

# ALMANYA’DA CEZANIN BELİRLENMESİNDEKİ DURUM\*

## Profesör Dr. Tatjana Hörnle, Berlin

**Tercüme Eden:**

**H. Kaan CANAN\*\***

Thomas Weigend, Almanya’da yaptırım uygulamalarının gelişimi ile birçok kez meşgul oldu. 2000’den 2013 yılına kadar olan dönemi kapsayan bir analizde durumu iyimser bir şekilde tasvir ediyor: Cezanın belirlenmesine dair uygulamamız liberal, rasyonel ve istikrarlı.<sup>1</sup>

### **I. Giriş: Thomas Weigend’in Tezi: “No News is Good News”**

Weigend makalesinin başlığında “No News is Good News” ifadesini kullanıyor. 21. Yüzyılın başındaki yıllar için şaşkıncu bir istikrarın mevcudiyetinden şüphe edilemez. Yine de endişe edilecek bir durum olmadığını ve ceza hukuku çalışmalarının başka sorunlara yönelmesi gerektiğini söylemek için henüz erken. Johannes Kaspar, yakın zamanda 72. Alman Hukukçular Forumu (DJT)<sup>2</sup> için hazırladığı raporunda önemli bir reform ihtiyacı olduğunu ortaya koydu.<sup>3</sup>

Weigend’in güven verici mesajı, sosyolojik bir makro perspektiften tasvir edilebilecek genel ceza düzeyine dayanıyor. Bu bağlamda, düşük ceza düzeyinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve önümüzdeki yıllar için sürekli bir istikrarın beklenip beklenemeyeceği gibi sorular sorulmalıdır (aşağıda III.). Kaspar’ın ele aldığı sorun ise uygulamacının bakış açısından, yani ilk defa ceza

---

\* Tatjana Hörnle, Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 2019, s. 282-295.

\*\* Doktora Öğrencisi, Münih Ludwig Maximilian Üniversitesi Hukuk Fakültesi/MÜNİH, e-posta: k.canan@campus.lmu.de, ORCID: 0000-0002-3311-4288.

<sup>1</sup> Weigend, in: Tonry (Hrsg.), Sentencing Policies and Practices in Western Countries: Comparative and Cross-National Perspectives (Crime and Justice Bd. 45), 2016, S. 83, 83f., 100ff.

<sup>2</sup> Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wie ein neues Strafzumessungsrecht? Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, 2017.

<sup>3</sup> Ebenso Verrel JZ 2018, 811 ff.; Kudlich/Koch NJW 2018, 2762 ff.  
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116915

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 01/10/2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 21/02/2022

belirleme kararlarını vermesi veya hakim meslektaşlarına öneride bulunması gereken, mesleğe yeni başlamış ceza hakimlerinin bakış açısından kendisini gösteriyor. Mesleğe yeni başlayan bu hakimler, Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) yetersiz ve çok genel hükümlerinin, değerlendirme sürecini yeterince yapılandırmamış olması ve kıyasi bir ağırlık değerlendirmesinden ceza miktarına varan belirleyici adıma nasıl yaklaşılacağına dair herhangi bir tavsiye vermiyor olması sorunu ile karşılaşmaktadırlar. Kaspar, StGB’nin 46. maddesinde ve yasal ceza aralıklarında bazı değişiklikleri savunuyor, ancak cezalandırma yönergelerine karşı çıkıyor. Bu konudaki son söz bu olmamalıydı. Karşılaştırmalı hukuka dayalı bir bakış gösteriyor ki, ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine (U.S Federal Sentencing Guidelines) yönelik (çokça paylaşılan ve haklı) eleştiriler meseleyi ortadan kaldırmıyor, çünkü İngiliz Cezalandırma Yönergelerinde daha uygun bir model bulunabilir (bkz. II.3.).

## II. İlk derece Mahkemeleri İçin Kılavuz Eksikliği

### 1. Cezanın Belirlenmesindeki Uyumsuzluklar

StGB’nin 46. maddesinin 2. fıkrasında listelenen cezanın belirlenmesine ilişkin faktörler, suçun ağırlığının değerlendirilebilmesi için işe yarar bir rehberlik sağlamaz. Yapılandırılmamış, sistemsiz ve suç öğretisine uygun olmayan<sup>4</sup> bir sıralama, cezanın belirlenmesi sürecine kaba bir çerçeve vermeye dahi uygun değildir. Tıpkı özel kısımdaki ceza aralıklarının, cezanın belirlenmesini kolaylaştırmak ve ilgililer için somut ceza tayinini tahmin edilebilir kılmak bakımından pek az faydası olması gibi.<sup>5</sup> Gerçek şu ki, mahkemeler mahkûmiyet kararını bir cezaya bağlama görevini yerine getirebilmek için başka yollar bulmak zorundalar. En yakın sezgisel çözüm de ilgili yargı bölgesinde alışlagelmiş olana uyum sağlamak.<sup>6</sup>

Yargı bölgelerinden veya federal eyaletlerden toplanan verileri değerlendiren istatistiksel çalışmalar, varsayılan varyansın yalnızca bir kısmını ortaya koyabilir. Alışlagelmiş olanı sorgulamak için iletişim alanı mahkemeler ve savcılıklardaki kendi dairesi ya da bölümü olduğu sürece, mahkemeler

<sup>4</sup> Bkz. Suç öğretisi ve cezanın belirlenmesi arasında bağlantı kurmanın gerekliliği hakkında Frisch GA 2014, 489ff.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 195 ff.

<sup>5</sup> Kaspar (Fn 2), C 107 ff.

<sup>6</sup> H.-J. Albrecht, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zu Kriminalitätensentehung und Kriminalitätskontrolle, 1983, S. 1297, 1322 ff.; Radtke DRiZ 2018, 250, 251.

içinde ve ayrıca yargı bölgelerinde de önemli ölçüde dahili farklılıklar olabilir. Bu tür farklı değerlendirmelerin, genel tablonun başka bir yargı bölgesi ile karşılaştırıldığında artık gözle görülür herhangi bir farklılık göstermediği ölçüde birbirini dengelemesi mümkündür. Ancak verilerin karşılaştırılması, bölgesel olarak farklı ceza tercihlerinin de olduğunu göstermektedir. Bu, yakın zamanda Volker Grundies tarafından gösterildi: Daha büyük coğrafi modeller oluşturan yargı bölgeleri arasında açık farklılıklar bulunmaktadır.<sup>7</sup>

## 2. Uyumsuz Ceza Tayinlerinin Değerlendirilmesi

Bölgesel farklılıklar nasıl değerlendirilmeli? Şu iki soru arasında bir ayırım yapmalıyız: ilk olarak, sanıkların ceza hükmünü ortadan kaldırmak için Anayasa'nın 3. maddesine dayanarak sonuç elde edip edemeyecekleri; ikinci olarak da, bölgesel farklılıkları ortaya koyan istatistiksel verilerin ceza belirleme sisteminde değişiklik yapmak için hukuk politikasına dair bir argüman oluşturup oluşturmadığı.

