

**<sup>H</sup>CEZANIN BELİRLENMESİ VE  
BİREYSELLEŞTİRİLMESİNDE FAİLE İLİŞKİN  
ÖZNEL ÖLÇÜTLERİN TEMYİZ KANUN YOLUNDA  
DENETLENMESİ SORUNU**

*Arş. Gör. Duygu Çağlar DOĞAN\**

**Öz**

*Bu çalışmada, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate alınması gereken faile ilişkin öznel ölçütler bakımından ilk derece mahkemesi hakim(ler)inin takdirinin, temyiz kanun yolunda denetlenip denetlenemeyeceği sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu araştırma, yakın tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadından hareket edip, komuya ilişkin teorik ve tarihi bilgilerin eşliğinde ilerleyecek ve nihayetinde varılan değerlendirmenin açıklanmasıyla noktalanacaktır.*

**Anahtar Kelimeler**

*Cezanın belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi, failin kişiliği, kanun yolu, temyiz, maddi sorun, hukuki sorun*

**THE PROBLEM OF REVIEWABILITY OF THE SUBJECTIVE  
CRITERIA ABOUT THE OFFENDER IN DETERMINATION AND  
INDIVIDUALIZATION OF PENALTY IN THE  
APPELLATE PROCESS**

**Abstract**

*In this study, an answer is searched for the question of whether the discretion of the first-instance court judge(s) can be reviewable in appellate procedure, in the context of subjective criteria about the offender that is considered in the process of determination and individualization of the penalty. This study will start from a recent precedent of the Court of Cassation General Assembly, will proceed within*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: d.c.dogan@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7777-611X> (Makalenin Geliş Tarihi: 07.11.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 14.11.2018-15.11.2018/Makale Kabul Tarihleri: 11.12.2018-21.11.2018)

*the theoretical and historical information related to the subject and will be finalized by explaining the consideration of the author.*

**Keywords**

*Determination of punishment, individualization of punishment, personality of offender, appeal, cassation, question of fact, question of law*

## I. GİRİŞ

Temyiz incelemesinin sınırları konusu, ceza muhakemesinin önemli problemlerinden biri olup, pek çok açıdan ele alınabilecek, oldukça kapsamlı bir meseledir. Bu çalışmanın özel olarak yoğunlaştığı nokta ise, cezanın bireyselleştirilme araçlarının takdirinin temyiz kanun yolunda incelenip incelenemeyeceği olarak belirlenmiştir. Kuşkusuz, bu noktanın sağlıklı değerlendirmesinin yapılabilmesi için hukuki ve maddi mesele ayrımı, vicdani kanaat, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi ve bu ilkeyi hayata geçiren enstrümanlarda hakimnin sahip olduğu takdir yetkisi gibi temel konuların üzerinde durulması gerekmektedir.

Teorik altyapının öncesinde, Türk hukuk uygulamasının meseleye yaklaşımını çarpıcı şekilde anlamak bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir içtihadına kısaca değinmekte fayda vardır. Anılan içtihadın yansıtmış olduğu çoğunluk görüşü ve özellikle yukarıda belirtilen meselelere doku- nan karşı oyu, bu çalışma için iyi bir hareket noktası olacak niteliktedir. Bu içtihadın özetlenmesinin ardından konuya ilişkin akademik incelemeler derinleş- tirilecek ve nihayetinde olması gerekene ilişkin bir sonuca ulaşılabacaktır.

## II. YARGITAY CEZA GENEL KURULU'NUN KONUYA İLİŞKİN İÇTİHADI

Anılan içtihadı<sup>1</sup> konu olan olay, son seferini tamamlamış ve bu nedenle içinde yolcu bulunmayan özel halk otobüsü şoförünün (sanık), gece 23.30 sıralarında, yağışlı havada direksiyon hakimiyetini kaybetmesi üzerine o sırada karşıdan karşıya geçmekte olan ve refüjde bulunan yayalara çarparak birinin ölümüne, diğerinin de yaralanmasına sebep olmasıdır. Annesini olay yerinde kaybeden, kendisi de yaralı olarak kurtulan mağdur, önce şikayetçi olduğunu; sonra da otobüsün sahibi olan failin amcası ile aralarında yaptıkları anlaşma gereğince kendisi ve yakınları lehine temin ettiği 90 bin TL üzerine yargılama sırasında şikayetini geri aldığını beyan etmiştir. Ancak suçun şikayete bağlı olmaması (taksirle öldürme, TCK m. 85) nedeniyle kamu davasına devam eden Mahkeme, yaptığı yargılama sonucunda, sanığın 3 yıl 4 ay hapis cezasına mahkumiyetine ve sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına (TCK m. 53/6) hükmetmiştir. Bunun üzerine sanık kararı temyiz etmiş ve dosya Yargıtay 12. Ceza Dairesi önüne gelmiştir.

Daire, kendi ifadesiyle “*asli ve tam*” kusurlu bulunduğu sanık hakkında, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesinde isabetsizlik bulunmadığını; ancak taraflar arasında yapılan protokol ile ölenin yakınlarının zararlarının giderildiği ve bunun üzerine mağdurun şikayetten vazgeçtiğini, sanığın adli sicil kaydının bulunmadığını ve duruşmaya yansıyan kişiliğinin de olumlu olduğu

<sup>1</sup> YCGK, 11.04.2017 tarih ve E. 2017/12-270, K. 2017/230 künyeli kararı (Kazancı İchtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 20.05.2018).

hususlarını dikkate almak suretiyle, TCK m. 50/4'te yer alan, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezasının -uzun süreli de olsa- suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına çevrilebileceği hükmüne dayanarak sanık hakkında tayin edilen cezanın paraya çevrilmesi gerekirken hapis cezasına hükmedilmesini isabetsiz bulmuş ve Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

Bunun üzerine Yerel Mahkeme, hapis cezasının adli para cezasına çevrilebilmesi için TCK m. 50/1'de sayılan şartlardan biri olan "suçun işlenmesindeki özellikler" ölçütüne dayanarak kararında direnmiştir. 27.11.2014 tarihli direnme kararının gerekçesi şu şekildedir:

*"(...) mahkememizce (...) suçun işlenmesindeki özelliklere göre sanığa hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verildiği, suçun işlenmesindeki özelliklerin, sanığın özel halk otobüsü şoförü olduğu, bu sebeple başkalarının can ve mal güvenliği açısından trafik kurallarına daha sıkı uyması ve dikkatli olması gerektiği, kazanın meydana geldiği yol ve mevkiyi iyi bildiği, havanın yağışlı olduğu, olay saati itibarıyla havanın karanlık olduğu, aracın özelliklerine göre hızını ayarlaması gerekmesine rağmen kamera görüntülerinden tespit edildiği gibi süratli bir şekilde viraja girerek kazaya sebebiyet verdiği değerlendirilerek hakkında 5237 Sayılı TCK'nun 50. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verildiği (...)"*

Direnme hükmünün de sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine mesele, Ceza Genel Kurulu tarafından karara bağlanmaya muhtaç hale gelmiştir.

Ceza Genel Kurulu, 12. Ceza Dairesi'nin yukarıda özetlenen kararı ile aynı yönde, yani sanık hakkında hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesinin isabetsiz olduğuna karar vermiştir. Genel Kurul'un oy çokluğu ile aldığı karar, Daire'nin kararı ile hemen hemen aynı olup şu ifadeleri içermektedir:

*"Sanığın olaydan hemen sonra ambulans çağırıp gelen kolluk kuvvetlerine teslim olduğu ve ölenin yakınlarının uğradığı zararları giderdiği nazara alındığında; vicdan azabı çektiği ve pişman olduğu yönündeki beyanlarının samimi olduğu, geçmişte sabıkası olmadığı gibi yargılama sürecinde dosyaya yansıyan olumsuz tavır ve davranışı da bulunmadığı anlaşıldığından; dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile sanığa verilen hapis cezasının TCK'nun 50. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilmemesi isabetsizdir."*

Başlangıçta da belirtildiği gibi, bu içtihadın kendisinden çok, karşı oyu dikkat çekicidir. Anılan karşı oyda, öncelikle cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine ve bunu hayata geçirmek için mevzuatımızda öngörölmüş bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar kurumları üzerinde kısaca durulmuş; bunların uygulanma şartları arasındaki farklara ve benzerliklere işaret edilmiştir.

Ardından cezanın bireyselleştirilmesinin kanun yolunda denetimi ve bunun somut olayda nasıl cereyan ettiği açıklanmıştır. Teorik açıklamalar ve bunların çerçevesine yerleştirilmek üzere somut olayın fotoğrafının çekilmesinin ardından yapılan değerlendirme ise kısaca şu şekildedir:

*“(C)ezanın bireyselleştirilmesi ancak vicdani kanaate göre yapılabilecek takdir hakkının kullanılmasına dair bir değerlendirmeye oluşabilecek bir karardır. Bu yetkiyi de kullanabilecek olan sadece ve sadece olay (ilk derece) mahkemesidir. Hal böyle iken denetim mercinin vicdani kanaate ve takdir hakkının kullanılmasına taalluk eden bir konuda değerlendirme ve karar vermeye girişmesi ceza muhakemesinin amaçlarına ve doğrudan doğruyalık ilkesine açıkça aykırıdır. (...) Bu durumda Yargıtay Ceza Dairesinin ancak ve ancak doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince muhakemeyi yürüten olay (ilk derece) mahkemesi tarafından karar verilebilecek olan ‘cezanın seçenek yaptırıma çevrilmemesine’ dair karar üzerinde denetim muhakemesi gerçekleştirmesinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyim”*

Bu içtihadın değerlendirmesine, tüm teorik ve tarihi bilgilerin ardından, çalışmanın sonunda yer verilecektir. Ancak bu içtihattan hareketle başlayan çalışmanın sistematik bütünlüğü için öncelikle anılan içtihadta yer alan kurum olan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanma koşulu olan subjektif şarta değinilecektir. Bunun ardından varılacak nokta ise genel olarak cezaların bireyselleştirilmesi ve faile ilişkin subjektif hususların ceza hukukundaki önemi olacaktır.

### III. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASINA SEÇENEK YAPTIRIMLARIN SÜBJEKTİF ŞARTI

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım ve tedbirler, 2005 yılındaki ceza reformu ile yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 50<sup>2</sup>’de<sup>2</sup> öngörülmeden

<sup>2</sup> Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlıklı TCK m. 50’nin ilk fıkrası şu şekildedir: “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

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

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı 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.”

önce, 647 sayılı (mülga) Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 4'te düzenlenmişti<sup>3</sup>.

Her iki maddede de, bu çalışma bakımından önem taşıyan husus, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin fiile ve faile ilişkin subjektif şartlarıdır<sup>4</sup>. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım ve tedbirlerin hukuki niteliğine, hüküm ve sonuçlarına dair detaylı bir inceleme yapmaktan -bu çalışmanın sınırlarını aşacağı gerekçesiyle- kaçınılmış olup; burada sadece kurumun subjektif nitelikteki uygulama şartlarına ve bunun takdirinde yetkili makama ilişkin tespitler yapılacak ve ardından genel olarak failin kişiliğinin ceza hukukundaki önemi ve bunun takdirine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Cezaların amaçlarına dair teorilerden pozitif özel önleme düşüncesinin ürünü ve cezaların bireyselleştirilmesinin önemli bir enstrümanı olan, kısa süreli hapis cezasına alternatif tedbir ve cezalara, Mahkeme tarafından;

- 647 sayılı (mülga) Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da "*suçlunun ahvali mahsusasına ve suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetlerine göre*";
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, "*suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre*"

hükmedilmektedir.

