

ÇİFTE DEĞERLENDİRME YASAĞI

Erdal YERDELEN*

ÖZET

Son yıllarda hukuk alanındaki gelişmeler ve suçun işlenme biçimindeki değişimler, çifte değerlendirme yasağının önemini artırmıştır. Suçun unsurları o suçun işlenişinde her seferinde farklı şekil göstermektedir. Bunların cezanın belirlenmesinde yeniden değerlendirmesi gerekmektedir. Hangi hususların çifte değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirileceği, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum uygulama ve öğretideki çifte değerlendirme yasağı konusundaki tartışmayı artırmaktadır. Alman ve Türk Ceza Kanunları yalnızca suçun unsurlarının çifte değerlendirme yasağına konu olacağını içermektedirler. Suçun nitelikli hallerinin cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına dair kural kanunlarda yer almamıştır. Bu çalışma ile çifte değerlendirme yasağının kapsamı ve suçun unsurlarına ve nitelikli hallerine temas eden durumlarda bu kuralın nasıl uygulanacağı izah edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Çifte Değerlendirme Yasağı, Suçun Unsuruları, Cezanın Belirlenmesi Kriterleri, Hafifletici Nitelikli Haller, Ağırlatıcı Nitelikli Haller*

* Kars Cumhuriyet Savcısı

DOPPELVERWERTUNGSVERBOT

ZUSAMMENFASSUNG

In den letzten Jahren haben Fortschritte auf dem Gebiet des Rechts und Art der Ausführung der Tat die Bedeutung des Doppelverwertungsverbots erhöht. Tatumstand kann sich jedesmal Unterschiedliche Form zeigen. Dies muss auf jedem Fall bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Das Strafgesetz hat nicht klar gemacht, welche Umstände zum Doppelverwertungsverbot gehören. Deswegen führt eine tiefe Diskussion sowohl in der Praxis als auch in der Strafrechtslehre. Die Regelungen der deutschen und türkischen Strafgesetzbücher zeigen, dass die Tatumstände zum Doppelverwertungsverbot erstreckten. Milderungs- und Schaerfungsgründe wurden durch das Strafgesetz nicht zur Doppelverwertungsverbot umfasst. Dank dieser Arbeit werden Umfassung des Doppelverwertungsverbots und wie diese Regel benutzt, wenn es um Tatumständen und Straf- und Milderungsgründe geht, erklärt.

SCHLÜSSELWÖRTER (KEYWORDS):

Doppelverwertungsverbot, Tatumstände, Strafzumessungskriterien, Milderungsgründe, Schaerfungsgründe

I. Genel Olarak

Kanunda, suçun tipikliği olarak bilinen unsurlar ile bu unsurlar dışında kalan cezanın artırımını ya da indirimini gerektiren nedenler (ağırlatıcı veya hafifletici) gösterilmelidir. Bu şekilde suçun unsurlarını ve nitelikli hallerini oluşturan durumlar, cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınacak kriterlerle aynı olabilir. Tüm bu hallerde aynı olan kriterin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılamamasını ifade etmektedir¹.

¹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (7. Baskı). İstanbul: Beta yayınları, s. 567

765 sayılı Türk Ceza Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen bu ilke, doktrinde ve yargı kararlarında² kabul edilmiştir³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu o dönemde verdiği kararında “yasada suçun unsuru olarak belirlenmiş bir halin ceza tayin edilirken asgari haddin üzerine çıkılması nedeni olamayacağını” açıkça ifade etmiştir⁴. Buna rağmen Yargıtay’ın bazı daireleri “nitelikli hallerin, temel cezanın belirlenmesinde de dikkate alınması yönünde” isabetli olmayan şekilde karar vermiştir⁵. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ise bu ilkeye m. 61/3’te açıkça yer verilmiştir. Çifte değerlendirme yasağı, doktrinde “İki kez değerlendirme yasağı”, “mükerrer değerlendirme yasağı” şeklinde de isimlendirilmektedir. Bu durumda cezanın belirlenmesi, suçun unsuru veya nitelikli halini oluşturmayan kriter dikkate alınarak yapılacaktır⁶.

TCK’nın 61. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken göz önünde bulundurması gereken

² “Bir suçun unsuru oluştururken cebir ve tehdit niteliğindeki hareketler ikinci kez cezayı ağırlatıcı neden olarak kabul edilemez.” YCGK T:8.12.1998, 1998/5-287-371

“Suçun unsuru oluştururken hareketler kastın yoğunluğuna kanıt ve cezayı ağırlatıcı neden olarak kabul edilemez. YCGK 23.2.1999 1999/8-20-29

“Suç unsuru olarak kanunda belirtilmiş bulunan hal ayrıca ceza tayininde asgari haddin üzerine çıkılmasında sebep olarak kabul edilemez.” YCGK T: 14.10.1957, E:1957/4-204, K: 1957/201

³ CENTEL Nur, (2001), *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, s. 359

⁴ YCGK, 19.3.1973- 333/238, Savaş Vural, Mollamahmutoğlu Sadık, (1999), *Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu*, Ankara, s. 505.

⁵ “Sanığın öz kardeşi olan mağdura sopa ile vurarak hayat fonksiyonlarını orta derecede etkileyecek nitelikte kırığa yol açmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 87/3 maddesine uyacağı ve yakınlık bağı nedeniyle ayrıca artırım yapılamayacağı ancak temel cezanın belirlenirken fiilin kardeşine karşı işlenmesi ve kemik kırığının da orta (3) derecede olması da gözetilerek alt sınırdan ayrılması gerektiğinin gözetilmemesi ...bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 3. CD, 20.03.2006, 21517/2017 K (Özbek vd, 2010: 603) www.kazancihukuk.com.tr

⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 572; DOĞAN Koray, (2007), “*Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*”, CHD, S:4, Ağustos, s. 280

hususlar düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise çifte değerlendirme yasağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*” Yapılan düzenlemeye göre TCK’nun 61. maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturması halinde, bu unsurların temel cezanın tayininde ayrıca göz önünde bulundurulmayacağı belirtilmiş olsa da suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini oluşturduğu durumda da bu hususlar, temel cezanın belirlenmesinde tekrar göz önünde bulundurulamayacaktır. Bu durum, madde metninde yer almamış olmakla beraber madde gerekçesinde⁷ belirtilmiştir⁸.

II. Cezanın Belirlenmesi Kriterleri

765 sayılı TCK’da 1990 yılından önce temel ceza belirlenirken nazara alınması gereken herhangi bir kriter düzenlenmemiştir⁹. Bu

⁷ 5237 sayılı TCK 61. Madde 2. Fıkrasının Gerekçesi: “*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.*”

⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567; ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A.Caner, (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 873; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, (2006), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.348; TOROSLU Nevzat, (2011), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara , s.385; HAKERİ Hakan, (2011), 12. Baskı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, s. 591.

⁹ Söz konusu dönemde YCGK, asgari ve azami sınırlar içinde temel ceza tayininde hâkime yol gösterecek hükümlerin bulunmaması ile ilgili olarak, İtalyan Ceza Kanunundan da örnekler vermek suretiyle şu şekilde karar vermiştir: “*Kanunumuz istisnai haller dışında sabit bir ceza belirtmeyip, aşağı ve yukarı basamaklı cezalar sistemini kabul ederek, aşağı ve yukarı sınırlar içinde cezayı belirlemek yetkisini hakime tanımak suretiyle suç, ceza ve suçlu kişi arasında uygun dengeyi sağlamayı amaçlamıştır. İki sınır arasındaki somut olayda uygulayacağı ceza miktarını belirlerken, hakimin*

dönemde doktrinde ve uygulamada değişik görüşler sergilenmiştir. Bir görüşe göre hâkim iki sınır arasında temel cezayı takdir hakkını kullanarak istediği şekilde tespit edebilir. Buna göre; ceza, kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlendiğinden, hâkim alt ve üst sınır arasında ceza tayin ederken, gerekçe göstermek zorunda değildir. Bu durum, kanunilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmez. Hâkimin takdiri demek, karar verirken gerekçe göstermenin zaruri olmaması demektir. Gerekçe zorunlu olursa, hâkim her zaman asgari haddi ceza vermeyi tercih eder ki; bu da adalete uygun değildir. İki had arasında ceza belirlemesini isteyen kanun koyucu başka bir sınırlamaya gerek duymamıştır. Bu fikre karşılık, hâkimin alt sınırın üstünde ceza tespit ederken, gerekçe göstermek zorunda olduğu savunulmuştur. Bu fikir sahiplerine göre; geniş azami ve asgari hadler arasında hâkim o kadar serbest olursa, her olayda değişik ve adaletsiz cezalar çıkabilecektir¹⁰.

hangi esasları göz önünde bulunduracağı 647 sayılı Kanun'un 5. Madde 2. Fıkrasında gösterilen para cezalarının tayini hakkındaki hüküm müstesna, kanunda gösterilmiş değildir. Buna karşılık bazı kanunlarda ve özellikle İtalyan Ceza Kanunu, takdir hakkını kullanan hakim, cezayı belirlerken göz önünde tutacağı esasları tespit etmiştir. Bu Kanun'un 133. Maddesine göre, hakim; fiilin niteliği, nevi, vasıtaları, konusu, işleniş, zamanı ve yeri ile diğer vasıflarından suçtan zarar görene verilen zararın veya yaratılan tehlikenin ağırlığından ve kastın yoğunluğu ile taksirin derecesinden anlaşılan, suçun ağırlığını ve suç saikleriyle, suçlunun mizacından, suçlunun adli geçmişi ile genel olarak suçtan önceki yaşayış tarzından, suçla birlikte ve sonraki tavır ve hareketlerinden, nihayet kişisel, ailevi ve sosyal hayat şartlarından anlaşılacak cürmi ehliyetini nazara alarak aşağı ve yukarı sınırlar içerisinde takdir yetkisini kullanır. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber aynı ölçülerin göz önünde tutulduğu suç ile suçlunun kişiliğinin takdir yetkisinin kullanılmasında rehberlik ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır." YCGK 18.6.1984 t. 1984/3-104 E 1984/230 K

¹⁰ ÖNDER Ayhan, (1992), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (2. Baskı). C.II-III, , İstanbul: Beta Yayınları, s. 555

Mülga TCK'nın 29. Maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle¹¹ temel cezanın belirlenmesi açısından, “suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, kastın veya taksirin yoğunluğu, zararın veya tehlikenin ağırlığı, suçun sebep ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu ile fiilden sonraki davranışları, fiilin diğer özellikleri gibi hususlar” kriterleri¹² getirilmiştir¹³.

