

# CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI SORUNU VE TOPLUMSAL BEKLENTİ\*

## THE PROBLEM OF IMPLEMENTATION OF THE REASONS FOR EXTENUATING CIRCUMSTANCES IN CRIMINAL LAW AND SOCIAL EXPECTATION

Mustafa ATALAN\*\*

**Özet:** Türk Ceza hukuku sisteminde, suçun fail tarafından işlendiğinin kesin olarak sabit olması halinde, failin mahkûmiyetine karar verildikten sonra, temel cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında; suçun özel görünüş şekilleri, cezada artırım ve indirim öngören hükümler, şahsi ve takdiri indirim nedenleri tartışılarak sonuç ceza tayin edilmektedir. Fail hakkındaki bu bireyselleştirme nedenlerinden bir kısmı, mutlak bir şekilde tatbik edilmesi gereken düzenlemeler iken, bazı nedenlerin uygulanması, belli koşulların varlığı halinde ve gerekçesinin gösterilmesi şartıyla hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu kapsamda, Türk Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin, her somut olayda uygulanmasının gerekip gerekmediği, hâkimin, bu noktada, takdir hakkı sınırının ne şekilde belirleneceği ve belirtilen takdiri indirimin, işlenen suçun niteliği ile doğrudan bir bağlantısının olup olmadığı hususları ile takdiri indirimin uygulanması veya uygulanmaması durumunda, toplumun bunu ne şekilde karşıladığı ve buna dair çözüm önerileri incelemeye değer hususlar olarak görülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Takdiri İndirim Nedenleri, Hâkimin Takdir Hakkı, Toplumsal Beklenti

**Abstract:** In Turkish criminal law system, if it is determined that the crime was committed by the accused after the conviction of the accused; the special appearance of the crime, the provisions predicting the increase and reduction in punishment, the reasons for personal and extenuating circumstances are discussed and the final punishment is determined for the accused within the scope of determining the basic punishment and individualizing the punishment. While some of these reasons for individualization of the accused are regulations that are applied essentially, execution of some reasons is left to the opinion of the judge in the presence of certain condi-

\* Bu makale, Etik Kurul iznine tabi değildir.

\*\* Dr., İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, m.atalan4064@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6236-7981, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.06.2022, Kabul Tarihi: 27.09.2022

tion and if that the reason is shown. In this context, whether the reasons for extenuating circumstances regulated in Article 62/2 of the Turkish Criminal Law should be applied in every concrete case, how the judge's discretion will be determined at this point, whether the specified discretionary reduction has a direct connection with the nature of the crime and how the society responds to the discretionary reduction if its executed or not and the solution proposals are considered as issues that are worth investigating.

**Keywords:** Extenuating Circumstances, Judge's Discretion Right, Social Expectation

## GİRİŞ

Bir suç işlendiği gerekçesiyle yapılan ihbar veya şikâyet ile birlikte başlayan ceza soruşturması sonucunda, kamu davası açmak için yeterli şüphenin oluşması halinde fail veya failler hakkında kamu davası açılmakta, mahkemenin iddianamenin kabulünden sonra da yargılama süreci başlamaktadır.<sup>1</sup>

Yargılamanın amacı, davaya konu eylemin suç teşkil edip etmediği ve failin bu suçu işleyip işlemediğinin kesin olarak belirlenmesine yöneliktir. Yargılama sırasında, failin savunması alınıp fail lehine ve aleyhine olan bütün delillerin toplanması ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen işlemlerin yerine getirilmesinden sonra, duruşmanın sona erdirildiği bildirilmek suretiyle bir hüküm veya karar verilmektedir.<sup>2</sup>

CMK'nın 223/1. maddesi kapsamında sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşme kararları, hüküm niteliğindedir.

Beraat kararı; yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun fail tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kasıt veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun fail tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka

<sup>1</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 507 vd.; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 556

<sup>2</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 75 vd; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar F./Alan, s. 529; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 764.

uygunluk nedeninin bulunması veya yüklenen suçun fail tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilir.<sup>3</sup>

Fail hakkında; yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ile kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.<sup>4</sup>

İşlenen fiilin suç olma özelliği devam etmesine rağmen; etkin pişmanlık, bir şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı durumunda yine ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir.<sup>5</sup>

Yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması halinde, fail hakkında mahkûmiyet kararı verilir. Aynı fiil nedeniyle ve aynı fail için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. TCK'da öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir.<sup>6</sup>

CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden farklı olarak koşullarının oluşması halinde, fail hakkında, aynı Kanun'un 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Bu kapsamda, belirlenen denetim süresi içerisinde suç işlenmediği takdirde kamu davasının düşmesine, aksi halde ise hükmün açıklanmasına karar verilecektir.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 766.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/F./Alan, s. 530.; Centel/Zafer, s. 667-672.;

<sup>4</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar F./Alan, s. 532.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 767.

<sup>5</sup> Centel/Zafer, s. 668.

<sup>6</sup> Centel/Zafer, s. 669.

<sup>7</sup> Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 74, S: 2016/3, ss. 129-161, s. 135.; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13.

Fail hakkında mahkûmiyet hükmü verildikten sonra, faile atılı suç nedeniyle kanunda öngörülen, alt ve üst haddi yasada belirtilen yaptırımın, belli ölçütler çerçevesinde belirlenmesi, bu cezadan da ilgili suçun niteliği, işleniş şekli, failin yaşı, akli durumu ile diğer unsurlara göre gerekli artırım ve indirim yapıldıktan sonra en son takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir.

Takdiri indirim hükmü, işlenen suçla ve fiilin niteliği ile doğrudan bağlantı kurulmadan, TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen çerçevede, fail hakkında öngörülen cezanın, kanunda açıklanan oranlarda indirilmesini öngörmektedir.

Yapılan bu indirimlerin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis; diğer cezaların da altıda birine kadar indirilmesi şeklinde olması nedeniyle, toplumda zaman zaman bu indirime yönelik tepkiler oluştuğu, ağır ve vahim nitelikteki suçları işleyen failer hakkındaki bu lehe değerlendirmelerin toplum vicdanını zedelediği değerlendirilmektedir.

Takdiri indirimle ilgili TCK'nın 62/2. maddesinde 12.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile toplumun beklentilerinin kısmen karşılanması, bu çerçevede, failin, indirim yapılmasını sağlamak amacıyla, şekli olarak mahkemeyi yanıltmasının önüne geçilmesi ve takdiri indirim nedenlerinin sınırlandırılması amaçlanarak indirim yapılmasındaki keyfiliğin önlenmesi hedeflenmiştir.

Bu kapsamda, fail hakkındaki temel cezanın belirlenmesi ile gerekli artırım ve indirim yapıldıktan sonra, uygulanmasına karar verilen ya da verilmeyen takdiri indirim hükümlerinin kanunda ne şekilde düzenlendiği, bu hükümlerin uygulanması ile ilgili gerçekleşen karşı çıkışların, haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, uygulayıcıların, bu indirimi yaparken, hukuka aykırı ve dosya kapsamıyla uyumlu olmayan bir gerekçe gösterip göstermedikleri, takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda takdir hakkının sınırsız olup olmadığı ve bu hükümlerin uygulanmasının ne şekilde denetlenmesi gerektiği hususlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

## I. YAPTIRIMIN BELİRLENMESİ

### A. Suç, Yaptırım ve Yaptırımın Niteliğinin Belirlenmesi

Toplumun huzur ve güven içerisinde yaşamasını temin etmek açısından ihdas edilen suç ve yaptırım kavramları, zaman içerisinde farklı şekillerde algılanmıştır. Suç, kanunlarda hapis veya adli para cezası olarak karşılık bulan ve karşılığında yaptırım belirlenen haksız bir fiil olarak ifade edilirken, yaptırım, ceza hukuku anlamında suç teşkil eden bir eylemin karşılığı olmak üzere uygulanan, suçu kınayan ve suçun işlenmesini önleyen bir müeyyide olarak tanımlanmıştır.<sup>8</sup> Yaptırımın, bir diğer ifadeyle cezanın, suçun niteliğine göre belli ağırlıkta ve etkili, sonucu itibarıyla de acı verici olması ve bu kapsamda ceza adaletini sağlaması önem taşımaktadır.<sup>9</sup>

Hâkim, karar verirken öncelikle, eylemin suç teşkil edip etmediğini, suç teşkil ediyor ise suç vasfının ne olduğunu ve suçun fail tarafından işlenip işlenmediğini kesin olarak tespit edecektir.<sup>10</sup>

Fail ve fiil arasındaki nedensellik bağının oluşturulmasından sonra, faile yüklenen suçla ilgili olarak Kanun'da yazılı olan yaptırım oranları dikkate almak suretiyle temel ceza belirlenecektir. Kanun'da alt ve üst sınırları belirlenen cezaya, soyut ceza, bu cezanın somut olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan cezaya da somut ceza denilmektedir.<sup>11</sup> TCK'da öngörülen yaptırımlar, Kanun'un 45 ve devamı mad-

<sup>8</sup> Timur Demirtaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 47.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 33; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 7.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 424-425.; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, C: 2, s. 541.

<sup>9</sup> Erdal Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 270.

<sup>10</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 600.; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 272.

<sup>11</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600; Yerdelen, s. 8.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 631.; Taneri, s. 131.; Doğan Gedik, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim olan İlkeler", Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 47.; Nur Centel, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 356.

deleri kapsamında, hapis ve adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Cezanın infazı, ömür boyu devam eden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, sıkı güvenlik rejimi ilkeleri çerçevesinde infaz edilirken; müebbet hapis cezası, hayat boyu devam etmekle beraber, normal infaz rejimi hükümleri çerçevesinde infaz edilir. Süreli hapis cezası ise bir aydan az ve yirmi yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenen bir ceza olarak kabul edilirken, bir yıl ve daha az süreli ceza, kısa süreli hapis cezası olarak ifade edilmiştir.<sup>12</sup>

TCK'nın 52. maddesi kapsamında, adli para cezasının, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet hazinesine ödenmesi olduğu, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının da kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği düzenlenmiştir.

Suçun karşılığı olarak öngörülen yaptırım, sadece hapis veya sadece adli para cezası olabileceği gibi, hapis ve adli para cezası birlikte veya her iki cezanın seçenek olarak öngörülmesi şeklinde de olabilir. Yaptırımın sadece hapis cezası olması halinde ve ilgili maddede, cezanın, alt ve üst sınırlarının belirtilmesi durumunda, hâkim, belirlenen miktarlar arasında ve TCK'nın 61. maddesindeki ölçütlere göre cezayı alt haddenden, alt haddenden kısmen uzaklaşarak veya alt haddenden fazla uzaklaşarak ya da üst haddenden verebilecektir.<sup>13</sup>

Hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü bir suç tipinde hem hapis hem de adli para cezası tayin edilecektir. Kural olarak, alt haddenden hüküm tayin edilecekse, her iki ceza açısından alt haddenden temel ceza belirlenecektir. Alt haddenden uzaklaşılabilecekse, kural olarak, her iki ceza açısından, alt haddenden uzaklaşılmalıdır. Buna karşın, gerekçesi ayrıca gösterilmek şartıyla, hapis cezası alt haddenden belirlenmesine rağmen, temel gün para cezası alt haddenden uzaklaşarak verilebilecektir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Özlem Çakmut/Hamide Zafer/Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 570.

<sup>13</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 652-653.; Öztürk/Erdem, s. 471.

<sup>14</sup> Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı İzzet Özgenc/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,

Hapis ve adli para cezasının birlikte uygulanacağı bir suç tipinde, gün para cezasının alt sınırı belli değilse, TCK'nın 52/1. maddesi gereğince, gün para cezasının alt sınırı "5 gün" olarak belirlenecektir. Aynı şekilde, hapis cezasının alt sınırı belli değilse, alt sınır, Kanun'un 49/1. maddesine göre, "1 ay" olarak dikkate alınacaktır.<sup>15</sup>

Hapis cezası veya adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü durumlarda, seçenek olarak adli para cezasının tercih edilmesi halinde, bu cezanın da alt haddinin belli olmaması halinde, gün para cezasının alt sınırı, hapis cezasının alt sınırının gün karşılığı olan miktarı olarak kabul edilecektir. Bu ihtimalde, hapis veya adli para cezasından birinin neden tercih edildiği karar yerine açık bir şekilde yazılmalıdır.<sup>16</sup>

## B. Temel Cezanın Belirlenmesi

TCK'nın 61/1. maddesine göre, hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve sâiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir.<sup>17</sup>

Soyut ceza olarak da nitelendirilen bu temel ceza belirlenirken, yasal ve yeterli bir gerekçe gösterilmesi ile ilk olarak "*Magna Charta Libertatum*" kapsamında da yer alan kanunilik ve kusur ilkeleri ile çifte değerlendirme yasağı gibi ilkelerin dikkate alınması gerekir.<sup>18</sup> Ayrıca fail hakkındaki cezanın belirlenmesi sırasında, fiilin ağırlığı ile orantılı

2002, s. 6.; Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007, s. 120.; İçel, s. 651.; Yargıtay 3. CD, 09/02/2015, 2014/29984; 2015/4601 E. K.

