

## CEZANIN AMACI VE BELİRLENMESİ

Prof.Dr. Nur CENTEL\*

### I. GİRİŞ

Ceza, suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırımdır. Cezanın zaruriliği bugün tartışmasız olarak kabul edilen bir gerçektir.

Gerçekten, toplum yaşamında cezadan vazgeçmek olası değildir. Ceza, devletin ve hukuk düzeninin devamı için zorunludur<sup>1</sup>. Ceza hukukunun tamamen kaldırılması veya yerini tedbirler hukukuna bırakması düşünceleri fazla taraftar bulmamaktadır. Ceza hukukunun etkisinin azaltılması ve ceza yerine süresi belirsiz önlemler veya ceza hukuku dışında sosyalleştirme programlarının konulması adalete zarar verici olabile-ceği gibi; cezanın suçu önleme niteliğini ve sanığın yargılama aşamasındaki haklarını da tehlikeye sokabilir. Ancak cezanın uygulandığı kişi üzerindeki sakıncalı etkileri gözönüne alınarak mümkün olduğu kadar ölçülü uygulanması gerekir<sup>2</sup>.

Cezanın toplumun varlığı için zorunlu bir unsur olması, cezanın ne amaçla uygulandığını ortaya koyamaz<sup>3</sup>. Bu konunun ayrıca ele alınması gerekir.

### II. CEZANIN AMACI

Cezanın amacının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler vardır: Aşağıda bu görüşlere kısaca değinilecektir.

#### A. GÖRÜŞLER

##### 1. Mutlak Teoriler

Cezanın uygulanmasını başlı başına amaç olarak gören teorilere mutlak teoriler denilmektedir. Bu teorilere göre ceza gelecek için değil, toplumun düzeni bozulduğu için uygulanır ve cezanın verilmesiyle birlikte amacının da gerçekleştiği kabul edilir<sup>4</sup>. Mutlak teoriler, kefarete ve adalet teorileridir.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> F.v.Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1894, 62.

<sup>2</sup> H.-H. Jescheck (çev.A.Önder), "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", İHFM, XLVIII-XLIX, 1-4 (1982-1983), 484 vd.

<sup>3</sup> R.Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1958, 46.

<sup>4</sup> A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, İstanbul 1992, 515.

### **a. Kefaret teorisi**

Cezanın amacı konusundaki en eski düşünce, cezanın kefarete olduğu görüşüdür. Bu teorisinin esası, göze göz, dişe diş anlayışıdır. Kötülük yapan bunun karşılığını çekmelidir. Bu anlamda ceza, geçmişe yöneliktir. Failin kusuru ancak ceza uygulanmasıyla telafi edilebilir.

Kefaret suçunun cezasını çekerek günahından arınması, toplumla arasındaki hesabın kapatılması anlamını taşımaktadır. Bu anlayış cezaya sırf ahlak açısından bakmaktadır. Kefaretle birlikte ele alınabilecek olan cezanın ölçme ve ödeme olduğu düşüncesi de suçun işlenmesiyle bozulan ahlak dengesini yerine getirmeyi amaçlamakta, ancak suçunun ahlaki yönden temizlenmesini değil, suçların önlenmesini önplanda tutmaktadır<sup>5</sup>.

### **b. Adalet teorisi**

Bu teoriye göre, ceza verilmesi bir amaca yönelik değildir, sadece adalet düşüncesinin gerçekleştirilmesi istenmektedir. Adaletin yerini bulması için ceza verilmesi gerekir. Kant'a göre, devlet ve toplum sona erse bile, toplum dağılmadan önce cezaevindeki son katil de asılmalıdır. Hegel'e göre ise ceza, hukukun inkarının inkarıdır. İhlal edilen hakkı tekrar tesis edecek olan cezanın çekilmesiyle kefarete ödenmiş olur<sup>6</sup>.

Mutlak teoriler, cezanın bir amacı olduğu anlayışından yola çıkmaz, cezanın uygulanmasının bizzat amaç olduğunu kabul ederler. Adaletin yerini bulması, ölçme duygularının tatmin edilmesi için suç işleyen cezalandırılacaktır. Cezada ileriye dönük bir amaç aramamak gerekir. Mutlak teorilerin dayanak noktası kusurdur. Faile kusuruyla orantılı ceza verilmelidir<sup>7</sup>.

### **c. Mutlak teorilerin eleştirisi**

Cezada ileriye yönelik bir amaç aramayan, cezayı geçmişe dönük olarak uygulayan mutlak teoriler çeşitli eleştiriler almıştır.

Bir görüşe göre, cezanın amacını kefarete teorisiyle açıklamak mümkün değildir. Çünkü: 1) bu teori cezanın zaruriliğini ortaya koymakta, ancak, ne zaman ceza verilmesi gerektiğini açıklayamamaktadır. Hangi koşulların varlığı halinde kusurun ceza ile karşılanacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Devletin ceza koyma yetkisine içerik açısından sınır çizme konusunda bu teori yetersiz kalmaktadır. Bu teori ceza

<sup>5</sup> F.Gölcüklü, Türk Ceza Sistemi Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar, Ankara 1966, 13-14.

<sup>6</sup> C.Roxin, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", in strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin NewYork 1973, 2; C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, München 1994, 40-41;H.-H. Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, 66. Ayrıca bak. E.Schmidhaeuser, Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1971, 21.

<sup>7</sup> Jescheck/Weigend, 66, Önder, 515, Maurach, 47.

yasalarına rasgele davranışların alınmasını ve genel isnadiyet kriterlerinin varlığı durumunda fiilen ceza verilmesini önleyemez. Bu açıdan yasakoyucuya bir açık çek verilmiş gibidir. Teori sadece teorik zayıflıklar değil, uygulama için tehlikeler de içermektedir. 2) devletin kusurlu davranışa ceza vermek yetkisinin bulunduğu tahditsiz kabul edilse de, ceza yaptırımının kusurun denkleştirilmesi düşüncesiyle açıklanması tatmin edici değildir, zira kusur ihtimali irade hürriyetini şart koşar, bunun ise varlığı ispatlanmış değildir. 3) Öte yandan, bir kötülük nasıl bir başka kötülükle yani ceza çektirmekle giderilebilir. Gerçi bu, insanların intikam duygusunu tatmin eder ama devlet eliyle kefare, intikamdan tamamen farklı olmalıdır. Bu nedenlerle kefare teorisi cezanın esasını açıklayamaz. Çünkü cezalandırılabilirliğin koşullarını açıklayamamakta ve sağlam bir temel oluşturamamaktadır<sup>8</sup>.

Bir diğer eleştiri ise şöyledir: Adalet teorisine göre cezanın anlamı adaleti gerçekleştirmektir. Burada denkleştirici adalet (kötülüğün, ceza kötülüğüyle denkleştirilmesi) söz konusudur. Suç teşkil eden eylem ceza ile ödetilir. Ancak yüzyıllar boyunca aynı nitelikteki bazı suçlar çok farklı cezalarla ödetilmiştir. Örneğin, hırsızlık suçunun bazı halleri daha XVIII. yüzyılda bile ölüm cezasıyla cezalandırılırken, günümüzde sadece özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmektedir. Ancak bu durum adalet teorisine aykırı değildir. Çünkü adalet her dönem için geçerli mutlak bir ölçü koyamaz, adalet her döneme göre başkadır. Ancak bu durum “gerçekten adalet uğruna mı cezalandırıyoruz” sorusuna sebebiyet verir. Burada merhametli olmak, doğruyu söylemek, sözünde durmak, güvenmek gibi diğer ahlaki gereklerle bir karşılaştırma yapılması zordur. Zira bu yükümlülükler doğrudan bireylere yöneliktir. Buna karşılık cezada devletin bir görevi sözkonusudur. Çocuk ve gençleri terbiye eden sıfatıyla bireylerin ceza vermesinde de adalet değil, ıslah ve terbiye amacı hakimdir. Bu alanda cezadan çok affetme ya da yanlış davranışı görmezden gelme ile amaca ulaşılabilceği bilinmektedir. Ancak bireylerin suçları ihbar etme, tanık olarak ifade verme, hakim olarak yargılamaya katılma gibi yollarla ceza verilmesine yardım etme konusundaki muhtemel yükümlülüğü, bunlar cezadan önce toplumsal görev olarak benimsenirse sözkonusudur<sup>9</sup>.

Öte yandan, uygulamada bazı suçlar cezasız kalmakta (siyah sayılar), bazı suçlara teşebbüs eylemleri cezalandırılmamakta, bazı suçların cezalandırılması mağdurun şikayet etmesine bağlı kılınmakta ve nihayet erteleme, zamanaşımı gibi kurumlar da cezanın çektirilmesini engellemektedir. Oysa, eğer yeryüzünde adaleti gerçekleştirmek için ceza verilseydi, her suçun cezalandırılması gerekirdi. Devlet adalet uğruna ceza vermediğinden bazı suçlar cezasız kalmakta ve birçok kişi kendini “öteki dünyada ödetici adalet vardır”, diye avutmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Roxin, Sinn und..., 3-5.

<sup>9</sup> Schmidhauser, 44-45.

<sup>10</sup> Schmidhauser, 45-47.

Ceza fenomeni bize açıkca adalet uğruna ceza verilmediğini göstermektedir. Ancak bu demek değildir ki yasakoyucu ve hakim adalet için çaba göstermeyeceklerdir. Ancak cezayı yöneten adalet çok biçimseldir. Kötülüğü eşit ağırlıkta kötülükle ödetmek istersek cezaları, cezalandırılan kişiye etkisine göre tayin etmek gerekirdi. Oysa biz biçimsel adaletle yetiniyoruz. Ceza olarak genellikle, ceza kabul edilene uyguluyoruz. Bazı adaletsizliklerden kaçınmıyoruz. Sözelimi 25 yaşındaki bir katil için müebbet ağır hapsin, 75 yaşındakine göre daha uzun sürmesi gibi. Bu düşünceler gösteriyorki, cezaları adalet uğruna uygulanan davranışlar olarak göremeyiz<sup>11</sup>.

Öte yandan, kefarete teorisi günümüzün ahlak fenomenine uymamaktadır. Bu teorinin suç işleyen yakınımızı adalete teslim etmemizi gerektirmesine karşılık, yasa hükümleri yakınlarına yataklığı (Alman CK 258/6, TCK m.296/2) ya da yakınları için yalan tanıklığı (Alman CK 157, TCK m.288/1) cezasız bırakmaktadır. Bu şekilde cezaları yakından inceleme, kefarete amacıyla da ceza verilmediğini gösteriyor. Kefarete teorisi bir kamusal kurum olarak cezanın anlamı sorusunu cevaplandırmaya elverişli değildir. Diğer mutlak teoriler gibi, kefarete teorisi de daha çok verilmiş cezaya bakarak, bundan cezalandırılan açısından mümkün olduğu kadar fazla anlam çıkarmaya çalışmaktadır<sup>12</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, kefarete düşüncesinin anlamı XVIII. yüzyıldan itibaren değişmeye başlamıştır. Günümüzde kefarete şu anlama gelmektedir: Ceza kusurlu haksızlığa bir cevaptır ve dağıtıcı adalet ilkesine göre bu haksızlığa eşdeğerde olmalıdır. Yani kefarete toplumun intikam ve nefret duygusuyla ilgili değildir, cezanın verilmesinde bir ölçüdür. Cezanın verilmesinin nedeni ve ölçüsü işlenen suçtur<sup>13</sup>.

## 2. Nisbi Teoriler

Mutlak teorilerin karşıtı olan nisbi teorilere göre ceza gelecek için verilir, cezanın amacı suçu önlemektir. Ancak suçun ne şekilde önleneceği konusunda görüş birliği yoktur. Buna göre de birbirinin tamamen karşıtı olan özel ve genel önleme teorileri ortaya çıkmıştır.

### a. Özel önleme

Kefarete teorisinin karşıtı olan bu teoriye göre, cezanın amacı geleceğe yöneliktir. Bu da faili gelecekteki suçlardan alıkoymaktan ibarettir. Ceza suçtan korunma aracıdır. Cezanın amacı sadece önlemedir. Suç cezanın nedeni değil, cezalandırmanın vesilesidir. Fail kusuru oranında değil, yeniden sosyalleşmesi için

<sup>11</sup> Schmidhauser, 48.

<sup>12</sup> Schmidhauser, 50-53.

<sup>13</sup> Jescheck/Weigend, 66.

gerekli olan miktarda ceza alır. Cezanın türünü ve ölçüsünü kusurlu haksızlık değil, önleme amacı belirler<sup>14</sup>.

Özel önleme teorisinin ilk izleri de çok eskilere gitmektedir. Daha I.yüzyılda Seneca<sup>15</sup>, Platon'un <sup>16</sup>Protagoras'tan<sup>17</sup> naklettiği düşünceye dayanarak tüm önleme teorilerinin klasik özdeyişini şöyle ifade etmişti: "Akıllı insan, günahkar olduğu için değil, günahkar olunmasın diye ceza verir"<sup>18</sup> veya "akıllı insan suç işlendiği için değil, suç işlenmemesi için cezalandırır" (nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur)<sup>19</sup>.

Cezanın amacı hakkında ileri sürülen bu görüşler aydınlanma çağında bağımsız bir özel önleme teorisi kurulması sonucunu doğurmuş ve bu da kefarete teorisinin önemini kaybetmesine neden olmuştur. Sosyolojik ceza hukuku okulunun sözcüsü Liszt'e göre, özel önleme üç şekilde olur: 1) Failleri tecrit ederek toplumu faile karşı güvenceleme, 2) faili ceza yoluyla başka suçlar işlemekten ürkütme, 3) faili ıslah ederek tekerrürden koruma. Bu görüşler doğrultusunda yazar, Marburg programında fail tiplerine göre farklı işlemlerden söz etmiştir: 1) ıslahı mümkün olan ve ıslaha gereksinimi bulunanları ıslah etme, 2) tesadüfi suçluları ürkütme, 3)ürkmesi ve ıslahı mümkün olmayan itiyadi suçluları zararsız hale getirme<sup>20</sup>.

#### **b. Özel önleme teorisinin eleştirisi**

Özel önleme teorisine karşı çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bir görüşe göre<sup>21</sup>, özel önleme teorisi, failin yeniden sosyalleşmesini hedeflediğinden diğer ilkelere oranla sosyal devlet ilkesine daha iyi hizmet eder. Bu teori bireyin ve toplumun korunmasını üstlendiği gibi, faile de yardımcı olmayı hedefler, onu dışlamaz ve damgalamaz. Ancak ceza konusunda kefarete teorisinden farklı olarak hiçbir ölçü getirememesi ve yeniden sosyalleşmeye gereksinime duyan faillere ne yapacağını bilmemesi gibi eksiklikleri vardır. Teori gereğince mahkumun yeniden sosyalleşinceye kadar cezaevinde tutulması gerekir. Bu da belirsiz süreli cezaya yönelir. Bu ise küçük bir suçta bile, ağır kişilik bozukluğu belirtisi varsa, uzun süreli ceza verilebilmesi sonucunu doğurur. Hatta suç işlememiş, ancak ağır suçluluk

<sup>14</sup> Jescheck/Weigend, 66-67.

<sup>15</sup> M.S.65.

<sup>16</sup> M.Ö.427-347.

<sup>17</sup> M.Ö.485-415.

<sup>18</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43.

<sup>19</sup> Grotius (1585-1645) ise Savaş ve Barış Hukukuna ilişkin eserinde (1625) Seneca'nın özdeyişini aynen almış ve şu ilaveyi yapmıştır: "geçmiş bir durumun tekrar iadesine olanak yoktur, belki ancak gelecektekinin önüne geçilebilir" (revocari emin praterita non possunt, futura prohibentur), R.Honig, "Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair", İHFM II, 7-8 (1936), 419.

<sup>20</sup> Fr.E.v.Liszt, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", Marburg 1882, 23 vd.

