



TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ*

Dr. Gökhan TANERİ**

Makalenin Geldiği Tarih: 25.04.2016 **Kabul Tarihi:** 10.08.2016

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Adana 24. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi.

ÖZ

Ceza yargılaması sonucunda, öncelikle suçun sübutu hakkında karar verilecektir. Bundan sonra yapılacak işlem, kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında temel cezanın belirlenmesidir. Temel cezanın belirlenmesi Türk Ceza Kanunu'nun m. 61'de düzenlenmiştir. Somut olayda sanık ve mağdura ilişkin özellikler ile sanığın duruşma sırasında gösterdiği tutum ve davranış temel cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Sanık hakkında ancak temel cezanın belirlenmesinden sonra kanunda yer alan artırım indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. Adil yargılama ilkesinin gerçekleşmesi, doğru yapılacak bir tespitle mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik ilkesi, suç ve cezalar, adli para cezası, orantılılık ilkesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması

DETERMINATION OF THE BASIC PENALTY

ABSTRACT

As a result of criminal proceedings, priority will be decided on realization of the crime. After that, the process of the determination of the basic penalty specified in the law between lower and upper limits. The determination of the basic penalty is arranged in Article 61 of the Turkish Penal Code. Defendant's and victim's characteristics and defendant's attitude and behavior in criminal process will actually determine in concrete event. Final penalty will determine by just after that basic penalty determination with take into consideration of increasing and decreasing causes. The realization of fair trial principles will possible with true determination.

Keywords: The principle of legality, crime and penalties, criminal fines, the principle of proportionality, postponed of announcement the decision of criminal court.

I. GİRİŞ

Temel cezanın belirlenmesi, yargılamanın sona erdiğinin bildirilmesinden sonra suçun sübutunun açıklanması ile birlikte yapılan ilk işlemdir. İyi yapılmış muhakeme, iyi bir temel ceza belirlemesini sağlayacak ve temel cezanın belirlenmesinden sonra cezada yapılacak artırım ve indirimler, cezanın kişi yönünden somutlaşmasına hizmet edecektir.

Esas olarak temel cezanın belirlenmesi, somut olaya ilişkin özelliklerin tespiti ile cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet eder. Temel cezanın, hukuka ve somut olaya uygun belirlenmesi adalet ve hakkaniyete hizmet eden en önemli muhakeme işlemlerinden biridir.

Bu çalışmada, genel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile belirlenen temel cezanın belirlenmesi kıstasları üzerinde durulacak ve örnek Yargıtay kararları ile konu incelenecektir.

II. GENEL OLARAK

A. SOYUT CEZA BELİRLEMESİ

Cezaları soyut ve somut ceza şeklinde ayırabilmek mümkündür. Soyut ceza, hükmün kanunda yer alış şekli; somut ceza ise, cezanın sanık yönünden uygulanmasıdır. Hâkim, cezanın somutlaştırılması sırasında, takdir hakkını yasal gerekçelere uygun kullanmak zorundadır.^[1]

Soyut cezanın belirlenmesi, kanun koyucunun takdirini ilgilendiren bir husustur. Kanun koyucu öncelikle cezaların türünü ve her bir ceza türünün ağırlığına ilişkin değerlendirmeden sonra, soyut ilkelerle her suç için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini belirlemektedir.^[2]

[1] Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, 2014, s. 693; Aynı yönde, Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, 2014, s. 655. Zafer'e göre ise cezanın belirlenmesi üç aşamalıdır. Birinci aşama, kanun koyucunun, cezanın çeşitlerini ve türlerini belirlemesidir. Buna genel soyut belirleme denir. Ceza kanununun, genel hükümler başlıklı kitabında tanımlanmış suçların karşılığı olan cezanın çeşidi ve süresi belirtilmiştir. İkinci aşamada, özel hükümler kısmında her bir suç açısından, cezanın çeşit ve süresi belirlenir. Buna, özel soyut belirleme denir. Üçüncü aşamada ise, ceza yargılaması sonunda, hakim tarafından soyut ceza esas alınarak somut olayda faile uygulanacak somut ceza belirlenir. Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Baskı, 2015, s. 479, 480, 481; Aynı yönde, Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2015, s. 700.

[2] Hasan Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, C. 1, 2014, s. 948., İlhan Üzülmöz, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *EÜHFD.*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 203.

Günümüz Avrupa Ceza Hukuku açısından temel nokta, toplumsal ve demokratik ceza hukukuna dayanma arzusudur. Klasik devletin ceza hukukunu kötüye kullanmaması için hukuki açıdan sınırlanması gerekmektedir. Bu sınırlamanın soyut ilkeler ve kanun önünde eşitlik gibi düşüncelerle yapılması gerekmektedir. Özel önleme, ultima ratio, güvenlik önlemlerinde sınırlılık, demokratik devlet, insanlık, kusur, orantılılık ve yeniden topluma kazandırma gibi ilkeler, ceza hukuku açısından Avrupa'da yaygınlaştırılmaya çalışılan değerlerdir.^[3]

Soyut ceza açısından önemli olan orantılılık ilkesi, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Bu bakımdan suçun ağırlığı ölçüsünde ağır önlemlere başvurulabilecektir. Daha hafif bir yaptırıma başvurulabilmesi ile ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi mümkün olduğunda, hafif yaptırımla yetinilmesi de orantılılık ilkesinin bir gereğidir. Esas olarak orantılılık ilkesinde asıl amaç aşırılığın önlenmesidir.^[4] Soyut cezaların belirlenmesinde orantılılık ilkesinin gözetilmesi aynı zamanda, cezada kanunilik ilkesinin de doğal sonucudur.^[5]

Çağdaş ceza hukukunun temelini, hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Yargılama sonucunda beklenen yarar ve verilecek ceza arasında makul bir oran bulunması gerekir. Soyut ceza açısından orantılılık ilkesi, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Bu ilkeye göre ağır nitelikte olan fiil için daha ağır ceza verilmelidir. Adam öldürme cezası ile hırsızlığın cezasının aynı olmaması gerekir.^[6] Orantılılık ilkesinin doğal sonucu olarak bu ceza-fayda dengesizliğinin bulunması halinde işlemin yapılmaması gerekir.^[7]

Suçların soyut olarak belirlenmesi orantılılık ilkesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Orantılılık ilkesi ile ceza siyaseti, temel insan hakları, hukuk devleti

[3] Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 2003, s. 433; Birtek'e göre, hakim somut cezayı belirlerken mutlak bir takdir yetkisine sahip değildir. Saniğin eyleminin suç niteliğini taşıması (kanunilik) ilkesinin öncelikle bulunması gerekir. Bu eylem nedeniyle failin kusurlu olması (kusurluluk ilkesi) işlenen eylem ile orantılı bir ceza belirlenmesi (orantılılık) ve aynı suçu işleyen ve aynı hukuki statüde bulunan bütün failler yönünden aynı uygulamanın yapılması (eşitlik ilkesi) şartlarına da uyulması gerekir. Ayrıca gerekçe de hakim somut cezayı belirleme yetkisini kanuni sınırlar içinde kullanıp kullanmadığını göstermede kullanılan ölçütlerden birisidir. Birtek, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 3. Baskı, s. 352.

[4] Hüseyin Ertuğrul, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Sa. 1-2, 2008, s. 688. (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_26.pdf)

[5] Zafer, s. 480.

[6] Hakan Hakan(2009) *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Baskı, s. 42.

[7] Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2007, s. 166.

gibi ilkelere göre yasama organı tarafından ceza gerektiren davranışlar ve ceza miktarları belirlenecektir.

Cezanın soyut belirlenmesinin sonuçları şunlardır:

1. Cezaların soyut ve genel olarak belirlenmesi kanun koyucuyu bağlar. Kanun koyucu bu şekilde belirlenmeyen bir ceza türünü, özel kısımda belirleyemez. Genel üst sınırın üzerinde bir ceza miktarına özel kısımda yer veremez.

2. Suç karşılığı ceza türünün gösterilmesi ancak miktarın gösterilmemesi halinde o cezaya ilişkin genel sınırlar dikkate alınacaktır.^[8]

B. SOMUT CEZA BELİRLEMESİ

Somut cezanın belirlenmesi ise duruşma hâkimine aittir. Suçların gerçekleşme şekli birbirinden farklı olduğu gibi suç işleyenlerin özel durumları, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinden farklıdır. Bu nedenle eylem ile yaptırım arasında denge kurulması, cezanın kişiselleştirilmesi açısından önemlidir. Bu dengenin kurulması somut olayın özelliklerine göre hâkime aittir.^[9]

Temel cezanın belirlenmesi şu başlıklara ayrılarak incelenebilir:

- i- Ceza türünün belirlenmesi,
- ii- Kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında temel cezanın belirlenmesi,
- iii- Suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmiş olması halinde buna uygun cezanın belirlenmesi,
- iv- Suçun nitelikli hallerinin uygulanması,
- v- Yukarıdaki belirlemelerden sonra, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümlerin uygulanması ile sonuç cezanın belirlenmesi.