Bireysel temel haklar düzeyinde, hükümlülerin, her açıdan özdeş olan bir davanın başka bir yargı bölgesinde daha hafif bir ceza ile sonuçlanabileceğinden bahisle eşitlik ilkesinin (Alman Anayasasının 3. maddesinin 1. fıkrası) ihlal edildiğini ileri sürselerdi başarı şansları olmazdı. Başka bir sanığın daha az cezalandırılmasına ilişkin anayasaya aykırılık itirazları sonuçsuz kaldı.<sup>8</sup> Alman Anayasa Mahkemesinin bu konudaki çizgisi, ihtisas mahkemelerinin kararlarında sadece keyfi sapmalar olması durumunda müdahale edilmesi gerektiği yönündedir. Keyfi karar da alakasız değerlendirilmelere dayanıldığında söz konusu olur.<sup>9</sup> Gerçi bu noktada, ceza belirlenmesi kararlarında “bölgesel gelenekler” faktörünün de alakasız mülahazalar olduğu öne sürülebilir (hemen aşağıda). Ancak sorun, karşılaştırılan cezalardan hangisinin asıl uygun olan cezadan (bölgesel farklılıklar olmadan) ayrıldığının açıkça kanıtlanamamasıdır. Aynı durum temyiz için de geçerlidir: Alman Federal Mahkemesi (BGH) de cezanın belirlenmesindeki karşılaştırmaya dayanan temyiz başvurularının temelsiz olarak görüldüğünü vurguluyor.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Grundies, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, S. 511, 517 ff. S. Für einen Überblick zur Forschung Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn 482 ff.

<sup>8</sup> BVerfG BeckRS 1998, 20980.

<sup>9</sup> Bkz. örn. BVerfG, Beschluss v. 8.12.2006, 2 BvR 2226/06, Rn. 6; Beschluss v. 26.8.2014, 2 BvR 2172/13, Rn 15; Beschluss v. 1.6.2015, 2 BvR 67/15, Rn 17.

<sup>10</sup> BGH NSTZ 1991, 581; NJW 2011, 2597, 2598.

Yüksek mahkemelerin eşit olmayan ceza belirlemelerine dayanan temyizleri ve anayasaya aykırılık itirazlarını reddetmelerinin pratik nedenleri de olabilir. Aksi takdirde benzer davalardan oluşan bir sel ile karşılaşmak zorunda kalırlardı.

Bizim ceza hukuku perspektifimize göre asıl soru, “bölgesel eşitsizliklerin” tespitinin ceza belirleme hukukunda bir değişiklik önermek için neden oluşturup oluşturmadığıdır. Farklı ceza ölçümleri, yalnızca cezanın belirlenmesinde önem taşıyan şartların bölgeden bölgeye farklı olduğunu yansıtıyorsa, böyle bir imkan olmadığını gösterecektir.<sup>11</sup> Amaç şematik bir eşitlik değil, haksızlığa uygun olan cezaya ulaşmaktır. Bölgesel olarak ortaya çıkan daha yüksek cezalar, muhtemelen haksızlığı artıran ayrıntıların daha sık ortaya çıktığına da işaret ediyor, örneğin bazı yargı bölgelerinde profesyonel hareket eden faillerin daha fazla hasara yol açması, daha fazla silahın dolaşımında olması veya birden fazla sabıka kaydına sahip daha fazla fail olması gibi. Ancak Grundies tarafından tespit edilen bölgesel ceza ölçüm tercihlerindeki farklılıkların, tamamen veya en azından büyük ölçüde olayların ayrıntılarındaki ceza belirlenmesine ilişkin farklılıklardan kaynaklanacak şekilde yorumlanması pek makul olmayacaktır. İstatistiksel hesaplamada temel cezalandırma faktörleri (suçun şiddeti ve suç geçmişi) kontrol edildi.<sup>12</sup> Eldeki verilerle kesin olarak tespit edilemeyen diğer koşullar bazen farklılık gösterse bile, bu durum bariz bölgesel kalıpları açıklamak için yeterli olmayacaktır.

Olaylar arasında bariz farklar olmasa bile, bölgesel olarak cezanın farklı belirlenmesi, örneğin federal sisteme atıfta bulunularak kabul edilebilir olarak sınıflandırılmaktadır<sup>13</sup> Fakat daha açık bir ayrım yapılması gerekecektir. Bölgesel farklılıkların iki olası açıklaması vardır: Ya kökleri tam olarak açıklanamayan ancak yerel gelenekler olarak devam eden açık uzlaşılar söz konusudur ya da farklı bölgesel geleneklerin ardında yargı alanları arasında aktüel, sosyolojik olarak açıklanabilir gerçek farklılıklar vardır. Bu tür sosyolojik farklılıklar alakalı bölgeye ait halkın farklı cezalandırma gereksinimleri olarak tanımlanabiliyorsa, cezanın belirlenmesi için önemli

<sup>11</sup> 72. DJT’de, Başsavcı Fünfsinn, bölgesel farklılıkların “kendiliğinden yasadışı” olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, çünkü yerel bağlamın cezaların belirlenmesiyle ilgili farklılıklar gösterebileceğini savundu (Başsavcı Prof. Dr. Helmut Fünfsinn’in tezleri in: Thesen der Gutachter und Referaten (Homepage des DJT), III. Nr. 4).

<sup>12</sup> Grundies (Fn 7), S. 515.

<sup>13</sup> BGH Hakim Prof. Dr. Andreas Mosbacher’in sunumundaki tezler; Thesen der Gutachter und Referenten (DJT Anayasayfası), II. Nr. 14.

olabilir. Bu iki açıklamadan ilki (açık uzlaş) normatif bir bakış açısından bariz bir problem teşkil eder. Hukuk devletine dayalı bir ceza muhakemesi, ceza miktarının gerekçelendirilmesinde şeffaflık gerektirir.<sup>14</sup> Hüküm giymiş bir kişiye ceza miktarının neden uygun olduğuna dair verilen bilgi, bu şartlar altında ancak „bizde böyle, neden böyle olduğunu biz de bilmiyoruz“ şeklinde olabilir. Bu da cezai bir yaptırım olan özgürlüğe müdahale için yeterli bir gerekçe olmayacaktır. İkinci olası gerekçelendirmeyi, yani yerel halkın farklı cezai gereksinimlerine atıfta bulunulmasını değerlendirmek daha zordur. Eğer Kaspar gibi cezanın amacı “hukuki barışı sağlamak” olarak kabul edilirse,<sup>15</sup> hukuki barışın yeniden tesisi için gereksinimlerin bölgeden bölgeye farklılık gösterebileceği düşünülebilir. Ama bu durumda da, federal bölgede gerçekten de bölgesel olarak farklı cezalandırma gereksinimleri olduğuna dair ampirik olarak desteklenmiş kanıtlar sağlanması her halükarda gerekli olacaktır. Sadece cezanın ölçümüne dair farklılıklara atıfta bulunmak yeterli değildir. Böyle bir kanıtın elde edilebilmesi bana şüpheli görünüyor. Bölgesel cezalandırma alışkanlıklarının tasvir edildiği tabloya bakıldığında,<sup>16</sup> bunun tamamen veya baskın olarak ilgili yargı bölgelerindeki sakinlerin farklı cezalandırma ihtiyaçlarıyla açıklanması pek olası değildir.

