilecek en temel husus cezalandırmanın amacının gerçekleştirilmesi olup, soyut cezanın somutlaştırılmasıyla cezalandırma

⁴²⁸ **FEYZİOĞLU:** Vicdani Kanaat, s. 357.

⁴²⁹ **KARAYALÇIN:** s.98. “Böylece hukuk alanında iki doğruluğun sağlanması gerekmektedir: a- Mantıki doğruluk b-Etik doğruluk (Adalete uygunluk Mantıki ve etik doğruluğun hem normlarda hem de normların olaya uygulanmasında aranması lazımdır.)”

⁴³⁰ **KARAYALÇIN:** s. 110.

faaliyetinden beklenen bu amaç gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.⁴³¹ Kanun koyucu tarafından belirlenen normların somut olaylara doğru ve adil şekilde uygulanabilmesi için hâkimlere takdir yetkisi tanınmış, ancak keyfiyeti engellemek için de bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

Takdir yetkisinin yargılama içerisindeki rolünün ne kadar önemli olduğu düşünüldüğünde böyle bir yetkinin denetimsiz bırakılması elbette düşünülemez. Kaldı ki takdir yetkisini kullanarak karar veren hâkimin yanılacağı veya verilen kararın taraflar açısından tatmin edici olmayacağı ihtimali de söz konusu takdir yetkisinin denetlenmesini zorunlu kılmaktadır.⁴³²

B- Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hukuk Tarafından Belirlenen Sınır

Hâkime karar verme sürecinde tanınan takdir yetkisinin en önemli özelliği Anayasa'ya ve yasalara aykırı şekilde kullanılmamasıdır. Aksi takdirde ortaya keyfi bir hukuk düzeni çıkacak ve adaletsiz bir durum yaratılmış olacaktır. “*Keyfi güç*”, herhangi bir makamın, hiçbir kurala bağlı olmaksızın, kendi görüş ve isteklerine göre hareket etmesi demektir.⁴³³ Bu şekilde keyfi bir hareket serbestisi ise hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, takdir yetkisini kullanan hâkim, ancak yasanın öngördüğü şekilde bu yetkisini kullanabilir. Zira hâkim de diğer bütün bireyler gibi yasayla bağlıdır.

⁴³¹ **ÜZÜLMEZ, İlhan:** “*Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, s. 204.

⁴³² **DİNÇKOL:** “*Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet*”, s.187.

⁴³³ **DİNÇKOL:** “*Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet*”, s.178.

Nitekim Anayasanın 138/1. maddesi *“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”* demektedir olup, hakimlerin hüküm verirken öncelikle Anayasa ve yasa hükümleriyle bağlı olduğunu, ardından hukuka uygun şekilde vicdani kanaatlerine göre hüküm verebileceklerini düzenlemiştir. Maddede yer alan *“hukuk”* tabirinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar madde metninde yer alan *“hukuk”* tabirinden anlaşılması gerekenin Anayasa ve yürürlükteki hukuk kuralları olduğunu belirtirken⁴³⁴, kimi yazarlar ise bu tabirden anlaşılması gerekenin *“yazılı olmayan hukuk normları”* olduğunu iddia etmiş⁴³⁵ diğer bir kısım yazarlar ise madde metninde hâkimin yasa hükümleri dışında içtihadî hukukla da bağlı bulunduğunun anlatılmak istendiğini belirtmişlerdir.⁴³⁶

Madde metninde Anayasa ve kanun hükümleri öncelikle belirtilmişken, ardından *“hukuk”* kavramının getirilmesi ayrıca düşünülmesi gereken bir husustur. Zira ülkemizin hukuk düzeni öncelikle Anayasayı, ardından yasaları içermektedir. Ayrıca milletlerarası hukuk kuralları da ulusal mevzuatımızın atıf yapması halinde hukuk düzenimizin bir parçası haline gelmektedir. Zira Anayasa'nın 90/5. maddesine göre *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası*

⁴³⁴ Bkz. **FEYZİOĞLU:** Vicdani Kanaat, s.201 *“Bizce Anayasa m.138/1'deki ‘hukuk’ tabirinden Anayasa ve kanunu da içeren yürürlükteki hukuk anlaşılmalıdır. Bu itibarla hakim vicdani kanaatini oluştururken, yürürlükteki hukukta yer alan kurallardan başkasıyla bağlı değildir.”*

⁴³⁵ **KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul, 1998, s. 499.

⁴³⁶ **CENTEL, Nur:** Hakimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 14.

andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Görüleceği üzere usulüne uygun yürürlüğe konmuş bütün uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde sayılmış, hatta madde metninde temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmaların ulusal kanun hükümleriyle çelişmesi halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla uluslararası hukuk kuralları da taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler açısından esasında Anayasa'nın 138/1. maddesine göre ülkemizin mevcut hukuk düzenine dahildir.⁴³⁷ Hal böyle iken Anayasa metninde “*hukuk*” tabirinin tekrar edilmesiyle Anayasa koyucunun esas amacının ne olduğu tartışma konusu olmuştur.

Kanaatimizce Anayasa koyucunun “*hukuk*” kavramını madde metninde özellikle belirtmesi sadece bir tekrardan ibaret değildir. Burada aynı zamanda yazılı olmayan evrensel hukuk ilkelerinin de önemini altı çizilmek istenmiştir. Zira ceza yargılaması dışında hâkimin gerektiğinde kural boşluklarını doldurması, hatta hukuk yaratması gerekmektedir. Yazılı hukuk kurallarının bulunmadığı bir somut uyumsuzlukta yazılı olmayan evrensel hukuk kuralları hâkime yol gösterici olacaktır. Bu nedenle kanımızca Anayasa koyucu madde metninde “*hukuk*” kavramını özellikle belirtmeyi tercih etmiştir.

Kaldı ki bazı yazarların iddia ettiğinin aksine kanımızca “*Hukukun genel prensipleri*” ile “*Uluslararası teamüller*” farklı kavramlardır.⁴³⁸ Zira Uluslararası

⁴³⁷ Aynı yönde bkz.: **FEYZİOĞLU**: Vicdani Kanaat, s.199.

⁴³⁸ Aynı yönde bkz. : **FLETCHER, George P.**, The Grammar of Criminal Law-American, Comparative And International, Vol-I Foundations, Oxford, 2007, s. 222.

Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde hukukun genel ilkeleri ile uluslararası teamüller iki farklı kaynak olarak belirtilmiştir.

Anayasanın 138. maddesi gereğince hâkimler karar verirken Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun davranmak zorundadırlar. Hâkimler tarafından kullanılan takdir yetkisi de keyfi olmamalı, Anayasa'nın ilgili maddesine göre yasaların izin verdiği ölçüde kullanılmalıdır. Keyfi davranmama ilkesi, hâkimin belirli sınırlar içinde kalmasını sağlayarak, hukuka bağlılık ve hukuka güven duygusunu güçlendirmekte, böylelikle hukuk devleti olgusunun esasen somutlaşmasını sağlamaktadır.⁴³⁹

Hâkimin hüküm verme sürecinde yasaya bağlı kalıp kalmadığının üst mahkemelerce denetlenebilmesi, ancak kararların gerekçeli olması halinde gerçekleştirilebilir.⁴⁴⁰ Zira hükmün oluşturulması sürecinde süjelerden birinin kabul ettiği kanaatin sadece doğru olduğunun ifade edilmesi yeterli olamaz, söz konusu kanaatin temellendirilmesi ve kanıtlandırılması gerekmektedir.⁴⁴¹ Elbette söz konusu gerekçenin içeriği de önemlidir. Zira içeriği olmayan bir karar, tarafları tatmin etmekten uzaktır. Hâkim hükme ne şekilde ulaştığını açıklamalı, hem kararın taraflarını hem de söz konusu kararı inceleyenleri tatmin etmeli, kararı kavramalarına yardımcı olmalıdır.

⁴³⁹ **DİNÇKOL, Abdullah:** “*Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması ve Hakimin Fonksiyonu*”, HFSA, 25. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.184.

⁴⁴⁰ **Yargıtay CGK 2019/11-31E., 2019/309 K.:** “*Gerekçe; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve maddi olaya uygun açıklamasıdır. Gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde; geçerli, yasal ve yeterli olması gerekir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmez ve uygulamada keyfiliğe yol açar. Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde gösterilmesi gereken noktalar ise CMK'nın 230. maddesinde düzenlenmiştir.*”

⁴⁴¹ **DİNÇKOL:** “*Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması ve Hakimin Fonksiyonu*”, s. 176.

Hükümün gerekçesi mahkeme tarafından delillerin ne şekilde değerlendirildiğini, kabul edilebilir ve anlaşılabilir bir biçimde açıklamalı, mahkeme tarafından ulaşılan kanaatin sadece bir varsayıma dayalı olmadığını ya da tahmin olarak görülmediğini ortaya koyuyor olmalıdır.⁴⁴² Aksi takdirde toplumda adalet duygusu sağlanamayacaktır.

Gerekçe gösterme zorunluluğunun hâkimi zora sokacağını, bu nedenle hâkimlerin en alt sınırdan ceza verme yoluna gideceklerini, bunun da adaletin yerine getirilmesinde bir engel teşkil edeceğini, bu nedenle hâkimlerin takdir gerekçelerini soyut olarak beyan etmelerinin kâfi olacağını savunan hukukçular olmuştur.⁴⁴³ Yine benzer şekilde bazı yazarlar ise temel cezanın iki sınır arasında tespit edilmesi halinde, bazı durumlarda gerekçe göstermenin imkansız veya çok zor olabileceğini bu durumun yarardan ziyade zarar getireceğini, bu nedenle hâkimin gerekçeli kararda “*takdiren*” ibaresini kullanmasının yeterli olacağını iddia etmişlerdir.⁴⁴⁴

Ancak günümüz modern ceza muhakemesi hukukunda bu anlayış kanımızca kabul edilebilir değildir. Zira hâkimin gerekçeli kararda sadece o cezayı takdiren verdiğini belirtmekle yetinmesi keyfiliği doğuracaktır. Bu nedenle hâkim hükme ne şekilde ulaştığını açıklamalı, iki sınır arasında bir ceza tayin ettiğinde bunun gerekçelerini ayrıntılı şekilde kararda yazmalıdır. Nitekim Yargıtay da aynı görüşte olup, kararda “*takdiren ve teşdiden*” ibaresinin bulunmasını yeterli görmemekte, yasal

⁴⁴² **ÖZBEK, Veli Özer:** “*Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati*”, HFSA, 16. Kitap, İstanbul, 2007, s.286.

⁴⁴³ **AKMANLAR, Bülent:** “*Ceza Hakiminin Takdir Selahiyeti*”, Ankara Barosu Dergisi, 1960, S:2, s. 15-17. “*Yazı ile ifadesi ve izahı mümkün olmayan bir sebebi mutlaka göstermek mecburiyetini hisseden hakim istemeyerek her zaman asgari hadde zorlanmaktadır ki bu, işlenen bir suçun en hafif ceza ile atlatılması zihniyetinin ve dolayısıyla ihtiyadi suçluluğun meydana gelmesinde amil olmaktadır.*”

⁴⁴⁴ **KUNTER-YENİSEY:** s. 945.

düzenlemenin tekrarını gerekçe olarak kabul etmemektedir. Dolandırıcılık suçu nedeniyle alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın 3 yıl olarak belirlendiği bir dosyada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı “*takdiren ve teşdiden*” gibi kalıplaşmış ifadeler yerine TCK’nın 61. maddesinde yer alan nesnel ve öznel ölçütlerin kullanılması gerektiği gerekçesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuş, Yargıtay CGK da söz konusu itirazı kabul ederek TCK’nın 61. maddesinde sayılan ölçütlerin sadece tekrardan ibaret gerekçelerin soyut ve yasal olarak yeterli olmadığını belirtmiştir.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ **Yargıtay CGK E.2012/15-116, K.2012/191:** “*Mahkemenin Gerekçesindeki Nedenlerin Değerlendirilmesi:*

1- Sanığın suçu işleyiş biçimi:

Suçun işleniş biçimindeki ağırlığın ya da tehlikeli durumun ne olduğu somut olarak belirtilmemiştir. Bu konudaki gerekçe soyuttur. Öte yandan, dolandırıcılık suçunun, somut olaydan daha hafif şekilde nasıl işlenebileceğini göstermek pek mümkün değildir.

2- Sanığın kastının yüksek yoğunluğu:

Sanığın kastının neden yüksek derecede yoğun olduğu somut olarak gösterilmemiş; kastın hangi durumda yoğun olmayacağı belirtilmemiştir. Somut olayda, sanığın kastında, olağandan fazla bir yoğunluk bulunmamaktadır.