Erem'e göre bu değişiklikten önceki dönemle ilgili olarak, kanunda yalnızca ceza türlerinin belirlenmiş olması miktarın tayininde aşırı keyfiliğe yol açmış, sabit cezalar ise cezanın bireyselleştirilmesini imkânsız hale getirmiştir¹⁴. Bu ölçütlerin kanuna girmesiyle hâkimin takdiri ile kanunilik ilkesi arasında bir denge kurulmuştu. Her ne kadar bu ölçütler kanunda sayıldıktan sonra “gibi hususlar” ifadesine yer verilmiş ise de bu, hâkimin tamamen keyfi şekilde davranabileceği anlamına gelmiyordu. Hâkim ancak sayılanlara benzer kriterleri dikkate alabilirdi¹⁵.

Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği kararında, “Uyuşturucu trafiği yönünden özel bir konuma sahip Mersin ilinde uyuşturucu kullanımı ortaokul seviyesine inmiştir ve giderek yaygınlaşmaktadır. Bunu gören ve toplumdan aldığı tepkileri değerlendirip, kararına yansıtan duruşma hâkiminin bu yönde takdir hakkına ve eylemi önleme çabasına, uygulamada birlik adına müdahale edildiği takdirde hâkimin inisiyatif kullanma yetkisi ve cesareti ortadan kalkacaktır. Yozgat ilinde münferit bir eylem ile deniz aşırı ulaşım ve

¹¹ 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ayrıca 29. Maddenin son fıkrasına “cezanın asgari haddinden tayini halinde dahi takdirin sebeplerinin mutlaka kararda gösterileceği” eklenmiştir.

¹² Bu kriterlerin belirlenmesinin gerekliliğine ilişkin görüşler için bak. KONİ Burhan, (1956), Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti, SBF, s.56

¹³ TOROSLU Haluk, (2010), *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010, Savaş Yayınları, s. 166

¹⁴ EREM Faruk, (1946), “Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler”, AHFM, C.III, S. 2,3,4, s. 1159

¹⁵ İÇEL Kayıhan/ SOKULLU Füsun/ ÖZGENÇ İzzet/ SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER Yener, (2002), *Yaptırım Teorisi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.146; Toroslu, 2010: 166-167

karmaşık bir yapıya sahip Mersin'deki uyuşturucu eylemini bir tutmak isabetli olmayacaktır", diyerek bu husustaki hâkimin takdir yetkisine¹⁶ genişlik tanıdığını belirtmiştir¹⁷.

5237 sayılı TCK'da temel cezanın belirlenmesine ilişkin ölçütler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu bakımdan, yeni TCK ile 765 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 29. Maddesinin son fıkrasında "*gibi hususlar*" ifadesi kullanılarak, temel cezanın belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin sınırlı olmadığı kabul edilmişti. Keza 765 sayılı TCK'nın 29'uncu maddesinin son fıkrasının düzenlemesine göre, "*failin ...geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı*" da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktaydı. Dikkat edilmelidir ki, bunlar, işlenen fiilin haksızlık içeriği bakımından dikkate alınabilecek hususlar değildir. Bu hususlar ancak cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62'inci maddesinde, "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*" ifadesine yer verilmiştir.

765 sayılı TCK'nın bu düzenlemesi mükerrer değerlendirme yasağının ihlali mahiyeti taşımaktaydı. Çünkü bu kriterlerin bazıları aynı zamanda takdiri indirim nedenleri olarak TCK m. 59 çerçevesinde dikkate alınmaktaydı. Bu nedenlerin cezanın belirlenmesi kriterlerinden çıkartılarak, takdiri indirim nedenleri arasına alınmış olması, artık bu nedenlerin cezanın daha yüksek verilmesi gerekçesi olarak kullanılmayacağı, tam tersine sadece failin lehine indirim nedeni olarak kullanılabilmesi anlamına gelmektedir¹⁸. Önceki uygulamanın aksine, temel cezanın üst sınırdan takdir edilmesi konusunda, "*sabıkalı olma, çıkar karşılığında kolayca insan öldürebilecek olma ve olaydan önceki*

¹⁶ YCGK, 22.06.2004, 7-108/149

¹⁷ ÖZBEK Veli Özer/KANBUR M. Nihat/BACAKSIZ Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker, (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 610

¹⁸ ÖZGENÇ İzzet, (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 733; Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 569; Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2011: 878

davranışlar” dayanak gösterilemeyecektir¹⁹. Aynı şekilde, “*daha önce başka suçlar işlemiş olması dolayısıyla sanığın cezayı umursamaz bir kişilik sergilediği*” gerekçe yapılarak üst sınırdan ceza tayini mümkün olmayacaktır²⁰.

5237 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri m. 61/1’de “*Hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*” hükmü yer almıştır.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra yerinde olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da eski kanun zamanındaki görüşünü değiştirerek, “*Uyuşturucunun miktarı, suçun işleniş şekli ve işlendiği yer biçimindeki teşdit gerekçesi, ele geçen tüm uyuşturucu miktarınının 1154 gramdan ibaret bulunması, suçun işlendiği yerin Sivas-Kayseri karayolundaki petrol istasyonu olması, kendilerinin de şehir merkezinde oturuyor olmaları gerçeği karşısında, dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. Diğer yönden bu tip suçlara taviz verilmemesi yönündeki gerekçe yasal olmadığı gibi uyuşturucu satıcılarının okul önlerini mesken tuttıkları yönündeki gerekçe de, somut olayda böyle bir saptamanın bulunmaması karşısında cezaların bireyselleştirilmesi*

¹⁹ “*Sanıklar Mikail ile Cabbar’ın dosyada mevcut mahkûmiyetlerine ilişkin kararların kişiliklerini göstermesi, sanık Mehmet’in menfaati karşılığında kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kasıtlarındaki yoğunluk dikkate alınarak sanıkların cezalarının asgari üstünde tayini gerekirken, mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın alt sınırdan tayinine karar vermesi yasaya aykırıdır.*”Yarg. 1. CD, 05.07.1996-1689/2720, YKD XXII, 9 (Eylül 1996), 1481.

²⁰ YCGK, 18.06.1984, 104/230. Karar için bak. Önder, 1992: 631

*ilkesine de aykırıdır*²¹”, diyerek sınırlı sayılan kriterleri hâkimin genişletemeyeceğini belirtmiştir²².

765 sayılı TCK’da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılan “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” ibareleri, 5237 sayılı TCK m. 62’de takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bu kriterler somut olayda cezanın karşılığı olan suçun ve suçun işlenmesi sırasındaki failin tutumunun etkisinin olmadığı hususlardır. 5237 sayılı TCK m. 62’deki “*fiilden sonraki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri*” cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriterler arasında sayılması daha uygun olurdu. Özellikle suç sonrası failin nedametini ortaya koyabilecek tarzdeki davranışları, etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmediği suçlar açısından cezanın belirlenmesinde lehe kriter olarak kullanılabilirdi. Failin suç sonrası davranışlarının cezanın belirlenmesinde aleyhe değerlendirebilecek durumlar (örneğin, failin kasten yaraladığı mağdurun yardım istemesini engellemesi) olabileceği de düşünüldüğünde bunların cezanın belirlenmesi kriteri olması daha uygun görülmektedir. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri, cezanın özel önleme amacı dikkate alınarak, sadece takdiri indirim nedeni değil, cezanın belirlenmesi kriteri olarak yer almalıydı.

Nitekim failin eylemden sonraki davranışı, mağdurun suç sebebiyle uğradığı zararın daha fazla artmasını engellemesi ya da zararı gidermesi, eylemin olası yan zararlarının önlenmesi, yargılamanın düzenli, kolay ve çabuk yürütülmesine hizmet etmesi, cezanın failin geleceğine etkisi ise özel önleme (DieSpezialpraevention) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Alman Ceza Hukukunda ve birçok ülke kanunlarında cezanın belirlenmesi kriterlerinden sayılmaktadır. Üzerinde dogmatik tartışmalar ve etkilerinin sınırları konusundaki farklı görüşlere rağmen, doktrinde bu iki kriterin ceza ve ceza yargılamasının amaçlarıyla uyumu yanında, cezanın bireyselleştirilmesine, eylemin objektif ve sübjektif açılardan sağlıklı değerlendirme ve ceza hukukunun

²¹ YCGK, 19.06.2007, 2007/10-108-152

²² Özbek vd, 2010: 610

ultimaratio(son çare –zaruri olmak) ilkesine hizmet ettikleri hususunda fikir birliği mevcuttur²³.