Yukarıda yer verilen her iki ifadede dikkat çeken, her ikisi de objektif olmayan, yani yargılama makamının takdirine bırakılmış olan iki şartın bulunduğu. Bunlardan biri, eski tabiriyle "*suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetleri*", yeni ifadesiyle "*suçun işlenmesindeki özellikler*"dir. Esasında suçun işlenmesindeki özellikler ölçütü, somut olaya göre faile ya da fiile ilişkin

<sup>3</sup> İlgili madde şu şekildeydi: "*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine; suçlunun ahvali mahsusasına ve suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetlerine göre mahkemece:*

1. Kabahatlerde, beher gün karşılığı 5 ila 10 lira, cürümlerde 10 ila 30 lira hesabı ile para cezası,

2. Altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde İktisadi Devlet, Teşekküllerinde çalıştırmaya,

3. Aynen iade veya tazmine,

4. Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah müessesesine devam etmeye,

5. Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e,

6. Her nevi ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına, Hükmolunabilir.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli de olsa hakkında bu madde hükmü uygulanabilir."

<sup>4</sup> Bu şartlar dışında bir de objektif şartın (hükmedilen hapis cezasının süresi şartı) bulunduğu; ancak bunun konumuz bakımından önem taşımadığını ekleyelim.

olarak karşımıza çıkabilir. Bu nedenle salt öznel bir ölçüt olarak değerlendirilmeye elverişli değildir<sup>5</sup>. Sübjektif niteliği kuşku götürmeyen diğer ölçüt ise “suçlunun ahvali mahsusası” veya “suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu”dur.

İkinci düzenlemede ayrıca, kişinin yargılama sırasında duyduğu pişmanlık ölçütü de dikkati çekmektedir. Her ne kadar pişmanlık hali kişinin ahvali mahsusasına dahil edilebilirse de, bu şartın, 5237 sayılı TCK ile getirilen bir yenilik olduğunu tespit etmek de mümkündür. Öte yandan hapis cezasının maddede sayılan seçeneklere çevrilebilmesi için geçmişe ilişkin pişmanlık şartının bulunmasına karşın, kişinin gelecekte suç işlemeyeceği kanaatini yaratması şart değildir. Bundan başka, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve hapis cezasının ertelenmesi gibi, pozitif özel önleme anlayışını yansıtan başka ceza hukuku kurumlarında genellikle aranan geçmişte kasıtlı bir suçtan dolayı ceza mahkumiyetinin bulunmaması şartı da, hapis cezasının seçenek ceza ve tedbirlere çevrilmesi için gerekli bir şart değildir<sup>6</sup>. Bu açılardan, yani geçmişte kasıtlı suç işlememiş olma ve gelecekte suç işlemeyeceği kanaatini uyandırma şartları bakımından hapis cezasına seçenek yaptırım ve tedbirler, hapis cezasına alternatif diğer ceza hukuku kurumlarından daha kolay uygulanabilir niteliktedir.

#### IV. GENEL OLARAK CEZALARIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Modern ceza hukukunda fiil, ceza hukukunun devreye girip girmemesi ile ilgiliyken; bu fiil karşılığında uygulanacak cezai sonucun ne olması ve ne kadar olması sorularının yanıtlarında anahtar role sahip olan, o fiili işleyen faildir<sup>7</sup>. Aynı somut koşullarda işlenen, aynı suçlara, aynı ceza verilmemektedir. Çünkü çağdaş ceza hukuku, işlenen suç karşılığında verilecek yaptırımın suça göre değil, işleyen kimseye uydurulmasını esas alır<sup>8</sup>. Artık ceza kanunları, sadece fiilin ağırlığına göre derecelendirilmiş ve hakime verilmiş bir tarife değil<sup>9</sup>, yaptırımın suçlunun kişiliğine uydurulmasını sağlayan bir rehberdir. Çünkü cezanın modern amacı olan suçlunun yeniden sosyalleştirilmesinin yolu, onun şahsiye-

<sup>5</sup> Hatta özellikle mülga düzenlemede yer alan ifadenin karışıklığa yol açacak nitelikte olduğu; zira ifadenin, suçlunun suçu işlemesindeki özellikleri mi, yoksa objektif olarak suçun işlenmesindeki özellikleri mi kast ettiğinin açık olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Maden**, Mehmet: Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2012, s. 163.

<sup>6</sup> Geçmişte hapis cezasına mahkum edilmemiş olma şartı, hapis cezasına seçenek yaptırımlar bakımından sadece belli bir durumda öngörülmüştür. Bu durum, seçenek yaptırımlara çevirmenin takdiri değil; hükmedilen hapis cezasının ciddi ölçüde kısa olması (otuz gün) veya mahkumun yaşı ölçütü bakımından zorunlu olması halleriyle sınırlı olarak TCK m. 50/3'te yer almaktadır.

<sup>7</sup> **Bertolino**, Marta: Il Reo e La Persona Offesa, Il Diritto Penale Minorile, Trattato di Diritto Penale (Ed.: C. F. Grosso/T. Padovani/A. Pagliaro) Parte Generale içinde, Milano 2009, s. 5.

<sup>8</sup> **Tosun**, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım, C.1, İstanbul 1981 (3. Bası), s. 32.

<sup>9</sup> Bkz. **Tosun**, Suçluların Gözlemi, İstanbul 1966, s. 17.

tinin iyice tanınmasından geçer ve bu nedenle ceza ve ceza infaz hukuku kadar insanı, onun psikolojisini ve kişiliğinin yoğrulduğu çevreyi tanımak zorunda olan bir başka hukuk disiplini yoktur<sup>10</sup>. Demek ki failin tanınması, onun sadece toplumsal tehlikeliliğinin değerlendirilmesi için değil, ayrıca cezai sorumluluğunun tespiti için elzemdir<sup>11</sup>. Cezanın bireyselleştirilmesi adı verilen bu ilke, ceza hukukunu, diğer hukuk dallarında olmayan ölçüde insanı tanımaya itmektedir. Nitekim boşanma davası gibi oldukça istisnai durumlar dışında medeni muhakemede ve hukuk kurallarının, diğer hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını inceleyen norm muhakemesinde kişilik araştırması söz konusu değilken; ceza muhakemesinde, temel olarak iki husus, insan davranışının hukuka uygun olup olmadığı ve şayet hukuka uygun değilse, o insana en uygun yaptırımın hangisi olduğu araştırılmakta ve işte bu ikinci aşamada failin kişiliği belirleyici olmaktadır<sup>12</sup>. Hatta uluslararası arenada, özellikle Anglo Sakson hukuk sisteminden etkilenilerek, bu iki muhakemenin, yani fiilin ve failin muhakemesinin ayrılması gerektiği ileri sürülmüş; ilkinin hukukçular, ikincisinin ise biyolojik, sosyolojik, psikolojik ve psikiyatrik incelemeler yapacak uzmanlar tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği de savunulmuş; buna dair düzenlenen pek çok konferansta konu etraflıca tartışılmıştır<sup>13</sup>.

Suçun karşılığında verilecek yaptırımın suçlunun kişiliğine uydurulmasının, yani cezanın bireyselleştirilmesinin, yasama bireyselleştirilmesi, idari bireyselleştirme ve yargısal bireyselleştirme olmak üzere üç şekli bulunmaktadır. Çeşitli suçlu kategorileri için belli yaptırım türlerinin ya da süresinin kanunen öngörülmesi, örneğin, TCK m. 50/3'te öngörülen yaş itibariyle seçenек yaptırımı çevirme zorunluluğu, yasama bireyselleştirilmesi olarak değerlendirilmelidir. İdari bireyselleştirme ise, cezanın infazı aşamasında hükümlünün kişiliğinin gözlenerek ceza infazının türünün veya süresinin buna göre değiştiği hallerde söz konusudur. Örneğin koşullu salıverilme, mahkumun ceza infaz kurumunda geçirdiği süre boyunca iyi halli olduğunun tespitine bağlıdır (CGTİHK<sup>14</sup> m.

<sup>10</sup> Bkz. **Yüce**, Turhan Tufan: "Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi", Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1961, S. 9-10, Y. 52, s. 931.

<sup>11</sup> **Bertolino**, s. 6.

<sup>12</sup> **Tosun**, Muhakeme, s. 32. Nitekim Anglo Sakson hukukunda fiilin muhakemesi ile yaptırımın saptanması arasında ayırım benimsendiğinden, sanığın kişiliğine ilişkin konular üzerinde, ancak onun suçluluğuna ilişkin tespit yapıldıktan sonra, yaptırımın belirlenmesi amacıyla durulmaktadır. Aksi halde sanığın alışkanlıkları ve yaşam tarzı gibi özelliklerin, hakimin kararını etkileyeceği kaygısı duyulmaktadır. Ancak bizde muhakemenin ikiye bölünmesi söz konusu olmadığı için, hakimin sanığa ilişkin kişilik araştırması yapması sakıncalı görülmemektedir. **Tosun**, Muhakeme, s. 606.

<sup>13</sup> Bkz. **Tosun**, Suçluların Gözlemi, s. 430-468. Muhakemelerin ayrılması söz konusu olmasa bile, örneğin 1938 tarihli Roma Kriminoloji Kongresi'nde, suçlunun çevresi içinde incelenmesi gerektiğine karar verilmiş ve bu hususta hakim ile uzmanlar arasında muhakemenin her safhasında işbirliği yapılmasına işaret edilmiştir. Bkz. **Dönmezer**, Sulhi/Erman, Sair: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1981, C. II, s. 704.

<sup>14</sup> 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun.



107/1) ve bu tespiti yapacak olan organ da ceza infaz kurumu bünyesinde oluşturulan idare kuruludur (CGTİHK m. 89/1). Hakimin takdir yetkisinin devreye girdiği bireyselleştirme türü ise yargısal bireyselleştirmedir. Bu bireyselleştirme türü bakımından kanuni olarak hakime tanınan enstrümanlar, temel cezanın belirlenmesinin ardından takdiri hafifletici nedenlerin uygulanması, cezanın veya infazının ertelenmesi yahut başka bir ceza veya tedbire çevrilmesidir<sup>15</sup>.

Yukarıdaki başlıklardaki açıklamalarda, failin kişiliğinin hapis cezasının veya infazının ertelenmesi yahut seçenek cezalara çevrilmesindeki önemi üzerinde durulmuştu. Burada, yani cezanın bireyselleştirilmesi bahsinde ise faile ilişkin sübjektif hususların sadece seçenek yaptırımlar ve erteleme kurumları bakımından değil, yargısal bireyselleştirmenin tüm enstrümanları<sup>16</sup> için önem taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Cezanın bireyselleştirilmesi sürecindeki ilk aşama, temel cezanın belirlenmesidir. Yani hapis cezasının ertelenmesi veya başka bir yaptırıma dönüştürülmesi aşamasına gelmeden daha önce, cezanın alt ve üst sınırları arasında bir temel ceza belirlerken yahut ceza normunda seçenek olarak sayılan hapis veya adli para cezası arasında seçim yaparken (örneğin TCK m. 86/2) hakimin takdir edeceği ölçütler olarak TCK m. 61/1'de, fiile ilişkin özelliklerin yanında, faile ilişkin sübjektif hususlar da yer almaktadır. Buna benzer düzenlemeler, cezanın failin kişiliğine uydurulması anlayışının gelişmesi ve bunun kanunilik ilkesinden taviz verilmeksizin hayata geçirilmesi çabasının ürünü olarak<sup>17</sup> hemen hemen tüm hukuk düzenlerinde mevcuttur.