3- Sanığın amacı:

Somut olayda, sanığın suçu işlemekteki amacı haksız çıkar sağlamaktır. Elde edeceği parayı "hasta olan çocuğunun tedavisinde kullanmak" gibi göreceli olarak makûl sayılabilecek bir amacı yoktur. Bu durum, temel cezanın alt sınırın üzerinde belirlenmesi için bir neden oluşturabilir. Ancak Mahkeme, sanığın amacına soyut olarak yer vermiş; amacındaki kötülüğün ya da olumsuzluğun ne olduğunu somut olarak belirtmemiştir.

Sonuç olarak;

a) TCK'nın 61. maddesinde yer alan bazı ibarelerin tekrarı niteliğindeki soyut gerekçe yasal gerekçe sayılamaz.

b) Sanığın suçu işleyiş biçiminde bir ağırlık yoktur.

c) Sanığın kastında bir yoğunluk bulunmamaktadır.

d) Sanığın amacına bağlı olarak, 1 yıl olan temel hapis cezasının, her suç için 3'er yıl olmak üzere, alt sınırın üç katı olarak belirlenmesi TCK'nın 3. maddesindeki "orantılılık" ilkesine aykırıdır.”

Cezanın belirlenmesinde temel ilkelerden biri olan “*gerekçe gösterme zorunluluğu*”, aynı zamanda Anayasal bir ilke olup Anayasanın 141/3. maddesinde düzenlenmiştir. Yine CMK’nın 34. maddesinde de mahkeme kararlarının, karşı oy dâhil gerekçeli olması gerektiği düzenlenmiş, 230. maddesinde ise gerekçede gösterilmesi zorunlu unsurlar sayılmıştır.

Buna göre mahkeme tarafından ulaşılan kanaat, sanık tarafından gerçekleştirilen ve suç teşkil eden fiil, TCK’nın 61 ve 62. maddelerine göre belirlenecek olan ceza, beraat, erteleme, ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlar, güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar ve bunlar dışında verilecek olan bütün diğer kararların gerekçesinin kararda açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Görüleceği üzere CMK’nın 230. maddesinde belirtilen hususlar sınırlı sayıda olmayıp, maddenin son bendinde mahkeme tarafından verilecek olan bütün diğer karar ve hükümlerin de gerekçeli olması gerektiği düzenlenmiş, bu yönden hâkime yasal olarak sınır çizilmiştir.

Yine CMK’nın 34. maddesine göre karardaki karşı oyun dahi gerekçeli olması gerekmektedir. Bu bağlamda sadece karşı oyun gerekçeli olması dahi yeterli olmamakta, ayrıca gerekçeli kararda söz konusu karşı oyun da tartışılması gerekmektedir.⁴⁴⁶

AİHS’in 6. maddesi “*Dürüst Muhakeme İlkesi*” ile ilgili olup, mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği burada açıkça tanımlanmamış olsa da, AİHM birçok kararında mahkemelerin hükümlerinin gerekçeli olması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁴⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında açıkça AİHS’in 6.

⁴⁴⁶ YÜCEL: s.168.

⁴⁴⁷ AİHM, “Hansen v. Norveç Başvurusu”, § 34.

maddesine açıkça gönderme yapmakta, gerekçeli karar hakkının dürüst muhakemenin yürütülmesini ve denetlenmesini sağladığını belirtmektedir.⁴⁴⁸ Ancak Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının davada ileri sürülen her ayrıntıya mahkeme tarafından cevap verilmesi anlamına gelmediğini, davanın sonucuna etki edecek hususların değerlendirilmesinin yeterli olduğunu da kararlarında belirtmiştir.⁴⁴⁹ Yargıtay da birçok kararında gerekçenin önemine dikkat çekmiş, eksik gerekçeli kararların bozulmasına karar vermiştir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ **AYM, “Erol Kızılırmak-Zeynep Kızılırmak Başvurusu”, 11.07.2019, § 32:** *“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine "...adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir.”*

⁴⁴⁹ **AYM, “Cengiz Seven Başvurusu”, 12.06.2019, § 27 :** *“Gerekçeli karar hakkı, yargılamada ileri sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Kanun yolu incelemesi yapan mercinin yargılamayı yapan mahkemeye aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtması, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir.”*

⁴⁵⁰ **Yargıtay CGK 2016/18-1098 E., 2019/212 K. :** *“Diğer taraftan, yargılamanın esaslı bir unsuru ve taraflar açısından bir hak olması, keyfiliğin, tutarsızlıkların ve hukuki belirsizliklerin önüne geçilmesi, ilgililerin neden haklı veya haksız görüldüklerinin açıklanarak kanun yollarına başvurma haklarını etkili bir şekilde kullanmalarının sağlanması ve hükmün denetlenebilmesi bağlamında kararların kanuni ve yeterli gerekçe içerip içermedikleri hususu kanun yolu incelemesi sırasında öncelikle değerlendirilmelidir. Zira akla, hukuka ve mantığa uygun, yargılama sürecini, delilleri ve olayları kapsayan, hâkimin vicdani kanaatine ne şekilde*

Mahkeme tarafından verilen kararın mantıki ve etik doğruluğu ancak gerekçeden anlaşılabilir.⁴⁵¹ CMK'nın 230. maddesinde sayılan bütün bu kararların gerekçeli olarak verilmesi, doğru, adil ve güvenli bir yargılanma hakkının güvencesidir.⁴⁵² Zira kararda iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin kanıtlarıyla birlikte tartışılması, açık ve inandırıcı gerekçelerin gösterilmesi, davayı kaybeden tarafta dahi yargıya bir güven duygusu oluşturacaktır.⁴⁵³ “Hükümler gerekçeleri ölçüsünde inandırıcıdırlar.”⁴⁵⁴ Aksi bir durum hukukta öngörülebilirliği zedeleyecek, hukuka güven duygusunun sarsılmasına yol açacak, böylelikle hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları yalnızca içi boş birer kavram haline geleceklerdir.