<sup>21</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45-46.

tehlikesi gösteren kişiyi sosyalleştirici tedavi sözkonusu olur. Bunlar, kefarete teorisine göre uygun olan cezanın ölçüsünün çok üstüne çıkan müdahalelerdir ve liberal bir hukuk devletinde izin verilebilecek olandan çok fazla oranda bireylerin özgürlüğünün kısıtlanması sonucuna yönelir.

Öte yandan, özel önleme teorisine göre, tekrar suç işleme tehlikesi yoksa, en ağır suçta bile ceza uygulanmaması gerekir. Ayrıca, ıslah düşüncesi cezada bir amaç olmaktadır, ancak bu, amacın yerinde olduğunu hiçbir şekilde göstermez. Çoğunluğun azınlığa kendi yaşam biçimini empoze etmesini meşrulaştırmanın ne olduğu ve yetişkin insanları iradeleri hilafına ıslah etme hakkının nereden doğduğu sorulmalıdır.<sup>22</sup> Kant ve Hegel bunu insan onurunun ihlali olarak görmekte, Alman Anayasa Mahkemesi ise bir kararında devletin bireyi ıslah etme görevinin bulunmadığını belirtmektedir. Uluslar arası suç siyasetinde 1975'ten beri yeniden sosyalleştirme düşüncesinden vazgeçerek kefarete teorisi ile genel önlemeye geri dönme eğilimi görülmektedir. Öte yandan, kefarete cezanın başlı başına amaç teşkil etmesi ve herhangi bir başarının gerekmemesine karşılık, özel önlemin amacı olan yeniden sosyalleştirmede başarı elde edilmesi doğal bir sonuç olmaktadır. Ancak bu konudaki zorluklar sürekli başa dönmeye ve bezginlik duymaya sebebiyet verecek niteliktedir<sup>23</sup>. Yani, özel önleme teorisi, ceza verme hakkının savunulmasına elverişli bir teori değildir. Çünkü, şartlarını ve sonuçlarını sınırlanamamakta, tekrarlama tehlikesi olmayan eylemlerin cezalandırılmasını açıklayamamakta ve ceza yoluyla cebri biçimde sosyal uyumu gerçekleştirme düşüncesinin meşruluğunu içermemektedir<sup>24</sup>.

Bir diğer görüşe göre özel önleme teorisinin temsilcileri genellikle irade özgürlüğünü reddedenlerdir ve cezanın irade özgürlüğünün varlığını şart koştuğuna dayanırlar. Bu nedenle cezanın ilgası ve yerine tedavi uygulanması için mücadele ederler, iradenin özgür olmaması karşısında sadece böyle bir tepkinin uygun olduğunu kabul ederler. Ancak bu düşüncede iki önemli hata vardır: 1) suçluların özel önleme amaçlı tedavisinin gelecekte tamamen hekimin hasta kişileri tedavisi gibi olacağı ve böylece cezanın genel önleme açısından var olan kötülük niteliğinin ortadan kalkacağı hususundaki gerçekçi olmayan beklenti, 2) failin kusurunun ve cezalandırılmasının, insanın irade özgürlüğünün bulunduğunu kabul etmeyi şart koştuğunun düşünülmesi. Oysa ceza hiçbir şekilde irade özgürlüğüne inanmayı şart koşmaz ve kusur düşüncesi irade özgürlüğüyle ilgili değildir. Ceza failin sadece iradi davranışında değil, ruhsal davranışında da toplumsal yaşamın temel değerlerini ihlal etmesini şart koşar. Bu nedendir ki, küçükler ve akıl hastaları, suç teşkil eden davranışlarından ötürü isabetli olarak cezalandırılmazlar. Ancak, kusur kavramının bu içeriği anlaşılmadığından, irade özgürlüğü, fail "suçtan kaçınabilirdi" bağlamında ele alınmaktadır. Ancak cezanın şartları olarak sadece, failin yaşam, şeref, mülkiyet vs.

<sup>22</sup> Roxin, Sinn und..., 7-8.

<sup>23</sup> Roxin, Strafrecht, 46.

<sup>24</sup> Roxin, Sinn und, 8.

gibi bir değere fikren iştirakinin ve bunun ihlalinin tespitiyle yetinilmelidir, daha fazlası sorulamaz ve cevaplandırılmaz. Kuşkusuz kusur düşüncesi cezayı sınırlandırma işlevi nedeniyle yine de büyük önem taşır. Kusur yoksa ceza verilemez. Ceza veriliyorsa, cezanın ölçüsü kusurun ölçüsünü aşmamalıdır<sup>25</sup>.

Öte yandan özel önleme teorilerinin suçlu grupları için getirdikleri öneriler eleştirilerek tutarsızlıklar ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Özel önleme teorilerine göre ceza, suçlularla mücadele için vardır. Yani ceza, suçluyu sürekli tecrit ederek veya eğiterek ya da korkutarak tekrar suç işlememesini sağlamak için verilmektedir. Özel önleme teorilerinde ceza bakımından suçlular genellikle üç gruba ayrılır: *Tesadüfi suçlular*, *itiyadi suçlular* ve *islahı mümkün olmayan itiyadi suçlular*. *Tesadüfi suçlu*, ağır da olsa tesadüfler sonucu bir suç işleyen kişidir. Uygulamada, birden fazla suç işlediği halde bunlardan sadece biri ortaya çıkan, diğerlerini ise gizlemeyi bilen kişiler de tesadüfi suçlu sayılır. Nasıl ki doktorun sağlıklı veya iyileşmiş olanları tedavi etmesi düşünülemezse, özel önleme açısından tesadüfi suçlunun da cezasız bırakılması gerekir. Oysa, bu teoriyi savunanlar, suç istatistiklerine göre tüm hükümlülerin 2/3'ünü oluşturan bu grup için böyle bir öneride bulunmamaktadırlar. Kuşkusuz, bir çok olayda erteleme yoluyla cezanın uygulanmasından vazgeçilmekte ve bu, çeşitli yönlerden tesadüfi suçluların yararına olmaktadır. Ancak tesadüfi ya da ilk kez suç işleyenlerin genel kural olarak cezalandırılmasından vazgeçilmesi özellikle ağır suçlarda katlanılmaz bir durumdur<sup>26</sup>.

İkinci grubu itiyadi suçlular oluşturmaktadır. İtiyadi suçlu, tekrar tekrar suç işleme eğiliminde olan kişidir. Özel önleme teorisi özellikle bu gruba uygundur. Bu failer arasında yeniden sosyalleştirilebilecek veya yeniden sosyalleştirilmeye elverişli olanlar grubu önemlidir. Buna birden fazla suç işleyip de doğru yola getirilebilecek herkes dahildir. Bu fail grubuna karşı ceza, yeniden sosyalleştirilmeye hizmet etmelidir<sup>27</sup>.

Yeniden sosyalleştirme daha önce sosyalleşmiş olmayı şart koşan bir kavramdır: Suç işlemekle fail toplum dışına çıkmıştır. Şimdi tekrar geri kazanılmalı, "hukuk toplumu"nun "yeniden bir üyesi" yapılmalıdır. Bu kavramlar düşünsel olarak algılanabilir: Fail hukuku ihlal ile toplum dışına çıkmıştır, ceza verilmesiyle tekrar topluma katılmaktadır. Ancak, bu anlayış Alman idealizmciliğine ve onu izleyenlerin görüşüne uymaktadır (Hegel'in inkarın inkarı gibi). Buna karşılık modern anlayış yeniden sosyalleştirme ile düşünsel değil, tamamen gerçek olanı, yani toplum yararına bir yaşam için veya keza toplum yararına yaşam uğruna bireye getirilen sınırlamaların tanınması adına failin fiilen geriye kazanılmasını sağlayacak ve ona bütünüyle etkili olacak prosedürü kastetmektedir. Bu gruptaki failer arasında gerçekten asosyal olarak

<sup>25</sup> Schmidhauser, 73-74.

<sup>26</sup> Schmidhauser, 59-60.

<sup>27</sup> Schmidhauser, 60-61.

nitelendirilebilecek, toplum düşmanı, hususi bir geçinim sürdüren ve adeta toplumla hiçbir ilişkisi olmayan kişiler bulunabilir. Ancak kural olarak, yeniden sosyalleştirmenin zaruriliği, failin tamamıyla toplum içinde bulunması ve sadece şu veya bu açıdan toplumun yasak ve emirlerine uymaması halinde onaylanabilir. Böyle bir fail, çevresinde yasalara saygılı bir kişi olarak tanınıyor olabilir. Örneğin, başarılı bir memurun yıllardır zimmetine para geçirmekte olduğunun ortaya çıkması gibi. Bu örnek, ıslah edilecek suçlunun yeniden sosyalleştirmeye ihtiyacı olan daha önceden sosyalleştirilmiş bir kişi olmasını şart koşturmakla özel önleme teorisinin gerçekleri ne kadar az gözönünde tuttuğunu göstermektedir. Daha önce sosyalleştirilmiş olma koşulunda genellikle failin birden fazla suç işlediği gerçeğinden başka bir şey söz konusu değildir (siyah sayılar varsayımından anlaşılacağı gibi bir çoğu yakalanmayan ve yeniden sosyalleştirmeye tabi tutulmayan failerin işledikleri suçlar)<sup>28</sup>.

Özel önleme teorisi, cezanın koşulu olarak kusurun yerine zararlılık ve tehlikelilik kavramını koymak eğilimindedir. Ancak bu kavramlar insandan çok hayvanlara uymaktadır. Kaldı ki, bir insan yaşamının toplum için faydalılık ve zararlılık açısından bilançosu çıkartılırsa, bazı suçlular ile bazı yasalara saygılı yurttaşlar arasındaki karşılaştırma şaşırtıcı bir tablo ortaya koyabilir. Sözelimi, çok sayıda dolandırıcılık yapan kişi, bunun yanında çok iyi şeyler de yapmış olabilir. Sürekli şantajla zenginleşen kişi belki kendi yaşamı pahasına, bir kaç çocuğu yanan bir evden kurtarma cesaretine sahiptir. Kuşkusuz ölümden kurtarılan üç çocuk, bu faydalılık değerlendirmesinde otuz şantajdan ağır basar<sup>29</sup>.

Cezanın yeniden sosyalleşmeye elverişliliği de kuşkuludur. Özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezalarda ceza verilmekle yeniden sosyalleştirme gerçekleştirilmiş olmaz, nasıl cezalandırıldığı önemlidir. Ruhen sağlıklı failerde yeniden sosyalleşmeyi terbiye etme olarak anlarsak, sadece yetişkinlerin değil, küçüklerin terbiye edilmesinin de ceza infazında özgürlüğün kaldırılması açısından çelişkiler içerdiğini görürüz: Kişi harici özgürlüğünün doğru kullanımı için bu özgürlüğün kısıtlanmasıyla terbiye edilebilmektedir. Ve nihayet terbiye edilmenin gerektireceği süreyi tespit de bir sorun teşkil etmektedir. Burada okul eğitimi için gerekliliği hesaplanan süre gibi bir süreden söz edilemez. Fail için belki 2 hafta 2 yıldan daha başarılı olacaktır. Ya da belki cezaevine sokmak yeniden sosyalleşmeye hizmet etmeyecek, fail girdiğinden daha kötü olarak dışarı çıkacaktır<sup>30</sup>.

Özel önleme teorisinde son fail grubu ise ıslahı mümkün olmayan itiyadi suçlulardır. Bu grubun toplumdaki tecrit edilmesi önerilmektedir. Kuşkusuz bir insanın sürekli bir kurumda tutulması, onun artık toplum için zararlı olmaması sonucunu doğurur. Bu ceza anlayışı amaca uygun görülmeyle birlikte, insanın ıslah edilemeye-

<sup>28</sup> Schmidhaeuser, 61-62.

<sup>29</sup> Schmidhaeuser, 62-63.

<sup>30</sup> Schmidhaeuser, 63-64.



ceği konusunda bir değer hükmü içermesi yönünden eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, bir insanın diğeri hakkında böyle bir tespitte bulunmasına katlanılması zordur ve bu açıdan Alman Ceza Kanunu m.66'uyarınca, tehlikeli suçluların toplumdan tecrit edilmesi tedbirinin uygulanabilmesi için kişinin ağır suçlar işlemeye tutkusu dolayısıyla toplum için tehlikeli olduğu değerlendirilmesinin yapılmasının gerekmesi insan onuruna saygısızlık teşkil etmektedir. İnsanın irade özgürlüğünün bulunup bulunmadığı gizemine suçlular için de saygı gösterilmelidir. Ne iradenin özgür olduğu varsayımından, ne de iradenin özgür olmadığı kabulünden birey için aleyhte bir sonuç doğmamalıdır. Bu maddedeki yaklaşım ise faillerin (tehlikeli hayvanlara yapıldığı gibi) tecritine yönelen bir özgür olmama varsayımını teşkil etmektedir<sup>31</sup>.

### c. Genel önleme teorisi

Bu teoriye göre, cezanın amacı ne kefarete ve ne de faile etki düşüncesindedir. Cezanın amacı, korumadır, ancak koruma faile değil, topluma yöneliktir. Suç karşılığında ceza verileceğini bilmek ve suç işleyenlere ceza verildiğini görmek toplumu suçtan korur. Bir çok birey yasaları ihlal etme eğilim ve güdülerini, bu arzularını yasaları ihlal ederek tatmin edenlerin ödedikleri ağır bedelleri görmekle bastırır<sup>32</sup>.

Genel önlemenin amacı potansiyel suçluları korkutmak olduğundan, bu anlayışın gerektirdiği cezalar ağır ve şiddetlidir<sup>33</sup>.

Genel önlemenin olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Olumsuz genel önleme kendini, korkutma kavramıyla benzer suçları işleme tehlikesi bulunanları sınırlandırmasında gösterir. Genel önlemenin bu yönünü vurgulayan, teoriyi psikolojik cebir teorisinden geliştirmiş olan Feuerbach'tır<sup>34</sup>. Kuşkusuz suç işleme eğiliminde olanların sadece bir kısmının "korkutma"dan etkilenecek kadar düşünüp taşınarak suça yöneldiği ve muhtemel failleri aslında cezanın yüksekliğinin değil, yakalanma riskinin korkuttuğu da bugün artık bilinen bir gerçektir. Bu nedenle sosyal siyaset açısından kamuoyunda sürekli istendiği gibi cezaların ağırlaştırılması değil, polislin daha iyi eğitilmesi suretiyle ceza soruşturmalarının yoğunlaştırılması genel önlemeyi başarılı kılar<sup>35</sup>.

Genel önlemenin olumlu yönü ise, hukuk düzeninin varlığına ve nüfuzuna güveni devam ettirmesi ve güçlendirmesidir. Cezanın şu görevi vardır: Topluma hukuk düzeninin parçalanmazlığını kanıtlamak ve toplumun hukuka güvenini güçlendirmek. Günümüzde genel önlemenin bu yönü korkutma etkisinden daha

<sup>31</sup> **Schmidhaeuser**, 67-68. Adıgeçen tedbir ve suç işleme tutkusunun tespiti konusunda geniş bilgi için bak. A.**Nuhoglu**, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997, 281 vd.

<sup>32</sup> **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47-48.

<sup>33</sup> **Gölcüklü**, 18-19.

<sup>34</sup> Modern Alman ceza hukuku biliminin kurucusu Paul Johann Anselm v.**Feuerbach**: 1775-1833.

<sup>35</sup> **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48.

önemli görülmektedir. Bu teori suçu önlemeyi amaçladığı için kefarete teorisinden farklı olarak ceza hukukunun koruma görevine önem verir ve özel önlemeyi onaylamakla anlamını yitirmez. Zira cezanın sadece suç işleyenlere etki etmesi yeterli değildir. Sosyal siyaset açısından suç işlenmesi genel olarak ve baştan itibaren önlenmek istenir. Genel önlemenin amacı da budur<sup>36</sup>.