Bu nedenle, ceza belirleme hukuku için bir optimizasyon gerekliliği anayasal eşit muamele ilkesinden türetilir, bu durumda optimizasyon, cezayı bölgesel geleneklerden daha bağımsız hale getirme hedefini takip etmelidir.<sup>17</sup> Hukuk kurallarını iyileştirmek için hukuk bilimi ve hukuk politikası gereklidir. Bunlar, yargıçları “deneyimli meslektaşlara sormanın” De-facto rehberliği ile yalnız bırakmak yerine, onlara mümkün olduğu kadar açık bir şekilde rehberlik etmelidir. Kaspar, “belirli bir eşitsizliğin”, “karmaşık yargısal değerlendirmenin kaçınılmaz sonucu” olduğuna dikkat çekiyor.<sup>18</sup> Ceza belirleme hukukunun optimize edilmesinden sonra bile, her zaman küçük bir karar alanı kalacağı doğrudur. Ceza ölçümünün kesin olarak öngörülebilirliği ve özdeş kararlar, ancak ceza ölçümü çok az parametreye bağlı olsaydı beklenebilirdi. Bu tür bir aşırı basitleştirme, bazen eylemin haksızlığını etkileyen faktörlerin dikkate alınmadığı bir duruma yol açardı.

---

<sup>14</sup> Aynı şekilde Kaspar (Fn 2), C 10.

<sup>15</sup> Kaspar (Fn 2), C 104.

<sup>16</sup> Grundies (Fn 7), S. 519.

<sup>17</sup> Bkz. Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 14 f.; Hörnle, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 105, 121 ff.

<sup>18</sup> Kaspar (Fn 2), C 89.

Ancak bu anlayış cezanın belirlenmesine ilişkin yasal parametreleri açıklığa kavuşturarak eşitliğin iyileştirilmesini engellemez.

### 3. Ceza Belirleme Kılavuzları

Yasal yönergeleri iyileştirme talebinden ne sonuç çıkıyor? Uygulanması nispeten kolay olan bir olasılık, Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin temel bir revizyonu olabilir. 72. DJT’de oylayanlar ılımlı taleplerini sadece kısmen benimseseler de,<sup>19</sup> Kaspar kongredeki raporunda bu yolu önerdi.<sup>20</sup> Torsten Verrel’in kongreden önce katılımcılara dilediği reform cesareti<sup>21</sup> gerçekleşmedi. Gerek raporda gerekse sunumlarda cezalandırma yönergeleri konusunun yeterince ayrıntılı olarak ele alınmamış olması üzücüdür. Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin değiştirilmesine ilişkin öneriler, cezanın belirlenmesi hususunda pek etkili olmayacaktır. Ancak, cezaları hafifletmek veya ağırlaştırmak için cezanın belirlenmesine ilişkin hangi kriterlerin dahil edilebileceğine dair az sayıda açıklama ile, ceza verme sürecinin gerçekten yapılandırılması hedefinden hala uzak kalmış olur.

DJT’deki oylamalar, güçlü Status-quo etkisinde oldukları için hukuk sosyolojisi perspektifinden bakıldığında ilginçtir. İnsanların tanıdık olana inatla tutunmasına neden olan Status-quo etkileri davranışsal ekonomiden iyi bilinir.<sup>22</sup> Bunların özellikle hukukçular arasında ve cezalandırma konusunda belirgin olduğunu varsaymaya cesaret edebilirim. Hukukçular kongresinde ne uzman görüşleri ne de konuşmacılar, cezalandırma yönergelerinin olasılığını ciddi olarak ele aldı. Diğer iki konuşmacının aksine, bölgesel ceza ölçüm eşitsizliklerini çokça eleştiren Avukat Ines Kilian bile,<sup>23</sup> bundan hiçbir şekilde ceza yasasında değişiklik yapılmasının gerekli olduğu sonucuna varmadı. Konuşmacıların ifadeleri yalnızca cezalandırma yönergeleri hakkındaki yaygın olumsuz yargıları yansıtıyordu: “ceza hukukunun insanlıktan çıkarılması ve matematikleştirilmesi”<sup>24</sup>; “bireysel dava adaletinin

<sup>19</sup> Bkz. Ceza adaleti dairesi oylama sonuçları Nr. 8 ve 9 (Homepage des DJT).

<sup>20</sup> Kaspar (Fn 2), C.104ff.

<sup>21</sup> Verrel JZ 2018, 811, 812, 815.

<sup>22</sup> Kahneman/Knetsch/Thaler The Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193 ff.; Samuelson/Zeckhauser Journal of Risk and Uncertainty 1 (1988), 7 ff.

<sup>23</sup> Bkz. yakında DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Band II/1: Sitzungsberichte — Referate und Beschlüsse (henüz yayımlanmadı); Leipzig’teki sözlü sunuma dayanıyorum.

<sup>24</sup> Avukat Dr. Ines Kilian’ın tezleri için: Thesen der Gutachter und Referenten (Homepage des DJT), I. 3.

vahim düzeyde eşitlenmesi”<sup>25</sup>; “görünüşte benzer vakaların şematik olarak cezalandırılması”<sup>26</sup>.

Ne yazık ki, Alman sistemine farklı alternatifleri farklı bir şekilde ele alma fırsatı kaçırıldı. İncelemeyi yapan kişi, cezalandırma yönergeleri için yalnızca bir uygulama örneğine atıfta bulunduğundan, yani ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine, tartışma da dar bir çizgide ilerlemiştir. Bununla birlikte, yalnızca iki seçeneğin olduğunu varsaymak yanlış olur: ya ceza kanunundaki bazı genelleştirilmiş referanslar ve geniş kanuni ceza aralıkları dışında ceza belirlenmesini önceden yapılandırmayan Alman hukuk sistemi ya da ABD Cezalandırma Yönergelerinin katı sistemi. Gerçekçi olarak, cezalandırma kılavuzlarına yönelik farklı modeller hakkında raporda daha uzun bir bölümün, bunların avantaj ve dezavantajlarıyla başa çıkma isteğini önemli ölçüde artırması beklenemez. Bu, Leipzig’deki müzakerelerin muhafazakâr seyrini engelleyemezdi. („muhafazakar“ siyasi koordinatlara değil, tecrübeli hukukçuların özelliği olan, aşına oldukları hukuk sisteminin temel yapılarındaki ısrara atıfta bulunur). Ancak hukuk bilimi ve mukayeseli hukuk perspektifinden bakıldığında odağı ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine doğru daraltmanın yanıltıcı olduğu vurgulanmalıdır.

Kaspar, Amerikan ceza sistemlerinin çeşitliliğinden sadece kısaca bahsediyor.<sup>27</sup> ABD’deki eyaletlerin yalnızca yarısında ceza yönergeleri var; diğer eyaletlerde yargıçlar, Alman sisteminde olduğu gibi, bazen geniş takdir yetkileriyle karar verirler.<sup>28</sup> ABD ceza hukuku uygulamasının gözlemcileri, (Amerikan hukuk literatüründe de belirgin olan) federal ceza hukuku ve ceza yargısına odaklanılmasından şikayet etmektedir, oysa bunlar mahkumiyet ve mahkumların sayısında yalnızca küçük bir rol oynamaktadır.<sup>29</sup> Eyaletlerin pratikte çok daha önemli olan cezalandırma uygulamasına<sup>30</sup> (çoğu suç, tek tek

---

<sup>25</sup> Fünfsinn (Fn 11), I. 3.