Doktrinde, TCK m. 61/1’de sayılan kriterlere ek olarak, Fransız Ceza Kanunu’nda (CP, CodePenal) yer alan “kamu düzenini sarsma derecesinin” de kapkaç gibi belli suçlardaki artışla mücadele edebilmek amacıyla cezayı belirlemede bir ölçüt olarak düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir.²⁴ Ancak kanunda düzenlenmiş bütün ölçütler birlikte değerlendirildiğinde, suçların topluma etkisi cezaya yansımış olacaktır, kaldı ki toplum için önemli bir tehdit oluşturabilecek (kapkaç fiilleri gibi) fiillerle mücadeleyi sağlamak kanun koyucunun görevidir. Yasal düzenlemelerle veya etkin kolluk önlemleriyle bunların önüne geçilebilir. Ayrıca kamu düzeninin sarsılması derecesi berrak olmayan bir kavrama dayanarak, ceza belirlemek kanunilik ilkesinin garanti edici işleviyle de çelişecektir.²⁵

III. Çifte Değerlendirme Yasağı

Kanunda suçun tipikliği dediğimiz unsurların ve bu unsurlar dışında kalan cezanın artırımını ya da indirimini gerektiren nedenler (ağırlatıcı veya hafifletici) gösterilmektedir. Bu şekilde suçun unsurlar ve nitelikli halleri belirten durumlar aynı zamanda cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde alınacak kriterlerle aynı olabilir. Tüm bu hallerde aynı olan kriterin cezanın belirlenmesinde bir kez değerlendirilmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin, cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılmamasını ifade etmektedir²⁶.

Çifte değerlendirme yasağı ceza hukukundaki her fiil ancak bir kez cezalandırılır ilkesine “nonbis in idem” benzer, aynı mantığın ürünü bir kurumdur. Nasıl, “nonbis in idem” kuralına göre failin bir eylemi için iki kez cezalandırılması mümkün değilse; çifte değerlendirme yasağında

²³ İçel vd, 2002: 155

²⁴ YÜCEL Mustafa Tören, (2004), “*Türk Ceza Kanunu Reformu*”, Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Reformu Panelindeki Konuşması, 21-22 Mayıs 2004, TBB, s.93

²⁵ Toroslu, 2010: 167

²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, 2011: 567

da cezanın belirlenmesinde etkili olan ve hâkimin mutlak göz önünde tutması gereken hususlar aynı zamanda suçun unsuru veya ağırlatıcı veyahut hafifletici neden ise bunlar ancak bir kez kullanabilecektir. Bu unsurlar ya suçun oluşumunu (unsurlarını) değerlendirirken ya da nitelikli hal oluşturan neden olarak dikkate alınacaktır. Hâkim aynı hususu hem unsur hem cezanın belirlenmesine etkili neden ya da hem nitelikli hali oluşturan hem de cezanın belirlenmesine etki eden sebep olarak kullanamaz.

Burada göz önünde tutulması gereken önemli bir konu da temel cezanın belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken kriterlerin her birinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bir maddesinde suçun nitelikli şekline ya da ağırlatıcı veya hafifletici nedenine temel teşkil etmesidir. Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırıldığında, Kanunumuzun daha kazuistik bir yöntem benimsediği net bir şekilde görülmektedir. Öyle ki 5237 sayılı TCK'da hemen hemen her suçun peşinden nitelikli haller sayılmıştır. Hatta bazı suç tipleri için nitelikli haller o kadar ayrıntılı düzenlenmiştir ki cezanın belirlenmesi anlamında düşünüldüğünde hâkimin 5237 sayılı TCK 61. Maddesinin 1. Fıkrasını kullanma imkânı dahi kalmamaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK m. 151'de düzenlenen mala zarar verme suçunun nitelikli halleri 5237 sayılı TCK m.152'de 1. Fıkra'da yedi ve 2. Fıkra'da üç bent olmak üzere on bent halinde düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin içerisinde "suçun işleniş şekli (1. Fıkranın her üç bendi), suç işlenmesinde kullanılan araçlar (2. Fıkranın a ve c bentleri), suçun işlendiği yer ve zaman (1. Fıkranın e bendi), meydana gelen zararın ağırlığı (1. Fıkranın b ve c bentleri), suç konusunun önem ve değeri (1. Fıkranın a ve f bentleri), failin amaç ve saiki (1. Fıkranın g bendi) olmak üzere tüm kriterler yer almıştır. Bu durum hâkimin temel cezayı belirlerken 5237 sayılı TCK m. 61/1'deki kriterleri hemen hemen hiç kullanamayacağı anlamına gelmektedir. Her bir bentte yer alıp nitelikli hali oluşturan sebep 5237 sayılı TCK m. 61/1'deki kriterlerden birinin karşılığı olarak temel cezanın belirlenmesine gerekçe olamayacaktır. Aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur. Bu durum hakime cezayı belirlerken labirentli bir yol sunmaktadır.

Bir örnek suçtan yola çıkarak açıklarsak, kasten yaralama suçlarında suçun temel ve nitelikli şekillerine göre ceza makasları 6 ay ile 2, 3, 4, 5 yıl olarak bulunmaktadır. Makasın bu kadar geniş olmasına

rağmen ceza hâkimleri arasında temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi gerektiği konusunda olumsuz bir genel kanaat mevcuttur. Oysa mağdurda meydana gelen acı, ızdırıp, hayattan kopma, iş ve gücünden uzak kalma, hastanede geçirilen zaman, bir aygıtla bağlı olarak yaşama gibi sayılamayacak kadar çok sebep ve suçun çeşitliliği söz konusu iken bu tarz bir alt sınırdan ceza verme yaklaşımı doğru değildir. Yargıtay da böyle bir uygulamanın taraftarı değildir. Yargıtay'ın²⁷ mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını titizlikle denetlemesinin, yerel mahkemeler tarafından farklı algılanması böyle bir sonuç doğurmaktadır²⁸.

Kanaatimizce, bu kadar fazla nitelikli halin düzenlenmiş olduğu durumda, bir labirenti geçmek istemeyen hâkim, genellikle somut olayın özelliklerini temel cezanın belirlenmesinde fazla işlemeden, asgari

²⁷ “Müşteki mağdur K'dan kira alacağı olduğunu iddia eden sanığın, olay günü cezaevinden müştekinin tahliye olacağını öğrenip geçiş güzergahı üzerinde bekleyerek, içinde bulunduğu aracı ruhsatsız tabancası ile hareket halinde iken durdurup, otonun camını kırdıktan sonra vücudunun alt bölgelerini hedef alarak 6 el ateş edip olay yerinden ayrılmasına, müştekinin bu nedenle hayati tehlike geçirmemesine rağmen 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığının anlaşılmasına, sanık ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın mahiyetine, korunan hukuki konunun önemine, suçtan doğan zararın niteliğine, işleniş biçimine, kullanılan araç ve sanığın geçmişte nitelikli yaralama suçundan tekerrüre esas bulunmayan sabikasına nazaran dosyaya yansıyan kişiliğine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekirken dosyaya uygun olmayan gerekçe ile alt sınırdan ceza tayini ve 765 sayılı TCK'nın 456/ maddesinden tayin olunan uzun süreli 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 sayılı Kanununun 4. Maddesine göre paraya çevrilmesi mümkün bulunmasına rağmen paraya çevrilmesi kanuna aykırıdır...” Yar. 3. CD, 30.5.2007, 15057/4197 “Mağdurun ateşli silah ile hem hayati tehlike geçirecek hem de uzuv kaybı oluşacak şekilde yaralanmış olmasına göre birden fazla ağırlanmış halin aynı olayda birleşmesi halinde temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden ...” Yar. 3. CD, 23.1.2008, 11010/157 (Albayrak, 2009: 268)

²⁸ ALBAYRAK Mustafa, (2009), “Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi”, Adalet Dergisi (AD), 33. Sayı, Ocak, s. 266.

hadden ceza verme yoluna gitmektedir. Aslında bu iki taraflı bir kısır döngüyü de beraberinde getirmektedir. Uygulamanın bu şekilde olması, kanun koyucu açısından her suçu ayrıntılarıyla düzenleme eğilimini (örneğin, nitelikli hallerin fazlalığı ve bilinçli taksir ve olası kast sebebiyle cezanın artırılması ve indirilmesi sebepleri olarak kanunda düzenlenmesi) ortaya çıkarmaktadır. Bunun karşısında, asgari hadden ceza tayin etse dahi gerekçe göstermek zorunda olan olay hâkimi de, alt sınırdan ceza tayin ederek, bireyselleştirme konusunda isteksizlik göstermekte, gerekçe olarak ta çoğu kez kanundaki terimleri tekrarlama yoluna gitmektedir. Hâkimin bu yaklaşımı yine kanun koyucuyu kazuistik yönetime sevk etmekte ve bu kısır döngü kanun değişikliklerinin daha sık yapılmasına da neden olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın kabulünden bu yana uygulamada değişik yorumlara sebep olan her maddenin Yargıtay içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulması yerine, kanun değişikliği yoluna sıkça gidilerek mesele çözülmeye çalışılması bunun sonucudur.