Cezada şahsi indirim yapılmasına gerektiren nedenlere, sağır ve dilsizlik, akrabalık TCK m. 167'de belirtilen yağma ve nitelikli yağma haricinde malvarlığına karşı suçların yasada belirtilen akrabalar arasında işlenmesi hali ile yalan tanıklık suçunun yine belli akrabalar arasında işlenmesi halindeki şahsi cezasızlık sebebine ilişkin TCK m. 273 örnek olarak gösterilebilir.

[8] Demirbaş, s. 655.

[9] Gerçekler, s. 949.

III. CEZA TÜRÜNÜN BELİRLENMESİ

Kanunda konusu suç teşkil eden eylemin karşılığı ceza türünün belirlenmesi gerekir. Bazı hükümlerde, cezanın alt ve üst sınırlarından birisinin gösterilmediği gibi seçimlik olarak hapis veya para cezasının belirlendiği ya da hem hapis hem de para cezasının belirlenebildiği görülebilmektedir.

Cezanın belirlenmesi aşamasında kanunda tek bir ceza hükmü öngörülmuş ise sorun yoktur. Ancak birden fazla ceza hükmüne yer verilmiş olması halinde ceza hükümleri arasında bağlaca bakılmalıdır. Cezalar arasında “ve” bağlacı bulunması halinde her iki cezaya da hükmedilmesi zorunludur. İki ceza arasında “veya” bağlacı bulunması halinde seçenekli yaptırım söz konusudur. Bu durumda hangi yaptırımın uygulanacağı hâkimin takdiri ile belirlenecektir.^[10] Her iki cezaya birlikte hükmedilmesi halinde, temel ceza belirlemesinin her iki suç yönünden de orantılı olması gerekmektedir. Cezalardan birinin alt sınırdan diğerinin ise üst sınırdan belirlenebilmesi mümkün değildir.^[11]

Uygulama sırasında cezanın hapis veya para cezası olarak belirlenmesi halinde bu konudaki takdir hakkı hâkime aittir. Ancak hâkim her iki halde de, bu seçime ilişkin tercihini gerekçelendirmek zorundadır. Özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların tercih edilmesinde takdir hakkının yerinde kullanılması Yargıtay denetiminden de geçerek gereken dikkat ve hassasiyetin gösterilip gösterilmediği değerlendirilmektedir.

Sanık hakkında soyut cezanın hapis cezası ile birlikte adli para cezası olarak belirlenmesi halinde de TCK m. 61 hükümleri gereğince temel cezanın her iki ceza yönünden belirlenmesi ve takdirin her iki ceza yönünden de benzer şekilde uygulanması gerekir. Ancak aksi yönde uygulamalar da bulunmaktadır.^[12]

A. Temel Cezanın Belirlenmesini Etkileyen Nedenler

1. Seçenek Yaptırımların Uygulanması

Türk Ceza Kanunu m. 50/1 fıkrasına göre:

“Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

[10] Gerçekler, s. 950.

[11] Halûk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 120.

[12] Zafer, s. 489.

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.”

Türk Ceza Kanunu m. 49/2 fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli hapis cezasıdır.

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 26 ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a ek Geçici m. 2 gereğince üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulması mümkün değildir. Ceza muhakemesinin mümkün olan en kısa sürede sonuçlanması, ceza yaptırımını ile ceza siyasetinin amaçlarına ulaşılabilmesi nedenleriyle somut olayda seçenek yaptırım olarak adli para cezasının seçilmesi mümkündür.

Seçenek yaptırımlar konusunda temel cezanın belirlenmesinde diğer sınırlayıcı hüküm TCK m. 50/2 fıkrasıdır. Bu halde de, suç tanımından hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedildiği takdirde, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir. Seçenek yaptırımların belirlenmesinde de orantılılık ilkesi dikkate alınmalıdır.^[13]

[13] 4. CD. 4/2/2015 gün, 2013/6028 Esas 2015/3651 Karar- UYAP: ““Mala zarar verme, yaralama ve hakaret suçlarında; TCK’da hapis cezası ile adli para cezasının seçenekli yaptırım olarak öngörüldüğü hallerde TCK’nın 61. maddesindeki ölçütlere göre somut olay irdelenip aynı Kanunun 3. maddesindeki fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur ilkesi de gözetilerek, seçenekli yaptırımlardan hangisinin seçildiğinin gösterilmesi sonra da alt ve üst sınırlar arasında temel cezanın belirlenmesi gerekirken, yetersiz gerekçeyle hapis cezasının tercih edilmesi,...Kanuna aykırı...”

2- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Ceza türünün belirlenmesinde etkin olan bir diğer kanuni etken hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasıdır. Gerçekten CMK m. 231/6 fıkrasına göre:

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, şartlarının bir arada bulunması halinde sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı uygulanabilecektir.

Uygulama kapsamını genişletecek sonuç doğuran pek çok Yargıtay kararı ile birlikte sanık hakkında şartların bulunması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi zorunluluk gibi görünmektedir. Bu halde itiraz ve itiraz mercilerinin kesin kararı ile birlikte kararın kesinleşme süreci kısaltacak ve dosya Yargıtay aşamasından geçmeyecektir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde, CMK 231/7 fıkrası gereğince, açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hükümdede, sanık hakkında hapis cezasının ertelenebilmesi ya da kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilebilmesi mümkün değildir. Sanık hakkında verilecek hüküm bu aşamada kanunda belirlenen soyut cezanın, seçimlik yaptırım olarak belirlenmesi halinde hapis cezası tercih edildiği takdirde bunun kısa süreli olması halinde, seçenek yaptırım uygulamasına gidilemeyeceği ve hiçbir şekilde ertelenemeyeceği yönündedir. Bu hükümler de temel cezanın belirlenmesi yönünden hâkimi sınırlayıcıdır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması konusunda bir diğer sınırlayıcı hüküm yine 6545 sayılı yasa 72. Maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 231. Maddesi, 8. Fıkrasına ilk cümleden sonra gelmek üzere eklenen;

“Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.” hükmüdür. Bu hükme göre de sanık hakkında bir kez hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde yeniden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Bu halde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının maddi ceza hukukuna ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Özellikle sanık yönünden lehe/aleyhe kanun değerlendirmesi yapılması sırasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi önemlidir. Sanığın 28 Haziran 2014 günü 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dan önce verilen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı bu tarihten sonra verilen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararları yönünden engelleyici olabilecek midir? Diğer bir anlatımla, TCK 7/2 fıkrasına göre,

“Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” Bu halde, sanık hakkında daha önce verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları yeniden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel olacak mıdır? Üstelik 3. fıkra, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç infazla ilgili olan hükümlerin derhal uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına açıkça fıkra, yer verilmemiş ise de niteliği itibarıyla erteleme olarak değerlendirilebilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden lehe/aleyhe değerlendirmesi yapılması için öncelikle değerlendirileceği sonucunu çıkartmak mümkündür.

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanması sırasında hükmedilen yaptırımların, hükmün açıklanması aşamasında aynen korunması gerektiği konusunda Yargıtay uygulamalarında birlik olduğunu söylemek gerekir. Bu konuda, kanun lâfzından hükmün aynen korunması çıkartılamamaktadır. Ancak, Yargıtay daire uygulamaları ile hükmün aynen korunması gerektiği sıklıkla vurgulanmakta, ancak sanık lehine olarak seçenek yaptırımların uygulanması hatta cezanın bu aşamada ertelenmesi halinde aleyhe temyiz bulunmaması nedeniyle onama yapılması uygulamasına sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması uygulamasında, Temel cezanın belirlenmesi konusunda hâkimi sınırlayan bir diğer hüküm 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle TCK m. 191’e ilişkindir. 6545 sayılı yasa m. 85 ile 5320 sayılı kanuna eklenen geçici 7/2 fıkrasına göre:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.”