Gerekçe gösterilmesinin bir diğer işlevi ise hâkimlerin verdikleri kararların denetleneceğinin bilincinde olarak hareket etmeleri ve böylelikle kararlarını objektif şekilde vermelerinin sağlanmasıdır.⁴⁵⁵ Zira insan hem hesap sorabilen hem de hesap verebilen bir varlık olduğundan, hâkim de kişi olması sebebiyle, yaptığı yargılamaya ilişkin olarak her iki eylemi de gerçekleştirmektedir.⁴⁵⁶ Hâkimin hesap verebilmesi de

ulaştığını, somut olayı nasıl kavradığını, hangi düşünsel ve hukuksal tartışmalar sonucu kararın oluşturulduğunu gösteren yeterli ve makul bir gerekçe, sağlıklı bir kararın üzerine inşa edileceği kanuni temel ve ön koşul olup eksik, şekli veya görünüşte bir gerekçe ile hükmün değerlendirilmesi ve denetlenmesi mümkün değildir.”

⁴⁵¹ **KARAYALÇIN:** s. 144.

⁴⁵² **AŞÇIOĞLU, Çetin:** “Yargıda Gerekçe Sorunu”, HFSA, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 159.

⁴⁵³ **AŞÇIOĞLU:** s. 157.

⁴⁵⁴ **YÜCEL, Mustafa TÖREN:** Adalet Psikolojisi, Ankara, 2007, s. 207.

⁴⁵⁵ **FEYZİOĞLU:** Vicdani Kanaat, s. 208.

⁴⁵⁶ **UYGUR, Gülriz:** Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013, s. 200.

aldığı karara ilişkin olarak kararını gerekçelendirmesidir.⁴⁵⁷ Kararların gerekçeli yazılması ilkesi bu şekilde hâkimin tarafsızlığının sağlanması açısından da önemlidir. Hâkimin bağımsız olmadığı bir hukuk sisteminde bütün bu düzenlemeler anlamsız kalacak, hâkimin takdir yetkisi içi boş bir kavrama dönüşecek, adaletsizliklerin yolu açılacaktır.

C- Temel Cezanın Tayininde Hâkimin Rolü

Cezanın tayin edilmesi sürecinde hâkim, her şeyden önce somut olayı kavramalı, çözümlenecek olan olayın temelinde yatan gerçek nedeni saptamalı, olayı aydınlatmalıdır.⁴⁵⁸ Hâkimin olayı tam olarak anlayabilmesi, psikolojik ve idari bir olgunluğa sahip olmasıyla mümkün olabilir.⁴⁵⁹ Hâkimin somut olayı anlayacak bilgiye, görgüye ve algıya sahip olması, hukuki bilgisinin iyi olması, ayrıca vicdani kanaat oluşturacak bir yetenek ve bilgiye, bütün bunları tutarlı biçimde bir araya getirmesini sağlayan mantık bilgisine de sahip olması gerekmektedir.⁴⁶⁰

Hâkimler verdikleri kararlarda toplumda adaletin tesis edilmesini sağlarlar. Bu nedenle hukuk sistemi içerisinde kendilerine geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.⁴⁶¹ Söz

⁴⁵⁷ **UYGUR:** s.202.

⁴⁵⁸ **DİNÇKOL:** “*Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hakimin Fonksiyonu*”, s. 182.

⁴⁵⁹ **EREM, Faruk:** *Adalet Psikolojisi*, 11. Baskı, Ankara, 2003, s. 328.

⁴⁶⁰ **ÖZEKES, Muhammet:** “*Adil Yargılanmaya Tehdit: Bilgisiz Hakim ve Avukat*”, HFSA, 21. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 97.

⁴⁶¹ **FABREGUETTES, M.P., :** *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1945, s. 9. “*Hakimler vermiş oldukları kararlarla omuzlarında nizami tesis vazifesini taşımaktadırlar. Tek bir kararda veki adaletsizlik ammeye tevcih edilmiş bir tehdit*

konusu takdir yetkisinin kendilerine tanınması hâkimlere olan güvenin açık bir ifadesidir.⁴⁶² Takdir serbestisi, bir hukuk devletinde hakkaniyet ve amaca uygunluğu gerçekleştirmekte olup, kişisel arzulara göre değil görevin gerektirdiği şekilde kullanılmalıdır.⁴⁶³ Hâkimin takdir yetkisine dayalı olarak kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlemesi, onun yargı yetkisinin doruk noktasındaki fonksiyonudur.⁴⁶⁴ Hâkim, yukarıda ayrıntılı şekilde açıklanan sınırlar dâhilinde her somut olayda söz konusu fonksiyonu kullanırken cezadan beklenen amacı da göz önünde bulunduracaktır. Esasında hâkim sadece kuralları uygulamakla yetinen bir bürokrat değil, kurallara hayat veren bir filozof olmalıdır.⁴⁶⁵ Bu nedenle hâkimin söz konusu yetkisi temel cezanın belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

Ceza adaletinin gerçekleştirilebilmesi açısından, cezanın belirlenmesi süreciyle birlikte, cezalandırma ve söz konusu cezanın infazı hem mağduru tatmin etmeli, hem de fail bakımından cezalandırmanın amaçlarını yerine getirmeli ve güvenli olmalıdır.⁴⁶⁶ Bu anlamda takdir yetkisi “*formal ölçülere dayalı olan ceza adaletinin sosyal olarak da gerçekleştirilmesini*” sağlamaktadır.⁴⁶⁷ Elbette ki ceza adaletinin sağlanması sadece bu süreçten ibaret değildir. Yıllarca uzayan yargılamalar, bunun sonucunda kişilerin ölç

mahiyetindedir. Bunun içindir ki bütün içtimai vazifeler meyanında yalnız hakimlik sınıfı daha geniş vasıflarla hassaların bir arada toplanmış bulunmasını istilzam eder.”

⁴⁶² **EDİS:** s. 170.

⁴⁶³ **ARAL, Vecdi:** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Oniki Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2010, s. 209.

⁴⁶⁴ **YÜCE, Turhan Tufan:** Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1985, s. 140.

⁴⁶⁵ **ÖZBEK, Veli Özer:** “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 98.

⁴⁶⁶ **ÖZBEK:** “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, s. 97.