<sup>15</sup> Taneri, s. 155-158.; İçel, s. 615.

<sup>16</sup> İlhan Üzülmöz, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S:3-4, Erzincan, 2006, ss: 203-235, s. 204.; İçel, s. 653-656.

<sup>17</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 603; Yerdelen, s. 338.

<sup>18</sup> Yerdelen, s. 55-57.; Hüsamettin Uğur, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, (91), ss. 300-334 s. 303.; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 14.; Taneri, s. 130.; Suat Çalışkan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 725.; İçel, s. 650.



bir cezanın takdir edilmesi, adaletin sağlanması açısından önem taşımaktadır.<sup>19</sup>

Soyut cezanın ne kadar olması gerektiği hususu, kanun koyucunun takdirine giren bir konu olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, suça ilişkin cezanın yetersiz olduğu eleştirisi, uygulayıcılardan çok ancak kanun koyucuya yöneltebilecektir.<sup>20</sup>

Belirtilen koşullara göre temel ceza belirlenirken gösterilen gerekçenin, aynı zamanda bir artırım maddesi olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla işlendiği gerekçeyle temel ceza alt haddten uzaklaşarak verilemeyecektir, zira kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, zaten Kanun'da Ayrı bir artırım nedeni olarak öngörülmüştür. Bu temel kurala, "çifte değerlendirme yasağı" da denilmektedir. Bu yasak ile ceza artırımı veya indirimi için öngörülen bir ölçütün, birden fazla kez kullanılması önlenmektedir.<sup>21</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen suçun işleniş biçimi kavramı, temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden en önemlisidir. Kanuni tanımda yer alan suç tipleri, farklı şekil veya yöntemle işlenebilir. Bazı suçların gerçekleştirilmesi biçimi, daha ağır veya yoğun şekilde gerçekleşmektedir. Örneğin, hakaret suçunu işleyen failin, mağdur yalnızken hakaret etmesiyle mağdurun yanında çocukları var iken hakaret etmesi, suçun işleniş şekli açısından ve ihlal ettiği değerler noktasında farklılık gösterecektir.<sup>22</sup> Aynı şekilde, çok uzun süreli hürriyetinden yoksun kılma, bir fiille birden fazla hukuksal sonucun doğması, dolandırıcılıkta yapılan hilenin boyutu, sahtecilik suçlarında belge sayısının çokluğu, trafik suçlarında, failin aşırı hızlı araç kullanması veya aynı hükümden birden fazla artırım nedeninin bulunmasında, suçun işleniş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Yerdelen, s. 138.; Toroslu N., "Ceza Hukuku Genel Kısım", s. 369.

<sup>20</sup> Taneri, s. 948.; Üzülmüş, s. 203.

<sup>21</sup> Enver Kumbasar, "Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2006.; İçel, s. 651.; Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 135.

<sup>22</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 545., Özgüç, "Genel Hükümler", s. 889.

<sup>23</sup> Yerdelen, s. 175.; Taneri, s. 147.; Urs Kindhauser, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 46, kn. 37.; İçel/Sokullu Akıncı/



Suçun işlenmesinde kullanılan araçların yoğunluğu, araçların sayısı veya niteliği de dikkate alınarak temel ceza belirlenecektir. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacak ise de bu silahın niteliği ve özellikleri cezanın takdirinde göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin, normal bir bıçakla işlenen yaralama suçu ile kılıç mahiyetindeki bir aletle işlenen suçun niteliği ve sonuçları ile bu suçlar nedeniyle takdir edilen cezalar farklılık gösterecektir.<sup>24</sup>

Suçun işlendiği zamanın ve yerin özelliği, çoğu zaman suçun etkisini güçlendiren ve korunan hukuki yararı daha fazla zedeleyen bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Geceleyin ve ıssız bir yerde meydana gelen cinsel saldırı olayı ile geceleyin gerçekleşen tehdit olayının, diğer olaylara göre daha nitelikli olduğu değerlendirilebilecektir.<sup>25</sup> Buna karşın, geceleyin işlenen hırsızlık suçunda, gece hususu, TCK'nın 143. maddesine göre, ayrıca bir artırım nedeni olarak öngörüldüğü için, bu durum, artık temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır.<sup>26</sup>

Suçun konusunun önem ve değeri de temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden biri olarak sayılmıştır. Örneğin, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler, suçun konusu olarak kabul edilmektedir, buna göre göçmenlerin sayısı, yaşı ve nitelikleri dikkate alınarak bir ceza belirlenmesi yoluna gidilecektir. Aynı şekilde, kişinin tek geçim kaynağı olan emekli maaşının, hatıra olarak verilen bir eşyanın veya mağdurun kitabının yazılı olduğu bilgisayarının çalınmasında ya da uyuşturucu ticareti suçlarında, yakalanan maddenin miktarının fazla veya az olması gibi hususlar da alt hadden uzaklaşma gerekçesi olarak gösterilebilecektir.<sup>27</sup>

Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, zarar veya tehlike suçları açısından, temel alınacak ölçütlerden birisidir. Bu kapsamda, mala karşı işlenen bir suç tipinde, elde edilen haksız menfaat miktarı

---

Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 149.; Birden fazla artırım nedeninin bulunması halinde, temel cezanın artırılması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 12. CD, 28/03/2013; 2012/9575; 2013/7930 E.K.

<sup>24</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 562.; Taneri, s. 148.; Üzülmüş, s. 208.

<sup>25</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604.; İçel, s. 652.

<sup>26</sup> Taneri, s. 149.; İÇEL, s. 652.

<sup>27</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 605.; Taneri, s. 149.; İÇEL, s. 652.

ve tehlike suçlarında, yaratılan tehlikenin boyutu önemlidir. Zararın ve tehlikenin azlığı, alt haddenden veya alt hadde yakın bir ceza belirlenmesi için, zararın veya tehlikenin fazlalığı, alt haddenden çok daha fazla uzaklaşılması için gerekçe oluşturabilecektir.<sup>28</sup> TCK'nın 35. maddesi gereğince, teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken de meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü, teşebbüs ile ilgili gerekçede yer aldığından, mükerrer değerlendirme yasağının, teşebbüs aşamasında kalan suçlar için uygulanmayacağı ifade edilirken,<sup>29</sup> bu gerekçenin, teşebbüste kalan suçlar açısından, sadece sonuç cezanın belirlenmesinde esas alınabileceği yönünde görüşler ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Kanaatimizce de, zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde uygulanmamalıdır.

Failin kasıt veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı şeklindeki ölçüt, kanunda açık bir şekilde "kusur ilkesi" şeklinde ifade edilmemiş ise de<sup>31</sup> suçu işleyen kişinin, eyleme ne kadar yoğunlaştığı veya ne kadar tedbirsizlik ve dikkatsizlikle hareket ettiği bu ölçüt açısından önem taşıyacaktır. Örneğin, tasarlayarak kasten yaralama eyleminin, kanunda nitelikli bir hal olarak düzenlenmediği dikkate alındığında, bu şekilde suç işleyen, plan yapan veya kurgulayan fail hakkında temel ceza alt haddenden uzaklaşarak belirlenmelidir. Taksirle işlenen suçlarda da alınması gereken önlemlerden hiçbirisinin alınmadığı bir durumda da kusurun derecesi dikkate alınarak, TCK'nın 22/4. maddesine göre alt haddenden uzaklaşarak ceza belirlenecektir.<sup>32</sup>

Bu kapsamda, failin kasıtlı suçlardaki ısrarlı hareketleri, kusuru artıran bir etken olarak kabul edilirken, failin, iradesinin zayıf olması, madde bağımlısı olması gibi etkenler, kusur durumunu azaltan unsurlar olarak gösterilebilecektir. Buna göre, failin salt sabıkalı olması, alt sınırdan uzaklaşmak için tek başına bir ölçüt olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>33</sup> Bazı yazarlar, kasıt veya taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütünü, kanunda yazılmasa bile dikkate alınması gereken bir ölçüt

<sup>28</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 605.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 579.; İçel, s. 652.

<sup>29</sup> Taneri, s. 151.; İÇEL, s. 652.

<sup>30</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 699.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 903.

<sup>31</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 583.

<sup>32</sup> Yargıtay CGK, 13/05/2014; 676-252 E. K.; İçel, s. 652.

<sup>33</sup> Farklı yöndeki karar için bkz. Yargıtay CGK, 03/06/2014, 15/714; 300 E. K.

olduğunu ifade etmekteyken,<sup>34</sup> bazı yazarlar, belirtilen unsurun yasa da yer almasının önemli olduğunu aksi durumda cezanın belirlenmesindeki gerekçelerden birinin eksik olacağını savunmaktadırlar.<sup>35</sup> Kanaatimizce, belirtilen ölçüt, kanunda yer almasa bile, diğer ölçütler kapsamında her zaman değerlendirilmesi mümkün olduğundan, bu hususun eksikliği sonuca etkili olmayacaktır.

Failin güttüğü amaç ve saik ölçütü ile failin suç kastından öteye, taşıdığı amaç ve suçu işlediği sıradaki ruh haline göre bir değerlendirme yapılacaktır. “Amaç”, suçun işlenmesi ile amaçlanan yarar; “saik” ise, suça iten sebep olarak tanımlanmaktadır.<sup>36</sup> Örneğin, hakaret suçunu işleyen failin, mağdurun daha fazla rencide olmasını sağlamak amacıyla, birden fazla sosyal medya platformunu kullanması halinde, failin amacı da dikkate alınarak temel cezanın alt haddenden uzaklaştırarak belirlenmesi yoluna gidilecektir. Aynı şekilde, failin suç işlemedeki kararlılığı veya taksirli suçlarda, olası kasıt veya bilinçli taksir dışında, objektif olarak gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün ihlalindeki ağırlık da cezayı belirlemede dikkate alınacaktır.<sup>37</sup> Failin, mağduru çetelerle korkutarak kasten yaralama suçunu işlemesi halinde, ceza alt haddenden uzaklaştırarak tayin edilebilecektir.<sup>38</sup> Salt zevk almak amacıyla insanların hayatına kastedilmesi, meşhur olmak amacıyla ve sosyal medya aracılığı ile suç işlenmesi gibi durumlarda da amacın yoğunluğu ve ağırlığına göre ceza belirlenecektir. Kan gütme saiki gibi etkenler, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır.<sup>39</sup>

Temel ceza, kanunda belirtilen alt ve üst hadler arasında belirlenecek bir cezadır. Buna göre, temel cezanın, alt haddenden az olması söz konusu olamayacaktır. Buna karşın, belirlenen oranlar arasında temel ceza belirlendikten sonra, yapılan artırım ve indirimler sonucunda, sonuç cezanın, alt haddenden daha az veya üst haddenden de fazla olması mümkündür.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Muharrem Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2009, C:15, S:1-2, ss. 75-120, s. 90.; İÇEL, s. 652.

<sup>35</sup> Yerdelen, s. 219.; İçel, s. 652.

<sup>36</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 608.; İÇEL, s. 652.

<sup>37</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 607; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 726.; İÇEL, s. 652.

<sup>38</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600. İÇEL, s. 652.

<sup>39</sup> Yargıtay CGK, 20/11/1981; 252-395, E.K.

<sup>40</sup> Yerdelen, s. 250, 252.; Yargıtay 2. CD, 31/10/2006; 9162; 17224 E.K.; Hasan

Mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesindeki sebeplerin sınırlı olarak sayıldığı kabul edilmektedir.<sup>41</sup> Kanaatimizce, sayılan sebeplerin sınırlı olduğu kabul edilse bile, sebepler için gösterilen alt gerekçeler sınırlı değildir. Örneğin, hâkim, suçun işleniş şeklinin nasıl olduğunu ifade etme hususunda belli bir kalıba bağlı olmadan karar verebilecektir.<sup>42</sup>

Mülga TCK'nun 29/son fıkrasından farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da yer almasa bile, kanaatimizce; alt haddeden, alt haddeden uzaklaşırken veya üst haddeden ceza takdir edilirken, bütün kararların gerekçeli olması ana kuralından hareketle, mutlaka yasal ve yeterli gerekçe yazılarak hüküm kurulmalıdır.