Gerçi bu noktada belirtelim ki, modern ceza kanunları arasında da, fail eğilimi daha ağır basan veya fiile yaklaşan olmak üzere iki farklı ceza hukuku yaklaşımı mevcuttur. Fiil ceza hukuku ve fail ceza hukuku arasındaki karma ceza hukuku anlayışlarında dahi, cezanın failin kişiliğine uydurulması ve fiilin garanti edici işlevine de bağlı kalınması arasında, kanuni düzenlemeler yoluyla yapılan seçimler bizi iki farklı yola götürebilmektedir. Örneğin failin geçmişinin, temel cezanın belirlenmesinde ölçüt ya da cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmesinde durum böyledir<sup>18</sup>. Fiil ceza hukukuna daha yakın karma

<sup>15</sup> Cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin bu üçlü tasnif hakkında bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 702; **Yurtcan**, Erdener: "Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme", Ceza Hukuku Günleri (26-27 Mart 1987) 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler içinde, s. 262 ve 263; **Köni**, Burhan: "Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1956, S. 11(3), s. 55, 10 no.lu dipnot.

<sup>16</sup> Yürürlükteki ceza hukukumuzda yargısal bireyselleştirmenin araçları olarak, seçimlik cezalar arasında tercih yapılması, takdiri indirim nedenleri, adli para cezasının belirlenmesinde kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın tespiti, mahsup, TCK m. 22/6 örneğinde olduğu gibi bazı hallerde ceza vermektan kaçınma yetkisi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme kurumları sayılmıştır. Bkz. **Maden**, s. 119.

<sup>17</sup> **Toroşlu**, Haluk: "Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik", Uğur Alacakaptan'a Armağan, s. 697.

<sup>18</sup> Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun 133. maddesinin 2. fıkrası, cezanın belirlenmesinde failin suç işleme kapasitesinin dikkate alınacağını hüküm altına almıştır. Bunun devamında hakimin

sistemlerde ceza sorumluluğunun tespitinde failin geçmişinin değil, suçun işlendiği andaki kusurluluğunun esas alınmasına karşın<sup>19</sup>; fail ceza hukuku yönü baskın karma sistemlerde failin daha önce işlediği suçlar, yaşam koşulları ve alışkanlıkları da cezanın belirlenmesinde etkili olabilmektedir. Bu açıdan Türk ceza hukuku ilginç bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim 765 sayılı (mülga) Kanun'un 29. maddesinde, temel cezanın belirlenmesindeki ölçütler, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin diğer özellikleri, kastın veya taksirin yoğunluğu, zararın veya tehlikenin ağırlığı, suç sebep ve saikleri, *failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu* ile fiilden sonraki davranışları olarak belirtilmiş ve bunlar, "gibi hususlar" ifadesi sayesinde tahdidi olarak sayılmamıştı<sup>20</sup>. Oysa 5237 sayılı TCK m. 61/1'de bu sebepler, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saiki olarak, sınırlı şekilde sayılmıştır. Burada, tahdidi sayılmış olup olmamaya ek olarak dikkati çeken diğer husus, failin geçmişi ile şahsi ve sosyal durumunun, temel cezanın belirlenmesinde ölçüt olmaktan çıkarıldığıdır. Dolayısıyla Türk ceza hukukunda, cezanın bireyselleştirilmesinin ilk adımı olan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında, faile ilişkin sübjektif hususlara oldukça sınırlı şekilde yer verildiği tespit edilmektedir.

Ancak failin kişiliğine, alışkanlıklarına, geçmişine, genel olarak içinde bulunduğu somut koşullara ilişkin tespit ve gelecekte yeniden suç işlemeyeceği yönünde oluşan kanaat, belirlenen temel cezanın takdiren hafifletilmesi (TCK m. 62)<sup>21</sup>, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), hükmün

dikkate alacağı ölçütler de, *suç işleme motivasyonu ve failin kişiliği, failin geçmiş sabıkası ve hakkında yürütülmüş olan soruşturma ve/veya kovuşturmaları, genel olarak failin yaşamı, suç işlediği sırada ve sonrasında tutumu ile şahsi, sosyal ve ailevi yaşamına ilişkin koşullar* olarak sıralanmıştır. İtalyan doktrininde bu hüküm, failin suç işleme kapasitesinin geçmişi mi, yoksa geleceği mi esas aldığı sorusu üzerinden tartışılmaktadır. Buna ilişkin görüşlerden ilki, suç işleme kapasitesinin suçun işlendiği ana, yani geçmişe ilişkin olduğunu; ikincisi ise gelecekte yeni suç işleme kapasitesine işaret ettiği için geleceğe dair olduğunu savunmaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin, aynı hükme ilişkin farklı tarihli içtihatlarında iki farklı görüşü de benimsediği olmuştur. Hatta Mahkeme, 2006 tarihli bir kararında, anılan hükmün hem geleceğe hem de geçmişe ilişkin olduğuna hükmetmiştir. Bkz. **Marinucci**, Giorgio/**Dolcini**, Emilio: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2015, s. 644 ve 645.

<sup>19</sup> **İçel**, Kayıhan/**Sokullu** Akıncı, Füsün/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih S./**Ünver**, Yener: *Yaptırım Teorisi*, İstanbul 2000, s. 165.

<sup>20</sup> 765 sayılı TCK m. 29'a son fıkranın eklendiği 1990 yılına kadar, alt ve üst sınırlar arasında öngörülen cezanın tayininde hakime yol gösterecek ölçütleri öngören bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yalnızca 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da adli para cezalarının alt ve üst sınırları arasındaki miktarın tespitinde (m. 5/2) ve kısa süreli hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde (m. 4/1) esas alınacak ölçütler belirtilmişti.

<sup>21</sup> Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar, TCK m. 62/2'de takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır.

açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/6), hapis cezasının infazının ertelenmesi (TCK m. 51) ya da infaz yönteminin belirlenmesi ve sonradan değiştirilmesinde<sup>22</sup>; kısaca şüpheli, sanık veya hükümlünün lehine işlem yapmak için temel bir ölçüt olarak öngörülmüştür<sup>23</sup>. Böylece hukukumuzda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte, fiil ceza hukukuna yaklaşacak bir anlayış benimsenerek failin sadece karakterine, geçmişine ve yaşam şekline bağlı sebepler, temel cezanın belirlenmesinde ölçüt olarak öngörülmemiş; ancak bu sebepler, cezayı hafifleten, başka cezaya çevirmeyi ya da cezanın ertelenmesini sağlayan sebepler olarak gösterilmiştir. Sonuç itibarıyla, failin geçmişi ve karakterine ilişkin halihazırda içinde bulunduğu genel durum, cezanın bireyselleştirilmesinde sadece lehe değişimler için etki eder hale gelmiştir.

Burada, yukarıda belirtilen prensibe aykırı sayılabilecek iki noktaya dikkat çekmekte fayda vardır. Bunlardan biri, temel cezanın belirlenmesi sırasında adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlarda bu ikisi arasındaki tercihin yapılmasına; diğeri ise tekerrüre ilişkindir. Temel cezanın belirlenmesine ilişkin olan ve yukarıda işaret edilen Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesine sonradan eklenen dokuzuncu fıkrada, adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlara ilişkin bir düzenleme mevcuttur<sup>24</sup>. Eklenen bu fıkranın gerekçesinde kanun koyucu şu ifadeye yer vermiştir: “Adli para cezasının hapis cezasına seçimlik yaptırım olarak kabul edildiği hallerde, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bağlamında mahkeme, önce kişi hakkında hapis cezasına mı yoksa adli para cezasına mı hükmedeceğini karara bağlar. Bu tercihin yapılmasında sadece suçlunun kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlemede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra, ekonomik durumu göz önünde bulundurulur.” Dolayısıyla failin geçmişinin ve kişiliğinin, temel ceza belirlemesi sırasında hapis cezası ve adli para cezası arasındaki tercihte etkili olduğu ve bunun, şüphesiz, aleyhe tercih için de geçerli olabileceği ortaya çıkmaktadır. Buna benzer bir düzenleme, tekerrür kurumuna ilişkin olarak da yapılmıştır. Failin geçmişinde işlediği suça ilişkin olduğu için yargılama konusu

<sup>22</sup> Örneğin, TCK m. 52/4: “Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir.” TCK m. 51/6: “Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.”

<sup>23</sup> Hakimın takdir edeceği hususların sadece sanığın lehine olması sayesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmediği ve bu nedenle genel bir takdiri ağırlaştırıcı nedene yer verilmediği hakkında bkz. **İçel (ve Diğerleri)**, s. 186 ve 187.

<sup>24</sup> Bu düzenleme, 19 Aralık 2006 tarihli ve 26381 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5560 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir.

suçun cezasını etkilememesi gerektiği düşünülerek, 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu döneminden farklı olarak 5237 sayılı TCK ile tekerrür, cezayı ağırlaştırıcı değil, infaz rejimini ağırlaştırıcı bir sebep haline gelmiştir<sup>25</sup>. Böylece tekerrürün infaz hukuku kurumu haline geldiği iddia edilmiştir. Ancak TCK m. 58/3'te yer alan “*Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.*” düzenlemesi, kanaatimizce, tekerrürü salt infaz hukuku kurumu olmaktan uzaklaştırmaktadır<sup>26</sup>. Hukuki niteliği ne olursa olsun, yargılama konusu suçla ilgili olmayan ve failin geçmişinden getirdiği önceki suç, karşılığında seçimlik ceza öngörülen suçlar bakımından ceza türünü belirleyen bir ölçüt haline gelmiş; üstelik bu konuda hakime takdir yetkisi dahi tanınmamıştır. Belirtilen bu iki kurum dışında, failin geçmişinden getirdiği ya da halihazırda içinde bulunduğu subjektif özelliklerin, temel cezanın tespiti sonrasındaki diğer bireyselleştirme araçları bakımından etkili olduğu ifade edilebilir.

Bu çalışmada geline nokta, her somut olayda ve her birey bakımından değişen ve aynı zamanda, aynı somut koşullarda ve aynı failin işlenmesine rağmen farklı cezalara hükmedilmesinin gerekçesi olan; böylece ceza hukukunu basit bir neden-sonuç ilişkisi matematiğinden ayıran, temel cezanın belirlenmesi, arttırılması ve hafifletilmesi yahut başka bir ceza veya tedbire dönüştürülmesinde ölçüt olan ve hakim takdirine bırakılmış tüm subjektif sebeplerin, “*cezaların bireyselleştirilmesinde liyakat*”<sup>27</sup> meselesinin, ceza muhakemesinde çözülmesi gereken hangi soruna dahil olduğu ve bunun hukuki denetimidir.

## V. MUHAKEMEDE HUKUKİ SORUN VE MADDİ SORUN AYRIMI

Medeni muhakeme ve ceza muhakemesini birlikte kapsayacak şekilde, muhakeme faaliyeti, adalet organları önüne gelmiş bir uyumsuzluk hakkında, biri maddi sorun, yani maddi gerçeğin ne olduğunun tespiti ve ardından hukuki sorun, yani maddi gerçeğin hukukta nasıl değerlendirildiğinin tespiti olmak üzere iki sorunun çözülmesi suretiyle hüküm verilmesi faaliyetidir<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> TCK m. 58/6: “*Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.*”

<sup>26</sup> Aynı yönde, yani hükmolunacak ceza türünün belirlenmesine ilişkin düzenlemenin infaz kurumu olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. **Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 172; **Arslan**, Çetin/ **Kayanççek**, Murat: Suçta Tekerrür, Ankara 2009, s. 43-51.