<sup>26</sup> Mosbacher (Fn 13), I. 3.

<sup>27</sup> Kaspar (Fn 2), C 77. DJT’deki tartışmaya haklı bir eleştiri Grosse-Wilde ZIS 2019, 130, 131ff.

<sup>28</sup> Bkz. ABD’de her iki ceza belirleme durumu için de halen kısmen çok geniş takdir yetkisi olduğuna dair Reitz, in: Petersilia/Reitz (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, 2012, S. 270, 274 ff.

<sup>29</sup> Pfaff, *Locked in, The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, 2017, S.13 ff.

<sup>30</sup> Bkz. Washington’daki yönergeler için: Stith *Law & Contemporary Problems* 76 (2013), 105 gg., ve Minnesota: Reitz, in: Aschworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, 2013, S. 182 ff.

ABD eyaletlerinin ceza kanunlarına göre değerlendirilir) daha az ilgi gösterilir. Daha yakından bir bakış, 51 sistem arasında önemli farklılıklar olduğunu ve genellikle sert cezalar olduğuna ilişkin genelleştirici yargının daha yakın bir inceleme gerektirdiğini gösterir.<sup>31</sup>

Ünlü ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine odaklanıldığında bir dizi haklı eleştiri söz konusudur, örneğin: çocuk pornografisi<sup>32</sup> gibi bazı suçlar için ağır asgari cezalar ve genel olarak yüksek ceza düzeyi.<sup>33</sup> Eğer hem ortalama ceza yüksekliği hem de toplam mahkum sayısı daha düşük olsaydı, örneğin Almanya’daki düzeyde ve kısmen aşırı yüksek asgari cezalar ve tekrarlanan suçlar («three strikes and you’re out») için ceza artırımı olmasaydı, eleştirel sesler korosunu yine de duyar mıydık, ilginç bir soru. ABD’de federal düzeyde cezalandırmaya yönelik süregelen eleştiriler, çoğunlukla bu sorun alanlarının tamamını içermektedir.<sup>34</sup> Kaspar’ın raporunda vurguladığı bir başka eleştiri noktası, ceza ölçümünün olaya özgü durumlara göre uyarlanması imkanının en baştan çok kuvvetli şekilde kısıtlanmasıydı. Bir tabloda verilen ve fiilin ağırlığı ve önceki mahkumiyet sayısı olmak üzere iki kategoriye göre belirlenen ceza sınırları bağlayıcı ve dardı. Ancak bu Supreme Court’un U.S. v. Booker kararından bu yana değişti.<sup>35</sup> Federal Cezalandırma Yönergeleri o zamandan beri yalnızca tavsiye niteliğinde olmuştur.

72. DJT’de cezalandırma yönergelerinin dezavantajları güçlü bir şekilde vurgulanırken, olası avantajlarından söz edilmedi. Farklı mahkemelerdeki ve bölgelerdeki hakimlerden (en azından aynı zamanda) oluşan bir uzman komisyon tarafından ceza belirleme kararlarının yapılandırılması için makul sebepler mevcuttur.<sup>36</sup> Bir ceza belirleme komisyonu kanun koyucudan ve ceza hakiminden daha iyi kararlar verebilir. Meslektaş çevrelerine kapsamlı bir şekilde danışmalar dahi, yargıçlar bireysel olarak geniş genel bir bakıştan yoksundurlar. Kanun koyucunun çalışma koşulları en hafif tabirle elverişsizdir.

<sup>31</sup> Pfaff (Fn 29), S. 14 ff.; Hörnle, in: Brown/Turner/Weisser, The Oxford Handbook of Criminal Process (im Druck), S. 887, 905.

<sup>32</sup> Steiker Law & Contemporary Problems 76 (2013), 27 ff.

<sup>33</sup> Bkz. Örneğin: Travis u. a., The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences, 2004; Tonry, in: ders. (Hrsg.), Crime and Justice. A Review of Research, Bd. 44 (2015), S. 99 ff.

<sup>34</sup> Hofer Univ. Of Toledo Law Review 47 (2015/2016), 649 ff.

<sup>35</sup> 543 U.S. 220 (2005).

<sup>36</sup> Bkz. aynı yönde Kudlich/Koch NJW 2018, 2762, 2764: »Almanya’da da oldukça makul«; Streng StV 2018, 593, 600.



Ceza hukukunda, kanun değişikliklerinin büyük bir zaman baskısı altında, kısmi bir şekilde ve daha geniş sistematik bağlamlara çok az dikkat edilerek yapıldığından sürekli olarak şikâyet edilir.<sup>37</sup> Bu, milletvekillerinin bireysel başarısızlıklarından değil, kolayca değiştirilemeyecek koşullardan kaynaklanmaktadır. Tüm büyük hukuk politikası projeleri üzerinde çeşitli faktörlerin olumsuz etkisi vardır: medya tarafından şekillendirilen siyasi sistemdeki konulara çok kısa dikkat süreleri; büyük projeler için nesnel olarak çok kısa olan yasama süreleri; ve kırılmalı gelecekte artması muhtemel olan koalisyonlardaki sınırlı eylem seçenekleri. Bu açıdan, daha sonra Federal Adalet ve Tüketicinin Koruması Bakanlığı'nda arşivlenecek bir rapor hazırlamak amacıyla değil, kalıcı bir kurum olarak, uygulanabilir ilkeleri geliştirmek ve periyodik olarak revize etmek için iyileştirilmiş ceza belirleme kurallarının detaylarına ilişkin sorumluluğun bir komisyona devredilmesi üzerinde ciddi bir şekilde durulmalıdır. Weigend bunu daha 1988'de önerdi.<sup>38</sup> Kaspar tezlerinde tipik vaka kümelerinin ceza belirlemesi için ampirik bilgilerin toplanmasıyla sınırlı bir ceza belirleme komisyonu çağrısında bulundu.<sup>39</sup> Verrel'in tipik ceza ölçümleri hakkında daha iyi verilerin, kolluk kuvvetleri istatistiklerini düzelterek nispeten daha kolay elde edilebileceği önerisi, böyle bir komisyonun çalışması için bir başlangıç noktası olarak kesinlikle mantıklı olacaktır.<sup>40</sup> Bununla birlikte, ceza belirleme komisyonu yerleşik uygulamalar üzerinde de eleştirel bir şekilde düşünmelidir.

Maalesef, Almanya'da bir ceza belirleme komisyonunun faaliyetleri ve yönerge için ilginç bir modele çok az dikkat gösterilmekte: İngiliz modeli.<sup>41</sup> DJT'nin bu modelle meşgul olması, yıllardır eleştirilen ABD Federal Cezalandırma Yönergeleri ile meşgul olmasından daha faydalı olurdu. İngiltere ve Galler Ceza Belirleme Kurulu (Sentencing Council for England and Wales), esas olarak yargıçlardan oluşan bağımsız, daimî bir komisyondur. Kurulun ana görevlerinden biri, mahkemelerin kararlarında dikkate alması gereken ceza belirleme kılavuzları oluşturmaktır. Kurulun oluşumuna, görevlerine ve hepsinden önemlisi, yönergelere, iyi tasarlanmış ve anlaşılır

---

<sup>37</sup> Ceza aralıklarına dair örn.: Verrel JZ, 2018, 811, 814; Hettinger, FS für Streng, 2017, S. 241,251.