5237 sayılı TCK'nın özel kısmında bazı suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık gibi hükümlerin uygulandığı hallerde de bu husus ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Zira bu durum, zaten ilgili hükmün uygulanması sırasında cezasızlık veya cezada indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır. Örneğin, 5237 sayılı TCK 110. Maddesindeki *“mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa”* hükmü bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Bu halin gerçekleştiği olayda, *“failin mağdura zarar vermeden onu güvenli yere bırakmış olması”* bu kez TCK 61. Madde dolayısıyla cezanın belirlenmesinde kriter olarak göz önünde bulundurulamaz²⁹.

5237 sayılı TCK m. 149/1/h'de yağma suçunun gece vakti işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda yağma suçunun gece vaktinde işlenmesi halinde 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği zaman”* ölçütü ayrıca temel cezanın tespitinde dikkate alınmayacaktır. Yine yağma suçunun konutta veya işyerinde işlenmiş olması 149. maddenin 1/d bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu halde de 61. maddede yer alan *“suçun işlendiği yer”* ölçütü temel cezanın

²⁹ Hakeri, 2011: 591

tespitinde göz önünde bulundurulmayacaktır³⁰. Konut dokunulmazlığı suçu açısından suçun işlendiği yer suçun unsuru olduğundan bu hususun da cezanın belirlenmesinde yalın bir şekilde yeniden değerlendirme kriteri olarak dikkate alınmaması gerekir. Ancak konut içerisinde en mahrem yerlere kadar giren bir kişi ile, konutun girişini geçerek salonda bu eylemi devam ettiren kişi arasında, cezanın belirlenmesi açısından bir farkın olması gerekir. Mahkeme bu durumda suçun işleniş şeklini cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanabilecek ve farkı bu şekilde ortaya koyabilecektir.

5237 sayılı TCK'da olası kast ve bilinçli taksir hallerine ilişkin olarak cezanın ne suretle belirleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Suçun olası kastla işlenmesi halinde, 61. Maddenin 1. Fıkrasına göre belirlenen temel cezada belli bir oranda (1/3 ten yarısına kadar) indirim yapılması gerekmektedir (TCK m. 21/2). Suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde ise, ilgili kanuni tanımındaki suç bilinçsiz taksir haline özgü olarak belirlenen temel cezada belli bir oranda (1/3 ten yarısına kadar) artırımı yapılması gerekmektedir (TCK m. 22/3). Hâkim bu artırım ve indirimi yaparken ilk defa TCK 61. Maddesinin 2. Fıkrası bağlamında dikkate almalıdır. Bu şekilde aynı maddenin 2. Fıkrasında açıkça düzenlenmiş olan bu nedenlerin, mükerrer değerlendirme yasağının gereği olarak, 61. Maddenin 1. Fıkrasının (f) bendindeki "*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*" bağlamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekmektedir. Aksi halde mükerrer değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır³¹.

Cezanın belirlenmesinde esas alınan kriterler (TCK m.61/1), aynı zamanda kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (TCK m.50) ve takdiri indirim hükmünün (TCK m.62) uygulanmasında gerekçe olarak kullanılabilip kullanılmayacağına dair kanunda açık hüküm mevcut değildir. Örneğin, tedbire çevirmek için suçlunun kişiliği, suçun işlenmesindeki özellikler (TCK m.50/1); temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden sırasıyla failin güttüğü amaç ve

³⁰ "*Mağdurun sıfatı kanunda ceza artırımında unsur olarak belirtildiğine göre, aynı sebep iki had arasında cezayı artırıcı neden olarak kabul edilemez.*" (YCGK 8.5.1978 t. 1978/61 E. Ve 1978/150 K)

³¹ Özgenç, 2010: 732

saik (TCK m.61/1-g) ve suçun işleniş biçimi (TCK m.61/1-a); takdiri indirim nedeninde failin geçmişi (TCK m.62/2), temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden failin güttüğü amaç ve saik ile örtüşebilir. Çifte değerlendirme yasağı şüphesiz bu durumu kapsamamaktadır. Ancak bu iki halde aynı gerekçeler farklı kararlar vermek için kullanılmamalıdır. Lehe uygulama yapılırken gösterilen gerekçenin, aleyhe bir başka uygulama sırasında gerekçe yapılarak çelişkiye düşülmesi, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin iyi değerlendirilmediğini gösterir³². Yargıtay da bu hususa dikkat çekerek aynı kriterin çelişki oluşturacak şekilde iki farklı uygulamaya neden olmaması gerektiğini vurguladığı kararlarında aynı zamanda böyle bir yasağın olmadığını da kabul etmiştir³³.

IV. Alman Ceza Hukukunda Çifte Değerlendirme Yasağı

Alman Ceza Kanunu'nun(StGB) 46/3. Maddesinde çifte değerlendirme yasağı (Doppelverwertungsverbot), 1970 yılında ilk kez düzenlenmiştir. Buna göre: "Suçun kanuni unsuru mahiyetinde olan hususlar cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz." Aynen Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Alman Ceza Kanunu'nda da suçun nitelikli hallerine etki eden hususların cezanın belirlenmesinde yeniden dikkate alınmayacakları kuralı yer almamıştır.

Bu durum, kanunda düzenlenmiş olan suçun nitelikli haline ilişkin sebeplerin cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Alman doktrini ve mahkeme kararları (Rechtssprechung) bu durumda da çifte değerlendirme yasağının geçerli olduğunu göstermektedir³⁴.Örneğin, Bayern Eyalet Mahkemesi bir

³² Yar. CGK. T.13.05.2003, E.2003/2-129, K.2003/154, YKD. 2003-9-1432.

³³ "647 sayılı Kanunun 4. Maddesinin uygulanmasında gösterilen gerekçenin, TCK'nın 29/son ve 647 sayılı Kanunun 6. Maddelerinin uygulanmasında gösterilen gerekçelere aykırı olarak çelişki yaratılması..."Yarg. 4. CD 14.06.2000 t. 2000/3652 E. ve 2000/5194 K. Sayılı kararı

³⁴ BRUNS HansJurgen, (1985), DasRechtderStrafzumessung: einesystematischeDarstellungfürdiePraxis,HeymansVerlag, 2.,neubearb. underw. Aufl.Koln, Berlin,Bonn, München, s. 134

kararında³⁵; “*Her fiil, ancak ve ancak kanunun o eylem için belirlediği ceza ile karşılanacaktır*” şeklinde hüküm kurmuştur³⁶

Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/3’e göre suçun unsurunu oluşturan şartlar, cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilemez. Çünkü kanun koyucu her bir olay için ayrı ayrı ceza tespiti yaparken, suçun unsuru niteliğindeki bu şartları dikkate almıştır³⁷. Bu yüzden çifte değerlendirme yasağı kanundaki şartlar ifadesinden daha geniş olarak, suçun nitelikli hallerini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Burada unutulmaması gereken bir konu, çifte değerlendirme yasağının fiilin kendi içerisinde mevcut olan sonuç ve davranış haksızlığının derecelendirilmesini³⁸ engellemediğidir³⁹.

Hoegel, hâkimin kanun koyucunun hükmün konulması sırasında belirlediği bakış açısına uygun olarak, kanundaki ceza sınırları içerisinde kalmaya dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Gelişen kanun koyma tekniği sürekli cezanın belirlenmesi sebeplerini unsurlara doğru taşımaktadır. Bu da unsurların cezanın belirlenmesinde bir kez daha değerlendirilme tehlikesini beraberinde getirmektedir⁴⁰.

Beling, çifte değerlendirme yasağını her bir suç unsurunun ceza büyüklüğünü zaten içerdiği fikrine dayandırmıştır. Buna rağmen unsurların kendi içerisinde derecesinin olabileceğini (iki farklı unsurun değil aynı unsurun derecesinin) savunmuştur⁴¹.

³⁵ BayOLG, NJW 1951, 574 (BayerischeOberlandgericht, NeueJuristischeWochenschrift)

³⁶ HETTINGERMichael, (1982), DasDoppolverwertungsverbotbeistrafraahmenbildendenUmständen(§§ 46Abs. 3, 50StGB) / von, Dunckner&Humblot, Berlin, s. 53

³⁷ Hettinger kanundaki şartlar terimini eleştirmiş ve gerçeklikler (Tatsachen) teriminin kullanılmasını önermiştir. Hettinger, GA 1993, 1(8)

³⁸ Hettinger GA 1993, 1; Schall/SchirmacherJura 1992, 514; Bruns JR 1980, 226; NeumannStV 1991, 256

³⁹ SCHAFFER/SANDER/VAN GEMMEREN, (2008), Praxis der Strafzumessung, C.H. Beck, 4. AuflageMünchen, s. 132

⁴⁰ HOEGEL Hugo, (1909), Gesamtreform der oesterreichischenStrafrechts, Leipzig, s. 241

⁴¹ BEILING Ernst, (1924), Entscheidungsanmerkungzu RG, JW 1924, s. 1721

Sauer'e göre cezanın belirlenmesi sebepleri, mutlaka cezanın verilmesine gerekçe olan hususları (şartları) aşmalıdır. Sauer bunları cezanın belirlenmesinin tipik şartları olarak görmektedir. Cezanın belirlenmesinde etkili şartlar; haksızlık ve kusur olarak somutlaştırılabilir. Somut olayda hâkimin değerlendirmesinin kanunun belirleme ilkeleri çerçevesinde yeni şeyler ortaya koyabileceğini belirtmektedir⁴².