### C. Karşılaştırmalı Hukukta Cezanın Belirlenmesi

#### 1. Alman Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

Alman ceza hukuku sisteminde, bölgeler veya mahkemeler arasında farklı kararların ortaya çıktığı bir süreçte, fiilin ağırlığıyla orantılı bir sistem getirilmesi öngörülmüştür.<sup>43</sup> Burada da ülkemizdeki sisteme benzer şekilde, hapis ve adli para cezaları bulunmaktadır. İlgili Ceza Kanunu'nun 47. maddesine göre, fail hakkında, 6 aydan daha az bir cezaya hükmedilmesi için failin kişiliğine göre bazı özel şartların bulunması zorunludur. Aksi halde, fail hakkında adli para cezasına hükmedilecektir.<sup>44</sup> Kusur ilkesine dayanan Kanun'un 118. maddesi ise cezanın belirlenmesine ilişkin hükümler içermektedir.<sup>45</sup> Temel ceza, somut gerekçeler dâhilinde belirlendikten sonra, hâkim, artırım ve indirim yapış daha sonra takdiri indirim nedenlerini değerlendirecektir.<sup>46</sup>

---

Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 950.

<sup>41</sup> Yerdelen, s. 57.

<sup>42</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 166.

<sup>43</sup> Yerdelen, s. 67-70.

<sup>44</sup> Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 37.

<sup>45</sup> K. Miebach /S. Maier, Münchener Kommentar zum StGB., CH Beck Yayıncılık, Münih, 2016, StGB § 54 Rn. 19.; Karl Lackner/Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Baskı, CH Beck Yayıncılık, Münih, (2018), StGB § 46, Rn. 6, 23.

<sup>46</sup> Hans Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları, (Çeviren: Feridun Yenisey, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 73.

Almanya'da, temel ceza 46. madde kapsamında; failin amacı, suçun işlenme saiki, suçun işleniş şekli, zarar ve tehlikenin ağırlığı ile failin kişisel ve ekonomik durumuna göre belirlenecektir. Ayrıca, mükerrem değerlendirme yasağı kapsamında; suçun yasal unsurları, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.<sup>47</sup> 49. maddede de hâkimin, belli koşullar altında cezayı alt sınıra kadar indirmesi veya hapis cezası yerine para cezasına hükmedebilmesi imkânı bulunmaktadır.<sup>48</sup>

Ülkemizden farklı olarak, failin sosyal ve ekonomik durumu, failin geçmişi ve fiilden sonraki davranışları gibi hususlar da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.<sup>49</sup>

Bunun dışındaki unsurların genel olarak ülkemizdeki sisteme benzediği görülse de Alman sistemindeki ölçütlerin kısmen daha soyut olduğu söylenebilecektir. Kanaatimizce, soyut ölçüt belirlemeleri, takdir hakkını genişletmesi nedeniyle, uygulamada, farklı yorumlamaların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

## 2. İtalyan Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

İtalyan Ceza Kanunu'nda, fiilin ağırlığı ve failin suç işleme konusundaki eğilimine göre temel ceza belirlenmelidir. Kanun'un 133. maddesindeki düzenlemeye göre; suçun ağır olup olmadığı, suçun işlendiği zaman, kastın veya taksirin yoğunluğu ve suçun konusu gibi araçlara göre temel ceza belirlenirken, failin geçmişi, kişiliği ve sosyal ekonomik durumuna göre de failin suç işleme eğiliminin olup olmadığı tespit edilmektedir.<sup>50</sup>

Ülkemizde temel ceza belirlenirken kural olarak suçla ilgili unsurlara yer verilirken, İtalyan hukukunda, ülkemizdeki takdiri indirim nedenlerindeki gerekçeler gibi ve failin suç işlerken güttüğü saike göre de temel ceza belirlenmektedir.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Lackner/Kühl/Heger Rn. 10a.; Yerdelen, s. 174.

<sup>48</sup> Yenisey/Plagemann, s. 42.

<sup>49</sup> Lackner/Kühl/Heger, Rn. 32.

<sup>50</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2010, s. 166.; Pınar Bacaksız, "Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:6, S:16, s. 82-99, s. 89.

<sup>51</sup> N. Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", s. 168.

### 3. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

Federal devlet sisteminin benimsenmesi nedeniyle ABD’de, her federe devlet açısından farklı hukuk sistemleri oluşmaya başlamıştır. Bu ülkede, bağlayıcı olduğu kabul edilen “*Federal Cezalandırma Yönergesi*” ile cezanın belirlenmesine yönelik somut ölçütler benimsenmiştir. Yönergede ortaya konan tabloya göre, ilk satırda, kırk üç suç derecesi, diğer bir satırda da failin geçmişi ile ilgili altı kategori belirlenmiştir. Bu satırlardaki kesişme noktalarına göre de failin cezası belirlenmektedir. Adli para cezalarında da bu sistem benimsenmekle birlikte, uğranılan zarar miktarı ve elde edilen menfaat miktarına göre ayrı bir değerlendirme yapılabilmektedir.<sup>52</sup>

Kanaatimizce, değerlendirmelerin bir şekilde şablonlaştırılması ve bir nevi, kişilerin sistem üzerinden kategorileştirilmesi, her zaman doğru sonuçlar veremeyecektir ve bu sistemler, suç ve ceza adaletini sağlamada başarılı olamayacaktır.

Dünyada, takdiri indirimle ilgili olarak ceza kanunlarında, Fransa’da 132/10, 18, 21, 22., İsviçre’de 64, 66., Avusturya’da 41., Danimarka 85., Polonya’da 320 ve Rusya’da 75, 76, 77. maddelerde düzenlemeler bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, her ülkede yer alan bu düzenlemelerin içeriği ve takdiri indirime yüklenen anlam, ülkelerin sosyo-ekonomik düzeyleri, ceza ve adalet anlayışları çerçevesinde farklılık göstermektedir.

## II. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI

### A. Takdiri İndirim Nedenleri

#### 1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’nın üçüncü kitabının üçüncü kısım ve ikinci bölümünde cezanın bireyselleştirilmesi araçları öngörülmüştür. Bu kapsamda; cezanın belirlenmesi, takdiri indirim nedenleri ve mahsup ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

<sup>52</sup> Bacaksız, “Federal Cezalandırma Yönergesi”, s. 83-85.

Bireyselleştirme açısından öngörülen kanundaki bu düzenlemelere rağmen, erteleme ve seçenek yaptırım gibi araçların da önemli bireyselleştirme etkenleri olduğu, bu lehe kurumlar sayesinde, failin kişiliğine göre bir ceza belirlenebileceği kabul edilmektedir.<sup>53</sup>

Cezanın bireyselleştirilmesi kavramı, suçlunun kişiliğinin cezalandırmada etkili olduğu temel düşüncesinden hareketle, ilk olarak klasik ve pozitivist anlayışı savunan yazarlar tarafından geliştirilmiştir.<sup>54</sup>

Cezanın kişiye uydurulması araçlarından biri olarak tanımlanan takdiri indirim nedenleri,<sup>55</sup> genel olarak, suçun ve fiilin niteliğinden öteye, failin bazı özellikleri nedeniyle, cezadan belli oranlarda indirim yapılmasını sağlayan bir kurum olarak, TCK'nın 62/2. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>56</sup>

TCK'nın 62/2. maddesi, 7406 sayılı Kanun'la yapılan yasa değişikliğinden önce, "Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir."<sup>57</sup> şeklinde düzenlenmişti.

Yapılan yasa değişikliğinden sonra, "Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir" hükmüne yer verilmiştir.

Yasal değişiklikten önce, takdiri indirim gerekçeleri, sınırlı olarak sayılmamış iken değişiklikten sonra, bu ölçütler sınırlı olarak sayılmış-

<sup>53</sup> N. Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", s. 148.; Dönmezer/Erman, s. 285.; Doğan Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2003, 11 (1-2), ss. 25-49, s. 29, 42.

<sup>54</sup> Elif Tüfekçi, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2008, s. 94.; Hıfzı Veldet, "Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, ss. 23-35, s. 29.; İçel, s. 653. İçel/Sokullu Akıncı, s. 172.

<sup>55</sup> Soyaslan, "Cezanın Bireyselleştirilmesi", s. 655.

<sup>56</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 621-622.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 907.

<sup>57</sup> Yerdelen, s. 23.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 908.



tır. Bu çerçevede, değişiklikten önce, bu maddedeki gerekçelere benzer gerekçelerle de takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilebilmesi mümkündür. Yapılan yasal değişiklikle birlikte, maddenin ikinci fıkrasında yer alan, “gibi hususlar” ifadesi kaldırılmak suretiyle, gerekçede sınırlama yoluna gidildiği görülmektedir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde, “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükümlenir. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş, takdiri indirim nedenleri konusunda ve gerekçeler hususunda sayma yoluna gitmemiştir. Bunun dışında, 5237 sayılı TCK'da, müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verileceği düzenlenmiş iken, mülga 765 sayılı TCK'da, bu senenin 30 yıl olacağı belirtilmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da, takdiri indirim gerekçeleri konusunda, hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. 5237 sayılı TCK'da ise, yapılan yasal değişiklikten önce gerekçelerdeki takdir hakkı korunmasına rağmen, bu takdir hakkının hangi sınırlar çerçevesinde kullanılması gerektiğinin açıklanması yoluna gidilmiştir.<sup>58</sup>

Yapılan yasal değişiklikten sonra, gerekçelerin sınırlandırılması suretiyle, maddede belirtilen hususlar dışında bir gerekçe gösterilmesi imkânsız hale gelmiştir.

Temel cezanın belirlenip gerekli artırım ve indirimlerin yapılmasından sonra, fail hakkında takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir. Yani yapılan bu takdiri indirimden sonra, başka bir artırım veya indirim yapılması söz konusu olmayacaktır.<sup>59</sup>

Kanun koyucunun, takdiri indirimle ilgili yazdığı gerekçeler uygulanırken, belli bir araştırma yapılarak sonuca ulaşılmalıdır. Yani gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında, failin kim olduğu, mesleki ve ekonomik durumu, ailevi durumu, sosyal bağlantıları, toplumdaki konumu, ilk defa suç işleyip işlemediği, fiilin işlenmesinden sonraki davranışları veya yargılama sırasında gösterdiği tutum ve davranışları dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce, belirtilen

<sup>58</sup> Yerdelen, s. 289.

<sup>59</sup> Üzülmez, s. 214.

gerekçelerden birinin olumsuz olması durumunda, söz konusu takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması gerekir. Bu kapsamda, takdiri indirim nedenlerinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır.

## 2. Failin Geçmişi

Toplumunu oluşturan bireylerden bir kısmı, devletin koyduğu temel kurallara uyma yönünde azami bir gayret gösterirken, bazı bireyler, konulan bu kurallara uymama eğilimi göstermektedirler. Buna göre, bazı bireyler, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmekteyken, bazı bireyler, ortaya çıkan somut etkenler nedeniyle çok nadiren suç işlemekte veya hayatında ilk defa suç işleme noktasına gelmektedir. Toplumsal dinamizme ayak uyduramayan düzene karşı ve düzenin oluşturduğu genel kurallara karşı gelmekte ısrar eden, suç teşkil eden eylemleri işleme konusunda genel ve yoğun bir çabası olan, defalarca ceza verilmiş olsa bile, suç işlemeye devam eden ve cezaların ıslah ve önleme fonksiyonlarını yerine getirmeyen bireyler, bu şekilde, son işlediği suça kadar karanlık bir geçmişin yüküyle gelmektedirler. Failin, geçmişinde başarılı işler yapması, kumar oynayan veya alkolik biri olması gibi öğeler de bu geçmiş yükünü tanımlayabilecektir.<sup>60</sup>

Failin geçmişi dendiği zaman, bu kişinin yaşamın her noktasında nasıl bir seyir izlediği, suç işleme potansiyeline sahip bir kişi veya işlediği suçlar itibarıyla, kural tanımazlık sınırında olup olmadığı, aykırı bir kişilik profili çizip çizmediği ve her seferinde denemesine rağmen, toplumla uyum sağlamak zorlanan bir birey olup olmadığı araştırılacaktır. Bununla beraber, işlenen suçun niteliği ne olursa olsun, geçmişinde temiz bir yaşamı olan, izlediği yol itibarıyla, topluma ayak uyduran ve suç işlemekten kaçınılan bir noktada, failin daha sade ve daha temiz bir geçmişe sahip olduğu söylenebilecektir.<sup>61</sup>

“Geçmiş” kavramı, geride kalmak kavramı ile aynı anlamda olmakla beraber, geçmişte yaşanan olayların niteliği ve failin suç işle-

<sup>60</sup> Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Toplumla Yeniden Kazandırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı: 2014, ss. 4917-4941, İzmir, 2015, s. 4918.; Özen, s. 107; Çakmut/Zafer/Centel, s. 598.; Koca/Üzülmez, s. 655.