<sup>38</sup> Weigend, FS 600-Jahr-Feier Universität zu Köln, 1988, S, 579, 601 f.

<sup>39</sup> Kaspar (Fn 2), C 120.

<sup>40</sup> Verrel JZ 2018, 811, 814.

<sup>41</sup> Bkz. buna ve diğer modellere dair: Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 255; Grosse-Wilde ZIS 2019, 130,133 f.

bir internet sitesinden erişilebilir.<sup>42</sup> Komisyon, önceki İngiliz ceza belirleme komisyonlarının ve kılavuzlarının uzun yıllara dayanan deneyiminden etkilenmiştir.<sup>43</sup> Amaç, mahkemelere ilgili hususlarda adım adım rehberlik etmek ve böylece önemli ölçüde sistematik ve tutarlı karar vermeyi mümkün kılmaktır. İlk adım, öncelikle Alman terminolojisinde neticenin ve hareketin haksızlığı ile ilgili olan, suça özgü nesnel ve öznel koşullar listesini gözden geçirmektir. Bu temelde, bir somut olay birçok farklı ağırlık kategorilerinden birine atanabilir. Bu kategorilerin her birine bir başlangıç noktası olarak numaralandırılmış bir ceza miktarı ve aşağı ve yukarı sapan bir ceza aralığı belirlenmiştir. Bunu ağırlaştırıcı ve hafifleştirici koşulların uzun bir listesi takip eder, bu koşulların varlığı başlangıç noktasından aşağı veya yukarı doğru sapmaya izin verir. Bu listenin nihai olmadığı kabul edilir ve bu basamakta koşulların yığılması söz konusu olursa ceza sınırlarını terk etmek mümkündür.

Burada İngiliz ceza belirleme yönergelerinin son ve ayrıntılı bir değerlendirmesini yapmak istemiyorum<sup>44</sup> – özellikle bazen yüksek olan başlangıç noktaları eleştirilebilir. Ancak temel metodolojik yaklaşım dikkate değer: Bir yandan ceza belirleme sürecini adım adım bir kılavuz ve bir başlangıç noktası ile yapılandırmak, diğer yandan olağan dışı durumlarda ceza aralıklarından sapmalara izin vermek. Yasal olarak büyük ölçüde düzenlenmemiş, bölgesel olarak oluşmuş tecrübeye dayalı Alman ısrarından daha rasyonel bir süreç söz konusu. Şeffaf bir ceza belirleme yolu, Alman ceza ölçümünün Black-Box karakterine tercih edilmelidir. Yapılandırılmış, adım adım ilerleyen karar süreçleri ceza kararında gerekçenin, ceza ölçüsünü fiilen belirleyen düşüncelere daha büyük ölçüde uymasını mümkün kılacaktır.<sup>45</sup>

Ancak ikinci bakışta Alman modelinin avantajlarından söz edilebilir. Düzenlenmemiş ve şeffaf olmayan karar verme süreci tatmin edici olmasa da cezaların genel düzeyine bakıldığında daha iyi sonuçlara ulaşıldığı için bu eksikliğin telafi edildiği söylenebilir. Bu noktada Thomas Weigend’in başta bahsedilen makalesiyle bir bağlantı kurulmalıdır.

<sup>42</sup> <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>.

<sup>43</sup> Bkz. İngiltere’de ceza yönergelerinin tarihi için: Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6. Aufl. 2015, S. 23 ff.; Roberts/Ashworth, in: Tonty (Hrsg.), Crime and Justice. A Review of Research 45 (2016), S. 307 ff.

<sup>44</sup> Bkz. daha geniş bir açıklama için: Ashworth/Roberts (Hrsg.), Sentencing Guidelines. Exploring the English Model, 2013; Roberts Law & Contemporary Problems 76 (2013), 1 ff.

<sup>45</sup> Bkz. Gerekçelere ve yargısal yaptırım kararlarına ilişkin farklılıklara dair: R. Hassemer MSchrKrim 66 (1983), 26 ff.

### III. Ceza Seviyesi

#### 1. Status quo

Weigend'a göre, Alman ceza yargısı çekingenlik ve sağduyu ile karakterizedir.<sup>46</sup> Bu çekingenlik açıkça gösterilebilir. Bir hukuk sisteminin cezalandırıcılığına ya da cezaların ağırlığına ilişkin göstergeler, mahkumların sayısı (100.000 kişiye düşen mahkûm sayısı), özgürlüğü kısıtlayıcı ve kısıtlayıcı olmayan cezaların nispi oranı ve hapis cezalarının uzunluğudur. Ülkeler arası karşılaştırmalarda cezalandırma seviyelerindeki farklılıkları mahkûm sayısını kullanarak tanımlamak yaygındır.<sup>47</sup> 2016 yılı Avrupa konseyi ülkelerine ilişkin veriler, Almanya için ortalamanın oldukça altında olan nispeten düşük değerler göstermektedir<sup>48</sup> (ancak daha ayrıntılı bir analiz, Almanya içinde önemli farklılıklar göstermektedir)<sup>49</sup>. 2017 yılı için Alman ceza istatistiklerine bakıldığında, Weigend'in atıfta bulunduğu 2013 verilerinden önemli bir sapma görülmemektedir. Tüm mahkumiyetlerin %81'inde hala para cezası tercih ediliyor<sup>50</sup>, ertelenmemiş hapis cezaları tüm mahkumiyetlerin sadece %6,3'ünü oluşturuyor,<sup>51</sup> ve çok nadiren müebbet hapis cezası uygulanıyor (91 dava).<sup>52</sup> Weigend, daha eski bir makalesinde (2001 yılından) gelecek için karamsar bir tahminde bulunmuştu ve ayrıca Almanya için cezalandırmanın artması yönünde bir eğilim ve cezalarda gözle görülür bir artış öngörmüştü.<sup>53</sup> Şimdi, o zamanki değerlendirmesinin gerçekleşmediği için rahatladığını ifade ediyor.

---

<sup>46</sup> Weigend (Fn 1), S. 100.

<sup>47</sup> Bkz. örn.: Tonry, in: Tonry/ Frase (Hrsg.), Sentencing and Sanctions in Western Countries, 2001, S. 3, 8 ff.; Dünkel/Geng/Harrendorf Bewährungshilfe 63 (2016), 178 ff.

<sup>48</sup> Council of Europe Annual Penal Statistics (<http://wp.unil.ch/space/>), Space 1-2016 , S. 37, 100.000 nüfusa düşen mahkum sayısı, Almanya: 78,4; Fransa: 102.6; Büyük Britanya: 146.1; Türkiye: 244.6; Ortalama: 127.2, medyan: 117.1. İskandinav ülkelerinde ve Hollanda'da mahkum sayısının daha düşük olduğunu bildiriyor: İzlanda: 37.3; Finlandiya 56.7; İsveç: 58,5; Danimarka: 59.7, Norveç: 73.9; Hollanda: 51.4 (Hollanda'daki önemli dalgalanmalar için bkz. Dünkel/Geng/Harrendorf Bewährungshilfe 63 (2016), 178, 181 f..