Dreher, çifte değerlendirme yasağının temelini, hukuki bir izaha ihtiyaç duymayan herkesin bildiği bir gerçeklik olduğunu savunmaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında bu ilkenin temeli ile fazla meşgul olunmamakta, aksine buna eşlik eden durumların izahı yapılmaya çalışılmaktadır. İlkenin çerçevesi çizilmeye uğraşmıştır. Burada kanun koyucu tarafından suçun unsurlarına izafe edilmiş olan ve bu anlamda kanun tarafından yapılan değerlendirmenin yeterli olacağı fikri ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁴³.

Alman CK m. 46/3'nin uygulanması şartı olarak çifte değerlendirme yasağında fiilin özel olarak değerlendirilmesine engel olan bir durum olarak görmektedir. Eğer suçun unsuru ceza çerçevesinin genel kabulünü aşacak bir özellik göstermiyorsa, bu durumda cezanın belirlenmesi kriteri olarak kullanılamaz. Öğreti, kanunun peşinen değerlendirilmesi fikrinden ayrı olarak (bunun dışında) suçun unsurlarının somut dizaynı (olayda gerçekleşme şekli) ve failin davranışı nedeniyle tehlikenin derecesinin değişmesini, cezanın belirlenmesinde kullanma taraftarıdır. Örneğin, bir dolandırıcılık olayında meydana gelen zararın miktarı ya da çok enteresan bir hilenin kullanılmış olması gibi⁴⁴.

Alman Ceza Hukuku'nda cezanın belirlenmesi konusunda en temel kaynak olarak görülen Bruns'a göre; bu zamana kadar ortaya konmaya çalışılan unsurların gerçekleşmesi modellerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu fikir öğretisi ve içtihatlar tarafından savunulmaktadır. Burada söz konusu olan fiilin ağırlığının

⁴² SAUER Wilhelm, (1955), Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage der "Grundlegendes Strafrechts", Berlin, s. 20

⁴³ DREHER Eduard, (1957), Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, in: JZ, s. 155

⁴⁴ ZIPF Heinz, (1969), Strafmassrevision, München, s. 97

derecelendirilmesidir. Çifte değerlendirme yasağının sınırı, fiilin normal bir vaka olma özelliğini aştığı, a tipik bir görüntüye kavuştuğu anda belirecektir. Cezanın belirlenmesinde somut vakayı belirleyen (tanımlayan) cümlelerde özellikler bulunduğu hallerde, çifte değerlendirme yasağı söz konusu olmayacaktır. Bu açıklananlardan, kanun koyucu ve hâkimin ortak ürünü olan bir neticenin ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından genel ilkelerle ortaya konulmuş olan cezanın belirlenmesi kısmına (unsurlar ve ağırlatıcı nedenler), hâkimin artık dokunamaması gerekecektir⁴⁵.

Exner'e göre çifte değerlendirme yasağının görevi, değerlendirme çelişkisini önlemektir. Hâkim suçun unsurlarını bir kez daha değerlendirmeyecek, aksine davranışın tipik (ortalama) olup olmadığını değerlendirecektir. Kanuni bir düzenlemeye gerek olmaksızın ceza çerçevesini belirleyen şartların çifte değerlendirilemeyeceği hususu dikkate alınmalıdır. Cezanın belirlenmesinde, kanunun amacı ve kanunun mantığının hesaba katılmasına gerek olmadığı fikrindedir⁴⁶.

Jagusch ise suçun unsurlarının çifte değerlendirme yasağı ile suça özelliğini veren hususların birbirinden keskin olarak ayrılmalarının her zaman mümkün olmamasının, bu öğretinin en önemli noktası olduğunu savunmaktadır. Eğer somut olayda diğer ortalama olaylara göre kendini

⁴⁵ Bruns,1985; 369; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, (2001), StrafgesetzbuchKommentar, München, s.45; DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, (2011), StrafgesetzbuchundNebengesetze, C.H. BeckVerlag, 58. Auflage, München, s. 37; HIRSCH Hans-Joachim, (1972), BesprechungvonReinhartMaurach, BesondererTeil, 5. Auflage, ZStW 84, s. 99; HORN Karl, (1932), Entwicklung der Strafzumessungbestimmungen in den EntwüfeneinesdeutschenReichstrafgesetzbuchesWorms, s. 84; JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND T, (1996), *LehrbuchdesStrafrechtsAllgemeinerTeil*, Berlin, s. 706; BAUMANN Jurgen, (1977), *StrafrechtAllgemeinerTeil*, 8. Auflage, Bielefeld, s. 668; WARDA Günther, (1962), *DogmatischeGurndlagendesrichterlichenErmessens im Strafrecht*, Köln, s. 152

⁴⁶ EXNER Franz, (1931), *StudienüberdieStrafzumessungspraxis der deutschenGerichte*, Leipzig,1931, s. 100

belli eden bir özellik mevcut ise, artık çifte değerlendirme yasağından bahsedilemeyeceğini ve bu özelliğin cezanın belirlenmesinde değerlendirilebileceği fikrini geliştirmiştir⁴⁷.

Alman Ceza Hukuku'nda çifte değerlendirme yasağı, cezanın belirlenmesi çerçevesinde ve en sık ve en ağır hataların yapıldığı alandır. Böyle bir çifte değerlendirme yasağı, eğer o şart, o suçun unsuru ise cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Bir başka ifadeyle, suçun unsuru olan şey, cezanın artırılması veya azaltılması için kullanılamayacaktır. Çifte değerlendirme yasağına örnek olarak, hırsızlık ile suçlanan kişinin (malvarlığını hukuk dışı olarak alan kişi) durumu gösterilebilir. Bu kişi çalıntı eşyaya amaçsızca zarar vermiş olsa da; StGB m.242' ye göre yargılanacak ve cezalandırılacaktır. Çünkü çalınan eşyaya amaçsızca zarar verilmiş olması, normal şartlarda ek bir ithamı ve cezalandırmayı gerektirmez⁴⁸.

Silahlarla ilgili (silah kanunu ve savaş silahlarını kontrol kanununa muhalefet) özellikle "silahların tehlikeliliği" cezalandırmanın gerekçesidir ve bu yüzden ayrıca cezanın artırılması nedeni olarak kullanılamaz⁴⁹. Öldürme suçlarında maktulün yaşı faile (itham aracı olamaz) yüklenemez. Çünkü yaşamın hangi aşamasında bulunduğu hususu, ceza hukuku açısından etkili ve önemli değildir⁵⁰. Aynı şekilde doğrudan öldürme kastı da; öldürme suçunun asli unsuru olması nedeniyle cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınamaz⁵¹. Nitelikli yağma suçunda (StGB 249, 250) ise, mağdurun ilerlemiş yaşı ve bundan kaynaklanan vücut güçsüzlüğü, faile yüklenebilecek ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Çünkü burada sadece fiilin ağırlığı⁵² (kriminal gücü) tariflenebilmektedir⁵³.

⁴⁷ BGHR StGB 46/3, Diebstahl 2.; JaguschHeinrich, *Entscheidungsanmerkung zu BGHSt 17, 103*

⁴⁸ BGH StV 1995, 634

⁴⁹ BGH StV 1995, 301

⁵⁰ BGH StV 1995, 634

⁵¹ BGH StV 1993, 72

⁵² BGHR StGB m.253/1, *Konkurrenzen 2*

⁵³ http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsorgans.

Fiilin gerçekleştirilmesi açısından tipik olan, suçun unsurları dışında sayılamayacak ve tanımlanamayacak özel şartların, ayrıca değerlendirilerek cezanın tespit edilmesi hatalıdır⁵⁴. Eylemin gerçekleştirilmesi aşamasında ateşli silahın kullanılması, genel olarak cezanın belirlenmesinde, artırım nedeni olarak değerlendirilemez. Özellikle olayda oyuncak-kurusıkı bir silahın kullanılmış olması ve bunu mağdurun gerçek sanarak korkudan ölmesi halinde dahi, cezanın artırılmasını gerektirecek bir sebep olarak dikkate alınamaz⁵⁵. Dolandırıcılık suçunda, kazanç sağlama maksadı cezanın belirlenmesi açısından olumsuzluk olarak faile yüklenip, ceza buna göre belirlenemez⁵⁶.

Koşullar tipiklikten epeyce uzaklaşıyorsa (fiilin unsurları dışına çıkıyorsa), cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Ancak tipik şartların eksikliği ise cezanın azaltılması nedeni olamaz. Örneğin, aynı suç unsurları içerisinde birçok alternatifin olması halinde bunun cezanın artırılmasında değerlendirilmesi, çifte değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir. Aynı şekilde zararın giderilmesine yanaşmamak, cezanın belirlenmesinde, aleyhe değerlendirilecek bir husus⁵⁷ olacak ve çifte değerlendirme yasağının ihlali söz konusu olmayacaktır⁵⁸.