Bu durumda, uyuşturucu madde kullanmak suçundan açılan kamu davaları açısından, mahkeme hâkiminin başka bir karar vermek bakımından takdir hakkı yoktur. Yalnız hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermesi gerekir. Bu halde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden genel şartların da aranmaması gerekir. Yani, 6545 sayılı yasa hükümleri gereğince sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanık rızası aranmayacağı gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması metninin ayrıca ceza hükmü taşıması da gerekli değildir.

Geçici metin olmasına rağmen uyuşturucu madde kullanma suçunda özel affa benzer bir etki doğuran kanun metni açısından hâkimin temel cezanın belirlenmesinde herhangi bir fonksiyonu yoktur.

3. Zorunlu Seçenek Yaptırım

TCK m. 50/3 fıkrasına göre,

“Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrafta yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.”

2. CD. 05.02.2013 gün, 2011/23326 Esas 2013/1987 Karar sayılı ilamında, 25 günlük hapis cezasına hükmedilen sanığın, daha önce mahkûm olmaması nedeniyle seçenek yaptırım uygulama zorunluluğu bozma kararına konu edilmiştir.

4-Tekerrür

Tekrarlanma anlamına gelen tekerrür,^[14] en az ikinci kez suç işlenmesi halidir.^[15] Tekerrür hükümlerinin amacı, özellikle ilk defa suç işleyen kişi ile suç işlemekte ısrar eden kişi arasında fark oluşturmaktır.^[16]

a-) Daha önceden işlenen suçtan dolayı mahkûm olma,

[14] Türk Dil Kurumu, Güncel Sözlük, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5514db5d95f793.20877998)

[15] Hakeri, s. 548.

[16] Faruk Erem, (1944) “Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, *Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, Sa. 2-3, 1944, s. 191. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/225/1940.pdf>)

b-) Daha önceki mahkûmiyetin ceza mahkûmiyeti olması zorunluluğu,

c-) Verilen cezanın kesinleşmiş olması,

ç-) Kesinleşen cezanın infazının gerekli olmaması,

d-) Yeni bir suçun işlenmiş olması,

e-) Beş yıldan fazla mahkûmiyet halinde beş yıl ve beş yıl dâhil, beş yıla kadar işlenen suçlarda ise üç yıl içinde yeni bir suçun işlenmiş olması şartlarının bir arada gerçekleşmiş olması halinde sanık mükerrer sayılacak ve hakkında tekrüre ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Tekerrür hükümlerinin uygulanmasının en önemli sonucu, tekerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezasıyla adli para cezasının öngörölmüş olması halinde, hapis cezasına hükmolunmasıdır. Burada hâkime takdir yetkisi verilmemiş, hapis cezasını seçme zorunluluğuna yer verilmiştir.

Mükerrer olan sanık hakkında TCK m. 50/2 fıkrasının uygulanabilmesi bu nedenle mümkün değildir. Hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirirken, suçlunun kişiliği değerlendirilecek ve seçenek yaptırıma çevirmede sanığın kişiliği çelişkiye düşülmeden değerlendirilecektir.^[17] Ancak Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 2. CD. 26.06.2012 gün, 2010/29612 Esas 2012/17410 Karar sayılı ilamında olduğu gibi sanık hakkında TCK m. 50/3 fıkrası gereğince zorunlu hapis cezası uygulanması halinin sanık hakkında adli para cezasına çevirmeye engel olmadığı görüşündedir. Bu uygulama, kanunun açık lâfzına aykırı görünmektedir.

5. Lehe/Aleyhe Kanun Değerlendirmesi

TCK m. 7 hükmüne göre sanık hakkında lehe aleyhe kanunun değerlendirilmesi gerekir.^[18] Maddesine göre;

[17] Özcan Özbey, “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri” TBB Dergisi, Sa. 88, 2010, s. 93.

[18] “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 2 hükmü ile “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine yer verilmiş ve geçmişe uygulama yasağı ile somutlaştırılmıştır. Geriye yürüme yasağının istisnası ise lehe kanunun geriye yürümesidir. İşlendiği zamanın kanununa göre suç oluşturan bir fiil, daha sonra yürürlüğe giren bir kanunla suç olmaktan çıkarıldığı takdirde failin lehine olan sonraki kanun geçmişe yürürlü olarak uygulanacaktır. Yürürlüğe giren kanun, bir suçun unsurlarında, mahkûmiyetin kanuni neticelerinde fail lehine değişiklikler öngördüğü takdirde kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiillere de uygulanacaktır.^[19]

6. Kusur Yeteneğini Etkileyen Sebepler

a-) Yaş Küçüklüğü

Türk Ceza Kanunu m. 31/1 fıkrasına göre:

“Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.”

Yine Türk Ceza Kanunu m. 31/2 fıkrasına göre:

“Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmuş olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

b-) Akıl Hastalığı

Benzer bir hükme akıl hastalığı açısından da yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu m. 32/1 fıkrasına göre:

“Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.”

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.”

[19] M. Kerem Osmanoglu, “Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı”, *EÜHFD.*, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 95.
(http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2010_IV_2.4.pdf)

c-) Sağır ve Dilsizlik

Türk Ceza Kanunu m. 33'e göre, sağır ve dilsizler açısından ceza sorumluluğu yaş sınırı onbeştir. Onbeş yaşını tamamlamamış sağır ve dilsizlerin ceza sorumluluğu yoktur.

15-18 yaş grubundaki sağır ve dilsizler için ise fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği araştırılacaktır. Bu gelişimin sağlanmamış olması halinde bu kişiler yönünden ceza sorumluluğu yoktur.

ç-) Geçici Nedenler

Türk Ceza Kanunu m. 34/1 fıkrasına göre:

“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.”

Geçici nedenler, uyku ali, ateşli hastalık, sara nöbeti, yeni doğum yapmış kadını psikolojik durumu olarak örneklenmektedir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi açısından failin, bu durumlara kasten ya da taksirli olarak sebep olmaması ve bu geçici sebeplerin isnat yeteneğini kaldırması gerekir.^[20]

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da paralel bir düzenlemeye yer verilmekle birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda geçici nedenlerin bulunması halinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak bu halde güvenlik tedbirlerine yer verilmemiştir. Bu halde failde tehlikelilik hali bulunmadığından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun güvenlik tedbirleri öngörmeyen hükümleri yerinde olmuştur.^[21]

7. Kusurluluğu Etkileyen Sebepler

a-) Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emir

Türk Ceza Kanunu m. 24 ilk iki fıkrasına göre ceza sorumluluğunun bulunmaması mümkündür. Buna göre:

“1] Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

[20] Hakeri, s. 282.

[21] Özbek vd., s. 397.

[2] Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz”

b-) Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu m. 25/2 fıkrasında zaruret haline yer verilmiştir:

“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

c-) Kaza ve Tesadüf

Ceza hukuku anlamında fail veya üçüncü kişiler tarafından öngörülmesi mümkün olmayan neticedir. Öngörülebilir olmayan bir neticenin öngörülmemiş olması anlamına gelen kaza ve tesadüf halinde kusur bulunmadığından faile ceza verilebilmesi mümkün değildir.^[22]

ç-) Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

Türk Ceza Kanunu m. 28’de:

“[1] Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

Cebir halinde mevcut bir kötülük bulunmaktadır. Ancak tehdit halinde gelecekte gerçekleştirilecek bir kötülükten bahsedilerek kişiye suç işletilmektedir.^[23]

d-) Hata

Hata, gerçeğin bilinmemesi ya da yeteri kadar bilinmemesi nedeniyle iradenin yanlış şekilde oluşmasıdır. Hatanın iki şekilde belirmesi mümkündür:

i-) Fail, işlediği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu konusunda bilgi sahibi değildir veya mevcut bir kuralın uygulama alanını hatalı değerlendirmektedir. Bu durumda hukuki hata ya da yasak hatası söz konusudur.

[22] Hakeri, s. 303, Özbek vd., s. 370.

[23] Hakeri, s. 305.

ii-) Fail, suçu oluşturan maddi unsurlarda, nitelikli hallerde veya hukuka uygunluk nedenlerinde hata halindedir. Bu durumda, fiili hata ya da genel olarak tipte hata söz konusudur.^[24]

Haksızlık yanılığına ilişkin olan hüküm, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının (TCK m. 4), mutlak uygulanmasına ilişkin eleştirileri ortadan kaldırma amacıyla kanuna alınmıştır.^[25] Ancak TCK m. 30/4 fıkrasındaki düzenlemenin TCK m. 4'te düzenlenen, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralını hükümsüz kıldığı da ileri sürülmektedir.^[26] Lâfzi açıdan bakıldığında son değerlendirmenin doğru olduğunu söylemek mümkündür.