#### **d. Genel önleme teorisinin eleştirisi**

Bir görüşe göre<sup>37</sup>, genel önleme teorisinin özel önleme teorisine göre iki yararı vardır: Suçları cezasız bırakma taklit eğilimi doğuracağından, tekrar suç işleme tehlikesi olmasa da cezadan tamamen vazgeçilemeyeceğini açıklayabilmesi ve ceza verilebilmesi için mümkün olduğu kadar açık yasa hükümlerinin varlığını araması, yani belirsiz ve hukuk devleti kavramı açısından tereddüt uyandıran tehlikelilik teşhisiyle yetinmemesi.

Buna karşılık genel önlemenin eksiklikleri de vardır. Öncelikle genel önlemenin de, özel önleme gibi, ceza süresini sınırlandırma ölçüsünün olmaması, olumsuz genel önlemeyi devlet terörüne dönüştürme tehlikesini içermektedir ve geçmişte ölçsüz cezanın nedenini -yanlış da olsa- ağır cezanın daha fazla ürkme etkisi yaratacağı düşüncesi oluşturmuştur. İkinci olarak, cezanın önleyici amaçlar uğruna insan onurunu ihlal etmesi bahanesi genel önlemede özel önlemeye oranla daha ciddidir. Yeniden sosyalleştirmenin hükümlüye yardım etmesine karşılık, faili genel önleme nedenleriyle sadece toplum uğruna cezalandırmak endişe vericidir ve teori bu yetkisinin gerekçelerini açıklayamamaktadır. Ve nihayet genel önleme teorisine, kefarete teorisinde olduğu gibi, ceza infazına devrim veremez. Teori daima faile değil, topluma yöneldiği için bu durum en çok olumsuz genel önleme açısından sözkonusudur. Zira sadece vatandaşların ürkmesini hedefleyen bir infaz sistemi tekerrürü önlemekten ziyade teşvik eder ve suçla mücadeleye yarardan çok zarar getirir<sup>38</sup>.

Bu teori bireyin kendisi değil, başkaları için cezalandırılmasının nasıl savunulabileceğini açıklayamamaktadır. Öte yandan, cezanın genel önleme etkisi de bir çok suç ve suçlu gruplarında bugüne kadar ispatlanabilmiş değildir. Ve nihayet özel önleme düşüncesinde olduğu gibi burada da sosyal terapi işleminin sınırlanamaması ve münferit olaydaki ölçüsünün özgürlükçü bir hukuk düzeninde savunulabilecek olanı aşması endişesi vardır. Genel önlemenin devlet terörüne yöneltme tehlikesi vardır. Çünkü cezayla korkutmak isteyen, mümkün olduğu kadar sert cezalandırarak bunun etkisini güçlendirme eğilimindedir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49.

<sup>37</sup> **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49.

<sup>38</sup> **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50.

<sup>39</sup> **Roxin**, Sinn und..., 9-10.

Bir diğer düşünceye göre, mutlak teorilerin aksine, genel önleme teorisi cezanın genel korkutuculuk dolayısıyla suçu önlemeye elverişli olduğu şeklindeki fiili amaca uygunluğa dayanmaktadır. Çocukluktan beri cezayı tanıdığımız ve davranışlarımızı buna göre belirlediğimiz için toplumun da böyle bir ciddi tehdit yoluyla suçtan korunması akla yakındır. Ancak bu düşünceye göre başkaları suç işlemesin diye fail cezalandırılmakta, yani insan, amacın aracı olmaktadır. Bu durum cezanın haklı gösterilmesinin nedeni olamaz. Psikolojik açıdan da bugün korkutma teorisi reddedilmiştir. Cezanın şiddetlenmesi veya artırılmasıyla suçluluğun da ortadan kalkacağı veya ciddi biçimde azalacağı düşüncesi yanlıcıdır. Genellikle suç işleme kararını cezanın yüksekliği değil, yakalanma tehlikesinin yüksekliği etkiler. Ancak sadece bu nedenlerle cezaların genel önleme anlayışını reddetmek sözkonusu olmaz<sup>40</sup>.

Bu teori cezaların ağır olması sonucunu doğurur. Ancak, suçtan kaçınmada cezanın ağır ya da hafif olması rol oynamaz. Önemli olan yakalanıp yakalanmama ihtimalidir. Fiilin ya da failin gizli kalıp kalmayacağıdır. Suçu tamamen önlemek imkansızdır. Zira suç işleyen daima yakalanmamayı düşünür ve bir çok suç da gerçekten karanlıkta kalır. Ancak cezanın toplumda genel önleme etkisi araştırılırken verilen cezalara bakmamalı, cezalar kaldırılıysa neler olabilirdi sorusuna cevap aranmalıdır. O zaman ne kadar çok suçun ceza var olduğu için önlendiği tasavvur edilebilir<sup>41</sup>.

### 3. Karma Teori

Karma teori (*bağdaştırıcı teori*), cezanın amacının kefaretilerle genel ve özel önleme olduğunu kabul eder. Ceza hem geçmişe ve geleceğe yöneliktir ve hem de toplumu suçtan korumayı hedefler. Cezanın kusurla orantılı olması kefaretiler düşüncesinin bir gereğidir. Failin ıslahı amacı, faili tekrar suç işlemekten korumaya yöneliktir. Cezanın başkalarına ibret teşkil etme özelliği ise genel önleme amacının gerçekleştirilmesi anlamındadır. Karma teoride cezanın kefaretiler teşkil etme, özel ve genel önlemeyi sağlama özelliklerinden birinin diğerlerine oranla daha fazla önem kazanması sözkonusu olabilir.

Sözgelimi, Alman içtihatlarında önceleri kefaretiler amacı diğerlerine göre daha ağırlıklı olarak görülmekteydi. Alman İmparatorluk Mahkemesine göre, önplanda cezanın kefaretiler amacıyla birlikte ürkütme amacı vardır. İyileştirme ve güvenceleme gibi diğer amaçlar buna karşılık arka plandadır. Bugün de, önleyici amaçların cezanın kefaretiler amacına dokunmaması ve kefaretiler ile çizilen çerçevede kalınması durumunda gerçek bir karma teoriden sözedilebileceği vurgulanmaktadır<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Schmidhauser, 53-54.

<sup>41</sup> Schmidhauser, 55, 58.

<sup>42</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51.

Karma ya da birleştirici teoride yeni anlayış biçimleri ise, kefaretilerle özel ve genel önlemin daha çok eşit düzeyde ceza amaçları olarak görülmesidir. Cezanın amacının ne olduğunun yasal olarak belirlenmediği sistemlerde ihtiyaca göre şu ya da bu ceza amacı ön plana alınabilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, “toplumsal yaşamın temel değerlerini koruma ceza hukukunun genel görevi olarak nitelendirilebilir. Kusurun denkleştirilmesi, önleme, failin yeniden sosyalleştirilmesi, yapılan haksızlık için kefaretiler teşkil etme ceza yaptırımının çeşitli yönleri olarak nitelendirilebilir”. Mahkemenin bir başka kararına göre “ceza, ürkütme ve yeniden sosyalleştirme amaçları saklı olmak koşuluyla, yapılan haksızlık için bir kefaretiler”<sup>43</sup>.

Böyle bir bağdaştırıcı teori, ne kefaretiler teorisinin ne de önleyici teorilerin tek başına cezanın içeriğini ve sınırını adil biçimde belirleyemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak, burada kusur denkleştirilmesi ile özel ve genel önlemeyi cezanın amacı olarak yanyana koymakla yetinmek teorik temeli eksik bırakacaktır.

## B. TÜRK HUKUKUNDA CEZANIN AMACI

### 1. Yasal Durum

Türk Ceza Kanununda cezanın amacının ne olduğu açıklanmamıştır. Bunun gibi, Cezaların İnfazı Hakkında Kanununda da infazın amacının ne olduğu gösterilmemiştir<sup>44</sup>. Ancak, 1965’te Türk Ceza Kanunundaki infaz sistemini değiştiren bu yasanın<sup>45</sup> gerekçesinde cezanın infazında, failin ıslahının, topluma tekrar kazandırılması amacının önplana çıktığı görülmektedir. Nitekim gerekçede Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun yapılmasına etkili olan sebepler, “suç işleyenleri kişiliklerine uygun terbiye, eğitim ve çalışma yolları ile ıslah etmek, bu maksatla cezaevinden çıkan nadim ve ıslah olunmuş suçluyu izlemek ve korumak, cezaevlerinde gereksiz olarak çok adette suçlunun toplanmasını önlemek, 6123 sayılı kanunla gerçekleştirilen değişikliklerin sebebiyet verdiği mahzurları yoketmek, suçlunun kendi iradesiyle uslanmasını teşvik edici bir sisteme yer vermek”<sup>46</sup> biçiminde açıklanmıştır. Bu yasa ile cezalar süre yönünden kısa ve uzun olmak üzere ikiye ayrılmış ve kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların cezaevinde infazı yerine başka ceza ve tedbirlerin uygulanması olanağı getirilerek, uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda cezaevinde eğitim ve çalışma programlarına öncelik tanınmıştır.

<sup>43</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51.

<sup>44</sup> Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzükte “treatment” başlıklı m.110’da şöyle denilmektedir: “Treatment, hükümlüde, kanunu ihlal etmeden yaşama arzusunun doğurmak ve onun normal hayata dönüşünde ihtiyaçlarını kolaylıkla kazanabilecek duruma gelmesini sağlamak için uygulanan rejim tedbir ve teknik usullerin tümünü ifade eder.-Bu amaca ulaşmak için hükümlüde, ailesine, diğer fertlere ve emniyete karşı büyük bir hassasiyetle şahsi ve sosyal sorumluluk hissinin doğmasına çalışılır”.

<sup>45</sup> 13.7.1965 Gün ve 647 sayılı Yasa. RG.16.7.1965 No.12050.

<sup>46</sup> S.Dönmezer, “Cezaların İnfazı Hakkında Kanun”, İHFM XXXI, 1-4 (1966), 8.

Karşılaştırmalı hukukta infazın amacını açıklayan yasalara rastlanmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı ile hükümlünün ileride sosyal sorumluluk içerisinde suç işlemekten yaşamını sürdürmesini sağlamanın amaçlandığı ve infazın aynı zamanda toplumun daha sonra işlenecek suçlardan korunmasına hizmet edeceği belirtilmektedir (Alman Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m.2)<sup>47</sup>.

1996 Tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanununda ise cezanın amacının, sosyal adaletin yeniden tesisi, hükümlünün ıslahı ve yeni suçlar işlenmesinin önlenmesi olduğu belirtilmektedir (m.43/2)<sup>48</sup>.

Türk hukukunda cezalar sistemine ilişkin olarak öğretide şu değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir:

- Türk Ceza Kanununun cezalandırma konusundaki sisteminin bariz özelliği şiddetli ceza sisteminin tercih edilmiş olmasıdır. Bu durum yasakoyucunun suçları, korkutma yoluyla önlemek istediğini göstermektedir<sup>49</sup>.

- Türk Ceza Kanunu, ceza açısından geleneksel denilebilecek bir anlayışın eseridir. Yapılan değişiklikler yeni görüşleri yansıtmamış cezanın amacı açısından daha da gerilere götürmüştür. Denilebilir ki ceza kanunumuza göre cezaların, biri korkutma olarak genel, diğeri kusur derecesinde uygun surette cezalandırma, yani fenalık verme olarak özel iki amacı vardır. Cezaların kişiselleştirilmesi, suçlu kişiliğine uydurulması ikinci plana atılmıştır. Cezaların kişiselleştirilmesi için kabul edilmiş olan tedbirler, cezaların alt üst sınırlı olması, ağırlatıcı ve hafifletici sebepler, erteleme, şartla salıverme kuralın istisnalarından ibaret sayılmalıdır. Yasakoyucu yaptırımın suçluya değil, suça uydurulması esasından hareket etmiştir. Cezayı suçluların bir daha suç işlememesi için alınan tretman tedbiri olarak görmedikçe ve cezalara bu gayeyi sağlayacak nitelik vermedikçe, suçluların hatta cezalarını çekmelerine rağmen tekrar suç işlemelerine şaşmamak gerekir<sup>50</sup>.

- Türk Ceza Kanununun kaynağı olan 1889 İtalyan Ceza Yasası neoklasik öğretiden etkilenmiştir. Neoklasik okula göre cezanın amacı, suçlunun ıslahı yoluyla toplumu suçtan korumaktır; bu ise sadece bireyleri korkutarak değil, mahkumun ıslahı

<sup>47</sup> Eski doğu bloku ülkelerinden Çekoslovakya Ceza Kanunu m.23'de şöyle denilmekteydi: "cezanın amacı, toplumu suç işleyen kişiden korumak ve hükümlünün ileride suç işlemesine engel olmak, onu eğitmek, çalışarak muntazam bir hayat sürme alışkanlığını yaratmaktır". Eski Yugoslavya Ceza Kanunu m.3'deki ifade ise şöyleydi: "ceza, toplum için tehlikeli olan eylemleri engellemeyi, failin ileride tekrar suç işlemesine engel olmayı ve onun terbiyesini, diğer ve suç işlememiş olan kişiler üzerinde terbiyevi etki göstermesini, toplum ahlakının gelişmesini ve bireyin toplum disiplinine uymasını amaçlar". Bak. Önder II-III, 521.

<sup>48</sup> **Strafgesetzbuch** der Russischen Föderation (çev.F.-C.Schroeder/T.Bednarz), Freiburg im Breisgau 1998.

<sup>49</sup> **Gölcüklü**, 22.

<sup>50</sup> N.Kunter, "Türkiye'de Mükerrirliğin Amilleri", Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, 149.

ve yeniden sosyalleştirilmesi ile elde edilebilir. Türk Ceza Kanununun 1926'da yürürlüğe giren ilk metni, suç işlemeyi düşünenleri ceza ile korkutup bundan vazgeçirmeyi ve mahkumun tekrar suç işlemesini engellemeyi hedeflemekteydi. Dolayısıyla suçu, genel ve özel önleme yoluyla engellemek istiyor ve kefarete önem vermiyordu. Ancak daha sonra özgürlüğü bağlayıcı cezalar ağırlaştırılmakla genel önleme ve mağdurun yakınlarının intikam duygularını tatmin etme-ödetme düşüncesi ön plana çıkartıldı. Uygulamada ise yasakoyucunun izlediği bu amaçlar kısmen gerçekleştirilebildi, yasanın infaz için öngördüğü progresif sistem, cezaevleri ve personel yetersizliği nedeniyle, failin ıslahı konusunda başarılı olamadı<sup>51</sup>.

## 2. Mahkeme Kararları

Mahkeme kararlarında cezanın özel önleme amacına önem verildiği görülmektedir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesine göre, "cezaların yerine getirilmesinde, toplumun ölç alma duygularını doyumayı ve ceza yaptırımlarının etkili bir ibret olması esasını benimseyen eski ceza hukuku anlayışı, toplumların uygarlık düzeyinin büyük ölçüde geliştiği ve insan haysiyetinin daha çok gözetildiği zamanımızda hemen hemen tüm olarak terkedilerek, yerine suç işleyenleri kişiliklerine uygun eğitim, öğretim ve çalıştırma yolları ile düzeltme ve kendilerini topluma tekrar yararlı bireyler haline getirme gibi hem insanca hem de toplumsal ilke ve amaçlara dayanan yeni bir sistem, bütün batı ülkelerince öngörülmüş bulunmaktadır. Ceza evlerinden çıktuktan sonra pişman olmuş ve artık düzelmiş bulunan hükümlü kişilerin toplum içinde, yeniden suç işlemelerine engel olunması yönünden izlenmeleri ve hatta bir bakıma suçluluğa karşı korunmaları da bu yeni insan haysiyetine daha uygun düşen çağdaş yerine getirme sisteminin kapsamı içine girmektedir.

Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının konulmasındaki esas amaca uygun olarak bu yaptırımların yerine getirilmesinde de temel ilke ceza hükümlülerinin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltme, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı birey haline getirildikten sonra toplum içine serbest bırakmak olması gerektiğine göre, böyle bir düzeltme yoluna yönelmede hükümlünün kendi istek ve bilinci ile duyacağı gereksinmenin ortaklığını sağlamak başarı için önde gelen koşulları oluşturmaktadır. Böyle bir başarılı sonuç ise çağımızın bütün uygar ülkelerinde gittikçe artan bir ölçüde uygulanan yerine getirmenin yumuşatılması, hükümlülerin ceza yaptırımlarının yerine getirilmesi süresince çeşitli yönlerden topluma yaklaştırılması ve tekrar kazandırılması yolu ile elde edilebilir.

Çağdaş ceza ve infaz hukuku alanında eski katı cezalandırma düzeninden uzaklaşma ve bir yandan adalet duygusunu doyurucu, suçluyu gerçekten ıslah edici ve

<sup>51</sup> E.Artuk, Sinn und Zweck der Strafe und die Massnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, Königstein/Ts. 1979, 12-15, 33.

tekrar suç işlemekten alıkoyucu bir yandan da toplumu suça ve suçlulara karşı gereği gibi koruyucu sonuçlara varabilmek üzere suçlunun kişiliğinde ve suçun işleniş biçimindeki ince ayrımları değerlendirmeye elverişli daha esnek ve yumuşak bir düzene yönelme eğilimi ve girişimi bir zorunluluk olarak hele son yıllarda önem ve yoğunluk kazanmıştır<sup>52</sup>.

Yargıtayın ise çeşitli kararlarında vurguladığı düşünce şudur: "cezanın gayesi suç işleyen bir kimsenin bir daha ileride suç işlemesini önlemek üzere uslandırılmasıdır"<sup>53</sup>. O halde Yargıtay da cezanın amacının faili ıslah etmek ve böylece tekrardan korumak olduğunu benimsemektedir. Dolayısıyla mahkeme kararlarında cezanın özel önleme amacı ön plana çıkarılmaktadır.

### 3. Öğreti

Türk öğretisinde çeşitli yazarlar cezanın amacı konusundaki görüşlerini açıklamışlardır. Bunları kısaca aktarmak, Türk öğretisinde cezanın amacı konusundaki eğilimi ortaya koyacaktır. Örneğin, *Taner'e* göre, ceza bir amaç değil, bir araçtır. Cezada öcalma düşüncesi bulunmamalıdır. Cezada manevi alanda kefaret kavramına, daha doğrusu adaletin sağlanması amacıyla yer verilmelidir. Adalet suçun ağırlığıyla orantılı olarak suç failinin sorumluluğu için olduğu gibi, kamu vicdanını tatmin yönünden de ihmal edilemeyecek bir keyfiyettir. Ceza toplum açısından da genel önlemeyi amaçlar, suç işleyenlere ceza verileceği tehdidi çok kişiyi korkutarak harekete geçmekten alıkoyar. Diğer taraftan ceza bir özel önleme tedbiridir. Suçluya ceza çektirmekle ileride yeniden suç işlemesinin önüne geçilmek istenir<sup>54</sup>.

*Dönmezer/Erman'a* göre<sup>55</sup>, cezanın bir çok faydacı işlevi vardır. Sosyal dengeyi sağlamak yanında, suçlunun manevi kusurunu karşılamak, bozulmuş kamuoyunu tatmin etmek, eğitici önleyici işlev görmek, suçlunun yeniden suç işlemesini engellemek, diğer kişiler için caydırıcı etki yapmak, esenliğe götürücü örnek teşkil etmek, suçluyu toplum ile yeniden bütünleştirmek, bir tedavi aracı olmak ve bütün bu çabaların sonuç vermeyeceği hallerde tasfiye yoluna gitmek, cezanın üçlü görüşünü ortaya koymaktadır. Bu görüşler örnek teşkil edici etki, yeniden topluma uyumu sağlamak ve tasfiyeden ibarettir.

*Erem/Danışman/Artuk'a* göre, cezanın tek açıklaması ıslahta toplanır. İntikam, mağduru tatmin, kefaret, genel önleme ve benzeri düşünceler devletin ıslah etme hak ve görevine yabancıdır. Yine aynı nedenledir ki toplumdaki uzaklaştırıcı cezalar meşru

<sup>52</sup> AyM 9.3.1971-4230, RG.23.11.1971 No.14021, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi 9, Ankara 1972, 358 vd.

<sup>53</sup> Bak.YICD, 8.4.1969-1030/1010; YICD, 13.1.1970-3539/109; YICD, 1.2.1972-5012/290; YICD, 14.4.1970-902/254; A.P. **Gözübüyük**, Türk Ceza Kanunu 'erhi I (1980), 371 vd.;YICD, 13.1.1970-3539/109, **Gözübüyük** IV (1976), 746.

<sup>54</sup> T.**Taner**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, 568.

<sup>55</sup> S.**Dönmezer/S.Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul 1997, k.no.1341.

değildir. Hiç bir toplum bozulmuş kişilerinden kurtulamaz. Zira devletin görevinden feragata veya bundan kaçmaya hakkı yoktur<sup>56</sup>.

*Yüce*'ye göre, cezanın çok önemli amaçlarından biri suçu önlemedir. Suçu önlemek, ya suç işleyen kişinin bir daha suç işlememesini sağlamak (özel önleme) ya da toplumda suç işlemek eğilimini gösterenleri korkutmak ve bu yolla bu gibi kişileri suç işlemekten alıkoymak (genel önleme) demektir. Modern infaz hukukunun karakteri en başta terbiye edici olması ile ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

*Önder*'e göre cezanın amacı konusunda karma teori kabul edilmelidir. Cezanın kefaret amacı, ceza ne kadar insancılaştırılsa da terk edilemeyecek bir niteliğidir. Ancak, kefareten anlaşılan kusurla uyumlu ve kusurla ölçülü bir cezanın verilmesidir. Ceza özel önleme işlevini de gerçekleştirmeli, suçluyu toplum kurallarına uyumu sağlayan bir kişiliğe sahip hale getirmelidir, çeşitli modern tretman biçimleri içinde bu amaç gerçekleştirilecektir. Islahı mümkün olmayan suçlunun toplumdaki uzaklaştırılması, toplumun korunabilmesi bakımından gereklidir ve böyle bir uygulamaya değişik şekillerde yer vermeyen herhangi bir kanun göstermek mümkün değildir. Cezanın kanunda bulunması ve infazının genel önleme etkisini gerçekleştirmekte olduğu da açıktır<sup>58</sup>.

*Hafizoğulları*'na göre, ceza önleyici bir toplumsal savunma aracıdır. Ceza uygulama anında bastırmaz. Ancak bastırma bir amaç değildir. Ceza icrası anında bir ödetmedir. Ancak ödetme de bir amaç değildir. Ödetme cezanın amacı değil, cezanın esası, özüdür, varlığı nedenidir. Bu nedenle her tepkinin amacını o tepkinin dışında aramak gerekmektedir. O halde, bir tepki olarak ceza kendi kendinin amacı olamaz. Öte yandan ceza bir öç alma tepkisi de değildir. Cezanın amacı, öç almanın tamamen ötesindedir. Cezanın mağdur bakımından tatmin edici bir işlevi yerine getirdiği doğrudur. Ceza tecavüze uğrayan kişide ve genellikle toplumda meydana gelen nefret ve infial duygularını yatıştırmakta, böylece, kişilerin şahsi öç ve kamunun kriminal misilleme arzularını tatmin etmektedir. Cezanın asıl görevi kuşkusuz bastırmadır, ama bastırmanın doğal sonucu da önlemedir. Cezanın yerine getirilmesi, bir yandan suçla meydana gelen ihlali bertaraf ederken, bir yandan da ileride meydana gelebilecek suçları önlemektedir. Ceza geçmişte etkilerini sürdürürken geleceği de etkilemektedir. Bundan çıkan sonuç bastırma ve önleme düşüncesinin birbirine karşıt olmamasıdır, çünkü devlet işlenmiş olan suçları bastırarak gelecekte suçların işlenmesini önlemektedir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Bak. F.Erem/A.Danışman/M.E.Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, 694-695.

<sup>57</sup> T.T.Yüce, "Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi" AD LII, 9-10 (1961) 927-928.

<sup>58</sup> Önder, I-II, 523-524.

<sup>59</sup> Z.Hafizoğulları, Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996, 181 vd.



*Yarsuvat'a* göre, suçun cezalandırılmasında intikam fikri tamamen terkedilmiştir. Cezanın amacı toplumu korumak ve aynı zamanda suçluyu himaye ve ıslah etmektir<sup>60</sup>.

*İçel/Donay'a* göre, ceza hukukunun toplumsal yaşantı yönünden en önemli değerleri özel biçimde korumak işlevi, bir yandan ceza yaptırımının korkutucu niteliği sayesinde suç işlenmesini önlemek (genel önleme), diğer yandan suçluyu uslandırarak, onun yeniden sosyalleşmesini sağlamak (özel önleme) amaçları içinde gerçekleş-melidir<sup>61</sup>.

*Sokullu-Akıncı'ya* göre, cezanın amacı, toplumsal bilincin devamının sağlanmasıdır. Cezanın sonuçları ise suçluya ve diğer kişilere toplumun, toplumsal bilincini ihlallere karşı korumadaki kararlılığını göstermek ve suçluların ıslahını sağlamaktır. Bunları birbirine karıştırmamak gerekir. Bu gibi netice türünden etkenler, okullar, özel eğitim kurumları vs. gibi yerlerde yapılacak faaliyetlerle de gerçekleştirilebilir. Cay-dırma sadece suç işlememiş kişiler bakımından neyin yasaklanmış olduğunu öğretmek şeklinde olur. Suçlu kişi zaten kanuna aykırı eylemi ve neticeyi, sonuçlarını bilerek gerçekleştirmektedir. Caydırma, suç işlememiş ya da eyleminin toplumsal bilinci ihlal edeceğini öğrendikten sonra bundan vazgeçenler bakımından sözkonusudur<sup>62</sup>.

#### 4. Değerlendirme

*a.* Türk hukukunda, şartla salıverme kurumunun ve diğer ülkelere oranla sıkça çıkartılan af yasalarının uygulanması suretiyle fiilen çektirilmese bile, yasalarda öngörülen soyut cezalar ağırdır. Bu durum Türk yasakoyucusunun cezanın genel önleme amacını önplana aldığını göstermektedir. Başlangıçta bu yolda olan eğilim, günümüze kadar devam etmiştir. Yapılan değişikliklerde, yanlış olmakla birlikte, genellikle suçla etkili mücadele gerekçesiyle cezaların ağırlaştırılması yolu tercih edilmiştir. Örneğin, Türk Ceza Kanununda değişiklik yapan yasaların en kapsamlılarından biri olan 9.7.1953 Gün ve 6123 sayılı yasayla, *o dönemde arttığı belirtilen suçlarla ve suçlulukla mücadele amacıyla, en çok işlenmekte olan suçların cezaları geniş ölçüde artırıldığı ve özgürlüğü bağlayıcı cezaların infaz sistemi değiştirilerek şiddetlendirildiği gibi*; bu yasadaki neredeyse 40 yıl sonra yürürlüğe giren 21.11.1990 gün ve 3679 sayılı yasaya ait tasarının genel gerekçesinde de (zimmetsizlik, irtikap, rüşvet ve dolandırıcılık suçlarını daha sistemli bir şekilde düzenleyerek uygulamaya sadelik ve açıklık getirmek ve bu) *suçlarla daha etkin mücadele edebilmek için cezalarını artırmak amacıyla* tasarının hazırlandığı belirtilmektedir<sup>63</sup>. Aynı yasayla Türk

<sup>60</sup> D.Yarsuvat, "Ceza ve Yeni İctimai Müdafaa Doktrini", İHFM XXXII, 1 (1966), 79-99.

<sup>61</sup> Bak. K.İçel/S.Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 13 vd.

<sup>62</sup> Bak. K.İçel/F.Sokullu-Akıncı/İ.Özgenç/A.Sözüer/F.S.Mahmutoğlu/Y.Ünver, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, 40.

<sup>63</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 51.

hukukunda ölüm cezasını gerektiren suç sayısı azaltılmış olmakla birlikte, genel olarak cezalar yine de ağırdır<sup>64</sup>. Bu durum Türk kültürünün, ödüllendirmeden çok cezalandırmaya dayanan bir sosyalleştirme sistemi içermesinin ceza hukuku alanına yansımaları olarak değerlendirilebilir<sup>65</sup>. Ancak, bu yaklaşımın suçların artmasını önleyici etkisinin bulunmadığı kuşkusuzdur<sup>66</sup>.

Buna karşılık, yukarıda da belirtildiği gibi, Türk hukukunda 1965'te getirilen yeni infaz sistemi<sup>67</sup> failin ıslahını, topluma tekrar kazandırılması amacını önplana almıştır. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun yeniden sosyalleşmeyi hedeflemekte, bunu gerçekleştirmeye yönelik infaz kuralları öngörmektedir<sup>68</sup>. Ancak, mahkum sayısının fazla, cezaevlerinin yetersiz ve uzman personelin az olması bu amaca ulaşılmasını zorlaştırmaktadır. Öyleki, 1999'da gündeme gelen ve daha sonra 2000 yılında gerçekleştirilen şartla salıverme görünümündeki örtülü affın gerekçesi siyasi iktidar tarafından, cezaevlerinde çok fazla olan mahkum ve tutuklu sayısını azaltmak şeklinde gösterilmekle, bu konuda adeta çaresiz kaldığı kabullenilmiştir. Özetle, Türk yasakoyucusunun soyut cezalarda genel önleme amacını, somut cezanın infazı sırasında ise özel önleme amacını ön plana aldığı, ancak çeşitli olanaksızlıklar nedeniyle bu amaca da ulaşamadığını söyleyebiliriz.

b. Türk öğretisinde ise cezanın amacı konusunda genellikle karma teorisinin benimsendiği görülmektedir. *Taner, Dönmezer/Erman, Yüce, Önder, Yarsuvat, ve İçel/Donay* tarafından cezanın amacının genel ve özel önleme olduğu vurgulanmakta, kısmen kefaref amacına da değinilmektedir. Buna karşılık *Erem/Danişman/Artuk*

<sup>64</sup> 21.11.1990 Gün ve 3679 sayılı yasa ile cezaların içtimanda ve 12 ayrı suça ilişkin maddede öngörülen ölüm cezası müebbet ağır hapis cezasına çevrilmiştir.

<sup>65</sup> Bak.S.**Dönmezer**, "Türk Toplumunda Sosyal Kontrol Aracı Olarak Ceza ve Ödüllendirme" İHFM XLVIII-XLIX, 1-4 (1983), 297 vd.

<sup>66</sup> Örneğin, 9.7.1953 Gün ve 6123 sayılı yasayla, o dönemde arttığı belirtilen suçlarla ve suçlulukla mücadele amacıyla, en çok işlenmekte olan suçların cezaları geniş ölçüde artırılmış ve özgürlüğü bağlayıcı cezaların infaz sistemi değiştirilerek şiddetlendirilmiş, ancak bunun bir etkisi olmamıştır. Bu değişiklikler o dönemde şöyle eleştirilmiştir: "cezaların artırılması ne genel önleme, ne de özel önleme açısından suçluluğun artmasına engel olacak tek ve etkili bir önlem değildir. Özellikle adı suçlardan dolayı sık sık afların ilan edilmiş olması, suç işleyenlerin, işlemek eğiliminde bulunanların ceza korkusunu esaslı biçimde zayıflatmıştır. Ayrıca, suç ile ceza arasında adil bir oran bulunmazsa, hakimlerin bu oranı aşan çok şiddetli cezaları hükmetmektense beraat kararı vermeyi tercih edeceklerini ve suç faillerini korkutacak durumun cezanın ağırlığı değil, suç işlerse mutlaka cezasını çekeceği ve bundan kurtulamayacağı hususu olduğunu unutmamak gerekir", T.**Taner**, "Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri", İHFM XIX, 3-4 (1953), 524-525.