Çifte değerlendirme yasağı sadece suçun unsurları olan hususlar için değil, aynı zamanda diğer haksızlık ve kusurla ilgili durumlarda da geçerlidir⁵⁹. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç için, failin cezalandırma aşamasını aştıktan sonra geri çekilmesi (suçu işlemeyi bırakması-gönüllü vazgeçme), somut cezanın belirlenmesi açısından önemsizdir⁶⁰. Bir suçun daha ağır nitelikli halini oluşturan bir şart (besondersschwer Fall), ikinci

⁵⁴ Schönke/Schröder-Stree , 2011, 46

⁵⁵ BGHR StGB 46/3, Raub 3 ve 5; BGHR StGB 253/1, Konkurrenz 2

⁵⁶ Schönke/Schröder-Stree , 2011, 48

⁵⁷ *BGH GA 75, 84*

⁵⁸ http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkel des Revisionsorgans.

⁵⁹ BGH StV 1997, 519

⁶⁰ BGH Beschl. v. 17.1.2006 – 4. StR 422/05

kez cezanın artırılması için kullanılamaz. Bu sadece ana kural için geçerli değil, aynı zamanda ağırlık derecesi ana kural ile aynı olan şartlar⁶¹ için de geçerlidir⁶².

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma veya kasten öldürme suçlarında mağdurun ölmüş olması, fiilin cezasının belirlenmesinde artırıcı bir neden olarak dikkate alınamaz. Yine aynı şekilde cinsel saldırı suçunda orta düzeyde şiddet kullanılmış olması, uyuşturucu ticaretinin kazanç sağlama maksadıyla yapılması, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 174'te kardeşe karşı cinsel saldırı, nitelikli hal (artırım nedeni) olarak düzenlendiği halde, failin, cinsel saldırı suçunu kız kardeşine karşı gerçekleştirmiş olması, cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak verilmesine gerekçe yapılamaz. Aksi halde, çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır⁶³.

Failin, fiili teşebbüs aşamasından önce bırakabileceği halde, devamını getirmesi veya suça teşebbüs edip, sonrasında mağdur için yardım çağırılmayarak suçun tamamlanmasına neden olması hallerinde, birinci halde teşebbüs ve ikinci durumda tamamlanmış suç için kanunda öngörülen cezalara çarptırılacak, ayrıca cezanın artırılarak tespiti söz konusu olmayacaktır⁶⁴.

Suçun doğrudan unsuru olmasa da; suçun unsurlarına ilişkin davranışlar ve unsurlarına ilişkin sonuçların değerlendirilmesi de, çifte değerlendirme yasağına tabi olacaktır. Bu yüzden failin, mağduru öldürme sonucunu elde etmek maksadıyla onu boğazlaması, onun yaşama hakkını alması ve yaşama şansı bırakmamasına yönelik olup, suçun unsuruyla ilişkilidir. İşleniş şeklinde başka gaddarca (örneğin, bıçağın özellikle kör seçilmesi gibi) bir niyet yok ise, bu durum (boğazlayarak öldürme), ayrıca artırım nedeni olamayacaktır⁶⁵.

⁶¹ BGH NStZ-RR 2004, 262

⁶² http://www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf, *Meistens Fehler bei der Strafzumessung auf dem Blickwinkeldes Revisionerichtes*.

⁶³ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

⁶⁴ BGH NStZ-RR 2007, 194, BGH NStZ-RR 2003, 41; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 132

⁶⁵ BGH StV 182, 167; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

Buraya kadar izah edilen hususlar, suçun işleniş şekli anlamında nitelik ve nicelik açısından derecelendirme yapılmasına engel değildir. Bu yüzden, m. 211'deki birden fazla kişinin bir eylem ile yaralanması veya öldürülmesi, m. 223'e göre yaralanmanın ağırlığı, m. 224/1'e göre kullanılan silahın veya aracın tehlikeliliği, cinsel saldırıda kullanılan şiddetin türü, ağırlığı ve şekli⁶⁶, hilenin şekli, vergi kaçakçılığında kaçırılan vergi miktarı, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu şekilde dikkate alma durumu çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir. Suçu oluşturan unsurlardan birden fazlasının aynı şartta gerçekleşmesi halinde, cezanın artırılması sebebi olabilecektir. Bu şartların yüklenebilirlik anlamında kusurun derecesine etkisinin olması gerekir. Örneğin: failin açgözlülüğü (hırsı) yüzünden bir kişiyi gasp etmek maksadıyla öldürmesi halinde, hırs için ve başka suçu işlemek için olmak üzere iki neden birleşmektedir. Bu durumda cezanın artırılarak tespiti gerekecektir. Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 176a'ya göre (cinsel saldırı), daha önceden bu suçtan mahkûm olmak, kanunda açıkça nitelikli hal olarak belirtildiğinden, bu durum, cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Ancak, failin, daha önceden birden çok aynı tür (cinsel saldırı) mahkûmiyetinin bulunması halinde, cezanın belirlenmesinde bunun dikkate alınması, çifte değerlendirme yasağı anlamına gelmeyecektir⁶⁷.

Eğer failin fiili, kanunun iki ayrı şeklini ihlal edebiliyorsa bu durum önemli olabilir. Çünkü fiilin belirlenmesinde failin bu iki hükümden nitelikli ağır hali mi, yoksa hafif hali mi düzenleyen maddeye göre ceza alacağına incelenmesi gerekir. Failin eylemi neticesinde başka bir zarar daha meydana gelmişse (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç), bu durumda ağır netice faile cezanın belirlenmesi bakımından yüklenebilecektir. Örneğin: dolandırıcılık suçunu işlerken failin sahte belge kullanması durumunda, dolandırıcılık suçunun cezası artırılarak belirlenecektir. Buradaki ifadeden, sahte belgesuçundan ayrıca ceza alıp almayacağı hususu açıklanamamaktadır. Ancak TCK açısından m. 212 nedeniyle her iki suçtan ayrı ayrı ceza alacaktır. Ayrıca Türk Ceza

⁶⁶ BGH NStZ-RR 2002, 136

⁶⁷ BGH NStV-RR 2004, 71; BGH 14.8.2007, 1 StR 201/07; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 133

Hukuku'nda 43. Madde sorunu çözmektedir. Buradan anlaşılan, sahte belge için ayrıca cezalandırılmasına karşılık, dolandırıcılık için cezanın artırılarak verilmesidir⁶⁸.

Çifte değerlendirme yasağı, sadece suçun kanuni unsurları açısından değil, kusur ve haksızlığı etkileyen diğer nedenler açısından da geçerlidir. Kanunda, suçun derecelendirilmesi veya ayrıcalıklı bir hale gelmesine neden olmamakla birlikte; o suç için kanunda belirlenmiş olan ceza sınırlarını değiştirmesine neden olan sebepler de, çifte değerlendirme yasağı kapsamında dikkate alınacaktır. Bunların bir kez daha cezanın belirlenmesinde kullanılması, yasağın ihlali anlamına gelecektir. Bunlara, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren haller ya da tipik suç dışında kalan durumlar denilmektedir. Bu durumlarda da kanun tarafından değerlendirme, öncelikle yapılmış ve cezalar ona göre belirlenmiştir. Suçun nitelikli halleri, cezanın belirlenmesinde ikinci kez dikkate alınamayacaktır⁶⁹. Nitelikli hallere genel örnekler; dolandırıcılık (StGB m. 263/3) ve uyuşturucu ticareti (BtMGm. 29/1) suçlarında, failin kazanç sağlama maksadıyla (ticari faaliyet çerçevesinde) hareket etmesi; hırsızlığın kilit kırarak gerçekleştirilmesi (StGB m. 243/1), cezanın belirlenmesinde artırım sebebi yapılamayacaktır⁷⁰.

Tanımlanmamış olan nitelikli ağır ve hafif hallerde, kanundaki suçun normal ceza sınırı mı, yoksa nitelikli hallerine ilişkin sınırların mı uygulanacağını irdelenmesini gerektirir. Örneğin: çok değişik bir hile şeklinin kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, bunun hangi ağırlıkta değerlendirilerek, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal sayılacağını belirlenmesi gerekir. Çifte değerlendirme yasağı, StGB m. 49/2'de ifadesini bulan, emredici veya takdiri olarak başka bir ceza çerçevesi belirlenmesine sebep olan (tipik olmayan indirim nedenleri) hususları da kapsar. StGB m. 27/2, 28/1, 30/1-2 maddelerinde zorlayıcı nedenler (daha az cezayı gerektiren zorunlu haller); StGB m. 13/2, 17/2, 21, 23/ maddelerinde ise takdire bağlı olarak indirimin yapılabileceği durumlar belirtilmiştir.

⁶⁸ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

⁶⁹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 134

⁷⁰ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

Bu nedenler, cezanın alt ve üst sınırlarını değiştirerek yeni alt ve üst sınırlar (StGBm. 49/2 ye göre) belirlemektedir. Bu sebepler suçun unsurları ve kanunda belirlenmiş olan ağırlaştırılmış hallerin uygulanmasına engel olmayacaktır. Örneğin; kasten öldürmeye teşebbüs halinde, genellikle StGB m. 212/2 gereğince, StGB m. 49/2'nin atfi nedeniyle ceza azaltılacaktır. Failin, fiili önceden dikkatli bir şekilde planlanmış olmasına rağmen, tamamen istisnai bir durumun gerçekleşmesinden dolayı sonucu elde edememiş olması halinde, fiilin, daha ağır değerlendirilmesine engel olmayacaktır. Tam tersine bir olayda ise, daha az ceza çerçevesi (eğer şartları varsa) söz konusu ise, bu durum, indirim nedeni olarak dikkate alınarak (alt sınırdan ceza verilmesi) uygulama yapılabilecektir⁷¹.