<sup>27</sup> Failin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkındaki kanaat için “ertelemeye liyakat” terimi kullanılmıştır. Bkz. **İçel (ve Diğerleri)**, s. 401. Kanaatimizce bu terim seçimi yerindedir ve cezaların bireyselleştirilmesinde failin subjektif özelliklerinin değerlendirilmesinin gerektiği tüm kurumlar bakımından da kullanılabilir.

<sup>28</sup> **Feyzioğlu**, Metin/**Taner**, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s.174 vd.

Böylece, muhakeme faaliyeti sonunda verilen hükmün, biri küçük, diğeri büyük olarak nitelendirilen iki önermeden oluştuğu kabul edilmektedir. Küçük önerme, var olup olmadığı delillerle belirlenecek olan olaydır (sübut meselesi, maddi sorun). Büyük önerme ise, önceden belirlenmiş olan hukuk normudur. Muhakeme sırasında birinci aşama tamamlandıktan sonra, yani olayın varlığı belirlendikten sonra, bu olayın büyük önermeye uygunluğuna bakılarak hukuki tanısı konulur (kıyas işlemi ile yapılan akıl yürütme<sup>29</sup>) ve böylece hükme ulaşılır<sup>30</sup>.

Kendisi tamamlanmadan bir sonraki safhaya geçmenin anlamsız olduğu<sup>31</sup> ilk aşamada, yani maddi sorunu çözme aşamasında, temel bir kurum olarak, vicdani kanaat karşımıza çıkmaktadır.

Vicdani kanaate ulaşılması, isnat olunan fiilin ispatlandığı anlamına gelir. Bu itibarla vicdani kanaat, hukuki sorunla ilgili olmayıp, sadece maddi sorunun çözümünde, yani şüphenin yenilmesinde bir ölçüttür. Bunun doğal sonucu, vicdani kanaate yalnızca kovuşturmanın sonunda ve sadece duruşmayı yürüten hakim(ler) tarafından ulaşılabilir<sup>32</sup>. Bu çerçevede, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı ya da sadece hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı temyiz kanun yolu aşamasını yürüten yüksek yargıçlar, muhakeme faaliyeti icra etmekteyse de; vicdani kanaate ulaşma çabası içinde sayılamazlar.

Olayın kanıtlanması, yani maddi sorunun çözümünde vicdani kanaate ulaşılması için en güzel ve hukukun bulduğu yegane enstrüman, kural olarak, çelişme, doğrudan doğrualık, açıklık ve kesintisizlik ilkelerinin hakim olduğu “duruşma”dır. Buna öğrenme yargılaması (*cognizione*) adı da verilmektedir<sup>33</sup>. Üstelik duruşmanın dahi gerçeği yansıtmaya yetmeyeceği ileri sürülmüş, zira yaşanan hiçbir gerçek olayın, duruşmaya gelen olayla özdeş olmayacağı belirtilmiştir. Hal böyleyken duruşmaya getirilen olayın, dosyanın dar hacmine sıkıştırılması mümkün değildir.

Maddi sorun, geçmişte yaşandığı iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ve gerçekleşiyse bunun ne şekilde cereyan ettiğini ortaya çıkarma meselesi olup; bu çerçeveye dahil olan her tespitin maddi sorun kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezanın bireyselleştirilmesi, faile en uygun yaptırıma hükme-

<sup>29</sup> Bkz. **Feyzioğlu/Taner**, s. 174.

<sup>30</sup> **Selçuk**, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 332-335.

<sup>31</sup> Zira hukuki sorunun doğru çözülebilmesi, maddi sorunun doğru çözülmüş olmasına bağlıdır. Bkz. **Güngör**, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016, s. 38.

<sup>32</sup> **Feyzioğlu/Taner**, s. 176 vd.

<sup>33</sup> **Selçuk**, “Temyiz”, s. 323.

dilmesini ve uygulanmasını gerektirir. Faile en uygun yaptırımın seçimi de, failin kişiliğinin bilinmesi sayesinde sağlanabilir. Bu tespiti yapacak olan, failin işlenip işlenmediğini muhakemede ortaya çıkararak hakim kendisidir<sup>34</sup>. Cezanın bireyselleştirilmesi araçlarının tümünde yer alan failin kişiliğine, fiili işlerken ve işledikten sonra içinde bulunduğu psikolojik ve sosyo-ekonomik koşullara veya bundan sonra suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin ölçütlerin değerlendirilmesi, yani cezanın belirlenmesinde liyakate ilişkin tespiti yapılması, ancak duruşmayı yürüten ve kararı duruşmada edindiği vicdani kanaatine göre veren hakime<sup>35</sup> düşen görevdir<sup>36</sup>. Hakim, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ve gerçekleştiyse ne şekilde cereyan ettiğine ilişkin araştırmasının yanında; maddi olayın gerçekleştiği ispatlandığı takdirde faile uygun yaptırıma hükmedebilmek için, yargılama sırasında sanığın kişiliğine ilişkin unsurları da araştırıcaktır. Dolayısıyla failin kişiliğine ilişkin olarak da ispat meselesi gündeme gelebilecektir<sup>37</sup>. Kısacası, cezanın bireyselleştirilmesi açısından gösterdiği önem nedeniyle, failin kişiliğinin tespiti, maddi soruna dahildir<sup>38</sup>. Üstelik hakim, bu araştırma sırasında uzman yardımı da alabilecektir; hatta suçlunun gözleminin teknik bir çalışmayı gerektirmesi nedeniyle bu yardımı çoğunlukla almalıdır. Nitekim Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 13/1-b'ye göre, “*Karar öncesinde mahkeme veya hâkimin isteği üzerine; sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak*”, Denetimli Serbestlik Müdürlüğü'nün görevlerinden biridir. Bu özel düzenleme, uygulamada maalesef çok kullanılmamakla birlikte, sanığın kişiliğinin sağlıklı gözlemlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Buna ek olarak, cezanın bireyselleştirilmesi için failin kişiliğinin tespiti hususunun maddi soruna dahil olması ve buna ilişkin gözlemin<sup>39</sup> zor oluşu<sup>40</sup> ile teknik uzmanlık

<sup>34</sup> **Tosun**, Muhakeme, s. 605.

<sup>35</sup> **Selçuk**, ülkemizde duruşma evresinde yargıçların değişmesi gerçeğini şu ifadelerle eleştirmektedir: “*Duruşmaya katılmayan yargıçların vicdani kanı yargısı oluşturmaya olanaksızdır ve duruşmanın olmazsa olmaz ilkelerinin zorunlu sonucu olarak, yasaktır. Bu yüzden de duruşma yapan ile hüküm kuran yargıçlar, Türkiye dışında, yeryüzünün her ülkesinde aynıdır, asla değiştirilmezler.*” Bkz. **Selçuk**, “Temyiz”, s. 333.

<sup>36</sup> Bu noktada **Selçuk**, şu haklı soruyu sormaktadır: “*Suçbiliminin ve ceza hukukunun sorumluluktan çok, sanığın kişiliğine uygun yaptırıma (müeyyideye) eğildiği çağımızda, yargıç görmediği ve tanımadığı sanığa kişiselleştirme kurallarını nasıl uygulayacaktır?*” Bkz. **Selçuk**: Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, s. 159.

<sup>37</sup> **Tosun**, Muhakeme, s. 605.

<sup>38</sup> **Yenisey**, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s. 56; **Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 7; **Feyzioğlu/Taner**, s. 192.

<sup>39</sup> Burada kullanılan *gözlem* terimi ile CMK m. 74'te düzenlenen *gözlem altına alma* tedbiri kast edilmemektedir. Gözlem, kişi hakkında mümkün olduğu kadar fazla veri toplamayı hedefleyen, bunu da hayatın bütün şartları içinde, yani kişi serbestken veya kapalı şekilde tutulurken davranışlarının incelenmesi suretiyle yapan, tıbbi, psikolojik ve sosyal muayeneden ve müşahade altına almaktan daha geniş bir kavramdır. Bkz. **Tosun**, Suçluların Gözlemi, s. 4 ve 5.

bilgisi gerektirmesi nedeniyle, kanaatimizce, bilirkişilik kurumunun düzenlendiği CMK m. 63'un tanıdığı genel yetki ile de hakim bu konuda bilirkişiden görüş alabilmelidir.

Esasında failin kişiliğine, yaşam tarzına, kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgi edinme faaliyeti daha yargılamanın başında başlamaktadır. CMK m. 191/3-a'da hakimin, duruşmaya başlar başlamaz sanığın açık kimliğinin saptanmasının ardından yapacağı ilk işlemin, sanıktan kendi kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi almak olduğu öngörülmüştür. Bu bilgi alma işlemi sırasında, sanığın ailevi durumunun, yaşam koşullarının, sağlığının, karakter yapısının, gelirinin, içindeki bulunduğu toplumsal yapının, öğrenim durumu ve mesleği gibi hususların öğrenilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>41</sup>. Somut olayın aydınlatılmasına da ışık tutabilecek bu bilgilerin alınmasının nihai amacı, yargılama sonunda verilmesi muhtemel cezanın hukuka uygun şekilde failin kişiliğine uydurulmasıdır.

## VI. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİNDE LİYAKAT BAKIMINDAN MAHKEMENİN SAHİP OLDUĞU TAKDİR YETKİSİ

Takdir, hukuki bir olayda kanunun amacına uygun seçim yapan hakimin karar vermesidir<sup>42</sup>. Takdir kavramının bağlı ve serbest takdir olmak üzere ikiye ayrıldığı ve hakimin somut cezayı tespit ederken sahip olduğu takdir yetkisinin bağlı takdir olduğu; zira ceza kanununda, ceza tayininde ne gibi ölçütlere bakılacağı açıklanmamış olsa dahi hakimin, mevcut genel sistem ve cezanın belirlenmesi ile ilgili kanuni hususlara dikkat etmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Suçlu insanın bilim yoluyla açıklanmasındaki zorluğa ilişkin olarak **Tosun**'un verdiği şu örnek dikkat çekicidir: "Birçok ülkelerde bugün futbol karşılaşmalarında toto-kalço veya spor-toto denilen bir tahmin oyunu yapılmaktadır. Çoğu ülkelerde o hafta yapılacak 13 karşılaşmanın sadece beraberlikle mi, yoksa iki takımdan birinin mağlubiyeti veya galibiyeti ile mi sonuçlanacağı tahmin edilmesi istenmektedir. İlk bakışta, bu oyundaki tahminin çok kolay olacağı zannedilir. Fakat işi hesaba vurduğumuz takdirde bu 13 karşılaşmanın 3<sup>13</sup> şeklini alabileceği, yani gerçekleşecek sonucun 1.564.323 sonuçtan birisi olduğu görülmektedir. Bu yüzdendir ki, yüzlercesi bu işin uzmanı sayılabilecek binlerce kişi tarafından oynanmasına rağmen bazı hallerde en doğru sonucu bulan bile çıkmamaktadır. Şahsiyet araştırmasında ise, üzerinde durulacak maçlara tekabül eden unsurlar on üçten fazla olduğu gibi, her unsurun da maçlardaki gibi beraberlik, galibiyet ve mağlubiyette olduğu gibi yalnız üç hali yoktur; çok daha fazladır. Ayrıca, bu işlerle uğraşanların maçlardaki kadar uzman olmadığını, sayılarının da onlar kadar fazla olmadığını kabul etmek gereklidir. Bu bakımdan teşhiste çok fazla zorluk bulunduğu kabul edilmelidir." Bkz. **Tosun**, Suçluların Gözlemi, s. 472 ve 473.

<sup>41</sup> **Çetin**, Soner Hamza: Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2011, s. 82 ve 83.

<sup>42</sup> **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 555.