⁴⁶⁷ **ARAL:** s. 2010.

almaya yönelik eylemlerinin artması, cezaevlerindeki kötü koşullar, artan suçluluk oranları göz önünde bulundurulduğunda ceza adaletinin tek başına hâkim tarafından gerçekleştirilmesi elbette mümkün değildir. Bütün bunların tam anlamıyla düzeltilmesi ancak düzgün bir suç ve ceza siyasetinin belirlenmesi sonucunda gerçekleştirilebilir. Devlet tarafından bilimsel araştırmalar neticesinde, dar anlamdaki politik eğilim ve inançlardan uzak, ciddi bir suç ve ceza politikası belirlenmeli ve o politika doğrultusunda ceza yasaları hazırlanmalıdır.⁴⁶⁸ Günümüzde yeni bir suç ve ceza yaratma veya cezaların ağırlaştırılması durumu, genellikle kamuyu tatmin etmek üzere hızlı bir politik cevap olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶⁹

Bir ülkede geçerli olan ceza mevzuatının değişen toplumsal şartlara uyarlanabilecek şekilde esnek olması ve fakat ayrıca başından sonuna her bölümünün bir sistem içerisinde belirlenmiş olması da gerekmektedir. Aksi takdirde bir suç siyasetine dayanmayan ve acelece ortaya çıkarılmış ceza mevzuatları toplumun gerçek ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olacaktır.⁴⁷⁰

Ancak bütün bunlara rağmen cezalandırma, tarih boyunca her zaman adaletin gerçekleştirilmesi bakımından en önemli araçlardan birisi olmuştur.⁴⁷¹ Bu nedenle

⁴⁶⁸ **İÇEL, Kayıhan:** “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural”, Suç Politikası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 15.

⁴⁶⁹ Aynı yönde bkz.: **ASHWORTH:** s. 25.

⁴⁷⁰ **DÖNMEZER, Sulhi:** “Suç Siyaseti”, İÜHFİM, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 6. “Suça karşı ceza hukuku marifetiyle ve ceza müeyyideleriyle gösterilen tepkiler mutlaka bir suç siyasetine dayanmalıdır. Şuradan buradan derlenmiş hükümlerle, hal ve şartlara tabi olunarak veya bir kısım kamuoyunun veya baskıların etkisi altında kalınarak meydana getirilmiş veya hükümleri değiştirilmiş bir ceza mevzuatı, bazı yazarların deyimiyle ‘panik mevzuatı’ elbette ki çağın telakkilerine uygun ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak hukuki bir araç teşkil etmez.”

⁴⁷¹ **ÖZBEK, Veli Özer:** “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, s. 98.

cezanın belirlenmesi süreci ve bu konuda alt ve üst sınırlar arasında hâkimin takdir yetkisini kullanarak temel cezaya hükmetmesi veya adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü ya da güvenlik tedbirlerinin cezaya seçimlik olarak uygulanabildiği durumlarda hâkimin takdir yetkisi oldukça önemli bir konumda bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlığı altında belirlenen cezaların alt ve üst sınırları arasındaki makas, bazı suçlarda oldukça fazladır. Her ne kadar farklı suçlar açısından hükmedilecek olan yaptırımların farklı olması doğal olsa da, aynı suç açısından belirlenen alt ve üst sınırın aralığının fazla olmasının bir mantığı olmadığı gibi, bu durum eşitsizlik sonucunu da beraberinde getirecektir.⁴⁷² Zira böyle bir durumda işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunması zorlaşmakta ve suçun ağırlığıyla yaptırımın ağırlığının eşleşmesi olasılığı oldukça azalmaktadır.⁴⁷³ Söz konusu aralığın fazla olması aynı zamanda üst sınır olarak belirlenen cezanın da anlamını ortadan kaldıracaktır.⁴⁷⁴

Örneğin TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen "*İşkence*" suçunun cezası 2 yıl ile 15 yıl arasında, 197. maddesinde düzenlenen "*Parada Sahtecilik*" suçunun cezası 2 yıl ile 12 yıl arasında, 172. maddesinde düzenlenen "*Radyasyon Yayma*" suçunun cezası 3 yıl ile 15 yıl arasında, 185. Maddesinde belirlenen "*Zehirli Madde Katma*" suçunun cezası ise 2 yıl ile 15 yıl arasında belirlenmiştir. Görüleceği üzere kanun koyucu tarafından bazı suçların cezalarının alt ve üst sınır arasındaki makas çok açık şekilde

⁴⁷² **YÜCEL, Mustafa Tören:** Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, TBB Yayını, 4. Bası, Ankara, 2007, s. 339.

⁴⁷³ **YÜCEL:** Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, s. 342.

⁴⁷⁴ **ÖZBEK:** "*21. Yüzyılda Ceza Adaleti*", s. 103.

belirlenmiştir. Bu durum da eşitlik ilkesine aykırı, hakkaniyetsiz ve orantılı olmayan cezaların verilmesine yol açabilmektedir.

Kanun koyucu tarafından belirlenen söz konusu cezaların elbette ki hâkim tarafından göz ardı edilmesi veya uygulanmaması ihtimali bulunmamaktadır. Bu açıdan söz konusu orantısızlığı esasen giderebilecek olan kanun koyucu olmasına rağmen, mevcut ceza mevzuatı karşısında cezada orantıyı sağlayacak olan, kanunu uygulayan hâkim olacaktır. Hâkim hem alt ve üst sınır arasında belirlenen adli para ve hapis cezalarında, hem adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik belirlendiği durumlarda, hem de güvenlik tedbirlerinin seçimlik olarak öngörüldüğü suçlarda takdir yetkisini kullanacaktır. Hâkim söz konusu yetkisini kullanarak cezayı tayin ederken TCK'nın 61. maddesi dışında Anayasal ilkeleri ve ayrıca cezadan beklenen amacı da göz önünde bulundurmalıdır. Kanunilik ilkesine uygun, orantılı ve eşit cezaların belirlenmesi ancak bu şekilde mümkündür.

SONUÇ

Toplumda herhangi bir suç işlendiğinde sanığın cezalandırılması esasen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve toplumsal düzenin sağlanmasındaki en önemli aşamalardan biridir. İşte bu noktada hâkim tarafından belirlenecek olan cezanın hangi ölçütlere göre belirleneceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Zira verilecek olan cezaların toplum nezdinde kabul görebilmesi ve adalet duygusunun yerleşebilmesi için söz konusu cezaların eşit ve orantılı olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde hukuk devleti ilkesi somut hale gelecek, ayrıca cezadan beklenen amaç gerçekleştirilebilecektir. Ölçüsüz ve adil olmayan bir ceza toplumsal vicdanı rahatsız edecek, ortaya çıkan adaletsizlik duygusu, adaletin bireylerin bizzat kendisi tarafından sağlanması eğilimini doğuracaktır. Bu nedenlerle cezanın belirlenmesi hususu hukuk devleti olgusunun gerçekleştirilebilmesi açısından oldukça önemlidir.