Suç siyaseti temel fikrinden dolayı, bir unsurun gerçekleşmesine hizmet eden düzenleyici ilkeler (her suç açısından geçerli olan hukuki konuların ihlali) de çifte değerlendirme yasağına tabidir. Örneğin; kasten yaralamada vücut dokunulmazlığı, cinsel saldırıda cinsel kişiliğini belirleme ve tercih hakkı⁷², vergi kaçakçılığında sosyal zarar, reçeteye bağlı olarak verilmesi gereken ilaçların satılması durumunda muhatabın sağlığı⁷³, çocukların cinsel istismarında çocuğun cinsel gelişim hakkı⁷⁴, uyuşturucu suçlarında bağımlıların zor durumu, özellikle gençlerin bu anlamda korunması (BtMG m. 29/1)⁷⁵, trafik suçlarında (StGBm. 315b, 316) trafik güvenliği, kaza yerini terk suçunda kazaya maruz bırakılan diğer araç sahibinin ekonomik çıkarı⁷⁶, kara para aklama suçunda paranın dolaşımının fonksiyonu⁷⁷ gibi hususlar, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır⁷⁸.

⁷¹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 135

⁷² BGH NStZ-RR 2004, 41

⁷³ BGH NStZ 1982, 113

⁷⁴ BGH StV 1987, 146

⁷⁵ BGH 14.11.2001, 3 StR 352/01

⁷⁶ BayOLGDAR 1984, 238

⁷⁷ BGH NStZ 1987, 494

⁷⁸ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

Fiilin düzenli sonuçları ve tipik davranışların ne zaman ve hangi derecede çifte değerlendirme yasağına tabi olduğu hususu tartışmalıdır. Federal Mahkeme uzun süredir bu tip durumlarda m. 46/3'ü kullanmakta ve çifte değerlendirme yasağını uygulamaktadır. Buna gerekçe olarak düzenli sonuçlar için suçun unsurlarının oluşmasını göstermektedir. Bu yüzden, örneğin; cinsel saldırı suçuna meni boşaltma da bir doğal (düzenli) netice olarak dâhildir⁷⁹. Tabi bununla bağlantılı olarak, hamilelik riski, hastalık bulaşma tehlikesi de bu haksızlığın içerisinde kanun koyucu tarafından önceden hesaplanan risklere dâhil olduğundan, bunlar açısından çifte değerlendirme yasağı geçerli olacak ve bunlar cezanın belirlenmesinde bir kez daha dikkate alınamayacaktır. Aynı şekilde nitelikli yağma suçunda fail, mağduru, gerçek (StGB m. 250/1) veya kuru sıkı(StGBm. 250/2) tabanca çekmek suretiyle ölüm korkusuna salmış ise, bu durum, cezanın belirlenmesinde yine dikkate alınamayacaktır⁸⁰.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, suçun unsurlarının gerçekleştirilmesi (tamamlanması) cezanın belirlenmesinde etkili olamaz ancak suçun unsurlarının gerçekleştiriliş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olabilir⁸¹. Bu şekilde çok farklı suç modelleri (aynı suçun değişik şekillerde işlenmesi halleri), cezanın belirlenmesinde etkili olabilecektir⁸². Yine başka bir şekilde unsurların gerçekleştirilmesindeki dereceler (ağırlıklar) de, cezayı belirlemede göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin; birden fazla kişinin öldürülmesi gibi. Buna karşılık, hukuka aykırılık unsurunun, cezayı artıran bir neden olarak kullanılamayacağına da hükmetmiştir⁸³.

Federal Mahkeme, daha geniş anlamda, sadece mecburi unsurların değil, kural olarak suç yapısına temas eden şartların da, cezanın artırılması için bir kez daha kullanılmayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak, "bu unsurlara bir kez daha artan şekilde haksızlık içeriği

⁷⁹ BGH NStZ 1985, 215

⁸⁰ BGH NJW 1990, 2570; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 136

⁸¹ BGHSt 19, 113, 116

⁸² BGH VRS 4, 359 (VRS: Verkehrssrechtsammlung)

⁸³ BGH MDR 1972, 750 (MDR: MonatschriftfürdeutschesRecht); Hettinger, 1982: 43

yüklenemeyeceğini” göstermiştir⁸⁴. Örneğin; öldürücü bir alet ile öldürme şeklindeki fiil, aynı zamanda cezanın artırılması nedeni olarak faile yüklenemeyecektir⁸⁵. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşıldığı üzere, Federal Mahkeme, çifte değerlendirme yasağını (DVV: Doppelverwertungsverbot) sadece suçun unsurları açısından değerlendirilen şekliyle değil (dar anlamda değil), genişliği olan bir ilke olarak yorumlamıştır. Bazı kararlarda Mahkemenin bu yaklaşım tarzı açıkça ortaya çıkmaktadır⁸⁶.

Alman Federal Mahkemesi'nin BGHSt 37, 153 sayılı kararına göre, norm tarafından düzenlenmiş bir normal olay mevcut değildir. Federal Mahkeme Ceza Genel Kurulu bunu açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, cinsel saldırı suçuyla ilgili (m. 177) verdiği kararında, suçun tamamlanması için gerekli olan hususların, çifte değerlendirme yasağına konu olabileceğine hükmetmiştir⁸⁷. Bu kararın verilme zamanında geçerli olan kanuna göre, cinsel saldırı suçunun oluşması için organ sokma gerekiyordu. Bununla bağlantılı olan diğer hususların, örneğin; vajinaya tamamen girmenin, vajinada bulunma süresinin, vajinaya girerken mağduru hastalıktan koruyacak önlem alıp almamanın, failin, mağdurun içinde iken boşalıp boşalmasının, bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına karar vermiştir. Bugün ise bu

⁸⁴ BGH MDR 1971, 362

⁸⁵ BGH MDR 1972, 922

⁸⁶ “Cürüm konusu eşyayı satın alma suçunun mesleki faaliyet çerçevesinde yapılması kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olduğundan bunun ayrıca cezanın belirlenmesinde artırım nedeni olarak (alt sınırdan uzaklaşma) değerlendirilmesi mümkün değildir, aksi halde suçun unsurunun bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olacaktır ki bu da her suç açısından yanlış bir noktaya götürecektir”.(BGH NJW 1967, 2416); Hettinger, 1982: 44

“Kamunun güvenliğinin korunmasına yönelik yarar m. 249 ile kanun koyucu tarafından daha ağır ceza öngörülmek suretiyle düzenlenmişken, bunun genel ilkeler olarak kararda gösterilerek cezanın arttırılmasına karar verilmesi (alt sınırdan uzaklaşma) mümkün değildir. Ancak somut olayda olmayan örneğin, geceleyin şehir merkezinde bir yağma olayında artık ağırlatıcı nedenin varlığı kabul edilebilecektir.” (BGH MDR 1966, 26)

⁸⁷ BGHSt 37, 153

şekilde bir değerlendirmeye şüpheli yaklaşmak, özellikle hamilelikten korunma ve HIV (AİDS) açısından farklı değerlendirme yapmak gerekir. Zira organ sokma da, artık kanunda daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (m. 177/2/1).

Fiilin normal neticelerini aşan durumların ortaya çıkması halinde, bu sonuçların, kanunun korumasıyla alakalı olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Hastalıklara açık ve hamileliğe sebep olacak ilişki, gerçekten bunların olasılığını ortaya koymuşsa (gerçekleşme tehlikesini yaratmışsa), bunlar değerlendirme dışı bırakılamaz. Bu durum, failin muayeneden geçirilmesini (bu hususta rapor alınmasını) gerektirmez. Çünkü sadece mağdurun bunların olabileceği korkusunu yaşamış olması yeterlidir, fiilen bu sonuçların doğmuş olması gerekmez⁸⁸.

Federal Mahkemenin 37, 153 sayılı kararından bu yana, 1. Daire kendi uygulamalarını devam ettirmiştir. Yağmaya teşebbüs olayında mağdurun öldürülme korkusu yaşamış olmasını, cezanın arttırılması nedeni olarak gören mahkeme kararını onamıştır. Gerekçe olarak, m. 255, 249 ve 250’de beden bütünlüğüne yönelik bir şiddetten bahsedilmiş olmasını ve bu tanımın m. 46/3’te düzenlenmiş olan “tehdidin şekli ve şiddetini içermediği” olarak açıklamıştır⁸⁹.