<sup>67</sup> 13.7.1965 Gün ve 647 sayılı Yasa. RG.16.7.1965 No.12050.

<sup>68</sup> Bu kanunun gerekçesinde 6123 sayılı yasanın getirdiği değişikliklerin yarattığı sakıncaların giderilmesinin istendiği belirtilmekle, yasakoyucu bizzat cezaların ağırlaştırılmasının, infaz sisteminin şiddetlendirilmesinin suçların azalmasında etkili olmadığını ve bu yaklaşımın yanlışlığını kabul etmiş bulunmaktadır.

cezanın tek açıklamasının ıslahta toplandığını, *Hafızoğulları*, cezanın bizzat kendisinin ödetme, işlevinin ise önleme olduğunu, *Sokullu-Akıncı* ise cezanın amacının toplumsal bilincin devamının sağlanması olduğunu, genel ve özel önlemenin ise cezanın sonuçları olarak ortaya çıktığını belirtmektedir.

c. Cezanın amacı konusunda ileri sürülen teorilerin her birine yöneltilen eleştirilerde kanımca gerçeklik payı vardır. Teoriler, savundukları görüş doğrultusunda tek yönlü olmakta, cezanın birden fazla amacı içerebileceği olgusunu gözardı etmektedirler. Bu nedenle teorilerden sadece birinden birini benimsemek yerinde olmayacaktır.

Örneğin, cezaya salt ahlak açısından bakan kefarete teorisini benimsemek, devlet aracılığıyla intikam alınması çelişmesini beraberinde getireceği gibi, devletin ceza verme yetkisinin sınırlandırılması konusunda bir ölçü de ortaya koyamayacaktır.

Adalet teorisini kabul etmek, adaletin göreceli bir kavram olması nedeniyle bizi çıkmazlara götürecektir. Şöyleki, mutlak adaleti gerçekleştirmek mümkün değildir. Cezalandırmada ister istemez toplumun yararı yönlendirici olmaktadır. Dolayısıyla her eylem cezalandırılmaz. Bu da cezanın amacının salt adalet olamayacağını gösterir. Oysa cezanın adaleti gerçekleştirmek için verilmesi, her suçun cezalandırılmasını gerektirir.

Cezanın amacının sadece özel önleme olduğunu kabul etmek, *bir yandan* kişi hak ve özgürlüklerinin gereğinden fazla sınırlandırılmasına olanak tanınması sonucunu doğurur. Çünkü ıslah kavramı, cezanın süresinin önceden belirlenmesi ile bağdaşmayacağı gibi; her zaman suç işlemiş olma olgusunu da şart koşmaz. Dolayısıyla küçük bir suçun failinin cezaevinde uzun süre kalması veya suç işleme tehlikesi olan kişiye tedbir uygulanması sözkonusu olabilir. *Diğer yandan* bu teori tehlikelilik kavramını ön plana aldığından, tehlikeli olmadığı veya tekrar suç işleme tehlikesinin bulunmadığı kabul edilen faillere, işlediği suç ağır olsa bile ceza verilmemesi sonucunu doğurur. Bunun ise toplumdaki huzur ve güven duygusu açısından sakıncalar yaratacağı açıktır. Öte yandan, cezanın suçluyu ıslah ettiği, yeniden sosyalleştirdiği sadece bir varsayımdan ibarettir. O halde cezanın tek amacı özel önleme olamaz.

Cezanın amacının tek başına genel önleme olduğunu, yani cezanın toplumu suçtan korumak, potansiyel suçluları caydırmak amacıyla verildiğini benimsemek yine bizi çeşitli açmazlara sürükleyecektir. Çünkü bu görüş de cezaların ağır olması sonucunu doğurur. Oysa, cezanın bu işlevi de sadece bir varsayımdan ibarettir. Potansiyel suçluları ilgilendiren konunun öncelikle cezanın değil, suçun gizli kalması ihtimalinin yüksekliği olduğu bilinmektedir. Kuşkusuz, suçluların yakalanıp cezalandırılacağı düşüncesinin bireylere güven duygusu verdiği de bir gerçektir. Ancak, bu durum failin neden sadece başkaları için cezalandırıldığı sorusunu cevaplandırmaya yetmez. O halde cezanın, genel önleme yanında başka amaçlarının da bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu eleştirilerden sonra cezanın amacı konusunda karma teoriyi benimsemek uygun görünmektedir. Gerçekten, cezanın faili ıslah etmek, yeniden sosyalleştirmek amacı yanında, toplumu suçtan korumak ve potansiyel suçluları caydırmak amacı da vardır. Ceza, yasaların ihlal edilmesinin ne gibi sonuçlar doğuracağını bir ifadesi olmaktadır. Ceza aynı zamanda kefarete amacını da içerir. Kusurla orantılı ceza bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. İşlenen suçlara ceza verileceğini bilmek toplumda güven duygusunu, hukuka bağlılığı ve hukuk bilincini güçlendirir. Günümüzde infaz hukukunda da cezanın ıslah amacı ön plana alınarak, suçluyu yeniden sosyalleştirmeye, kendine güvenini kazandırmaya elverişli programlar uygulanmaktadır. Öte yandan, bu amaçların gerçekleştirilmesi ancak cezanın adil olmasıyla mümkün olabilir. Dolayısıyla adalet de cezanın amaçlarından biridir.

### III. CEZANIN BELİRLENMESİ

Türk hukukunda cezanın belirlenmesi iki aşamada olmaktadır: 1) *Yasakoyucu* tarafından yasada *soyut cezanın* belirlenmesi, 2) *Hakim tarafından* somut olayda suç ve suçlunun kişiliği gözönüne alınarak *somut cezanın* tayin edilmesi.

#### 1. Soyut Belirleme

Cezanın soyut olarak belirlenmesi kendi içerisinde iki aşamaya ayrılır. Önce yasakoyucu cezalar (ve emniyet tedbirleri) sistemini belirler. Yani suçlara uygulanacak ceza veya emniyet tedbirlerini türlerine, ağırlıklarına göre yasada belirler. Buna *soyut-genel belirleme* denir.

İkinci aşamada yasada tanımlanan her suç için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza veya emniyet tedbiri verilebileceği belirlenir. Buna da *soyut-özel* tayin denir.

Her suç için belirlenen ceza (veya emniyet tedbiri) yasada gösterilen türden olmak zorundadır ve yasada belli edilen sınırlar içinde kalınması gerekir. Cezaların *soyut-genel* veya *soyut-özel* olarak belli edilip saptanmasında bilimsel ve yararçı ölçüler esas tutulur. Ancak cezada öncelikle suçun ağırlığı, emniyet tedbirinde ise suçlunun toplum için gösterdiği tehlike gözönünde bulundurulur.

#### a. Soyut-genel belirleme

Türk hukukunda *soyut-genel* cezalar cürümler için: 1) idam 2) ağır hapis 3) hapis 4) ağır para cezası 5) kamu hizmetlerinden yasaklılık olmak üzere beş türdür. Kabahatler için ise 1) hafif hapis 2) hafif para cezası 3) belli bir meslek ve sanatın tatili icrası cezaları vardır (TCK m.11). Özgürlüğü bağlayıcı cezalar ile para cezalarının ağırlık ve miktar olarak soyut alt ve üst sınırları, yasada belirlenmiştir (TCK m.13 vd.).

### **b. Soyut-özel belirleme**

*Soyut - özel ceza* yasada çeşitli biçimlerde gösterilebilir. Bunlar 1) mutlak ceza, 2) seçenekli ceza ve 3) alt-üst sınırlı cezadır.

*Mutlak ceza*, suçun işlendiği belirlendiğinde hükmolunması gereken, yasada takdire yer bırakmayacak biçimde öngörülen cezadır. Ölüm cezası, belli yükseklikte özgürlüğü bağlayıcı ceza, belli miktarda para cezası gibi.

*Seçenekli cezada* ise hakime iki ayrı türdeki ceza arasından (özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezası gibi) birini seçmek yetkisi verilmiştir. Yargıtaya göre hakim bu iki ayrı cezadan birini seçtiğinde bunun gerekçesini göstermelidir<sup>69</sup>.

*Alt-üst sınırlı ceza*, alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle yasada öngörülen cezadır. 1 Yılda 3 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza, 10 milyon liradan 30 milyon liraya kadar para cezası gibi. Bu belirleme yönteminde ceza, türü ile alt ve üst sınırları açıkça belirtilerek tayin edilmiş olabileceği gibi; 1) sadece türü, 2) türü ile birlikte alt sınırı, 3) türü ile birlikte üst sınırı belirlenmek suretiyle de gösterilmiş olabilir.

Alt-üst sınırlı cezada belli sınırlar arasında temel cezanın tayini hakim tarafından bırakılmıştır. Bireyselleştirme açısından bu tür cezalar amaca daha uygundur<sup>70</sup>. Ancak, hakim takdir yetkisi sınırsız değildir. Yasadaki (genel veya özel) alt ve üst sınır onun takdiri için bir çerçeve oluşturduğu gibi, hakim iki sınır arasında temel cezayı tayin ederken gözönünde tutacağı hususlar da yasada belirlenmiştir (TCK m.29/8).

Hangi ceza konulmuş olursa olsun, hakim somut olayda yasanın koyduğu sınırlar arasında suç için öngörülen cezayı kendi takdiri içinde kişiselleştirerek temel cezayı belirleyecektir.

### **2. Somut Belirleme**

Türk hukukunda *süresi belli mahkumiyet* sistemi geçerlidir. Mahkumiyet kararı verilirken özgürlüğü bağlayıcı cezanın süresi tayin olunmaktadır.

Suç işlendikten ve ceza yargılaması yapıldıktan sonra sıra cezanın belirlenmesine gelir. Cezanın belirlenmesi somut düzeyde cezanın işlevinin ve amacının

<sup>69</sup> “TCK.nun 456/4 maddesinde yer alan hapis ve para cezasından birisinin takdir ve tayini mahkemeye aittir. Hapsin paraya tercih edilmesinin sebebi hüküm yerinde ayrıca belirtilmemiş ise de, gerekçe bölümünde olayın izahı yapılmış ve sanığın dayanaksız bir kuruntuya kapılarak babasının dövüleceği zannıyla hemen harekete geçip mağduru haksız yere dövdüğü açıklanmıştır. Bu izahı, hapsin tercihine dayanak olan kanuni gerekçeyi çıkarmak mümkündür. Şu hale göre, takdirin izahsız bırakıldığı söylenemez” YCGK, 2.4.1973-2/52, **Önder**, II-III, 627.

<sup>70</sup> “Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah araçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukuku esaslarındandır. Cezanın, kanunda gösterilen iki had arasında tayini yetkisinin hakime bırakılması da cezanın ferdileştirilmesi prensibinin bir sonucudur” AyM, 25.05.1967-1966-32/13, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi 6, Ankara 1969, 3.

gerçekleştirilmesine hizmet edecektir. Bu açıdan önem taşımaktadır. Cezanın belirlenmesinde ilk yol gösterici cezanın amacı olmalıdır. Amacın tenkille birlikte önleme olması gerektiği gözardı edilmemelidir.

Somut tayinde hakim suç tanımındaki cezayı uygular. Sadece özgürlüğü bağlayıcı ceza gösterilmişse sadece ona hükmeder, onun yanında veya onun yerine para cezasına hükmedemez. Maddeye özgürlüğü bağlayıcı ceza ile para cezası birlikte konulmuş ise hakim bunların ikisine birden hükmetmek zorundadır. Ancak yasa maddesinde seçimlik ceza varsa birini seçer. Bu durum cezanın bireyselleştirilmesine yardımcı olur.

Bireyselleştirme cezanın belirlenmesinde önemli bir işlemdir. Cezanın bireyselleştirilmesi yasada öngörülen cezanın her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesi demektir. Aynı tür ve miktardaki ceza kişiler üzerinde çok farklı etkiler meydana getirir. Gerçekten aynı cezanın suçlular üzerinde meydana getirdiği acı, ızdırap ve ağırlık kişilerin sosyal ve ekonomik durumuna, karakterine göre değişir. Bu nedenle suçlunun kişiliği sorunu cezaların bireyselleştirilmesi olarak çağdaş ceza hukukuna girmiştir.

Hakim somut cezayı tayin ederken ceza hukukunun temel esaslarını ve özellikle takdir yetkisinin nitelik ve sınırını, yasal veya takdire bağlı artırma veya indirme nedenleri ile bu konuda izlenecek sırayı gözönünde tutmak zorundadır.

### 3. Somut Belirlemede İlkeler

Özellikle alt ve üst sınırlı cezalar, cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye ve suçlu için en uygun cezanın tayinine olanak sağlamaya elverişlidir.

Cezayı fiile ve faile uydurabilmek, adil bir cezaya ulaşabilmek için cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken bazı ilkeler vardır.

Cezaların miktarının saptanmasının hiçbir ölçüt getirilmeden tamamen hakim takdirine bırakılması takdirin genişliğine paralel olarak hataları çoğaltacağı gibi; kişisel takdirler sonucu aynı suçta çok farklı cezalar verilmesine neden olabilir. Buna karşılık aynı suçu işleyenler için değişmez cezaların öngörülmesi ise, suçun işleniş biçimi ile koşullarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten etkenleri gözönüne alma olanağı vermeyeceğinden, hakimi sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak cezanın bireyselleştirilmesini zorlaştırır. Bu açıdan Türk Ceza Kanununun takdire yer verip bunu çerçeveleyecek ilke ve halleri belirleyen sistemi amaca uygun görünmektedir.

Bu konudaki ilkeler şunlardır:

#### a. Kusur ilkesi

Cezanın belirlenmesinde yol göstermesi gereken temel ilke "kusursuz ceza olmaz" ilkesi olmalıdır (nulla poena sine culpa). Bu ilkeye bazı yasalarda açıkça yer

verilmiştir. Sözelimi Alman Ceza kanununda, “cezanın tayini için temel ilke, failin kusurlu olmasıdır” (Alman CK m.46/1 cümle 1) denilmektedir.

Türk Ceza Kanununda cürümde kastın bulunmamasının cezayı kaldıracağı öngörülmekle birlikte (TCK m.45/1 cümle 1), cezanın tayinini düzenleyen maddede bu ilkeye yer verilmemiştir. Ancak, iki sınır arasında temel ceza belirlenirken hakim in kastın veya taksirin yoğunluğunu gözönünde bulundurarak takdirini kullanacağı öngörülmüştür (TCK m.29/8). Dolayısıyla Türk hukukunda cezanın tayininde temel ilke kural olarak kusur ilkesidir. Ancak, cezanın belirlenmesi açısından içerdiği önem nedeniyle ilkenin yasada açık biçimde ifade edilmesi gerekir. Türk Ceza Kanunu 1997 Tasarısında da bu ilkeye yer verilmemiş olması bir eksiklikler (m.79)<sup>71</sup>.

Cezanın önleme amacı ancak, kusurlu ceza arasında adil bir denge oluşturulmasıyla sağlanabilir<sup>72</sup>.

#### ***b. Suçun unsurlarının iki kez değerlendirilmesi yasağı***

Suçun oluşup oluşmadığını tespit için varlığı aranan unsurlar veya yasal olarak uygulanması gereken cezayı hafifletici-ağırlatıcı nedenler, cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstüne çıkılmasının gerekçesi olarak ileri sürülemez. Türk Ceza Kanununda açıkça yer almamakla birlikte, uygulamada bu ilke kabul edilmektedir. Gerçekten, Yargıtay, suç unsuru olarak yasada belirtilmiş bulunan halin ayrıca ceza tayininde asgari haddin üzerine çıkılması nedeni olamayacağını açıkça belirtmiştir<sup>73</sup>.

Alman Ceza Kanununda “cezanın tayinindeki ilkeler” başlığı altında bu ilkeye açıkça yer verilmiştir: “Kanundaki suç tipinin unsurlarını teşkil eden haller gözönünde tutulamaz” (Alman CK m.46/3).