8. Hukuka Uygunluk Sebepleri

a-) Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu m. 24/2 fıkrasına göre:

"Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz."

Bu hükme göre hukuka aykırı olmakla birlikte bağlayıcı emri yerine getiren kamu görevlisinin kusuru kalktığından hukuken sorumlu tutulması mümkün değildir.

b-) Kanun Hükmünü İcra

Türk Ceza Kanunu m. 24/1 fıkrasına göre:

"Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez."

Buna göre Türk Medeni Kanunu m. 432 ve devamı maddeleri gereğince akıl hastaları hakkında tedavi işlemleri için hastaneye yatırılması kararını veren hâkimin; İcra İflâs Kanunu 3. Maddesine göre haciz işlemi yapan icra memurunun, takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkını kullanan şikâyetçinin TCK m. 276 ve CMK m. 62'ye göre bilirkişilik yapan kişinin, Türk Ceza Kanunu m. 234/2 fıkrası gereğince terbiye yetkisini kullanan anne, baba, öğretmen ya da

[24] Olgun Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", *TBB Dergisi*, Sa. 110, 2014., s. 182. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1343>)

[25] Sesim Soyer Güleç, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığısı (m. 30/4)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Sa. 1., 2008, s. 64. (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf>)

[26] Değirmenci, s. 183.

ustanın, CMK m. 90 gereğince yakalama işlemini yerine getiren kişinin, Türk Ceza Kanunu m. 128 ile CMK m. 149 ve devamı maddelerine göre savunma hakkını kullanan müdafinin fiillerinin hukuka uygun olması halinde sorumlu tutulabilmeleri mümkün değildir.^[27]

c-) Meşru Savunma

Türk Ceza Kanunu m. 25/1 fıkrasına göre:

“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde fail hakkında ceza belirlenmesi yoluna gidilemeyecektir.

d-) Hakkın Kullanılması

Türk Ceza Kanunu m. 26/1 fıkrasında:

“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

Bu haklar yasadın, sözleşmeden ya da örf ve adetten kaynaklanabilir. Genel olarak şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

- i-Eleştiri Hakkı,
- ii- Spor Faaliyetleri
- iii- Bir İş Meslek, Sanat veya Bilim Faaliyetinin İcrası

e-) İlgilinin Rızası

Türk Ceza Kanunu m. 26/2 fıkrasında:

“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

9. Hakaret Suçunun Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

[27] Hakeri, s. 225, 226.

Türk Ceza Kanunu m.129/2.fıkrasında:

“*Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde, kişiye ceza verilmez.*” Hükmüne yer verilmiş olup, bu halde de hâkim ceza belirleme yoluna gitmeyecektir.

Belirtilen hallerin tamamının fail yönünden temel cezanın belirlenmesine ilişkin yasal sınırlar oluşturduğunu yasalarda belirtilen hallerin gerçekleşmesi halinde hâkim ya da mahkeme tarafından herhangi bir ceza belirleme işlemi yapılmayacaktır.

IV. TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Temel cezanın belirlenmesi faile ve fiile ilişkin hususlar açısından değerlendirilmelidir. Fiile ilişkin hususlar, kullanılan araç, suçun işlendiği zaman ve yer, zararın veya tehlikenin ağırlığı; faile ilişkin hususlar ise, kastın ve taksirin yoğunluğu, suçun sebep, saikleri, ve failin amacı, failin geçmişi ve failin şahsi ve sosyal durumu olarak değerlendirilebilir. Failin geçmişi, kişiliğinin ve geleceğinin de göstergesidir. Sosyal statüleri farklı iki kişinin farklı şekilde cezalandırılması mümkündür. Bu haller bütün olarak temel cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır.^[28]

Ceza türünün belirlenmesi aşamasından sonra ceza miktarının belirlenmesi gerekir. Bu durumda cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesi gerekir. Kanunda cezanın alt ve üst sınırlarının gösterilmiş olduğu durumlar “basamaklı ceza” olarak adlandırılmaktadır.^[29] Suçlar için öngörülen cezaların, maktu(kati/kesin), basamaklı veya seçimlik olarak düzenlenmesi mümkündür.^[30]

Uygulamada gerekçesiz, “tamdiren ve teşdiden” ceza uygulamasının hukuki dayanaktan yoksun olduğu, hukuk devletinde kabul edilemez nitelikte olduğu belirtilmiştir.^[31] Ancak ceza uygulaması konusunda takdir yetkisinin hâkimde olduğunu belirttiikten sonra “tamdiren-teşdiden” ceza uygulamasının yerinde olmadığını savunmak bize göre çelişkilidir. Yargıtay uygulamalarında da, hükümde “tamdiren/teşdiden” lâfzına yer verilmesi yeterli görülmemekte, alt

[28] Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, s. 562.

[29] Özbek vd., s. 694.

[30] Zafer, s. 480.

[31] Özbek vd., s. 694; Zafer'e göre de, “tamdiren” sözcüğünün kullanılması, gerekçe teşkil etmez. Hakim, gerek temel cezayı belirlerken, gerekse diğer aşamalarda yaptığı tercihi gerekçelendirmelidir. Zafer, s. 495.

sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi halinde ayrıca yeterli gerekçe oluşturulması gerekmektedir.^[32]

Hâkim somut olayda pek çok nedeni takdir hakkını kullanırken dikkate alacaktır. Cezanın iki sınır arasında tayin ve takdiri mahkememin yetkisi içinde ise de hâkim bu takdir hakkını adalet ve nesafet kuralları ile sınırlı olarak kullanmak zorundadır.^[33] Gerekçelendirmede de çelişkiye düşmemek önemlidir. Örneğin hakim cezayı alt sınırdan tespit ederken gösterdiği gerekçe ile erteleme talebini reddederken gösterdiği gerekçe çelişmemelidir.^[34]

Çalışkan'a göre ise cezanın belirlenmesinde:

i-) Kanunilik ilkesi,

ii-) Kusur ilkesi,

iii-) Mükerrer değerlendirme yasağı ilkesi,

iv-) Gerekçe gösterilmesi ilkelerinin gözetilmesi gerekir.^[35]

Sanığın suç işleme kastı, somut olayın özelliğine göre olaydan sonraki tutum ve davranışı, savunmasında pişmanlık duyduğunu, mağdurdan özür dilediğini belirtmesi ancak davranışları ile husumeti devam ettirmesi, başka olaylara neden olması gibi hallerde sanık hakkında cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi konusunda yeterli sayılacaktır. Pek çok durumda Yargıtay'ın bozma kararlarıyla hâkimin takdir hakkına müdahale etmesi hâkimin bağımsızlığı ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.^[36]

Ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezalarında ayrıca belirlenecek bir temel ceza yoktur. Çünkü bu cezaların bizatihi kendisi temel ceza niteliğindedir. Bu durumda hâkimin yapması gereken eylemin sabit olup olmadığının tespiti ile yetinmektir. Eylemin sabit olduğu belirlendiğinde müebbet hapse ilişkin cezalara hükmedilecektir.

Soyut cezanın belirlenmesinde temel ilke TCK m. 3/1 fıkrasında düzenlenen "orantılılık ilkesi"dir. "Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi" de temel cezanın belirlenmesi konusunda diğer ölçüdür. Bu temel ilkeler dışında sanık hakkında

[32] Gerçeker, s. 951.

[33] Haydar Erol, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2005, s. 297.

[34] Zafer, s. 495.

[35] Suat Çalışkan, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, 2013, s. 724, 725.

[36] Özbek vd., s. 695.

cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet eden madde TCK m. 61’de düzenlenen “Temel cezanın belirlenmesi” hükümleridir.

Türk Ceza Kanunu’nun hâkime alt ve üst sınırlar arasında geniş bir makasta ceza belirleme yetkisinin verilmesi de doktrinde “kanunilik ve belirlilik” ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir.^[37] Cezada makasın geniş tutulması ancak “orantılılık” ilkesine aykırı olarak kabul edilebilir. Aksi halde kanunda yer alan bir hükmün kanunilik ilkesine aykırı olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi belirlilik ilkesine aykırı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Belirlilik, kanunda düzenlenen ve suçun unsurlarına ilişkin sözcüklerin doğru seçilmesidir. Bu durumda, her iki ilkenin de ihlâl edildiğini söylemek mümkün değildir.