<sup>49</sup> Dünkel/Geng/Harrendorf Bewährungshilfe 63 (2016), 178, 179, 189 ff.

<sup>50</sup> Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2017, S. 92: 406.676 von 501.765 Verurteilungen (alle Straftaten ohne Straftaten im Straßenverkehr).

<sup>51</sup> Statistisches Bundesamt (Fn 50): 96.087 Freiheitsstrafen, davon 64.582 mit Bewährung, 31.305 ohne Bewährung.

<sup>52</sup> Statistisches Bundesamt (Fn 50); S. 161. Wegen Mordes verurteilt wurden 113 Personen, S. 168.

<sup>53</sup> Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 188, 209 ff.

Düşük düzeyde cezalandırmanın süren istikrarı sosyolojik perspektiften de ilginç, çünkü bu Franz Streng’in hukuk öğrencilerinin cezalandırmaya yönelik tutumları üzerine yaptığı uzun vadeli anketlerinde de görülebilir. Streng, cezalandırıcı tutumların yıllar içinde arttığını belirtiyor.<sup>54</sup> Bundan hareketle, bu değişimin ceza mahkemelerinin uygulamasında yavaş yavaş kendini göstermeye başlaması şaşırtıcı olmazdı. Bu yüzden, ceza belirlenmesi uygulamasındaki istikrar kurumların standartlaştırıcı etkisinin bir göstergesi olarak da değerlendirilebilir. Gençler, uzun hukuk eğitimi sırasında kendi fikirlerini törpülemeye hazır durumdadırlar. (Özellikle yeterince kesin yönergelere sahip olmadıkları için meslektaşlarının talimatlarına güvenmek zorunda kaldıklarında).<sup>55</sup> Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakıldığında, örneğin Almanya ve ABD’yi karşılaştırırken görülebilen yaptırımların şiddetindeki farklılıklar,<sup>56</sup> ceza yargısının farklı örgütlenmesi veya yargıçların mahkeme teşkilatı içinde kendi konumlarını kavrayışları ile de açıklanabilir.<sup>57</sup> Hakimler seçilir ve bireysel kişilikler olarak algılanırsa, uyum sağlama baskısı daha azdır ve seçmenlerin görüşlerini dahil etmek Alman ceza yargı sistemine göre daha kolaydır. Alman yargısı, tek tipleştiren ve bireysellikten arındıran bürokratik bir güç<sup>58</sup> olarak tanımlanabilir.

## 2. Değerlendirme

Weigend, Alman ceza ölçümü uygulamasının istikrarını ve diğer Avrupa ülkelerine kıyasla düşük ceza seviyemizi takdir ediyor.<sup>59</sup> Bu ilk bakışta makul duruyor, çünkü hapis cezalarının temkinli kullanılması için birçok bariz ve önemli neden var: İnsanların acısını en aza indirmek, cezaevinde kalmanın potansiyel olarak daha fazla istikrarsızlaştırıcı etkisi ve kamu kaynaklarının korunması.<sup>60</sup> Bu nedenle, Alman mahkemelerinin temkinli ve

<sup>54</sup> Streng, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel*, 2014, S.72 ff.

<sup>55</sup> Profesyonel sosyalleşmenin önemine dair ayrıca: Albrecht (Fn 6), S. 1323 f.; ders., *FS für Streng*, S. 185,198.

<sup>56</sup> ABD mahkum oranı: 2016’da 450 (Bureau of Justice Statistics, *Prisoners in 2016*, <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=6187>); Almanya: 78,4, yukarıda Fn 48.

<sup>57</sup> Hörnle (Fn 31), S. 907.

<sup>58</sup> Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. (Studienausgabe) 1980, S. 551 ff.

<sup>59</sup> Aynı şekilde Albrecht, *FS für Streng*, S:185, 192 f.:»Kararlılık ve tutarlılık, cezalandırıcı etkilerin efektif bir şekilde sınırlandırılması«.

<sup>60</sup> 2014/2015’te bir günlük gözaltı ortalama 129,4 Euro’ya mal oldu, bkz. *Prisons in Europe 2005 -2015, Germany Country Profile*, <http://wp.unil.ch/space/files/2018/12/Germany.pdf>, S. 1.

istikrarlı uygulamaları oldukça anlaşılabilir. Antje du Bois-Pedain Alman ceza belirleme uygulamasını normatif düzeyde ceza ölçümünde yargıç takdirine başvuruyu savunmak için kullanıyor.<sup>61</sup>

Bununla birlikte, Black-Box stratejisine sahip Alman sistemi övüldüğünde, belirli bir derece memnuniyetsizlik söz konusu oluyor, özellikle ceza yönergelerinin insan onuru gibi yüksek değerlerden yola çıkarak kategorik şekilde reddedilmesi durumunda. Mosbacher, 72.DJT'deki tezlerinde, insan onuru ilkesinin failin kişiliğinin yeterince dikkate alınmasını gerektirdiğini ve "sıkça işlenen basit suçlar hariç" "hemen hemen her olayın" ceza yönergelerinde ortaya konamayacak hususiyetleri olduğunu savundu.<sup>62</sup> İstisna durumunun da açıklanması gerekiyor: Kusur ilkesinden insan onurunun bir neticesi olarak ceza ölçümünün kapsamlı şekilde bireyselleştirilmesi gerekliliği çıkarılıyorsa, bunun neden basit suçlara uygulanmaması gerektiği belirsizliğini koruyor. Faillerin saikleri, yaşam koşulları ve kişilikleri, diğer suçlarda olduğu gibi basit hırsızlık ve biletsiz kaçak yolculuk durumlarında da muhtemelen heterojen olacaktır. Aynı zamanda, jürili ceza hakimliğinin (Schöffengericht) hem de eyalet mahkemesi (Landgericht) hakimlerin düzenli olarak ayrıntılı kişilik profilleri oluşturduğu ve kişiselleştirilmiş cezalar uyguladığı fikri, yalnızca zaman gereksinimi çok yüksek olacağından gerçekçi değildir.<sup>63</sup> İlkelerin ve değerlerin törensel tasdiki ile Alman ceza uygulamasının istikrarı ve göreceli yumuşaklığı için en makul açıklamanın fiili olarak sistemin uyusukluğunda<sup>64</sup> ve şeffaflık eksikliğinde bulunması arasında belirli bir boşluk var.

Ayrıca, görece ılımlı bir ceza belirleme uygulamasının istikrarı, yalnızca ilk bakışta bir takdir sebebi olabilir. Normatif yeterliliğe ilişkin nihai bir yargı, bir dizi başka faktörün kapsamlı şekilde incelenmesini gerektirir. Her şeyden evvel, suçların sıklığı, özellikle suçun ağırlığına göre göreceli dağılımı kayıt altına alınmalı ve verilen cezalar ile ilişkilendirilmelidir. Fakat bu, mümkün olanın çok ötesine geçen ve metodolojik zorluklar barındıran karmaşık kriminolojik araştırmalar gerektirecektir. Bu nedenle düşüncelerimi diğer iki faktörle sınırlandırıyorum: birincisi, halkın tutumu; ikincisi, farklı ceza türleri

---

<sup>61</sup> Du Bois-Pedain Criminal Law Forum 28 (2017), 391,423 ff.