<sup>61</sup> Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C:1, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 586.; Özgenc, “Genel Hükümler”, s. 910.

medeki kasıt ve saikleri de bu kavramı belirlemede önem taşımaktadır. Failin sabıkalı olması veya mükerrir olması gibi hususlar, geçmişini yorumlamak açısından tek başına yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda, salt kişinin mükerrir olması nedeniyle, takdiri indirimin uygulanmasına karar verilemeyecektir. Böyle olsaydı, TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddesindeki düzenlemelere benzer bir düzenleme yapılarak, belli adli sicil kayıtlarına sahip kişiler hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması açık bir şekilde önlenebilirdi. Buna göre, fail sabıkalı olsa bile, geçmişten bugüne kadar yapılacak analizler kapsamında, geçmişin bugüne yansımaları, failin suçları arasındaki bağlantı veya bağlantısızlık, suçların niceliği ve niteliği, suç işlemedeki ısrarı, suçların işlenmesindeki yoğunluklar ve uslanmaz bir kişiliğin olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekecektir.

Failin geçmişi; failin aile ilişkilerini, okul hayatını, işlediği suçları, bu suçların niteliklerini, ceza alınmasından sonra toplumsal hayata uyum sağlamasını da kapsayan bir süreç analizi olarak değerlendirilmelidir.

Hayatında ilk defa suç işleyen örneğin öğretmenlik yapan bir failin işlediği mala zarar verme suçu ile sürekli olarak aynı suçu işleyen, aldığı cezalar nedeniyle ıslah olmayan ve suç işlemeyi alışkanlık haline getiren bir failin aynı çerçevede değerlendirilmemesi gerekir. İşlediği bütün suçlara rağmen, topluma uyum sağlama konusunda çaba sarf eden ve bu konuda gerekli tedbirlere uymakta kararlılık gösteren kişi hakkında, geçmişteki yaşamı da örnek gösterilmek suretiyle, takdiri indirim yapılması yönünde bir karar verilmesi, ceza adaletinin sağlanması açısından daha sağlıklı bir sonuca ulaştıracaktır.<sup>62</sup>

## 2. Failin Sosyal İlişkileri

İnsan, bir birey olmasına rağmen, toplumsal hayatla kucaklaşmış veya kucaklaşmak zorunda olan bir varlıktır. Toplu yaşama kültürü ve topluma katkı sunan bir insan olma figürü, ideal bir gerçeklik olmakla birlikte, bireyi doğru bir zemine taşımaya zorlayan ve kurallara uymaya iten bir olgu olarak da görülebilir. Belirlenen ana kurallara ve en genel anlamda, düzene aykırı davranışlar sergileyen insanlar,

<sup>62</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, S. 623.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 910.

yalnızlaşmakta, kendisini diğer insanlardan soyutlamakta ve sosyal ilişkilerini dengelemekte zorlanmaktadırlar.

Birlikte yaşama kültürünü benimsemeyen, birliktelik kavramına aykırı davranışlar sergileyen ve kendisi dışındaki insanlara zarar veren bir yapı, bireyi, sosyal ilişkilerden kopmaya veya topluma ve toplumdaki unsurlara karşı saldırgan olmaya yönlendirecektir.

Suç işleyen herkese, sosyal ilişkileri yönünden olumsuz bir birey algısıyla bakılması her zaman mümkün değildir. Bazen, her şey yolunda giderken, aniden gelişen bir sürecin sonunda, suç işlenmesi kaçınılmaz olabilmektedir. Toplumda değer ifade eden ve toplumsal anlamda önemli bir konumda olan bireyler de suç işlemektedirler. Bu kişiler de işlediği suç için öngörülen yaptırım ne ise onunla cezalandırılmaktadırlar. Bu noktada, sosyal ilişkileri bozuk olan bireyler ile uyumlu olma çabalarına rağmen, tesadüfen suç işleyen kişilerin aldığı sonuç cezaların aynı olması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu kapsamda, takdiri indirim, hayata katkı sunmuş ve bir birey olarak sosyal dokuya yararı bulunan insanların suç işlemesi durumunda aldıkları cezayı, belli bir oranda indirmeyi öngören, lehe bir bireyselleştirme aracı olarak ön plana çıkmaktadır.<sup>63</sup>

Örneğin, toplumsal hayatta itibar gören bir konumda olan failin, kendisine trafikte aniden saldıran kişilerle kavga etmesi sonucunda, yaralama suçu nedeniyle yargılandığı bir olayda, bu kişinin toplumda işgal ettiği yer ve sosyal hayattaki duruşu da dikkate alınarak lehe değerlendirmeler yapılmalıdır. Buna karşın, sürekli kavga çıkaran, aynı mahiyete birçok dosyası bulunan fail hakkında, bu durumu ve toplumla olan kavgacı yapısı dikkate alınarak farklı bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu çerçevede, failin işlediği suçun niteliği ne olursa olsun, işlenen bu suça rağmen, failin geçmişi ile birlikte sosyal ilişkilerindeki başarısı ve gayreti ile ailesi ve iş arkadaşları ile olan genel uyumu dikkate alınarak bir karar verilecektir.<sup>64</sup> Failin aile ilişkileri, iş koşulları, engelli olup olmaması veya sağlık durumu da lehine veya aleyhine olacak şekilde dikkate alınmalıdır.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> İçel/Sokullu Akıncı, s. 136.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 910.

<sup>64</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 166.; Üzülmöz, s. 229.

<sup>65</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 599.

### 3. Failin Fiilden Sonra ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

Takdiri indirim, doğrudan fiille ilgisi olmayan, fakat failin genel sosyal durumuna göre değerlendirme yapılmasını gerektiren bir olgudur. Buna göre, işlenen suçla doğrudan bağlantılı olarak bir karar verilemeyecektir. İşlenen suç ne olursa olsun, diğer ölçütlerle birlikte, failin, fiilden sonra gösterdiği ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları da dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır.<sup>66</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinin ilk halinde, "failin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları" ifadesi kullanılmışken, yapılan yasal değişiklik sonucunda, "failin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları" ifadesi kullanılmıştır. Böylece, "pişmanlık" kavramı maddeye eklenmek suretiyle, failin samimi duruşu ve bu yöndeki davranışlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Değişiklik gerekçesine göre, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından, pişmanlık göstergesi sayılamayacak olanlar, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığını gösteren davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.

"Pişmanlık" ifadesi, eylemin gerçekleştirilmiş olmasından, bir mağduriyet yaratılmasından, bireylerin veya toplumun, söz konusu eylem nedeniyle zarar görmesinden veya en genel ifadeyle, toplumun genel düzenini bozmak suretiyle mahkeme huzurunda bulunmaktan suçluluk hissedilmesi, mutsuz olunması ve böyle bir eylemin, bir daha yapılmayacağı konusunda kararlılık iradesinin gösterilmesi olarak tanımlanabilecektir. Pişmanlık, söz, yazı veya eylemle dış dünyada kendisini gösterecektir.

<sup>66</sup> Üzülmez, s. 230.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 911.

“Davranış” ifadesi ise, söz veya eylemle gerçekleştirilen ve dış dünyaya yansıyan her tür hareket olarak tanımlanabilir. Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren fail, herhangi bir pişmanlık göstermeden, yaptığı suçun haklılığını savunmuş, fiili gerçekleştirdikten sonra, mağdurun, daha da mağdur olmasına neden olmuş, mağdura yönelik eylemlerine ısrarla devam etmiş, farklı mağdurlara karşı da aynı suçu işlemiş ise bu fail hakkında lehe değerlendirme yapılamayacaktır.

Failin yargılama sürecinde pişmanlığını gösterdiği davranış, fiziksel olarak gösterdiği bir davranış modeli olarak yorumlanmamalıdır. Failin duruşmada, mahkemeye yönelik saygılı tutumu ile mağdura veya diğer kişilere yönelik hareketleri dikkate alınacak ise de savunmasını yaparken gösterdiği tutum ve davranışıyla pişmanlık duymadığını göstermesi veya mahkeme heyetini şekli davranışlarla yanıltmaya çalışması gibi durumlarda da lehe değerlendirme yapılmamalıdır. Bütün olumsuzluklara rağmen, iyi giyinen veya iyi konuşan mağdurun davranışı şeklen olumlu görünse de içerik olarak olumlu olamayabilecektir. Failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışı, yargılamanın bütün süjelerine gösterilen davranış ve eylemlerle bağlantılı olarak dikkate alınmalıdır.<sup>67</sup>

Olayın meydana gelmesinden sonra, etkin pişmanlık öngörülen suçlar dışında, mağdurun zararını gideren, mağdurun sağlık durumu ile ilgilenen, mağdura pişman olduğunu ileten ve bunu söz ve eylemleri ile gösteren failin, süreç boyunca iyi niyetli olduğu değerlendirilerek karar verilecektir. Fiili vahşice işleyen, mağdura ve ailesine yönelik olumlu bir bakış açısı olmayan, sadece duruşmada mahkeme heyetini aldatma amacıyla olumlu tavır sergileyen fail hakkında takdiri indirim yapılması hususu, hakkaniyete de uygun olmayacaktır.<sup>68</sup>

Failin suçu ikrar etmesi veya inkâr etmesi, tek başına, takdiri indirimin uygulanması veya uygulanmaması yönünde bir etken olarak kabul edilmemekle birlikte, olayın aydınlatılmasına sunduğu katkı göz önünde bulundurulacaktır.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München, 2004, § 46, kn. 16.; Özgenc, “Genel Hükümler”, s. 910-913.; Özbek, s. 230.

<sup>68</sup> Yerdelen, s. 296.; Üzülmöz, s. 230.; Özbek, s. 586.

<sup>69</sup> Mustafa Artuç/Çetin Akkaya/Cemil Gedikli, İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2008, s. 379.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 600.

7406 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesinde, failin duruşmada mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği halde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır, ifadesi kullanılmıştır.

Kanaatimizce, yapılan yasal değişiklik sonucu, artık gerçek pişmanlıklar değerlendirmeye alınacak iken şekli olarak mahkemeyi etkilemeye yönelik eylemler takdiri indirim gerekçesi olarak kabul edilmeyecektir. Bu çerçevede, suçun sonuçlarını azaltmaya çalışmayan, bu yönde bir çaba göstermeyen, gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sunmayan fail hakkında takdiri indirim yapılamayacaktır.

#### 4. Cezanın Fail Üzerindeki Olası Etkileri

Suç işleyenlerin cezalandırılmasının temel amacı; bu kişilerin, sosyalleşmesini teşvik etmek, yeniden suç işlemelerini engelleyici etkenleri güçlendirmek, üretken, kanunlara ve toplumsal kurallara saygılı ve sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumlarını kolaylaştırmak, böylelikle cezanın genel ve özel önleme etkisinin oluşmasını sağlamak ve toplumu suça karşı korumaktır.<sup>70</sup>

Her fiilin karşılığı, bir yaptırım olarak belirlenmiştir. Belirlenen bu yaptırımlar, muhakkaktır ki fail üzerinde beklendiği gibi olumsuz etkilere neden olacaktır. Kişinin hürriyetini kısıtlayan hürriyeti bağlayıcı cezalar ile kişiyi ekonomik olarak etkileyecek olan adli para cezalarının birey açısından bu şekilde olumsuz etkileri olduğu kadar, verilen cezaların, bireylerin ıslah edilmesi ile toplumsal değerlerin öğrenilmesine olan katkısı yadsınamayacaktır.<sup>71</sup>

Cezanın gelecek üzerindeki olası etkileri çerçevesinde, örneğin, failin kamu görevlisi olması ve alacağı ceza miktarına göre görevini kay-

<sup>70</sup> Üzülmez, s. 204.; Stree Walter, "§ 46", İn: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München, 2001, Rn:3.; Kindhauser, kn. 1.