Türk Ceza Kanunu, uygulamacıya olan güven nedeniyle ceza miktarlarının artırıldığını, cezada alt ve üst sınırlar arasındaki makasın geniş tutulduğunu söylemek mümkündür. Ancak soyut ceza hükümlerinin somutlaştırılması amacına hizmet eden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ise pek çok hükmü bütün ayrıntısıyla düzenleyerek uygulamacıya yön verdiğini söylemek gerekir.

V. MÜKERRER DEĞERLENDİRME YASAĞI

Cezanın belirlenmesinde bir diğer dikkat çeken hüküm, TCK m. 61/3 fıkrasıdır. Bu fıkraya göre:

“Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.” Bu hükme göre, sanık hakkında temel cezanın belirlenmesinde hükmün aynı zamanda unsur olması halinde bu husus ikinci kez dikkate alınmayacaktır. Kanun gerekçesinde “mükerrer değerlendirme yasağı” olarak düzenlenen hükmün suçun nitelikli halleri açısından da dikkate alınması gerekir.^[38]

Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin 3. CD. 24.09.2013 gün, 2012/34698 Esas 2013/32115 Karar, 3. CD. 16.09.2013 gün, 2012/29553 Esas 2013/30595 Karar, 3. CD. 16.09.2013 gün, 2012/29066 Esas 2013/30629 Karar, 3. CD. 24.09.2013 gün, 2012/29019 Esas 2013/32010 Karar, 3.CD. 10/07/2014 gün, 2014/2635 Esas 2014/28203 Karar sayılı ilamlarında belirtildiği gibi yaralama suçunda, sanık hakkında birden fazla artırım nedeninin bulunması halinde bu hususun suçun işleniş biçimine göre alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi

[37] Özbek vd., s. 696.

[38] Özbek vd., s. 697.

gerekir. Bu hali mükerrer uygulama yasağının da hakkaniyet gereği zorunlu olarak aşılması olarak değerlendirmek gerekir.

Türk Ceza Kanunu m. 61 ile temel cezanın belirlenmesinde yedi kıstas öngörülmüştür. Temel cezanın belirlenmesinde bu hükümler, “sınırlı sayı” ilkesine göre düzenlenmiştir. Bu nedenle maddede yer alan sebepler dışında bir sebebin temel cezanın belirlenmesinde esas alınmaması gerekir.^[39]

Hâkim temel cezanın belirlenmesinde kanundaki alt ve üst sınırları dikkate alacaktır. Kanundaki bu alt ve üst sınırların dışına çıkılması hukuken mümkün değildir.

VI. CEZANIN BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

A- SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMİ

Sanığın suçun işlenmesi sırasında göstermiş olduğu davranışlar, mağdurun suçun işlenmesine neden olması, suçun mağdur ve üçüncü kişiler üzerindeki etkileri gibi haller suçun işleniş biçimidir. Bize göre kavram dikkatli seçilmemiştir. Suça ilişkin her türlü unsurun suçun işleniş biçimi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Lâfza göre şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

Failden kaynaklanan suçun işleniş biçimi,

Suçta kullanılan araçtan kaynaklanan suçun işleniş biçimi,

Suçtan sonraki davranışa göre suçun işleniş biçimi.

Zamana göre suçun işleniş biçimi:

Suçtan önceki,

Suç sırasındaki,

Suçtan sonraki hallere göre değerlendirmek mümkündür. Daha farklı bir bakış açısıyla,

Sanığa göre suçun işleniş biçimi,

Mağdura göre suçun işleniş biçimi,

Üçüncü kişilere göre suçun işleniş biçimi de farklı farklı olabilecektir.

[39] Gerçekler, s. 950; Zafer, s. 490.; Birtek, 353.

Örneğin, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 28/03/2013 gün, 2012/9575 Esas 2013/7930 Karar sayılı ilamında, bir olayda birden fazla artırım nedeni bulunması halinde temel cezanın asgari haddenden uzaklaşarak belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi sahte belgelerin çokluğuna ilişkin 5/2/2015 gün, 2013/2820 Esas 2015/1308 Karar sayılı ilamında suçta konu belgelerin farklı zamanlarda oluşturulduğuna ilişkin delil bulunmaması nedeniyle TCK m. 43 hükmünün uygulanma imkânsızlığını belirttikten sonra bu durumun sanık hakkında temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşma nedeni sayılabileceğini belirtmiştir.

Temel cezanın belirlenmesinde suçun işleniş biçimi kanundan kaynaklanan cezada alt sınırdan uzaklaşma nedeni olarak da değerlendirilebilir. Örneğin yaralama suçunun nitelikli hallerinin uygulanmasında birden fazla nitelikli halin aynı olayda gerçekleşmesi halinde fail hakkında kanun lafzı gereği birden fazla artırım uygulanamayacak, bu husus temel cezanın belirlenmesi sırasında cezanın alt sınırından uzaklaşma nedeni olarak değerlendirilecektir.^[40]

B. SUÇUN İŞLENMESİNDE KULLANILAN ARAÇLAR

Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar da temel cezanın belirlenmesi konusunda belirleyici olabilecektir. Ancak yine suçun unsuru ya da artırıcı nedeni olmama konusunda gereken dikkat ve özenin gösterilmesi gerekmektedir. Silahlı tehdit, silahla yaralama gibi hallerde suçun unsuru olan silahın niteliğine göre cezanın alt sınırından uzaklaşılabilir mi? Somut olayın özelliklerine göre bunun dikkate alınabilmesi gerektiği görüşünderiz. Çünkü ölümlü tehdidin tabanca ile yapılması ile el bombası ile yapılması arasında fark vardır. Bu farkın cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Mükerrer değerlendirme yasağına konu olması gereken, salt unsur olan silahın kullanılması olması gerekir.

C. SUÇUN İŞLENDİĞİ ZAMAN VE YER

[40] 3.CD. 23/02/2015 gün, 2014/33166 Esas 2015/6670 Karar- UYAP: “Kardeşi olan mağduru 5237 sayılı TCK'nin 6/1-f. maddesince silahtan sayılan bıçak ile yaralayan sanığa verilen cezanın TCK'nin 86/3. maddesine göre ancak bir kez artırılacağı ve bu durumun temel cezanın belirlenmesi sırasında alt sınırdan uzaklaşma nedeni yapılabileceği gözetilmeden, TCK'nin 86/2. maddesince temel ceza belirlendikten sonra TCK'nin 86/3-a ve 86/3-e maddesi uyarınca cezanın iki defa arttırılması suretiyle sanığa fazla ceza verilmesi,...”

Mükerrer değerlendirme yasağı bu hüküm açısından da dikkate alınmalıdır. Örneğin hırsızlık suçuna konu olan eşyanın, kamu kurum ve kuruluşunda ya da ibadete ayrılmış yerlerde bulunması hali cezada artırım nedeni olarak TCK 142/1-a maddesinde düzenlenmiştir. Bu durumda ayrıca sanık hakkında bu tip yerlerde bulunan eşya ile ilgili temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilmemesi gerekir.

Suçun işlendiği yer ve zaman dilimi aynı zamanda, CMK 170/1-i bendinde iddianamede belirtilmesi gereken unsurlar arasında gösterilmiştir. Bu husus CMK 174 maddesinde düzenlenen iddianamenin iadesi nedenlerinden sayılmamıştır. Suçun işlendiği yer ve zaman dilimi, CMK 232/2-c bendinde de hüküm fıkrasında yer verilmesi gereken unsurlar arasında gösterilmiştir. Yargıtay kararlarında da suçun işlendiği yer ve zaman dilimine açıkça yer verilmiş olması hususunun zaman zaman bozmaya konu yapıldığı görülmektedir. Suçun somutlaştırılması açısından önemli bir şekli şart olan suçun işlendiği yer ve zaman diliminin, CMK 232/2-c maddesi açısından hükmün kurucu unsuru gibi gösterilmiş olmasının ve Yargıtay bozma kararlarının isabetli olduğu söylenebilir ise de ülkemizin özellikle ceza davalarında nihai karara ulaşma süresinin uzunluğu dikkate alındığında iddianame metninden anlaşılabilirdiği takdirde ayrıca bozmaya konu yapılmaması gerekir. Çünkü hâkim, CMK 225. Maddesi gereğince iddianamede yer alan fiil ve faille bağlıdır ve buna uygun muhakeme gerçekleştirildiği takdirde yalnız hükümde bu hususun bozmaya konu yapılmaması gerekir.