<sup>62</sup> Mosbacher (Fn 13), S. 28.

<sup>63</sup> Weigend, FS 600-Jahr-Feier Universität zu Köln, S. 579, 599; Kunz, in: Kielwein (Hrsg.), Entwicklungslinien der Kriminologie, 1985, s. 29, 33 ff.; bkz. ağır suçlarda dahi cezayı belirlemek için çok az faktör kullanıldığına dair, H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994.

<sup>64</sup> Weigend da bu şüpheyi dile getiriyor (Fn 1), S. 104.

arasında bir seçim yapıldığında etkilenen hükümlülerin sosyal durumu.

Toplumda ceza belirleme pratiğine karşı eleştirel bir tutumun işaretleri var. Allensbach Demoskopi Enstitüsü tarafından 2018 yılında yürütülen ve yayınlanan bir anket memnuniyetsizliğe işaret ediyor: Ankete katılanların %71’i devletin suçlar için daha sıkı önlemler alması gerektiğini belirtiyor.<sup>65</sup> Bu tip anket sonuçları tekrarlanabilirse,<sup>66</sup> bulgu şaşırtıcı olur. Toplumdaki cezalandırma ihtiyacına ilişkin diğer araştırmalar da, ağır cezaların gerekliliğine ilişkin ifadelerin, yüksek cezaların zararlı etkilerine ilişkin ifadelerden daha fazla onay aldığını göstermektedir.<sup>67</sup> Kaspar’ın DJT’deki raporunda ifade ettiği, toplumun ceza gereksinimlerine ilişkin ampirik araştırmaların muhtemelen cezaları hafifletmek için kullanılabilceği umudunun<sup>68</sup> aldatici olduğu kanıtlanabilir. Cezalandırma ihtiyacına daha fazla dikkat edilmesi ve sistematik ampirik çalışmalara daha açık olunması, daha sert cezalara yöneltebilir. Cezanın belirlenmesi aşamasında dışarıdan bir Black-Box olarak algılanan ve şeffaf olmayan karar verme sürecinin uygulamayı kamuoyu eleştirilerinden yalıtma işlevi görmesi muhtemeldir.

Normatif bir bakış açısından esas soru, bu tür anket sonuçlarının dikkate alınması gerekip gerekmediğidir. Beklenen tepki, cehalet ve tekdüze düşüncenin bir işareti olarak ve dolayısıyla alakasız olarak yorumlanması ve olası normatif önemine dair düşüncelerin basitçe “popülist” olarak etiketlenmesidir. Ancak bu sorundan kaçınmak o kadar da kolay değil. Bu, “pozitif genel önleme” olarak ifade edilen teorinin ceza yargısının tek dayanağı olarak sınıflandırılmadığı zaman da geçerlidir.<sup>69</sup> Cezaları her zaman toplumdaki yaygın adalet sezgileriyle ilişkilendirmek gerektiği iddiasına da uymak gerekmez.<sup>70</sup> Yine de “ileri güven kaybı” olarak tanımlanabilecek kritik

<sup>65</sup> Köcher, Sehnsucht nach starker Führung, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 164 v. 18.7.2018

<sup>66</sup> Ankette spesifik soru şu biçimde, telkin edici şekilde sorulsaydı bir etkisi olabilirdi:»Bazen devletin belli alanlarda daha fazla yetkiyle hareket etmesi gerektiği, daha sıkı önlemler alınması gerektiği fikrini duyabilirsiniz. Ne düşünüyorsunuz: Devletin hangi alanlarda daha sert, hangi alanlarda daha az sert adımlar atması gerekir ve hangi alanlarda değişikliğe gerek görmüyorsunuz?»«(Dokumentation [https://www.ifd-all\\_ensbach.de/uploads/tx\\_reportsdocs/FAZ\\_Juli2018\\_Fu\\_hrung.pdf](https://www.ifd-all_ensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/FAZ_Juli2018_Fu_hrung.pdf)). İlk cümle olmadan, muhtemelen daha az sayıda katılımcı devletin zayıflığından memnuniyetsizliğini ifade ederdi.

<sup>67</sup> Bliesener/Fleischer, FS für Streng, S. 201,205 f.

<sup>68</sup> Kaspar (Fn 2), C 113,C 120.

<sup>69</sup> Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 27 ff.

<sup>70</sup> Bkz. Robinson, Intuitions of Justice and the Utility of Desert, 2013, S.141 ff.

bir negatif sınır olduğunu ve devlet egemenliğinin çok görünür bir alanında böyle bir güven kaybının ceza belirleme pratikleri hakkında düşüncelere yok açacak olumsuz bir gelişme olduğunu söylemek yeterlidir.<sup>71</sup>

Yukarıdaki düşünceler toplumun tutumuyla, yani sosyo-psikolojik faktörlerle ilgilidir. Buna ek olarak, para cezalarını ve ertelenmiş hapis cezalarını güçlü şekilde tercih eden Alman ceza uygulamasının, kendileri istikrarlı olmayan, nesnel olarak tanımlanabilir sosyal koşullara ne ölçüde dayandığı sorusu mevcuttur. Weigend mevcut yasal durumu (özellikle § 47 StGB – sadece istisnai durumlarda kısa süreli hapis cezası; §§ 56ff – şartlı tahliye) yaratmış olan 1969’daki cezanın belirlenmesine dair reformun temelini, rehabilitasyon konusundaki iyimserlik olarak tasvir ediyor.<sup>72</sup> 1960’ların bu iyimserliği, öncelikle fikir tarihi bakımından, belki de topluma yeniden kazandırmanın o zamanlar (hala) baskın eğilim olduğu ABD’den moda fikirlerin benimsenmesiyle açıklanabilir.<sup>73</sup> Ancak Almanya’da hafif, hapis dışı ceza türlerinin öne çıkması,<sup>74</sup> muhtemelen 1970’lerde ve 1980’lerde Alman toplumundaki genel sosyal koşullar tarafından da desteklendi. Cezalandırmadaki artış sosyal değişim durumlarıyla ilişkilidir.<sup>75</sup> Nispeten büyük sosyal ve etnik eşitliğe sahip toplumlar, iyimserliğe ve suçlular için belirli bir düzeyde empati de taşıyan sağlam bir dayanışma gerektiren yargılara daha fazla alan bırakır. Parçalanmış toplumlarda düşük cezaların daha az anlayışla karşılanması beklenir.

Normatif düzeyde, yaptırımların türünün ya da daha doğrusu sıklık dağılımının toplumsal değişimler açısından uygun olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Herhangi bir yaptırım sistemi için ön koşul, mahkemelerin yaptırım olarak uyguladıkları şeyin aynı zamanda mahkûm ve toplum tarafından dezavantajlı bir şey olarak sınıflandırılmasıdır. Bu noktada farklı suç teorilerinin ayrıntılarına girmeye gerek yok.<sup>76</sup> Herhangi bir olumsuz sonuç yoksa veya hükümlü, resmi olarak emredilen yasal sonuçtan kaçabileceğinden

---

<sup>71</sup> Zu »Disutility of Injustice« Robinson (PFn 70), S. 176 ff. Bkz. Yargıya genel güvenin önemi hakkında ayrıca Streng (Fn 17), S. 16 ff.