Federal Mahkeme’nin 2.Ceza Dairesi, yerel mahkemenin cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak, cinsel ilişki sonucu mağdurun hamile kalma olasılığı nedeniyle artırım sebebi olarak gördüğü bu hali, mağdurun kendi önlemini alabileceği gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁰. Bir başka kararında ise, aynı tip olayda, bu kez failin kusurunun çok yüksek olması gerekçesiyle ağırlatıcı nedeni kabul etmiştir⁹¹. 2. Ceza Dairesi bir kararında, anal yoldan cinsel saldırıda prezervatif kullanılmadığı bir olayda, bu şekilde, hastalık bulaştırma riskinin daha da arttığı gerekçesiyle, cezanın arttırılmasına hükmeden mahkeme kararını onamıştır⁹². Başka bir kararında, yerel mahkemenin uyuşturucu ticareti suçunda “failin kendi

⁸⁸ BGH NStZ 1999, 505; Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

⁸⁹ Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 137

⁹⁰ BGHR StGB 177 Abs. 2 Strafzumesung 10

⁹¹ BGHR StGB 46 Abs. 2 Vorleben 19

⁹² BGHR StGB 177 Abs. 1 Strafzumesung 14

eylemine başkalarını da bulaştırmış olması” nedeniyle cezayı artıran kararını, uyuşturucu ticaretinin içinde doğal olarak üçüncü kişinin bulunduğu ve bu durumun m. 46/3’teki çifte değerlendirme yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle reddetmiştir⁹³.

3. Ceza dairesi de aynen 1. Daire gibi kararlar vererek (yukarıda belirtilen 37, 153 sayılı kararı takip ederek), cinsel saldırı suçunda mağdurun onurunun kırılmasını⁹⁴, yağma suçunda kurusıkı bir tabanca kullanılması nedeniyle mağdurun ölüm korkusu yaşamış olmasını⁹⁵, cezanın belirlenmesinde etkili olacak nedenler arasında görmüş, çifte değerlendirme yasağının ihlali olmayacağına hükmetmiştir⁹⁶.

4. Ceza Dairesi, 1. Dairenin kararlarından farklı olarak; cinsel saldırı suçunda “failin davranışı nedeniyle ailenin zarar görmüş olması, kızlarına olan güven hususunda ağır darbe vurmuş olması” gerekçesini, bunların, bu suçun olağan neticeleri olması sebebiyle, cezanın belirlenmesinde bir kez daha kullanılmayacağına hükmetmiştir. Ancak 4. Ceza Dairesi de son dönemde verdiği kararlarında bu fikirden geri adım atmaktadır. Örneğin, cinsel saldırı suçu nedeniyle “ailenin zarar görmüş olmasını⁹⁷” ve yağma suçunda “maske kullanılmış olmasını”, “kriminal enerjinin göstermesi bakımından⁹⁸” cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği, bunun çifte değerlendirme yasağının ihlali olarak saymadığı kararları mevcuttur⁹⁹.

V. Sonuç

Ceza kanunlarında öngörülen cezaların belirlenmesine ilişkin esaslar, bir yandan ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirmesi, diğer yandan suçlunun kişiliğini dikkate alması ve işlenen suçla ilgili adil bir cezanın tayini açısından önemli sonuçları olan

⁹³ BGHR StGB 46 Abs. 3 Handeltreiben 5

⁹⁴ BGH 14.4.1993, 3. StR 19/93- beiDetterNSStZ 1993, 475

⁹⁵ BGHR StGB 46. Abs. 3 Raub 5

⁹⁶Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

⁹⁷ BGH NSStZ 1997, 337

⁹⁸BGH 11.1.2000 4. StR 611/99

⁹⁹Schafer/Sander/Van Gemmeren, 2008: 138

düzenlemelerdir. Soyut ceza hukuku kuralları, uygulayıcıların elinde şekillenirler. Kanun koyucu suçlara ilişkin cezaları ve ceza sistemini kanunda göstermiştir. Uygulayıcı olan ceza hâkimi, bu soyut kuralları somut olaya ve faile uydurarak cezayı belirleyecektir. Hâkim cezayı belirlerken, TCK'nın 61. maddesindeki temel cezaya ilişkin ölçütleri, artırım ve indirim nedenlerini, uygulama sırasını, hesaplama birim ve yöntemini, çifte değerlendirme yasağını, cezanın amacını da gözetenek uygulama yapacaktır.

TCK ve StGB (Alman Ceza Kanunu)'nun çifte değerlendirme yasağı açısından, sadece suçun unsurlarının bir kez daha cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağına dair hükümleri yeterli değildir. Bu boşluk Türk ve Alman Ceza Hukuklarında öğreti ve uygulama tarafından doldurulmuştur. Bu hususun kanunilik ilkesi açısından ne kadar yerinde olduğu tartışılabilir. Cezanın belirlenmesinde suçun unsuruna ilişkin konuların değerlendirilmesinin zarureti öğreti ve uygulamada var olan çelişkili fikir ve uygulamaları derinleştirmektedir.

Teknolojik gelişmeler suç tipleri yanında, aynı suçun değişik şekilde işlenmesini de çeşitlendirmektedir. Esasen suçun unsuru olarak sayılabilecek konuların, normalin dışında özellik göstermesi, fail hakkında cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalarını mecbur kılmaktadır. Aynı husus, suçun nitelikli halleri açısından da söylenebilir. Olayda silah kullanılmasının nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, silahın niteliğinin cezanın belirlenmesinde hiç dikkate alınmaması, orantılı ceza açısından adaletli sonuca götürmeyecektir. Ceza kanunlarının suçun nitelikli hallerini ayrıntılı olarak saymak yerine ceza makaslarını geniş tutması, cezanın belirlenmesinde olay hâkimine takdir yetkisi bırakılması; vaka hâkiminin de; olayın tüm özelliklerini dikkate alarak, failin kusuruyla orantılı, cezanın genel ve özel önleme amaçlarına uygun yeterli gerekçeyle ceza belirlemesi gerekir.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK Mustafa, (2009) “*Yaralama ve Öldürmeye Teşebbüs Suçlarında Temel Cezanın Belirlenmesi*”, Adalet Dergisi (AD), 33. Sayı, Ocak

ARTUK, Mehmet Emin, **GÖKCEN**, Ahmet, **YENİDÜNYA**, A.Caner, (2011). Ceza Hukuku Genel Hükümler II, (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi

BAUMANNJurgen, (1977), Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bielefeld

BEILINGErnst, Entscheidungsanmerkung zu RG, JW 1924, s. 1721

BRUNSHANSJurgen, (1985), Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis, Heymans Verlag, 2., neubearb. unterw. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München

CENTEL Nur/**ZAFER** Hamide/**ÇAKMUT** Özlem, (2011). Türk Ceza Hukukuna Giriş, (7. Baskı). İstanbul: Beta yayınları

CENTEL Nur, (2001), Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir

DOĞAN Koray, (2007), “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, CHD, S:4, Ağustos

DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, (2011), Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck Verlag, 58. Auflage, München

DREHEREduard, (1957) Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, in: JZ

EREM Faruk, (1946), “Cezayı Azaltıcı Takdiri Nedenler”, AHFM, c.III, sy. 2,3,4

HAKERİ Hakan, (2011), 12. Baskı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara

HETTINGERMichael, (1982), Das Doppelverwertungsverbot bei strafbilden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB) / von, Dunckner & Humblot, Berlin

HIRSCHHans-Joachim, (1972), Besprechung von Reinhart Maurach, Besonderer Teil, 5. Auflage, ZStW 84

HOEGEL Hugo, (1909), Gesamtreform der österreichischen Strafrechts, Leipzig

HORN Karl, (1932), Entwicklung der Strafumessungbestimmungen in den Entwürfe eines deutschen Reichstrafgesetzbuches Worms

İÇEL Kayıhan/ **SOKULLU** Fusun/ **ÖZGENÇ** İzzet/ **SÖZÜER** Adem/ **MAHMUTOĞLU** Fatih S./ **ÜNVER** Yener, (2001), Yaptırım Teorisi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul

EXNER Franz, (1931), Studien über die Strafumessungspraxis der deutschen Gerichte, Leipzig

JAGUSCH Heinrich, Entscheidungsanmerkung Zu Bghst 17, 103

JESCHECK Hans-Heinrich/ **WEİGEND** Thomas, (1996), Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin

KONİ Burhan, (1956), Ceza Tayininde Suçlunun Şahsiyeti, SBF, s.56, 1956,

ÖZBEK Veli Özer/ **KANBUR** M. Nihat/ **BACAKSIZ** Pınar/ **DOĞAN** Koray/ **TEPE** İlker, (2010), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZGENÇ İzzet, (2010), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZTÜRK Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan, (2006), Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara

ÖNDER Ayhan (1992), Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2. Baskı). C.II-III, , İstanbul: Beta Yayınları

SAVAŞ Vural, Mollamahmutoğlu Sadık, (1999), Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Ankara,

SAUER Wilhelm, (1955), Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage der "Grundlagendes Strafrechts", Berlin

SCHAFFER/SANDER/VAN GEMMEREN, (2008), Praxis der Strafumessung, C.H. Beck, 4. Auflage München

SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, (2001), Strafgesetzbuch Kommentar, München

TOROSLU Nevzat, (2011), Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara

TOROSLU Haluk, (1962), Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınları

WARDAG Günther,
Dogmatische Grundlagendes richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln

YÜCEL Mustafa Tören, “*Türk Ceza Kanunu Reformu*”, Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Reformu Panelindeki Konuşması, 21-22 Mayıs 2004, TBB

ZİPF Heinz, (1969) Strafmassrevision, München,

www.bilder.buecher.de/.../22548165_lese_1.pdf

www.kazancihukuk.com.tr