Ç. SUÇ KONUSUNUN ÖNEM VE DEĞERİ

Suç konusunun önem ve değeri temel cezanın belirlenmesi açısından kanuni nedenler arasında düzenlenmiştir. Örneğin suçun konusunun mağdur için önemi, gelir-geçim kaynağı olması ve hırsızlık suçuna konu olması gibi durumlarda temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılacaktır. Ancak temel cezanın belirlenmesinde mükerrer uygulama yasağı bu husus açısından da dikkate alınmalıdır.

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.^[41]

[41] Çalışkan, s. 728.

Suç konusunun önem ve değeri lâfzi olarak değerlendirildiğinde muğlak bir kavramdır. Bu anlamda suç konusunun önem ve değeri objektif bir kıstasa göre mi yoksa sanığa ya da mağdura göre mi belirlenecektir? Bize göre suç konusunun gerek objektif ve gerekse mağdura göre önem ve değeri temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Örneğin, Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10/10/2012 gün, 2012/1171 Esas ve 2012/1752 Karar sayılı ilamını değerlendiren 7. Ceza Dairesi, somut olayda 2440 paket olan kaçak sigarayı, "Dava konusu edilen ve ele geçirilen sigaraların miktarı nazara alındığında, cezaların şahsiliği ve uygulama birliğinin sağlanması bakımından daha çok miktarda bandrolsüz sigara satışı yapanlarla suça konu miktardaki bandrolsüz sigara satışı yapanlar arasında asgari ve azami had aralığında hakça oranda bir temel ceza belirlenmesi gerekirken dosya içeriğinde uygun düşmeyen ve yasal olmayan gerekçeyle asgari haddenden uzaklaştırılarak fazla miktarda ceza tayini,..." sözleriyle değerlendirmiştir. Benzer şekilde 77 paket sigara için teşdiden ceza uygulaması da, dosya içeriğine uygun düşmeyen ve yasal olmayan gerekçelerle asgari haddenden uzaklaştırılarak ceza tayini olarak değerlendirilmiştir.^[42]

D. MEYDANA GELEN ZARAR VE TEHLİKENİN AĞIRLIĞI

Meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken diğer bir ölçüdür. Belirtilen ölçü açısından da "mükerrer değerlendirme yasağı" geçerlidir.

Benzer bir hükme teşebbüs aşaması açısından da yer verilmiştir. TCK m. 35/2 fıkrasına göre:

"Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

[42] 7. CD. 9/2/2015 gün, 2014/1304 Esas 2015/9946 Karar-UYAP: "Mahkemece teşdit ve temel cezanın belirlenmesindeki gerekçede, TCK'nın 61.maddesindeki bir kısım ifadeler yazılmış olmakla beraber, somut olayla ilişkilendirilebilecek hususiyetin bulunmadığı, özellikle kaçak eşyanın miktarı itibarıyla suç konusunun önem ve değerine göre, cezaların şahsiliği ve uygulamada birliğin sağlanması bakımından, benzer olaylarla mukayese edildiğinde, daha çok miktarda sigara kaçakçılığı yapanlarla daha az miktarda kaçakçılık yapanlar arasında hakkaniyete uygun, adil bir ceza tayin edebilmek bakımından, 77 paket sigara kaçakçılığı yapan sanığın cezasının teşdiden verilerek dosya içeriğine uygun düşmeyen ve yasal olmayan gerekçeyle asgari haddenden uzaklaştırılarak fazla miktarda ceza tayini,...yasaya aykırı"

Söz konusu hüküm suçun özel görünüş şekillerinden olduğundan mükerrer değerlendirme yasağı teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında geçerli değildir. Mükerrer değerlendirme yasağı yalnız suçun unsurları ve nitelikli halleri bakımından geçerlidir. Buna göre suçun özel görüşün şekli açısından mükerrer değerlendirme yasağı söz konusu değildir. Ancak doktrinde mükerrer değerlendirme yasağının teşebbüsü de kapsamı gerektiği ve teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanmasında zarar ve tehlikenin ağırlığının yalnız sonuç cezanın belirlenmesinde esas alınması gerektiği belirtilmektedir.^[43]

Teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında zarar ve tehlikenin ağırlığı özellikle kasten öldürme suçları açısından sıklıkla bozmaya konu yapılmaktadır. Özellikle kasten öldürme suçlarında eksik teşebbüs/tam teşebbüs ayrımının kaldırılmış olması etkisini göstermektedir. Her türlü teşebbüs halinde indirim oranının tam olarak uygulanması bozmaya konu edilebilmektedir.

12. CD. 17.04.2013 gün, 2012/24392 Esas 2013/10345 Karar

“...Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1 ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle TCK'nın 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerektiği gözetilmeden, meydana getirdiği kaza sonucu mağdurun vücut fonksiyonlarına etkisi ağır (4) derece kemik kırığı oluşacak şekilde yaralanmasına sebebiyet veren sanık hakkında, temel cezanın asgari haddten belirlenmesi suretiyle adalet ve hakkaniyete uygun olmayacak şekilde az ceza tayini, Kanuna aykırı olup...”

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 10/4/2013 gün, 2012/16665 Esas 2013/9355 Karar sayılı ilâmında ise sanığın tali kusurlu dahi olsa yaralı sayısı ve yaralanma derecesi ile suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman dikkate alınmak suretiyle sanığın cezasının alt sınırdan uzaklaşarak tespit edilmesi gerektiği hususunu vurgulamıştır.

1. CD. 11/07/2014 2013/5924 Esas 2014/3808 Karar

“...Ciddi bir engel bulunmamasına rağmen sanıkların mağdurda meydana getirdikleri yaraların yeri ve niteliği, olayın gelişimi ve sanıkların sayısı da dikkate alındığında, sanıkların eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastlarının yaralamaya yönelik olduğu anlaşılmalı, olayın oluşu ve yaraların niteliği de gözetilerek, bıçakla kasten yaralama suçundan alt sınırdan uzaklaşılmalı suretiyle hüküm

[43] Özbek vd., s. 699.

kurulması yerine, suç vasfında hataya düşülerek, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,..."

Yine, Yargıtay 1. CD.'nin 06/03/2014 gün, 2014/1037 Esas 2014/1382 1.CD. 25/2/2015 gün, 2014/27 Esas 2015/950 Karar 1.CD. 18/2/2015 gün, 2014/6538 Esas 2015/819 Karar, 1.CD. 18/2/2015gün, 2014/200 Esas 2015/802 Karar, 1.CD. 25/2/2015 gün, 2014/27 Esas 2015/950 Karar, 1.CD. 4/2/2015 gün, 2013/6212 Esas 2015/444 Karar, 1.CD. 4/2/2015 gün, 2013/6223 Esas 2015/448 Karar sayılı ilamlarına göre, yaralama suçunda, yaraların sayısı ve tespit edilen özellikleri ile zarar ve tehlikenin ağırlığına göre TCK 61. Maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekir.

E. FAİLİN KAST veya TAKSİRE DAYALI KUSURUNUN AĞIRLIĞI

Kastın ağırlığı, failin gerçekleştirmek istediği sonuç açısından kararlılığını, suçu işlemekteki ya da neticeyi gerçekleştirmekteki ısrarı; taksirin ağırlığı ise failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığı anlamına gelir. Failin kastının ağırlığı bakımından ne kadar kararlı olduğu failin suç yolunda harcadığı çabanın ve aştığı zorlukların çokluğu amaca ulaşma bakımından gösterdiği kararlılık olarak değerlendirilmelidir.

Kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı da temel cezanın belirlenmesinde mükerrer değerlendirme yasağına tabidir. Bu nedenle özel kast anlamına gelen hükümlerin uygulanmasında kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Benzer şekilde tasarlayarak adam öldürme halinde de mükerrer değerlendirme yasağı gereğince sanık hakkında kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı nedeniyle temel cezanın belirlenmesi yoluna gidilemez.^[44]

Taksirin derecelendirilmesinde dikkate alınması gereken husus failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğünün ağırlığıdır. Failin göstermeyi ihmal ettiği özen yükümlülüğünün ağırlığı, temel cezanın belirlenmesinde ölçü norm olarak dikkate alınabilecektir. Özellikle netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından varlığı aranan ağır taksir kavramı özel hukukta kullanılmaktadır.

[44] Özbek vd., özel kast/genel kast ayrımının yalnızca konuyu ifade etmek açısından kullanılan bir kavram olduğu ve özel kastın bulunmadığı görüşündedir. Fail saik ve kastının özel olarak suç tipinde düzenlenmemiş olması halinde mükerrer değerlendirme yasağı söz konusu olmayacağından fail hakkında TCK 61/1-f bendine göre cezanın belirlenmesi yönünden esas alınabilecektir. Özbek vd., s. 701.