<sup>72</sup> Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S.192 f.

<sup>73</sup> Bkz. Hakim ceza belirleme modeli olarak rehabilitasyon düşüncesinin yükselişi ve düşüşü için: Weigend ZStW 94 (1982), 801, 805 ff.: Allen, The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose, 1981.

<sup>74</sup> Weigend’in tasviri, in: Tonry/Frase (Fn47), S. 194 ff.

<sup>75</sup> Streng (Fn 54), S. 78.

<sup>76</sup> Hörnle (Fn 69); dies., in: Hilgendorf (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, 2018, S. 507 ff.

emin olabilirse, ceza yoluyla önleyici veya önemli etkiler beklenemez.<sup>77</sup> Para cezaları için bu, gelirin mevcut ve kısmen el konulabilir olması ve para cezası ödenmediği takdirde para cezası yerine geçen hapis cezasının infazının ciddi bir olasılık olmasıdır. Bunlar kendiliğinden ortaya çıkan koşullar değil. Toplumsal köklerden kopmuş olmak ve yüksek kişisel hareketlilik para cezası verilmesini ve gelecekte ikame hapis cezası tehdidini anlamsız hale getirebilir. Bazı durumlarda ertelenmiş hapis cezalarının ceza olarak uygun olmaması daha olası. Bu tür bir yaptırım hükümlülerin denetimli serbestliğinin iptali olasılığını öngördüğü ve bunu olumsuz değerlendirdiği varsayımına dayanmaktadır. (Ancak o zaman hükümlü için, §56 StGB’nin formüle ettiği gibi, mahkûmiyet bir uyarı işlevi görür). Bu varsayımlar açısından zengin bir kabuldür: Her şeyden önce, nispeten geleceğe uzanan bir zaman perspektifi gerekir (kısa vadeli yerine uzun vadeli düşünmek)<sup>78</sup>, ceza ertelemesi, yalnızca minimum düzeyde bir ertelenme isteği varsayılabilirse ve beklenen özgürlükten yoksun bırakma, utanç veya endişe gibi olumsuz duyguları tetiklese, olumsuz olarak değerlendirilen bir durum olarak işlev görür. Bu önkoşullar demeti eksikse, ceza hükmünün beraat ile eş tutulduğu ve yargılamının sonucu bütün olarak olumlu olarak görüldüğü açıktır.

Almanya’daki tüm cezaların neredeyse %94’ünün para cezaları ve ertelenmiş cezalar olmasını mümkün kılan iyimser algı, geçmiş yıllarda da muhtemelen biraz fazla iyimserdi. Suçluların sosyal olarak entegre olamamış, belli bir ikametgahı olmayan kişiler olması veya ceza ertelemesini beraat gibi değerlendirmesi nadir görülen bir durum değildir, entegre olmuş kaybedecek çok şeyi olan ve uzun vadeli yaşam beklentileri olan kişiler için suçluluk riski en baştan daha düşüktür. Para cezaları ve ertelenmiş hapis cezaları tercihinin arkasındaki normatif model açık bir şekilde sosyal sapsmaları tolere ediyor. Tek soru, sosyal temel koşullar şiddetlenirse bunun ne ölçüde geçerli olduğu. Birkaç yıl önce Richard Frase, Alman mahkemelerinin tutuklamadan kaçınmaya neden ABD mahkemelerinden daha istekli olduğunu değerlendirdi. Muhtaçlar için güçlü Alman devlet desteği geleneklerine, çok fazla etnik homojenliğe ve yüksek düzeyde sosyal entegrasyona işaret etti. Bununla birlikte, o zaman bile, Almanya’da sosyal olarak entegre olmayan ve hareketli insanların sayısının da arttığını ve çeşitliliğin boyutunun ABD’dekine yaklaştığını

<sup>77</sup> Bu, münferit vakalarda sanığın ya da zanlının ceza yargılamasındaki iletişimden ve sürece katılanların anlayışlı tepkilerinden etkilenebileceği ve hatta belki olumlu etkilenebileceği ihtimalini dışlamaz - ancak bu genelleştirilemez. .

<sup>78</sup> Bkz. Elffers, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (Hrsg.), The Oxford Handbook of Offender Decision Making, 2017, S. 52, 58 f.



kaydetti.<sup>79</sup> Sosyal parçalanma o zamandan beri, özellikle göç nedeniyle daha da arttı. Gelecekte tüm mahkûmiyetlerin neredeyse %94'ünün para cezası veya ertelenmiş cezalara bağlanıp bağlanamayacağı, suç işleyenlerin kaçının köklerinden koparıldığına ve kaybedecek hiçbir şeyi olup olmadığına bağlı olacaktır.

#### IV. Son Söz

Weigend, Cassandra kehanetlerinin yanılabilirliğini açıkça belirtti.<sup>80</sup> Geleceğe yönelik oldukça karamsar bir senaryo ile bitirdiğim için lütfen beni bağışlayın. Alman ceza uygulamasının iyi yalıtılmış, istikrarlı Black-Box'ı gelecekte hem içeriden hem de dışarıdan baskı altına girebilir. Bir yandan, cezanın düzeyi konusunda halk arasında memnuniyetsizlik belirtileri var. Öte yandan, ceza mahkemeleri de orta vadede para cezası ve ertelenmiş hapis cezalarının şartlarını cömertçe onaylamaya daha az meyilli hale gelebilir. İyi niyetle bakıldığında, ceza belirlenmesinin mevcut durumu iyi bir uzlaşma çözümü olarak tanımlanabilir: bir yandan bölgeden bölgeye değişen, az yapılandırılmış ve şeffaf olmayan ceza kararları, öte yandan nispeten hafif cezalara ayarlı bir uygulama. İkisi arasında Thomas Weigend'in ironik olarak tanımladığı bir bağlantı var.<sup>81</sup> Bürokratik olarak örgütlenmiş bir yargı sistemi içinde, cezalandırma için yeterli yasal yönergelerin olmaması, uygulamaların nakledilmesi gerektiği ve bu istikrarlı sistemin, sistem dışındaki değişikliklere direkt tepki vermediği anlamına gelir. Bu nedenle Weigend, 2001 yılında cezalandırma alanında girişimcilikten kaçınmayı tavsiye etti.<sup>82</sup> Bununla birlikte, sosyal değişikliklerin belirli bir gecikmeyle ceza belirleme uygulamasını etkileyeceğinden korkulacaksa, bir ceza belirleme komisyonunda daha sistematik bir şekilde düşünmek (ayrıca para cezası ile hapis arasındaki alan için yeni yaptırım türleri hakkında) ve iyi hazırlanmış ceza belirleme yönergeleri esas itibarıyla bana daha iyi bir çözüm gibi görünüyor.

---

<sup>79</sup> Frase, Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpfel with Apples (<https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/frase-endausdruck.pdf>), S. 41 ff.

<sup>80</sup> Weigend (Fn 1); S. 101.

<sup>81</sup> Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 212.

<sup>82</sup> Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 212.