<sup>43</sup> **Önder**, s. 555. 765 sayılı TCK döneminde ileri sürülen bir görüşte, hakimin kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken bağlı takdir yetkisine, bunun üzerinden takdiri hafifletici nedenleri uygularken Yargıtay denetimine açık serbest takdir yetkisine sahip olduğu savunulmuştur. Bkz. **Yurtcan**, s. 258 ve 263.

Şüphesiz mahkeme takdir yetkisini kullanırken, keyfi davranamaz; bunu gerekçelendirmek zorundadır. Nitekim bütün mahkemeler bakımından genel olarak Anayasa m. 141/3 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6<sup>44</sup>; ceza mahkemeleri ve hakimlerine özel olarak da CMK m. 34/1 gereği her türlü karar gerekçeli olarak yazılır<sup>45</sup>. Bilindiği üzere, gerekçenin (görünüşte) varlığı da yeterli olmayıp, mahkemeler, kararlarını somut ve açık bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Eksik, mantık kurallarına aykırı ya da sadece görünüşte kalan bir gerekçe, aynı zamanda İHAS m. 6 ve AY m. 38'de öngörülen adil yargılanma hakkının da ihlalidir.

Cezanın bireyselleştirilmesinde hakimin sahip olduğu takdir yetkisinin kullanımında gerekçenin varlığı ve taşıması gereken özelliklere ilişkin çok sayıda içtihat mevcuttur. Bu çerçeveye, cezanın bireyselleştirilmesinin tüm enstrümanları, yani temel cezanın belirlenmesi, bunun üzerinden takdiri indirim nedenlerinin uygulanması, kendisinin veya infazının ertelenmesi ile seçenek yaptırımlara çevrilmesi<sup>46</sup> dahildir.

<sup>44</sup> Adil yargılanma hakkının düzenlendiği İHAS m. 6'da gerekçeli karar hakkı açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte; maddede yer alan hakkaniyete uygun yargılama hak ve ilkesi çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) nezdinde tanınmakta ve ceza hukukunda öncelikle uygulanması gereken bir hak olduğu vurgulanmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, Sibel: "Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed.: Sibel İnceoğlu) içinde, İstanbul 2013, s. 252; **Yerdelen**, Erdal: Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara 2015, s. 61 ve 62.

<sup>45</sup> İnceleme konumuz olan cezanın bireyselleştirilmesinde faile ilişkin sübjektif hususların gerekçelendirilmesine ilişkin özel maddeler ise, hükmün gerekçesinde bulunması gereken açıklamaları öngören CMK m. 231'de yer almaktadır. Buna göre mahkumiyet hükmünün gerekçesinde, iddia ve savunmada ileri sürülen savların belirtilmesi ve delillerin tartışılmasının ardından şu hususlar da açıklanmalıdır:

"c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.

d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar."

<sup>46</sup> Hukukumuzda kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların ilk kez düzenlendiği 647 sayılı (mülga) Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 4'ün varlığı dönemine ait içtihatlarında Yargıtay, yargıcın, 4. maddeyi uygularken takdir yetkisine sahip olduğunu; ancak şartları varsa, çevirme işlemini uygulamak zorunda olduğu prensibini benimsemişti. Bu nedenle istemin olması şart değildir. Bununla birlikte gerek çevirme uygularken, gerek çevirmeyi reddederken doyurucu gerekçenin gösterilmesi ve bu gerekçenin suçlunun kişiliği veya suçun işleniş biçimine dayanması gerekmektedir. Bkz. **Önder**, s. 504. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.12.1993 tarihli ve E.1993/10-290 K.1993/327 künyeli kararı buna örnek olarak verilebilir:

"T.C. Anayasanın 141 ve CYUY.nun 32. maddesi uyarınca, mahkemelerin kararlarında göstermek zorunda buldukları gerekçe; akla ve mantığa dayanmalı, tarafları tatmin edici bulunmalı ve denetime olanak sağlayıcı nitelikte olmalıdır.

Sanığa tayin edilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilip, çevrilmeyeceği hususunda karar verilirken gösterilen gerekçenin, soruşturma aşamasında izlenen



Cezanın hesaplanmasının ve hakimın sahip olduğu takdir yetkisinin kullanımının hukuka uygun şekilde yerine getirilip getirilmemesi söz konusu olduğunda sorun hukuki iken; takdir yetkisinin, doğrudan doğruya sözlü duruşmadan anlaşılabilen ve şahsen değerlendirilebilen olgulara göre kullanılıp kullanılmadığı hususu, maddi soruna ilişkindir<sup>47</sup>. Bu gerekçeyle de, failin kişiliğine ve suçun işlenişine ilişkin takdir yetkisinin kullanımı, maddi soruna dahildir.

Bu tespitin ardından çözülmesi gereken mesele, temyiz kanun yolu incelemesi sırasında Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere, yaşam biçimi ve alışkanlıklarına, gelecekte suç işleme yönündeki eğilimine, yani genel olarak cezanın bireyselleştirilmesinde liyakate ilişkin değerlendirmeyi denetleyip denetleyemeyeceğidir.

## VII. TEMYİZ İNCELEMESİNİN SINIRLARI

Mahkemelerce verilen kararların denetlenmesini sağlayan hukuki imkanların<sup>48</sup> benimsenmesinin çeşitli amaçları vardır. Kanun yolları ya da denetim muhakemesi olarak adlandırılan<sup>49</sup> bu imkanların ilk amacı, somut olayda adalete uygun, doğru kararın verilmesini sağlamak ve varsa yapılmış hataları telafi etmektir. Buna ek olarak, etki alanı somut olay adaletinden çok daha geniş olan bir temel amaç da içtihat birliğinin sağlanmasıdır. Aynı ya da benzer hukuksal sorunlara farklı hukuki çözümler getirilmesini engellemek olarak kısaca tanımlanabilecek olan bu amaç, aynı zamanda, somut olay adaletine de ciddi biçimde hizmet etmektedir<sup>50</sup>.

*sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir veya suçun işlenmesindeki özellikleri açıklar biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan sanığın kişiliğini ve suçun işlenmesindeki özellikleri değerlendirmeyen bir gerekçeye dayanılarak kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına veya maddedeki tedbirlerden birine çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi yasakoyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi cezanın kişileştirilmesi ilkesine de aykırıdır ve uygulamada keyfiliğe yol açar.*

*Keyfiliği önlemek tarafları tatmin etmek ve kararları aydınlatmak için sanığın kişiliği ve suçun işlenmesindeki özellikler değerlendirilerek 647 sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanmasının gerekip, gerekmediği karara bağlanmalıdır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası’ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 04.10.2018).*

<sup>47</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2017 (14. Bastı), s. 861.

<sup>48</sup> Hukuki çare (yasal çare) kavramının, kanun yollarına göre üst bir kavram olduğu, kanun yollarının bir tür hukuki çare olmakla birlikte ondan daha dar bir alanı kapsadığı; örneğin eski hale getirmenin bir hukuki çare olmakla birlikte kanun yolu olmadığı, buna karşın itiraz kurumunun kanun yolu şeklinde bir hukuki çare olduğu hakkında bkz. Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017, s. 942.

<sup>49</sup> Terim konusunda öğretilerde birlik olmadığı yönünde bkz. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017 (10. Bastı), s. 703.

<sup>50</sup> Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden Tütüncü, Efser: Nazari ve

Temyiz, bir kanun yoludur. Bu noktada, temyiz tarihi köklerine hızlıca inip, kurumun varlık sebebini ve felsefi arka planını keşfetmekte büyük fayda vardır. Zira tarihi altyapıda, temyiz incelemesinin sınırları meselesinin çözümüne ilişkin ipuçları mevcuttur.

### A. Temyizin Doğuşu

Fransa'da doğan temyiz kurumu, adaletin kaynağının *yargıç* değil, *yasa* olduğu iddiasındaki yüzlerce yıllık bir rüyanın ürünüdür. Tarih sahnesinde *yargıç* ve *yasa*, -yaygın kanının aksine- birbirini tamamlayan değil, birbirine karşı duran roller üstlenmişlerdir. Temyiz de, bu mücadelede *yasa* lehine atılmış bir adımdır. Aydınlanma öncesindeki hukuk, tüm vatandaşların değil sadece ayrıcalıklı bir zümrenin hakkını korurken, adalet değil ayrıcalık üretmekteydi ve kesinlikten uzaktı. Bunun için de elbette yazılı olan yasanın sınırları aşılma, yargıçlar tarafından yazılı olmayan hukuk yaratılmaktaydı. Aslında yargıcın yasaı aşmasının, yani yargının yasamaya yönelik saldırısının karşılığı da, kral tarafından misliyle verilmekteydi. Egemen güç olan kral, adeta en yüksek yargıçtı ve istediği takdirde yargı alanına müdahale etmekten geri durmuyordu. Erkler arası karşılıklı sınır aşmalara dayalı bu (düzensiz) yargısal düzende, hangi fiillerin suç teşkil ettiği de belirsizdi ve kişilerin statüsüne göre farklılaşan yargılama usulleri söz konusuydu. Bu gidişatı sonlandırıp yeni bir düzen kurmak isteyen Aydınlanmacılar, öncelikle ceza muhakemesi ile maddi ceza hukukunun birbirinden ayrılması gerektiğini öngördüler. Bu ayrılığın da temelinde, yargıçlara olan güvensizlik ve onların müdahale edebilecekleri alanları mümkün olduğunca azaltmak fikri yatmaktadır. Bu çerçevede, yargıçların, önce maddi ceza hukuku alanına müdahalesinin önü kesildi. Ceza yasasının yapımı ile suç fiillerinin içeriğinin belirlenmesi, yasamanın işiydi ve bu yasalar mümkün olduğunca kısa, anlaşılır ve kesin olacaktı. Bu amaçla doğan kodifikasyon hareketleriyle, maddi ceza hukuku bakımından katı bir kanunilik ilkesi benimsenerek, yazılı yasanın dışına çıkılması imkansız hale getirildi. Bunun nasıl sağlandığına ilişkin olarak da, eski düzenin yasa ile bu yeni düzenin yasa anlayışı arasında da fark olduğunu belirtelim. Eskiden hükümdarın iradesinin dışı vurumu olan yasa, Aydınlanma felsefesinde sosyal sözleşmenin ürünü, yani toplumun genel iradesinin yansması olarak değerlendirilmektedir. İktidarın tepeden inen bir dayatması değil; özgürlüğün ifadesi ve genel iradenin vücut bulmuş hali olarak görülen yasanın en mükemmel formu ise, temel hukuk disiplinlerini tüm detaylarıyla kusursuz biçimde düzenleyen kodlar, yani temel yasalardır. Örneğin ceza hukukuna ilişkin temel yasa, genel iradenin ürünü olarak ortaya çıktığında, yargıca bunu aynen uygulamak dışında hareket alanı kalmamıştır. Bu çıkarım, *Rousseau*'nun toplum sözleşmesi anlayışında genel iradenin ürünü olan yasa

---

Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015 (9. Bası), s. 642; **Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 599-603; **Şahin**, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2018 (7. Bası), s. 245.