Bu çalışmada sadece temel cezanın tayini konusu ele alınmış olup, ceza hukukunda takdir yetkisi kavramı tartışılmış, hâkimin takdir yetkisi kapsamında suçun kanuni tanımında belirlenen alt ve üst sınırlar arasında hangi ölçütlere göre ceza tayin edeceği hususu irdelenmiş ve söz konusu takdir yetkisinin sınırları incelenmiştir. Kanun koyucu tarafından belirlenen normların somut olaylara doğru ve adil şekilde uygulanabilmesi için hâkimlere takdir yetkisi tanınmış, ancak keyfiyeti engellemek için de bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Takdir yetkisinin yargılama içerisindeki rolünün ne kadar önemli olduğu düşünüldüğünde böyle bir yetkinin denetimsiz bırakılması elbette düşünülemez. Kaldı ki takdir yetkisini kullanarak karar veren hâkimin yanılabilmesi veya verilen kararın taraflar açısından tatmin edici olmayabileceği ihtimali de söz konusu takdir yetkisinin denetlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Buna göre hâkim TCK'nın 61. maddesinde sınırlı olarak sayılan ölçütlerle bağlı olup, yasada gösterilmeyen bir gerekçeye dayanarak veya sadece kanun maddelerinin tekrarıyla ibaret olan soyut ve yetersiz gerekçelerle temel cezayı tayin edemeyecektir.

Sadece suç konusu fiile odaklanmış, sanığın kişiliğini tamamen göz ardı eden mekanik bir yargılama “*Cezaların Şahsiliği İlkesine*” aykırı olacağı gibi, yargılama sonucunda ölçülü ve eşit olmayan cezaların da ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle hâkim söz konusu yetkiyi kullanırken yasanın ruhunu ve cezadan beklenen amacı da göz önünde bulunduracak, ayrıca suçlunun şahsiyetini de gözetecektir.

Hâkim bu kadar önemli bir yetkiyi kullanırken hukuk tarafından belirlenen sınırla bağlıdır. Hâkime karar verme sürecinde tanınan takdir yetkisinin en önemli özelliği Anayasaya ve yasalara aykırı şekilde kullanılamamasıdır. Aksi takdirde ortaya keyfi bir hukuk düzeni çıkacak ve adaletsiz bir durum yaratılmış olacaktır. Hâkimin hüküm verme sürecinde hukuka bağlı kalıp kalmadığının üst mahkemelerce denetlenebilmesi, ancak kararların gerekçeli olması halinde gerçekleştirilebilir. Hükümün gerekçesi mahkeme tarafından delillerin ne şekilde değerlendirildiğini, kabul edilebilir ve anlaşılabilir bir biçimde açıklamalıdır. Aynı şekilde hâkim iki sınır arasında bir ceza tayin ettiğinde bunun gerekçelerini de hükümde ayrıntılı şekilde açıklamalıdır. “*Gerekçe Gösterme Zorunluluğu*” aynı zamanda AİHS’in 6. maddesinde yer alan “*Dürüst Muhakeme İlkesi*” ile de ilgilidir. Zira AİHM birçok kararında yeterli gerekçe gösterilmeden verilen kararların 6. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Gerekçe gösterilmesinin bir diğer işlevi ise hâkimlerin verdikleri kararların denetleneceğinin bilincinde olarak hareket etmeleri ve böylelikle kararlarını objektif şekilde vermelerinin sağlanmasıdır. Elbette bütün bu sınırlandırmalar hâkimlerin tarafsız ve bağımsız olduğu bir yargı sisteminde anlam kazanacaktır. Bu nedenle öncelikle tarafsızlığın ve bağımsızlığın sağlanması gerekmektedir.

Hâkimler verdikleri kararlarda toplumda adaletin tesis edilmesini sağlarlar. Bu nedenle hukuk sistemimiz içerisinde kendilerine geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Elbette ki ceza adaletinin sağlanması sadece cezalandırma sürecinden ibaret değildir.

Yıllarca uzayan yargılamalar, bunun sonucunda kişilerin öç almaya yönelik eylemlerinin artması, cezaevlerindeki kötü koşullar, artan suçluluk oranları göz önünde bulundurulduğunda ceza adaletinin tek başına hâkim tarafından gerçekleştirilmesi de mümkün görünmemektedir. Bütün bu sorunların tam anlamıyla düzeltilmesi ve ceza adaletinin gerçek anlamda sağlanabilmesi, ancak düzgün bir suç ve ceza siyasetinin belirlenmesi sonucunda gerçekleştirilebilir. Devlet tarafından bilimsel araştırmalar neticesinde, politik eğilim veya inançlardan uzak, ciddi bir suç ve ceza politikası belirlenmeli ve o politika doğrultusunda ceza yasaları hazırlanmalıdır. Cezalandırma, tarih boyunca her zaman adaletin gerçekleştirilmesi bakımından en önemli araçlardan birisi olmuştur. Bu nedenle cezanın belirlenmesi süreci ve bu noktada temel cezaya hükmedilmesi, oldukça önemli ve etkili bir konumda bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANCEL, Marc** :“*Toplumsal Savunma Nedir?*”, (Çev. BAYRAKTAR, Köksal), İÜHFİM, C.37, S.1-4, 1972.
- ANIL, Yaşar Şahin** : Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.
- AKBULUT, Berrin** : Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin, Ankara, 2019.
- AKGÜN, Fatmagül** :“*Suç Davranışı Konusunda Klasik Okul ile Pozitivist Okulun Yaklaşımları*”, CHD, Y.7, S.19, 2012.
- ARAL, Vecdi** : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Oniki Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2010.
- ARTUÇ, Mustafa** : Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Akademisi Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2015.
- ARTUK, Mehmet Emin** : “*Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi- Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*”, Yayına Hazırlayanlar DUTTGE, Gunnar-ÜNVER, Yener, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin** : “*Ölüm Cezası*”, Prof. Dr. Jale AKİPEK’e Armağan, Konya, 1991,
- ARTUK, Mehmet Emin-**
- ALŞAHİN, Mehmet Emin** :“*Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi*”, MÜHFHAD, C.21, S.2, 2015.
- ARTUK, Mehmet EMİN-**
- GÖKCEN, Ahmet** :Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- ASHWORTH, Andrew** : Principles of Criminal Law, Oxford, 4. Baskı, 2003.