Ağır Taksir Kavramı, Türk Ceza Kanunu'nda dikkate alınmamakla birlikte temel cezanın belirlenmesinde failin taksirinin ağırlığı olarak dikkate alınabilir.^[45]

Madde metninde belirtilen kast ve taksirin ağırlığı ile anlaşılması gereken bilinçli taksir/olası kast kavramları değildir. Olası kast ve bilinçli taksir temel cezanın belirlenmesinde değil, temel ceza belirlendikten sonra sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

Örneğin Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 15/10/2012 gün, 2012/9980 Esas 2012/21844 Karar sayılı ilamında asli ve tali kusurlu sanıklar arasında ceza miktarı yönünden fark olması gerektiğini belirtmektedir.

E. FAILİN GÜTTÜĞÜ AMAÇ VE SAİK

Amaç, failin suçla elde etmek istediği menfaat ve saik ise faili suça iten nedendir. Suçun özel kastla işlenmesi durumunda mükerrer değerlendirme yasağı gereğince temel cezanın belirlenmesine esas alınamayacaktır.

Özellikle taksirli suçlar bakımından failin güttüğü amaç ve saik kavramına yer verilmiş olması bozma kararlarına konu yapılmaktadır. Gerçekten, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla işlenebilen taksirli suçlar yönünden failin güttüğü amaç ve saikten bahsedilemez. Çünkü istem dışı bir davranış söz konusudur (Örneğin, Ceza Genel Kurulu, 07/07/2009 tarih 2009/9-62 Esas-191 Karar sayılı ilamı ile, 12. CD. 06.03.2013 gün, 2012/15135 Esas 2013/5510 Karar, 12. CD. 20.03.2013 gün, 2012/14775 Esas 2013/6958 Karar, 12.CD. 20.03.2013 gün, 2012/14777 Esas 2013/6959 Karar, 12. CD. 25.2.2013 gün, 2012/13576 Esas 2013/4188 Karar sayılı ilamlarında taksirli suçlar açısından failin güttüğü amaç ve saikin temel cezanın belirlenmesinde ölçü olamayacağı belirtilmiştir.)

765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 29 hükmü ile, temel cezanın belirlenmesini düzenlemiş ve maddenin son fıkrasında “failin diğer özellikleri” gibi muğlak bir kavrama yer verilmişti. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu kıstasa yer verilmemiş, böylelikle sınırlı sayı ilkesi benimsenmiştir. Türk Ceza Kanunu m. 61/7 fıkrasında da kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde cezanın artırılmasının ya da eksiltilmesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Bu hükme rağmen Türk Ceza Kanunu m. 62’de takdir indirimi nedenlerini düzenlemesinde, “gibi nedenlerin” indirimine konu yapılabileceği belirtilmekle, hâkime tanınan takdir

[45] Özbek vd., s. 701.

yetkisini daraltmamak ve hayatın çeşitliliğini karşılayabilmek amaçlanmıştır^[46] ve Türk Ceza Kanunu m. 61/7 fıkrasındaki sınırlayıcı hüküm takdiri indirim nedenlerinde aşılmıştır.

765 sayılı TCK m. 29'da düzenlenen cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdiri sebeplerin kararda gösterilmesine 5237 sayılı TCK'da yer verilmiştir. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 34 gereğince hâkim ve mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması zorunluluğu dikkate alındığında hükme yasada ayrıca yer verilmemiş olmasının bir önemi yoktur.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasa m. 141'de düzenlenmiş olmakla anayasal bir ilke haline gelmiştir. Gerekçe temel bir hak olması yanında "gerekçeli karar hakkı" adil yargılanma hakkının da unsuru sayılmakta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 kapsamında değerlendirilmektedir. Temyiz mahkemeleri ile bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar yönünden değerlendirmelerde bulunmakta bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile uyum sağlanmaya çalışılmaktadır.^[47] Gerekçe keyfiligi önler. Kararların denetimini kolaylaştırır. Gerekçeler tatmin edici olmalıdır. Eksik gerekçeli kararlar da gerekçesiz hükmündedir.^[48]

G. OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİR HALİ

Temel cezanın belirlenmesine ilişkin TCK 61/2 fıkrasında olası kast ve bilinçli taksirle suçun işlenmesi halinde birinci fıkraya göre belirlenen temel ceza üzerinden artırım ya da indirim yapılacaktır. Faile önce yasadaki kast ya da taksire ilişkin hüküm uygulanacak ve sonra somut olayın özelliklerine göre bilinçli taksirle artırım ya da olası kastla indirim yoluna gidilecektir.

Haksızlık içeriği bakımından, suçun olası kastla işlenmesi doğrudan kasta nazaran daha az, bilinçli taksirle işlenmesi bilinçsiz taksire nazaran daha fazla ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.^[49]

VII. CEZALARIN HESAPLANMASINDA ESAS ALINACAK BİRİMLER

A. GENEL OLARAK

[46] Emrah Dertli, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Türk Hukuk Sitesi, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_788.htm)

[47] Nedim Bekri, "Gerekçeli Karar Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sa. 3, 2014, s. 207. (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-3/6.pdf>)

[48] Zafer, s. 495.

[49] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2006, s. 718.

Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

Gün, ay ve yıl dışında bir zaman birimiyle cezanın hesaplanması mümkün değildir. Yıl olarak hesap edilen bir ceza artırımı sonucunda küsuratlı hale gelmişse, önce ay, sonra gün olarak belirlenir. Günün altına düşen küsuratlar dikkate alınmaz. Örneğin, 2 yıl olarak belirlenen temel cezanın yeni TCK'nın 43/1'inci maddesinde öngörülen zincirleme suç hükmü uygulanarak en az 1/4 oranında artırımı ile yapılan hesap sonucunda önce yıllar aya çevrilerek, $2 \text{ (yıl)} \times 12 \text{ ay} = 24 \text{ ay}$, $24 \text{ ay} \times 1/4 = 6 \text{ ay}$ ve 2 yıl hapsin $1/4$ artırılması ile 2 yıl 6 ay olarak hesaplanacaktır. Bu ceza ise, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması için yine önce aya çevrilerek $2 \text{ (yıl)} \times 12 \text{ ay} = 24 \text{ ay}$, $24 \text{ ay} + 6 \text{ ay} = 30 \text{ ay}$ olarak saptanacak ve sonuçta 2 yıl 6 ay hapis cezası, yeni TCK'nın 62'nci maddesi uyarınca $1/6$ oranında ($30 \text{ ay} \times 1/6 = 5 \text{ ay}$) olarak indirilmekle 2 yıl 1 ay hapis olarak belirlenecektir.

Ay olarak belirlenen cezaların artırılması halinde, ceza yılı geçse dahi ceza hükmünde ay olarak gösterilmelidir. Aksi takdirde fail aleyhine sonuç doğmaktadır. Cezanın kanunda yıl olarak düzenlenmesi halinde ise artırma ya da eksiltme yapılması gerektiği takdirde ceza aylara bölünebilir. Ancak hesaplama yapıldıktan sonra sonuç cezanın yine yıl ve ay şeklinde yazılması gerekir. Aksi takdirde fail hakkında eksik ceza hükmedilmiş olacaktır.^[50]

B. ADLİ PARA CEZASININ BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Cezanın bireyselleştirilmesi, fail esas alınarak gerçekleştirilen uygulamadır. Suç işleyen kişinin özellikleri, geçmişi, sosyal ilişkileri, ekonomik durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı, kusurunun ağırlığı gibi durumlar cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınacaktır. Erteleme, adli para cezasında gün karşılığı olan miktarın belirlenmesi, seçimlik cezalardan hangisinin uygulanacağı, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi uygulamalar da cezanın bireyselleştirilmesidir.^[51]

[50] Özbek vd., s. 712.

[51] Akbulut, s. 700.

Hapis cezasına seçenek olarak adli para cezasının belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, adli para cezası 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hapis cezasına seçenek veya hapis cezasının yanında bir yaptırım olarak belirlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile "Gün Para Cezası" sistemi benimsenmiştir. Buna göre adli para cezalarının belirlenmesi, "lira" üzerinden değil, "gün" üzerinden belirlenecektir. Bu gün birimlerinin para birimlerine çevrilmesinde ilk olarak suça ilişkin kanun maddesinde belirtilen alt ve üst sınırlar arasında temel gün sayısı belirlenecek ve gün sayısı üzerinden TCK 61. maddesindeki sıra dikkate alınarak yapılan artırım ve indirimden sonra sonuç gün cezası belirlenecektir. Sonrasında en az yirmi ve en çok yüz Türk Lirası üzerinden adli para cezası belirlenecektir.