tanımlaması ile *Montesquieu*'nun yargıcın yasanın ağızından başka bir şey olmadığı düşüncesinin birleşimidir. Maddi ceza hukukuna ilişkin çerçeve, yasamanın eliyle bu şekilde belirlendikten sonra, bu kez, ceza muhakemesine ilişkin kaygı devreye girmiştir. Zira ceza yasasını hayata geçiren, cezanın infaz edilmesi için köprü olan ceza muhakemesi, yine yargıçların elindeydi ve eski düzen yargıçların hareket alanını, ceza muhakemesi alanında mümkün olduğunca sınırlandırmak gerekiyordu. Böylece yargıçlara olan güvensizlik, ceza muhakemesine olan güvensizliğe dönüştü. Ancak kuvvetler ayrılığı prensibi nedeniyle yargıçların hukukun dışına çıkıp çıkmadıklarının denetimini yasama yapamazdı; bunu yine yargı organının yapması gerekmektedir. Hukukilik denetimini yapmak için, olay mahkemesinin dışında ama yine yargı erkinin içinden türeyen bir organa ihtiyaç vardı. İşte temyiz, yargıcın ceza muhakemesinde hukukun dışına çıkabileceği endişesi üzerine hukuk dünyasına doğdu. Burada asıl korkulan, somut olayın yargılama sırasında hata yapan yargıç değil, yargılama sırasında hukuku çiğneyen, hukuk yaratmaya kalkışan yargıçtı. Dolayısıyla yargılamada ele alınan iki hususu, fiili ve hukuku, yani maddi ve hukuki meseleyi birbirinden ayırmak; bunlardan sadece ikincisini denetlemek önem arz ediyordu. Fransa'da doğan ve ardından Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkelerde benimsenen temyiz esası, varlık sebebi, üzerine inşa edildiği temeli, maddi ve hukuki meselelerin birbirinden ayrılması ve sadece ikincisinin denetlenmesidir. Kısaca hukuk alanındaki Aydınlanma, yargıca olan güvensizlik ile doğmuş ve sürekli olarak yargıcın yasa karşısında sınırları aşma çabasına gireceği, yani yasaya karşı isyan edeceği iddiasıyla beslenmiştir. Temyiz gibi Aydınlanma'nın ürünü olan bir hukuki kurumun anlaşılabilirliği için, bu esası gözden kaçırmamak gerekmektedir<sup>51</sup>.

### B. Farklı Hukuk Sistemlerinde Temyiz

Dünyada mevcut iki farklı hukuk sistemine paralel olarak, yüksek kanun yolu denetiminin kapsamı bakımından da iki farklı anlayış bulunmaktadır. Anglo Sakson hukuk sisteminde, ülkedeki tüm yargı mercilerinin tepesinde tek başına yer alan yüksek mahkeme tarafından yapılan yargılama sırasında, hem maddi sorun, hem de hukuki sorun incelemesi yapılabilmektedir. Bu yüksek mahkemelerde, duruşma yapılması, olay mahkemesi gibi kanıtlarla doğrudan temas edilmesi, kısacası öğrenme muhakemesi yapılması ve maddi olayın yeniden değerlendirilip davanın esası hakkında ilk derece mahkemesinden farklı bir karar verilmesi mümkündür. Amerika, Kanada, İngiltere, İrlanda, Japonya gibi ülkelerde sistem bu şekilde kurgulanmıştır<sup>52</sup>. Konumuzla ilgisi açısından hemen belirtelim ki, bu ülkelerde bile, maddi olayın tespit ve değerlendirmesinde açık

<sup>51</sup> Temyizin tarihi ve düşünsel altyapısına ilişkin açıklamalarda kullanılan kaynak için bkz. **Iacoviello**, Francesco Mauro: *La Cassazione Penale*, Milano 2013, s. 1-22.

<sup>52</sup> Bkz. **Selçuk**, "Temyiz", s. 323.

bir hukuka aykırılık ve hata veya takdirde bir isabetsizlik bulunmamakta ise ilk derece mahkemelerinin değerlendirilmelerine, kural olarak, bağlı kalınmaktadır.<sup>53</sup>

Hukuk sistemi olarak bizim de bağlı bulunduğumuz Kıta Avrupası ülkelerinde ise, yukarıda tarihi arka planıyla açıklamaya çalıştığımız üzere, mevcut farklı yargı kollarının tepesinde yer alan denetim organları, hukuki inceleme ile sınırlı yetkisi bulunan bozma mahkemeleri olup; ülkemizde adli yargı bakımından Yargıtay'ın icra ettiği bu görevin çerçevesinde öğrenme yargılaması yapmak ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek delil değerlendirmek yer almaktadır.<sup>54</sup> Hukuki denetim için oluşturulan ve delillerin tekrar incelendiği bir öğrenme muhakemesi yapmayan Yargıtay, olay mahkemelerinin kanaatinin maddi yönden gerçeğe uygunluğunu denetleyemez.<sup>55</sup> Maddi mesele bakımından ilk derece mahkemesinde oluşan içsel inanış, yani vicdani kanaat, delillerle doğrudan doğruya temasa geçmeyen Yargıtay hakimlerince inceleme konusu yapılamaz.<sup>56</sup> Hukuki denetim merciinin elindeki yegane yetki, hükmü bozmak ve yeniden yargılama yapmak üzere davayı, duruşmayı yapan yargıçlara yollamaktır. Daha somut bir anlatımla, temyiz incelemesinde yalnızca fiilin suç teşkil edip etmediği veya hangi suça vücut verdiği, nitelikli hallere ya da suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin normların uygulanmasında hata yapıp yapılmadığı hususlarında ve elbette muhakeme normlarının uygulanmasına ilişkin denetim yapılmalı<sup>57</sup>; bu sayılanlardan bir veya birkaçına ilişkin hukuka aykırılık tespit edildiğinde dosya, kararı veren mahkemeye geri gönderilmelidir.

Zaten maddi olayı takdir yetkisi bulunan bir yargı organının, dosya hakkında doğrudan karar verebilmek yerine, sadece bozma yetkisinin bulunması

<sup>53</sup> **Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2017, s. 120.

<sup>54</sup> **Selçuk**, "Temyiz", s. 323.

<sup>55</sup> **Yenisey**, "İstinafta Maddi ve Hukuki Mesele Denetimi", Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, s. 1278.

<sup>56</sup> Yargıtay, olay mahkemesinin, duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vardığı vicdani kanaatine göre belirlemiş olduğu fiilin hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı tavsifi ve ondan çıkardığı sonuçları denetleyebilir. Bu sınırlayıcı kural, ilk derece mahkemesinde de doğrudanlık kuralının uygulanmadığı, örneğin dosyaya giren belge delillerinin incelenmesi gibi durumlarda geçerli olmamakla birlikte; ayrıca maddi meselenin, tecrübe kaideleri ile fizik ve mantık gibi temel kurallara uygunluğu bakımından da temyiz merciince denetlenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bkz. **Yenisey**, "Maddi ve Hukuki", s. 1283, 1287 ve 1289. Olay mahkemesinin olaya ilişkin tespitlerinin belirsiz, eksik, çelişkili veya mantık ve deneyim kuralları ile çatışan nitelikte olması halinde Yargıtay'ın olay tespitiyle bağlılığının da ortadan kalkacağı hakkındaki aynı yöndeki görüş için bkz. **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Kavlak**, Cihan: "Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 4, Ekim 2018, s. 1424. Yargıtay'ın inceleyebileceği maddi meseleler hakkında açıklama ve örnekler için de bkz. **Gökçen**, Ahmet/**Çakır**, Kerim: "Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, s. 1000 vd.

<sup>57</sup> **Kaymaz**, s. 37.

çelişkilidir. Nitekim maddi olay hakkında öğrenme yargılaması yapabilen hakim, yargılama sonundaki kararı da kendi verecektir. Kendi tespit ettiği olay hakkında başka hakim karar versin diye dosyayı gönderemez<sup>58</sup>.

### C. Hukukumuzda Temyiz Denetiminin Sınırları

Kıta Avrupası hukuk sisteminde temyiz kanun yolunun doğuş ve varlık sebebinin hukuki denetim olması ve delillerle doğrudan temas edilmeksizin öğrenme yargılaması yapmanın fiili imkansızlığı nedeniyle ülkemizde de, Yargıtay tarafından yapılan temyiz denetimi, maddi soruna değil, sadece hukuki soruna ilişkindir.

Oysa kuruluş temelleri ve varlık amacı temyizdekinden çok farklı olan bir diğer kanun yolu olan istinafta, maddi vaka denetiminin yapılmasının mümkündür. Amacı maddi olayların yeniden duruşmalı olarak incelenmesini sağlamak ve böylece somut olay adaletini tesis etmek olan istinaf, nitelik olarak *düzeltilme* yolu olarak değerlendirilirken; amacı içtihat birliğini sağlamak olan temyiz kanun yolu, *düzeltilme* değil, *bozma* yoludur<sup>59</sup>.

Gerek bu çalışmanın başında kendisine değinilen YCGK içtihadının verildiği ve temyiz bakımından 1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulandığı dönemde, gerekse Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyetine başladığı 20.07.2016 tarihinin ardından gidilen kanun yolları bakımından, yani 5271 sayılı CMK'nun temyiz ve istinafa ilişkin hükümlerinin de yürürlüğe girdiği ve "istinaf sonrası temyiz" kurumunun var olduğu günümüzde, Yargıtay tarafından gerçekleştirilen kanun yolu denetiminin sınırı, salt hukuki meseleyle, yani hukuka aykırılık ve olaya konulan hukuki tanının incelenmesiyle sınırlıdır. 1412 sayılı (mülga) CMUK'nun *Temyiz sebebi* başlıklı 307. maddesine göre "*Temyiz ancak hükmün kanuna muhalif olması sebebine müstenit olur. Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir.*" Bu düzenlemenin, temyiz kanun yolunda, son kararların hem maddi, hem de hukuki yönden denetlenmesine imkan verdiği; zira maddi sorunun doğru çözümlenmemesinin, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucunu zorunlu olarak doğuracağı yönünde görüşler mevcuttur<sup>60</sup>. Kanaatimizce bu düşünce, zaten belli somut olay-

<sup>58</sup> **Iacoviello**, s. 246.

<sup>59</sup> **Selçuk**, Bağımsız Yargı, s. 107 ve 162.

<sup>60</sup> Bkz. **Güngör**, s. 38. Olay tespiti ve hukukun uygulanması sorunlarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılamayacağı; zira olay tespitinin hukukun uygulanmasına, hukukun uygulanmasının da olay tespitine bağlı olduğu görüşü için bkz. **Bloy**, Rene: Die Ausgestaltung der Rechtsmittel im deutschen Strafprozessrecht, JuS 1986, s. 593. (Aktaran: **Erdem/Kavlak**, s. 1425, 16 no.lu dipnot) Buna benzer görüşler, İtalyan doktrininde de mevcuttur. Örneğin, 2015 yılında İtalyan Ceza Kanunu'na eklenen 131bis maddesinde öngörülen ve suçun özel hafifliği nedeniyle ceza verilmeyebilecek hallere ilişkin düzenlemede, sadece sebep olunan zarar veya tehlikenin hafifliği yahut ceza türü ve miktarının azlığı değil; aynı zamanda failin suç işleme

larda ayrımı epeyce güç olan hukuki sorun ile maddi sorun ayrımını, kategorik olarak da muğlaklaştırmaktadır<sup>61</sup>. Öte yandan mülga CMUK'da yer alan yukarıdaki ifade ile 5271 sayılı CMK'da öngörülen ve istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla yürürlüğe giren 288. maddedeki şu ifade arasında fark bulunmamaktadır: “*Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.*” Biri, diğerinin daha yeni Türkçe ile ifade edilmiş hali olan bu düzenlemeler arasında dikkati çeken tek fark, mülga CMUK'da temyiz sebebinin *kanuna aykırılık*, 5271 sayılı CMK'da ise *hukuka aykırılık* olarak belirlenmiş olmasıdır. Ancak bu terim farkı, karşıladıkları kavram bakımından, yani temyiz sebebinin kapsamına ilişkin olarak herhangi bir fark yaratmamaktadır<sup>62</sup>. Nitekim her iki Kanun'da da hem *hukuka aykırılık*, hem de *kanuna aykırılık*, “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması” şeklinde tanımlanmıştır<sup>63</sup>. Görüldüğü üzere, istinaf öncesi dönem ile istinaf sonrası temyiz dönemi arasındaki fark, hukuki eksende değil, sadece fiiliyattadır. Bu nedenle ülkemizde istinaf kanun yolunun uygulanmasına başlanmadan önceki pratik ihtiyaçlar nedeniyle Yargıtay'ın temyiz incelemesi, “genişletilmiş temyiz”<sup>64</sup> gibi bir ad da verilmek suretiyle adeta kurumsallaştırılarak fiilen genişletilmişse de<sup>65</sup>, bunun

saiki, suçun alışkanlık haline getirilmiş olmaması gibi öznel ölçütler de değerlendirilmektedir. Hakim tarafından yapılan bu değerlendirme, İtalyan öğretisinde, fiilin hukuki nitelendirilmesine ait olduğu gerekçesiyle genel olarak hukuki soruna dahil kabul edilmektedir. Bkz. **Conso**, Giovanni/**Grevi**, Vittorio/**Bargis**, Marta: Compendio di Procedura Penale, Milano 2018 (9. Bası), s. 953.