- AŞÇIOĞLU, Çetin** : “*Yargıda Gerekçe Sorunu*”, HFSA, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2003.
- AYBAY, Aydın – AYBAY, Rona** : Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2007
- AYDIN, Devrim** : “*Ceza Hukukunda Okullar*”, CHD, Y.6, S.15, 2011.
- BARNES, Harry Elmer-
TEETERS, Negley K.** : “*İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezanın Başlıca Türleri*”, (Çev. AYDIN, Devrim), Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2011.
- BAYRAKTAR, Köksal** : “*Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2010 - Ceza Adaleti 1*”, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- BAYRAKTAR, Köksal** : “*Yeni Türk Ceza Kanununda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri*”, GÜHFD, Y.2, S.1, Ocak 2003.
- BECCARIA, Cesare** : Suçlar ve Cezalar Hakkında, (çev. SELÇUK, Sami), 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayıncılık, Ankara, 2004.
- BENTHAM, Jeremy** : The Rationale of Punishment, Robert Heward, 1830.
- BENTHAM, Jeremy** : Panopticon or The Inspection House, T. Payne, London, 1791.
- BİLGİÇ, Emin** : “*Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An’anesi*”, Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi, C.21, S. 3-4, 1963.
- CENTEL, Nur** : “*Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması*”, AÜHFD, c.65, s.4, 2016.

- CENTEL, Nur** : “*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan, İzmir, 2001.
- CENTEL, Nur** : “*Çağdaş Ceza İnfaz Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Cezalar ve Gelişmeler*”, Prof. Dr. Aydın AYBAY’a Armağan.
- CENTEL, Nur** : Hakimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996
- CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide-**
- ÇAKMUT, Özlem** : Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2014.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem** : “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran 2017.
- CHO, Byung-Sun** : “*Güney Kore, Japonya, Tayvan ve Çin’de Ölüm Cezası*”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.
- DAY, Frank D.** : “*Ceza Hukukunun Kökeni ve Doğası*”, (Çev. Devrim AYDIN), CHD, S.16, Ağustos 2011.
- DEMİRBAŞ, Timur** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- DİNÇKOL, Abdullah** : “*Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet*”, HFSA, 9. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2004.
- DİNÇKOL, Abdullah** : “*Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması ve Hakimin Fonksiyonu*”, HFSA, 25. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar*”, İÜHFM, C.II, S. 3-4, 1945.
- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Tehlikeli Hal Meselesi*”, İÜHFM, C.10, S.1-2
- DÖNMEZER, Sulhi** : “*Suç Siyaseti*”, İÜHFM, C. 52, S. 1-4, 1987.
- DÖNMEZER, Sulhi** : *Sosyoloji*, Beta, 10. Baskı, İstanbul, 1990
- DÖNMEZER, Sulhi** : *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- DÖNMEZER, Sulhi-**
- ERMAN, Sahir** : *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.1, 14. Basım, İstanbul, 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi-**
- ERMAN, Sahir** : *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.2
- DUYMUŞ FLORIOTI, H. Hande-**
- DEMİRCİ, Gözde** : “*Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde İlginç Bir Tespit ve Cezalandırma Yöntemi: Suya Atılma*”, AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.32, S.54, 2013.
- EDİS, Seyfullah** : “*Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*”, AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973.
- EREM, Faruk** : *Adalet Psikolojisi*, Başkent Matbaacılık, 11. Bası, Ankara, 2003
- EREM, Faruk** : “*Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayri Şuur*”, AÜHFD, C.7, S.3, 1950.
- ERTEM, Burcu** : “*Yoksulluk ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Ed. SÖZÜER, Adem), 2017
- FABREGUETTES, M.P.** : *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1945.

- FEYZİOĞLU, Metin-**
- TANER, Fahri Gökçen** : Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, Işık Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- FLETCHER, George P.** : The Grammar of Criminal Law- American, Comparative And International, Vol-I Foundations, Oxford, 2007.
- FOUCAULT, Michel** : Hapishanenin Doğuşu, 3. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2006.
- GALLAS, Wilhelm** : “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, (Çev. ÖZGENÇ, İzzet), SÜHFD, C.4, Sayı 1-2, 1994.
- GAROFALO, Rafeale** : Criminologia-Suç, Suçlu ve Ceza, (Çev. GÖKLÜ, Muhiddin), Nurgök Matbaası, İstanbul, 1957.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih** : “Yaşamın Geçici Önlemlerle Korunması”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.
- GOH, Joel** : “Proportionality-An Unattainable Ideal In The Criminal Justice System”, The Manchester Review of Law, Crime and Ethics, Vol.2, 2013.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** : “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C. 18, S. 2, 1963
- GÖZLER, Kemal** : Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 10. Baskı, Bursa, 2013
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref**
- TAN, Turgut** : İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2010

- GÜNDAY, Metin** : İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- GÜNGÖR, Devrim** : “*Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.10, Aralık 2017.
- GÜRİZ, Adnan** : Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2003.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : Ceza Normu, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki-**
- ÖZEN, Muharrem** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.
- HAKERİ, Hakan** : Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları, 1. Baskı, 2005.
- HALL, Jerome** : General Principles of Criminal Law, 2. Baskı, 1960.
- HİRŞ, Ernest E.** : Pratik Hukukta Metot, BTHAE, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara.
- HOFFNER, Harry A** : “*Hititler Anadolu’sunda Yasal ve Sosyal Kurumlar*”, (Çev. ÇİLİNGİR, Sevgül), Tarih Okulu Dergisi, S.VI, Ocak-Nisan 2010.
- HUSAK, Douglas** : “*Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*”, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol.2, Issue 2, Spring 2005.
- HUSAK, Douglas** : “*Overcriminalization -The Limits of The Criminal Law*”, Oxford University Press, 2008.
- İÇEL, Kayıhan** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2017.