<sup>71</sup> Öztürk/Erdem, s. 428.; Soyaslan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", s. 70.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 545.



betme ihtimalinin bulunması gibi bir etken diğer unsurların yanında, fail lehine değerlendirilebilecektir.<sup>72</sup>

Bu kapsamda, takdiri indirim uygulanması durumunda, fail, cezasız kalmayacak ancak belli oranlarda cezasından indirim yapılacaktır. TCK'nın 62/1. maddesindeki indirim oranlarına bakıldığında, bu indirimin, ceza miktarı açısından çok önemli olduğu görülecektir.

Cezanın miktarı ve çeşidine göre, ilgili infaz rejimi sisteminin belirlenmesi, fail hakkında yakalama emri çıkartılıp çıkartılmaması, failin denetimli serbestlik sisteminden ne şekilde yararlanacağı vs. konularında farklılık oluşacaktır. Örneğin, 5275 Sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde belirtildiği üzere, kural olarak; 18 yaşından büyükler açısından, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilenler 30 yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar 24 yılını, süreli hapse mahkûm olanlar ise cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıvermeden yararlanabileceklerdir.<sup>73</sup>

Buna göre, yapılacak indirim sonucuna göre belirlenen cezanın, failin geleceğini ne şekilde etkileyeceği değerlendirilmelidir. İşlenen suçla doğrudan bağlantılı olmaksızın, yasada belirtilen diğer gerekçelerden de yararlanılarak, cezanın fazla ya da az olmasının, muhtemel sonuçları karşılaştırmalı olarak analiz edilmek suretiyle iyi hal indirimi konusunda karar verilecektir.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezası, sıkı güvenlik rejiminin uygulanması konusunda farklılık arz ederken, koşullu salıverme süreleri açısından da söz konusu cezaların sonuçları farklı şekilde düzenlenmiştir. Müebbet hapis cezası alan ve yaşı büyük olan bir fail takdiri indirimden yararlandığı takdirde, cezası 25 yıl hapis cezasına indirilecek ve İnfaz Kanunu gereğince, belli suçlar hariç olmak üzere, bu cezanın yarısını cezaevinde geçirdikten sonra koşullu salıverilebilecektir.<sup>74</sup> Bu çerçevede, failin cezaevinde az kalması veya çok kalması durumunda, bu cezanın, her yönüyle faili ne şekilde etkileyeceği, failin sosyal ve ekonomik durumu ile suç işlenmesini önleme noktasındaki sonuçlar tartışıldıktan sonra, lehe hükümlerin uygulanması konusunda bir karar verilmelidir.

<sup>72</sup> Yerdelen, s. 301.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 695.

<sup>73</sup> Özgenç, "Genel Hükümler", s. 766 vd.

<sup>74</sup> Özgenç, "Genel Hükümler", s. 911.

## 5. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri

TCK'nın 62/2. maddesinde sayılan takdiri indirim nedenleri, 7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce "*numerus clausus*" yani sınırlı şekilde sayılmamıştı. Değişiklikten önce, Hâkim, kanunda sayılan bu nedenlerden başka bir nedene dayalı olarak da takdiri indirim uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verebilmekteydi.<sup>75</sup> Bu tarihte, takdiri indirim uygulanabilmesi için göz önünde bulundurulacak nedenler sınırlandırılmamış, "gibi hususlar" ibaresiyle ucu açık bırakılmıştı. Başka bir ifadeyle fıkra da takdiri indirim nedenleri, "tahdidi" değil "tadadi" bir şekilde düzenlenmişti. Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmekteydi.

Yapılan değişiklikle, değişiklik gerekçesinde belirtildiği şekilde, fıkra metninden "gibi hususlar" ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmiştir. Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.

Kanaatimizce, maddede belirtilen takdiri indirim nedenleri; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklinde ve sınırlı olarak sayılmış olsa bile, belirtilen ölçütlerin zaten genel ölçütler olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, belirtilen "tahdidi" sınırlamanın, takdiri indirim konusundaki geniş yorumlamayı önleyemeyeceğini düşünmekteyiz. Örneğin, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri kavramına dayanan Hâkim, belirtilen ölçütün altını doğal olarak geniş yorumlayabilecektir. Bu nedenle, belirtilen sınırlamanın, uygulamada, takdiri indirimin uygulanması konusunda çok bir net daralma yaratmayacağı değerlendirilmekteyiz.

Sınırlı sayılan takdiri indirim konusunda, belirtilen ölçütlerin dışına çıkılamayacak olsa da bu ölçütleri anlamlandıran suçun işlenmesi ile ilgisi olmayan ve fakat faili tanımlayacak diğer bütün unsurların

<sup>75</sup> İçel/Sokullu Akıncı, s. 656.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 912.

burada dikkate alınması mümkün olacaktır. Örneğin, mahkeme kararında, belirtilen sınırlı ölçütleri esas alırken; failin mesleği, ekonomik durumu, yaşadığı sosyal çevre, iyi veya kötü alışkanlıkları, gelecekte beklentileri, hedefleri, ailevi durumu, arkadaşlarıyla olan uyumu, disiplin kurallarına ve toplumsal kurallara uymakta gösterdiği çabası gibi hususlardan beslenerek takdiri indirimin yapılıp yapılmayacağı veya indirim oranının ne kadar olacağını belirleyecektir.

Takdiri indirimin işlenen suçla doğrudan bir bağlantısı olmadığı dikkate alınarak, suçun vahim nitelikte olması, suçta kullanılan aletlerin niteliği, suçun işlendiği yer ve zaman dilimi, suçun işleniş biçimi gibi temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan unsurların, takdiri indirim konusunda dikkate alınması mümkün değildir.<sup>76</sup>

Örneğin, genel olarak toplumsal kurallara uyan ve sosyal çevresinde olumlu intiba uyandıran bir fail hakkında, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri de dikkate alınarak lehe değerlendirme yapılabilecektir. Buna karşın, ekonomik durumu çok iyi olan bir failin geçmiş ile ilgili olumsuz bir durum var ise bu fail hakkında, takdiri indirim uygulanmayabilecektir.

## B. Takdiri İndirimin Uygulanması Esasları

### 1. Hâkimin Takdir Hakkının Sınırları ve Gerekçeli Karar Verme Zorunluluğu

Hukukta keyfilik olmadığına göre, hukuku uygulayanların da keyfi olarak karar vermesi mümkün değildir. Hâkim karar verirken, hukuk sisteminin belirlediği bütün ilkelere uymak zorundadır. Bu nedenlerle, takdiri indirim konusunda da belirlenen ölçütlere göre ve bu takdir hakkını failin durumuna uygun düşecek şekilde belirlenmesi zorundadır.<sup>77</sup>

Anayasa'nın 141 ve 5271 sayılı CMK'nın 34/1, 230. maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının denetime olanak verecek biçimde açık ve gerekçeli olması ve denetim organlarının bu işlevini yerine getirmesi için gerekçe bölümünde, mevcut delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi

<sup>76</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 588.

<sup>77</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 624.; Artuç/Akkaya/Gedikli, s. 380.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 582.; Üzülmez, s. 231.; Taneri, s. 132.

rilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterilmesi, ulaşılan kanaat ve delillerle sonuç arasında bağ kurulması ve bu şekilde hükmün kamuoyunu tatmin etmesi gerektiği gözetilmelidir.<sup>78</sup>

7406 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi, takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olup, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemenin keyfilikten uzak şekilde kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmıştır.

Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin ne olduğu somutlaştırıldıktan sonra failin hangi geçmişi veya sosyal ilişkisinin, takdiri indirime engel olduğunun karar yerinde açıklanması zorunludur.<sup>79</sup>

Hâkim, failin talebi olsun veya olmasın, takdiri indirim konusunda olumlu veya olumsuz bir karar vermelidir. Bununla birlikte, salt bir suçun nitelikli halin uygulanması, takdiri indirim uygulanmasına engel değildir.<sup>80</sup> Bununla birlikte, fail hakkında bir hüküm nedeniyle takdiri indirim uygulanmış ise aynı dosyadaki diğer hüküm açısından da uygulanması zorunludur.<sup>81</sup>

Hâkim tarafından gösterilen gerekçenin, dosya kapsamında uyumlu olması gerektiği gibi, kanunun aradığı bir gerekçe olması zorunluluğu da vardır. Örneğin, failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarından ne anlaşılması gerektiğinin iyi analiz edilmesi, failin, duruşmada iyi giyimli olması veya düzgün konuşmasının

<sup>78</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 583.; İçel, s. 656.; Yargıtay 5. CD. 30/11/2021; 2018/8172; 2021/6020 E. K.

<sup>79</sup> Koca/Üzülmez, s. 657.; Üzülmez, s. 205.

<sup>80</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 176-178.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 912.; Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 433.

<sup>81</sup> Yargıtay 11 CD 23/12/2021; 2019/7796; 2021/30174 E.K.; Yargıtay 4. CD 11/10/2021; 2021/12658; 2021/23951; E. K.

tek başına takdiri indirim uygulanması açısından yeterli olmadığı değerlendirilmelidir.

Failin geçmişi ile ilgili olumsuz bir değerlendirme yapılırken, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri konusunda olumlu bir değerlendirme yapılması durumunda, gerekçelerde çelişkiye düşülmüş olacaktır. Bu kapsamda, maddede sayılan etkenler arasında da bir uyum bulunmalıdır. Kanaatimizce, geçmişi ve sosyal ilişkileri olumsuz olan fail hakkında, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışı gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulanmaması gerekir.

Hâkim takdir hakkını kullanırken, suçun işlenmesinden bağımsız ve suçun niteliğinden ayrı bir şekilde düşünerek karar vermelidir. Toplumsal baskı ve medya algısının etkileri en aza edilmelidir.

Takdir hakkı, hâkime tanınmış özel bir hak olarak kabul edilse de bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek şekilde ve gerekçesiz bir karar verilmesinin savunulması, hukuk devleti ve alt başlıkta adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık olarak değerlendirilecektir.<sup>82</sup>

Takdiri indirimin ne kadar yapılacağı kanunda açık bir şekilde belirlenmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası üzerinden indirim yapılması gereken durumlarda, indirimin ne kadar yapılacağı konusunda hâkimin takdir hakkı bulunmazken, süreli hapis cezası nedeniyle yapılacak indirimlerde, azami indirim miktarı 1/6 olarak belirlenmiştir. Bu oran, indirim yapılacak en yüksek miktardır. Yani hâkim, maddede belirtilen ölçütlerdeki yoğunluğa göre, bu indirim miktarının oranını belirleyecektir. Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri dikkate alına-

<sup>82</sup> "07.06.1976 tarihli ve 3-4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu doğrultudaki birçok Ceza Genel Kurulu kararında açıkça vurgulandığı üzere; kanun koyucu, hâkime takdiri indirim hükmünün uygulanması konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıyarak, uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme imkânı bulunmayan çeşitli hâlleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında, hâkimin bu yetkisini sınırlamaktan özenle kaçınmış, bu tavrını 5237 sayılı TCK'da da devam ettirmiştir. Ancak, hâkimin bu konudaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bütün kararlarda olduğu gibi takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararlar da gerekçeli olmalıdır. Bununla birlikte gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nesafet kuralları ile dosya içeriğine uygunluğunun Yargıtay denetimine tâbi olacağına da şüphe bulunmamaktadır", Yargıtay 4. CD, 05/01/2022, 2020/5255; 2022/1014 E. K.

rak, daha düşük bir indirim oranının da belirlenmesi söz konusu olabilecektir. Uygulamada, 1/6 oranı, kesin bir oranmış gibi düşünülerek büyük çoğunlukla, en üst haddenden indirim yapıldığı görülmektedir.<sup>83</sup>

## 2. Takdiri İndirim Hususundaki Kararın Denetlenmesi

Takdir hakkının içeriğinde “*takdir*” kavramını barındırması, bu hakkın kullanılmasının denetlenmeyeceği anlamına gelmeyecektir.<sup>84</sup> Koşulları olduğu halde, takdiri indirimin uygulanmaması durumunda, cezanın bireyselleştirilmesi olgusuna uyulmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Geçmişle, sosyal ilişkileriyle, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarıyla hakkında olumlu kanaat edinilen failin durumu ile aksi yöndeki failin durumunun aynı değerlendirilmesi halinde, ceza adaletinin sağlanması mümkün olmayacaktır.<sup>85</sup> Yargıtay, olumsuz bir durumu dosyaya yansımayan fail hakkında takdiri indirimin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>86</sup>

Mahkemeler tarafından verilen kararlarla ilgili olarak, CMK’da; itiraz, istinaf ve temyize ilişkin olağan kanun yolları ile denetim sistemleri düzenlenmiştir. Özellikle istinaf mahkemeleri ve Yargıtay tarafından, suçun fail tarafından işlenip işlenmediği, suçun doğru vasıflandırılıp vasıflandırılmadığı, suçun özel görünüş şekillerinin, seçenek yaptırımların, erteleme ve diğer lehe ve aleyhe olan düzenlemelerin usul ve yasaya uygun olarak karar yerinde değerlendirilip değerlendirilmediği denetlenecektir. Bu kapsamda, takdiri indirim konusunda da yapılan uygulamanın yerinde olup olmadığı hususu, bu denetim örgüsü içerisinde yer alacaktır.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Üzülmöz, s. 231-232

<sup>84</sup> İçel, s. 656.; İçel/Sokullu Akıncı, s. 173.; Yargıtay 4. CD, 05/01/2022; 2021/10489; 2022/1159 E. K.