<sup>61</sup> Ayrıca sübut sorununun uygulanacak hukuktan ayrılmazlığı kabul edilse veya temyiz merciine maddi olgu ve delillerin incelenmesi yetkisi açıkça tanınmış olsa dahi bunun fiilen uygulanmasının mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Bkz. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 551.

<sup>62</sup> Bkz. **Taner**, Fahri Gökçen: “5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2017, s. 53.

<sup>63</sup> Buradaki “hukuk kuralı” tabiri ile kast edilenin hukuk normu olduğu ve bunun da sadece kanun ya da diğer yazılı hukuk kurallarını değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsadığı yönünde bkz. **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017 (17. Bası), s. 354.

<sup>64</sup> Bkz. **Centel/Zafer**, s. 862. Esasında genişletilmiş temyiz, hüküm gerekçeleri arasında sayılan olaylarda açıklık olmaması, eksiklik veya çelişki bulunması gibi hallerde temyiz merciine sınırlı biçimde tanınan inceleme yetkisidir. Örneğin Almanya'da bu yetkinin tanınarak hazırlandığı 1975 tasarısı, dosyaya aykırılık iddiasının, kanun yolu mahkemesinin fonksiyonlarını değiştirebilecek sonuçlar yaratabileceği ve bir hukuk devletinin ceza muhakemesi sistemi içinde böyle bir kanun yolu kabul edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **Yenisey**, İstinaf, s. 67.

<sup>65</sup> Yargıtay'ın maddi meselelerle uğraşmak yüzünden hukuki meselelere vakit ayıramadığı ve bu nedenle içtihat mahkemesi olma niteliğinden uzaklığı yönündeki haklı eleştiriler için bkz. **Kunter**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989 (9. Bası), s. 1047 ve 1048; **Özen**, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65(4), Y. 2016, s. 2346; **Karakehya**, Hakan/

açık bir hukuki dayanağı bulunmadığı için yukarıdaki açıklamalarımız esas itibariyle istinaf öncesi dönem için de geçerlidir. İstinafın yokluğu, Yargıtay'ın olaya ilişkin yargılama yapmasının haklı gerekçesi olamaz. Zira ne istinaf temyiz, ne de temyiz istinafın yerini doldurabilir<sup>66</sup>. Sonuç itibariyle, içinde istinaf kanun yoluna münhasır yetkiler barındıran genişletilmiş temyiz kavramı, temyiz kurumunun gerek ruhuna, gerekse geçmişteki ve günümüzdeki hukuki altyapısına aykırıdır.

Yargıtay'ın denetim alanını maddi olay incelemesine taşımasının, -yukarıda inceleme konusu yapılan kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere- *doğrudan doğruyalık* ilkesine aykırı olduğu eleştirisi sunulmuştur<sup>67</sup>. Her ne kadar Yargıtay'ın kullandığı yetki, bozmadan ibaret olsa ve ilk derece mahkemesinin yerine geçip karar vermediği için bu durum doğrudan doğruyalık ilkesine aykırı değilmiş gibi görünse de; özellikle Ceza Genel Kurulu kararları söz konusu olduğunda, bu kararlara karşı direnme yasağı bulunduğundan, sübuta ilişkin denetim fiilen bağlayıcı olmaktadır. Böylece doğrudan doğruyalık ilkesi gerçekten de ihlal edilmektedir.

#### VIII. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİNDE LİYAKAT BAKIMINDAN MAHKEMENİN SAHİP OLDUĞU TAKDİR YETKİSİNİN TEMYİZ KANUN YOLUNDA DENETLENEBİLİRLİĞİ

Yukarıda, failin kişiliğine, içinde bulunduğu psikolojik, ailevi ve sosyo-ekonomik koşullara ilişkin değerlendirmenin maddi meseleye dahil olduğu açıklanmıştı. Ardından Yargıtay'ın denetim alanının sadece hukuki meseleyle sınırlı olduğu, hem tarihi ve felsefi, hem de güncel ve hukuki gerekçeleriyle belirtilmiştir. Bu iki kıymetli ipucu sayesinde genel olarak cezanın bireyselleştirilmesinde liyakate ilişkin olay mahkemelerine tanınmış takdir yetkisinin denetiminin söz konusu olduğu tüm durumlardaki bilmece çözülmektedir: cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate alınacak özel ölçütler bakımından olay mahkemesinin yaptığı değerlendirme, Yargıtay tarafından denetlenemez<sup>68</sup>.

**İnce Tunçer**, Asuman: "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 8, Y. 2017, s. 104. Buna karşı görüş olarak da, Yargıtay'ın maddi tespitlerde hata olup olmadığını kontrol ederken bir öğrenme muhakemesi yapmayıp bunu, dosyada mevcut belge delillerine dayanarak gerçekleştirdiğini; bu incelemenin maddi meselenin çözülmesini düzenleyen hukuk kurallarına ve tecrübe kaidelerine ayrılık olup olmadığını araştırılmasından ibaret olması nedeniyle aslında bir hukuki denetim teşkil ettiği yönündeki görüş ve genişletilmiş temyiz kabulü önerisi için bkz. **Yenisey**, İstinaf, s. 226 ve 227.

<sup>66</sup> **Selçuk**, "Temyiz", s. 359.

<sup>67</sup> **Selçuk**, Bağımsız Yargı, s. 157-161.

<sup>68</sup> Cezanın kanunda gösterilen hadler arasında hakim tarafından takdir edilmesi hususuna Yargıtay'ın karışmaması gerektiğine dair aynı yönde görüş için bkz. **Erem**, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978 (5. Bası), s. 596.

Ancak burada çok önemli bir hususu ayırt etmek gerekmektedir. Bu da, cezanın bireyselleştirilmesinde liyakate ilişkin takdirin gerekçesinin ortaya konulup konulmadığı ve bu gerekçenin mantık kurallarına uygun, tatmin edici ve yeterli bir gerekçe olup olmadığıdır. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, bu sayılanların incelenmesi kararın hukuka uygunluğunun denetimi kapsamındadır. Eğer gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa hüküm bozulmalıdır<sup>69</sup>. Keza Yargıtay'ın bu sebeple verdiği bozma kararlarına katılmamak mümkün değildir<sup>70</sup>. Sanığın kişiliği ve suçun işlenmesindeki özellikleri açıklar biçimde geçerli, yeterli ve yasal bir gerekçeye dayanmadan cezanın takdiri, ertelen(me)mesi veya seçenek yaptırıma çevir(me)me kararı, keyfi olacaktır. Yargıtay, maddi olaya ilişkin gerekçelendirme yükümlülüğü bulunan mahkemenin hükmünü, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde kullanılan takdire ilişkin sebeplerin yeterli biçimde açıklanıp açıklanmadığı yönünden elbette denetleyecektir<sup>71</sup>. Ancak geçerli, yeterli ve tutarlı bir gerekçeyi barındırdığı tespit edildikten sonra, yargılama makamı tarafından yapılan bu değerlendirmenin isabetli olup olmadığının, bir diğer deyişle takdirin yerindeliliğinin denetlenmesi, temyiz denetiminin sınırlarının dışında kalmaktadır<sup>72</sup>. Çünkü artık burada,

<sup>69</sup> Selçuk, "Temyiz", s. 336.

<sup>70</sup> Örneğin bkz. 2.CD., 22.02.2007 tarih ve E. 2006/9904 K. 2007/2721 künyeli karar: "5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinde öngörülen nesnel ve öznel koşulları içermeyen 'sanığın kusur oranı' gerekçesine dayanılarak sanık hakkında tayin edilen cezanın paraya çevrilmemesi isabetsizdir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 20.05.2018) (Vurgu, tarafımıza aittir.).

<sup>71</sup> Yerdelen, s. 263.

<sup>72</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, cezanın bireyselleştirilmesinde hakimnin sahip olduğu takdir yetkisinin hukuki denetimine ilişkin şu kararı kanaatimizce önemli bir gelişme olarak görülmemelidir: "Yargılamayı yapan, sanığı birebir gözlemleyen ve somut verileri dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendiren hakim tarafından, hükmolunan hürriyet bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilmesi sırasında alt sınır olan '20 Liradan' uzaklaşılarak 30 Lira olarak takdir edilmiş, sonuç adli para cezası da birer ay ara ile 24 eşit taksitte ödenmek üzere taksitlendirilmiştir. Sorgusunun yapılması sırasında sanığın kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alan ve bu konuda dosyada bulunan bilgileri değerlendirerek bir sonuç ulaşılan hakimnin bu konudaki takdir yetkisine dosya içeriğiyle açıkça çelişmediği sürece müdahale edilmesi yerinde olmayacağı gibi yargılamayı yürüten hakimnin takdir alanının bu denli daraltılması müessesenin amaçlarıyla da örtüşmeyecektir." Bkz. YCGK 13.05.2014 tarih ve E. 2013/3-820 K. 2014/255 künyeli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 01.10.2018). Geçmişte de, inceleme konumuz olan karara benzer yöndeki bir Ceza Genel Kurulu kararının karşı oyunda şu ifadeler yer almıştır: "765 sayılı TCK.nun 59. maddesi uygulamasında hakime suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak ve yasal indirim sınırlarını geçmemek koşulu ile takdir yetkisini tanımıştır. Yüksek daire bozma kararında takdiri indirim nedeninin uygulanmaması gerekçesi olarak suçun unsurlarından söz etmektedir. Giderek ceza hukukunu da kapsamına alan ve içermeye başlayan çağdaş kriminoloji sanığın ruhsal durumunu benzer olaylarda değerlendirmeyi hakimnin takdirine bırakmaktadır. Ceza davalarında ülkemizde kişilik dosyası düzenlenmesi henüz yasalarımıza girmediğine göre bu durumun hakimnin özgür takdirine bırakıldığı kabulüne zorunluk vardır. (...) Bu nedenlerle mahkemenin sanığın duruşmadaki hali ve ikrarını TCK.nun 59. maddesini uygulama gerekçesi olarak göstermesinde yasaya aykırılık bulunmadığı bir yana hiçbir neden ve gerekçe



hukuka uygunluğun denetimi değil, maddi soruna bağlı bir meselenin yerindelik değerlendirilmesi yapılmaktadır. Yargıtay, gerekçe denetimi yapabilir; ancak gerekçe denetimi bahanesiyle, salt duruşma yaparak edinilebilecek izlenimleri, ilk mahkemenin yerine geçerek değiştiremez<sup>73</sup>. Zira genel olarak, olay mahkemesinin bütün delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra gerekçesini ortaya koyarak ulaştığı kanaatin, temyiz kanun yolu kapsamında denetlenmesi mümkün değildir<sup>74</sup>. Örneğin kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme kurumu bakımından bir yerel mahkemenin, kanunda belirtilen sebepleri dikkate alarak bir seçenek yaptırım belirlemesi halinde bunu neden seçtiğini açıklaması elbette zorunludur. Ancak bu zorunluluk, Yargıtay'ın takdir yetkisinin kullanımını denetlemesinden değil; mahkemelerin bütün kararlarının gerekçeli olması gerektiği için, seçenek yaptırımlara çevirme(me)ye ilişkin takdirin de, şüphesiz, gerekçeli olması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır<sup>75</sup>. Kararın hukuka uygun şekilde gerekçelendirilmesinin denetimi ile gerekçenin yerindeliliğinin denetimi arasındaki fark tam da burada söz konusu olmaktadır. Hukuka uygun biçimde gerekçelendirildiği müddetçe, buradaki takdir yetkisi Yargıtay tarafından denetlenemeyecektir.