Cezanın seçenek yaptırım olarak düzenlenmesi halinde, cezanın uygulanmasında iki hususa dikkat edilmelidir. Bunlardan birincisi, hapis cezasına hükmedilmesi halinde bunun artık adli para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin TCK 50/2 maddesidir. İkincisi ise tekerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörülmesi halinde, hapis cezasına hükmedilmesi zorunluluğudur.

Adli para cezasının belirlenmesi Çalışkan'a göre beş aşamada yapılabilir:

- i-) Tam gün sayısı belirlenmelidir.
- ii-) Tam gün sayısı üzerinden artırım ve indirim yapılmalıdır.
- iii-) Bir gün karşılığı adli para cezası miktarı takdir edilmelidir.
- iv-) Tam gün sayısı ile bir gün karşılığı adli para cezası miktarı çarpılmalıdır.
- v-) Adli para cezasının ödenmesinde, süre verme veya taksitle ödeme belirlenmelidir.^[52]

Adli para cezasının seçenek yaptırım olarak düzenlendiği hallerde üç aşamada bu tespit yapılacaktır:

1. Karar

Mahkeme kişinin cezasının adli para cezası mı yoksa hapis cezası olarak mı verileceğini takdir edecektir. Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından yalnızca birisidir. Bu belirlemede 62. maddenin ikinci fıkrasındaki "failin geçmişi, sosyal

[52] Çalışkan, s. 732.

ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar” ın yanı sıra sanığın ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.^[53]

2. Gün Sayısını Belirleme

Adli para cezasının tercih edilmesi halinde, adli para cezasının hesaplanmasına esas alınacak gün sayısı kanunun 61. maddesinde belirtilen kıstaslara göre belirlenir. Bu belirlemede aynen hapis cezasının belirlenmesinde ve cezanın bireyselleştirilmesinde izlenen yol izlenecektir.^[54]

Bu hesaplamada temel gün belirlenirken, beş gün ile yedi yüz otuz gün arasında bir gün mü yoksa ilgili suç tanımındaki hapis cezasının alt ve üst sınırının mı esas alınacağı konusunda kanunda tam bir açıklık yer almamaktaydı ve bu uygulamada farklı farklı sonuçlar doğurmaktaydı.

Kanunda özellikle adli para cezasının alt sınırının açıkça belirlenmesine ilişkin eksiklik, 5377 sayılı yasa ile 61.maddeye sekizinci fıkra ile “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 olamaz.” hükmü ile düzeltilmiş ve uygulamadaki farklı uygulamaların önüne geçilmiştir.

5377 sayılı yasa ile kanunla getirilen Türk Ceza Kanunu 61/son maddesinin gerekçesinde, “Adli para cezasının hesaplanmasında başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda oluşan tereddüdün giderilmesi amacıyla söz konusu maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir.” ifadesine yer verilmiştir.

3. Ekonomik ve Diğer Şahsi Hallerin Belirlenmesi

Adli para cezasının belirlenmesinde, sanığın ekonomik ve şahsi halleri göz önünde tutulacaktır. Sanığın ödeyebileceği miktar, ceza miktarı olarak belirlenmelidir.

Maddenin gerekçesinde de gün para cezasına ilişkin bu husus: “Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir.”

[53] Özgenç, s. 718

[54] Özgenç, s.718.

şeklinde belirtilmiştir. Suç işleyen kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan hükmolunan para cezası eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğuracaktır.^[55]

Sonuçta mahkeme tarafından belirlenen kişinin bir gün ödeyebileceği miktar ile sonuç gün sayısı çarpılmak suretiyle, adli para cezasının miktarı tespit edilmektedir. Bu sistemde çarpım sonucu bulunan miktar üzerinden değil gün üzerinden artırım ve indirim yapılmaktadır.

Sanık suçtan bir kazanç elde etmişse bu kazancın da ayrıca müsaderesi gerekir. Türk Ceza Kanununun benimsediği temel düşünceye göre, suç işlemek bir kazanç kaynağı olarak görülemez ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kâr olarak kalmaz.^[56]

Suçtan elde edilen gelirin tam olarak belirlenemediği hallerde, sanığın adli para cezası uygulamasında 61. maddenin birinci fıkrasındaki ölçülerin yanı sıra suçu işlemek suretiyle kişinin elde ettiği takdir edilen gelir miktarı da değerlendirilecektir.^[57]

Adli para cezasının belirlenmesinde ilgili suç tanımında düzenlenmiş olan üst sınır ile adli para cezası için kanunda öngörülmüş olan genel alt sınır arasında bir gün takdir edilecektir. İştirak halinde işlenen suçlarda ise her bir suç ortağının suçun işlenmesinden elde ettiği menfaat değerlendirilerek adli para cezası gün alt sınırı belirlenecektir.

Gün biriminin belirlenmesinden sonra, bir gün karşılığı hükmedilecek para miktarı belirlenecektir. Bir gün karşılığı para miktarı, en az yirmi ve en çok yüz Türk Lirası'dır. Hâkim bir gün karşılığı para miktarını takdir ederken failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini dikkate alacaktır. Hâkim kişinin ekonomik durumunu incelerken özellikle gelirleri ile zorunlu giderlerini göz önünde bulundurmalıdır. Hâkimin, failin ekonomik durumunu malvarlığının aktif ve pasifleri ile ortaya koyarak kesin bir şekilde tespit etmesi gerekli değildir. Para miktarını takdir etmesine yetecek araştırma yapması yeterlidir.^[58]

[55] Özgenç, s.719.

[56] Özgenç, s.721.

[57] Özgenç, s.721, Çalışkan, 734.

[58] Çalışkan, s. 734.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu uygulamasında, temel cezanın belirlenmesi, sanık hakkında hükmolunacak yaptırımın esasını oluşturması açısından önemlidir. Çalışmada temel cezanın belirlenmesinde ölçü normlar ile fiilin sabit olmasına rağmen ceza hâkimini sonuç cezayı belirleme konusunda sınırlayan hükümlere yer verilmiştir. Çalışmada belirtilenler dışında da temel cezanın belirlenmesi aşamasına geçilmesini engelleyen usûl hukukuna ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Temel cezanın belirlenmesinde, somut olayın özellikleri ve faile ilişkin bir takım özellikler etkili olabileceği gibi kanundan kaynaklanan nedenler de temel cezanın belirlenmesine etki edebilir. Temel cezanın belirlenmesinden sonra cezada artırım ve indirimle gidilerek sonuç cezaya ulaşılabacaktır. Adil yargılanma hakkının yerine getirilebilmesi açısından her aşaması önemli ve aynı değerde olan muhakemenin ulaştığı sonuç, her yönüyle adalet ve hakkaniyete uygun olarak belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

Bekri Nedim, “Gerekçeli Karar Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 3, 2014, S. 203-228,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-3/6.pdf> erişim: 26/3/2015

Birtek Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

Çalışkan Suat, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Değirmenci Olgun, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, TBB Dergisi, Sa. 110, 2014, S. 129-188.,

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1343> erişim: 05/04/2014

Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014

Erem Faruk “Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2-3, 1944, S. 191-222,

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/225/1940.pdf> erişim: 27/3/2015

Erol Haydar, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2005

Ertuğrul Hüseyin Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Sa. 1-2, 2008, S. 687-699,

http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_26.pdf erişim: 22/02/2015

Gerçeker Hasan, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2.Baskı, C. 1, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014

Güleç Sesim Soyer, Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Sa. 1., 2008, S. 59-91,

<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf> erişim: 05/04/2014

Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009

Osmanoğlu M. Kerem, “Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasası”, EÜHFD., C. XIV, S. 3-4, 2010, S. 89-116,

http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2010_IV_2.4.pdf
erişim: 27/3/2015

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014

Özbey Özcan “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri” TBB Dergisi, Sa. 88, 2010, S. 55-105,

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Ankara 2006

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014

Toroslu Halûk, *Ceza Müeyyidesi*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007

Türk Dil Kurumu, Güncel Sözlük,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5514db5d95f793.20877998 erişim: 27/3/2015

Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003

Üzülmez İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD., C. X, S. 3-4, 2006, S. 203-235.

Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2015.