<sup>85</sup> Üzülmöz, s. 231.

<sup>86</sup> “TCK’nın 62/2. maddesinde takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiş olup; dosya kapsamına göre geçmişte hakkında herhangi bir suç kaydı ve sabıkası bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında hukuki ve yeterli olmayan gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi”, Yargıtay 3. CD, 10/01/2022, 2021/2322; 2022/1 E. K.

<sup>87</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 624.; Yargıtay 6. CD, 04/10/2021, 2021/1191; 2021/14788 E. K.

Failin bir talebi bulunmasa bile, takdiri indirim konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gereklidir. Fail hakkında takdiri indirim konusunda bir değerlendirme yapılmaması hususu, denetim makamlarınca usul ve yasaya aykırı olarak değerlendirilecektir.<sup>88</sup>

Mahkemece, takdir hakkının uygulanması veya uygulanmaması konusunda gösterilen gerekçenin, faille veya dosyayla ilgisinin bulunmaması halinde de takdir hakkının hukuka aykırı kullanıldığı kabul edilecektir.<sup>89</sup>

Örneğin, failin geçmişindeki olumsuzluklara rağmen, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları gerekçe gösterilerek indirim uygulanması ve aleyhe istinaf talebi bulunması durumunda, takdiri indirim konusundaki isabetsizlik olduğu kabul edilecektir.

Yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları olumlu olan kişi, yargılamanın sükûnetle ilerlemesine de katkı sunmuş olacaktır. Maddedeki indirim gerekçelerinden birisi de fiilden sonra faillerin yargılama sürecinde olumlu davranışlar sergilemesini sağlamaktır. Bu durumda, geçmişi olumsuz olmasına rağmen duruşmada pişmanlığını göstererek iyi halli davranan kişi ile geçmişi olumsuz olup duruşmada pişmanlığını göstermeyerek iyi halli davranmayan kişi arasında farklılık olmaması durumunda, adaletsiz bir bakış açısı gelişecektir.

### C. Takdiri İndirim ve Fail Lehine Olan Diğer Hükümlerin İlişkisi

#### 1. Takdiri İndirim ve Seçenek Yaptırım Hükümleri Arasındaki İlişki

TCK'nın 50/1. maddesinde, "*Hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesine dair hükümler düzenlenmiştir, buna göre, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir*" hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un 50/3. maddesine göre de zorunlu seçenek yaptırıma çevirme hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, "*Daha önce hapis cezasına*

<sup>88</sup> İçel, s. 656.

<sup>89</sup> İçel, s. 657.



*mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir”.*

Kanun’un 50/4. maddesine göre de *“Taksirli suçlardan dolayı hük-molunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz”* hükmüne yer verilmiştir.<sup>90</sup>

Maddede sayılan suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler kavramları ile takdiri indirim nedenleri olarak gösterilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecinde gösterdiği davranışlar ve cezanın failin geleceği üzerindeki olumsuz etkileri kavramlarının birbirine zaman zaman yaklaşan kavramlar olduğu görülmektedir. Bu noktada, bu yakın kavramlar, farklı kurumlar içerisinde kullanılırken, seçenek yaptırımlara çevirme sırasında kullanılan gerekçeler ile takdiri indirim gerekçelerinin birbiriyle çelişmesi gerekmektedir.<sup>91</sup>

Seçenek yaptırımlarda belirtilen gerekçelerden bir kısmı, suçla ilgili gerekçelerdir. Örneğin, *“suçun işlenmesindeki özellikler”* kavramı, doğrudan suçla bağlantılıdır. Bu çerçevede, işlenen suçun mahiyeti, kapsamı, toplumda yarattığı infial ve diğer özellikleri gerekçe gösterilerek seçenek yaptırımların uygulanmasına karar verilirken; failin geçmişi ve sosyal ilişkileri gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulanmasına karar verilebilecektir. Buna karşın, failin geçmişi ve kişiliği kavramları birbirine yakın kavramlar olması nedeniyle, bu kavramla-

<sup>90</sup> Taneri, s. 134.; Hakeri, s. 655; Yargıtay 8. CD, 16/12/2021; 2019/24577; 2021/22985

<sup>91</sup> Hakeri, s. 656.; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme hükümleri yönünden engel sabikası bulunmayan, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre hükümlenen hapis cezası paraya çevrilen ve yargılama sürecindeki davranışları olumlu bulunarak TCK’nın 62. maddesi uyarınca hakkında takdiri indirim uygulanan sanık hakkında; kişisel özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaat oluşmaması şeklindeki, takdiri indirim ve seçenek yaptırıma çevirme gerekçeleriyle çelişki oluşturacak biçimde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi”*, Yargıtay 4. CD. 27/01/2021; 2017/20789; 2021/2551, E. K.

rın gerekçede gösterilmesi sırasında, çelişki oluşturmamak adına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Failin geçmiş hayatı ve suç bağlantıları ile bugünkü kişiliği arasında bir ayırma gidilebiliyor ise, bu gerekçelerin her ikisi de olumlu veya olumsuz değerlendirmede kullanılabilir. Fakat failin geçmişini açıklanırken kişiliğine de vurgu yapılarak takdiri indirim uygulanmazken, aynı gerekçeyle seçenek yaptırımların uygulanması durumunda yine çelişki oluşacaktır.

Bu kapsamda, seçenek yaptırımların gerekçesiyle takdiri indirim gerekçelerinin birbiri ile karışma ihtimali yüksektir. Suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ve yargılama sürecinde duyulan pişmanlık kavramları ile takdiri indirim gerekçesinde yer alan kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi bazen imkânsızlaşmaktadır. Uygulamada çelişki doğmaması adına, her iki hükmün birlikte uygulanması gerektiği şeklinde bir zorunluluk hissedilmektedir. Çünkü hapis cezasını belirlenen koşullar çerçevesinde seçenek yaptırıma çeviren hâkim, çelişkiye düşmemek adına takdiri indirimi de uygulamak zorunda kalmaktadır veya tam tersi şekilde, seçenek yaptırımı uygulamayan hâkim, çelişki oluşmasını önlemek adına, takdiri indirimi de uygulamamaktadır. Aksi bir durumda, gerekçeler arasında çelişki bulunduğu gerekçesiyle hükmün bozulması gündeme gelebilecektir.

Kanaatimizce, bu hükümlerin karışmasının önlenmesi adına, seçenek yaptırım gerekçeleri ile takdiri indirim gerekçelerinin yeniden düzenlenmesi ve bu şekilde birbirine karışmasının önlenmesi zorunludur. Yapılacak düzenlemenin gerekçesinde de hangi koşullarda seçenek yaptırımların uygulanacağı, hangi koşullarda takdiri indirim uygulanabileceği örneklerle gerekçede açıklanmalıdır.

## 2. Takdiri İndirim ve Erteleme Hükümleri Arasındaki İlişki

TCK'nın 51/1. maddesinde, *"işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması"* hükmüne yer verilmiştir.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> İçel, s. 600.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 746-766., Hakeri, s. 661.

Bu kapsamda, erteleme kararı verilmesi için belirtilen objektif koşulların dışında ayrıca, failin, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması şeklindeki sübjektif ölçüt aranacaktır. Erteleme için gösterilen gerekçe, failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa ve daha sonra suç işleyip işlemeyeceği üzerine bina edilmiştir. Takdiri indirim nedenleri, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerine göre belirlenecektir. 7406 sayılı Kanun değişikliğinden sonra takdiri indirim gerekçesi olarak gösterilen “failin yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren davranışlar” ile erteleme gerekçesi olarak gösterilen “yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık” kavramlarının aynı nitelikte kavramlar olduğu görülmektedir.<sup>93</sup>

Erteleme, suç ve suçlu ilişkisine göre bina edilirken, failin suçtan duyduğu pişmanlığı da alt bir kavram olarak esas alınmaktadır.<sup>94</sup> 7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce, gerçekte pişman olmayan fail hakkında erteleme hükümleri uygulanamazken, pişman olmayan aynı fail hakkında, yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle takdiri indirim uygulanabilmekteydi. Buna karşın, yapılan yasal değişiklikle, gerçekte pişmanlık göstermeyen fail hakkında takdiri indirim uygulanmasının da önüne geçilmesinin yanı sıra erteleme ve takdiri indirim konusunda gerekçeler arasında eşgüdüm de sağlanmış olmaktadır.

### 3. Takdiri İndirim ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi

CMK'nın 231/6. maddesine göre, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlen-

<sup>93</sup> “Sanık hakkında gerekçesi belirtilmeden TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına rağmen, sanığın ileride tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat elde edilememesi nedeniyle TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddesinin uygulanmaması suretiyle hükümün kendi içinde çelişkiye düşülmesi, Yargıtay 28/12/2021, 2021/5428; 2021/11298 E. K.”, Yargıtay 4. CD. 27/01/2021; 2020/5079; 2021/2735 E. K.

<sup>94</sup> Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2017/14012, 2021/13902 E. K.

mesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir.<sup>95</sup>

Bu maddenin uygulanması için gösterilen sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması kavramları da ertelemede ve seçenek yaptırımlara çevirmedeki kavramlara benzer şekilde düzenlenmiştir.<sup>96</sup>

Takdiri indirim nedeni olarak gösterilen “failin geçmişi” kavramı ile “yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” kavramının, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasındaki “sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları” kavramları ile çelişme ihtimali bulunmaktadır. Yani bu kurumun uygulanması durumunda, takdiri indirimin uygulanması zorunlu bir hal iken, bu kurumun uygulanmaması durumunda, takdiri indirimin uygulanmaması gerekecektir, aksi takdirde, her iki kurumun gerekçeleri arasında çelişki oluşabilecektir. Maddenin düzenlenme şekli, hâkimin takdiri indirim uygulanması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını zorunlu hale getirmekte veya tam tersi şekilde takdiri indirimin uygulanmaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına dair karar verilmesini zorunlu hale getirmektedir. Bunun yapılması halinde, denetim sonucunda, gerekçelerdeki çelişkiler nedeniyle hükmün bozulması veya yeniden yargılama yapılması gündeme gelebilecektir.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Taneri, s. 136. Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 746-766.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 777.

<sup>96</sup> Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2017/15636; 2021/13908 E. K.

<sup>97</sup> İçel, s. 600.; Ertelemenin sonuçları hakkında bkz. Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 555.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 776.; Yargıtay CGK, 21/11/2016; 3-246/261 E.K.; Yargıtay 5. CD. 30/11/2021; 2018/8172; 2021/6020 E. K.; “Adli sicil kaydındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın CMK’nın 231/6-a maddesi kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine engel teşkil etmediği anlaşılacakla, engel adli sicil kaydı bulunmayan, hakkında takdiri indirim nedenleri uygulanarak cezası ertelenen sanık hakkında “kasıtlı suçtan sabıkası olması” şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2019/129; 2021/13839 E. K.”

7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce, takdiri indirim uygulanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması için, “*yargılama sürecindeki davranışlar*” ibaresi kullanılmış iken takdiri indirim gerekçesinde yapılan yasal değişiklikle, “*yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlar*” ifadesi kullanılmıştır. Bu şekilde, “*pişmanlık*” kavramı yönünden her iki düzenlemede farklılık oluşmakta ise de kanaatimizce, fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi için, doğal olarak “*pişmanlık*” şartının varlığı kabul edilmelidir.