Buna rağmen Yargıtay, geçmişte de, bu husustaki takdir yetkisinin kullanımını hukuka aykırılık denetiminin sınırlarını aşacak şekilde denetlemiştir<sup>76</sup>.

*göstermeden uygulama yapmasına da yasal engel yoktur.” YCGK 15.12.1980 tarih ve E.1980/1-335 K.1980/428 künyeli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 04.10.2018). Bu görüşte reddedilmesi gereken husus, hiçbir neden ve gerekçe göstermeksizin de cezanın taktiren indirilebileceğine ilişkin savdır. Ancak bunun dışında kalan kısım bakımından karşı oy gerekçesi, kanaatimizce, yerindedir.*

<sup>73</sup> Bkz. **Selçuk**, “Temyiz”, s. 336-339.

<sup>74</sup> **Güngör**, s. 38.

<sup>75</sup> Mahkemenin, hangi seçenek yaptırıma hükmedeceğini belirledikten sonra bu yöndeki takdirine ilişkin gerekçelerini sunması gerektiğini, çünkü Yargıtay'ın bu takdir yetkisinin kullanımını denetlediği hakkında bkz. **Çetin**, s. 83 ve 84. Kanaatimizce, Yargıtay takdir yetkisinin kullanımını denetlediği için değil, mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması zorunlu olduğu için bu sonuca ulaşılmalıdır.

<sup>76</sup> “Evli ve dört çocuk annesi olan, Almanya'da işçi olarak çalışan sanığın, ölenlerin yakınlarına tazminat ödemek suretiyle tatmin ettiği nazara alınarak, 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinin, sanığın şahsi ve sosyal durumuna; hak ve adalet kurallarına uygun düşeceği düşünülmeden, suç unsurlarını oluşturan sebeplerden bahsedilmek suretiyle ve tayin olunan cezanın asgari haddten tertip olunması gerekçesi ile ters düşecek şekilde yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi (...)” 2. CD. 16.11.1995 tarih ve 10444/12198 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 23.05.2018); “Kusur oranını azaltmak amacıyla dosya kapsamı ile uyum sağlamayan açıklamalarda bulunan, olaydan sonra olay yerinden ayrılıp üzücü sonuçları ortadan kaldıracak bir çaba sarfetmeyen sanığın dosyaya yansıyan bu olumsuz kişiliği nazara alınmadan soyut ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle hapis cezasının para cezasına çevrilmesi kanuna aykırıdır.” 9. CD. 20.01.2007 tarih ve 6040/486 künyeli karar (aktaran **Çetin**: s. 84); “(...) asli kusurlu olan ve duruşmaları takip eden sanığın sabıkasının ve dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışının bulunmadığı, ölenin yakınlarının şikayetçi

## IX. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda kısaca aktarılmaya çalışılan bilgiler ışığında, öncelikle bu çalışmanın hareket noktası olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadına bakıldığında, Kurul'un çoğunluğunun oyuyla varılan kararın isabetli olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şayet Yargıtay, Yerel Mahkeme'nin hem ilk kararında, hem de bozma sonrası direnme kararında, sadece *suçun işlenmesindeki özellikler* ölçütüne dayanmış olması ve bunun içeriğinin de yetersizliği gerekçesiyle bozma kararı vermiş olsaydı, bozma kararı ve gerekçesinde eleştiriye açık bir durum olmayacaktı. Nitekim karşı oyda da belirtildiği üzere, esasında, Yerel Mahkeme'nin gerekçesi, somut olgulara dayanmayan ve yeterli olmayan gerekçe sayılmaya elverişlidir. Ancak Yargıtay'ın bozma kararı buna ilişkin olarak değil, sanığın kişiliği ve suçun işlenmesindeki özellikler hakkında Mahkeme'nin vicdani kanaate dayanarak kullandığı takdir yetkisinin isabetsizliği gerekçesiyle verilmiştir. Bu itibarla, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne değil, haklı hukuki eleştirilere açık ve tutarlı şekilde yer verildiği karşı oy gerekçesine katılıyoruz.

Varılacak genel değerlendirme ise, suçun sübuta erdiği kabul edildikten sonraki aşama olan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin yegâne yolunun failin tanınmasından geçtiği ve bunun da öğrenme muhakemesine muhtaç oluşu nedeniyle faile ilişkin öznel ölçütlerdeki takdirin temyiz kanun yolunda incelenemeyeceğidir. Üstelik bu iddia, istinafin yürürlükte olduğu günümüzün üç dereceli sistemine özgü değil, sadece temyiz kanun yolunun mevcut olduğu iki dereceli sistem için de geçerlidir. Bunun dayanağı da, temyiz kurumunun tarihi kökleri ve varlık sebebidir. Temyizin doğuş süreci ve buna etki eden fikirler, hukukilik denetiminin istisnai karakterde olduğunu ve mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi ile yetkilendirilen bir merciin, bu yetkisini dar şekilde kullanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Şüphesiz bu önerme, öğrenme muhakemesi yapmakla görevli yargıcın, kullandığı takdir yetkisini hukuka uygun şekilde gerekçelendirdiği sürece geçerli olacaktır. Aksi halde, yani gerekçenin bulunmaması veya taşınması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle temyiz merciinin denetim yetkisi ortaya çıkacaktır. Ancak bu halde dahi yapılacak denetim, gerekçeye ilişkin hukukilik denetimi ile

---

*olmadığı dosya içeriğinden anlaşılacakla, sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanması da dikkate alındığında, uygulanma koşulları olduğu halde, dosya içeriğine uymayan 'suçun işlenmesindeki özellikler dikkate alınarak hakkında TCK 50. maddede belirlenen seçenek yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına' şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile sanık hakkında TCK'nın 50/4. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi (...)" 12. CD. 16.01.2018 tarih ve E.2016/5114 K.2018/449 künyeli karar (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. Erişim tarihi: 02.10.2018) (Karar metinlerindeki vurgular tarafımıza aittir.). Takdirin keyfilik anlamına gelmediği gibi, denetime tabi olmayan bir takdir yetkisi de olamayacağı; ancak Yargıtay denetiminin, takdirin kullanılış biçimine müdahale teşkil etmesinin doktrinde tartışmalı olduğu hakkında bkz. İçel (ve Diğerleri): s. 187.*

sınırlı olmalı; cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde liyakate ilişkin sübjektif hususların takdirine karışılmamalıdır.

Bu noktada, ülkemizin somut koşullarında, yoğun iş yükü ve tecrübesiz hakimlerin varlığı gibi nedenlerle yerel mahkemelerce yapılan hataların Yargıtay tarafından telafi edilmesi şeklinde bir pratik meşruiyet gerekçesi sunulabilir. Ancak biz, pratik ihtiyaçların, hukukun zedelenmesini meşru kılamayacağı; en azından eleştiri konusu olmasını engellememesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çalışma, teorisyen hassasiyetiyle kaleme alınmış olup yapılagelen bir yanlışa işaret etme ve bunun en azından tartışılmasını sağlama gayesindedir. Gelişigüzel yazılan tek cümlelik hüküm fıkralarının ve “takdire” kelimesinin sunduğu koruma perdesinin arkasına gizlenip bunun gerekçesini sağlıklı biçimde ifade etmeyen kürsü hakimlerinin varlığının bilincinde olmakla birlikte; buna ilişkin temyiz incelemesinin hukukilik denetimi ile sınırlı olması gerektiği kararlılığımızı sürdürüyoruz.

**KAYNAKÇA**

- Arslan**, Çetin/**Kayançiçek**, Murat: Suçta Tekerrür, Ankara 2009.
- Bertolino**, Marta: Il Reo e La Persona Offesa, Il Diritto Penale Minorile, Trattato di Diritto Penale (Ed.: C. F. Grosso/T. Padovani/A. Pagliaro) Parte Generale içinde, Milano 2009.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2017 (14. Bası).
- Conso**, Giovanni/**Grevi**, Vittorio/**Bargis**, Marta: Compendio di Procedura Penale, Milano 2018 (9. Bası).
- Çetin**, Soner Hamza: Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2011.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sair: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1981, C. II.
- Erdem**, Mustafa Ruhan/**Kavlak**, Cihan: "Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 4, Ekim 2018, s. 1419-1478.
- Erem**, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978 (5. Bası).
- Feyzioğlu**, Metin/**Taner**, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015.
- Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- Gökçen**, Ahmet/**Çakır**, Kerim: "Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, s. 991-1027.
- Güngör**, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016.
- Iacoviello**, Francesco Mauro: La Cassazione Penale, Milano 2013.
- İçel**, Kayıhan/**Sokullu Akıncı**, Füsun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih S./**Ünver**, Yener: Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.
- İnceoğlu**, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu) içinde, İstanbul 2013.
- Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015.
- Karakehya**, Hakan/**İnce Tunçer**, Asuman: "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 8, Y. 2017, s. 99-136.
- Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.

- Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2017.
- Köni**, Burhan: “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1956, S. 11(3), s. 49-58.
- Kunter**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989 (9. Bası).
- Maden**, Mehmet: Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlarımlar, Ankara 2012.
- Marinucci**, Giorgio/**Dolcini**, Emilio: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2015.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017 (10. Bası).
- Özen**, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65(4), Y. 2016, s. 2331-2388.
- Özen**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Saygılar Kırıt**, Yasemin F./**Özaydın**, Özdem/**Alan Akcan**, Esra/**Erden Tütüncü**, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015 (9. Bası).
- Selçuk**, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 319-361.
- Selçuk**, Sami: Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara, 2007.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.
- Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2018 (7. Bası).
- Taner**, Fahri Gökçen: “5271 Sayılı CMK’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2017, s. 47-76.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017 (17. Bası).
- Toroslu**, Haluk: “Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, s. 697-703.
- Tosun**, Öztekin: Suçluların Gözlemi, İstanbul 1966.
- Tosun**, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım, C.1, İstanbul 1981 (3. Bası).
- Yenisey**, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979.

**Yenisey**, Feridun: “İstinafta Maddi ve Hukuki Mesele Denetimi”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, s. 1263-1290.

**Yerdelen**, Erdal: Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara 2015.

**Yurtcan**, Erdener: “Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme”, Ceza Hukuku Günleri (26-27 Mart 1987) 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler içinde, s. 255-265.

**Yüce**, Turhan Tufan: “Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1961, S. 9-10, Y. 52, s. 927-935.