- İÇEL, Kayıhan** : “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, Y. 2016
- İÇEL, Kayıhan** : “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, 1984.
- İÇEL, Kayıhan-**
SOKULLU-AKINCI, Filiz-
ÖZGENÇ, İzzet- SÖZÜER, Adem-
MAHMUTOĞLU, Fatih S.-
- ÜNVER, Yener** : Yaptırım Teorisi- 3. Kitap, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2002.
- JAREBORG, Nils** : “Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)”, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 2, 2005.
- KANGAL, Zeynel T.** : “Anayasal Güvence olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, CHD, Seçkin Yayınları, Y.6, S. 17, Aralık 2011.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, BTHAE, 5. Baskı, Ankara, 2001.
- KARSAI, Krizstina** : “Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki”, (Çev. **KELEP PEKMEZ, Tuba**), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.1, Ocak 2015.
- KOCA, Mahmut-**
ÜZÜLMEZ, İlhan : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- KUNTER, Nurullah-**

- YENİSEY, Feridun** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul, 1998
- LOMBROSO, Cesare** : Suç İşlemenin Biyolojik ve Sosyal Sebepleri, (Çev. IRMAK, Sadi), 2. Baskı, Aydın Güler Kitabevi, İstanbul, 1963.
- MONTESQUIEU** : Kanunların Ruhu Üzerine, (Çev. ÖZBİLEN, Şevki), C.I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- NUHOĞLU, Ayşe** : Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.
- OPPENHEIMER, Heinrich** :The Rationale of Punishment, University of London Press, 1913.
- ÖDEN, Merih** : Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖNDER, Ayhan** :Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, C.1, C.2-3, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer** : “21. Yüzyılda Ceza Adaleti”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004.
- ÖZBEK, Veli Özer** : “Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati”, HFSA, 16. Kitap, İstanbul, 2007.
- ÖZBEK,Veli Özer- DOĞAN, Koray-**
- BACAKSIZ, Pınar- TEPE, İlker** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZEKES, Muhammet** : “Adil Yargılanmaya Tehdit: Bilgisiz Hakim ve Avukat”, HFSA, 21. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2010.
- ÖZEN, Muharrem** : “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, S.1, C.52, 2003.

- ÖZGENÇ, İzzet** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 14. Bası, Ankara, 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet** : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, 2006.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe** : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, GÜHFD, Y.2017, S.2.
- ÖZTÜRK, Bahri-**
- ERDEM, Mustafa Ruhan** : Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri-**
- TEZCAN, Durmuş-**
- ERDEM, Mustafa R..** : Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2018.
- SCOTT, George Ryley** : İşkencenin Tarihi, 2. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003.
- SELÇUK, Sami** : “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C.II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015.
- SELÇUK, Sami** : Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi, 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayıncılık, Ankara, 2004.
- SEVİG, Vasfi Raşid** : “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD, C.12, S.3, 1955.
- SOKULLU AKINCI, Füsun** : “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılması Süreci”, Ölüm Cezasının Kaldırılması İstanbul Sempozyumu, (Ed. GEMALMAZ, Semih), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.
- SOYASLAN, Doğan** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014.

- STEARNS, A. Warren** : “*The Evolution of Punishment*”, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 27, Is. 2, 1936.
- ŞEN, Ersan** : “*İdari Ceza Hukuku*”, Siyasal: Journal of Political Sciences, İÜSBF, S.8, İstanbul, 1994
- ŞENEL, Alaeddin** : “*Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi*”, Prof. Dr. Yavuz ABADAN’a Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1969
- TANER, Fahri Gökçen** : Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2017.
- TANER, Tahir** : Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul, 1953.
- TAŞKIN, Ozan Ercan** : “*Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku*”, MÜHFD, C.6, S.1, Haziran 2016,
- TOROSLU, Haluk** : Ceza Müeyyidesi, Savaş, Ankara, 2010.
- TOROSLU, Haluk** : “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.1, İstanbul, 2008
- TOROSLU, Nevzat** : “*Ceza Hukukunda Okullar*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998.
- TOROSLU, Nevzat** : Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, 1. Basım, Ankara, 1987
- TOROSLU, Nevzat-**
- TOROSLU, Haluk** : Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş, Ankara, 2018.
- TÜMERKAN, Somay** : “*Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası*”, İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1983.
- UYGUR, Gülriz** : Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013.

- ÜZÜLMEZ, İlhan** : “*Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri*”, EÜHFD, C.5, S. 1-4.
- ÜZÜLMEZ, İlhan** : “*Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, EÜHFD, C.X, S.3-4.
- Von HIRCH, ANDREW** : “*Proportionality in The Philosophy of Punishment*”, Crime and Justice, Vol.16, The University of Chicago Press, 1992.
- WHITMAN, James Q.** : “*Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads*”, Journal of Legal Analysis, Winter 2009, Vol. 1, No. 1.
- YAZICIOĞLU, Yılmaz** : “*Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması*”, CHD, Y:6, S:15, Nisan-2011.
- YERDELEN, Erdal** : Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- YERDELEN, Erdal** : “*Çifte Değerlendirme Yasağı*”, SÜHFD, C.20, S.2, 2012.
- YILMAZ, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2002.
- YÜCE, Turhan Tufan** : Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1985.
- YÜCEL, Mustafa Tören** : “*Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi*”, HFSA, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayını, 2003.
- YÜCEL, Mustafa Tören** : Adalet Psikolojisi, Ankara, 2007
- YÜCEL, Mustafa Tören** : Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, TBB Yayını, 4. Bası, Ankara, 2007.

ÖZET

Suç ve cezanın tarihi, insanlık tarihi kadar eskidir. Yüzyıllar içerisinde toplumlar ilerleyip geliştikçe, cezanın türü, amacı ve kimin tarafından verildiği de değişmiştir. Günümüzde cezanın belirlenmesi temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi ve toplumsal düzenin sağlanabilmesi için en önemli aşamadır. Bu noktada hâkim tarafından cezanın hangi ölçütlere göre belirleneceği, bu konudaki takdir yetkisinin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada TCK'nın 61. maddesine göre temel cezanın hâkim tarafından nasıl belirleneceği, takdir yetkisinin sınırları konusu ele alınmıştır.

SUMMARY

History of crime and punishment is as old as the history of mankind. As societies progress and evolve the type and purpose of punishment and who determines it, changed over the centuries. Today, determination of punishment is the most important stage for protection of fundamental rights and freedoms and ensuring social order. At this point the issue of the criteria for determining the penalty, the scope and limits of judicial discretion arises. In this study, the determination of the punishment by judge according to Turkish Penal Code article 61 and the scope and limits of judicial discretion is been discussed.