Bu kapsamda, diğer hükümlerde olduğu gibi fail lehine olan bu hükümlerin yeniden düzenlenmesi ve gerekçeler arasındaki yakın ilişkinin sonlandırılması veya kavramların daha somut şekilde netleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, toplumu yaralayan ve vicdanları tatmin etmeyen kararların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

### III. TAKDİRİ İNDİRİMİN UYGULANMASI HUSUSUNDAKİ TOPLUMSAL BEKLENTİ

#### A. Toplumsal Beklenti Kavramı

Toplum, bir düzen içinde kurgulanmış hayatı benimserken, bu düzenin tersine yapılan hareketleri ve eylemleri kabul etmemektedir. Bugüne kadar toplum, suç olgusundan soyut bir şekilde yaşamamıştır. Bundan sonra da toplumların, suça bağlı sorunlarla birlikte yaşayacağı muhakkaktır. Ülkelerin ve insanların gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, toplumun suçla olan bağlantısının tamamen sona ermesi söz konusu değildir. Ekonomik ve sosyal gelişmeler, toplumun refah düzeyini yükseltmiş olsa bile bu düzeyin getirdiği sorunlar ve bu sorunların sonucunda gelişen olaylar, toplumun kaçınılmaz bir gerçeği olarak ortaya çıkmaktadır.

İnsanlar, suç işlemenin doğru olmadığını ve bu durumun haksızlık içeriğini bir şekilde kabul ederken, suç işlemeye de devam etmektedirler. Bununla birlikte, toplumun büyük bir çoğunluğu, suçu veya suçluyu kabul etmeyen bir tavır ortaya koymaktadır. Bu durum, ahlaki, dini veya sosyolojik temellere dayanabilir. İşte bu noktada, suçu işleyen kişiler ile toplumu oluşturan diğer bireyler arasında bir mesafe oluşur ve suçu işleyen kişilere karşı büyük bir önyargı gelişmeye başlar.

Cezalandırmanın amacı, suçun bedelini ödetme olarak tarif edilen “kefaret teorisi”, suçun işlenmesinin önlenmesi amacı taşıyan “önleme teorisi” veya hem suçun karşılığını ödetme hem de önleme olduğunu savunan “karma teori” kapsamında açıklanmaktadır.<sup>98</sup>

Masumiyet karinesinin temel bir ilke olduğu göz önüne alınmadan suç şüphesi altında bulunan bütün bireyler, daha ilk baştan itibaren toplumun acımasız kamçularına maruz kalabilmektedirler. Bu önyargılarla dolu psikolojik şiddet sonucu, şüpheli olan kişi, toplum nazarında en baştan itibaren mahkûm edilebilmektedir. Montesquieu da “Kanunların Ruhu” isimli eserinde, birey özgürlüğünün güvence altına alınmasını savunarak, bu ilkenin önemini vurgulamıştır.<sup>99</sup>

Hâkim, hukuku uygulayan, hukuk çerçevesinde karar vermek zorunda olan ve belli noktalarda takdir hakkı ile donatılmış kişi olarak tanımlanabilir. Hukuku uygulayan hâkim karar verirken, toplumun tamamından, bu itibarla, görsel medyadan, sosyal medyadan ve diğer bütün etkenlerden bağımsız şekilde ve tarafsızlık ilkesiyle hareket ederek karar vermelidir.

Hukuk, her zaman toplumun beklentisini karşılamayabilecektir. Bu husus, suç nedeniyle ihlal edilen değerler ile toplumun gözündeki değerlerin aynı olmamasından kaynaklanmaktadır. Hukuku uygulamak zorunda olan hâkim, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ilgili araçları; yasal dayanaklara, dosya kapsamına ve failin bireysel özelliklerine göre takdir etmektedir. Suçun vicdanlarda yarattığı sorunu, kanunların ve kanunlara göre verilen cezaların, yüzde yüz oranında karşılama imkânı yoktur. Zaten, suçun cezalandırılmasına dair kurallar, vicdanların tam olarak tatmin edilmesi amacıyla da tasarlanmamıştır.

Toplumsal beklenti kavramı, toplum nazarında o kişinin veya o kişiye atfedilen eylemin nasıl konumlandırıldığı kavramlarıyla yakından ilişkilidir. Toplum, failin gerçekleştirdiği eylemin sonucunda, faile ne kadar ceza verilmesi gerektiği fikrinde belirledikten sonra, mahkemelerce verilen cezalar da bu beklentinin altında kaldığı sürece, algısal

<sup>98</sup> Bacaksız, “Cezalandırma”, s. 4919.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 525. Öztürk; Erdem, s. 385.

<sup>99</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 48.

olarak mahkemelerce doğru bir karar verilmediği düşünülecektir. Bu algılar da yargıya olan güvenin belirlenmesi noktasında tereddütler oluşmasına neden olacaktır.

Beklenti ve bu beklenti sonucundaki sonuç ceza miktarına göre, toplumun genelindeki hayal kırıklığı ve yargısal inanç azalabilmektedir. Buna göre, suç işleyen bir kişiye, hâkim tarafından sadece kanundaki cezalar verilebileceği ana kuralına rağmen, insanlar, faile daha fazla ceza verilmesi gerektiğini belirterek eleştirel bir noktada yerini almaktadırlar.<sup>100</sup>

Örneğin, toplumda infial uyandıran kasten öldürme veya cinsel istismar olaylarında ya da çocuklara karşı işlenen suçlarda toplumun beklentisi genel olarak daha ağır bir ceza verilmesi veya idam cezası verilmesi gerektiği yönünde gelişmektedir.<sup>101</sup> Oysaki, kanunen, en üst sınırdan ceza takdir edilecek olsa bile faile idam cezası takdir edilemeyecektir. Zira kanunlarımızda, idam cezası bugün itibariyle, bir yaptırım olarak öngörülmemiştir. Toplum, haklı olarak, belli suç tiplerinde, suçluların en yüksek oranda cezalandırılmasını istemektedir. Bu husus, cezaların miktarlarında veya cezanın türünde yapılacak bir değişiklik kapsamında, ancak kanun koyucu tarafından değerlendirilebilecektir.

Kanunda cezaların alt ve üst sınırları arasında belirlenen cezaların yine koşulların oluşması durumunda artırılıp indirilmesi öngörülmesine rağmen, yapılan bu yasal indirimler veya alt haddeden ceza belirlenmesi hususları, toplum tarafından genel olarak olumlu karşılanmamaktadır. Bir anlamda toplumsal beklenti, kanunları uygulayan sùjeler üzerinde olumlu veya olumsuz büyük bir etki oluşturmaktadır.

## **B. Takdiri İndirim Konusunda Toplumsal Bakış Açısının Değerlendirilmesi**

Toplumsal beklenti ve ceza yargılaması hukukunun birlikte düşünüldüğü bir sistemin analizinde, kamunun asgari beklentilerini

<sup>100</sup> Nuri Bilgin, *Sosyal Psikolojiye Giriş*, 5. Baskı, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2013, s. 20 vd.

<sup>101</sup> Alev Özkazanç, "Feminizm ve Hukuk Üzerine Eleştirel Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, ss. 205-210, s. 205.; Hasan Hüseyin Aygöl/Alara Fulya Şensoy, "Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17(2), 533-551. s. 535-536.



karşılmak önem taşımaktadır. Kamuoyu, hangi yasaların ne şekilde uygulandığı ve hâkimin hangi sınırlar içerisinde yetkilerinin bulunduğu hususları ile ilgilenmeden, işlenen suçun yarattığı kaotik durum üzerinde odaklanmaktadır.

Bu çerçevede, takdiri indirim konusunda da indirimin yapıldığı çoğu durumda, bu indirimin yapılmaması gerektiği konusunda fikir birliği oluşmaktadır. Fail ise hakkında daha fazla indirim yapılarak daha az ceza almak istemektedir.

TCK'da genel hükümler kısmında düzenlenen takdiri indirim nedenleri, adından da anlaşılacağı üzere hâkime, ceza indirimi yapıp yapılmaması konusunda, belli koşullar altında cezada indirim yapılması hakkı tanımaktadır. Tanınan bu takdir hakkı, faile odaklanmayı gerektiren bir hak olarak tanımlanmaktadır. Burada tartışılan hususlar; hâkime böyle bir takdir hakkının tanınmasının gerekip gerekmediği, tanınması gerekir ise bu takdirin sınırlarının ne olması gerektiği, belirlenen bu sınırların nasıl çizileceği, belli suçlar açısından takdir hakkının kaldırılmasının mümkün olup olmadığı, yapılacak indirimdeki oranın nasıl belirleneceği ve sonuç olarak, verilen cezanın caydırıcı olup olmadığı ile ilişkilidir.<sup>102</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen failin geçmişi ve sosyal ilişkilerini irdeleyecek olan hâkim, geçmişinde, sürekli olarak suç işleyen, toplumla uyumsuz bir görüntü çizen, aile ilişkilerinde, sosyal hayatta kargaşaya neden olan fail hakkında takdiri indirim uygulamamalıdır. Buna göre, failin geçmişte salt sabıkalı olması da takdiri indirim uygulanmaması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Örneğin, geçmişinde, taksirle yaralama, kasten genel güvenliğin tehlikeye sokulması gibi suçlar işleyen failin bu eylemlerinin, fail hakkında ne şekilde olumsuz bir kanaat oluşturduğunun karar yerinde yazılması gerekecektir. Şöyle ki, salt sabıkalı olmak, indirim yapılmaması için yeterli olmamakla birlikte, bu sabıkaların niteliği ve failin geçmişteki suç işleme potansiyelinin irdelenmesi de önem taşımaktadır.

<sup>102</sup> Nurcan Hamzaoğlu/Burcu Türk/Yasemin Sanal, "Ceza Soruşturması ve Yapımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208, s. 207.

Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ölçütü, geçmiş ve sosyal ilişkileri itibariyle olumlu kanaat uyandıran fail hakkında indirim yapılmasını gerektirecektir. Şöyle ki geçmiş ve sosyal ilişkileri olumsuz olan fail, fiilden sonra ve yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren olumlu tavırlar göstermiş olsa bile hakkında takdiri indirim uygulanmamalıdır. Failin, fiilden sonraki pişmanlığını gösteren davranışından; failin suç işledikten sonra, mağdurla olan ilişkisi, suçlamayı kabul edip etmemesi, pişmanlık duyup duymaması, zararı giderip gidermemesi, toplum karşısında nasıl bir tavır takındığı ve oluşan mağduriyeti giderip gidermediği gibi birçok husus anlaşılacaktır.

Failin suçu ikrar etmesi veya inkâr etmesi hususu, takdiri indirimin uygulanmaması açısından tek başına bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir.<sup>103</sup> Aksi düşünce, savunma hakkının ihlali niteliğinde veya faili, ikrara yönlendirme olarak anlaşılacaktır.

Fail geçmişinde suç işlememiş, toplum içerisinde saygınlığı olan birisi ise ve fiilden sonra ve yargılama sırasında da pişmanlık göstererek olumlu tavırlar sergilemiş ise bu fail hakkında, cezanın geleceği üzerinde etkileri de değerlendirilerek takdiri indirim uygulanmalıdır. Kanaatimizce, yasada belirtilen bütün koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde, indirim yapılması gerekmektedir.

Takdiri indirimine ilişkin bütün koşullar gerçekleşmesine rağmen, işlenen suç toplumda infial uyandıran veya ağır nitelikte bir suç ise hâkimin takdir hakkını ne yönde kullanması gerektiği hususunda farklı bakış açıları oluşmaktadır. Kanun'da, takdiri indirimin, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis için bile uygulanabileceği yazıldığına göre, suçun cezasının ağır olması hususunun, tek başına takdiri indirim uygulamama gerekçesi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri olarak, temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden farklı şekilde, suçun işleniş şekli, suçun niteliği, suçun işlendiği yer ve zaman, zarar ve tehlikenin ağırlığı gibi ölçütler esas alınmadığı için işlenen suçla ilgili birçok gerekçe, takdiri indirim yapılması veya yapılmaması gerekçesi olarak düşünülemeyecektir. Fail

<sup>103</sup> Yargıtay 8. CD. 24/01/2022; 2019/5275; 2022/1202 E. K.

hakkında olumlu veya olumsuz olarak değerlendirilen bir gerekçe, iki farklı düzenlemenin fail hakkında uygulanması veya uygulanmaması gerekçesi olarak karar yerinde yazılamayacaktır. Buna göre, tasarlayarak kasten öldürme suçunu işleyen fail hakkında, salt suçun tasarlanarak işlendiği belirtilerek takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilemeyecektir.<sup>104</sup> Aynı şekilde, cinsel istismar suçunu işleyen fail hakkında, suçun, salt yaşı küçük mağdura karşı işlendiği belirtilerek takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilemeyecektir. Buna karşın, kanunda belirtilen diğer gerekçeler kapsamında takdiri indirim uygulanmayabilecektir.