#### ***c. Aleyhte ve lehde hallerin tartışılması gereği***

Cezanın belirlenmesinde failin aleyhinde ve lehinde olan haller birbiriyle karşılaştırılarak tartılmalıdır. Nitekim, Türk Ceza Kanununda 1990’da yapılan değişiklikle<sup>74</sup>, iki sınır arasında temel cezanın tayininde fiile ve faile ilişkin bazı hususların gözönüne alınması öngörülmüştür. Bunlardan fiile ilişkin olan hususlar

<sup>71</sup> Cezalandırmanın nedeni ve sınırlandırılmasında temel ilke olarak kusurun, somut cezanın tayinine ilişkin hükmün en başında yer alması gerektiği konusunda bak. H.H.Jescheck, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, 37.

<sup>72</sup> “oluşa, suçun işleniş biçimine, suç konusunun değerine, kastın yoğunluğuna, sanığın eylemden sonraki davranışlarına rağmen temel cezanın alt sınırdan tayin edilmesi suretiyle suç ve ceza arasındaki adalete uygun oranın takdirinde isabetsizlik gösterilmesi kanuna aykırıdır” YIICD, 27.3.1996-322/317, YKD XXII, 5 (Mayıs 1996), 843.

<sup>73</sup> YCGK, 19.3.1973-333/238, V.Savaş/S.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu I, Ankara 1999,505.

<sup>74</sup> 21.11.1990 Gün ve 3679 sayılı Yasa.

şunlardır: 1) suçun işleniş biçimi, 2) suçun işlenmesinde kullanılan araç, 3) suç konusunun önem ve değeri, 4) suçun işlendiği zaman ve yer, 5) fiilin diğer özellikleri, 6) zararın veya tehlikenin ağırlığı.

Faile ilişkin olan hususlar ise şöyle sıralanmıştır: 1) kastın veya taksirin yoğunluğu, 2) suç sebepleri ve saikleri, 3) failin amacı, 4) failin geçmişi, 5) şahsi ve sosyal durumu, 6) fiilden sonraki davranışı gibi hususlar. Maddede bu haller sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Fiile ilişkin hususlar sayıldıktan sonra “eylemin diğer özellikleri”, faile ilişkin hususlar sayıldıktan sonra “gibi hususlar” ifadesi kullanılmak suretiyle hakim başka hususları da gözönünde bulundurmasına, yani failin leh veya aleyhinde olabilecek fiile veya faile ilişkin tüm olguların değerlendirilmesine olanak tanınmıştır. Bu hususlar gözönüne alınıp tartışılmadan fail hakkında alt sınırın üzerinde ceza belirlenmesini Yargıtay yasaya aykırı bulmaktadır<sup>75</sup>.

Bu ilke, benzer alt başlıklarıyla Alman ceza yasasında da yer almaktadır (Alman CK m.46/2)<sup>76</sup>.

Yargıtay, ceza tayin edilirken TCK 29.maddesindeki takdir nedenlerinin gözönüne alınıp tartışılmasına önem vermekte, bu yapılmadan alt sınırdan ceza tayin edilmesini yasaya aykırı bulmaktadır<sup>77</sup>.

İki sınır arasında temel cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulacak hususlar şunlardır (TCK m.29/8):

*aa. Fiile ilişkin hususlar*

*aaa. suçun işleniş biçimi*

Suçun işleniş biçimi cezanın tayininde gözönünde bulundurulur. Ancak bunun için yasada suçun unsuru ya da ağırlatıcı veya hafifletici nedeni olarak gösterilmemiş olması gerekir. Sözelimi mağdurun suçun işlenmesini kolaylaştırması, failin hukuka

<sup>75</sup> “İki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi yetkisi kullanılırken „adalet ve nasafet” kurallarına bağlı kalınması, bu husustaki gerekçenin, a) suçun işleniş biçimi, b) yasaya aykırılık derecesi, c) tehlikenin ağırlığı, d) kastın yoğunluğu, e) suç nedenleri, f) sanığın geçmişi ve sosyal durumu, g) fiilden sonraki davranışları gibi ölçüler içinde dosyaya uygun olması, takdirde yanılığa düşülmemesi gerekir” Y5CD, 12.2.1997-232/348, YKD XXIV, 6 (Haziran 1998) 931. Aynı anlamda bir diğer karar için bak. Y5CD, 17.10.1996-2923/3493, YKD XXIV, 2 (Şubat 1998), 283.

<sup>76</sup> Alman CK m.46/2: “Mahkeme, cezanın tayininde failin lehinde ve aleyhinde olan şartları birbirleri ile karşılaştırarak tartar. Özellikle şunlara dikkat edilmelidir: -failin saikleri ve amaçları/-olaydan anlaşılabilir zihniyeti ve eylem sırasında sahip olduğu irade,-göreve aykırılığın yoğunluğu,-eylemin gerçekleştiriliş şekli ve kusurlu olarak sebebiyet verilen sonuçları,-failin önceki hayatı, kişisel ve ekonomik durumları ile,-olaydan sonraki tutumu, özellikle zararını ortadan kaldırmak için gösterdiği çaba ile mağdur ile uzlaşmak için gösterdiği çaba.”

<sup>77</sup> Y1CD, 5.2.1997-4139/176, YKD XXIII, 4 (Nisan 1997), 602.



uygunluk hallerine benzer bir durumda bulunması cezanın takdirinde sanığın lehine etki eden hallerdir<sup>78</sup>.

Suçun işleniş biçiminin cezanın tayininde aleyhte etki etmesine örnek olarak şu Yargıtay kararı gösterilebilir: “uzun zaman dilimi içinde darp ettikleri, vücudunda sigara söndürmek suretiyle yaptıkları işkence sonucu 8 yaşlarındaki maktulün ölümüne neden olan sanıkların cezalarının TCK 29.maddesine aykırı olarak aşağı haddiye tayini doğru değildir”<sup>79</sup>.

Öte yandan, mütemadi suçta suçun devam ettiği süre cezanın tayininde etkili olur<sup>80</sup>.

**bbb. Suçun işlenmesinde kullanılan araç**

Suçun işlenmesinde kullanılan her türlü araç cezanın takdirinde gözönüne alınır. Yargıtay bir kararında kastın aşılması suretiyle ölüme sebebiyet suçunda, diğer nedenler yanında, bıçak kullanılmış olması dolayısıyla, cezanın alt sınırın üstünde tayininin uygun düşeceğini belirtmektedir<sup>81</sup>.

Yargıtay bir diğer kararında ise faillerin olay yerine silahlı gelmelerini ve yaptıkları atış adedini cezanın takdirinde dikkate alınması gerekli hususlar olarak görmüştür<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> H.-H.Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, 887.

<sup>79</sup> Y1CD, 1.12.1997-3661/3895, YKD XXIV, 5 (Mayıs 1998), 751-752. Yargıtay, sadece olay günü yapılan davranışların cezanın tayininde gözönüne alınması konusunda şöyle demektedir: “Maktul Ahmet’ten kaynaklanan ve adli soruşturma dosyalarıyla da belgelendiği üzere, 8.7.1997 tarihinde sanığı bıçakla adiyen yaralamaktan hükümlendirilmesine ve cezasının ertelenmesine karşın mütenebbih olmayarak 28.10.1998 tarihine dek sanığı ve babasını süreklilik arzeden düzeyde tehdit ve taciz etmek, ölümünün gerçekleştirildiği olay gününde de işyerine gelip sanığı taciz ve tahkir edip aksi sabit olmayan savunmaya göre de zora dayalı biçimde para istemek suretiyle, zamana yayılan, arzettiği süreklilik nedeniyle de şiddet kazanan kışkırtmalarının, kül halinde Yasanın 51/1.maddesini aşır 51/2 düzeyine ulaştığı oluş ve kabulden anlaşıldığı halde, TCK 29/son maddesince değerlendirme yapıp daha şedit düzeydeki ağır tahrik oluşumları da gözetilerek makul düzeyde indirim yapılması gerekirken, sadece olay günü vaki olan davranışlar esas alınmak suretiyle sanığa fazla ceza tayini yasaya aykırıdır” Y1CD, 26.1.2000-1999-3759/98, YKD XXVI, 4 (Nisan 2000), 610-611.

<sup>80</sup> Schönke/Schröder, m.46 k.no.21.

<sup>81</sup> “Sanığın yaralama eyleminde bıçak kullanması, Adli Tıp Birinci İhtisas Kurulunun raporunda maktulün derhal tedavi cihetine gidilmesi halinde dahi kurtarılmasının kesin olmadığı bildirilmesi, suç sebepleri ve saikinin birlikte değerlendirilmesi karşısında, TCK.nun 452/1.maddesi uygulanırken asgari haddin üzerinde ceza verilmesinin uygun düşeceği gözetilmelidir” Y1CD, 21.12.1993-2643/2765, YKD XX, 3 (Mart 1994), 465-466.

<sup>82</sup> “Sanıklar Halil ve Ercan’ın olay yerine silahlı olarak gelerek, yapmış oldukları atış adedi, olayın başlaması ve kişilikleri dikkate alınarak TCK 29.maddeye göre cezanın takdir edilmesi gerekir” Y1CD, 1.3.1995-4842/539, YKD XXI, 7 (Temmuz 1995), 1128.

*ccc. Suç konusunun önem ve değeri*

Suçun konusunun önem ve değeri, cezanın tayininde alt sınırdan kalınması veya bunun üstüne çıkılması açısından gözönünde bulundurulur.

Sözgelimi Yargıtay bir kararında, kasten müessir fiil suçunun mağdurun hükümet mümessili ve kaymakam vekili olarak görev yaptığı sırada işlenmesini ve tabancasının alınmasını kamu düzeninin önemli bir derecede ihlal edildiği anlamını taşıdığını, alt sınırdan fazla ceza tayininin bu nedenle yerinde olduğunu belirtmiştir<sup>83</sup>.

Öte yandan Yargıtay, hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunda suç konusunun değerinin yüksekliğini<sup>84</sup>, bir diğerinde ise suça konu çek adedi ve bedellerinin fahiş oluşunu temel ceza tayininde alt sınırın üstüne çıkılmasını gerektiren haller olarak görmektedir<sup>85</sup>.

Suçla korunan hukuki yararın ihlal edilmiş olması, sözgelimi adam öldürme suçunda insan yaşamının yok edilmiş olması, evrakta sahtekarlık suçunda kamu güveninin sarsılmış olması yine cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstüne çıkılmasının gerekçesi olamaz<sup>86</sup>.

*ddd. Suçun işlendiği zaman ve yer*

Suçun işlendiği zaman ve yer, yasada suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı veya hafifletici nedeni olarak gösterilmemişse, cezanın takdirinde gözönünde bulundurulur. Sözgelimi, “gece vakti” (TCK m.492/1) veya “genel ya da mağdurun uğradığı özel bir felaketten yararlanarak” suçu işlemek bazı suç tiplerinde (TCK m.492/3) ağırlatıcı sebeptir. Bunun dışındaki hallerde suçun gece vakti işlenmesi veya deprem, trafik kazası gibi felaketlerden kaynaklanan kolaylıktan yararlanılması cezanın takdirinde gözönünde bulundurulur.

Failin yer ve zaman unsurundan özellikle yararlandığı haller, sözgelimi mağdurun korunma olanaklarının bu nedenle ortadan kalkması durumu cezanın belirlenmesini etkiler<sup>87</sup>.

*eee. Fiilin diğer özellikleri*

Eylemin, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suçun konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer dışındaki özellikleri de cezanın yüksekliğinin hakim tarafından takdirinde gözönünde bulundurulur. Bir kararında Yargıtay, kasten adam öldürmeye tam teşebbüs olayında mağdurun hamile olması ve failin bunu bilmesi, bıçaklama sırasında 8,5 aylık ceninin de bıçak darbesi sonucu ölümüne neden

<sup>83</sup> Y4CD, 3.6.1959-6625/8916, Önder II-III, 629.

<sup>84</sup> Y11CD, 27.3.1996-322/317, YKD XXII, 5 (Mayıs 1996), 842-843.

<sup>85</sup> Y10CD, 16.9.1997-7292/8589, YKD XXIV, 9 (Eylül 1998), 1406-1407.

<sup>86</sup> Maurach, 666.

<sup>87</sup> Önder, II-III, 629.

olunması dolayısıyla temel cezanın alt sınırın üstünde tayininin daha adil olacağını belirtmiştir<sup>88</sup>.

Eyleme ve faile ilişkin olmayan hususlar ise ceza tayininde gözönünde bulundurulmamalıdır. Sözgelimi suçların yörede fazla işlenmesi, ibret teşkil etme, duruşmada saygısız davranma, yalan söyleme gibi.

**fff. Zarar veya tehlikenin ağırlığı**

Suçun sebebiyet verdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı cezanın tayininde rol oynar. Suçun dolaylı olarak yarattığı zarar veya tehlikenin de gözönünde bulundurulması mümkündür. Sözgelimi, Alman Yargıtayı, ırza geçme suçunun mağdurunun intihara teşebbüs etmesinin, uyuşturucu madde satılan uyuşturucu bağımlısının ölmesinin cezanın alt sınırının üstünde takdiri konusunda gözönüne alınmasını, fail tarafından öngörülebilir olma koşuluyla yerinde bulmuştur<sup>89</sup>.

O halde cezanın takdirinde gözönüne alınacak zararın maddi, manevi, bedensel veya ruhsal olması, hatta mağdurun sosyal yönden önemli özelliklerine yönelik bulunması mümkündür<sup>90</sup>.

Buna karşılık, insanın değeri buna bağlı olmadığı için, öldürülenin yaşı veya nüfuzu cezanın takdirinde etkili olmamalıdır<sup>91</sup>. Nitekim Yargıtay, jandarma komutanının öldürüldüğü bir olayda, öldürülenin kişiliği gözönünde tutularak sanıklara alt sınırın üstünde ceza tayin edilmesini yasaya aykırı bulmuştur<sup>92</sup>.

Mağdurun fahişe olması, cezanın takdirinde lehe etki etmemelidir. Nitekim, ırza geçme ve kaçırma suçlarında, mağdurun fuhuşla uğraşmayı meslek edinmiş olmasını cezayı azaltıcı hal olarak öngören TCK m.438 yürürlükten kaldırılmıştır<sup>93</sup>.

Mağdurun suçtan nasıl etkilendiği de cezanın takdirinde önem taşır. Sözgelimi yaşlı ve kimsesiz olandan az bir para çalan kişinin, zengin çok parasını çalana göre daha ağır cezalandırılması, suçtan doğan zararın gözönüne alınması demektir<sup>94</sup>.

**bb. Faile ilişkin hususlar**

**aaa. Kastın veya taksirin yoğunluğu**

Faildeki kastın yoğunluğunu failin sonuca ulaşmak konusundaki ısrarlı tutumu, taksirin yoğunluğunu ise sonucun fail tarafından öngörülebilmesinin kolay olması

<sup>88</sup> Y1CD, 17.3.1998-100/722, YKD XXIV, 5 (Mayıs 1998), 752-753.

<sup>89</sup> Jescheck/Weigend, 888.

<sup>90</sup> Schönke/Schröder-Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 24.Aufl., München 1991, m.46 k.no.19.

<sup>91</sup> Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.20.

<sup>92</sup> YCGK, 8.5.1978-61/150, Savaş/Mollamahmutoğlu, 504.

<sup>93</sup> Bak.21.11.1990 Gün ve 3679 sayılı Kanun m.28.

<sup>94</sup> J.Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 1977, 665.

belirler<sup>95</sup>. Yasada suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olarak öngörülmediği hallerde bu yoğunluk cezanın takdirinde failin aleyhine olarak gözönünde bulundurulur. Sözelimi adam öldürme ve müessir fiil suçlarında kastın en yoğun biçimi olan tasarlama ağırlatıcı sebep olarak gösterildiğinden, artık ayrıca cezanın takdirinde dayanak yapılamaz. Ancak, tasarlamanın varlığının kabulüne yetmeyen haller, kastın yoğunluğu olarak nitelendirilebilir<sup>96</sup>.

Yargıtay bir çok kararında, kastın yoğunluğu nedeniyle cezanın asgari haddin üzerinde takdir edilmesi gerektiğini belirterek, hükmü bozmuştur<sup>97</sup>. Yargıtayın, vahametın derecelendirilebileceğini belirttiği kararları vardır<sup>98</sup>.

**bbb. Sebep ve saikler ile amaç**

Failin suçu işleme sebebi ve saikleri cezanın belirlenmesinde esas alınır. Sözelimi kazanç hırsı, açgözlülük, mesleki başarı hırsı gibi bencil saikler cezanın belirlenmesinde failin aleyhine etki eder<sup>99</sup>. Buna karşılık hırsızlık suçunda failin kazanç hırsıyla değil de, karşı koyamadığı koleksiyon tutkusıyla hareket etmesi durumu için aynı şey söylenemez<sup>100</sup>.

Yargıtay bir kararında taksirle ölüme sebebiyet suçunda “hadi canım sen de” saiki nedeniyle cezanın daha ağır tayinini yerinde bulmamıştır<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> Önder II-III, 630.

<sup>96</sup> “Maktulü ağır tahrik altında öldürmeye karar verip, bu karardan üç saat sonra öldürme eylemini gerçekleştiren sanıkların, öldürme kararından cayma ve ruhsal dinginlikle yorum yapabileme için, makul bir süre geçmediğinden, eylemlerinde tasarlama yoktur. Fiilin kısa zamanda yoğunlaşmış kasıt ve hazırlıkla gerçekleşmesi, TCK 29/son maddesine göre teşdit sebebi sayılmalıdır” Y1CD, 5.11.1995-3339/3563, YKD XXII, 2 (Şubat 1996), 283.

<sup>97</sup> Örneğin: “Önerdikleri (özel koruma) hizmet ve ücretini vermeyi reddeden müştekiyi zorlayan, fabrikasını kurşunlatarak (şartlı tehdit) suçu işleyen sanıkların, TCK 188/3.maddesine göre cezalandırılmaları, kasıtlarının yoğunluğu ve sonucun ağırlığı nedeniyle TCK 29.maddesine göre cezalarının asgari haddin üzerinde takdir edilmesi gerekir” Y1CD, 3.6.1997-1772/2070, YKD XXIII, 9 (Eylül 1997), 1477-1478; “Sabıkaları, para karşılığı adam öldürebilmeleri, olaydan önceki davranışları ve öldürme hususundaki kasıtlarının yoğunluğu gözönüne alınıp TCK 29.maddesine göre sanıkların cezalarının asgari haddin üstünde tayini gerekir” Y1CD, 5.7.1996-1689/2720, YKD XXII, 9 (Eylül 1996), 1481-1482.

<sup>98</sup> “Sanığın tam kusurla sebebiyet verdiği olayda dört kişinin ölmesi karşısında kusur yoğunluğu ve sonuçtaki ağırlığın temel cezaların tayininde gözönünde bulundurulması gerekli ise de, alt sınırın aşılmasında vahametın derecelendirilebileceği de gözden uzak tutulup hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırdan tayini ..yasaya aykırıdır” Y1CD, 30.3.1994-2935/2460, YKD XX, 7 (Temmuz 1994), 1156.

<sup>99</sup> Jescheck/Weigend, 888: Petters/Preisendanz, Strafgesetzbuch, Berlin 1970, 84, Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.13.

<sup>100</sup> Baumann, 1977, 662.

<sup>101</sup> “Babası ve üvey annesiyle seyahat ederken meydana gelen, aileiçi acı ve üzüntüye yol açması kaçınılmaz olan olayda, sanık için başka olumsuz bir saikten sözedilememesi ve ailevi yıkım oluşturması gerçeğine rağmen, (hadi canım sen de saikinden) ibaresi gerekçe gösterilerek cezanın

*ccc. Failin geçmişi*

Failin geçmişi cezanın takdirinde onun lehine veya aleyhine etki edebilir. Failin alkolik, uyuşturucu bağımlısı ya da kumarbaz olması onun yeniden sosyalleşmesini zorlaştıracak hallerdir. Bunlar cezanın takdirinde gözönünde bulundurulur. Kuşkusuz bu gibi haller her zaman cezanın ağırlaştırılması değil, seçilecek cezanın, veya ceza yerine ya da ceza yanında uygulanacak tedbirin niteliği konusunda da etkili olur<sup>102</sup>.

Yargıtay cezanın alt sınırın üstünde tayininde, sabıkalı olma (kuşkusuz tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekmeyen hallerde), çıkar karşılığında kolayca insan öldürebilir olma ve olaydan önceki davranışları gibi hususları etkili birer neden saymaktadır<sup>103</sup>.

Sabıkalı olmama her zaman failin lehinde gözönünde bulundurulacak bir husus değildir. Birkaç gün önce ehliyet alan kişinin trafik kazası yaparak taksirle müessir fiile sebebiyet vermesi halinde, daha önce trafik kazası yapmamış olması cezanın tayininde lehte bir neden olmaz. Buna karşılık Alman Yargıtayına göre, bir taksi şoförü için 20 yıl kaza yapmamış olma lehte bir nedendir<sup>104</sup>.

Ancak duruma göre sabıkalı olmama ve geçmişte iyi halli olma lehte etki edebilir. Memurun daha önce suç işlememiş olması gibi. Aynı şekilde sosyal etkinlikler dolayısıyla kazanılan liyakatlar, felaket hallerindeki katkı, kamu yararına yönelik faaliyet gösteren kuruluşlarda çalışma gibi haller de, ceza tayininde lehte etki edecek hallerdir<sup>105</sup>.

Failin daha önce cezalandırılmamış olan eylemleri de, failin şahsiyeti veya yargılanmakta olan eylem hakkında sonuç çıkarılmasına olanak tanırırsa, cezanın takdirinde aleyhte etki edebilir. Ancak, zamanaşımına uğrama veya suç olmaktan çıkarılma gibi nedenlerle artık yargılanması mümkün olmayan eylemler aleyhte etki etmez. Bunun gibi, iade talebi kabul edilmeyen yurtdışında işlenmiş suç da cezanın tayininde aleyhte etki etmemelidir<sup>106</sup>.

---

teşdiden uygulanması ve (cezanın islah edici ve caydırıcı etkisi oluşmayacağı) şeklindeki sonuçla ve yasa hükmünün amacıyla çelişen gerekçeyle 647 sayılı Kanunun 4.maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır" Y2CD, 18.4.1996-3853/4480, YKD XXII, 12 (Aralık 1996), 1936.

<sup>102</sup> **Jescheck/Weigend**, 891-892.

<sup>103</sup> "Sanıklar Mikail ile Cabbar'ın dosyada mevcut mahkumiyetlerine ilişkin kararların kişiliklerini göstermesi, sanık Mehmet'in menfaat karşılığında kolayca insan öldürebilir olması, sanıkların olaydan evvelki davranışları, öldürme hususunda kasıtlarındaki yoğunluk dikkate alınarak TCK 29.maddesine göre sanıkların cezalarının asgari haddin üstünde tayini gerekirken, mahkemenin dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın alt sınırdan tayin edilmesi yasaya aykırıdır" Y1CD, 5.7.1996-1689/2720, YKD XXII, 9 (Eylül 1996), 1481.

<sup>104</sup> **R.Maurach**, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1958, 668.

<sup>105</sup> **Schönke/Schröder-Stree**, m.46 k.no.30.

<sup>106</sup> **Schönke/Schröder-Stree**, m.46 k.no.33.

Yargıtay bir olayda, daha önce iki orman suçu işlemiş ve memura mukavemet dosyası bulunan sanığın bu yönleri ile cezayı umursamaz bir kişilik sergilemesi nedeniyle üst sınırdan ceza tayinini yerinde bulmuştur<sup>107</sup>.

**ddd. Failin kişisel ve sosyal durumu**

Failin kişisel ve sosyal durumu, cezanın özel önleme amacının gerçekleşmesini etkileyecek hususlardır. Bu nedenle suçun işlenmesiyle hükmün verilmesi arasında sözgelimi failin aile kurması, sabit bir iş edinmesi cezanın takdirinde suçun niteliğine göre onun lehine etki edecek hususlardır<sup>108</sup>.

Failin sıfatı bazen cezanın takdirinde etkili olur. Örneğin, alkollü araç kullanan kişinin sürücü kursu öğretmeni veya trafik polisi sıfatının bulunması cezayı ağırlaştırıcı neden olarak gözönünde bulundurulur, ancak aynı suçu işleyen bir avukat olması halinde bu durum sözkonusu olmaz<sup>109</sup>. Kamu hizmeti görenler gibi belli görevleri üstlenenlere de, kurallara uygun davranma konusunda daha fazla bir yükümlülük düştüğü ve bu kişilerin daha fazla cezayı hak ettikleri söylenemez<sup>110</sup>.

Failin kişisel ve sosyal durumu eylemin ve kusurun değerlendirilmesi açısından önem taşıyabilir. Şöyleki suç iradesini oluşturan genel çerçeveyi teşkil eden unsurlar arasında ailevi durum, meslek, sağlık, yaşam koşulları başta gelir. Bu nedenle fail hakkında bir hüküm verilmesi, iyi veya kötü yaşam koşullarının suçun nedenini oluşturmasına bağlı bulunabilir. Bu haller failin hem lehinde, hem de aleyhinde etki edebilir<sup>111</sup>.

Yargıtay, cezanın tayininde sosyal ve ekonomik içeriğe dikkat edilmesine önem vermektedir. Gerçekten bir kararında Yargıtay, sosyal ve ekonomik içeriğine bakılmadan sürücü belgesinin de on yıl süreyle geri alınmasına karar verilmesini yerinde bulmamıştır<sup>112</sup>.

Türk Ceza Kanununda failin kişisel ve sosyal durumunun, cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gerekli unsurlardan biri olarak gösterilmiş olması (TCK m.29/8) Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasına sebebiyet vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesine göre bu durum Anayasaya aykırılık oluşturmaz<sup>113</sup>. Çünkü, “..yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez... Haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalar olabilir. Anayasanın amaçladığı eşitlik, hukuksal eşitliktir. Cezaların

<sup>107</sup> YCGK, 18.6.1984-104/230, Önder II-III, 631.

<sup>108</sup> Jescheck/Weigend, 890.

<sup>109</sup> Jescheck/Weigend, 890, Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.35.

<sup>110</sup> Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.35.

<sup>111</sup> Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.34.

<sup>112</sup> Y1CD, 30.3.1994-2935/2460, YKD XX, 7 (Temmuz 1994), 1156.

<sup>113</sup> AyM, 20.6.1995-1994-92/14, RG 5.8.1997 No.23071.

kişiselleştirilmesi, yasadaki öngörülen cezanın her özel olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez.”

Yine Anayasa Mahkemesine göre, “yasadaki şahsi durum deyimi, suçlunun psikolojik ve sosyopsikolojik durumu ile ilgili olup kişisel yapısı ile buna etkili olan ailevi ve toplumsal konumunu ifade eder. Sosyal durum ise, suçlunun toplum içinde bulunduğu mevkidir. Sosyal durum objektif ve sübjektif olarak değerlendirilir. Kişinin geliri, öğrenimi ve eğitimi ile mesleği, medeni hali gibi hususlar objektif ve sübjektif değerlendirmenin ölçüleridir. Cezadan beklenen amaç, kişiyi topluma kazandırmaktır. Bu bakımdan suçlunun şahsi ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi halinde cezadan beklenen bu amaca da uygun hareket edilmiş olunacaktır”.

#### *eee. Fiilden sonraki davranışı*

Failin eylemden sonraki davranışı, zararı gidermesi veya bunun için çaba göstermesi, ya da zararı azaltmaya çalışması gibi olumlu ya da mağduru tehdit etmesi gibi olumsuz olabilir. Fail suçun işlenmesiyle hüküm verilmesi arasında iyi halli davranmış, meslek kursuna gitme gibi tekrar suç işleme ihtimalini azaltacak önlemler almış olabilir. Bunlar failin gelecekteki davranışları açısından olumlu belirtiler olarak ve cezanın takdirinde gözönünde bulundurulabilir<sup>114</sup>.

Fiilden sonraki davranışlara failin dava sırasındaki tutumu da dahil görülmektedir. Mahkemeler genellikle suçunu itiraf eden faili ılımlı, inatla inkar eden ise sert cezalandırma eğilimindedirler. Suçu ikrar etmek, failin hatasını gördüğünün, yeniden sosyalleşmesinin kolay olacağını belirtisi sayılmaktadır. Ancak bu yerinde değildir. Çünkü, pişmanlıkla itiraf dışında, suçu ikrar etmek failin kusurunu azaltmadığı gibi; tekrar suç işleme tehlikesi bulunduğu konusunda da bir belirti teşkil etmez. Ancak itiraf eden sanığın asıl saikini anlamak her zaman kolay değildir. Her sanık suçu ikrarın mahkemeyi olumlu etkilediğini bilmektedir. Ayrıca, sanığın konuşmaması veya suçunu inkar etmesi onun savunma hakkını kullanması demektir. Aksi takdirde, böyle bir hakkın tanınmış olmasının anlamı kalmaz. Mahkemeye yardımcı olmanın ılımlı cezayla ödüllendirilip, inkarın ağır cezaya yöneltmesi yargılamaya hakim ilkelerin ihlali sonucunu doğurur. Öte yandan failin üçüncü kişilere suç atması, suça yöneltenleri saklaması cezanın tayininde ağırlaştırıcı neden olarak görülmemelidir. Failin duruşmalara gelmemesi, kaçması, çekinme hakkı bulunan tanıkları bu haklarını kullanmaları için etkilemesi, başka araçlarla cezalandırılmalı, cezanın ağırlaştırılması yoluna gidilmemelidir<sup>115</sup>. Özellikle sanığın susma hakkını kullanmış olması, cezanın

<sup>114</sup> Maurach, 669-670, Baumann 1977, 663, Jescheck/Weigend, 893-894, Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.40.

<sup>115</sup> Maurach, 670-671, Schmidhauser, 640-641, Jescheck/Weigend, 894. Karş. Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.41.

taininde onun aleyhine etki etmemelidir. Nitekim Yargıtay bir kararında, “CY. Yasasının 135.maddesine göre susma hakkı bulunan sanık hakkında suçunu yadsıdığı (inkar ettiği) biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim sebeplerinin ve TC.Yasasının 59.maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” karar verilmesini yerinde görmediğini belirtmiştir<sup>116</sup>.

Suçla hüküm arasında geçen sürede failin iyi halli olması lehte etki edebilir<sup>117</sup>.

#### *fff. Diğer hususlar*

Yukarıda gösterilen haller dışında kalan hususlar da iki sınır arasında temel cezayı belirlemede gözönünde bulundurulabilir. Cezanın takdirinde etkili olacak sebepleri tek tek saymanın olanaksızlığı dolayısıyla yasada sadece bir kaç örnek verilmiş ve “gibi” kelimesi ile sınırsızlığa işaret olunmuştur<sup>118</sup>.

#### **4. Gerekçe gösterilmesi**

Mahkemelerin tüm kararları gerekçeli olmak zorundadır. Bu durum Türk hukukunda anayasal ve yasal bir zorunluluktur (Ay m.141/3; CMUK m.32). Cezanın tayininde yasada gösterilen fiile ve faile ilişkin hususların gözönünde bulundurulması ve bu değerlendirmenin gerekçede açıklanması gerekir<sup>119</sup>. Hakim cezayı alt sınırdan tayin etse bile gerekçe göstermek zorundadır (TCK m.29/8 son cümle)<sup>120</sup>. Kararların

<sup>116</sup> Y4CD, 24.3.1999-2294/3346, YKD XXVI, 1 (Ocak 2000), 116-117.

<sup>117</sup> Schönke/Schröder-Stree, m.46 k.no.39.

<sup>118</sup> Bak.21.11.1990 Gün ve 3679 sayılı yasaya ait tasarının madde gerekçeleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 51.

<sup>119</sup> “TCK 29/son madde ve fıkrasına göre temel cezaların gerekçe gösterilmeden belirlenmesi yasaya aykırıdır” Y4CD, 8.2.1999-12450/747, YKD XXV, 6 (Haziran 1999), 855 vd.

<sup>120</sup> “TCK 29/son maddesinde, (hakim iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenişinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri veya saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi veya sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir) hükmü yer almaktadır.Mahkemece ceza tayin edilirken, cezanın maddede yazılı alt sınır veya alt sınırın üzerinde belirlenmesi halinde Anayasa 141 ve CMUK 32.maddesi gereğince gösterilen gerekçenin, TCK 29.maddesinde belirtilen hususlarla ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olması gerekir. Gerekçenin bu niteliği, yasakoyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek özelliğini de taşımaktadır. Maddi olayda sanık hakkında TCK 493/2.maddesi uyarınca alt sınırdan ceza tayin edilirken, yukarıda belirtilen biçimde gerekçe gösterilmediği ve anılan yasaların buyurucu kurallarına aykırı davranıldığı görülmüştür. Öte yandan yasalarımızda suçun karşılığı olarak aşağı ve yukarı sınırları olan bir ceza konulmuşsa, bu iki sınır arasında temel cezanın tayininden sonra, belirli oranlarda artırımı ya da indirimi öngören bir maddenin uygulanması suretiyle sonuç cezanın tesbitinde de gerekçe gösterilmesi gerekir. Buna göre, yasalarda hakime verilen takdir ve değerlendirme yetkisi, adalet ve nesafet kurallarına bağlı kalınarak, suçun işleniş tarzı, sanığın suç işleme hususundaki eğilimi, yasalara aykırılığın derecesi gibi objektif



gerekçeli olması konusunda gerekli denetimi Yargıtay özenle yapmaktadır. Nitekim Yargıtaya göre, “nesnel ve öznel ölçüler gözetilmeden takdiren sözcüğü ile yetinilip yetersiz gerekçe ile temel hapis cezalarının fazla verilmesi yasaya aykırıdır”<sup>121</sup>. “Toplam cezanın ne suretle belirlendiği, denetime imkan verecek şekilde açıklanmalıdır”<sup>122</sup>. Gerekenin yeterli olmaması, Yargıtaya göre, cezanın alt veya üst sınırdan tayin edilmiş olmasının isabetli görülmemesi sonucunu doğurmaktadır<sup>123</sup>.

Sanığın kişiliği veya suç işleme şekli yönünden haklı bir sebep bulunmadığı halde temel ceza belirlenmesinin ve artırmanın üst sınır üzerinden yapılması Yargıtaya göre, “hak ve nesafet kurallarının sınırının aşılmasıdır ve yasaya aykırıdır”<sup>124</sup>.

ölçüler gözönünde tutulup, dosya içeriğine uygun kullanılmalı ve sonuç ceza bu adil ölçüler içinde tayin edilmelidir. Sanığın yanında çalıştığı müştekinin kasasından yaklaşık 200 milyon lira karşılığı altın ve yabancı ülke parasını çalmak şeklinde subuta eren eyleminde yerel mahkeme, bu miktarı pek fahiş olarak kabul ve takdir etmekle beraber, TCK 522.maddesini sanık hakkında uygularken artırmayı neden en üst haddenden yaptığının gerekçesini göstermediği gibi, takdire dayandığını da belirtmemiştir. Bu husus, gerek Anayasanın ve gerekse Usul Yasasının mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği yönündeki kurallarına aykırıdır” YCGK, 10.6.1997-6-115/150, YKD XXIII, 11 (Kasım 1997), 1788 vd. Aynı doğrultuda: Y2CD, 29.5.1996-5933/5978, YKD XXII, 11 (Kasım 1996), 1811-1812. Aynı doğrultuda: Y2CD, 18.6.1997-8700/9063, YKDXXIV, 1 (Ocak 1998), 113. YCGK, 10.6.1997-6-115/150, YKD XXIII, 11 (Kasım 1997), 1788 vd.

<sup>120</sup> Örneğin: Y2CD, 17.1.1995-1994-12461/206, YKD XXI, 7 (Temmuz 1995), 1133; Y2CD, 29.5.1996-  
<sup>121</sup> Y4CD, 18.5.1994-1437/4605, YKD XX, 10 (Ekim 1994), 1692. Aynı doğrultuda: Y9CD, 3.5.1995-  
2362/3202, YKD XXI, 8 (Ağustos 1995), 1330.

<sup>122</sup> Y7CD, 22.10.1997-8054/8208, YKD XXIV, 1 (Ocak 1998), 134.

<sup>123</sup> Örneğin, sanığın iki kişiye araba ile çarparak ayrı ayrı yaraladığı bir olayda Yargıtay şu gerekçeyle cezanın alt sınırdan tayin edildiği bir hükmü bozmuştur: “taraf arasında öldürmeyi gerektirecek derecede ciddi ve köklü husumet bulunmamakla beraber, doktrinde iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesinde, suçun işlenişinde kullanılan aracın niteliği, zarar ve tehlikenin ağırlığı, kastın yoğunluğu, suç sebepleri ve saiki gibi hususların ve bu paralelde düzenlemesi yapılan TCK.nun değişik 29.maddesi gözönünde tutulması öngörülmekte; bu husus mahkemenin takdirine bırakılmış olmakla beraber, bu takdir hakkı kullanılırken gösterilecek sebeplerin makul ve hukuk kurallarını zedelemeyecek, kanunların esas maksat ve amacına aykırı düşmeyecek nitelikte kullanıldığının açıkça anlaşılması gerekmektedir. Dava konusu olayda kullanılan vasıtanın “oto” niteliği, her iki mağdurda hasıl olan yaraların vasıf ve mahiyeti ve sanığın kasdının yoğunluğu gibi ilkeler bir tarafa itilerek temel cezanın olayın başlama ve gelişim tarzına uygun düşmeyecek biçimde asgari had üzerinden tayini bozmayı mucip görmüştür” Y1CD, 7.10.1992-1914/2101, XIX, 1 (Ocak 1993), 115-116. Yine Yargıtaya göre kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunda, “sanığın yaralama eyleminde bıçak kullanması, Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu’nun raporunda (maktulün derhal tedavi cihetine gidilmesi halinde dahi kurtarılmasının kesin olmadığı)nın belirtilmesi, suç sebepleri ve saiki birlikte değerlendirildiğinde, TCK.nun 452/1.maddesi uygulanırken asgari haddin üzerinde ceza verilmesinin hak ve nesafet kurallarına daha uygun düşeceğinin göz önünde tutulmaması yasaya aykırıdır” Y1CD, 21.12.1993-2643/2765, YKD XX, 3 (Mart 1994), 465-466.

<sup>124</sup> Y9CD, 5.10.1995-2857/5162, YKD XXII, 7 (Temmuz 1996), 1171-1172.

Yargıtay, gerekçenin sanığın kişiliğini incitmemesine önem vermektedir. Sözgelimi, sanığın “şerir” bir kişi olduğundan sözedilerek temel cezanın fazla belirlendiği bir olayda Yargıtay “sanığın kişiliğini incitici ve olumsuz biçimde sergileyici deyişler kullanılarak, yargıca verilen değerlendirme yetkisinin aşılması suretiyle karar verilmesi”ni yasaya aykırı bulmuştur<sup>125</sup>.

Öte yandan, suç karşılığında birden fazla ceza öngörülen hallerde, cezaların tümünün aynı biçimde takdiri gerekir. Sözgelimi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırdan tayin edildiği durumda para cezasının bu sınırdan üstünde tayin edilmemesi gerekir<sup>126</sup>. Askeri Yargıtay ise bu konuda farklı görüştedir. Gerçekten Askeri Yargıtaya göre, “ağırlaştırıcı sebep gösterilerek temel ceza tayin edilirken hürriyeti bağlayıcı cezada ve para cezasında aynı nisbette artırma yapılması gerekip gerekmediği ihtilafıdır. Paranın kıymetine, cezaların etkinliğine, olayın özelliğine göre, fail, fiil ve müeyyide dengesindeki adaleti sağlamak için de, cezaların ferdileştirilmesi müessesesi getirilmiş ve hakime azami-asgari had arasında ceza tayin etme yetkisi verilmiştir. Şartları olduğu takdirde hakim bu yetkisini kullanırken hürriyeti bağlayıcı cezada ve para cezasında serbest hareket edecek, birine yapmış olduğu arttırma oranını diğerine uygulamayabilecektir”<sup>127</sup>.

Yargıtay cezanın tayininde mahkemeye verilen takdir hakkını denetlemektedir. Yargıtaya göre, “iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesi hakim takdir yetkisi içinde olmakla beraber ... takdirde yanılığa düşülmemelidir”<sup>128</sup>.

#### IV. SONUÇ

**I. Ceza, toplumda korunmaya değer görülen yararların ihlali durumunda devletin gösterdiği tepkidir. Cezanın genel çerçevedeki amacı toplumsal yaşamı olanaklı kılmaktır. Ceza toplumun savunma aracıdır. Toplum yaşamı huzuru ve güveni gerekli kılar. Bunu sağlamak amacıyla oluşturulan düzen, düzeni koruyucu kuralların ihlaliyle bozulursa, yeniden kurulması için yaptırım uygulanması gerekir. Ceza toplum yaşamını olanaklı kılmaya yarayan bir araçtır. Bozulan toplum düzeni cezadan başka araçlarla, örneğin idari, hukuki önlemlerle yeniden kurulabilecekse, cezaya başvurulmaz. Dolayısıyla ceza ikincil niteliklidir. Cezanın amacı, ne sadece**

<sup>125</sup> Y4CD, 26.5.19993-3091/4350, YKD XX, 3 (Mart 1994), 474-475.

<sup>126</sup> Y11CD, 14.3.1996-178/200, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 671-672.

<sup>127</sup> AsYDK, 3.12.1981, **Savaş/Mollamahmutoğlu**, 505-506.

<sup>128</sup> Kararın devamı şöyledir: “Amcasının kızı, 18 yaşını henüz ikmal etmemiş mağdure ile gönül ilişkisine girip onu müteselsilen rızası ile alıkoyarak cinsi münasebette bulunan sanığın fiilden sonra olumsuz bir davranışta bulunmayıp sadece suçunu inkar ettiği, bahse konu suçun işleniş şekli ve diğer özellikleri bakımından dairece incelenen benzer suçlardan farklılık da göstermediğine göre adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun olmayan biçimde asgari haddin çok üzerinde temel ceza tayin edilerek teşdidin derecesinde yanılığa düşülmesi kanuna aykırıdır” Y5CD, 12.2.1997-232/348, YKD XXIV, 6 (Haziran 1998), 931-932.

yapılan kötü davranışın kefareti ödetererek adaleti gerçekleştirmek, ne faili yeni suçlardan alıkoymak için ıslah etmek ve ne de potansiyel suçluları ürküterek suçtan caydır-maktır. Kanımca cezanın amacı bunların tümüdür. Bunların dışında cezanın bazı suçlular açısından başka amacı, örneğin tasfiye amacı bulunabileceği kabul edilemez.

Cezanın amacı konusundaki teorilerin her birine yöneltilen eleştirilerde kuşkusuz gerçeklik payı büyüktür. Yukarıda belirttiğimiz gibi, teoriler, savdukları görüş doğrultusunda tek yönlü olmakta, cezanın birden fazla amacı içerebileceği olgusunu gözardı etmektedirler. Gerçekten adalet göreceli bir kavramdır. Mutlak adaleti gerçekleştirmek mümkün değildir. Toplumun yararı yönlendirici olmalıdır. Kefaret, cezaya salt ahlak açısından bakma sonucunu doğurur. Özel önleme belirsiz süreli cezayı gerekli kılar ve tehlikelilik hali gibi belirsiz bir kavrama yer verir. Genel önleme cezaların ağır olması sonucunu doğurur, failin başkaları için cezalandırılması gibi bir çelişkiyi bünyesinde barındırır ve potansiyel suçluları ise cezanın yüksekliği değil, yakalanma riskinin yüksekliği etkiler. Ancak tüm bunlara rağmen kefareti, genel önleme ve özel önleme amaçları cezanın bünyesinde bulunmaktadır. Ceza bir yandan yapılan kötülüğün kefareti teşkil eder. Cezanın kusurla orantılı olması bunu gösterir. Cezanın adil olması gerekir. Öte yandan suç işlemeyen bazı kişileri ceza tehdidinin engellemiş olması ihtimali az da olsa vardır. Cezanın varlığının toplumda güven duygusunu güçlendirdiği kuşkusuzdur. Cezanın infazı ise suçlunun ıslahına, yeniden sosyalleşmesine hizmet ederek tekrar suç işlemesini önler. Bunların bir varsayım olması da cezanın bu sayılan amaçları içermesini engellemez. Ceza bu amaçları içermekle birlikte çağdaş infaz hukukunda cezanın infazında sadece ıslah ve yeniden sosyalleşme amaçlarıdır. Çağdaş infaz sistemlerinde uygulanması öngörülen eğitim, meslek edindirme, çalıştırma programları buna yöneliktir.

Cezanın suçlunun ıslahını sağladığı, potansiyel suçluları suçtan caydırdığı düşüncesi bir varsayım olmaktan öteye gitmese bile toplumsal yaşam adına cezadan vazgeçmemiz mümkün olmayacaktır. Suç işleyenlerin cezasız kalması durumunda suç işlemeyenlerin duyacağı huzursuzluk ile güvensizlik duygusunun yoğunluğunu düşünmek, bu kurumdan neden vazgeçemeyeceğimizi bize göstermeye yetmektedir.

Cezanın amacı üzerine bir yazarın yaptığı şu değerlendirmeler belki de konuyu en iyi biçimde özetlemeye elverişli tümceler olmaktadır: Adalet uğruna ceza veriyor değiliz. Ama ceza veriyorsak, mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefaret uğruna da ceza vermiyoruz, ama ceza veriyorsak kefareti idraki de olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri düzeltmek, iyileştirmek için ceza vermiyoruz. Ama ceza veriyorsak, mahkum kendine ve başkalarına olan güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Schmidhauser, 86.

2. Cezanın belirlenmesi konusunda Türk hukukunda kabul edilen öncelikli ilke kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. Hakim ancak yasada tanımlanmış bir suçun işlenmesi durumunda, yine yasada belirlenmiş bir cezaya hükmedebilir. Bu çerçevede kapsamında daha sonra failin kusuru esas alınarak, leh ve aleyhindeki hususlar gözönünde bulundurularak ceza tayin edilir. Türk Ceza Kanununda 1990'a kadar cezaların artırılma ve eksiltilmesinde izlenecek sırayı gösteren 29.madde<sup>130</sup>, bu tarihten itibaren iki sınır arasındaki temel cezayı tayin ederken, yani bu konudaki takdirini kullanırken hakim göz önünde bulunduracağı hususları da içermeye başlamıştır. Bunlar "suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, failin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususlar"dır. Cezanın tayininde bu dayanak noktalarının tartışılması, takdirin keyfilikten uzak ve denetlenebilir olmasını sağlayacaktır.

Öte yandan, mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli yazılması gerekmektedir (Ay m.141/3, CMUK m.32). Hakim cezayı alt sınırdan tayin etse bile gerekçe göstermek mecburiyetindedir (TCK m.29/8 son cümle). Gerekçe göstermek, yani kararın verilme nedenlerini mantıklı bir biçimde açıklamak zorunluluğu, kararın keyfi olmasını engeller ve taraflar ile kamuoyu tarafından benimsenmesini sağlar. Bu olumlu yönüne karşın, gerekçe göstermenin, hakim takdirine bırakılan hallerde güç, hatta bazen olanaksız olduğu kuşkusuzdur.

---

<sup>130</sup> Bak. Türk Ceza Kanununda değişiklik yapan 21.11.1990 gün ve 3679 sayılı yasa m.2.