Bu noktada, işlenen suç dışında sabıkası bulunmayan fail hakkında, belirtilen suçlar nedeniyle indirim yapılması durumunda, toplum, yapılacak indirimleri, şiddetle reddedecek ve fail lehine yapılan bu indirimlerin, vicdanları rahatsız ettiği tezini ileri sürecektir.

7406 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle de bütün olumsuz özelliklerine rağmen mahkemeyi etkilemek için şekli tutum ve davranış gösteren kişiler hakkında, takdiri indirim uygulanmayacağı belirtilmek suretiyle, toplumsal beklentinin ve ceza adaletinin sağlanması hedeflenmiştir.

Kanaatimizce, failin geçmişi ve sosyal ilişkileri ile yargılama sırasında veya fiilden sonraki pişmanlık gösteren davranışları olumlu bile olsa, “cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi” gerekçe gösterilerek bu nitelikteki vahim olaylarda, takdiri indirim uygulanmamalıdır. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi, işlenen suç ve verilen ceza ile failin ıslah olması arasındaki orantıyı ifade etmektedir. Böylece, takım elbise giyerek veya güzel konuşarak duruşmadaki heyeti etkilemeyi tasarlayan failin işlediği suçun vahim olması durumunda, bu suçun cezasından indirim yapılmaksızın sonuç cezanın belirlenmesi, bu şekilde, hükmedilen cezanın failin geleceği üzerindeki etkisinin takdir edilmesi, suç ve ceza adaleti açısından önemli bir sonuç olacaktır. Failin daha fazla ceza almasının, toplum ve fail açısından daha yararlı olacağı, suçun işlenmesinin önlenmesi ve ıslah amaçlarının ancak bu doğrultuda yerine getirileceği mutlak ve adil bir gerekçe olarak kabul edilmelidir.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 589.

<sup>105</sup> Hamzaoğlu/Türk/Sanal, s. 207.

Takdiri indirim uygulanması durumunda toplumun vicdanen yaralanmasının önüne geçilmesi amacıyla, bazı suç tiplerinde, takdiri indirim uygulanmaması gerektiği dile getirilmekte ise de takdiri indirimin, işlenen suçla doğrudan bağlantısının bulunmaması, söz konusu indirimin, cezanın bireyselleştirilmesine dair temel araçlardan biri olması, bu şekilde yapılacak düzenlemenin, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak olması gibi nedenlerle, bu düşüncenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu bakış açısının yerine, yukarıda ifade edilen gerekçeler doğrultusunda, takdiri indirim gerekçelerinin, uygulayıcılar tarafından ayrıntılı ve gerekçeli olarak karar yerine yazılması daha yerinde olacaktır. Buna karşın, aynı suçu işleyenlerin, aynı cezayı almamasının, eşitlik ilkesine aykırı olmadığı da belirtilmektedir.<sup>106</sup>

Toplumun tatmin etmeyen veya eksik bırakan bir kanun hükmünün, âdil olduğu savunulamayacaktır. Bu kapsamda, adil bir hukuk sisteminin oluşturulması açısından, toplumun vicdanı ve toplumsal değerler ile etik kuralların birlikte düşünüldüğü yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.<sup>107</sup>

Toplumun beklentisi, suçu işleyen failin, suçla orantılı ceza alması ve suçu işledikten sonra gösterdiği şekli tutum ve davranışların, cezada bir indirim olarak uygulanmamasıdır.<sup>108</sup>

## SONUÇ

Ceza yargılamasının temel öğelerinden biri olan cezalandırma kavramı, toplumsal düzenin sağlanmasındaki en önemli araçlardan biri olarak görülmektedir. Bu aracı, yasaların belirlediği ilkeler çerçevesinde uygulayacak olan sùjeler ise verdiği kararları denetime tabi olan ve hukuka ve vicdana göre karar vermek zorunda olan hâkimlerdir.

TCK sisteminde, temel cezanın belirlenmesi açısından, Kanun'un 61. maddesinde belirtilen şartlara göre karar veren hâkim, yine yasada

<sup>106</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 561.

<sup>107</sup> Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2010, s. 31.; Adalet kavramı için bkz. Platon, Politeia, Samtliche Werke, Band V, hrsg. von H.Karlheiz, Frankfurt am Main 1991. s. 10 vd.; Aristoteles, Nikomaische Ethik, hrsg. von P. Gohlke, Buch V 29 a b, Paderborn 1956.

<sup>108</sup> Yasemin Işıktaç, Adalet Psikolojisi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 10 vd.

belirtilen artırımları ve indirimleri yaptıktan sonra, en son aşamada takdiri indirim uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

TCK'nın 62/2. maddesindeki takdiri indirim gerekçeleri ile aynı Kanun'un 50/1. maddesindeki seçenek yaptırımlara çevirmedeki gerekçeler, 51. maddedeki erteleme gerekçeler ve CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair gerekçelerin zaman zaman iç içe geçtiği görüldüğünden, belirtilen gerekçelerin içerik olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, takdiri indirimi uygulayan hâkimin, diğer lehe hükümleri uygulama zorunluluğu doğmakta veya tam aksi şekilde, bir hükmün uygulanmaması durumunda diğer hükümlerin de uygulanmaması gerekmektedir. Hâkim tarafından farklı bir uygulama yapılarak lehe hükümlerin bir kısmının uygulanması, bir kısmının uygulanmaması durumunda, gerekçeler arasında çelişkiler doğmaktadır.

Kanaatimizce, TCK'nın 62/2. maddesinde yer alan "*failin geçmişi*" kavramının, kanun maddesinden çıkartılması, bu maddenin, suç dışında, sadece faille ilgili bir gerekçe olarak bırakılması yerinde olacaktır. Bunun yapılmaması halinde, failin geçmişi nedeniyle takdiri indirim uygulamayan hâkimin, kişiliği nedeniyle seçenek yaptırımları uygulaması durumunda hükmün kendi içerisinde çelişki oluşturması söz konusu olacaktır.

Fail lehine olan hükümlere genel olarak bakıldığında, takdiri indirim nedenleri olarak belirtilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklindeki gerekçelerin, seçenek yaptırım gerekçeleri olarak belirtilen, suçlunun kişiliği ve ekonomik durumu, yargılama sürecindeki duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler şeklindeki gerekçelerin, erteleme gerekçeleri olarak gösterilen, suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat oluşması şeklindeki gerekçenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında gösterilen failin kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate verilmesi şeklindeki gerekçelerin birbirine çok yakın şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Öncelikle, belirtilen kavramlarının nasıl yorumlanması gerektiğinin kanunun gerekçesinde açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bunun dışında, bazı hükümlerde, “failin”, bazı hükümlerde, “suçlunun” şeklindeki ifadelerin kullanılmasının önlenerek kavram birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık yönünde olumlu kanaat oluşturan fail hakkında, cezanın ertelenmesine kararı verildiği anda, takdiri indirim uygulanmaması konusunda bir gerekçe oluşturulması imkânı azalmış olacaktır. Aynı şekilde, failin kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verildiğinde de takdiri indirim konusundaki takdir alanı daralmış olacaktır. Hâkim çelişkiye düşmemek adına, fail hakkında bütün lehe hükümleri zorunlu olarak uygulamak durumunda kalacaktır. Bu nedenlerle, belirtilen lehe hükümlerle ilgili olarak yasada değişiklik yapılması, kavramların, birbiriyle çelişmeyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, 7406 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, TCK’nın 62/2. maddesindeki gerekçelerin sınırlı olarak sayılması, “pişmanlık” kavramının maddeye eklenmesi, failin, mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirimde dikkate alınmaması ve takdiri indirim konusundaki kararların gerekçeli yazılması şeklindeki düzenlemeler, doğrudan toplumsal vicdanın tatmin olmasını sağlamaya yönelik adımlar olarak değerlendirilmektedir.

Takdiri indirim oranlarının düşürülmesi, takdiri indirim gerekçelerinin somutlaştırılması, toplumda infial uyandıran suçlarda, failin daha fazla cezalandırılmasının, fail ve toplum açısından yararlar sağlayacağına bir takdiri indirim gerekçesi olarak yazılması durumunda, uygulayıcılar ve toplum açısından ortak bir noktada buluşmuş olacaktır.

Bu düzenlemelerin dışında, belli suç tiplerinde takdiri indirim yapılmaması yönünde yapılacak değişikliklerin, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olacağını değerlendirmekteyiz. Ayrıca, bu şekilde, takdiri indirim uygulanmayacağı suç tiplerinin belirlenmesi halinde, hakkında takdiri indirim uygulanmayacağını bilen failerin, yargılama sürecini sürekli olarak sabote etmeleri ve yargılamayı yönetilemez bir duruma taşımaları ihtimal dâhilinde olacaktır. Bu şekilde de duruş-

maların sağlıklı yürütülmesi zorlaşacaktır. Bu nedenlerle, faili motive eden bu düzenlemenin bazı suç tipleri açısından tamamen kaldırılması yerine, toplumu da tatmin edecek bireylerin de anayasal haklarını koruyacak, yargılamaların da sağlıklı bir şekilde yürütmesini sağlayacak yasal değişikliklerin yapılması faydalı olacaktır.

Bu çerçevede, koşullu salıverilme ve denetimli serbestliğe ilişkin hükümlerin yeniden düzenlenerek, toplumsal beklentilerin karşılanması, öngörülen denetimli serbestlik sisteminin daha işler hale getirilmesi ve bu şekilde, suç işleyen faillerin cezalarının infaz edilmediği algısının ortadan kaldırılmasında yarar bulunmaktadır. Bu şekilde, toplumun, failin adalete uygun şekilde cezalandırıldığını görmesi, kamu vicdanının tatmin edilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi ile failin ıslah edilmesinin sağlanması mümkün olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aristoteles, *Nikomaische Ethik*, hrsg. von P. Gohlke, Buch V 29 a b, Paderborn 1956.
- Artuç Mustafa/Akkaya Çetin/Gedikli Cemil, *İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2008.
- Beccaria Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çeviren: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2010.
- Bilgin Nuri, *Sosyal Psikolojiye Giriş*, 5. Baskı, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2013.
- Centel Nur, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.
- Çakmut Özlem/Zafer Hamide/Centel Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008
- Çalışkan Suat, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Gedik Doğan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim olan İlkeler*, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, C: 2.



- Gerçeker Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- İşıktaç Yasemin, Adalet Psikolojisi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Füsün, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Füsün/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Jeschek Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları, (Çeviren: Yenisey Feridun, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Kindhauser Urs, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 46.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Kumbasar Enver, "Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2006.
- Lackner Karl/Kühl Kristian/Heger Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Baskı, CH Beck Yayıncılık, Münih, (2018), StGB § 46.
- Miebach K./Maier S., Münchener Kommentar zum StGB., CH Beck Yayıncılık, Münih, 2016, StGB § 54.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C:1, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar F. Yasemin/Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 889.
- Öztürk Bahri, Erdem/Mustafa Ruhan, Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Platon, Politeia, Samtliche Werke, Band V, hrsg.von H.Karlheiz, Franhfurt am Main 1991.

- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Toroslu Nevzat, Ceza Müeyyidesi, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2010.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007.
- Tröndle Herbert/Fischer Thomas, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München, 2004, § 46.
- Tüfekçi Elif, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2008.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve sözlük, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Yerdelen Erdal, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Walter Stree, "§ 46", İn: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München, 2001.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

## Makaleler

- Aygül Hasan Hüseyin/Şensoy Alara Fulya, "Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17(2), 533-551.
- Bacaksız Pınar, "Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:6, S:16., ss.82-99.
- Bacaksız Pınar, "Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı: 2014, ss. 4917-4941.
- Hamzaoğlu Nurcan/Türk Burcu/Sanal Yasemin, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208.
- Özen Muharrem, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2009., ss. 75-120.
- Özkazanç Alev, "Feminizm ve Hukuk Üzerine Eleştirel Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4., ss. 205-210.
- Soyaslan Doğan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2003, 11 (1-2), ss. 25-49.
- Taneri Gökhan, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 74, S: 2016/3, ss. 129-161.
- Türk Burcu/Sanal Yasemin, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208.

Uğur Hüsametdin, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, (91), ss. 300-334.

Üzülmez İlhan, "Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:3-4, Erzincan, 2006., ss.203-235.

Veldet Hıfzı, "Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, ss. 23-35.

### **Mahkeme Kararları**

[www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr)