

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AIHM KARARLARI IŞIĞINDA SUÇTA VE CEZADA
KANUNİLİK İLKESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ

TEMMUZ 2020

ÖNSÖZ

Hukuk alanında sadece bir damla olarak değerlendirilebilecek bu çalışmada, kanunilik ilkesine ilişkin farklı bir bakış açısı sunmak amaçlanmıştır. Umarım söz konusu çalışma, bu amacı gerçekleştirme noktasında olumlu değerlendirmeye layık olur.

Tezimin hazırlanmasındaki her aşamada kıymetli bilgi, birikim ve tecrübeleri ile bana yol gösterici ve destek olan değerli hocam ve tez danışmanın Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy Retornaz'a en içten dileklerimle teşekkür ederim. Tezi yazdığım süreçte desteklerini benden esirgemeyen Prof. Dr. İlhan Üzülmaz'e de ayrıca teşekkür etmek isterim. Bu süreçte maddi ve manevi desteğini benden esirgemeyen eşime ve kız kardeşim kadar sevdiğim Sena Tarakçıoğlu'na çok teşekkür ederim. Tüm eğitim hayatım boyunca benden maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen her zaman yanımda olan sevgili aileme de teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	viii
LE RÉSUMÉ	x
ABSTRACT.....	xiv
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1
I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE İLKENİN TEMELLERİ.....	7
A. İlkenin Felsefi Temelleri	7
1. İlkenin Temelini Toplum Sözleşmesine Dayandıran Görüşler	7
a. Hobbes	9
b. Locke	13
c. Rousseau	16
d. Beccaria	17
e. Bentham	22
2. İlkenin Temelini Toplum Sözleşmesi Dışı Unsurlara Dayandıran Görüşler.....	25
a. Montesquieu.....	25
b. Voltaire	28

c. Feuerbach	29
B. İlkenin Tarihsel Gelişimi	33
1. Batıda'ki Gelişimi	35
a. Aydınlanma Öncesi Dönem	35
i. İlkel Dönem.....	35
ii. Orta Çağ Dönemi	39
iii. Müşterek Hukuk Dönemi.....	42
b. Aydınlanma Sonrası Dönem	44
2. Türk Hukukundaki Gelişimi.....	56
a. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Gelişim	57
i. Tanzimat Öncesi	57
ii. Tanzimat Sonrası	62
b. Cumhuriyet Dönemindeki Gelişim	65
C. Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi.....	69
1. Kanunilik İlkesinin Anlamı ve Hukuki Değeri	69
2. AİHM İçtihatlarında Kanunilik İlkesi	76
3. Kanunilik İlkesinin Türleri	85
a. Maddi Kanunilik İlkesi	85
b. Biçimsel Kanunilik İlkesi	86
II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİ TAMAMLAYAN UNSURLAR.	91

A. Suçların ve Cezaların Kanuna Dayanması	91
1. Genel Olarak	91
2. Türk Hukuku'nda Kanun Kavramı	92
3. AİHM İçtihatlarında Kanun Kavramı	98
B. Ceza Hükümlerinin Geçmişe Etkili Olmaması (Lex Praevia)	105
1. Suç ve Ceza İçeren Hükümler Bakımından	107
a. Genel Olarak	107
b. Lehe Olan Kanunun Geçmişe Yürürlüğü	110
c. Lehe Olan Kanunun Belirlenmesi ve Uygulanması	114
e. Suçun İşlendiği Zamanın Belirlenmesi	122
2. İnfaz Kuralları Bakımından	126
3. Ceza Muhakemesi Kuralları Bakımından	129
4. Zamanaşımına İlişkin Kurallar Bakımından	132
5. Güvenlik Tedbirleri Bakımından	134
6. Özellik Arz Eden Bazı Kanunlar Bakımından	139
a. Süreli ve Geçici Kanunlar	139
b. Ara Kanun	141
7. Mahkeme Kararları Bakımından	143
a. Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları	145
b. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları	147

C. Suçların ve Cezaların Belirliliği (Lex Certa).....	149
D. Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas Yasağı (Lex Stricta)	159
1. Genel Olarak.....	159
2. Ceza Hukukunda Yorum	162
a. Yorum Çeşitleri.....	168
i. Lafzi Yorum.....	169
ii. Amaca Göre Yorum.....	170
iii. Düzeltici Yorum	172
iv. Daraltıcı Yorum	173
v. Genişletici Yorum	174
b. Yorum Araçları	176
i. Tarihçe	176
ii. Mantık Kuralları.....	177
iii. Kanunun Sistematiği.....	177
iv. Madde Gerekçesi.....	178
v. Hukukun Genel İlkeleri.....	179
vi. Karşılaştırmalı Hukuk	179
3. Kıyas.....	180
E. Kanun Dışındaki Kaynaklara Dayanarak Suç ve Ceza Yaratılması Yasağı.....	187
1. Örf ve Âdete Dayanılarak Suç ve Ceza Yaratılması	188

2. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılması.....	189
SONUÇ.....	195
KAYNAKÇA.....	202
ÖZGEÇMİŞ.....	214



KISALTMALAR

A.g.e	: Adı Geçen Eser
AİBÜ	: Abant İzzet Baysal Üniversitesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bknz	: Bakınız
BMİHEB	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C	: Cilt
CB	: Cumhurbaşkanı
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: sayfa
S	: Sayı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
Vd.	: Ve devamı

LE RÉSUMÉ

L'objectif de notre mémoire intitulé « Le principe de légalité à la lumière des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme » est de tirer l'attention à l'aspect relatif aux droits de l'Homme du principe de légalité, qui est considéré comme l'un des principes les plus importants du droit public. À cet égard, le principe de légalité est examiné dans son ensemble en prenant en compte les développements philosophiques et historiques. La Convention européenne des droits de l'Homme, qui a une place indispensable pour la protection des droits de l'Homme, et la jurisprudence sur le principe de légalité du gardien de cette convention, la Cour européenne des droits de l'Homme ont accompagné cet examen. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme constitue le fondement du mémoire car elle offre la perspective principale au regard des droits de l'Homme pour le principe de légalité. Nous avons ainsi essayé de nous référer à la jurisprudence relative de la Cour européenne des droits de l'Homme le cas échéant.

Le principe de légalité a acquis son sens actuel après une histoire longue et difficile pour l'humanité. Il doit être traité en prenant en compte l'émergence de l'idée du principe de légalité et des droits de l'Homme, ainsi que leur développement commencé en 18^e siècle. La semence du principe de légalité et celle des droits de l'Homme sont plantées sur le même sol. Elles n'ont pas donné leurs produits en même temps mais elles se sont fusionnées et intégrées à jour actuel. C'est la raison pour laquelle l'évolution des droits de l'Homme fût tranchée parallèlement au principe de légalité dans ce travail.

Le premier pas vers l'établissement du sens actuel du principe de légalité est pris par le siècle des lumières, qui est un tournant pour l'histoire d'humanité. Même si nous pouvons chercher les origines du principe de légalité dans les âges primitives, à cette époque-là, il ne fonctionnait qu'en tant qu'une règle ordinaire ayant des effets limités et pas comme un garant. De l'autre côté, nous ne pouvons pas alléguer que le principe de légalité est la source des droits et des libertés sans sa fonction de limiter le pouvoir étatique. C'est pourquoi le point philosophique et historique de départ du principe de légalité dans son sens actuel est le siècle des lumières. L'idée principale des lumières, de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration des droits d'État de Virginie de 1776 est de limiter le pouvoir d'État et de ses organes par la loi. Ce que les philosophes comme Locke, Rousseau, Beccaria ont essayé de faire était de primer la loi sur l'État à travers les contrats sociaux. À cet égard, Beccaria fût le premier à observer le caractère du garant de la loi dans le domaine du droit pénal où l'arbitraire peut avoir des conséquences néfastes. Les régulations juridiques de l'époque ont également bénéficié du principe de légalité parallèlement aux idées à la base des lumières. Par conséquent, le principe de légalité a marqué sa place dans le siècle des lumières à partir de l'idée de limiter le pouvoir étatique.

Les discussions sur limitation du pouvoir étatique ont aussi influencé la société en 18^e siècle, de manière à exiger un réexamen de la relation entre l'État et ses citoyens.

Les droits acquis contre l'État étaient reconnus à certains groupes ayant certaines caractéristiques, parmi lesquels ne figurent pas les femmes, les personnes sans propriété et les populations noires. La notion de droit du 18^e siècle n'avait donc pas un sens universel, mais elle signifiait plutôt un privilège. Ceci avait affaibli l'idée de limiter le pouvoir étatique et avait initié certains changements sociaux sur le principe de légalité qui n'avait pu désormais avoir un développement cohérent. Le principe de légalité était considéré comme un obstacle devant l'accomplissement des objectifs visés dans les régimes violents de la Russie et de l'Allemagne nazie. Le principe de légalité était supprimé en faveur de l'interprétation par analogie. L'abus du pouvoir avait remplacé le principe de légalité dans les pays comme Espagne ou Chine. Les individus furent condamnés et exécutés sur la base des législations imprévisibles et non-accessibles. L'ensemble d'humanité avait aperçu la nécessité de réunir sous le toit d'une valeur commune et forte afin non seulement de protéger les principes mais aussi les individus. Cette prise de conscience a lancé l'idée des droits issus de la nature humaine. Chaque individu est devenu le titulaire des droits, indépendamment du statut de citoyen et de ses privilèges. De même, on a visé d'établir une valeur universelle, indéniable et incontournable à partir des droits de l'Homme. Cet objectif a une importance primordiale à l'égard du principe de légalité et des droits de l'Homme. Au cours de l'histoire, les États ont eu la faculté de former leurs propres droits internes dans le respect au principe de souveraineté. Les principes et les valeurs ne pouvaient être protégés dans les mains des droits internes. La nature universelle d'une valeur et le fait de fonder les principes sur cette nature universelle ont eu l'effet de renforcer la place de l'individu contre l'État.

Les premiers pas vers l'universalisation des droits de l'Homme sont pris par l'Organisation des Nations unies en 1948. Le Pacte international des droits civils et politiques préparé au sein des Nations unies et la Convention européenne des droits de l'Homme préparée au sein du Conseil de l'Europe l'ont suivi. Le point commun de tous ces textes est la considération du principe de légalité comme un droit de l'Homme. L'importance du principe de légalité, qui était considéré comme un principe fondamental du droit pénal et une garantie constitutionnelle, est soulignée en l'attribuant la qualité d'un droit de l'Homme. À ce jour, il a une valeur universelle et un mécanisme de protection. Il fait donc parti des droits de l'Homme comme le droit à la vie ou le droit de ne pas subir la torture.

Le principe de légalité des peines et des délits, étant l'une des produits les plus importants du siècle des lumières, vise à sanctionner un acte, seulement s'il constitue une infraction selon la législation claire et en vigueur lors de sa commission. Le pouvoir de sanctionner du souverain est donc limité par les règles préalablement établies et clairement indiquées. De même, les individus doivent agir et exercer leurs droits dans les limites de la loi. Le principe de légalité est donc le garant pour tous les autres droits. Néanmoins, il n'a pas la seule fonction du garant. Le principe de légalité, qui a acquis la qualification d'un droit de l'Homme sur la base de son rôle de limiter le pouvoir étatique, a également une fonction protectrice du libre-arbitre. Le libre-arbitre repose sur le choix entre ce qui est interdit et ce qui est permis et le principe de légalité le protège en faisant la distinction entre ces deux. Le principe de légalité doit donc être

examiné en lien avec sa relation étroite avec les dites valeurs. Sinon, le pouvoir d'individu d'être en charge de ses comportements soit nié. Nous observons que dans la doctrine et la jurisprudence turque, le principe de légalité n'est pas principalement considéré comme un droit de l'Homme. Ceci nuit le principe surtout quand l'approche sécuritaire du droit pénal est dominante. Certains mécanismes des garants sont sacrifiés pour une lutte plus efficace et immédiate et une plus grande protection de l'ordre social. Le principe de légalité est l'un des premiers de ces garants. Il existe nombreux opinions qui essaient de ne considérer la loi que dans sons sens matériel, qui défendent l'idée d'établir les peines et les délits par les actes administratifs et qui souhaitent une application partielle ou totale de l'interprétation par analogie en droit pénal. À cet égard, la seule garantie constitutionnelle n'est pas suffisante pour protéger le principe de légalité. La qualification du principe en tant qu'un droit de l'Homme doit être soulignée. L'objectif de notre recherche est ainsi de montrer son importance et d'évaluer les raisons pour lesquelles le principe de légalité doit être un droit de l'Homme.

Le principe de légalité peut accomplir ses fonctions de protection et d'être garant en lien avec d'autres éléments. Le premier est la légalité des peines et des délits. Aussi connu comme le monopole de la loi, la contrainte du droit pénal n'est possible qu'en cas où la loi la prévoit. La loi signifie, ici, les actes adoptés par le législateur selon ses procédures spécifiques. Seule une telle loi peut constituer la source d'un garant. C'est la raison pour laquelle, il n'est pas possible d'accepter les opinions selon lesquelles le principe de légalité doit être interprété de manière vague pour créer les peines et les délits par les textes non-législatifs. Le second élément constitutif du principe de légalité est la non-rétroactivité d'une loi, afin de prévenir son application aux actes commis avant son entrée en vigueur. Même s'il s'agit une base légale de sanctionner un acte qui n'était pas une infraction lors de sa commission mais qui est devenu punissable après l'entrée en vigueur d'un texte, c'est le libre-arbitre qui soit violée par une application rétroactive. L'application prospective des textes régissant les peines et les délits est indispensable pour remplir la fonction du garant du principe de légalité. Le principe de non-rétroactivité n'est, par contre, pas suffisant pour cette fonction. Le monopole du législateur doit être également souligné afin d'interdire l'établissement des peines et des délits par analogie par les juges. Puisqu'il n'est pas possible d'écarter l'interprétation juridique, il faut la soumettre à certaines limites. L'interdiction d'interprétation par analogie est l'une de ces limites. Cette interdiction implique pour le juge de ne pas créer des règles en remplaçant le législateur, au-delà du but et du texte de la loi. Les droits et les libertés fondamentales sont ainsi garantis par les limites strictes encadrant l'exercice du pouvoir judiciaire. Une autre limite est la clarté des peines et des délits. Le principe de légalité exige principalement pour les individus de se comporter conformément aux dispositions réglant les peines et les délits et ceci n'est possible s'ils ne les comprennent pas. Le monopole du législateur, la non-rétroactivité et l'interdiction de l'interprétation par analogie ne sont suffisants en soi pour cette compréhension. À ce point-là le principe de la clarté entre en ligne de compte en exigeant la précision des notions employées dans la loi. Les individus peuvent donc connaître les règles relatives aux peines et aux délits et faire une distinction entre ce qui est légitime et ce qui est illégitime.

Par conséquent, tous les éléments mentionnés ont leur propre sens mais fonctionnent mieux tous ensemble. C'est pourquoi les éléments constitutifs du principe de légalité doivent être examinés de manière séparée et détaillée. La pratique du droit turc et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme doivent les accompagner. La Cour européenne des droits de l'Homme interprète les notions de manière autonome, indépendamment de leur sens en droits internes. Cette approche empêche les abus sur la base des appellations et soumettre les sanctions, qui ne sont pas de nature punitive en droit interne mais qui ont la qualité et les conséquences d'une peine, aux garanties du principe de légalité. La Cour européenne des droits de l'Homme examine, en plus, la prévisibilité et l'accessibilité des textes réglant les peines et les délits et assure une protection non seulement formelle mais aussi matérielle.



ABSTRACT

In this thesis study titled “The Principle of Legality in the Light of the Decisions of the European Court of Human Rights”, it is aimed to draw attention to the human rights aspect of the legality principle, which is accepted as an important principle of public law. For this purpose, the principle of legality was examined as a whole together with its philosophical and historical development process. In addition, the European Convention on Human Rights, which has an important role and place in terms of human rights protection, and the case law examples from the European Court of Human Rights, which is the control mechanism of this contract, were also included in this process. The case law of the European Court of Human Rights particularly has an important place in reaching the indented goal while conducting the study in question, as it offers a perspective on the principle of legality from a human rights perspective. Therefore, the case law of the European Court of Human Rights were included in this study to the extent relevant.

The principle of legality could only reach its present state by going through a long and painful historical process for humanity. In order to reveal this present state in terms of what it stands for, the developmental line starting from the 18th century should be emphasized on the principle of legality as well as the idea of human rights. Because the seeds of the idea of human rights and the principle of legality were planted at the same time. Though flourishing at different times, today these concepts are united and integrated at the same point. Therefore, in the thesis study, an important emphasis was aimed to be laid on the development of human rights in parallel with the development of the principle.

The first step for the meaning of the principle to reach its present state was taken with the Enlightenment Period, an important turning point in human history. Although the principle of legality can be traced back the time when there was a primitive law in question, the principle of legality has functioned as a normal and limited rule in terms of its effects, not as an assurance mechanism. However, the legality principle cannot be said to be a source of rights and freedom without its function to limit the government. Therefore, it is possible to find the philosophical and legal roots of the principle of legality in the Enlightenment Period. When looking at the ideas that paved road for the Enlightenment Period and the legal texts such as the 1789 Declaration of Human and Citizens' Rights and the Virginia Human Rights Declaration of 1776, the idea of limiting the state and its organs come to the fore. Such thinkers as Locke, Rousseau, Beccaria, who were the important architects of this period, tried to limit the governments by highlighting the laws within the framework of the social contract they depicted. Beccaria, in particular, was the first thinker to point out that laws could be assured in the field of criminal law, where arbitrariness resulted in severe consequences. The legal arrangements handled during the Enlightenment Period also resorted to the legality principle to limit the government in parallel with the ideas that paved road for the Enlightenment. Therefore, the legality principle can be said to have marked the

Enlightenment Period as a tool that emerged and strengthened with the idea of limiting the government.

The ideas put forward in terms of limiting the government deeply shook the 18th century society at its core and gave rise to a reconsideration of the relationship between the government and its citizens. However, these rights acquired against the state were granted to groups of people with certain characteristics, while women, non-property owners and non-whites were not entitled to these rights. In this regard, the concept of rights emerges as a privilege rather than comprising all people in the eighteenth century. This situation undermined the idea of limiting the government, while making the legality principle vulnerable to social changes as well as causing the principle not to have a stable line. Russia and Nazi Germany, where bloody developments were experienced, the legality principle was regarded as an obstacle in reaching the targeted goals. For this reason, the principle of legality was abolished, while the principle of comparison was made prominent. In addition, in such countries as Spain and China, the legality principle was also abolished, creating a suitable environment for the power to be freely manipulated. People were convicted and executed with arrangements that were unpredictable and previously unreachable. As a result of these developments, all humanity realized that it was necessary to be united under a common and stronger value to protect not just the principles but the individuals as well. This awareness led to the concept of human rights, which human beings possess only because of being a human. With the concept in question, everyone has been given the opportunity to be a subject of a right regardless of their citizenship status and privileges. However, human rights have been intended to be an uncompromising and insurmountable line as a universal value. The establishment of such a goal has had a vital importance in terms of both the legality principle and the idea of human rights. Considering what happened in the historical process, it can be seen that governments would shape the domestic law that remained within their sovereignty as they wished. Therefore, the principles and values entrusted to domestic law cannot provide sufficient assurance. In this regard, the fact that there is a universal value and grounding the principles based on this universal value have strengthened the hands of individuals against the governments. The first steps towards universalizing the concept of human rights were taken by the United Nations in 1948, which was followed by the International Covenant on Civil and Political Rights prepared by the United Nations and the European Convention on Human Rights prepared by the Council of Europe. When all these contracts are evaluated, the striking point can be seen to be the fact that the legality principle was included as a human right.

This situation has led the principle of legality, which is considered as a basic principle of criminal law and a constitutional assurance, to rise to the level of human rights and also to strengthen its foundation. Therefore, the principle of legality has a universal value and protection mechanism in terms of the point it has reached as of today. For this reason, it should be taken into consideration that the principle of legality comprises the nature of such human rights as right to life and prohibition of torture.

The principle of legality in crime and punishment, which is one of the greatest outcomes of Enlightenment Thought, allows an action to be punished only if it is accepted as a crime by a law rule in effect and open enough when executed. In this way,

the power of the sovereign to punish is limited by the previously announced and clearly regulated rules. In addition, individuals are also provided with the opportunity to act within a legal boundary and also to exercise their rights. For this reason, the legality principle is considered to be the assurance of other rights. However, the importance of the legality should not be considered limited to its assurance function. The principle of legality, honored with being a human right due to the duty it exercises in the limitation of the government, acts as a protective function of the freedom of will as well as the function of assurance. Since free will is based on the choice between the forbidden and the non-forbidden, the principle of legality, which aims to clearly draw the boundary between these two areas, also provides protection on free will. Therefore, when the principle of legality is in question, an evaluation should be made by considering its close relationship with these values. Otherwise, one's power to dominate over his/her behavior is ignored. Regarding the subject, when we look at the Turkish doctrine and judicial decisions, it is seen that the principle of legality is not emphasized within the framework of human rights identity. This situation undermines the power of the principle, particularly from a criminal law approach where the understanding of security is of utmost importance.

It is observed that some mechanisms that provide assurance to people are being compromised in order to combat crime effectively and quickly and protect the social order better. The principle of legality is at the top of these assurances that are being compromised. There are several thoughts that try to pull the understanding of law into a material understanding, advocate the regulation of the administration and the creation of crime and punishment, and aim to make the principle of comparison partially or completely effective in criminal law. It is not enough for the legality principle to have a constitutional assurance against these thoughts. In order to increase the power of the legality principle, emphasis should be placed on human rights identity. For this reason, in this study, it was tried to explain why the principle should be made an human right and also the importance it holds as a human right and evaluations were made accordingly.

The principle of legality can fulfill the function of assurance and protection as a whole. The first of the parts that make up this whole is that the crimes and punishments are based on the law. According to this element, also named as monopoly of the law, the enforcement required by the criminal law must be foreseen by the law. What should be understood from the word of law should be understood as the dispositions enacted by the legislature within the scope of certain procedures. Only with such an acknowledgement can laws be considered as a source of assurance. Therefore, it is not possible to accept the views that advocate the creation of crime and punishment with sources aside from the law, thus stretching the principle of legality. Another factor that completes the principle of legality is that the rules regarding the crime and punishment which are against the individual cannot be applied backward. This rule prevents a law from being enforced in terms of actions performed before it comes into force. The punishment of an action which does not constitute a crime during its execution with a regulation that comes into force later on would cause damages to freedom of will, even if this regulation is based on the law. For this reason, it is imperative that the rules

involving crime and punishment be forwardly effective so that the legality principle can perform its assurance function.

However, the quality of non-retroactivity is not enough for the assurance function to work. By emphasizing the monopoly of the legislative power, there is also a need for a comparison ban which ties the judges in terms of creating crime and punishment. Since it is not possible to exclude interpretation from the field of law, measures should be taken to ensure that the interpretation is resorted within certain limits. Comparison ban comes first among these measures. The ban prohibits the judge from going beyond the literal rule and purpose of the law creating a new rule, almost like a legislator. Thus, fundamental rights and freedoms have been tried to be secured by drawing a clear line in terms of the judicial body. Another factor that contributes to the provision of this assurance concerns the determination of crimes and penalties. The principle of legality basically requires individuals to understand the criminal and punishment provisions included in the law and to direct their behavior accordingly. Understanding of the said provisions is not in the nature of monopoly of the law, backward enforcement and comparison ban. At this very point, the principle of certainty, which expresses that the concepts included in the law are clear enough, takes over. In this way, it can be mentioned that people literally know about the provisions related to crime and punishment and that they can distinguish between legitimate and non-legitimate ones.

As can be seen, even if the elements in question seem to be making sense alone, they can only be functional when they become a whole. For this reason, the elements that complete the legality principle should be examined under a separate title and in detail. During this examination, an understanding adopted both in Turkish practice and in the case law of the European Court of Human Rights should be conveyed. Because, unlike the Turkish practice, the European Court of Human Rights interprets the concepts that constitute a basis for conviction independently from the domestic law. This approach ensures that sanctions, not considered as punishment in appearance but punitive in terms of their quality and consequences, are subject to the principle of legality by preventing any mislabeling. Nevertheless, the European Court of Human Rights, which evaluates the predictability and accessibility of criminal and criminal regulations, is also important in terms of the application of the principle, not only in terms of form but also basis.

ÖZET

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kanunilik İlkesi” başlığını taşıyan yüksek lisans tez çalışmasında, kamu hukukunun önemli bir ilkesi olarak kabul edilen kanunilik ilkesinin insan hakkı kimliğine dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaca ulaşabilmek için kanunilik ilkesi felsefi ve tarihi gelişim süreci ile bir bütün olarak incelenmiştir. Bununla birlikte insan haklarının korunması bakımından önemli bir yere sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilkeye ilişkin içtihatlarına yer verilmiştir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları, kanunilik ilkesine insan hakkı perspektifinden bir bakış açısı sunduğu için söz konusu çalışma ile amaçlanan hedefe ulaşılmasında önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle konuyla ilişkili olduğu ölçüde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarına yer vermeye çalışılmıştır.

Kanunilik ilkesi, uzun ve insanlık için acı dolu bir tarihsel süreç içinde gelişerek bugünkü anlamına ulaşabilmiştir. Bu anlamın ortaya konabilmesi için, kanunilik ilkesinin ve insan hakları fikrinin 18.yy’dan başlayan gelişim çizgisi üzerinde durulmalıdır. Kanunilik ilkesi ile insan hakları fikrinin tohumları aynı anda toprağa atılmıştır. Her ne kadar bu tohumlar, farklı zamanlarda yeşermiş olsa da günümüzde aynı noktada birleşmiş ve bütünleşmiştir. Bu nedenle tez çalışmasında, ilkenin gelişimine paralel olarak insan haklarının gelişimine de önemli bir yer verilmiştir.

İlkenin bugünkü anlamına ulaşmasında ilk adım, insanlık tarihinde önemli bir dönüm noktası olan Aydınlanma dönemi ile birlikte atılmıştır. İlkel bir hukukun söz konusu olduğu zamanlara kadar kanunilik ilkesinin izi sürülebiliyor olsa da bu dönemlerde kanunilik ilkesi, bir güvence mekanizması olarak değil olağan ve etkileri itibariyle sınırlı bir kural olarak işlev görmüştür. Hâlbuki kanunilik ilkesinin devleti sınırlama fonksiyonu olmaksızın bir hak ve özgürlük kaynağı olduğu söylenemez. Bu nedenle kanunilik ilkesinin felsefi ve hukuki kökenlerine aydınlanma döneminde rastlamak mümkündür. Aydınlanma Dönemini hazırlayan fikirlere ve bu dönemin ürünü olan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi gibi hukuki metinlere bakıldığı zaman, esas itibariyle devlet ve organlarını kanunlarla sınırlama fikri öne çıkmaktadır. Bu dönemin önemli mimarları olan Locke, Rousseau, Beccaria gibi düşünürler tasvir ettikleri toplum sözleşmesi çerçevesinde kanunları ön plana çıkartarak devletleri sınırlandırmaya çalışmıştır. Özellikle Beccaria, keyfiliğin ağır sonuçlar doğurduğu ceza hukuku alanında kanunların güvence teşkil edebileceğine işaret eden ilk düşünür olmuştur. Aydınlanma döneminde ele alınan hukuki düzenlemeler de aydınlanmayı hazırlayan fikirlere paralel şekilde, devleti sınırlamak için kanunilik ilkesinden faydanlanmıştır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi, devleti sınırlama fikri ile ortaya çıkan ve bu fikri güçlendiren bir araç olarak aydınlanma dönemine damga vurmuştur.

Devleti sınırlamak bakımından ileri sürülen düşünceler 18. yy toplumunu derinden sarsmış ve devlet ile vatandaşları arasındaki ilişkinin tekrardan gözden

geçirilmesine sebep olmuştur. Ancak devlet karşısında kazanılan bu haklar belli özelliklere sahip kişi gruplarına tanınmış, kadınlar, mülk sahibi olmayanlar ve beyaz olmayanlar hak süjesi olamamıştır. Bu bakımdan 18.yy döneminde hak kavramı, tüm insanları kapsayan bir anlam ifade etmekten ziyade ayrıcalık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, devleti sınırlama fikrini zayıflattığı gibi kanunilik ilkesini toplumsal değişikliklere açık hale getirmiş ve ilkenin istikrarlı bir çizgiye sahip olamamasına sebep olmuştur. Kanlı gelişmelerin yaşandığı Rusya ve Nazi Almanyası'nda başta olmak üzere hedeflenen amaçlara ulaşılmasında kanunilik ilkesi bir engel olarak görülmüştür. Bu nedenle kanunilik ilkesi ortadan kaldırılmış ve kıyas prensibi hâkim kılınmıştır. Bununla birlikte İspanya, Çin gibi ülkelerde de kanunilik ilkesi kaldırılarak gücün serbestçe manipüle edilebilmesi için uygun bir ortam yaratılmıştır. Öngörülebilirlik bulunmayan ve önceden ulaşılması mümkün olmayan düzenlemelerle kişiler mahkûm edilmiş ve öldürülmüştür. Bu gelişmeler sonucunda tüm insanlık, sadece ilkelerin değil bireylerin de korunması için ortak ve daha güçlü bir değer altında birleşmesi gerektiğini fark etmiştir. Bu farkındalık ise insanın sadece insan olmaktan dolayı sahip olduğu insan hakları kavramının ortaya atılmasına sebep olmuştur. Söz konusu kavram ile birlikte vatandaşlık statüsünden ve sahip olunan ayrıcalıklarından bağımsız bir şekilde herkese hak süjesi olmak imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte insan haklarının, evrensel bir değer olarak taviz verilemez ve aşılabilir bir çizgi olması hedeflenmiştir. Böyle bir hedefin konmuş olması hem kanunilik ilkesi hemde insan hakları fikri bakımından hayati bir öneme sahiptir. Tarihi süreç içerisinde yaşananlar göz önüne alındığında, devletlerin kendi egemenlik alanı içerisinde kalan iç hukuku istediği gibi şekillendirebildiği görülmektedir. Dolayısıyla iç hukuka emanet edilen ilke ve değerler yeterince güvence sağlayamamaktadır. Bu bakımdan evrensel bir değer söz konusu olması ve ilkelerinde bu evrensel değer ile temellendirilmesi devletler karşısında bireylerin ellerini güçlendirmiştir.

İnsan hakları kavramının evrenselleştirilmesi yolunda ki ilk adımlar Birleşmiş Milletler tarafından 1948 tarihinde atılmıştır. Bu metni, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi takip etmiştir. Tüm bu sözleşmeler değerlendirildiğinde göze çarpan nokta, kanunilik ilkesine bir insan hakkı olarak yer verilmiş olmasıdır. Bu durum, ceza hukukunun temel bir ilkesi ve anayasal bir güvence olarak değerlendirilen kanunilik ilkesinin, insan hakkı seviyesine yükselmesine ve dayanağının güçlenmesine sebep olmuştur. Dolayısıyla kanunilik ilkesi, günümüzde geldiği nokta itibarıyla evrensel bir değere ve koruma mekanizmasına sahiptir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi insan hakkı niteliğine sahip olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Aydınlanma düşüncesinin en büyük eserlerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi bir eylemin, icra edildiği zaman yürürlükte ve yeterince açık olan bir hukuk kuralı tarafından suç olarak kabul edilmesi halinde cezalandırılmasına olanak tanımaktadır. Bu sayede egemenin cezalandırma yetkisi, önceden ilan edilmiş ve açıkça düzenlenmiş kurallarla sınırlanmış bulunmaktadır. Bununla birlikte kişilere de hukuka uygun bir sınır içinde hareket etme ve haklarını kullanma imkânı getirilmiştir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin diğer hakların güvencesini teşkil ettiği düşünülmektedir.

Ancak kanunilik ilkesinin önemi, güvence işlevi ile sınırlı kabul edilmemelidir. Devletin sınırlanmasında icra ettiği görev nedeniyle insan hakkı olma şerefine erişen kanunilik ilkesi, güvence işlevi yanında irade özgürlüğünü koruyucu bir işlevde görmektedir. Özgür irade, yasaklanmış ve yasaklanmamış olan arasındaki tercihe dayandığından, bu iki alan arasındaki sınırı net bir şekilde çizmeyi amaçlayan kanunilik ilkesi de bu özgür iradeyi korumaktadır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi söz konusu olduğu zaman bu değerlerle olan yakın ilişkisi de göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Aksi takdirde kişinin davranışlarına hâkim olabilme iktidarı yok sayılmış olacaktır. Konuya ilişkin olarak, Türk doktrinine ve yargı kararlarına bakıldığında genellikle kanunilik ilkesinin insan hakkı kimliğine vurgu yapılmadığı görülmektedir. Bu durum özellikle güvenlik anlayışının ön plana çıktığı bir ceza hukuku anlayışında, ilkenin gücünü zayıflatmaktadır. Suçla etkin ve hızlı mücadele edilmesi, toplum düzenin daha iyi bir şekilde korunabilmesi için insanlara güvence teşkil eden bazı mekanizmalardan ödün verildiği görülmektedir. Ödün verilmeye çalışılan bu güvencelerin başında ise kanunilik ilkesi yer almaktadır. Kanun anlayışını maddi bir anlayışa çekmeye çalışan, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılmasını savunan, kıyas prensibini ceza hukukunda kısmen veya tamamen etkin kılmak isteyen birçok düşünce bulunmaktadır. Bu düşüncelerin karşısında ise kanunilik ilkesinin sadece anayasal bir güvenceye sahip olması yeterli değildir. Kanunilik ilkesinin gücünü artırmak için insan hakkı kimliğine vurgu yapılması gerekmektedir. Bu nedenle bu çalışmada, ilkenin neden bir insan hakkı olması gerektiği ve bir insan hakkı olarak nasıl bir önem taşıdığı aktarılmaya çalışılmış ve bu doğrultuda değerlendirmeler yapılmıştır.

Kanunilik ilkesi, güvence ve koruma işlevini belli bir bütün halinde yerine getirebilmektedir. Bu bütünü oluşturan parçalardan ilkinin, suç ve cezaların kanuna dayanması oluşturmaktadır. Kanunun tekelciliği olarak da adlandırılan bu unsura göre, ceza hukukunun gerektirdiği zorlamanın kişilere uygulanabilmesi için mutlaka kanun tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir. Kanun kelimesinden anlaşılması gereken ise yasama organı tarafından belli usuller dâhilinde çıkarılan tasarruflar olarak anlaşılmalıdır. Ancak böyle bir kabul ile kanunlar, güvence kaynağı olarak değerlendirilebilecektir. Bundan dolayı kanun dışındaki kaynaklarla suç ve ceza yaratılmasını ve böylece kanunilik ilkesinin esnetilmesini savunan görüşlerin, kabul edilmesi mümkün değildir.

Kanunilik ilkesini tamamlayan unsurlardan bir diğeri ise aleyhe olan suç ve cezaya ilişkin kuralların geriye yürümemesidir. Bu kural bir kanunun, yürürlüğe girmeden önce icra edilen eylemler bakımından uygulanmasına engel oluşturmaktadır. İşlendiği esnasında suç oluşturmeyen bir fiilin, daha sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile cezalandırılması her ne kadar bu düzenleme kanuna dayansa bile irade özgürlüğünü zedeleyici sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için, suç ve ceza içeren kuralların ileriye etkili olması bir zorunluluk arz etmektedir. Ancak güvence fonksiyonu için geçmişe uygulama yasağı yeterli değildir. Yasama organının tekel yetkisini vurgulayarak, suç ve ceza yaratma konusunda hâkimlerin elini bağlayan kıyas yasağına da ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuk alanından yorum faaliyetini dışlamak mümkün olmadığından, yorumun belli sınırlar içerisinde kullanılmasını sağlayacak tedbirler alınmalıdır. Bu

tedbirlerin başında kıyas yasağı gelmektedir. Söz konusu yasak, hâkimin kanunun lafzının ve amacının ötesine geçerek adeta kanun koyucu gibi yeni bir kural yaratmasını yasaklamaktadır. Böylece yargı organı bakımından kesin bir çizgi çizilerek temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu güvencenin sağlanmasında katkısı olan diğer bir unsur ise suç ve cezaların belirliliğine ilişkindir. Kanunilik ilkesi en temelde kişilerin kanunda yer alan suç ve ceza hükümlerini anlayabilmesini ve bu doğrultuda davranışını yönlendirmesini gerektirmektedir. Söz konusu hükümlerin anlaşılması ise kanunun tekelciliği, geriye uygulanma ve kıyas yasağı ile gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir. İşte bu noktada, kanunda yer verilen kavramların yeterince anlaşılır açık olmasını ifade eden belirlilik ilkesi görevi devralmaktadır. Bu sayede kişilerin gerçekten suç ve cezaya ilişkin hükümleri bilmesinden ve meşru olan ile olmayan arasında ayrım yapabilmesinden bahsedilebilecektir.

Görüldüğü üzere, söz konusu unsurlar tek başına anlam ifade ediyor dahi olsa ancak bir bütün haline geldiği zaman işlevsel nitelikte olabilmektedir. Bu nedenle kanunilik ilkesini tamamlayan unsurların ayrı başlık altında ve detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme esnasında ise hem Türk uygulamasında hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında benimsenen anlayış aktarılmalıdır. Çünkü Türk uygulamasından farklı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mahkûmiyete dayanak oluşturan kavramları, iç hukuktan bağımsız olarak yorumlaması söz konusudur. Bu yaklaşım, etiket hilesi yapılmasının önüne geçerek görünüşte ceza olarak nitelenmeyen ancak niteliği ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla ceza niteliğinde olan yaptırımların, kanunilik ilkesine tabi olmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte suç ve ceza içeren düzenlemelerin öngörülebilirliğini ve ulaşılabilirliğini değerlendirerek kalitesi bakımından da bir inceleme yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilkenin sadece şekli olarak değil esas itibarıyla de uygulanması bakımından önem taşımaktadır.

GİRİŞ

Eylem ve işlemlerini belli sınırlar içinde gerçekleştiren ve bu kapsamda insan haklarını koruyucu ve kollayıcı bir tutum içerisinde hareket eden devlet, hukuk devleti olarak nitelenmektedir. Bu nedenle bir hukuk devletinden bahsedilebilmesi için hukuki güvenliği sağlayacak denetim mekanizmalarının kurulması ve işletilmesi gerekmektedir. Ancak sadece yargısal bir denetim, hukuki güvenliği sağlamak bakımından yeterli değildir. Devletin elinde bulundurduğu bu kudreti istediği gibi şekillendirebilmesi, hukuk devletinin sağladığı güvenceyi zayıflatmaktadır. Bu nedenle devlet ve organlarını belli bir yönde hareket etmeye zorlayan ilkeler ve kurallara da ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle devletlerin elinde bulundurduğu gücü en etkin ve en zalimane şekilde kullanmasına imkân tanıyan ceza hukuku alanında, özel ve somutlaştırılmış bir güvenceye ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuk devleti ilkesini ceza hukukunda somutlaştıran ve bireyi devlet karşısında korumak adına cezalandırma yetkisine getirilen en önemli sınırlamayı suçta ve cezada kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla hukuk devletinin anayasalarda da temelini bulmuş müttefiki kanunilik ilkesidir.¹

Kanunilik ilkesi, egemenin ceza hukukundaki gücünü hukukun kontrolü altına vererek, ceza verme yetkisini sınırlandırmakta ve vatandaşların keyfi uygulamalara karşı korunmasını sağlamaktadır.² Böylece bireyin ceza hukuku aracılığıyla korunması sağlanırken aynı zamanda ceza hukukuna karşı korunması da söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan kanunilik ilkesi, kanunlar aracılığıyla keyfi cezalandırmayı engelleyen ve cezalandırma hakkının sınırlı bir yetkiye dönüşmesini sağlayan bir işlev görmektedir. Ancak kanunilik ilkesi bu güvence işlevini, kendisini tamamlayan ilkelerin bir araya getirdiği bütüncül bir mekanizma ile yerine getirmektedir. Bu bakımdan suç ve cezaların kanunla düzenlenmesini gerektiren kanunun tekelliliği, suç ve cezaların yeterince belirli bir şekilde ele alınmasını

¹Giuseppe Toscano, "The Principle of Nullum Crimen Sine Lege in the Construction of European Criminal Law", **Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law After the Lisbon Treaty**, Ed: Stefano Ruggeri, Switzerland, Springer, 2015, s.34.

² Kuk Cho, "Nullum Crimen, Nullo Poena Sine Lege in Korean Criminal Law", **Journal Of Korean Law**, C:6, S:1, 2006, s.148.

gerektiren belirlilik ilkesi, cezaların geriye yürütülmesini yasaklayan geriye yürüme yasağı ve son olarak hâkimlerin suç ve ceza yaratmasını engelleyen kıyas yasağı kanunilik ilkesi olarak adlandırılan bu bütünü meydana getirmektedir. Bütünü oluşturan bu parçalar tek başına anlam ifade etse bile, gerçek gücüne kanunilik ilkesi çatısı altında ulaşmıştır. Kanunilik ilkesi ancak bir bütün olarak, en üst seviyede güvence sağlayabilmektedir.

Kanunilik ilkesi başlangıçta devletin erkini dengeleyici, sınırlandırıcı bir fonksiyon görececek şekilde ortaya çıkmıştır.³ Despotik yönetimlerin bulunduğu, acımasız suç ve cezaların olduğu, keyfî yargılamaların yaygın bir şekilde sürdürüldüğü dönemlerde öncelikli amaç devletin keyfilğini sınırlandırmak olmuştur.⁴ Böyle bir sınırlandırmanın ise kanunlar aracılığıyla gerçekleştirilebileceği düşüncesine Locke, Rousseau gibi düşünürler kaynaklık etmiş, Beccaria, Montesquie gibi düşünürler de bu düşüncüyü belli bir konsept içinde geliştirirerek kuramsallaştırmıştır. Devlete bir tepki olarak ortaya çıkan tüm hareketler içinde kanunilik ilkesi, keyfilğe karşı verilen savaşın en gözde ve çetin savaşçısı haline gelmiştir. Bunun sonucunda ise suç ve cezalar kanunlarda düzenlenmeye başlamış, yargının suç yaratma ve mevcut suç ve cezaları yorumlama yetkisi ise tümenden kaldırılmıştır. Böylece kanunilik ilkesi sadece ceza kanunlarında değil birçok anayasada da kendine yer bularak vatandaşların temel nitelikteki haklarından biri olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.⁵ Dolayısıyla keyfilğin mutlaklığını, hukukun mutlaklığına dönüştüren kanunilik ilkesi, aydınlanma döneminin insanlığa bıraktığı en güzel miraslardan birini oluşturmaktadır.

Toplumdan bağımsız kalamayan hukuk, meydana gelen siyasi, toplumsal ve ekonomik değişimlerden de etkilenerek kriz zamanlarında ilke bakımından olumsuz sonuçlar doğmasına sebep olmuştur. Özellikle otoriter yönetimler altında ceza hukuku, insanları bastırmak ve kontrol etmek amacıyla kullanılmış, kanunlar vatandaşların kalkını değil, rejimin devamını sağlayan bir araç haline

³Christian Tomuschat, **Human Rights Between Idealism and Realism**, 2. Baskı, United States, Oxford University Press, 2010, s.10.

⁴Jerome Hall, "Nulla Poena Sine Lege", **The Yale Law Journal**, C:47, S:2, 1937, s.192.

⁵Stefan Glaser, "Nullum Crimen Sine Lege", **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C:24, S:1, 1942, s.31.

dönüştürülmüştür. Bu bakımdan iki dünya savaşı arasında her vatandaşın modern devletin istismarcı araçları karşısında korunmasının önemi açık bir şekilde görülmüştür. Araçsal bir konuma indirgenebilen kanunların, yeterli güvence sağlayamayacağı anlaşıldığın evrensel ve temel bir değere sığınma ihtiyacı doğmuştur. Bu temel değer, insan hakları karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları, ulusal egemenlik kavramını aşındırarak tüm devletlere, insan olan herkese doğuştan sahip olduğu olanakların sağlanması sorumluluğu yüklemektedir. Bu itibarla devletlerin altına düşmemesi gereken temel bir çizgi çizilmektedir. Artık devletlerin kendi organları ile temel hak ve özgürlükleri çiğnemesi ve kanunları araç konumuna indirgemesi önünde çetin bir engel bulunmaktadır. Bu sayede devletlerin vatandaşlarıyla olan ilişkisi iç hukukun kapalı kapıları ardında bırakılmamış ve evrensel bir mesele haline getirilmiştir. Ancak evrensel bir değerın korunması iç hukuktan bağımsız bir şekilde düşünülemez. Kendisine yüklenen sorumluluklara riayet etmeyen bir devletin yargılanması, evrensel bir mekanizma kurulmadığı sürece devletlerin kendi insitiyafine bırakılmaktadır. Bu durumun ise hak ve özgürlükler için sakıncalı sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu nedenle insan haklarının korunması için evrensel bir mekanizma kurulması hayati önem taşımaktadır.

İnsan haklarına ilişkin ilk hukuki düzenleme olmamakla birlikte etkin bir koruma mekanizmasını kuran ilk belge, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) olmuştur. Sözleşme, bireye haklarını çiğneyen devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvuru imkânı getirmiştir. Esasında bireysel başvuru imkânını ilk tanıyan hukuki belge 1979 yılında yürürlüğe giren BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesidir. Ancak söz konusu belgede öngörülen denetim mekanizması isteğe bağlı olarak uygulama alanı bulabilmiştir. Bu durum ise sözleşmede yer verilen haklara yeterli koruma sağlanamamasına ve denetim mekanizmasının işlevini kaybetmesine sebep olmuştur. Aksine AİHM bakımından zorunlu yargılama yetkisi kabul edilmiş ve mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla insan haklarının uluslararası düzeyde korunması noktasında en işlevsel ve etkili adım AİHS'nin imzalanmasıyla atılmaya başlanmıştır. Bu bakımdan AİHS, ilkenin ulusal ve uluslararası uygulanışı bakımından hem önemli bir yol gösterici hem de önemli bir denetim mekanizması kurmuş bulunmaktadır. Bu

sayede önemli bir güvence sağlanarak insan haklarının kaderi devletlerin insiyatifine bırakılmamıştır.

AİHS başta olmak üzere insan haklarını düzenleyen tüm sözleşmelerde, kanunilik ilkesine temel bir insan hakkı olarak yer verilmiştir. Bu durum, uluslararası toplumun, 2.Dünya Savaşı'ndan sonra kanunilik ilkesine duyduğu büyük ihtiyacı ve onaylamayı açıkça gözler önüne sermektedir.⁶ Hatta bu ihtiyaç o kadar belirgindir ki, AİHS'de savaş ve olağanüstü halde bile sınırlanamayacak hak kategorisinde kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Sözleşmenin 7.maddesinde hüküm altına alınan kanunilik ilkesi, aynı sözleşmenin 15.maddesine göre savaş ve olağanüstü hal durumunda sınırlanamayan bir hak olarak, sözleşme sisteminde temel bir yere sahiptir. Bu bakımdan kanunilik ilkesi, işkence ve kölelik yasağı gibi üst bir konumda bulunmaktadır⁷. Söz konusu ilkenin teşkil ettiği önem birçok mahkeme kararında da sıklıkla vurgulanmaktadır⁸. Yakın tarihli bir mahkeme kararında 7.maddenin sınırlanamayan bir hak olarak sözleşme sisteminde önemli bir konumda bulunduğu dikkat çekilmiş ve kanunilik ilkesinin, keyfi yargılama, hüküm giyme ve cezalandırmalara karşı etkin bir koruma sağlama amacı taşıdığı vurgulanmıştır⁹.

Görüldüğü üzere kanunilik ilkesi, inişli çıkışlı bir tarihi süreç sonucunda hak ettiği değere kavuşarak insan hakkı ve insan onurunu koruma şerefine erişebilmiştir. Kanunilik ilkesi, artık salt devletin keyfiyetini sınırlama amacı taşımamakta, insan hakları kimliğine bürünmesiyle birlikte daha üstün bir amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle bireysel hakların temel garantilerinden biri olarak görülen kanunilik ilkesi, bir devlet tarafından geline adalet ve insanlık seviyesinin göstergesi olarak değerlendirilmektedir.¹⁰ Böyle bir değerlendirme, kanunilik ilkesine önemli bir güç

⁶Beth Van Shaack, "Legality & International Criminal Law", **American Society of International Law**, C: 103, S:1, 2009, s.102.

⁷ Murphy, "The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR", **European Human Rights Law Review**, S: 2, 2010, s.192. Kanunilik ilkesinin sert çekirdekli bir hak olduğuna ilişkin olarak bkz: William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2017, s.328.

⁸Rohlena v Czech Republic, Başvuru No: 59552/08- 27.01.2015; Vasiliauskas v Lithuania, Başvuru No: 35343/05-20.10.2015; Öcalan v Türkiye (No:2), Başvuru No:24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07- 18.05.2014; Kafkaris v Cyprus, Başvuru No: 21906/04- 12.02.2008.

⁹Ilseher v Germany, Başvuru No: 10211/12 ve 27505/14-04.12.2018.

¹⁰Andrey S. Burtsev/ Ehdudard E. Genzyuk/Elena F. Lukyanchikova/ Ivan V. Mironuk/ Marina L. Prokhorova, "Legal Certainty of Legality Principle in the Legislation of the Continental and Anglo-

ve destek de sağlamaktadır. Şöyle ki, ilkenin salt bir güvence mekanizması olarak kabul edilmesi çeşitli toplumsal ihtiyaçlar karşısında ilkedan taviz verilmesini ve ilkenin ihlal edilmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak en üstün değeri olarak kabul edilen insan hakkı içinde değeriendirilmesi, meydana gelen değerişimler karşısında kanunilik ilkesine daha sağlam bir zemin oluşturmuştur.

İlkenin tarihi süreç içerisindeki gelişimine rağmen, ülkemizde kanunilik ilkesine olan bakış sınırlı kalmaktadır. Halen ilkeye devletin keyfiyetini sınırlayan ve böylece diğeri hakları koruyan salt bir güvence mekanizması olarak bakılmaktadır. Bu bakış açısı, kanunilik ilkesine ilişkin yapılan tartışmalarda da kendisini hissettirmektedir. Suçla etkin mücadele, hukukta meydana gelen hızlı değerişime ayak uydurma gibi gerekçelerle kanunilik ilkesinin bölünmeye ve zayıflatılmaya çalışıldığı görülmektedir. Halbuki kanunilik ilkesi, en kötü baskılara karşı, bu baskılar adalet maskesi ardına gizlenmiş olsa bile en önemli güvenceyi sağlayabilecek niteliktedir. Ancak tarihsel süreç göz önüne alındığında, ilkenin ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak değeriendirilmesinin yeterli olmadığı görülmektedir. İlkenin güvence niteliğinin söz konusu olabilmesi için ilkenin insan haklarından beslenmesi zorunlu gözükmektedir. Bu nedenle bu çalışmada kanunilik ilkesini, ceza hukukunun vazgeçilmez bir ilkesi olması nedeniyle değeri en temel insan haklarından biri olması sebebiyle ele alacağız. Böylece kanunilik ilkesinin insan hakları yönüne dikkat çekilerek, farklı bir bakış açısı sağlamak amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda ilk bölümde ilkenin felsefi ve hukuki temelleri üzerinde durularak kanunilik ilkesinin gelişim süreci aktarılmaya çalışılacaktır. Felsefi temeller bakımından kanunilik ilkesi bakımından en çok önem arz eden düşünürler seçilmiş ve bunlarda kendi arasında ilkenin temelini toplum sözleşmesine dayandıran ve dayandırmayan olarak ikiye ayrılmıştır. Tarihsel gelişim kısmında ise ilkenin hukuki kökenine ilişkin farklı görüşler bulunduğu için konuyu dönemlere göre ayrıarak bir inceleme yapılması uygun bulunmuştur. Bununla birlikte ilk bölümde,

kanunilik ilkesinin ne anlam taşıdığı ve neden bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği sorularına yanıt aranmıştır.

Tezin ikinci bölümünde ise gelişim çizgisi ortaya konulan kanunilik ilkesi bakımından daha ayrıntılı bir inceleme yapılmıştır. Bu doğrultuda ilkeyi tamamlayan unsurlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve bu inceleme kapsamında doktrinde yapılan tartışmalar aktarılmıştır. Ayrıca ilkenin insan hakkı yönüne dikkat çekmek amaçlandığı için AİHM'nin konuya ilişkin içtihatları, ayrı bir başlık altında değil ilişkili olduğu bölüm içinde ele alınmaya çalışılmıştır. İlkenin unsurları ile birlikte incelenmesi ilkeye bütünsel bir bakış açısı, Avrupa İnsan Mahkemesi içtihatları ile birlikte incelenmesi ise evrensel bir bakış açısı sağlayabilecektir. Bu sayede kanunilik ilkesinin insan hakkı yönünü koruyan AİHM içtihatlarının yol göstermesi de söz konusu olabilecektir. Ancak yüksek lisans çalışmasının kapsamını daraltabilmek adına AİHM içtihatları, kanunilik ilkesini düzenleyen 7.madde ile sınırlandırılarak aktarılacaktır.

I. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE İLKENİN TEMELLERİ

A. İlkenin Felsefi Temelleri

Aydınlanma döneminin insanlığa hediyesi olan kanunilik ilkesi, ilk olarak devleti sınırlamak amacıyla ortaya atılan ve genelde toplum sözleşmesi görüşü ile karşımıza çıkan bir ilkedir.¹¹ Ancak toplum sözleşmesi görüşü yanında ilkenin, Montesquieu, Voltaire, Feuerbach gibi düşünürlerce toplum sözleşmesi dışındaki unsurlarla açıklanmaya çalışıldığı düşünsel temelleri de bulunmaktadır. Bu düşünsel temellerin ele alınıp incelenmesi hem tarihsel açıdan dönemin şartlarını hem de ilkenin hangi gerekçelerle benimsendiğini anlamamızı sağlayacaktır. Bu görüşlerin insanlığa kazandırdığı farkındalık, devlete ve insana olan bakış açısını ciddi bir dönüşüm içine sokmuştur.

1. İlkenin Temelini Toplum Sözleşmesine Dayandıran Görüşler

Aydınlanma öncesi dönem, doğal hukuk anlayışının egemen olduğu ve ceza hukukunun tanrının ışığı ile aydınlatılmaya çalışıldığı bir dönemdir. Bu dönemde cezalar ilahi kaynaklı olup verilen cezaların temelini din oluşturmuştur. Bu bakımdan dinin temsilcisi olan kiliseler toplumun tüm alanında söz sahibi olduğu gibi monarşiler üzerinde de baskı kurabilmiştir. Hukuk, özgürlük gibi kavramların gelişmediği bir ortamda monarşiler de din kaynaklı bir meşruiyet temeline sahip bulunmaktadır. Bu dönemde devletlerin egemenlik gücü, ilahi kaynaklı olarak kabul edildiği için mutlak, sorgulanamaz ve bölünemez bir biçimde algılanmış ve monarklar tarafından mutlak bir şekilde kullanılmıştır. Nitekim dönemin önemli düşünürleri de bu uygulamayı destekleyerek keyfiliğin düşünsel alt yapısını oluşturmuştur. Bu düşünürlere örnek olarak Jean Bodin ve Machiavelli verilebilir. Jean Bodin “Devlet Üzerine Altı Kitap” adlı eserinde egemenin gücünü ne dini bir

¹¹ Hasan Dursun, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihi”, **CHD**, Yıl:12, S:33, 2017, s.118-119.

topluluğun ne de dış güçlerin sorgulayamayacağını ileri sürmüş ve hükümdarın kendi koyduğu kurallara bağlı olmadığını belirtmiştir.¹² Machiavelli ise devletlerin amaçladığı hedefleri gerçekleştirebilmesi için bütün araçların kullanımını meşru sayan bakış açısının kuruculuğunu yapmaktadır.¹³ Dolayısıyla bu dönemde ezici bir konumda bulunan iktidar için insan, hak, özgürlük gibi kavramlar henüz keşfedilmemiş alanlar olarak kalmıştır.

17. yüzyıl ile birlikte toplum sözleşmesi kuramının ortaya atılması, hak, özgürlük gibi kavramların düşünsel kuramlarda dile getirilmeye başlanmasına sebep olmuştur. Toplumsal sözleşme teorileri, kurallara uymak ve uyulmasını sağlamak üzere bireylerin ortak bir otorite altında bir araya geldiği bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayıma dayalı olarak devletin ortaya neden ve nasıl çıktığı ve devletin kendisini sözleşme ile bağlayan bireylere karşı ne gibi sorumluluk ve yetkilere sahip olduğu incelenmektedir. Her ne kadar bu dönemde insanın insan olmaktan kaynaklanan bir değerinden bahsedilmemiş olsa da insanların doğuştan bazı haklara sahip olduğu ve devletin bu hakları koruma yükümlülüğünün varlığına ilişkin dile getirilen fikirler, ilerde kuvvetlenerek yatacak bir meşalenin ateşini yakması bakımından önem taşımaktadır. Nitekim Tomuschat, bu dönemi insan haklarının reddedilerek insan haklarının korunduğu bir dönem olarak nitelirmektedir.¹⁴

Devlet ve bireyler arasındaki ilişkiyi toplum sözleşmesi kuramı altında inceleyen düşünörlere Hobbes, Locke, Rousseau, Beccaria ve Bentham örnek verilebilir. Ceza vermek hakkının meşruluğunu toplum sözleşmesine veya toplumsal yarara dayandıran bu düşünörlere görüşleriyle Klasik Ceza Hukuku Okulunun felsefi temellerini oluşturmuştur.¹⁵ Ancak düşünörlere, sadece tasvir ettikleri toplum sözleşmesi kuramı bakımından değil bu kuram içinde değindikleri kanunilik ilkesi bakımından da önem teşkil etmektedir. Bu bakımdan düşünörlere bu ilkeye ne gibi

¹² Jean Bodin, **Six Books Of the Commonwealth**, Ed: M. J. Tooley, Oxford, Basil Blackwell, 1955, s. 24-36.

¹³ Niccolò Machiavelli, **Hükümdar**, Çev: Necdet Adabağ, XIX. Basım, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2020.

¹⁴ Tomuschat, s.11.

¹⁵ Özgür Küçükaşdemir, "Aydınlanma ve Ceza", **TBB Dergisi**, S: 113, 2014, s.74.

gerekçelerle ulaştığını anlayabilmek için izledikleri yolu takip etmemiz gerekmektedir.

a. Hobbes

Toplum sözleşme kuramının kurucusu sayılan Hobbes'a göre bütünsel bir açıdan bakıldığında insan zihinsel ve fiziksel olarak eşit durumdadır.¹⁶ Ancak bu eşitlik, insanların aynı amaca yönelmesine ve “amaca erişme umudunun eşitliğine” sebep olabilecek ve insanlar arasında düşmanlık tohumunu ekebilecektir.¹⁷ Bu bakımdan insanlar arasındaki eşitlik durumu, rekabet, eşitlikten kaynaklanan düşmanlık¹⁸, varlığını koruma arzusu, zevk gibi kaynaklardan beslenerek insanların birbirini yok etmesine sebep olacaktır. Dolayısıyla insanlar arasında güvensizlik ve düşmanlıktan kaynaklanan bir savaş hali hüküm sürecek ve başkalarına olan güvensizlikten kurtulmak amacıyla insanlar cebren veya hile yoluyla olsa bile en çok sayıda insanı egemenliği altına almaya çalışacaktır.¹⁹ Hobbes'a göre savaş durumunda egemen bir güç bulunmadığı için yasa ve yasa da olmadığı için adalet ve adaletsizlik gibi kavramlar bulunmamaktadır.²⁰ Bu bakımdan Hobbes'un devletin kurulmasından önce tasvir ettiği durumu kısaca yasasız bir savaş hali olarak tanımlayabiliriz. İşte bu savaş durumunda akıl, insanların üzerinde anlaşılabileceği uygun barış şartlarını gösterecektir ve akla uygun bu şartlar, doğa yasaları olarak adlandırılır. Hobbes'a göre doğa yasası; “*akılla bulunan ve insanın kendi hayatı için zararlı veya hayatını koruma yollarını azaltıcı olan şeyleri yapmasını yasaklayan veya insanın hayatını en iyi şekilde koruyabileceğini düşündüğü*”²¹ kurallardır. Ancak doğa yasaları ile savaş durumunu sona erdirmek ve güvenliği sağlamak Hobbes'a göre mümkün değildir. Doğa yasalarına uyulmasını sağlayacak bir güç olmadığı gibi doğa yasalarının çiğnenmesi halinde uygulanacak bir yaptırım da söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle kılıcın gücü olmadan ahitler sözden ibaret

¹⁶Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev: Semih Lim, 6. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2007, s.92.

¹⁷ Hobbes, s.93.

¹⁸Hobbes'a göre insan doğasında üç temel kavga sebebi bulunmaktadır. Bunlar rekabet güvensizlik ve şan-şereftir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hobbes, s.94.

¹⁹ Hobbes, s.93.

²⁰ Hobbes, s.96.

²¹ Hobbes, s.96.

kalacaktır.²² İşte bu noktada doğa yasaları yanında devletin kurulmasından sonra söz konusu olabilecek toplum yasaları devreye girmektedir. Toplum yasası ise “ *her uyruk için, sözle, yazıyla veya iradenin bir başka yeterli işaretiyle, doğru ve yanlış ayırt edilmesi için, yani neyin kurala aykırı olup neyin olmadığı ayırt edilebilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği*”²³ kurallardır. Esasında toplum yasaları ve doğa yasaları aynı bütünün parçasını teşkil etmekte yazılı olanlar toplum yasası, yazılı olmayanlar ise doğa yasası olarak adlandırılmaktadır.²⁴ Ancak Hobbes’a göre bir yasanın toplum yasası olarak nitelendirilebilmesi için bazı niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bu niteliklerden ilki toplum yasasının “devlet” tarafından ele alınması gerekliliğidir. Başka bir ifadeyle yasanın, egemen iradesinden doğduğunu gösteren açık ibareler bulunmalıdır. Bununla birlikte devletin koyduğu emirlerin, yeterli işaretlerle gösterilmesi ve sözle, yazıyla veya bir başka yoldan duyurulması veya açıklanması gerekmektedir.²⁵ Özetle bir yasanın toplum yasası olabilmesi için devlet tarafından konulması, yayımlanması ve yeterince açık olması gerekmektedir. Bu özelliklere sahip bir yasada yer alan kurallara aykırı davranılması veya yasaklara uyulmaması halinde ise karşımıza suç kavramı çıkmaktadır. Yasalar yapılmaya kadar neyin suç olduğunu bilmek mümkün olamayacağı için kişilerin suçlanması da mümkün değildir. Hiçbir şey olaydan sonra yapılmış bir yasayla suç haline getirilmez.²⁶ Bu bakımdan bahsedilen koşulları sağlamayan kurallar yasa olmayacağı gibi yasanın olmadığı yerde suçtan da bahsedilemeyecektir.²⁷

Devlet tarafından yeterince açık bir şekilde konulan kanuna aykırı davranılması halinde insanlar itaate daha eğimli olsunlar diye, aynı otorite tarafından bu kişilere ceza uygulanabilecektir.²⁸ Bu bakımdan bu teoride yasalarca belirlenmiş suçların varlığı, ceza uygulanabilmesinin ön şartını oluşturmaktadır. Zira Hobbes’a göre cezalandırma, yasanın ihlali olarak değerlendirilmiş bir eylemi gerektirmektedir. Ancak böyle bir eyleme karşı yasada yer alan ceza uygulanabilir niteliktedir.

²² Hobbes, s.127.

²³ Hobbes, s.189.

²⁴ Hobbes, s.191.

²⁵ Hobbes, s.193.

²⁶ Hobbes, s.208.

²⁷ Hobbes, s.206.

²⁸ Hobbes, s.218.

Bununla birlikte yasada belirlenmiş ve öngörülmüş bir ceza varken, suç işlendikten sonra daha büyük bir ceza verilmesi, düşmanlık eylemi olarak nitelendirilmiştir.²⁹ Hatta yasa da yer alan cezadan daha fazla cezaya hükmedilmesi, kişilerin yasalar tarafından kandırıldığı anlamına gelecektir.³⁰ Ancak yasaca belirlenmiş bir ceza bulunmaması durumunda devletin istediği cezayı verme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.³¹ Bu noktada önemle belirtilmelidir ki bir kişiye uygulanan yaptırımın ceza olarak nitelendirilebilmesi için toplum sözleşmesine taraf olan bir kişinin bulunması gerekmektedir. Şöyle ki, toplum sözleşmesini kabul ederek, koyulan kurallara zımni şekilde uyacağını taahhüt eden kişinin bu kurallara uymayı reddetmesi ve isyan etmesi halinde bu kişinin doğa durumunda bırakılacağı ve her türlü muamelenin yapılabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bu kişiler, uyrukluğa reddetmekle, yasaların koyduğu cezaları da reddetmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle, yasalarda belirlenmiş cezalar, uyruklar içindir, düşmanlar için değildir.³² Hobbes isyan suçu bakımından öngördüğü ayrık kuralları bir adım öteye taşıyarak, çeşitlendirilecek acının etkisini, sadece babalara değil, aynı zamanda henüz dünyada olmayan ve cezasını çektikleri olayda suçları olmayan üçüncü ve dördüncü kuşağa kadar uzatır.³³ Hobbes'a göre suç niteliği itibarıyla uyrukluğun reddedilmesine ilişkindir. Bu bakımdan yukarıda belirtilen tüm sınırlamalar ancak uyruk olarak değerlendirilebilecek kişiler açısından geçerlidir.

Tüm bu bilgiler ışığında düşünürün kanunilik ilkesine yaptığı katkılar değerlendirilecek olursa; Hobbes'un açık bir şekilde suçta kanunilik ilkesini benimsediği görülmektedir. Hobbes'a göre ancak eylemin icra edilmesinden önce toplum yasalarında öngörülen fiiller suçlamaya konu olabilmektedir. Bununla birlikte Hobbes'un toplum yasasının sahip olduğu bazı nitelikler bakımından günümüz yasalarına yakın olduğu söylenebilir. Çünkü toplum yasasının başlıca özelliği, devlet tarafından konulması, yayınlanması, yazılı ve açık olmasıdır.³⁴ Ayrıca düşünürün kanunların yorumu bakımından ileri sürdüğü düşünceleriyle de döneminin ilerisinde

²⁹ Hobbes, s.220.

³⁰ Hobbes, s.208.

³¹ Hobbes, s.136.

³² Hobbes, s.221.

³³ Hobbes, s.224.

³⁴ Hobbes'a göre iyi yasalar yazılı ve olabildiğince açık olan yasalardır.

olduğu ifade edilmelidir. Hobbes’a göre yasaların yorumu³⁵ egemen güce aittir ve yorumcular da kendilerini tayin eden egemen güce boyun eğmek zorundadır.³⁶ Her ne kadar belirtilen ifadeden kıyas yasağına ilişkin bir çıkarım yapmak mümkün olmasa da hâkimlerin yorum yetkisine getirdiği sınırlama ilke bakımından önem arz etmektedir.

Suçta kanunilik ilkesine ilişkin ulaşılan olumlu sonuçlara rağmen cezada kanunilik ilkesine olan katkılarına şüpheyle yaklaşmak gerekmektedir. Her ne kadar cezaların kanunda belirlenmesi halinde kanunda öngörülenden daha ağır bir cezanın verilmemesi gerektiği savunulmuş olsa bile temel de cezaların kanunla düzenlenmesi bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. Nitekim cezaya ilişkin bir belirleme yapılmaması halinde devletin istediği gibi ceza verebileceği belirtilmiştir. Daha da önemli bir nokta olarak Hobbes, bu sınırsız özgürlüğü egemenin gücü ile tutarlı görmektedir. Egemenin hangi gerekçeyle olursa olsun bir uyruğuna yapabileceği hiçbir şey, adaletsizlik veya haksızlık olarak adlandırılmamış, her uyruk egemenin yaptığı eylemlerin amili olarak görülmüştür.³⁷ Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi suçta kanunilik, yasaların belirliliği gibi sınırlamalar ancak uyruklar bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu kapsamda olmayan kişiler açısından ise sınırları ve araçları belli olmayan bir savaş durumu yaratılmaktadır. Bu bakımdan düşman ceza hukuku konseptini ortaya atan Jacobs Günther’in Hobbes’dan esinlendiğini söylemesi şaşırtıcı bir durum değildir.

Netice itibarıyla, Hobbes suçlar bakımından kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi ve geriye yürüme yasağını açık bir şekilde savunmuştur. Cezalar bakımından ise ancak “kanunda belirlenmiş bir ceza” açısından bu sınırlamaları öngörmüş kanunda belirlemeyen cezalar açısından ise egemenin mutlak olan takdir yetkisine öncelik vermiştir. Dolayısıyla düşünürün cezada kanunilik ilkesini benimsediğini söylemek mümkün değildir. Bu sonuca düşünür tarafından oluşturulan ilkel “düşman hukuku” konseptinden de ulaşmak olanaklıdır. Kanunilik ilkesi eşitlik ilkesini de içinde

³⁵ Yorum konusunda düşünür amaçsal yoruma ağırlık verdiğini şu sözlerle aktarmıştır: “Bir yasanın özü, onun lafzı değil, o yasa konulurkenki amaç veya niyet, yani, (yasa koyucunun ona verdiği anlam olan) yasanın asıl anlamıdır.”.

³⁶ Hobbes, s.196.

³⁷ Hobbes, s.157.

barındırması gereken bir değer olarak, kanuna tabi olan herkes için hatta kuralı koyan egemen için de uygulama alanı bulmalıdır. Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, Hobbes'un toplum sözleşme teorisi egemenin gücünü sınırlamak amacıyla veya insana sadece insan olduğu için verilmesi gereken değere ilişkin olarak ele alınmamıştır. Tasvir edilen savaş halini sona erdirebilecek güç olarak, devlet öngörülmüştür. Bu bakımdan insanlar arasında devlet kurulana kadar sürecektir kaos ve savaş hali devletin varlığına dayanak olarak gösterilmiştir. Daha sonra inceleyeceğimiz toplum sözleşmeleri ile Hobbes'un toplum sözleşmesi arasındaki fark da bu noktada belirgin hale gelmektedir. Diğerlerinden farklı olarak Hobbes'un teorisi, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasından ziyade savaş halini sebep göstererek devletin ortaya çıkmasına meşruiyet zemini hazırlamaktadır. Nitekim adalet ve mülkiyetin başlangıcı olarak devletin kuruluşu gösterilmektedir.³⁸ Hobbes'un devlet karşısında bireyleri güvence altına almak yerine otoriteye bir dayanak bulmaya çalışması eleştirilmekte ve düşünürün mutlak egemen güç fikrinin savunucusu olduğu belirtilmektedir.³⁹ Dolayısıyla Hobbes'un ileri sürdüğü düşünceler, dönemi açısından önemli ve yeni olmasına rağmen ilkenin dayandığı temeller bakımından yenilikçi değildir.⁴⁰ Hâlbuki kanunilik ilkesini bugüne getiren şey, ilkenin dayandığı düşünsel temeller, bir başka ifadeyle, insanlar için taşıdığı anlamdır.

b. Locke

Toplum sözleşmesi kuramı bakımından üzerinde durulacak diğer bir düşünür ise Locke'dur. Locke, tasvir ettiği toplum sözleşmeyle hem ilke bakımından hem de temel hak ve özgürlükler bakımından önem taşıyan bir düşünürdür. Hobbes'dan farklı olarak Locke, doğa durumunu bir başıbozukluk durumu olarak öngörmemiş doğa kanunlarına uymak kaydı ile yetkin bir özgürlük durumu olarak tasvir

³⁸ Hobbes, s.106.

³⁹ Dursun, s.120.

⁴⁰ Daha önce bahsedildiği üzere, düşünür bu ilkeyi ne egemeni sınırlamak için ne de hakları korumak için öngörmüştür. Hobbes'da döneminde yaygın olan mutlak egemen güç fikrinin savunucusu olmuş ve egemenin kendi koyduğu kurallarla dahi bağlı olmadığını savunmuştur. Bu kapsamda, egemen güce getirilen tek sınırlama olarak karşımıza doğal hukuk çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dursun, s.119-120.

etmiştir.⁴¹ Düşünüre göre doğa halinden toplum haline geçişin temelini oluşturan en önemli neden, mülkiyet hakkının barış ve güvenlik içerisinde kullanılmasıdır.⁴² Doğa durumunda mülkiyet hakkının kullanımı belirsiz ve sürekli olarak başkalarının tecavüzü altında bulunmakta ve düşünürün tabiriyle herkes diğeri kadar kral olduğundan bu hakkın kullanımı, oldukça güvensiz ve emniyetsiz bir durum içine sokulmaktadır.⁴³ Topluma geçişe neden olabilecek diğeri bir durum ise öteki dünyadan başka bir başvuru yerinin olmadığı, en küçük bir anlaşmazlığın sona götürmeye eğilimli olduğu ve birbiriyle mücadele edenler arasında karar verecek bir otoritenin olmadığı bu savaş durumundan kaçınmaktır.⁴⁴ Bu bakımdan toplum, mülkiyetin ve güvenliğin sağlanması için oluşturulması zorunlu bir barış durumunu ifade etmektedir.

Düşünüre göre kişilerin sahip olduğu hakların güvenlik ve barış içinde kullanılabilmesi için en önemli aracı o toplumda oluşturulmuş yasalar olacaktır. Bütün devletlerin ilk ve temel pozitif yasası ise yasama iktidarının oluşturulmasıdır.⁴⁵ Ancak Hobbes'dan farklı olarak yasama organı somut sınırlamalarla bağlı bir kudret olarak değerlendirilmiştir. Locke'un toplum tasvirinde devleti oluşturan kişilerin de birer insan olduğu gerçeği göz ardı edilmemiştir. Bir başka ifadeyle Locke'un tasvir ettiği egemen, bir başkasının yaşamını ya da mülkiyetini alabilecek mutlak keyfi bir iktidar değildir. Düşünüre göre hiç kimse kendisinin sahip olduğu iktidardan daha fazlasını devredemeyeceği için devredilmesi mümkün olmayan bu alan, hem kişiler hem de devlet bakımından sınır oluşturmaktadır.⁴⁶ Bu bakımdan kişinin kendi yaşamı üzerinde iktidarı söz konusu olamayacağından yaşamı üzerindeki iktidarı bir başkasına devretmesinden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte düşünür, yasamanın ortak yararın ötesine geçmesini de mümkün görmemektedir. Dolayısıyla söz konusu

⁴¹ John Locke, **Yönetim Üzerine İki İnceleme Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Deneme**, Çev: Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, Ebasil Yayınları, 2012, s.9-10.

⁴² Locke, s.64.

⁴³ Locke, s.81.

⁴⁴ Locke, s.20.

⁴⁵ Locke, s.87.

⁴⁶ Locke, s.21-22.

tasvirde kanun, sadece şekil olarak değil içerik bakımından da belli sınırlamalara tabi tutulmuştur.⁴⁷

Yasama erki, her bir kişinin güvenliğini sağlama ve mülkiyet hakkını kullanmasını kanun aracılığıyla huzursuz ve güvensiz kılan kusurlara karşı koruma yükümlülüğüne sahiptir. Bu bakımdan iktidar, anlık kararlarla değil yayınlanmış ve halk tarafından bilinen kurumsallaşmış sürekli yasalarla kullanılmalıdır.⁴⁸ Böylece hem halk görevlerini bilebilir ve yasanın sınırları içinde emniyette ve güvende olabilir, hem de yöneticiler kendi görev sınırları içinde tutulur ve ellerindeki iktidarı, bilemeyecekleri ve kendileri tarafından da istenmeyen amaçlar için ve bu tür ölçülerle kullanma eğiliminde olamazlar.⁴⁹ Aksi takdirde insanlar kendilerini mutlak keyfi iktidara bırakarak silahsız hale gelmiş ve dilediği zaman onları bir av haline getirmesi için devleti silahlandırmış olacaklardır.⁵⁰ Locke’a göre devletin insanlar karşısında kullanabileceği bu silah keyfilik, insanların devlet karşısında kullanabileceği silah ise insanların doğa durumundan itibaren sahip olduğu haklar olacaktır.

Düşününün görüşleri ilke için taşıdığı önem bakımından değerlendirilecek olursa; kanunilik ilkesinin kavram olarak ilk ortaya çıkışı devlet organlarının sahip olduğu keyfi iktidarı önleme amacı taşımaktadır. Bu bakımdan ilkenin çıkış noktasını açık bir şekilde Locke’un tasvir ettiği toplum sözleşmesinde görmek mümkündür. Locke, toplum sözleşmesinde “kanun” kavramını öne çıkararak bu kavramı devletin sınırlandırılması bakımından önemli bir araç olarak değerlendirmiştir. Her ne kadar eserinde kanunilik ilkesini içeren doğrudan bir ibare yer almasa da, sözleşme kuramında güvenlik yanında mülkiyet hakkına parmak basan Locke, kişilerin sahip olduğu bazı temel hakların aynı zamanda devletin sınırlandırılmasında birer silah olabileceğini göstermesi bakımından değer taşımaktadır. Bununla birlikte kanunilik

⁴⁷ Dursun, s.123-124.

⁴⁸ Locke, s.84. Gücün yasalarla kullanılması zorunluluğu yönetim biçimi ne olursa olsun uyulması gereken bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Nitekim düşünür eserinde bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Devlet hangi yönetim biçimi altında olursa olsun, yönetici iktidarın, ilan edilmiş ve kabul edilmiş yasalarla yönetmesi ve anlık kararlar ve belirsiz kararnamelerle yönetmemesi gerekir.” a.g.e s.91.

⁴⁹ Locke, s.91.

⁵⁰ Locke, s.90.

ilkesinin temellerini atan Beccaria ve Montesquieu gibi düşünürler Locke'un doğal hukuk anlayışı çerçevesinde fikirlerini şekillendirerek Fransız Devrimini hazırlamıştır.⁵¹ Dolayısıyla hem kanunilik ilkesinin hem de insan hakları kavramının ortaya çıkıp ilerlemesinde düşünürün görüşleri adeta çarpıcı bir etki yaparak kuramsallaşma sürecinde hızlandırıcı bir işlev görmüştür.

c.Rousseau

Devletin elinde bulundurduğu gücün sınırlanması gerektiğini belirten ve ileri sürdüğü düşüncelerle ilke açısından önem arz eden diğer bir düşünür ise Rousseau'dur. Düşünüre göre insanları toplumsal bir sözleşme akdetmeye iten temel sebep korunma ihtiyacı ve modern toplumla gelen eşitsizliktir. Kişinin hem her üyeye hem de ortak güce karşı korunabileceği bir bütüne katılması aynı zamanda eski özgürlüğünü koruyabileceği bir yaşam sürdürebilmesi toplum sözleşmesi ile mümkün olmaktadır. Başka bir ifadeyle insanlar, toplum sözleşmesi ile doğal özgürlüklerinden vazgeçip bunun yerine sınırlı ancak kullanılabilen özgürlükler koyabileceklerdir. Bu sözleşme ile insanlar doğal özgürlüklerini ve sınırsız haklarını kaybederken sivil özgürlüğü, eşitliği ve sahip olduğu her şeyin mülkiyetini kazanmaktadır.⁵² Söz konusu sözleşme ile birlikte doğanın insanlar arasına koyduğu maddesel eşitsizlik yerine manevi ve haklı bir eşitlik de getirilerek güç ve zeka bakımından olmasa da hukuki bir eşitlik sağlanmaktadır.⁵³ Dolayısıyla topluma girmek için yapılan fedakârlıklar düşünür tarafından aynı zamanda önemli kazançlar sağlayan bir durum olarak değerlendirilmiştir.

Rousseau'ya göre toplum sözleşmesinin kurucu öğeleri yasalardır. Söz konusu bu yasaları düzenlemek ise yalnızca toplumu oluşturan bireylere tanınmış bir haktır. Dolayısıyla yasalar, genel iradenin eylemleri olarak hem kişileri özgür kılmakta hem de düzenlenen kurallara boyun eğdirmektedir.⁵⁴ Bu noktada toplum sözleşmenin muhtevasında yer verilen koşullara toplumu oluşturan kişiler yanında kendisi de

⁵¹Wiktör Osiatynski, **Human Rights and Their Limits**, America, Cambridge University Press, 2009, s.4; Küçüktaşdemir, s.64.

⁵² Jean Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev: Vedat Günyol, 9. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2012, s.33.

⁵³ Rousseau, s.21-22.

⁵⁴ Rousseau, s.58.

toplumun bir üyesi olan hükümdar da uymalıdır.⁵⁵ Bu bakımdan yasalar genel istemin gerçek işlemleri olduğu gibi hükümdarın elini kolunu bağlayan bir sınır da oluşturmaktadır. Böylece Locke'un sözleşme kuramına benzer şekilde egemen keyfi bir şekilde öngörülmemiş, yasama gücünü elinde bulunduran halka yaptığı yasalarla hükümdarı sınırlama imkânı getirilmiştir. Sadece halkın temsilcisi olarak değerlendirilen yasama organının kanun yapabilmesi ve bu kanunun hükümdarı dahi bağlıyor olması kanunun tekelciliği ilkesinin Rousseau tarafından benimsendiği şeklinde yorumlanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki Rousseau'nun konuya ilişkin görüşleri sınırlı olup ilkenin alt unsurlarını kapsamamaktadır.⁵⁶ Bunun yanında düşman ceza hukukunu besleyen damarlardan birini de Rousseau'nun oluşturduğunu belirtmek gerekir. Düşünüre göre toplumun haklarını çiğneyen ağır suçları işleyen kişi hainlik yapmış olacağından yurttaş olmaktan çıkarılarak bir düşman konumuna sokulmalı ve artık yurttaş olmayan bu kişiye karşı bir savaş içine girilmelidir.⁵⁷ Dolayısıyla hukuk devleti ve kanunilik ilkesi bakımından önem taşıyan düşünürün insan hakları kavramı bakımından çağdaşı olan Locke'un gerisinde kaldığı kabul edilmelidir.

d. Beccaria

İsmi kanunilik ilkesi ile birlikte anılan ve günümüzde de halen anılmaya devam eden Beccaria, kuşkusuz bu ilkenin temelleri açısından incelenmesi gereken en önemli düşünürlerden biridir. Her ne kadar kendisi İtalya dışına çıkmasa da ünü tüm dünyaya yayılmış, sıklıkla takdir görmüş, dahi, bilge ve ölümsüz olarak anılmıştır.⁵⁸ Kanunilik ilkesini "Suç ve Cezalar Hakkında" eserinde⁵⁹ açıkça dile getiren düşünür, ilkenin kuramsallaşarak tüm dünyaya yayılmasında başat bir rol oynamıştır. Sami Selçuk, dünya çapında bu denli etki yaratan düşünürü şu şekilde tanımlamıştır: *"Beccaria gökyüzünü aydınlatan ilk şimşegi çaktıran ve uyarıcı bir vuruşla çökmekte"*

⁵⁵ Rousseau, s.35.

⁵⁶Göktürk Öcal, Aydınlanma Çağında Ceza Hukuku Felsefesi ve Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019, s.28.

⁵⁷ Rousseau, s.32.

⁵⁸Alberto Cadoppi, "Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law", **University of Baltimore Journal of International Law**, C:3, S:2, 2015, s.3.

⁵⁹Voltaire bu eseri "insanlığın yasası" olarak nitelendirmiştir. Bknz: Sami Selçuk, **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi**, Ankara, İmge Kitapevi Yayınları, 2004, s.67.

*olan eski binayı sarsan kişidir.”*⁶⁰ Beccaria ileri sürdüğü düşüncelerle mevcut ceza hukuku sistemini iyileştirmeyi amaçlamamış, sistemi yıkıp yeni baştan kurmak gerektiğine inanmıştır.⁶¹ Beccaria’nın suçlar ve cezalar hakkındaki düşünceleri, dönemin en önemli yazarlarından olan Hobbes, Locke, Montesquieu, Voltaire ve Rousseau’dan etkilenmiş ve bunların insan doğası ve toplum sözleşme görüşleri etrafında şekillenmiştir.⁶² Bu bakımdan düşünürün tasvir ettiği toplum sözleşmesine kısaca değinilmesi gerekmektedir.

Beccariaya’ya göre düzenleyici nitelikteki ilkeler ve kurallar üç kaynaktan ortaya çıkabilir. Bunlar; tanrı, doğa ve toplumsal sözleşmedir.⁶³ Toplumsal sözleşme, insanların topluma girebilmek ve kalan özgürlüklerinden tam olarak yararlanabilmek amacıyla birtakım özgürlüklerinden devlet lehine vazgeçmelerini ifade eden bir durumu ifade etmektedir. Gözden çıkarılarak devlet lehine vazgeçilen bu haklar, devletin egemenlik ve cezalandırma yetkisinin de temelini oluşturmaktadır.⁶⁴ Bu noktada egemenin emanetçi ve uygulayıcı olarak nitelendirilmesi çok çarpıcıdır ve düşünürün toplum sözleşmesi tasviri bakımından olumlu sinyaller vermektedir.

Cezalandırma yetkisinin kapsamını ve cezaların hangi koşullar altında uygulanması gerektiği meselesini ele alan düşünür, teorisinde kanunlara özel bir yer vermiştir. Egemenlik ve cezalandırma yetkisi, insanların vazgeçtiği özgürlüklerin toplamına dayandığı için cezaların ancak kanun ile belirlenebilir olmasını gerektirmektedir. Kanunlar ise toplum için yapıldığından toplumu temsil eden kanun koyucu tarafından konulmalıdır. Dolayısıyla yasaya dayandırılmayan bir cezalandırma ve egemenlik yetkisinden bahsedilemez. Bu bakımdan yargıçların durumuna değinen Beccaria, yasaca sınırlandırılmış olan hâkimin bu sınırı aşarak ceza veremeyeceğini belirtmiştir.⁶⁵ Aksi takdirde yasal cezaya ek bir ceza eklenmiş olacak ancak bu ek cezanın hukuki ve toplumsal bir zemini bulunmayacaktır. Bu

⁶⁰ Selçuk, s.18.

⁶¹ Selçuk, s.22.

⁶² Beyza Eskici Katırcıgil, “Cesare Beccaria’nın Suç ve Ceza Felsefesi”, **EÜHFD**, C:12, S: 1, 2017, s.164.

⁶³ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi Yayınları, 2016, s.17.

⁶⁴ Beccaria, s.25.

⁶⁵ Beccaria, s.31.

noktada kıyas yasağına temas etmiş olan düşünür, kanunu yorumlama yetkisinin, o gün sindirim sisteminin dahi nasıl çalıştığından etkilenebilecek olan hâkimlere değil kanun koyucuya ait olduğunu belirtmektedir.⁶⁶ Böylece yorum faaliyetinin hâkimi olanın suç işleyen kişinin de hâkimi olmasının önüne geçilmeye çalışılmış ve sakıncalı olarak değerlendirilen yorum yetkisine çıkan tüm yollar kapatılmaya çalışılmıştır. Düşünüre göre dilin kapalı olmaması, açık ve sade olması bu sakıncanın önüne geçebilecek en etkili önlemlerdendir.⁶⁷ Ancak açık ve netlik sadece yorum yetkisi bakımından değil, suçlular açısından da olumlu etki yaratabilecektir. Beccaria'ya göre kanunların kapalı bir dille ele alınması cezaların belirsiz ve bilinmezliğine yol açacak ve suç işleme isteğini körükleyebilecektir.⁶⁸ Esasında yorumu yasaklayan bu görüş, düşünürün diğer görüşleriyle bir tezatlık oluşturmaktadır. Şöyle ki, düşünüre göre toplumsal kurallar toplum yararı çerçevesinde değişebilir niteliktedir. Bu halde kanunların yoruma kapatılması toplumda gerçekleşen değişikliklerden kopuk bir yasa anlayışını ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte vicdani kanaat ve serbest kanıt sistemini savunan yazarın, yorumu reddetmesi çelişkili olan konulardan bir diğerini oluşturmaktadır.⁶⁹ Ancak düşünür, cezanın kanuna harfi harfine uydurulmasından ortaya çıkacak karmaşanın kanun yorumundan ortaya çıkan karmaşayla boy ölçüşemeyeceğini düşünmektedir.⁷⁰ Dolayısıyla yapmış olduğu tercihte kanunların katı katıya uygulanmasına ağırlık vermiş ve hâkimler tarafından yapılan yorumu reddederek yorumun kanun koyucuya ait olduğunu belirtmiştir.

Düşünür, insanların kanunlara aykırı düşmeyen her şeyi yapabilmesini ve kaygı duymaması gerektiğini ve kendi eylemlerinin sonucu olanlar dışında kalan aykırılıklardan sorumlu olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan suçların kanunlar tarafından belirlenmesini toplumun devamı açısından bir zorunluluk olarak kabul etmiştir.⁷¹ Suçların kanunlarla düzenlenmesini zorunluluk olarak değerlendiren düşünürün, cezaların varlığını ve kanunlarla düzenlenmesini de bu mecburiyet

⁶⁶ Beccaria, s.37.

⁶⁷ Beccaria, s.41.

⁶⁸ Beccaria, s.41.

⁶⁹ Selçuk, s.37.

⁷⁰ Beccaria, s.38.

⁷¹ Beccaria, s.57.

kapsamında gördüğü, cezanın toplum sözleşmesi bakımından arz ettiği önem göz önüne alındığında rahatlıkla söylenebilir. İnsan doğasına hâkim ele geçirme arzusu nedeniyle insanlar özgürlüğün kendisine ait kesimini geri almakla kalmayacak başkalarına ait kesimi de ele geçirmeye çalışacaktır. Bunun önüne geçmek için en önemli araç ise cezalardır.⁷² Bu bakımdan kabul edilen ceza felsefesi her şeyden çok caydırıcılığa dayalıdır.⁷³ Cezaların caydırıcı bir etki gösterebilmesi bakımından ise kesinlik, hızlilik ve orantılılık prensipleri üzerinde durulmuştur.⁷⁴ Düşünüre göre kişilere uygulanan cezaların kaba güç olarak değerlendirilmemesi için herkese açık, çabuk, kaçınılmaz, yaptırımların en ılımlısı ve en azı, orantılı ve yasalarca belirlenmiş olması zorunludur.⁷⁵ Dolayısıyla Beccaria, toplum sözleşmesi kuramı içerisinde daha önce hiç dile getirilmediği kadar açık bir şekilde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiş bulunmaktadır. Ancak bu teoriyle sadece suç ve cezaların kanunla tanımlanması gerekliliğini değil belirlilik ilkesini ve kıyas yasağını da dile getirmiş olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Her ne kadar kanunların geriye yürütülmesi yasağına ilişkin açık bir ibare kullanılmamış olsa da tasvir edilen toplum sözleşmesinden bu sonucu çıkarmak olanaklıdır.⁷⁶ Kişilerin yasalara aykırı düşmeyen her şeyi yapabilmesi toplumun devamı açısından bir mecburiyet kabul edildiğinden, suç işlendiği zamanda mevcut olmayan bir hükme göre kişinin cezalandırılması da bu mecburiyete aykırılık teşkil edecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki, Beccaria kanunilik ilkesine toplum sözleşmesine ilişkin görüşü neticesinde ulaşmış bulunmaktadır. Görüşleri bütünüyle insan hakları temelli değildir. Bir başka ifadeyle fikirleri cezalara ve cezaların infazına ilişkin öncü değerlendirmeler olsa da bu fikirlerin temel noktası caydırıcılık ekseninde yoğunlaşmıştır. Her ne kadar kitabında, insan hakları bakımından önem taşıyan insan onuru kavramına bir bölümde yer vermiş olsa⁷⁷ ve işkencenin insanı aşağıladığı ve onursuzluğuna yol açtığını söylese bile Beccaria, düşüncelerini insanların doğuştan

⁷² Beccaria, s.26.

⁷³ E. Eylem Aksoy Retornaz, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, S:112, 2014, s.97.

⁷⁴ Gökhan Gökulu, “Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi”, **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C:2, S: 5, 2014, s.640.

⁷⁵ Beccaria, s.222.

⁷⁶ Aynı yönde görüş için bkz: Dursun, s.138.

⁷⁷ Eserde geçen onur kavramının, mahpus söz konusu olduğunda göz ardı edildiği şeklindeki eleştirisi için bkz: Aksoy Retornaz, s.103.

sahip olduğu haklar bakımından değil bir düşünce kümesi olarak ele almıştır.⁷⁸ Nitekim düşünürü göre insan onuru doğuştan değil toplumun oluşmasından sonra ortaya çıkan ve doğala dönüşü sağlayan bir değerdir.⁷⁹ Bununla birlikte fiziksel etki doğuran işkencenin yasaklanmasını isteyen düşünürün, ebedi kölelik olarak nitelendirdiği ve ruh üzerinde etki doğuran işkenceyi ömür boyu hapis meşru gördüğü belirtilmelidir.⁸⁰ Buna rağmen Beccaria'nın insan değerinden çok uzakta olduğunu da düşünmemek gerekir. İnsana bir nesne olarak davranılmaması gerekliliğini vurgulaması, ölüm cezasını belli istisnalar dışında büyük oranda reddederek en üstün değeri insan yaşamı olarak görmesi⁸¹, ceza hukukuna insani bir bakış açısı kazandırmıştır. Bu bakımdan düşünür insan haklarına giden o uzun ve karanlık yolda bazı değerlere dikkat çekerek ilk meşaleyi yakmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, düşünürün ceza hukukuna armağan ettiği ilke sadece kanunilik ilkesi değildir. Bununla birlikte yargı organlarının bağımsızlığına⁸², orantılılık ilkesine⁸³, işkencenin yasaklanmasına⁸⁴, kanun önünde eşitlik prensibine⁸⁵, işlevsel bir ceza olmaması sebebiyle ölüm cezasının yasaklanmasına⁸⁶, cezaların

⁷⁸ Beccaria, s.59-62.

⁷⁹ Beccaria, s.61.

⁸⁰ Düşünürün hapisane koşulları ve bu koşulların iyileştirilmesiyle ilgilenmediği ve hapis cezasına ilişkin düşüncelerinin, faydacılık ve caydırıcılık gölgesinde kaldığına ilişkin eleştiri için bkz: Aksoy Retornaz, s.102-103; Küçüktaşdemir, s.86.

⁸¹ Beccaria, s.135-136.

⁸² Beccaria, s.32.

⁸³ Beccaria, s.45.

⁸⁴ Beccaria, s.85.

⁸⁵ Beccaria, s.109.

⁸⁶ Aydınlanma döneminde ölüm cezasına en kapsamlı şekilde karşı çıkan düşünür Beccaria olmuştur. Ancak ölüm cezasını, sürekli kölelik olarak nitelediği hapis cezası ile değiştirmesi bazı eleştirilere konu olmuş hatta "zulüm" olarak nitelendirilmiştir. Bu yüzden, Beccaria'nın cezaya ilişkin fikirlerinin, görünüşe karşı gerçekten de insancıl olmadığı iddia edilmektedir. Konuya ilişkin olarak Cadoppi, makalesinde düşünürün ceza adalet sisteminin caydırıcılık eksenli olduğunu kabul etse de bu görüşlere katılmadığını belirtmektedir. Yazara göre düşünürü yaşadığı koşullar içerisinde ve içinde bulunduğu duruma göre değerlendirmek gerekmektedir. Bu yönde görüş için bkz: Cadoppi, s.25 vd, Selçuk, s.69. Türk hukukunda da Beccaria'nın ölüm cezasına ilişkin görüşlerinin eleştirildiği görülmektedir. Beccaria, caydırıcılık ve önleme amacını gerçekleştirebilirse ölüm cezasının varlığına bu denli karşı çıkmayacağı şeklinde bir intiba bırakmaktadır. Nitekim ceza adaletinin iyileştirilmesi için yapılan bir toplantıda Beccaria'nın ele aldığı raporlardan birinde, ölüm cezasının onarılamaz olduğuna dikkat çekilmiş ancak bu cezayı ipten kazıktan kopma canilere acıdığı için değil caydırıcı olmadığı için kaldırılmasını istediği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Selçuk, s.72 vd; .Katırcıgil, s.173. Kanaatimizce de Beccaria'nın ölüm cezasına ilişkin ileri sürdüğü düşünceler eleştirilmelidir. Eserde, uğruna hizmet edilen değer insan onuru ve hakları olmaktan ziyade mevcut sistem ve cezaların caydırıcılığı olduğunu düşünmek için yeterli çelişki bulunmaktadır. Bu çelişkilerden bazıları Beccaria'nın değerlendirildiği kısımda dile getirilmiştir.

şahsiliği ilkesine⁸⁷, kusur ilkesine⁸⁸ ve ceza muhakemesinde tutuklama, deliller, tanıklık, af, hâkimlerin reddi gibi birçok konuya ölçülemez derecede büyük katkılar yapmıştır. Beccaria'nın ortaya attığı bazı fikirler aşırı görülebilirse de özellikle suç ve cezalara ilişkin düşünceleri, günümüzde kişilerin devlete karşı korunmak için giydiği can yeleği olma özelliğini korumaktadır.⁸⁹

e. Bentham

Kanunların geçmişe yürütülmesine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerle kuşkusuz sadece faydacılık teorisi için değil kanunilik ilkesi bakımından önem taşıyan Bentham, ceza adalet sistemini geliştirdiği faydacılık prensibi üzerinden kurgulamıştır. Düşünür eserlerinde genel olarak geçmişe yürürlü suç yaratılmasına değinmiş ve bu durumun “insanlara hayvani muamale yapılması” anlamına geleceğini belirterek çarpıcı eleştiriler getirmiştir. Söz konusu eleştirilere bir bütün halinde Bentham'ın yazı ve eserlerinin derlemesinden oluşan “Bentham Works” adlı çalışmadan ulaşılabilmektedir. Bu eserin ek bölümünde “Truth v Ashhrust” adlı bir başlık bulunmakta ve bu başlığın ilk üç bölümünde, genel olarak kimsenin hukuki korumadan yararlanamayacak kadar aşağı bir seviyede olmadığı belirtilmiş ve kanun önünde eşitlik savunulmuştur. Nitekim her insanın acı ve neşesinin faydacılık terazisinde eşit bir etkiye sahip olduğunu ifade eden düşünür, insanların eşit olduğunu kabul etmektedir.⁹⁰ Bununla birlikte söz konusu eserde adaletin para ile satın alınması ve tüm krallığın farazi rızasına dayalı olan hukuk sert bir şekilde eleştirilmiştir. Aynı başlık altında ele aldığı dördüncü bölümde ise düşünürün kanunilik ilkesinin bazı yönlerine doğrudan bazı yönlerine dolaylı bir biçimde temas ettiğini görmekteyiz. Özellikle ilke açısından “*Happily For Us, We Are Not Bound By Any Laws But Such As Every Man Has The Means Of Knowing*” (Ne mutlu Bize ki Herkesin Bilme İmkânı Olduğu Yasalar Dışında Hiçbir Yasayla Bağlı Değiliz)

⁸⁷ Beccaria, s.165.

⁸⁸ Beccaria, s.168. Beccaria suç işlemeyen önce kişilerin cezalandırılmaması gerektiğini düşünmekte aksi takdirde hareket değil iradenin cezalandırıldığını ifade etmektedir. Ancak konu aylaklar olduğunda olasılığın ötesine geçen bir kesinlik bulunmaması halinde dahi sürgün cezası verilebileceğinden bahsedilmektedir.

⁸⁹ Cadoppi, s.24.

⁹⁰ Markus D. Dubber, “The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought”, **Law and History Review**, C:16, S:1, 1998, s.113.

başlıklı bölümler önem taşımaktadır. Bu bölümde bağlı olduğu hukuku bilen insan sayısının çok az olduğunu belirten düşünür, hem yazılı hem yazılı olmayan hukukun halkın bilgisinden uzak tutulduğunu ifade etmektedir.⁹¹ Özellikle hâkimlerin verdiği kararlarla oluşan ve gelişen “common law” sistemini eleştiren düşünür, bu sisteme dayanan cezalandırmaları eğitmeye çalışılan bir köpeğin yaşadığı duruma benzetmektedir.⁹² Nasıl bir köpeğin yapmasını istemediğimiz bir davranışını gördükten sonra köpeği cezalandırıyorsak, “common law” sisteminde de insanlar eylemlerini icra edene kadar beklenmekte sonrasında hâkimler tarafından cezalandırılmaktadır.⁹³ Bu itibarla geriye yürürlü bu kurallar “dog law”⁹⁴ olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla yazılı olmayan hukukun insanlar için değil köpekler için daha uygun olduğu belirtilmiştir.⁹⁵ Bu sistemde sadece suçların değil cezaların da belirsiz olmasını eleştiren düşünür, hangi tür davalarda asılma kararı verildiği hangi tür davalarda suçlu bulunan kişinin hapse gönderildiği ve hangi tür davalarda mallarına el konulacağını bilinemeyeceğini ifade etmektedir. Söz konusu bilgiye ancak yargılamanın gözlemi ile ulaşılabilceğini söyleyen Bentham, yargılamaya ilişkin hiçbir yayın yapılmadığını da belirtmiştir. Üstelik herhangi bir kişi bunları yayınladığı takdirde mahkemeye itaatsizlikten hapse de gönderilmektedir.⁹⁶ Bu nedenle düşünüre göre “common law” sisteminde kararlara ulaşmak mümkün olmadığından, insanlar suç olduklarını bilmedikleri eylemleri yüzünden öngöremedikleri cezalar ile cezalandırılmaktadır. Bu itibarla insanların icra ettiği eylemlerin suç olduğunu önceden bilmesi ve bu suçların geriye yürütülmesinin yasaklanması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Düşünür bu sonuca benimsediği felsefî teori itibarıyla de ulaşabilmektedir. Zira bir cezai hükmün ex-post-facto şeklinde uygulanması veya önceden belirlenen bir kuralın varlığına rağmen bu kuralın kişilerin bilgisine sunulmamış olması halinde uygulanacak ceza,

⁹¹Jeremy Bentham, **The Works of Jeremy Bentham Vol.5 (Scotch Reform, Real Property, Codification Petition) [1843]**, Ed: John Bowring, Online Library of Liberty, Liberty Fund, s.440.

⁹² Cadoppi, s.7.

⁹³ Bentham, s.440.

⁹⁴ Bentham, s.440-441.

⁹⁵Alberto Cadoppi, "Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective", **The Juridical Review**, Part 2, 1998, s.74.

⁹⁶ Bentham, s.441.

etkisiz ve faydasız olarak nitelendirilebilecektir.⁹⁷ Özellikle diğer incelenen düşünürler de göz önüne alınırsa ceza kurallarının geçmişe yürürlüğünün yasaklanmasına doğrudan parmak basan kişi olması sebebiyle, ilkenin felsefi temelleri arasında Bentham'ın özel bir yeri bulunmaktadır.

Düşünürün değinmiş olduğu diğer konular ise belirlilik ilkesi ve suçların yazılı hukuk kurallarıyla belirlenmesi zorunluluğudur. Bu hususlar daha önceden yapılmış bir yargılamadan örnek verilerek desteklenmiştir. Bu örnekte, davanın yargıcı olan Justice Hale'in hırsızlık suçunun ne olduğu hakkında çok bir şey söylemeyeceğini itiraf etmesine karşın adamın hırsızlık suçu dolayısıyla asılmaktan kurtulamadığı aktarılmıştır. Bu bakımdan insanlara neyin hırsızlık olup olmadığını söyleyebilecek yazılı kurallara ihtiyaç duyulduğuna dikkat çeken Bentham, suçların yazılı hukuk kurallarında yer alması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸ Düşünür belirlilik ilkesine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede ise döneminde mevcut yazılı kurallarda bir cümlemin on üç sayfa sürmesini, kullanımda olmayan kelimelerin kullanılmasını ve sık sık tekrarların yapılmasını eleştirerek yazılı hukuk kurallarının olağan konuşmalarda kullanılan nitelikte ve uzunluktaki cümlelerden oluşması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁹ Üstelik kişilerin, anlamını bilmediği hukukla bağlı olmayacağına da işaret etmiştir.¹⁰⁰ Bu bakımdan düşünür, kanunilik ilkesinin bazı yönlerine doğrudan bazı yönlerine ise dolaylı parmak basarak, ilke bakımından zengin bir bakış açısı sunmuştur.

⁹⁷Jeremy Bentham, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s.135. Söz konusu eserde Bentham, insanın içinde iki egemen güç olan acı ve zevk olduğunu düşünerek felsefi teorisini fayda-acı ikileminde kurgulamıştır. Bu çerçevede “*Ceza Verilmesinin Uygunsuz Olduğu Durumlar*” başlıklı bölümde cezaları, temelsiz cezalar, etkisiz-faydasız cezalar, yararsız cezalar, gereksiz cezalar şeklinde sınıflandırmıştır.

⁹⁸ Bentham, s.441.

⁹⁹ Bentham, s.443.

¹⁰⁰ Bentham, s.442.

2. İlkenin Temelini Toplum Sözleşmesi Dışı Unsurlara Dayandıran Görüşler

a. Montesquieu

Kanunların Ruhu adlı kitabıyla kuvvetler ayrılığı kuramının kurucusu sayılan Montesquieu'nun kanunilik ilkesinin felsefi temelleri bakımından da önemli katkıları bulunmaktadır.¹⁰¹ Bahse konu bu katkılar öncü olma niteliğini taşıdığı için düşünöre ilkeyi ilk ortaya atan kişi unvanını kazandırmıştır. Söz konusu eserde Montesquieu, genel olarak kanunlar ile nesnelerin doğasından kaynaklanan ilişkiler arasında bağlantı kurarak, çeşitli nesneler özellikle üç yönetim biçimi olan cumhuriyet, monarşi, istibdat bakımından bu ilişkileri irdelenmiştir. Kitabında diğer düşünürler gibi doğa kanunlarına atıf yapan düşünür bu noktada Hobbes'u eleştirmiştir. Ona göre toplum, güvenliğin sağlandığı bir birlik değil insanların birbirine saldırmak ve kendilerini korumak için bahane bulmasını sağlayan bir durumu ifade etmektedir.¹⁰² Bu savaş durumu ise kanunların var olması ihtiyacını hissettirmektedir.¹⁰³ Ancak düşünöre göre konulacak bu kanunların uygulanacağı topluma uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kanunlar uygulandıkları halkla öyle özdeşleştirilmelidir ki bir ulusun kanunları diğer bir ulusun kanuna ancak tesadüf eseri uygun düşebilsin.¹⁰⁴ Bununla birlikte konulacak suç ve ceza yasalarının yönetim şeklinin prensibine de uygun olması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁵ Bu bakımdan ağır cezalar, ana mekanizmalarının onur ve erdem olduğu monarşi ve cumhuriyetten ziyade istibdat yönetimine daha uygun görülmektedir. İktidarın sınırlanmış olduğu ılımlı devletlerde ise suçlar cezalandırılmaktan çok engellenmek için uğraşılmakta ve bu tür devletlerde verilebilecek en ağır ceza bir eylemden dolayı hüküm giymek olmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰¹ Dursun, s.140.

¹⁰² Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev: Berna Günen, İstanbul, 3. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankaları Kültür Yayınları, 2019, s.7.

¹⁰³ Balazs Fekete, "The Unknown Montesquieu", **Iustum Aequum Salutare**, C: 5, S: 1, 2009, s.157.

¹⁰⁴ Montesquieu, s.9.

¹⁰⁵ Montesquieu, s.53.

¹⁰⁶ Montesquieu, s.103-105.

Montesquieu'ya göre bireylerin güvenliğinden bahsedilebilmesi için devlet müdahalesinin sınırlanması gerekli olup bu sınırlamaların kanun aracılığıyla gerçekleştirilmesi gereklidir.¹⁰⁷ Bu bakımdan düşünüre göre özgürlüğe giden yol kanunlardan geçmektedir. Nitekim özgürlük nedir sorusunu, kanunları olan bir devlette insanların istemeleri gereken şeyleri yapabilmeleri istememeleri gereken şeyleri yapmaya zorlanmamaları şeklinde tanımlamıştır.¹⁰⁸ Dolayısıyla özgürlük kanunların izin verdiği her şeyi yapma hakkını ifade etmektedir.¹⁰⁹ Belirtmek gerekir ki düşünüre göre bu tür bir özgürlük, ancak kanunun ceza olarak adlandırdığı her şeyin ceza olarak kabul edilebileceği ılımlı bir devlet yönetiminde ve güç istismarının olmadığı bir ortamda mümkündür.¹¹⁰ Ancak gücü elinde bulunduran herkesin bu gücü istismar etme eğiliminde olduğunu itiraf eden düşünür, söz konusu eserinde bu gücün sınırlanması noktasında bazı çözüm önerileri getirmiştir. Bunlardan biri Montesquieu'ye asıl ününü kazandıran kuvvetler ayrılığı prensibidir. Düşünüre göre yasama, yürütme ve yargı erkinin birleşmesiyle özgürlük ortadan kalkar ve keyfilik hüküm sürer.¹¹¹

Gücün sınırlanması noktasında ileri sürülen diğer araçlardan biri ise iyi düzenlenmiş kanunlardır. Düşünüre göre sadece kanun gücüne tabi olanlar aslında özgürlerdir.¹¹² Bu sebeple vatandaşların özgürlüğü de kanunların iyiliğine bağlı bulunmaktadır.¹¹³ Ayrıca düşünüre göre özgürlük en çok kamusal ve özel suçlar sırasında zarar görmektedir. Dolayısıyla ceza kanunlarının suçun tabiatıyla orantılı olması¹¹⁴, somut fiilleri cezalandırması gerekmektedir.¹¹⁵ Bu noktada düşünür hem öngörülü hem de kör olarak nitelendirdiği kanunların bazı durumlarda katı olabileceğine dikkat çekmektedir. Ancak kanunu kanun lehine yumuşatmaya ancak

¹⁰⁷ Fekete, s.158.

¹⁰⁸ Montesquieu, s.196.

¹⁰⁹ Montesquieu, s.197.

¹¹⁰ Ibid, s.197.

¹¹¹ Montesquieu, s.199.

¹¹² Montesquieu, s.201.

¹¹³ Ibid, s.238.

¹¹⁴ Düşünüre göre verilen ceza ölçsüz olduğunda çoğu kez suçun cezasız kalmasını tercih etmek mecburiyeti doğmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bknz: Montesquieu, s.111.

¹¹⁵ Ibid, s.237 vd.

yasama organı yetkili olup, kanunun gereğini dile getiren ağızdan ibaret ve hareketsiz varlıklar olan yargıçların böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.¹¹⁶

Tüm bu bilgiler ışığında düşünürün, kanunilik ilkesine sağlam bir zemin hazırladığı söylenebilir. Zira kuvvetler ayrılığının söz konusu olmadığı bir yerde kanunilik ilkesinin kendinden beklenen güvenceyi sağlaması düşünülemez. Bununla birlikte böyle bir ortamda ilkenin işlevselliğini sağlayacak bir güvence de söz konusu olamayacaktır. Bu bakımdan düşünürün kuvvetler ayrılığı prensibini bir kuram haline getirerek kanunilik ilkesine güvence ve işlevsellik oluşturacak gücü sağladığını kabul etmek gerekir.¹¹⁷ Ayrıca düşünür egemen gücü kanunlar aracılığıyla sınırladığı gibi kanun yapma yetkisini de içerik bakımından sınırlamıştır. Bu itibarla kanun koyucunun toplumun yönetim şekli, ikilimi eğitimi dâhil birçok özelliğini bir başka deyişle toplumun ruhunu göz önüne alarak kanun çıkarması gerekecektir. Özetle kanunların izin verdiği her şeyi yapmasını özgürlük olarak tanımlayan düşünür, kanunilik ilkesinin özünü eserinde dile getirmiştir. Bu bakımdan ileri sürmüş olduğu görüşlerle içinde bulunduğu zamana öncülük yaparak kendinden sonra gelen düşünürler üzerinde büyük bir etki yaratmış ve ismini ölümsüzleştirmiştir. Ancak keyfi bir devlet aleyhinde ve özgürlük lehinde olan olumlu katkılarının yanında belli suçlar için ölüm cezasını toplumu iyileştirecek bir deva olarak görmesi¹¹⁸ ve zencilerin insan olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin olumsuz görüşleri¹¹⁹ bulunmaktadır. Kanaatimizce bu olumsuz düşünceler düşünürün insancıl olarak nitelendirilmesine engel olmaya yeterlidir. Nitekim vatandaşlara güvence sağlamak için kuvvetler ayrılığının yeterli olduğunu düşünen Montesquieu'nun söz konusu eserinde temel haklara yer vermediği veya bu haklardan bahsetmeye ihtiyaç duymadığı belirtilmiştir.¹²⁰

¹¹⁶ Montesquieu, s.207.

¹¹⁷ Aynı yönde görüş için bkz: Küçüktaşdemir, s.76.

¹¹⁸ Montesquieu, s.242.

¹¹⁹ Ibid, s.311-312. Düşünürün bu konudaki görüşleri o kadar ileri boyuttadır ki düşmanlık olarak dahi nitelendirilebilir. Köleliğe ilişkin değerlendirmelerinin yer aldığı bölümlerde Montesquieu, bu insanların ten rengi ve basık burunlu olmasından dolayı acımayı hak etmediklerinden, simsiyah bir vücudun içine iyi bir ruh konulamayacağından ve Afrika'daki adaletsizliklerin abartıldığından bahsederek zencilerin köle olmasını savunmuştur.

¹²⁰ Tomuschat, s.13.

b. Voltaire

Aydınlanma dönemine damgasını vuran ve döneminin koşullarından etkilenecek kanunların önemine dikkat çeken Voltaire, cezanın temelini Tanrısal ölçü olarak gösteren düşüncenin çetin bir düşmanı olarak cezanın temelini rasyonelleştirmesi bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca suç ve cezaların kanunla tanımlanması gerektiğini ileri süren düşünür, kanunilik ilkesi bakımından da önemli katkılarda bulunmuştur. Daha önce incelenen Hobbes, Locke gibi düşünürlerin aksine Voltaire bu düşüncelerini tasvir ettiği bir kuram içinde değil ele aldığı çeşitli eserlerinde dile getirmiştir. Bu eserlerden bazılarına örnek verilecek olursa; İngiliz hayranı olan Voltaire Felsefe Sözlüğü ismiyle yayımlamış olduğu kitabında bazı kavramların tanımlamasını yapmıştır. Hükümet kelimesine ilişkin yaptığı tanımda ise İngiltere’yi doğal hakları koruması bakımından överken doğal haklar arasında “hangi suç olursa olsun kanunun açık hükmüne göre cezaya çarpmak” şeklinde bir hakka yer vermiştir.¹²¹ Bu bakımdan Voltaire’nin cezada kanunilik ilkesini doğal bir hak niteliğinde gördüğü ve kendi ülkesi olan Fransa’da da bu ilkenin kabul edilmesini istediği söylenebilir.¹²² Bununla birlikte düşünüre göre yasalar, hukuksal kararsızlıklardan uzak bir şekilde alabildiğince “aydınlık” olmalıdır.¹²³ Bu bakımdan Voltaire’in ceza hukukuna ilişkin en sık dile getirdiği söylemler suç ve cezaların yasalarca belirlenmesi ve açık bir şekilde kaleme alınması olmuştur. Nitekim Voltaire’nin kanun önünde eşitlik, açıklık ve kanunilik prensibine ilişkin görüşlerini, yaşadığı dönemde yapılan yargılamaları eleştirmek için ele aldığı yazılarında da görmek mümkündür. Bu eserlere “Calas’ların Ölümü Üstüne Özgün Belgeler”, “Hoşgörü Üstüne İnceleme”, “Şövalye de La Barre’in Ölümünün Öyküsü”, “Hindistan ve General Lally Üstüne Tarihsel Parçalar” örnek olarak verilebilir. Bu eserde ele alınan fikir ve eleştiriler dönemin yargılamalarını etkileyerek mahkeme kararlarının değiştirilmesine sebep olabilmıştır.¹²⁴

¹²¹ Servet Tanilli, **Voltaire ve Aydınlanma**, İstanbul, Adam Yayıncılık, 1999, s.32.

¹²² Tanilli, s.32.

¹²³ Tanilli, s.163.

¹²⁴ Örnek olarak belirtilen ilk iki eserde maktul Jean Calas’ın babası hakkında kurulan hüküm, Voltaire tarafından eleştirilmesinden sonra bozularak sanık olan babasının saygınlığı geri iade edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki tüm bunlar, maktülün babasının haça gerilip, organlarından her

Voltaire’i aydınlanma döneminin en bilinen yazarlarından biri yapan özelliklerinden biri her zaman eşitliği savunmuş olmasıdır. Ancak bu durumun aynı zamanda düşünürün en zayıf noktası da olduğu belirtilmelidir. Eserlerinde sıklıkta üstünde durduğu eşitlik, ciddi bir şekilde eleştirilmesine sebep olmuştur. Çünkü düşünür, kanun önünde eşitliği savunurken halkı ayak takımı olarak da nitelendirmekten geri kalmamıştır. Buna rağmen en iyi devlet sorusunu yalnız kanunlara boyun eğen devlet şeklinde cevaplandıran düşünürün ilke bakımından taşıdığı önem tartışmasıdır.¹²⁵ Bununla birlikte düşünürü, yaşadığı dönem ve konumu itibarıyla değerlendirmek daha doğru bir çözüm olacaktır. Nitekim Servet Tanilli Voltaire’e ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Sonuç olarak bakıldığında Voltaire’in önerdiği reformlar(bir burjuvazi olarak devrim değil reform yanlısı) onun burjuvazi kökenin, kiliseye karşı hıncının, deneyimlerinin, iş adamlığı ile toprak sahipliği niteliğinin elbette bu arada ve çoğu zaman en başta olmak üzere insancı görüşlerinin damgasını taşır.*”¹²⁶. Netice itibarıyla, Voltaire’in doğal hakları savunduğu ve insancı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Ancak düşünürün sunmuş olduğu bu görüşler insanların onur sahibi varlıklar olarak sahip olduğu haklar olarak temellendirilmemiş daha ziyade monarşi ve ruhban kesiminin kudretini kötüye kullanmasını, sömürsünü, keyfilğini önleme arzusuyla ifade edilmiştir. Ancak yaşadığı döneme yaptığı etkilerle kuşkusuz aydınlanma hep Voltaire ile birlikte anılacaktır.

c. Feuerbach

Günümüzde de halen Nullum crimen nulla poena sine lege şeklinde bilinen meşhur özdeyiş, latince olmasına karşın özdeyişi ortaya çıkarmış olan Alman hukukçu Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach’a aittir.¹²⁷ Dolayısıyla ilkenin latince bir kimlik sahibi olmasında düşünürün katkıları, ülke sınırlarını aşarak

birinin ikiye ayrılması, boğulması ve yakılarak öldürülmesi sonrasında gerçekleşmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tanilli, s.167-175.

¹²⁵ Tanilli, s.145.

¹²⁶ Tanilli, s.164.

¹²⁷“Nullum crimen nulla poena sine lege” kavramının milattan sonra 2.yyda yaşamış ve eser vermiş olan önemli bir hukukçu ve yargıç olan Ulpianus Domitius tarafından dile getirildiğini belirten bir görüş bulunmaktadır. Ancak aynı görüşe göre bu kuralın açıkça ve konsept olarak bağımsız bir şekilde tanımlanması 18.yy ikinci yarısında Feuerbach tarafından gerçekleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Toscano, s.31 vd.

evrensel bir boyut kazanmıştır. Bununla birlikte benimsemiş olduğu ceza teorisi kapsamında kanunilik ilkesinin yanında özellikle “cezanın amacı”, “suç tanımı” gibi konulara yapmış olduğu katkılarla modern ceza hukuku biliminin kurucusu olarak adlandırılmıştır.¹²⁸ Düşünür kanunilik ilkesine de benimsemiş olduğu bu ceza teorisi¹²⁹ neticesinde ulaşmıştır. Bu bakımdan ilkeye açılan kapıyı ulaşabilmek için bu kapıya giden yolun izlenmesi bir zorunluluk teşkil etmektedir. 1801 tarihinde yayınlanan “Lehrbuch Des Gemeinen in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts” adlı eser, düşünürün en çok bilinen eserlerinden biri olup ilke bakımından da önem taşımaktadır. Bu eserde düşünürün ceza teorisini iki unsur üzerinde temellendirdiğini söylemek mümkündür.¹³⁰ Bu unsurlar: insan konsepti ve devletin bu konseptteki rolüdür. Feuerbach’a göre yasaları ihlal eden eylemler, temeli duygusallıkta bulunan bir orjine sahiptir. İnsanların arzu kapasitesi insanları eylemlerinden zevk aldırarak ihlale sürükleyebilmektedir. Dolayısıyla insanların eylemleri psikolojik dürtü ile belirlenmekte ve insanların tercihleri değil dürtüleri ön planda olmaktadır. Başka bir ifade ile Feuerbach’ın teorisinde insanlar, duygusal tepki-itki ile yönelimde bulunmakta ve psikolojik dürtülerin öznesi konumunda bulunmaktadır.¹³¹ Esasında bu hoşnutsuzluk ve kötülük bir başka ifadeyle zevk ve acı Jeremy Bentham’ın faydacılık teorisinin esintilerini taşımaktadır.

Aynı eserde devletin neden cezalandırma yetkisi olması gerektiğini tartışan düşünür, şu sonuca ulaşmıştır: İnsanların makul bir şekilde var olması ve rahatsız edilmeden haklarının keyfini sürebilmesi için devletin insanların haklarını koruması ve bu amaçla hukuki bir düzen kurması gerekmektedir. İşte bu doğrultuda bir hukuk düzeni kurarak hak ihlallerin önüne geçebilmek amacıyla devletin gerekli önlemleri alabilmesini meşru görmek gerekmektedir. Hatta düşünüre göre bu önlemlerin

¹²⁸ Tatjana Hörnle, “P.J.A. von Feuerbach and His Textbook of the Common Penal Law”, **Foundational Text in Modern Criminal Law**, Ed: Markus D. Dubber, UK, Oxford University Press, 2014, s.120.

¹²⁹ Düşünür, devlet konsepti ve ahlak-hukuk ayrımı noktasında Kant’dan, elde edilecek fayda-zarar noktasında Bentham’dan ve caydırıcılık noktasında Hobbes, Beccaria gibi düşünürlerden etkilenmiştir. Bu bakımdan düşünürün ceza teorisi, farklı görüşlerin harmanlanarak ortaya çıkarılmış hali olarak nitelendirilebilir. Ancak kendi özgün fikirlerinden de ekleme yaptığı, özellikle caydırıcılık noktasında Beccaria gibi cezanın infazını değil ceza tehdidini baz aldığı belirtilmelidir.

¹³⁰ Hörnle, s.124.

¹³¹ Hörnle, s.125.

alınması bir zorunluluk içermektedir.¹³² Aksi takdirde bu durum devletin amacı ve işleyişine tezatlık oluşturacaktır.¹³³ Bu noktada devletin bunu nasıl gerçekleştirebileceği sorusu sorulabilir. Feuerbach, devletin fiziksel gücü ile hukuk ihlallerinin önüne iki şekilde geçebileceğini belirtmiştir. Birincisine göre suç işlenmeden önce ya hukuki menfaati tehdit edilen tarafın güvenliğini artıracak hükümler getirilmeli ya da suç işlemeyi düşünen kişinin boyundurluk altına alınması gerekmektedir. Boyundurluk altına almak için ise suç işlendikten sonra suçlu, yaptırma tabi tutulabilir veya eski hale getirmeye zorlanabilir. Ancak düşünöre göre fiziksel bir baskı, hukuk ihlallerinin önüne geçebilecek bir etkiye sahip değildir. Suç işlenmeden önce suç işleyecek kişiye uygulanacak fiziksel baskı, ancak bu kişinin kesin veya büyük bir olasılıkla saptanabilecek olması halinde mümkündür. Bununla birlikte suç işlendikten sonra uygulanacak yaptırım ise ancak yeri doldurulabilir değerler için söz konusu olabilir. Dolayısıyla fiziksel bir baskı koruma için yeterli gelememektedir. Bu sebeple düşünöre göre bu baskının psikolojik nitelikte olması ve daha suç işlenmeden kişileri caydırabilir olması gerekmektedir.¹³⁴ Hatta bu sebeple bu teorinin “psikolojik cebir teorisi” olarak anıldığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla düşünürün ceza teorisi caydırıcılık eksenli bir teori olarak insanların kanunda yer alan cezalar aracılığıyla psikolojik olarak caydırılmasını hedefler. Başka bir ifadeyle suçun işlenmesinden sonra gelecek kötülüğün, suç işlemeye ilişkin tatminsiz dürtüden kaynaklanan hoşnutsuzluktan daha büyük olması halinde insanlar suç işlemekten kaçınabilecektir.¹³⁵ Bu bakımdan cezanın infazı ve hükümlülük ikincil öneme sahiptir. Bu hususlar sadece yasaya uygunluğun ciddiye alınmasını ve cezanın

¹³²Hörnle, s.127. İfade etmek gerekir ki cezalandırmanın sebebini insanların sahip olduğu hakların ihlal edilmesini önlemek şeklinde açıklayan düşünürün bu düşünceleri yaşadığı çağa göre öncü niteliktedir. Ancak öncü niteliğine karşın Feuerbach tarafından psikolojik-cebir kavramı etrafında kurulan bu teorinin sıkı bir şekilde eleştirildiğini görmekteyiz. Bu eleştirilere bazı örnekler verecek olursa: İnsanı dürtüden ibaret gösteren bu teorinin insanların ahlaki yargıları anlama kapasitesini göz ardı ettiği belirtilmekte insan hakları ve insan onuruyla olan ilişkisi sorgulanmaktadır. Bununla birlikte caydırıcılığın ne ölçüde gerçekleştiğine şüpheyle yaklaşılmıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki düşünüründe caydırıcılığın büyük oranda gerçekleşeceğine ilişkin bir iddiası bulunmamaktadır. Ayrıca düşünürün kurduğu ceza teorisinin, kıyas-yorum konusuna değinilmediği için kapsamlı bir teori olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hörnle, s.129 vd. Ayrıca Feuerbach’ın farklı bir eleştirisi için bkz: Markus D. Dubber, “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History”, **SSRN Electronic Journal**, 2010, s.13 vd.

¹³³ Hörnle, s.127.

¹³⁴ Feuerbach, s.1006; Hall, s.170; Dursun, s.145.

¹³⁵ Feuerbach, s.1007; Hörnle, s.124.

boş bir tehditten ibaret olmadığını gösterme işlevi görmektedir.¹³⁶ Esasında caydırıcılık eksenli bir meşrulaştırmayı ilk yapan isim Feuerbach değildir.¹³⁷ Ancak caydırıcılık konusunda görüş bildiren diğer düşünürlerden farklı olarak caydırıcılık, 3.kişileri, başka bir ifadeyle toplumun geri kalanını değil kişinin doğrudan kendisini caydıracak şekilde kurgulanmıştır. Düşünür toplum yararı için bir kişinin feda edilmesini doğru bulmamaktadır.¹³⁸

Söz konusu kitabın 24. bölümünde düşünürün kanunilik ilkesiyle özdeşleşmesine yol açan üç başlığa yer verilmiştir. Bu başlıklardan birincisine göre bir cezanın uygulanabilmesi için gereken ön şart, bir cezai kuralın varlığıdır (Nulla Poena Sine Lege). İkincisine göre ise bir cezanın uygulanabilmesi ihlal etme niteliğine sahip bir eylemin varlığını gerektirmektedir. Böylece kural, ceza tehdidini ihlal edici eyleme bağlayabilmektedir. Bu bakımdan ihlal edici bir eylemin varlığı hukuki bir ön şarttır. Son başlıkta ise ihlal edici bir eylemden kişinin psikolojik olarak caydırılabilmesi için yazılı tehdit içeren bir cezanın da mevcut olması gerektiği belirtilmiştir (Nullum Crimen Sine Poena Legeli)¹³⁹. Zira hak ihlali için bir ceza öngörülmesi, gerekli ve hukuki bir sonuçtur. Bahse konu tüm başlıklar daha öncede belirtildiği gibi Feuerbach'ın ceza teorisiyle doğrudan alakalıdır. Eğer suç işlemeyi düşünen kişilerin beyninde tehdidin gerçekliği ile bir bağlantı kurulmak isteniyorsa bu tehdidin yazılı, açık ve yayınlanmış olması gerekmektedir.¹⁴⁰ Başka bir ifadeyle devletin hak ihlallerini önlemek amacıyla bireylerin eylemleri üzerinde etki sahibi olabilmesi için eyleme ilişkin bilginin önceden ve güvenilir bir şekilde kural içinde belirtilmesi gerekmektedir.¹⁴¹ Dolayısıyla Feuerbach için önemli olan cezanın ne şekilde ve nasıl çektirildiği değil cezanın varlığı ve bu varlığın kişiler üzerinde yarattığı psikolojik etkidir. Cezanın infazı, Feuerbach'ın teorisinde sadece cezanın varlığına hizmet eden bir işlev görmektedir. Bu noktada düşünürün ceza

¹³⁶Feuerbach, s.1007; Vormbaum/ Bohlander, s.40; Hörnle, s.128.

¹³⁷Hobbes, Beccaria, Bentham gibi isimlerde cezaların caydırıcı olması gerektiği belirterek bu doğrultuda düşüncelerini dile getirmişlerdir. Örnek olarak Hobbes, kılıcın gücü olmadan ahitlerin sözlerden ibaret kalacağını belirtmiş ve cezaların zorunluluğuna dikkat çekmiştir.

¹³⁸ Feuerbach, s.1008; Hörnle, s.129.

¹³⁹Esasında Feuerbach, çalışmasında Nullum Crimen ibaresi harfi harfine yer almamaktadır. Ancak nula poena sine lege ibaresini düşünürün hem ceza hem de kanunları içerir şekilde ele aldığı belirtilmiştir. İlgili görüş için bkz: Hörnle, s.133.

¹⁴⁰ Feuerbach, s.1007. Bu bakımdan Feuerbach doğal suç konseptine de karşı çıkmaktadır.

¹⁴¹ Hörnle, s.135.

teorisinde ki ceza kavramı, ikili bir işlev görmektedir. Birincisine göre ceza tehdidiyle, suç işlemeyi düşünenler caydırılarak toplum korunmaktadır. İkincisine göre ise yalnızca kanunda belirtilen suçlar karşısında yaptırım uygulanarak bireysel özgürlükler korunmaktadır.¹⁴²

Feuerbach söz konusu çalışmasında kıyas-yorum konusuna değinmemiş veya içtihadın neden caydırıcı olamayacağını tartışmamıştır. Ancak hâkimlerin hukuk kuralı yaratmasına karşı olduğu söylenebilir. Çünkü düşünüre göre hâkimler, hukukun hizmetçisi olarak nitelenmelidir.¹⁴³ Netice olarak bakıldığında Feuerbach, kurmuş olduğu ceza teorisi kapsamında cezaların caydırıcı olabilmesi için suçların ve cezaların yazılı olması ve önceden kişilerin bilgisine sunulmuş olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece kanunilik prensibine ilk defa bir hukuk teorisi içinde yer verilmesi ilkenin Feuerbach ile özdeşleştirilmesine yol açmıştır. Bununla birlikte ceza teorisi, kendinden önce ileri sürülen görüşlerin büyük oranda harmanlanmış hali olsa dahi caydırıcılığı sağlayabilmek için cezanın uygulanışını veya infazını değil ceza tehdidini baz alması şüphesiz Feuerbach'ı farklı kılmaktadır.¹⁴⁴

B. İlkenin Tarihsel Gelişimi

Tarihsel süreç içerisinde devlet, hak, insan gibi kavramlara olan bakış açısının değişmesi, ceza hukukunun da kendi içinde bir dönüşüm yaşamasına sebep olmuştur. Ceza hukukunun bu gelişim çizgisi içerisinde ele alınan Hammurabi Kanunları, Magna Carta, Petition of Rights gibi bazı belgeler dönemine damga vurduğu gibi günümüzde de bu etkisini koruyabilmiştir. Söz konusu belgeler bu kalıcılığı, günümüzde dahi kabul edilen bazı temel prensiplere yer vermiş olmasına borçludur. İşaret edilen bu temel prensiplerden biri ise kanunilik ilkesi olmuştur. Her ne kadar tarih boyunca ismi kanunilik ilkesiyle anılan her belge, günümüzdeki anlamda bir nosyon yüklememiş olsa da şüphesiz çeşitli ihtiyaçlarla bu ilkeye hukuki metinlerde yer vermiştir.

¹⁴² Feuerbach, s.1005.

¹⁴³ Hörnle, s.136.

¹⁴⁴ Vormbaum/ Bohlander, s.40.

Kanunilik ilkesinin geçirmiş olduğu tarihi serüven boyunca kökenine ilişkin farklı görüşlerin ve tartışmaların yaşandığı görülmektedir. İlkenin İngiliz kökenli olduğunu savunan bir düşünceye göre söz konusu ilke, Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde yer alan özgür bir kişinin yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden cezalandırılmaması prensibinden türemiştir.¹⁴⁵ İngiliz kökeni reddeden görüş ise, İngiliz hukukunun içtihat hukukundan meydana geldiğini ve ayrı bir ceza kanunu bulunmadığını fakat "lege" ibaresinin yazılı hukuk anlamında kullanıldığını belirtmektedir.¹⁴⁶ Bununla birlikte kanunilik ilkesinin, esasında yasama erkine belli sınırlar getirmek özellikle geriye yürür şekilde kanun çıkarılmasını yasaklamak amacı taşıdığı ancak bu yasağın İngiltere'deki parlamento tarafından kanun çıkarma yetkisine asla bir sınır getirdiği şeklinde yorumlanmadığı dolayısıyla parlamentonun her zaman geriye yürür şekilde kanun çıkarmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁷ Bu bakımdan İngiliz kökeni reddeden bazı yazarlar, ilkenin kökeninin hukuk devleti düşüncesinin ortaya çıkmaya başladığı Fransız İhtilalinde aranması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁸ Gene İngiliz kökeni red eden diğer bir görüşe göre ise ilkenin ortaya çıkışı Roma dönemi ile birlikte gerçekleşmiştir.¹⁴⁹ Bu farklı görüşler arasından sıyrılarak ilkenin hukuki kökeni hakkında yorum yapabilmek ve ilkeye yüklenen nosyonun değişimine tanık olabilmek için tarihi gelişim sürecindeki hukuki temellerin incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu gelişimin incelenmesi ilkenin halen neden önemini koruduğunu anlamamıza da yardımcı olacaktır. Bu bakımdan ilk olarak ilkenin batıdaki gelişimi incelenecek daha sonrasında farklı hususiyetler içermesi nedeniyle Türk hukuku açısından gelişimi incelenecektir. Bu

¹⁴⁵ Hall, s.168-169; Faruk Turinay, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s.193.

¹⁴⁶ Aly Mokhtar, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", **Statute Law Review**, C:26, S:1, 2005, s.45; Duygun Yarsuvat, "Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensibinin Değerlendirilmesi", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, C:1, S:2, 1963, s.72.

¹⁴⁷ Hans Kelsen, "The Rule Against Ex Post Facto Laws And The Prosecution Of The Axis War Criminals", **The Judge Advocate Journal**, S:8, 1944, s.2.

¹⁴⁸ Mokhtar, s.46; Glaser, s.29-30. Yazar, İngiliz Hukuku'nun ilkeye köken oluşturduğu düşüncesini kabul etmemektedir. Çünkü İngiliz hukukun çoğunlukla içtihadi hukuka dayandığını ve var olan yazılı kurallarında suçların belirlilik noktasında eksiği olduğunu düşünmektedir. Ancak bu noktada İngiliz hâkimlerin suç yaratma konusunda tamamen serbest olduğunun düşünülmemesi gerektiğini vurgulayan düşünür, bir eylemin suç olarak değerlendirilebilmesi için ortak hukuki bilince ve eski yargısal pratiklere aykırı olmaması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁴⁹ Safet Mušić, "The Principle of Legality According To the European Convention on Human Rights", **Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development**, International Scientific Conference, C:2, Macedonia, 2017, s.2.

incelemelerde ise ceza hukukunun tarihi gelişimi hakkında genel bilgiler verilerek ilke açısından önem arz eden kanunlaştırma çalışmalarına ve hukuki metinlere temas edilecektir.

1. Batıda'ki Gelişimi

a. Aydınlanma Öncesi Dönem

i. İlkel Dönem

En ilkel toplumdan günümüzdeki modern toplumlara kadar insanların birlik içinde yaşayabilmesi bakımından kurallar önemli bir yere sahip bulunmaktadır. Özellikle toplum düzenini koruma noktasında ceza hukuku kuralları önemli bir işlev görmektedir. Bu nedenle ilk topluluktan günümüz modern devletlerine kadar her toplumda ceza hukuku kurallarına başvurulduğu görülmektedir. Devletin oluşmadığı aşamada cezalandırma yetkisi egemen kişinin takdirine bağlı olmakla beraber bir hukuki düzene bağlı değildir. Egemenin bu dönemde uyguladığı cezaların ise genellikle ölüm, sürgün gibi bedensel nitelikte olduğu görülmektedir.¹⁵⁰ Cezalandırma yetkisinin devletin eline geçişine kadar süren bu ilkel dönemde, cezalandırmanın en önemli amacı intikam olmuştur. Nitekim tarihteki ilk suçları kan davasını sürdürmeyi ve kişisel öç almayı gerektiren fiiller oluşturmıştır.¹⁵¹ İlkel hukuk döneminde uygulanan kuralların yetersiz geldiği noktayı ise farklı aile/klanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların nasıl ve kim tarafından çözüleceği meselesi oluşturmıştır. İlkel dönemdeki kuralların aynı aile ve kabile içindeki çatışmalarla sınırlı kurallar olması nedeniyle ceza hukuku tarihi dışında tutulması gerektiğine ilişkin bazı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.¹⁵² Bu dönemdeki toplum kurallarının hukuk kuralı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin bu kuralların devletin kuruluşu ile birlikte hukuk olarak değerlendirilecek normlar sisteminin alt yapısını oluşturduğu şüphesizdir. Nitekim hukukun kuramsallaşmaya başlaması da gücü elinde bulunduracak ortak bir

¹⁵⁰ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s.48.

¹⁵¹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017 s.14.

¹⁵² Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992, s.29.

egemenin, toplum içindeki mevcut uyumsuzlukları kendi yargılama alanına toplaması ile başlamıştır.¹⁵³ Başka bir ifadeyle, diğer egemenlikler yok edilerek cezalandırma yetkisi tekel olarak devletin elinde toplanmaya başlamıştır. Bu itibarla cezalandırma yetkisini kendinde toplayan devlet, huzur ve düzeni bozan kan davalarıyla baş edebilmek için “diyet”, “uyuşma” gibi prensipler benimsemiştir.¹⁵⁴ Bununla birlikte topluluk adına cezalandırmaya doğru evrilen bu sistemde hem devletin hem de toplumun korunabilmesi adına suç sayısı artırılmış, cezalar çeşitlenmiş, cezalandırmanın amacı intikamdan korkutmaya ve zararsız hale getirmeye doğru kaymıştır.¹⁵⁵ Ortaçağ dönemine kadar süren bu gelişim çizgisinde çeşitli yazılı kanunlara rastlamak mümkündür. Hatta ilkel dönem hukukun özellikle ceza hukukunu konu aldığı ve ilk kanunların ceza hukukuna ilişkin esasları düzenleyen kanunlar olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁶ Bu sebeple ilkenin izlerinin, belli eylemleri cezalandıran ve bu eylemler karşısında belirlenmiş cezalar bulunan bu ilkel dönem yazılı hukuk kurallarına kadar takip edilebileceği ileri sürülmüştür.¹⁵⁷ Kanaatimizce bu görüş doğru değildir ve bu görüşe neden katılmadığımız, Hammurabi Kanunları üzerinde yaptığımız incelemede açıklanacaktır.

İlkel hukuk döneminde Antik Mısırdan kapsamlı bir kanun günümüze kalmamıştır ancak Horemheb’in hükümdarlık döneminde (milattan önce 13.yy’da) devlet kurumlarındaki yolsuzluklar için öngörülen bir ceza kanunu düzenlendiği belirtilmektedir.¹⁵⁸ Bununla birlikte Babilli kralların çeşitli yazılı metinler ele aldıklarını bilmekteyiz. Bu kanunlardan en bilineni Hammurabi Kanunları’dır. Esasında bu hukuki metnin kanun olarak adlandırılması metnin kendini kanun olarak nitelendirişi değil, düzenleniş ve görünüş şeklinden kaynaklanmıştır.¹⁵⁹ En eski antik hukuk kurallarından olan bu metinde sert cezalar yer almakta ve kısas önemli bir yer

¹⁵³ Mehmet Tefik Özcan, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol; Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, İstanbul, Özne Yayınları, 1998, s.265.

¹⁵⁴ Önder, s.30.

¹⁵⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen /Kerim Çakır / Mehmet Emin Alşahin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.73.

¹⁵⁶ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.20.

¹⁵⁷ Mokthar, s.42.

¹⁵⁸ Mokthar, s.42.

¹⁵⁹ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.65.

tutmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki hukuki metinde yer alan kıyas, ancak aynı sınıflar arasında uygulanabilir olup farklı sınıfların devreye girdiği durumda suçu işleyen kişinin kimliğine göre bir cezalandırma söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan mutlak bir kısas prensibi kabul edilmemiştir. Bahse konu metinde yer alan açıklamalar ve öngörülen ağır cezalardan dolayı bu hükümlerin halk için bir güvence teşkil ettiğine şüpheyile yaklaşmak gerekir.¹⁶⁰ Buna rağmen dönemine göre bu kanunu adil ve çağdaş olarak niteleyen görüşler bulunmaktadır.¹⁶¹ Ancak kanaatimizce bu dönemde ceza kurallarının kanunlaştırılması, merkezi hükümet anlayışını kurma amacıyla olan egemenin meşruiyetini güçlendirmek için bir vasıta olarak kullanılmıştır.¹⁶² Ayrıca bu kanunla birlikte ilahi kaynaklı kuralların uygulanmasına devam edildiği belirtilmelidir. Bu hususta örnek vermek gerekirse kişinin suç işleyip işlemediğini anlamak ve bunun neticesinde cezalandırılmasını sağlamak için başvuru ordelleri¹⁶³ verilebilir. Varılan sonuca rağmen belirtmek gerekir ki, günümüzden yüzyıllar önce bile egemen gücün herkesi bağlayan ve herkesin uygulaması gereken yazılı kurallar düzenleme gereği duyması üzerinde durulması gereken bir konudur. Bununla birlikte şüphesiz bu kanunların günümüze uzanan bir etki yaratabilmesi yazılı olmaları sayesinde olmuştur ve bu durum yazılı kuralların kalıcılığı bakımından önemli ipuçları taşımaktadır.

İlkel hukuk dönemine ilişkin üzerinde durulması gereken diğer metinler ise Roma hukukuna aittir. Tarihsel bir araştırma neticesinde ilkenin kökenlerinin Antik

¹⁶⁰ Her ne kadar Hammurabi Kanunu'nun ön sözünde Tanrının kral Hamurabiye bu kanunları kuvvetlilerin zayıfları ezmesine mani olmak, memleketini tenvir etmek ve halkın hayrını gütmek için verdiği söylene de bu başlıkta ifadesini bulan fikrin kanunun muhtevasına hâkim olmadığı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hamide Topçuoğlu, "Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hammurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri", *AÜHFD*, C: 5, S: 1, 1948, s.305.

¹⁶¹ Demirbaş, s.66.

¹⁶² Muhammet Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008, s.45.

¹⁶³ Dönmezer/Erman, s.54. Ordallerde doğaüstü güçlere başvurularak, kişinin suçunun ispatı meselesi çözümlenmektedir. Hammurabi Kanunu'nun çeşitli maddelerinde büyükle veya zinayla itham edilen kişinin suçlu olup olmadığına karar verilebilmesi için nehre atılarak nehir tanrısının inisiyatifine bırakıldığı görülmektedir. Eğer kişi nehirden sağ çıkarsa masum olduğuna karar verilerek ceza verilmiyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz: Esmâ Öz, "Eski Mezopotamya'da Hukuk Kurallarının Oluşum Sürecinde Adalet Anlayışı ve Bazı Hukuki Sorunların Çözümünde Nehir/Su Ordali Uygulanması", *Cahit Günbattı'ya Armağan*, Ed: İrfan Albayrak/Hakan Erol/Murat Çayır, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2015, s.196 vd. Bu bakımdan kanunlarının cezada kanunilik ilkesini kabul ettiği görüşüne katılmamaktayız. Aksi yönde görüş için bkz: Dönmezer/Erman, s.24.

Yunana kadar uzandığı ileri sürülmüştür.¹⁶⁴ Nitekim ilkenin latince ifadesi de kökeni Roma Hukukunda aramaya teşvik etmektedir. Roma’da yazılı hukuk kurallarının katı bir şekilde takip edildiği yönetim zamanları bulunmaktadır. Bu döneme Sulla’nın imparatorluk dönemi örnek verilebilir. Roma tarihinin en bilinen figürlerinden biri olan Sulla, suç ve cezaların yazılı bir şekilde ele alınması gerektiğini ve suçların geriye yürümemesi gerektiğini savunmuştur.¹⁶⁵ Bu bakımdan Roma hukukunda kanunilik ilkesinin en kesin şekilde ifade edilişi Sulla ile birlikte olmuştur. Ancak Sulla dönemindeki bu kesinliğe rağmen ilke, bazı yönlerden Roma tarihinde belirsiz ve inişli çıkışlı bir gelişim göstermiştir.¹⁶⁶ Bir başka ifadeyle Roma Hukuku’nun bazı dönemlerinde kanunilik ilkesinin izlerine rastlandığı iddia edilebilirse de ilkenin modern formunun kaynağını Roma hukukunda bulmayı engelleyici bazı hususlar bulunmaktadır. Öncelikle ilkenin ortaya çıkmasına sebep olan ana faktör, egemenin keyfi gücünden bireyleri korumak olmasına karşın Roma Hukukunda devlet ile kişilerin arasındaki ilişki incelendiğinde kişinin devlet karşısında kimi haklara sahip olabileceği yolunda bir düşünce benimsenmemiştir. Bu durum Roma Hukukunda insan hakkı kavramının bulunmadığını göstermesi bir yana hak kavramının tam olarak olgunlaşmadığını göstermektedir.¹⁶⁷ Bununla birlikte tutsakları ayaklandırmak, hırsızları barındırma, vurgunculuk, tefecilik gibi yasal olarak herhangi bir cezaya bağlanmadığı için olağanüstü suçlar (extraordinary crime) olarak adlandırılan bazı suç tipleri bakımından yargıçlara sınırsız bir takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır.¹⁶⁸ Ayrıca Roma hukuku döneminin önemli eserlerinden biri olan ve I. Justinianus tarafından hazırlatılan Corpus Iulus Civilus kanununda da geçmişe yürür suçlar bulunmaktadır.¹⁶⁹ Dolayısıyla Roma Hukukunun belli dönemlerinde

¹⁶⁴ Dubber, *The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History*, s.6.

¹⁶⁵ Jerome Hall, **General Principles of Criminal Law**, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1947, s.21; Öztekin Tosun, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, **İÜHF**, C:27, S: 1-4, 1962, s.45; Mokhtar, s.43. Konuya ilişkin olarak Roma’da yaşanmış bir olayda devlete borçları olan büyükelçilerin borçlarının iki katının ödenmesi öngörülmüş, Timokrates ise büyükelçileri bu cezadan kurtaracak bir kanun çıkarılmasını sağlamıştır. Ancak söz konusu kanun geçmişe yürürlü şeklinde uygulamaya girdiği için geçersiz sayılmıştır.

¹⁶⁶ Halide Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.132; Hall, *Nullum Crimen Sine Lege*, s.166.

¹⁶⁷ Michael Freeman, **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**, USA, Polity Press, 2002, s.17.

¹⁶⁸ Türkoğlu, s.57; Mokhtar, s.43; Hall, *General Principles of Criminal Law*, s.22.

¹⁶⁹ Mokhtar, s.42.

ilkenin bazı alt unsurlarının benimsenerek uygulandığı söylenebilirse de, bu durum bizleri ilkenin kökenini Roma hukukunda oluşu sonucuna götürmemelidir. Zira kanunilik ilkesinin kabulü halinde bile istisnalar bulunduğu gibi ilkenin diğer yönleriyle çelişen uygulamalar da söz konusu olmuştur. Bu bakımdan kanaatimizce, ilkel hukuk döneminde ilkenin kökenine değil ancak izlerine rastlanabilmektedir.

ii. Orta Çağ Dönemi

Ortaçağ dönemiyle birlikte devlet otoritesinin güç kazanması ceza uygulamasında merkezileşmeye ve devlet başkanı aleyhine işlenen suçlar, devletin iç ve dış güvenliğine ilişkin suçlar gibi kamusal nitelikteki suçların yaygınlaşmasına sebep olmuştur.¹⁷⁰ İlkel hukuk döneminden farklı olarak hak kavramı ortaçağda bulunmakla birlikte, bu haklar bireyleri değil toplulukları koruma işlevi görmektedir. Üstelik bu korumadan her topluluk yararlanamadığı için eşitlik anlayışı söz konusu da değildir. Nitekim o dönemde tanınan bu özellikli durum hak olarak değil ayrıcalık olarak değerlendirilmiştir.¹⁷¹ Dolayısıyla insanlar, toplumu oluşturan bireyler olarak değil ancak bir tebaa olarak değer kazanabilmiştir. Bu dönemde cezalandırma yetkisi ilahi kaynaklı olarak algılandığı için kiliseler başlıca söz sahibi olan ve sahip olduğu ayrıcalıklardan keyfi biçimde yararlanan bir kurum olmuştur. Bu durum keyfiliğe kapı aralamış ve cezaların son derece acımasız ve vahşi bir şekilde infaz edilmesi sonucunu doğurmuştur. İşte bu keyfiliğe bir başkaldırı niteliğinde olan ve bu dönemin en çarpıcı metinlerinden biri 1215 tarihli Magna Carta Libertatum olmuştur. İlkenin ilk ortaya çıkışının 1215 tarihli bu belgeyle gerçekleştiğini kabul eden birçok görüş bulunmaktadır. Bu görüşler bakımından bir sonuca varılabilmesi bu metnin ayrıntılı bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir.

Çalkantılı bir ilişkisinin olduğu I. Richard'ın savaş sırasında ölmesinden sonra Elenor'un desteği ve Normandiya Baronlarının kabulü ile başa geçen John, Magna Carta'ya giden yolun taşlarını döşemeye başlamıştır.¹⁷² Hükümdarlık süresinde kötü bir ün yaratan, baronlarla ve kiliseyle anlaşmazlık yaşayan John, baronların

¹⁷⁰ Önder, s.31.

¹⁷¹ Osiatynski, s.3.

¹⁷² Hon. George T. Anagnost, "Once Upon a Time", **Arizona Attorney**, C: 51, S:10, 2015, s.45; Metin,s.47.

güveninin yanında topraklarının da büyük bir bölümünü kaybetmiştir. Bu durum John'un sonraki yılları, kaybettiği bu toprakları geri kazanmak için baronlarından askerlik hizmeti ve para sağlamaya çalışması ile geçmiş ancak ilerleyen zamanlarda baronlar bu hizmetleri sağlamaya yanaşmak istememiştir. Bunun başlıca sebeplerinden biri insan formuna bürünmüş bir şeytan olarak tanımlanan¹⁷³ John'un aşırı zalimlikleri ve sürekli yeni vergi çıkararak baronlarını kasten iflasa sürüklemesidir.¹⁷⁴ Bununla birlikte baronların kendisine karşı hissettiği güvensizlik duygusunun aynısını baronlarına karşı hisseden John, ihanetlerinden şüphelendiği baronların çocuklarını, eşlerini ve yakınlarını günlerce rehin olarak alabilmiştir.¹⁷⁵ Bu durum, daha önce kaybettiği toprakların bir kısmını almak için 1214 tarihinde Fransa Kralı II. Philippe ile savaştığı ve kaybettiği Bouvines Muharebesi'ne kadar artarak sürecektir.¹⁷⁶ Bu yenilgi John'un otoritesini sarstığı gibi baronların reform taleplerini daha yüksek sesle dile getirmesine sebep olacaktır. Esasında daha 1213 tarihinden beri bir araya toplanmaya başlayan baronlar 1214 tarihinde tekrar bir araya gelerek I. Henry'nin Şart'ında yer alan özgürlükleri bahşeden ve John'un mührünü bastığı bir şart olmadıkça krala sadık kalmayacaklarına yemin ederler.¹⁷⁷ Bu itibarla yapılan ayaklanmalar ve isyan sonucunda Yurtsuz John, 1215 tarihinde İngiliz tarihinin belki de en önemli şartlarından birine mührünü basmak zorunda kalmıştır.

John'un mührünü bastığı bu büyük şartın konumuz açısından en önemli maddesi 39.maddedir. Söz konusu madde şu şekildedir: "*Kendi zümresinden olanların verdiği yasal bir karar ya da ülkenin bu konuda bir yasası olmadıkça hiçbir özgür kişi yakalanmayacak, zindana atılamayacak mal ve mülkü elinden alınamayacak, sürgüne yollanamayacak ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamayacaktır.*"¹⁷⁸. Bu madde uyarınca kişilerin yasal bir karar veya yasa

¹⁷³ Allen Shoenberger, "Magna Carta, the Charter of the Forest, and the Origin of the Jury System," **Nottingham Law Journal**, C:24, 2015, s.156.

¹⁷⁴ Sevtap Metin, **Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.49.

¹⁷⁵ Metin, s.51.

¹⁷⁶ Anagnost, s.45; Metin, s.52.

¹⁷⁷ Metin, s.53.

¹⁷⁸ Janko Musulin, **Hürriyet Bildirgeleri: Magna Charta'dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine**, Çev: Necmi Zeka, İstanbul, Belge Yayınları, 1983 s.19. "Kendi zümresinden olanların" ibaresi yerine "Eşitlerinin" şeklinde çevirisi de bulunmaktadır. Farklı çeviriler için bkz: Metin, s. 77-78; Ersan İlal,

olmadan cezalandırılmayacağı dolayısıyla kanunilik ilkesinin kökeninin bu ibarelerde saklı bulunduğu iddia edilmektedir. Kanunilik ilkesinin kökenini bu maddenin oluşturmadığı düşünen bazı yazarlar burada sağlanan güvencenin daha ziyade usuli bir güvence teşkil ettiğini ileri sürmektedir.¹⁷⁹ Magna Carta kökenini ret diğer bir görüş ise 39.maddenin, baronların John'un keyfi davranışlarından korunmak için cezaların bir mahkeme hükmü olmadan infazını önleyen bir güvence içerdiğini ileri sürmektedir.¹⁸⁰ Bu bakımdan Magna Carta'nın feodalizm manifestosu niteliğinde bir belgeden ibaret olduğu iddia edilmiştir.¹⁸¹ Bu görüşe göre madde metninde geçen kendi zümresinden olanların/eşitlerin ibaresi, maddenin korumayı amaç edindiği toplum sınıfının feodal aristokrasi olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim şikayetlerin en yoğun olarak feodal yükümlülüklerin sürekli arttırılması ve feodal yargı yetkilerinin ihlali noktasında toplandığı belirtilmiştir.¹⁸² Kanaatimizce de sözleşmenin imzalandığı şartlar, sözleşmenin tarafları ve sözleşmede kullanılan ibareler göz önüne alınırsa söz konusu metni, kanunilik ilkesinin kökeni olarak kabul etmek zor gözükmemektedir. Metin içerisinde baronların menfaatine öncelik verilmiş diğer sınıflara tanınan haklar ise baronların kendilerine ilişkin olduğu ölçüde korunmuştur.¹⁸³ Bu bakımdan söz konusu belgenin, insan hak ve özgürlüklerini tanıyarak güvence altına almayı amaçladığı söylenemez. Bununla birlikte sadece kanuna dayanan bir cezadan ve suçtan da bahsedilmemiş, tedbir ve cezaların yasal bir karar veya kanun uyarınca meşrulaştırılması amaçlanmıştır. Bu bakımdan önemli olan cezaların kanuna dayanması değildir. Cezaların mahkeme kararları gibi hukuki bir dayanağa sahip olması güvence için yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca ifade etmek

“Magna Carta”, **İÜHFM**, C:34, S:1-4, 1968, s.220. Belirtmek gerekir ki eşit kelimesinin İngiliz dilindeki karşılığı “peer” kelimesi olup, eşit, denk anlamına geldiği gibi, “aristokrasinin imtiyazlı bir üyesi, lord” anlamına da geldiği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: H.V.Wiseman, “Magna Carta Efsanesi”, Çev: Münci Kapani, **AÜHF 40.Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210, Ankara, 1966, s.468.

¹⁷⁹ Aksi yönde görüş için bkz: Hall, General Principles of Criminal Law, s.22.

¹⁸⁰ Hall, s.167; İlal, s.232; Wiseman, s.468; Metin, s. 92.

¹⁸¹ Wiseman, s.465. Yazara göre Magna Carta, İngiltere tarihinin belkide en çok yanlış yorumlanan belgelerinden biridir. Bunun sebebi ise sonraki nesillerin hükümleri kendi çağ ve fikirlerine göre yorumlamış olmasıdır. Aristokrasiye mensup olamayan fâniler için Magna Carta sadece “memleketin kanunlarına göre muhakeme edilirler” şeklinde bir güvence getirmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan Wisemana göre Magna Carta yaratılan efsanelerden biridir. Yazara göre rasyonel ve daha çok hissi olan kitleler üzerinde tesir yaratabilmek için başvurulan usullerden biri de efsânelerin yaratılması ve bunların halka mâledilmesidir.

¹⁸² Metin, s.52.

¹⁸³ İlal, s.239.

gerekir ki “ülkenin bu konuda bir yasası olması” şeklindeki ibarenin ülke hukuku şeklinde anlaşılması gerektiğini belirten görüş¹⁸⁴ de göz önüne alındığında suç ve cezalara sadece yasal bir güvence de tanındığı söylenemez. Zira o dönemde ülke hukuku kavramına örf ve adet kuralları da dâhil bulunmaktadır.

Netice itibariyle Magna Carta, kralın keyfiliğine karşı verilen tepki ve eski feodal hukukun yeniden tesisini amaçlayan taleplerden oluşmaktadır. Yurtsuz John’un mutlak iktidar kurma uğruna giriştiği ekonomik, siyasi ve iktisadi mücadele, baronları I. Henry dönemindeki düzenlerine hasret bırakmıştır.¹⁸⁵ Ancak gene de bu durumun Magna Carta’nın değerini azaltmadığını ifade etmek gerekir. Kanuniliğin bir ilke olarak benimsendiğinin söylenmesi mümkün olmasa da eşitlerin kanuni hükmü ve ülke hukukuna göre yargılama şartı getirilmesiyle, yargılama erki kralın iradesinden soyutlanmış böylece egemen gücün kudreti sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan söz konusu belgenin hukukun üstünlüğü, yargının bağımsızlaşması bakımından önem taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla söz konusu hukuki belge, içeriğinden ziyade bünyesinde barındırdığı egemeni sınırlama fikri bakımından ölümsüz bir niteliğe sahip bulunmaktadır.¹⁸⁶

iii. Müşterek Hukuk Dönemi

Ortaçağ’ın ilerleyen dönemlerinde Roma hukukunun Avrupa’da uygulanan hukuk ile birleştirilmesiyle karşımıza çıkan müşterek hukuk, ceza hukukunda özellikle teori bakımından ciddi bir ilerlemeye yol açarak kusur, hukuka aykırılık, teşebbüs, iştirak gibi ceza hukukunun temel kurumlarının geliştirilmesini sağlamıştır.¹⁸⁷ Bu dönemde bahsedilebilecek önemli bir kanunlaştırma örneği olarak 1532 tarihli “Constitutio Criminalis Carolina” gösterilebilir. Bu metinde hem usul hem de maddi ceza hukuku kuralları yer almakta olup bu kurallar adalet ve toplum yararı hedef alınarak oluşturulmuştur.¹⁸⁸ Konumuz açısından bu külliyata damgasını vuran özellik, hukuk okullarından görüş alınması hariç kıyasın kabul edilmemiş

¹⁸⁴ Metin, s.93.

¹⁸⁵ İlal, s.212.

¹⁸⁶Shoenberger, s.158; Anagnost, s.49; Musulin, s.17; Hasan Dursun, “Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, *TAAD*, C:9, S:33, 2018, s.472.

¹⁸⁷ Önder, s.32.

¹⁸⁸ Önder, s.32.

olmasıdır.¹⁸⁹ Ancak belirtmek gerekir ki kıyas genel olarak yasaklanmış olsa da söz konusu eserde örf ve adetin saklı olduğu belirtilerek kanunilik ilkesine yer verilmemiştir. Buna rağmen keyfilğin hüküm sürdüğü bir dönemde suçları ve cezaları yazılı kurallarla belirlemesi bakımından önemli bir çalışmadır.¹⁹⁰ Bahse konu eser yanında 1628 tarihli Petition of Rights da dönemin önemli bir eseri olarak üzerinde durulmaya değerdir. Petition of Rights aydınlanma dönemine geçişi temsil etmesi bakımından son derece ileri hükümler barındırmaktadır. Bu dönemin en ünlü eserlerinden biri olan metinde: “*Suçlu kişiler, eğer bu ülkenin yasaları ve nizamnamelere uyarınca ölümü hakettilerse, yine bu yasa ve nizamnamelere göre yargılanmaları ve idam edilmeleri gerekmektedir, başka hiçbir suretle yargılanamaz, idam edilemezler.*” şeklindeki değerlendirmelere yer verilmiştir.¹⁹¹ Dolayısıyla söz konusu metinde kanunilik ilkesine ilk kez devlete karşı bir güvence olarak yer verilerek 18.yüzyılda ortaya çıkacak aydınlanma dönemi müjdelenmiştir. Nitekim dönemin hükümdarı I. Charles, idam edilmeden önce yaptığı konuşmada bir halkın özgürlüğünün canlarını ve mallarını en iyi biçimde koruyacak bir yönetime ve yasalara sahip olmasına bağlı olduğunu belirtmiştir.¹⁹²

18.yy ile birlikte başlayan ve kanunilik ilkesinin kurumsallaşmasının önünü açan kanunlaştırma hareketlerine kadar süren bu dönemin ceza hukuku bakımından ortak özellikleri şunlardır: Keyfilik, şiddet, acı ve ayrımcılık. Aydınlanma döneminden önce cezalar, bedene yönelik keyfi bir uygulama teşkil etmiştir. Bu uygulamanın keyfi olması ise suç ve cezalar arasındaki oransızlığı, kişinin statüsüne göre ayrımcılığı ve beden üzerinde infaz edilen kanlı cezaları beraberinde getirmiştir.¹⁹³ Bu sonuçların değişmesi aydınlanma tohumlarının atılmasıyla başlamış ancak bu tohumların filizlenerek meyve vermesi insan hakları kavramının kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir.

¹⁸⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s.21.

¹⁹⁰ Dönmezer/Erman, s.57.

¹⁹¹ Musulin, s.45.

¹⁹² Musulin, s.53.

¹⁹³ Gökulu, s.639. Bu dönemde yaşanan vahşetin en canlı ve etkili örneğini Foucault’ın Hapishanenin Doğuşu kitabında bulmak mümkündür. Bahse konu eserde kolları, bacakları, kalçaları kızgın kerpetenle çekilerek bu yerlere erimiş kurşun, kaynar yağ, kaynar reçine, balmumu ve kükürt dökülen sonrada bedeni atlar tarafından parçalanamayan bir kişinin bıçak yardımıyla parçalanmasını anlatan kısmı son derece çarpıcı bir zulüm örneğidir. Konuya ilişkin bölüm için bkz: Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2019, s.33 vd.

b. Aydınlanma Sonrası Dönem

Devlet organlarının mutlak keyfiliğinin hüküm sürdüğü, despotik yönetimlerin bulunduğu, acımasız suç ve cezaların uygulandığı ve keyfi yargılamaların yaygın olduğu bir dönemde insanların sorgulama ve düşünme konusunda gösterdikleri çabalar, hem ekonomik hem siyasi hem de hukuki bakımdan bazı sonuçlar doğurmuştur. Bu kadar kapsamlı bir dönüşümün yolunu açan temel mesele, insana olan bakış açısının değişmesi olmuştur. Bu değişim sonucunda bireyler tebaa olmaktan öte bir birey, bir insan olarak değer kazanabilmiştir. Bunun doğurduğu netice ise şüphesiz özne olan insanın, belli hak ve özgürlüklere sahip olması gerekliliğidir. Bu hakların tanınması ve korunması noktasında ise devlet ve hukuk kavramlarının keyfilik üzerine değil toplumu oluşturan bireyler üzerine temellendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Devlet bakımından yapılan bu temellendirme çalışmaları sonucunda yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirinden ayrılarak bağımsızlaştırılması ve sınırlanması söz konusu olmuştur. Özellikle Aydınlanma Dönemini hazırlayan şartların başında gelen keyfi cezalandırma yetkisinin sınırlanması, bu dönemin öncelik hedeflerinden birini oluşturmuştur. Bu dönemde devletin egemenlik yetkisinin en yoğun hissedildiği alanlardan biri ceza hukuku olduğu için, devlete olan reaksiyon ceza hukukuna olan bakış açısıyla bütünleşmiş bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak ise ceza hukukunda köklü değişiklikler kaçınılmaz hale gelmiş, hukuku ve hukuk uygulayıcılarını sınırlama eğilimi ağırlık kazanmıştır. Devlet, toplum ve hukuka ilişkin amaçlanan bu hedefler daha önce de incelenmiş olan Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Bentham gibi düşünürlerin öncülüğünde uygulamaya konulmuştur.

Aydınlanma dönemi, ceza hukuku üzerindeki en derin tesirlerini, suç ve cezaların amacı ve uygulanması noktasında göstermiştir. Bu dönemden önce suçun ve cezanın ne olduğu belirli olmadığı gibi verilen cezaların kişilerin ekonomik ve sosyal konumuna göre değişiklik göstermesi, bu belirsizliği daha da görünür kılmaktaydı.¹⁹⁴ Ancak aydınlanma dönemi ile birlikte cezaların amacının ne olduğu tartışılmaya başlanmış ve mutlak adalet anlayışı, faydacı anlayış, caydırıcılık gibi

¹⁹⁴ Glaser, s.30.

çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Tüm bu teoriler, aydınlanma düşüncesi ile aynı ortak temel üzerinde şekillendirilmiştir. Buna göre insan, irade özgürlüğüne sahip, istekleri ve korkuları doğrultusunda hareketlerine yön verebilen bir değeri ifade etmektedir.¹⁹⁵ Ceza hukukunun konusunu da irade özgürlüğü çerçevesinde icra edilen eylemler oluşturacağı için eylemi gerçekleştiren kişinin yapıp ettiklerinden sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu bakımdan cezalandırmanın amacı, irade özgürlüğüne sahip insanın bir eylemi icra etmeden önce caydırılabilmesi veya eylemi işledikten sonra bu özgür seçiminden dolayı cezalandırılabilmesidir. Dolayısıyla kişilerin rasyonel tercihleri olan suçların, caydırıcı tedbirler ve şiddetli cezalar yolu ile rasyonel olmayan tercihlere dönüştürülerek önlenmesi öngörülmüştür.¹⁹⁶ Ancak söz konusu cezalandırmanın kabul edilen hak ve yükümlülüklerle uygun olabilmesi için insanileştirilmesi de gerekmiştir. İşte tüm bu işlevlerin gerçekleştirilebilmesi için suç ve cezaların kanunlaştırılması, yargı organının kanunla sınırlanması ve işkence gibi beden üzerinde tesirini gösteren cezaların kaldırılması¹⁹⁷ söz konusu olmuştur. Bu dönemle birlikte artık kanunlar, hükümdarın egemenlik yetkisini pekiştirdiği bir araç olmaktan çıkarak, toplumu oluşturan bireylerin devletlere karşı ileri sürebileceği birer silah olmuştur. Bu itibarla ceza hukuku bakımından aydınlanma, “kanunlaştırma, insanileştirme ve sınırlama” dönemi olmuştur. Dolayısıyla amaçlanan tüm bu hedeflerin ve yeniliklerin gerçekleştirilmesi noktasında kanunilik ilkesi önemli bir işlev görmüştür. Bu bakımdan 18.yy döneminde kanunilik ilkesi, devletin sınırlanması, bireylerin korunması amacını ve anlamını taşımaktadır.¹⁹⁸ Bu ilkenin aydınlanma dönemi ile birlikte doğuşu, demokratik ceza hukukunun da

¹⁹⁵ Dubber, *The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History*, s.3; Gökulu, s.630.

¹⁹⁶ Osman Doğru, **Sanık Öğüten Çarklar: İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi**, İstanbul, TESEV Yayınları, 2012, s.77.

¹⁹⁷ Foucault’a göre bu dönemin ortak özelliği, bedenin ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan uzaklaşmasıdır. Ancak düşünür, fizik üzerinde etkili olmaktan uzaklaşan cezaların daha gizli kapaklı ve gözle görünerek azap vermeye devam etmekte olduğu eleştirisini getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Foucault, s. 38 vd. Aynı yönde görüş için bkz: Dubber, *The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought*, s.124-125.

¹⁹⁸ Hall, *Nulla Poena Sine Lege*, s.185.

temelini oluşturmuştur.¹⁹⁹ Nitekim bu dönem modern ceza hukukun altın çağı olarak nitelendirilmiştir.²⁰⁰

18.yy ile başlayan kanunlaştırma, insanileştirme ve sınırlama çabalarının hukuki bakımdan başlıca örneğini, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi oluşturmaktadır. Ancak Fransız İhtilalinden önce bile dahi bazı ilkelerin önemine işaret eden kanunlaşma hareketlerine rastlamak mümkündür. 1787 tarihli Avusturya Kanunu, yargısal makamların hukuk yaratmasını açık bir şekilde yasaklayarak yürürlüğe giren ilk ceza kanunu olma özelliğini taşımaktadır.²⁰¹ Bununla birlikte John Locke'un doktrininin ve Montesquieu'nun güçler ayrılığı ilkelerinin açık bir yansıması olan ve ilk haklar bildirisi olma şerefini taşıyan 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi ceza hukukunun en temel değerlerini içermesi bakımından son derece önemlidir.²⁰² Söz konusu bildirinin 8.maddesi şu şekildedir: *“Tüm ciddi yolsuzluk durumlarında ve cezai hallerde, kişi kendisine yapılan suçlamanın gerekçesini ve niteliğini sorma, suçlamayı yapanlarla ve tanıklarla yüzleşme, kendi lehine olan delilleri isteme, kendi çevresinden seçilmiş olanlar oybirliğiyle karar vermedikçe suçlu sayılmayacaktır ve, tarafsız bir jüri önünde, hızla yargılanmayı talep etme hakkına sahiptir; kişi kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Ülkenin bu konuda bir yasası ya da kendisine eşit kişilerin bir kararı olmadıkça kimsenin özgürlüğü elinden alınamaz.”*²⁰³ Bununla birlikte 9.maddesinde acımasız ve alışılmışın dışında cezaların uygulanamayacağı belirtilerek adil yargılanma hakkı ve kanunilik ilkesi yanında cezaların insani olması gerektiği de kabul edilmiştir. Dönemine göre çarpıcı nitelikte olan diğer hukuki belgeleri ise 1776 tarihli Maryland Anayasası ve İnsan Hakları Bildirgesi, 1789 Amerikan Anayasası²⁰⁴, ilkenin ilk yer aldığı anayasa olan 1791 tarihli Fransa Anayasası, 1791 tarihli Fransa Ceza Kanunu,

¹⁹⁹ Glaser, s.29.

²⁰⁰ Dubber, The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought, s.116.

²⁰¹ Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, s.25; Glaser, s.30; Küçüktaşdemir, s.92.

²⁰² Görüldüğü üzere kanunilik ilkesinin benimsenmesi noktasında öncü ülkelerden biri Amerika'dır. Ancak kanunilik ilkesinin Amerikada 20.yy kadar görünür olmadığı hatta böyle bir ilkenin Amerikan tarihinde hiç var olmadığını belirten görüş için bknz: Dubber, The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History, s.1 vd.

²⁰³ Musulin, s.77.

²⁰⁴ Esasında 1789 tarihli Amerikan Anayasası'nda da ilke yer almakla beraber 1791 yılında yapılan değişiklikle metne dâhil olmuştur. Bununla birlikte 1791 tarihinde yapılan bu değişiklik ile suçlar bakımından değil cezalar bakımından hukuka/kanuna uygunluk(due process of law) öngörülmüştür. Dolayısıyla bu ilkeye tam bir şekilde yer veren ilk Anayasa 1791 tarihli Fransa Anayasasıdır.

1794 tarihli Prusya Kanunu, 1810 tarihli Napolyon Ceza Kanunu, 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu oluşturmaktadır. Bu metinler sayesinde kanunilik ilkesi, sadece kanunlarda değil anayasalarda da kendine yer bularak dönemini aşan bir etkiye sahip olmuştur. Ayrıca devletin gücünü sınırlama ve kişilerin haklarını güvence altına alma amacıyla suç ve cezaların kanunlaştırılması, kanuniliğin kuramsal bir ilke olarak ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Bu bakımdan kanaatimizce, İngiliz ve Roma kaynaklı köken iddiaları bir kenara bırakılarak kanunilik ilkesinin bir güvence kaynağı olarak 18. yüzyıldan itibaren benimsendiği kabul edilmelidir.²⁰⁵ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki kanunilik ilkesinin salt Fransız İhtilaline özgülenmemesi gerekir. Daha öncede belirtildiği gibi ihtilalden önce çeşitli kanunlarda bu ilkenin izlerine rastlamak mümkündür. Bu bakımdan 18.yy toplumunun akıl ve vicdanının insanlığa hediyesi, kanunilik ilkesidir.

Kanunilik ilkesinin hukuki ve siyasi boyuttaki gelişimine rağmen on sekizinci yüzyıl aydınlanma düşüncesinde hak kavramı, sınırlı bir gelişim gösterebilmiştir. Kadınlar, mülk sahibi olmayan kişiler ve beyaz olmayan insanlar, hak sahibi olma kategorisinden dışlanmıştır.²⁰⁶ Dolayısıyla bu dönemde haklar belli özelliklere sahip kişilerle sınırlı olduğundan henüz “insan hakkı” kimliğini kazanamamıştır. Bu durum o dönemde yeterince sağlam bir zeminde bulunmayan kanunilik ilkesini sosyal, siyasi ve kültürel değişikliklere açık hale getirmiş ve ilkenin istikrarlı bir çizgiye sahip olamamasına sebep olmuştur. Meydana gelen savaşlar, devrimler, sosyalizm, komünizm gibi özellikle kanunları hâkim sınıfının hizmetinde gören düşünce akımları nedeniyle ilkenin uygulanması sekteye uğramıştır. İlkenin uygulanmaması noktasında tarihe en büyük kara lekeyi bırakanlar arasında Sovyet Rusya bulunmaktadır. Esasında 1767 yılında Montesquieu ve Beccaria’nın etkisi altında kalan II. Katherina, yeni bir Rus Ceza Kanunu hazırlanmasını ve bu kanunda aydınlanma döneminde tohumları atılan ceza prensiplerinin yer almasını emretmiştir. Ancak Rusya’da yaşanan gelişmelerden dolayı 1845 yılına kadar bu emrin gerçekleştirilmesi mümkün olmamıştır.²⁰⁷ 1845 yılında kabul edilen ceza kanununda ise II. Katherina’nın isteklerine aykırı olacak şekilde kıyas prensibine yer verilmiştir.

²⁰⁵ Aynı yönde görüş için bkz: Glaser, s.30; Toscano, s.33; Mokhtar, s.47.

²⁰⁶ Osiatynski, s.7.

²⁰⁷ Yarsuvat, s.60.

Kanunilik ilkesinin Rusya Kanunlarına girişı ancak 1903 tarihli ceza kanunu ile gerçekleşebilmiştir. Bu bakımdan 1903 tarihli kanun Rusya'nın ilk modern ceza kanunu olarak kabul edilebilir.²⁰⁸ Fakat bu modern kanunun ömrü kısa olmuş ve 1917 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. 1927 tarihinde yürürlüğe giren Sovyet Ceza Kanunu ise ilkeyi tamamen ret ederek topluma zarar veren her eylemi kıyas yolu ile cezalandırma noktasında hâkime yetki vermiştir. Verilen bu yetki kapsamında hâkimin, kişinin vurulması gibi radikal önleyici tedbirler alabilmesi de kabul edilmiştir. Bu bakımdan Sovyet Rusya'da kıyas, rejimin yerleşmesi için başvuru olan bir vasıta olmuş ilkede bu uğurda gözden çıkarılabilir bir değer olarak kalmıştır. İlkenin tekrar Rus kanunlarına dönme çabaları, 1936 tarihinde Stalin'in Anayasa Projesi hakkındaki raporunda yer alan “*Bugün her zamankinden daha fazla olarak kanunların istikrarına ihtiyacımız vardır.*” söylemi ile başlamış savaş nedeniyle ancak 1960 tarihinde sonuç verebilmiştir.²⁰⁹ Ancak hürriyetin tek taraflı olduğu böyle bir sistemde kanunilik ilkesinin ne kadar güvence sağlayacağı elbette tartışmaya açıktır.²¹⁰

İlkenin tarihi bakımından kara bir leke bırakan diğer bir ülke ise Nazi Almanyasıdır. Nazi döneminde 1871 tarihli Alman Ceza Kanunda yer alan kanunilik ilkesi toplumun güvenliği ile bağdaşmadığı gerekçesiyle 1935 yılındaki Ceza Kanunu'na alınmamış ve hâkime geniş bir kıyas yetkisi verilmiştir. Bir başka ifadeyle Nazi döneminde kıyas yapma faaliyeti kanunda yer alan belirsizliklerin caydırıcılığı artırdığı görüşüyle meşrulaştırılmaya çalışılmıştır.²¹¹ Nitekim “Gegets ist gegets” sloganıyla hukukun içini boşaltan Nazi yönetimi kanunlar aracılığıyla ideolojisini gerçekleştirebilmiştir.²¹² Ancak belirtmek gerekir ki ilkenin rafa kaldırılması sadece bu iki ülke bakımından söz konusu olmamış, dünya genelinde birçok farklı ülkede de benzer gelişmeler yaşanmıştır. Mesela İspanya'da yaşanan karışıklıklar nedeniyle 1848 tarihinde yürürlüğe giren İspanya Ceza Kanunu ile 1812

²⁰⁸ Yarsuvat, s.61.

²⁰⁹ Stephen C. Thaman, “Russia”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.327; Yarsuvat, s.66.

²¹⁰ Yarsuvat, s.63.

²¹¹ Hörnle, s.135.

²¹² W. Burnett Harvey, “The Rule of Law in Historical Perspective”, **Michigan Law Review**, C:59, S:4, 1961, s.499.

tarıhli Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılarak kanunilik ilkesi ilga edilmiştir.²¹³ Kanunilik prensibinin tekrar benimsendiğı 1928 tarihli Ceza Kanunu'na kadar, ülke tam 80 yıl bu prensibin yokluğunda varlığını sürdürmüştür. Kanada da ise ilk Ceza Kanunu 1892 tarihli olmasına rağmen common law suçları yaygın bir şekilde uygulanmaya devam edilmiştir. Ancak 1950 yılında Kanada Yüksek Mahkemesinin verdiğı bir karardan sonra mahkemeye itaatsizlik dışındaki common law suçlarının kaldırılması yönünde çalışma yapılabilmektedir.²¹⁴ Dünyanın en kalabalık nüfusa sahip ülkelerinden biri olan Çin de Sovyet Rusya gibi belli bir süre ceza kanunu olmadan yönetilen ülkelerden biri olmuştur. Mao Zedong döneminde (1949-1979) Çin komünist partisi, ülkeyi herhangi bir ceza kanunu veya kapsamlı ceza hükümleri olmadan yönetmiştir. Bunun en önemli nedeni Mao Zedong'un resmi süreçleri içinde barındıran hukuk kuralı yerine gücü serbestçe manipüle edebileceğı yönetimleri tercih etmiş olmasıdır.²¹⁵ Bunun dışında ilkenin hiç kabul edilmediğı metinlere 1917 tarihli Canon Law (Corpus Iuris Canonici) ve tazir suçlarıyla çeliştiğı için ilkeye yer vermeyen 1924 tarihli Afganistan Ceza Kanunu örnek verilebilir.²¹⁶

İlkenin yaşamış olduğı bu çalkantılı süreç, tüm insanlığa sadece ilkelerin değıl bireylerin de korunması için ortak bir değıer altında birleşilmesi gerektiğini göstermiştir. Böyle bir değıer söz konusu olmaksızın hukuk içi boşaltılarak devletlerin elinde eğilip bükülebilmektedir. Bu gerekliliğı yerine getirmek için yapılan arama çabaları insan hakkı kavramının ortaya çıkmasıyla nihayete ermiştir. İnsan hakları kavramının kuramsal bir biçimde karşımıza çıkması 20.yy'da²¹⁷ gerçekleşebilmiştir. Bu bakımdan Fransız ihtilalinden 20.yy'a kadar olan dönem, kanunilik ilkesi için aydınlık bir dönem olsa bile insan hakları için karanlık bir

²¹³Sahir Erman, "İspanyol ve İtalyan Ceza Kanunlarında Yenileştirme", **İÜHFM**, C:45, S:1-4, 1981, s.841-842.

²¹⁴Bahse konu Frey v Fedoruk kararında Kanada Yüksek Mahkemesi ceza kanununun uygulanmasına büyük bir belirsizlik getirecekleri için common law suçları uygulamasını ret etmiştir. Kanada'da ilkenin gelişimi ve geldiğı nokta hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Kent Roach, "Canada", **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.80.

²¹⁵Wei Luo, "China", **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.138.

²¹⁶Glaser, s.32.

²¹⁷Osiatyski, s.2. 20.yy'dan önce Thomas Paine "Rights of Man" adlı kitabında devletin amacının her insanın doğuştan sahip olduğı inkâr edilemez haklarını korumak olduğunu ilan etmiştir. İlgili eser için bkz: Thomas Paine, **İnsan Hakları**, Çev: Mehmet Osman Dostel, 2.Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2018.

dönem olmuştur.²¹⁸ Ancak insan haklarının almış olduğu yol bir merdivene benzetilecek olursa hak konseptinin ortaya çıkması ilk basamağı, aydınlanma dönemiyle birlikte devlete karşı ileri sürülebilecek haklardan bahsedilmesi sonraki basamakları, insanın insan olarak değer görmesini gerektiren haklar ise en üst basamağı oluşturacaktır. Dolayısıyla 20.yy'dan önceki dönem her ne kadar bu konsept açısından karanlık olsa da aydınlığa ulaşılma mücadelesinde atılmış önemli bir adımı temsil etmesi bakımından değerlidir.

İnsan hakları, insanı diğer canlılardan ayıran ve onu özel bir yerde konumlandıran birtakım olanakların varlığını kabul etmeyi gerektirmektedir. Bu olanaklar, insan değeri ve insan onuru olarak değerlendirilmektedir.²¹⁹ İnsanlığa ait bu değerlerin korunabilmesi ve insan onurundan bahsedilebilmesi için insanın hakkı olanı alması gerekmektedir.²²⁰ İşte insanların hakkı olanı alarak değerinin ve onurunun korunması noktasında “insan hakları” kavramı karşımıza çıkmıştır. Benimsenmiş olan bu haklardan yararlanmak için sadece insan olmak yeterli olup kişinin kim olduğu, ne suç işlediği, nasıl suç işlediği, hangi ırka tabii olduğu, hangi ülkenin vatandaşı olduğu, hangi dine mensup olduğu bilgisi önem taşımamaktadır. Bu bakımdan insan hakları, evrensel nitelikte bir toplumsal kimliğin oluşabilmesinde en tatmin edici zeminlerden birini oluşturmaktadır.²²¹ Hakların süjesi olma imkânı, artık ne vatandaşlık statüsüne ne de içinde bulunulan gruba bakılarak belirlenmekte, kişiye sadece insan olması sebebiyle verilmektedir. Ayrıca insanların en temel

²¹⁸ Freeman, s.32.

²¹⁹ İoanna Kuçuradi, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.73. Esasında insan haklarının temelleri noktasında doğal haklar teorisi, vicdan özgürlüğü, insan doğası gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak bizimde katıldığımız görüşe göre insan hakları, insan değeri ve insan onuru kavramlarına dayanmaktadır. Dolayısıyla yukarıda bu görüş doğrultusunda inceleme yapılmıştır. İnsan haklarının temelleri bakımından ileri sürülen görüşler için bknz: Freeman, s.7 vd.; Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, Orion Yayınları, 2015. Bununla birlikte insan onuru kavramının ortaya çıkışına ilişkin de farklı görüşler söz konusudur. Bu konudaki görüşler için bknz: Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **İstanbul Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 22.Kitap**, Ed: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.28-32.

²²⁰ Andre Mercier, “İnsan Haklarının Temelleri”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.25.

²²¹ Michael D. Goldhaber, **A People's History of the European Court of Human Rights**, America, Rutgers University Press, 2008, s.175; Mehmet Bakır Özkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Yargısının Sorunları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s.17.

haklarını ifade eden insan hakları, diğer hakların işlevsel bir biçimde kullanılması bakımından da bir ön şart niteliğindedir. Dolayısıyla insan hakları ile çekilen çizginin altına inilmemesi hem bu hakların korunması hem de diğer haklardan yararlanılması bakımından bir zorunluluk arz etmektedir.²²² İfade ettiği anlam itibarıyla insan hakları tüm dünyada gerekli ve mantıklı bir dönüşüm sürecini gerektirmiştir.

İnsan hakları ile birlikte öncelikle devlet ve vatandaşlar arasındaki ilişki dönüşüm geçirmiş ve devletlere insan haklarını korumak, asli bir görev olarak verilmiştir.²²³ Başka bir deyişle insan haklarının korunması, devletler bakımından bir meşruluk temeli olarak algılanmaya başlanmıştır.²²⁴ Bu durum devleti sınırlama amacıyla ortaya çıkan insan hakları kavramının salt siyasi nitelikte kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.²²⁵ Ancak bu kavramın sadece siyasal nitelikte algılanması, bu hakları uluslararası alanda kullanılabilecek silah olma konumuna indirgeyebilmektedir. Bu bakımdan siyasi bir problem olmasının yanında insan hakları etik/ahlaki bir mesele olarak da değerlendirilmelidir.²²⁶ Devletin sınırlandırılması insan hakları ile ortaya çıkan sonuçlardan sadece önemli bir tanesidir. İnsan hakları kavramı en temelde kişinin onurunu kendi eylemlerine karşı korumasını da gerektirmektedir. Çünkü insan hakları devlet tarafından insanlara verilmiş veya sözleşme yoluyla insanlarca talep edilmiş haklar değildir. Bu haklar sadece insana ait olan özel olanaklardan kaynaklanan haklardır. Bu sebeple insan hakları meselesi siyasi bir mesele olmaktan ziyade etik bir meseledir ve meseleye bu doğrultuda yaklaşılması gerekmektedir. Elbette bu hakların korunması noktasında başlıca görev

²²² Henry Shue, "Temel Hakların Evrenselliği", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016 s.46-47.

²²³ Ünver, s.29. Esasında insan hakları fikri, hazırlık aşamasında güçlü batılı devletler tarafından sağlam bir destek görememiştir. Bu durum büyük güçlerin içinde bulunduğu durum göz önüne alındığında kolayca anlaşılabilmektedir. Rusya kendi içinde ulusal terörle, Amerika ırkçılık ve hukuk önünde ayrımcılıkla, Fransa ve İngiltere ise kolonileriyle uğraşmaktaydı. Ancak bu devletlerde zincirinden boşanan bu hareketi engelleyememiştir. Hazırlık sürecinde batılı devletlerin tutumu ve insan haklarını gelişimi noktasında ayrıntılı bilgi için bknz: Osiatynski, s.15-16.

²²⁴ Adem Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesinde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2008, s.4.

²²⁵ Freeman, s.7; Erdoğan, s.2; Mustafa Erdoğan'a göre insan hakları doktrininin esas amacı insanlara pozitif yararlar sağlamaktan çok devlet baskısından koruyacak şekilde onların özgürlük alanlarını güvence altına almaktır. Yukarıda açıkladığımız sebeplerle bu görüşe katılmamaktayız.

²²⁶ Osiatynski, s.1; Kuçuradi, s.79. İoanna Kuçuradi, insan haklarının uluslararası mekanizmalar tarafından korunmasında karşılaşılan ana engelin söz konusu koruma işlevine yüklenen siyasal anlam olduğunu ifade etmektedir.

devletlere düşmektedir. Çünkü elinde bulundurduğu güç, sistem ve mekanizmalarla bu haklara tehdit oluşturan başlıca kaynak devlettir. Gene aynı sebeple insanları ihlallerden koruması gereken de devlet olmalıdır. Ancak bu durum, hakların sadece devlet ve vatandaşları arasındaki sınırlı bir ilişkiden kaynaklandığını düşündürmemelidir. Aksi takdirde bu yorum, insan haklarına 18.yüzyıldan kalma bir bakış açısıyla bakıldığı anlamına gelecektir. Bu hakları koruma görevinden başlıca devletin sorumlu olması sadece ve sadece devletin elinde bulundurduğu güç, sistem ve mekanizmalar dolayısıyladır. Bu itibarla devlet elinde bulundurduğu güçle hem insan haklarını korumalı hem de bu hakları ihlal etmemelidir. Ancak insan haklarının hem ihlalcisi hem de koruyucusu olan devletin üstüne düşen bu görevi her zaman tarafsız bir şekilde yerine getirmesi mümkün olmamaktadır. Tarihte yaşanan savaşlar, katliamlar, soykırımlar, Nazilerin yarattığı ve miras bıraktığı kaos ve yıkım bizlere bu durumu açıkça göstermektedir. Nitekim modern insan hakları hareketi de II. Dünya Savaşı'ndan sonra daha iyi bir dünya kurma kararlılığıyla ve Almanya'da yaşananların bir daha hiç yaşanmaması temennisiyle başlamıştır.²²⁷ Bu durum bütün dünyanın, Avrupa'nın göbeğinde hala böyle olaylar yaşanabildiğini fark ederek bir daha böyle olaylar yaşanmaması için ne yapılması gerektiğine odaklanmasını sağlamıştır.²²⁸ Bu vesileyle devletin sadece kendi iç hukukunda insan haklarını koruyucu mekanizmalar getirmesinin etkin bir koruma için yeterli olmadığı görülmüştür. Sonuç olarak, insan hakları kavramın evrenselleştirilmesi yolundaki adımlar hızlandırılmıştır. Bu anlamda ilk çalışmayı Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (BMİHEB) oluşturmaktadır. İnsanın zorbalık ve baskıya karşı son çare olarak başkaldırmak zorunda kalmaması için, insan haklarının hukukun egemenliğiyle korunmasının önemli olduğunu belirterek başlangıç yapan bu metin, eşitlik, yaşam hakkı, kölelik yasağı, işkence yasağı, özel yaşamın gizliliği, masumiyet karinesi, kanunilik ilkesi gibi ilkeleri düzenlemiştir. Konumuz açısından önem arz etmesi nedeniyle kanunilik ilkesine ilişkin yaptığı düzenleme göz önüne alınırsa; ilkenin düzenlendiği 11.madde de hiç kimsenin işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç

²²⁷Sarat C. Joshi, **Human Rights in Cultural& Religious Perspective**, India, Akansha Publishing House, 2010 s.143; Osiatynski, s.10.

²²⁸ Goldhaber, s.4.

oluşturmayan herhangi bir fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağı ve kimseye, suçun işlendiği sırada kanunlarda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiştir. Her ne kadar sınırlı bir kanunilik benimsenmiş olsa da kanunilik ilkesinin bir insan hakkı olarak ele alındığı ilk metin olması sebebiyle mihenk taşı niteliğindedir. Ancak öncü bir belge olmasına karşın, yer verdiği hakların uygulanabilir olmasını ve pratiğe dökülebilmesini sağlayan mekanizmalardan yoksundur.²²⁹ Bu bakımdan BMİHEB, uluslararası alanda hukuki olmaktan ziyade moral bir değer taşımaktadır.²³⁰ Bu durum ise hakları ihlal edici pozisyonda yer alan devletin ihlal ettiği hakları kendi içinde çözüme gitmesi gibi bir sonuç ortaya çıkartmıştır. Bir başka deyişle, hem ihlal edici hem de ihlali önleme yükümlülüğü olan devletin bir de kendini yargılaması gibi bir sonuç yaratılmıştır ki bu etkin bir koruma sağlamak bir yana dursun ihlallerinde gerektiği gibi takip edilemeyerek cezalandırılmaması sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla bu sözleşmenin yapım aşamasında ileri sürülen devletlerin ulusal egemenliği, iç yargılama yetkisi gibi bazı hususlar, insan haklarının gelişimini ve korunmasını engelleyen bir faktör olarak karşımıza çıkmıştır.²³¹

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin yeterli bir güvence sağlayamamasından sonra 1966 yılında gene BM tarafından hazırlanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi imzaya açılmıştır. Bu sözleşme açısından en önemli hususlardan biri, 1979 tarihinde yürürlüğe giren 41.madde uyarınca bir denetim organının öngörülmesiyle bireysel şikâyet mekanizması oluşturulmasıdır. Bu bakımdan daha güvenceli bir hak sistemi kuran bu metinde, kendi kaderini tayin hakkı, ayrımcılık yasağı, eşitlik, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı, hareket özgürlüğü, masumiyet karinesi ve kanunilik ilkesi gibi konular ele alınmıştır. BMİHEB farklı olarak ikinci kuşak haklara da yer veren bu metin kanunilik ilkesine ilişkin 15.maddesinde lehe kanunun geriye yürütülmesine ilişkin güvenceyi de bünyesine eklemiştir. Bununla birlikte uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil bakımından ilkenin uygulanışına bir istisna getirilmiştir.

²²⁹ Goldhaber, s.171.

²³⁰ Yeşilkaya, s.5-6.

²³¹ Erdoğan, s.130.

Öngörülen denetim mekanizmasına rağmen sözleşme sistemi, istenilen güvenceyi temin edememiştir. Bunun başlıca sebebi 41.madde ve devamında yer alan denetim usulünün devletler açısından isteğe bağlı bir bildirimle dayandırılmasıdır.²³² Bu bakımdan insan haklarını uyulması zorunlu kurallar haline getirecek ve işlevselleştirecek yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.²³³ Bu amaçlarla temeli atılan Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni tüm insanlığa hediye etmiştir. Bu sözleşmeyle etkin ve zorunlu bir yargılama mekanizması kurulmuş ve insan haklarının güvencesi ulusal boyuttan uluslararası boyuta doğru genişletilmiştir. Avrupa Konseyi'nin en büyük başarısı olarak nitelendirilen²³⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu başarısını bu birliğe girecek devletlerin AİHS 'ne uyma ve saygı gösterme zorunluluğuna tabi tutulmasına borçludur.²³⁵ Bu zorunluluk ayrıca sözleşmede öngörülen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin(AİHM) zorunlu yargılama yetkisinin kabulünü de gerektirmektedir. Böylece bu mahkeme tarafından yapılan yargılamalar taraf devletler açısından bağlayıcılık kazanarak, sadece vatandaşların değil ülkede bulunan tüm insanların hak mücadelesini güvence altına almıştır.²³⁶ Bununla birlikte mahkeme, vermiş olduğu kararlarla hem kanun koyucuya hem de yerel mahkemelere doğrudan veya dolaylı yol göstererek ulusal mecrada benimsen suç siyasetine etki edebilme imkânına sahip olmuştur. Nitekim insan haklarına dayanan sözleşmeler içerisinde içtihadi yönden en gelişmiş ve işlevsel sistemin bu sözleşmeyle getirildiği ifade edilmiştir.²³⁷

Sözleşmede yaşam hakkı, kölelik yasağı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunilik ilkesi, özel yaşamın gizliliği, ifade özgürlüğü gibi temel haklar yanında ekonomik ve siyasi haklarında bulunduğu daha kapsamlı bir hak demetine yer verilmiştir. Konumuz açısından önem taşıyan ve kişilerin keyfi soruşturma, yargılama ve mahkûmiyete karşı koruma amacı güden kanunilik ilkesine

²³² Osiatynski, s.32.

²³³ Özkan, s.17.

²³⁴ Ralph Beddard, **Human Rights and Europe**, 3. Baskı, Cambridge University Press, 1995, s.1.

²³⁵ Beddard, s.19; Osiatynski, s.28.

²³⁶ Diğer sözleşmelerden farklı olarak devletin egemenlik alanı içinde bulunan herkesin vatandaşlık bağı bulunmasa bile sözleşmede yer alan haklardan yararlanabileceği ve ihlal iddiasıyla mahkemeye başvurabileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan AİHS, insan haklarının evrensel niteliğine uygun bir sistem benimsemiş olmaktadır.

²³⁷ Goldhaber, s. 185.

ilişkin 7.madde şu şekildedir: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmeyen herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Hiç kimseye, suç işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyecektir. Bu madde, işlendiği zaman, uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri uyarınca suç sayılan herhangi bir eylemden ya da ihmalden ötürü herhangi bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacaktır.” Bu maddeye göre eylemin icra edildiği zamanki hukuka göre suç oluşturmeyen bir eylemden dolayı kimsenin ceza alması veya daha ağır bir cezaya çarptırılması mümkün değildir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki sözleşmede yer alan hukuk, suç, ceza, gibi kavramlar, iç hukuk da göz önüne alarak bağımsız bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu durum ise AİHM’ne özgü bir haklar ve içtihat sisteminin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu bakımdan AİHM, sözleşmede yer alan hakların güvence altına alınması ve hukuk oluşturmada bir referans noktası olması sebebiyle önemli bir organdır. Ancak bu mahkeme sistemi her ne kadar taraf devletler bakımından etkin bir koruma sağlamaktaysa da, yerel makamların yerine geçmek üzere oluşturulmuş bir mahkeme değildir.²³⁸ Bu bakımdan birçok uluslararası hukuk metninde yer alan insan hakları, kağıt üstünde ne kadar etkileyici gözükse de kapalı kapılar ardında yaşananlarla sınırlı bir değere sahiptir. Dolayısıyla bu hakların korunması noktasında ne tür mekanizmalar kabul edilirse edilsin asli görev her zaman devletin olacaktır. AİHS’nin koruma mekanizması ancak ulusal kanunların bireylerin haklarını sağlama ve korumadaki başarısızlığından sonra devreye girmektedir.²³⁹

Sonuç itibarıyla insanlığın en başından itibaren var olan hukuk mücadelesi, meyvelerini çeşitli dönemlerde farklı hukuki metinlerde vermeye başlamıştır. Ancak bu meyvelerden en olgun olanını, 20.yy ile birlikte kabul edilerek benimsenen insan hakkı ve insan onuru kavramı oluşturmuştur. Bu kavramla beraber insanlar, vatandaşlığına, tenine ve cisminde bakılmadan evrensel bir kimlik altında buluşturulmuştur. Bu evrensel kimlik özellikle devlet karşısında verilen hak ve hukuk mücadelesinin en güçlü araçlarından biri olmuştur ve olmaya devam

²³⁸ Erdoğan, s.325.

²³⁹ Javaid Rehman, “The Influence of International Human Rights Law upon Criminal Justice Systems”, **Journal of Criminal Law**, C:66, S:6, 2002, s.513.

etmektedir. Bugün dünyanın birçok yerinde insan hakları, özgürlük ve insan onuru talepleri için baskı aracı olarak kullanılabilmektedir. Bu itibarla aydınlanma dönemi ile başlayan değişim rüzgârı, tüm dünya düzenini insan haklarını korumayı amaç edinen bir eksene yöneltmiştir. Bu yeni düzenin kurulmasında kanunilik ilkesi önemli bir anlam taşıması ve işlev görmesi nedeniyle insan hakkı olma şerefine erişebilmiştir. Bu sayede kanunilik ilkesi, devleti sınırlama amacını da içinde barındıran daha üstün bir amaca hizmet etmeye başlamıştır.

2. Türk Hukukundaki Gelişimi

Ceza hukukun Türk toplumlarındaki gelişimi batıya kıyasla oldukça farklı bir seyir içerisine gerçekleşmiştir. Batıda 18.yy ile tartışılmaya başlanan ve doktrinsel olarak gelişen suç ve ceza kavramları, İslamiyetin kabulünden sonra Türkler’de sabit ve katı bir hukuk sistemi içinde uygulanarak durağan bir gelişim göstermiştir. Bunun başlıca sebebi içtihat yolunun kapatılarak donuk bir yapının benimsenmiş olmasıdır.²⁴⁰ Dolayısıyla suç ve ceza kavramlarının Türk hukukundaki gelişimi bu donuk yapının kırılmaya başlaması ile gerçekleşebilmiştir.

Esasında Türk toplumlarında hukuk, İslamiyet dininin kabulünden önce de karşılaşılan olgulardan biridir. Ancak İslamiyetin kabulünden önce kurulan Türk devlet ve toplumlarının ceza hukukunu incelememize yetecek yeterli veri bulunmamaktadır. Elbette göçebe bir toplum halinde yaşayan ve özellikle örf ve adet hukukunun önemli bir yer tuttuğu bu devletlerde toplum düzenini korumak için birtakım kuralların varlığından bahsedilebilir. Nitekim Eski Türk devletlerinden Hun ve Göktürk İmparatorluğunda çeşitli suç ve cezaları içeren kanunlar yapıldığı bilgisine Çin kaynaklarında rastlamaktayız.²⁴¹ Bu metinlerde toplum düzenini bozduğu kabul edilen fiiller tespit edilerek kanun adı altında toplanmış ve ağır biçimde cezalandırılmıştır.²⁴² Ancak ceza hukuku alanında yeterli bilgi ve araştırma

²⁴⁰ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 21.Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2019, s.85.

²⁴¹ Üçok/Mumcu/Gülnehal, s.22; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.106.

²⁴² Üçok/Mumcu/Gülnehal, s.30-31; Centel/Zafer/Çakmut, s.27. Çin kaynaklarına göre Hunlar’da ufak suçlar araba tekerliği altında ezilme, cana kast gibi büyük suçlar ise ölümle cezalandırılmaktadır. Göktürkler’de ise benzer şekilde devlete isyan, cana kast, evli kadına tecavüz eylemi ölümle cezalandırılmaktadır.

olmaması nedeniyle incelememizin asıl konusunu İslamiyet'in kabulünden sonra ki hukuki gelişmeler oluşturacaktır.

a. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Gelişim

Kanunilik ilkesinin Türk hukukundaki gelişimi her ne kadar kökeninden farklı bir gelişim çizgisine sahip olsa da batı kaynaklıdır. Osmanlı'yı kökeninden ayıran bu farklılığın sebebi İslamiyet'in toplumsal, siyasi ve yönetsel alanlara olan tesiri olmuştur. Ancak İslam dininin çeşitli alanlardaki bu tesiri zaman içinde azalarak farklı uygulamaların ve esasların Türk hukukuna girmesine yol açmıştır. İlkenin gelişimini incelemek için bu tesirin de boyutlarını göz önüne alarak ikili bir inceleme yapılması faydalı olacaktır. Yapılacak bu incelemede ağırlıklı noktayı hukuk ve hukukun gelişimi teşkil edeceği için Tanzimat öncesi ve sonrası şeklinde bir ayırım yapılarak inceleme yapılmalıdır. Tanzimat dönemiyle birlikte dinin hukuk üzerindeki gücü aşamalı olarak azalarak yerini batı kökenli kural ve ilkelere bırakmıştır.

i. Tanzimat Öncesi

İslam dini bütün yaşam ilişkilerini düzenleyen bir sistem bütünü olduğundan Osmanlı'nın ilk kuruluşundan beri toplum, yönetim ve hukuk üzerinde kalıcı bir etkiye sahip olabilmıştır.²⁴³ Bu bütün içerisinde sınırlı da olsa bir hukuk sistemi benimsenmiş olduğu için, Osmanlı'da uygulanan hukuk da bu çerçevede şekillendirilmiştir.²⁴⁴ Fıkıh şeklinde adlandırılan bu hukuk sisteminde kuralların kaynağı Kuran, sünnet, icma ve kıyastan oluşmaktadır. Kuran, İslam hukukunun birincil kaynağı olarak ayet yolu ile bildirilen kuralların bir araya toplanmasıyla meydana gelmiştir. Bu kurallar arasında devlete ve özel yaşama ait kurallar yer almakla beraber suç ve cezaları ilgilendiren hükümler de bulunmaktadır. Ancak Kuran'da yer alan kuralların sınırlı olmasından dolayı ortaya çıkan boşlukların İslam'ın diğer kaynaklarını teşkil eden sünnet, icma ve kıyas yolu ile doldurulması mümkündür. Ancak bu kaynaklar arasında mevcut bir hiyerarşi bulunduğundan çözümlenmesi gereken bir olay hakkında sırasıyla Kuran, sünnet, icma ve son olarak

²⁴³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.51.

²⁴⁴ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 95.

kıyasa başvurulmaktadır.²⁴⁵ İşte tüm bu kaynaklardan elde edilen ve ceza hukukuna ait kuralları düzenleyen hukuk dalı “ukubat” olarak adlandırılmaktadır.²⁴⁶ Bir başka ifadeyle Kuran’da yer alan cezai hükümler yanında sünnet icma ve kıyas yoluyla elde edilen cezai hükümler, islam ceza hukuku başlığı altında ele alınmaktadır.

İslam ceza hukukunda suç ve cezalar, İslam düşünürleri tarafından çeşitli ayrımlar altında incelenmiştir. En kabul gören ayrımdan birine göre İslam hukukunda suçlar, Allaha karşı işlenen suçlar, kullara karşı işlenen suçlar ve taziren cezalandırılan fiiller olarak üçe ayrılmaktadır. Bu bakımdan islam hukukuna göre suç kavramı, had, kıyas ve tazir cezalarıyla işlenmesi yasaklanan fiiller olarak tanımlanabilir.²⁴⁷ Allah’a karşı işlenen suçlar, değiştirilmesi mümkün olmayan ve Kuran tarafından belirlenmiş sınırlı sayıdaki suçlardır. Tartışmalı olmakla beraber bu fiiller İslam dinini terk etmek(irtidat), zina, zina iftirası, sarhoş olmak, yol kesmek, isyan ve hırsızlıktır.²⁴⁸ Kullara karşı işlenen suçlar ise öldürme (katl) ve yaralama (cerh) şeklinde iki genel suç kategorisi altında toplanmaktadır. Taziren cezalandıran fiiller ise diğer suçlar bakımından farklılık arz etmektedir. Gerek yasak emri gerekse yaptırımı bulunmayabilen bu fiillere suç kimliği iktidar sahibi tarafından verilmektedir. Nitekim tazir kelime anlamıyla da yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, reddetmek, terbiye etmek anlamında kullanılmaktadır.²⁴⁹ Sınırlı sayıdaki fiil ve hareketlerin islam hukuku kaynaklarında cezalandırılmış olması, tazir yetkisinin bir zorunluluk olarak öngörülmesine sebep olmuştur. Dolayısıyla tanzimat öncesi dönemde İslam ceza hukuku, devlet başkanının tazir suç ve cezalarını ihdas etme yetkisinden doğan örfi hukuk ve şeriat şeklinde ikili bir yapılanmaya sahiptir.

Suçlar bakımından yapılan üçlü ayrım bu eylemlere uygulanacak cezalar bakımından da belirleyici olmuştur. Buna göre islam hukukunda cezalar, Allah’a karşı işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulan hadd cezaları, kullara karşı

²⁴⁵ Önder, s.33; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.57.

²⁴⁶ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.232; Dönmezer/Erman, s.154, Önder, s.33; İlhan Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar Ve Cezalar”, AÜHFD, C:52, S:1, 2003, s.167.

²⁴⁷ Bayram Demir, **İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, İstanbul, Hiperlink Yayıncılık, 2018, s.20. İslam hukukundaki ceza kavramına ilişkin çeşitli tanımlamalar için bkz: Avcı, s.27-30.

²⁴⁸ Dönmezer/Erman, s.155, Önder, s.34; Artuk/Gökçen, s.107; Bayram, s.23-24. İsyen, irtidat ve şarap içmenin hadd cezasını gerektiren suçlardan sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.

²⁴⁹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.118.

işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulan kısas ve diyet cezaları, son olarak ise taziren belirlenen suçlar karşısında uygulanan ve takdir yetkisi kapsamında öngörülen tazir cezaları olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Hadd cezaları Kuran’da belirlenen cezalar olduklarından zaman boyunca değişmez ve değiştirilemez bir nitelik göstermiştir. Kısas ise meydana gelen zarara göre değişiklik gösterebilen ve bu zararla aynı veya misli bir zararın faile verilmesi şeklinde uygulanan bir cezadır. Ancak mağdura veya varislerine ödenecek diyet ile kısas uygulamasının önüne geçmek mümkündür. Bu bakımdan diyet, adeta kısası düşüren bir etki yaratmaktadır.²⁵⁰ Birçok öldürme ve yaralama fiili bakımından diyet miktarı önceden belirlenmiş bulunmaktadır.²⁵¹ Ancak son ayırım olan tazir cezaları bakımından böyle bir belirleme söz konusu olmadığından, failin durumunu da göz önüne alarak uygun bir ceza belirleyecek olan kişi, kadılardır.²⁵² Bir başka ifadeyle, hadd cezaları gibi önceden belirlenmiş cezaların bulunmadığı suçlar bakımından hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu cezalar, tazir cezalarıdır. Ancak tazir cezalarının yer, zaman ve içinde bulunulan koşullara göre devletçe belirlenmesi de mümkündür.²⁵³ Dolayısıyla tazir suçları bakımından çok geniş bir takdir yetkisi verilmiş olup, öğüt vermeden, hapis cezasına hatta istisnai durumlarda ölüm cezasına kadar geniş bir ceza yelpazesi uygulama alanı bulabilmektedir.²⁵⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki kadının vereceği tazir cezasının, hadd cezasının en aşağı sınırına varmaması gerekmektedir.²⁵⁵ Bu bakımdan takdir yetkisine içerik bakımından olmasa da ölçü bakımından bir sınırlama getirildiği söylenebilir. Sonuç olarak her ne kadar hadd ve kısas cezaları bakımından sınırlı bir kanunilikten bahsedilebilir ise de tazir cezaları büyük oranda takdiri ve keyfi bir ceza sistemi olarak, birçok suç ve ceza bakımından ilkenin uygulanması önündeki en büyük engeli oluşturmuştur.²⁵⁶ Bu sonuca katılmayarak İslam hukukunda kanunilik ilkesinin uygulandığını düşünen bir görüş, peygamber ve kitap gönderilmesinin insanların cezalandırmaya dayanak teşkil eden

²⁵⁰ Dönmzer/Erman, s.156.

²⁵¹ Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s.88; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.96.

²⁵² Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s.93; Demirbaş, s.93; Akbulut, s.168.

²⁵³ Özbek Doğan Bacaksız, s.97.

²⁵⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.31; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.97; Demir, s.223; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.85.

²⁵⁵ Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s.93.

²⁵⁶ Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s.93; Demirbaş, s.93; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.118; Soyaslan, s.88.

şeyi bilmeleri amacını taşıdığını iddia etmektedir.²⁵⁷ Ancak bu görüşte, tazir suç ve cezalarının, hangi fiilleri kapsadığı ve hangi durumda uygulanacağı yönünde bağlayıcı bir belirlemeye tabi tutulmadığını itiraf etmektedir.²⁵⁸ Diğer bir görüş ise tazir suçlarında hadd ve kısas suçlarındaki gibi sıkı bir kanunilik ilkesinin benimsenmediğini fakat cezalandırma noktasında herhangi bir keyfiliğin bulunmadığını ve tazir suçlarına ilkenin uygulanmasının islam hukukuna aykırı olmadığını belirtmektedir.²⁵⁹ Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanaklı gözükmemektedir. Öncelikle ilkenin islam hukukuna aykırı olmadığını söylemekle Osmanlı döneminde tazir suç ve cezalarının kanunilik ilkesine uygun bir şekilde ele alındığını söylemek arasında fark bulunmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalarda göz önüne alındığında Osmanlı döneminde, tazir suç ve cezalarının kişilere yeterince güvence sağlayacak bir biçimde uygulanmadığı söylenebilir. Böyle keyfi bir uygulamanın söz konusu olabilmesi ise tazir suç ve cezalarının, kişileri kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonundan yararlandıramadığı şeklinde yorumlanmalıdır.

Tazir, ilke bakımından doğurduğu olumsuz sonuçlara rağmen iktidar ve kadılar tarafından sık kullanılan yetkilerden biri olmuştur. Esasında tazir yetkisi, islam hukukunun genel yapısına ters düşmeyecek şekilde kullanılması gereken sınırlı bir yetkidir.²⁶⁰ Ancak bu dönemde bazı padişahlar tarafından tazir hakkına dayanılarak İslam hukukuna aykırı hükümleri içeren kanunlar çıkarılmıştır. Nitekim çeşitli hadd suçlarına uygulanacak cezaların para cezasına çevrilmesine yer veren kanunnameler ve devlete isyan eden kardeşlerin öldürülmesine ilişkin Fatih Sultan Mehmet tarafından düzenlenen hüküm bu hususta örnek olarak verilebilir.²⁶¹ Fatih Sultan Mehmet dışında Kanuni Sultan Süleyman, Yavuz Sultan Selim ve IV Mehmet tarafından taziri gerektiren suç ve cezalara ilişkin kuralların yer aldığı kanunnameler

²⁵⁷ Bayram Demir, “İslam Ceza Hukukunda Cezaların Geçmişe Yürürlüğü”, **Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S: 5, 2015, s.72. Kanunilik ilkesinin islam hukuku bakımından alt unsurları ile birlikte kapsamlı bir incelemesi için bkz: Demir, İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, s.77 vd. Kanunilik ilkesinin tazir suçları bakımından geçerli olmasına karşın tazir cezaları bakımından hâkime geniş bir takdir hakkı verildiği yönündeki görüş için bkz: Avcı, s.42-43. İslam hukukunda cezalandırma ilkeleri arasında kanunilik ilkesinin de yer aldığına ilişkin görüş için bkz: Akbulut, s.180.

²⁵⁸ Demir, İslam Ceza Hukukunda Cezaların Geçmişe Yürürlüğü, s.89.

²⁵⁹ Avcı, s.53.

²⁶⁰ Soyaslan, s.85; Bayram, İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, s.84.

²⁶¹ Üçok/Mumcu/ Bozkurt, s.92; Demirbaş, s.94.

yayınlanmıştır.²⁶² Her ne kadar bu kanunnameler tazirin nevi ve türünü göstererek keyfiliği önleme amacı gütse de hangi tazir cezasının hangi olayda ve hangi fiiller için uygulanacağı belirlenmemiştir.²⁶³ Fatih Sultan Kanunnamesinin birincisinde zina, dövüşme, sövüşme, şarap içme, hırsızlık gibi suçlardan bahsedilmiş bunlar karşılığında cerime olarak nitelendirilen para cezaları düzenlenmiştir.²⁶⁴ Bu kanunda ceza hukuku bakımından en dikkat çeken hususlardan biri verilecek para cezalarında suçlunun ekonomik durumunun dikkate alınması gerektiğine ilişkin hükümdür.²⁶⁵ Bu sayede cezaların bireyselleştirildiği yorumu yapılabilir. Fatih Sultan Mehmet tarafından çıkarılan kanunnamelerin ikincisinde ise memurların görev ve yetkilerini ve bu kişilere uygulanacak cezaları içeren hükümler yer almıştır.²⁶⁶ Daha sonrasında Kanuni Sultan Selim ve Yavuz Sultan Selim gibi çeşitli padişahlar tarafından çıkarılan kanunnamelerde Fatih Sultan Kanunnamesi model kanun olarak kullanılmıştır. Ancak bu kanunnamede bulunmayan kız kaçırma, esir çalma, yangın çıkarma, borç verip tespit edilen sınırdan yüksek faiz alma gibi yeni suç tiplerine de yer verildiği görülmektedir.²⁶⁷ Bahse konu kanunnameler cezaların bireyselleştirilmesi yanında kanunlaştırma hareketleri olmaları bakımından da önem taşımaktadır.

Netice itibariyle tanzimat dönemi öncesinde İslam hukukunun esasları, hayatın her alanında olduğu gibi ceza hukuku açısından da geçerli olmuştur. Özellikle suç ve cezaların tasnifi ve uygulaması noktasında karşımıza çıkan İslam hukukunda, Kuran'dan ve tazirden doğan yetki kapsamında yargılama yapılarak ceza verilmektedir. Ancak hangi eylemin suç teşkil edeceği ve hangi eylem için hangi cezanın uygulanacağı ancak Kuran'da belirlenen sınırlı suç kategorileri için belirlenmiştir. Bunun dışında kalan suçlar ve cezalar bakımından devlet ve kadıların takdir yetkisi bulunmakta ve bu takdir yetkisi herhangi bir sınır olmadan kullanılabilir. Her ne kadar bu dönemde keyfi uygulamaların önüne geçmek için birtakım kanunlaştırma çabaları söz konusu olsa da hiçbirisi yeterli güvenceyi

²⁶² Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.119.

²⁶³ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.120; Rabia Beyza Candan, "1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi", **AndHD (Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi)**, C:1, S:1, 2015, s.70.

²⁶⁴ Dönmezer/Erman, s.160; Demirbaş, s.95.

²⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s.32.

²⁶⁶ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.119.

²⁶⁷ Dönmezer/Erman, s.161; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.119.

sağlayamamıştır. Dolayısıyla tazminat öncesi dönemde mutlak bir keyfilik olduğu ileri sürülemese de temel hakların ihlaline yeterli ölçüde keyfilik bulunduğu yorumu yapılabilir.

ii. Tanzimat Sonrası

On yedinci yüzyılla birlikte toprak kaybetmeye başlayan Osmanlı Devleti, kurumsal olarak sahip olduğu yapıların işleyişi bakımından istediği sonuçları elde edememiştir. Bunun başlıca sebeplerinden biri Coğrafi Keşifler, Rönesans ve Reform hareketleriyle birlikte ekonomik, sosyal ve kültürel bir dönüşüm içerisine giren Avrupa'nın göz ardı edilmesi ve bunun sonucunda her alanda geri kalınmaya başlanmasıdır. Zaman içinde yaşanan büyük toprak kayıpları, yaygınlaşan milliyetçilik akımı, artan kanunsuz ve usulsüz işlemler Osmanlı'nın yeni dünyaya kendini uydurmasını adeta bir zorunluluk haline getirmiştir. Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimiyle birlikte bu gelişime kayıtsız kalamayan Osmanlı, çözüm olarak çeşitli alanlarda ıslahat yapmayı uygun bulmuştur. Bu yeni düzenin kurulma aşamasında batıdan çeşitli kurum ve sistemler alınmış ancak din faktörü göz önünde bulundurularak uygulanmıştır. Ancak bu ıslahatlar Avrupa'daki gibi düşünsel bir alt yapı barındırmadığından istenilen sonuçları vermemiştir.

Tanzimat, çöküşü durdurmak ve geri kalınan konularda Avrupa'yı yakalamak üzere gerçekleştirilen yenilik hareketlerinin ivme kazandığı bir dönemdir.²⁶⁸ Bu dönemde yeni bir düzenin kurulmak istendiği alanlardan birini de hukuk oluşturmuştur. Zira ülkede oluşan hukuk boşluğundan dolayı düzensizlik hâkim olmuş, gereksiz idam ve müsadere kararları verilmeye başlanmıştır.²⁶⁹ Bu sebeple Osmanlı hukuk sisteminde yeni kuralların benimsenmesi, kaçınılmaz bir gereklilik olmuştur. Sultan Abdülmecit tarafından 1839 yılından yayınlanan ve Sadrazam Mustafa Reşit Paşa tarafından “Gülhane Hattı Hümayun'da” okunan ferman işte bu yenilik ihtiyacı gözetilerek ilan edilmiştir. Bu fermanla birlikte istisnasız herkese can, mal, ırz güvenliği gibi temel konularda hukuk güvenliği vaat edilmiştir. Bununla birlikte ceza davalarının aleni görüleceği ve yasal bir hüküm bulunmadıkça kimsenin

²⁶⁸ Candan, s.64.

²⁶⁹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.120.

öldürülemeyeceği de belirtilmiştir.²⁷⁰ Modern anayasalarda korunan bu değerlere 1839 Tanzimat Fermanında yer verilerek toplumun batı hukukuyla tanıştırılması, hukuk alanında yeni bir dönemin kapısını aralamıştır. Bununla birlikte padişahın ilk defa kendi isteği doğrultusunda sınırlanması, fermana Türk hukuk tarihinde önemli bir anayasal belge olma kimliği kazandırmıştır. Özellikle örfi ceza verme yetkisinden vazgeçilerek şeriat ve kanuna uygun bir cezalandırmanın öngörülmesi hem ilke açısından hem de anayasal temel bakımından hayati bir önem teşkil etmiştir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki Tanzimat'ın ilanından sonra çıkarılan kanunlar da tazir hakkı kapsamında çıkarılmıştır.²⁷¹ Dolayısıyla her ne kadar örfi cezalandırma yetkisinin kaldırıldığı belirtilse de bu yetki kanunlar aracılığıyla varlığını sürdürmüş bulunmaktadır.

Tanzimat hareketinin en fazla etkilediği hukuk alanlarından biri ceza hukuku olmuştur. Fermanla birlikte ülkenin iyi bir şekilde yönetilmesi için öngörülen ceza kanunu, Kanunname-i Hümayunu adı altında 1840 yılında yayınlanmıştır. İslamiyet'in etkisinin hissedildiği bu kanunda şer'i ve örfi kurallar birleştirilerek bir bütünlük sağlanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte bahse konu kanunda kanunilik ve eşitlik prensipleri benimsenmiş olup suçlara ilişkin sabit cezalar öngörülmüştür.²⁷² Ancak bazı hükümlerde suçlar belirlenmesine karşın bu suça uygulanacak cezalar belirlenmemiştir. Ayrıca kanunun, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlar bakımından uygulanması söz konusu olduğu gibi bazı kimseler içinde bu kanunda yer almayan cezalar uygulanabilmiştir.²⁷³ Bu bakımdan kanunilik ilkesinin 1840 tarihli ceza kanundaki işlevi ve rolü son derece düşündürücüdür.²⁷⁴ Nitekim suç genel teorisine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan, sistematik açıdan kusurlu ve eksik bulunan bu kanun, doktrinde çağdaş bir ceza kanunu olarak kabul

²⁷⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.306.

²⁷¹ Soyaslan, s.87.

²⁷² Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.123; Said Nuri Akgündüz, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları", *AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C:4, S:8, 2016, s.6-7.

²⁷³ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.123.

²⁷⁴ Yasallık ilkesinin rolü, günümüzde dine dayalı bir hukuk sistemi geliştiren İran ceza hukukunda da tam olarak açık değildir. Bir taraftan, anayasanın 169. maddesi kanunilik ilkesini düzenlerken öte yandan, anayasanın 167. maddesi, hâkimin önüne getirilen olaya uygulanacak yasa bulamazsa, otoriter İslam kaynakları ve fetvalar temelinde karar vermesinin yolunu açmaktadır. Bu durum İranlı hukukçular arasında çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Silvia Tellenbach, "Iran", *The Handbook Of Comparative Criminal Law*, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.255.

edilmemektedir.²⁷⁵ Gene de ölüm cezasını gerektiren eylemleri sınırlandırarak infazını padişahın onayına bağlayan bu kanun, keyfilikten hukukiliğe, kanunsuzluktan kanuniliğe geçişi ifade eden bir sürecin ilk ve en önemli adımlarından birini oluşturmaktadır.

1840 tarihli kanun, bünyesinde barındırdığı ciddi eksikliklerden dolayı zaman zaman birtakım değişikliklere tabi tutulmuş ancak istenilen sonuçların elde edilememesi üzerine yeni bir kanun ihtiyacı ortaya çıkarmıştır.²⁷⁶ Önceki kanunda yer alan bazı suçların cezalarının bulunmaması ve yapılan değişikliklerin bir araya toplanması amacıyla düzenlenen 1851 tarihli Kanun-u Cedit, amaçlanan bu hedefleri gerçekleştirememiştir. Kanunda iştirak, tekerrür gibi konuların ele alınmasına ve yeni suç tiplerinin eklenmesine rağmen, bazı suçlar bakımından cezayı belirleme noktasında hâkime takdir yetkisi verilmiştir.²⁷⁷ Dolayısıyla eksikleri gidermek için öngörülen ancak 1840 tarihli kanunun eksiklerini tekrarlayan bu kanun, 1858 yılında yürürlüğe giren yeni bir ceza kanunu ile ilga edilmiştir. 1858 yılında yürürlüğe giren ve “Ceza Kanunname-i Hümayunu”, Tanzimat Fermanında yer alan güvencelerin gayrimüslimler bakımından genişletilmesi ve batılılaşma saikleriyle ele alınan 1856 tarihli Islahat Fermanına dayanmaktadır. Bu itibarla 1840 ve 1851 tarihinde yürürlüğe giren kanunlardan oldukça farklı nitelikte olan bu kanun, 1810 tarihli Napolyon Ceza Kanunu’ndan tercüme edilmiştir. İslam ceza hukukunda yer alan kurallara da yer veren bu kanun, yargılama bakımından ikili bir sonuç ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Buna göre kanunda yer alan şeriat hükümleri için şeriye mahkemelerine, bat kökenli kuralların uygulanmasına ilişkin olarak ise nizamiye mahkemelerine başvurulması öngörülmüştür. Hukuk birliğini bozan bu durum en ağır cezayı öngören kararın uygulanması yoluyla çözümlenmeye çalışılmıştır.²⁷⁸ İlk modern ceza kanunu olma sıfatını hak eden bu kanun, aydınlanma düşüncesinin bir eseri olan orijinine büyük oranda bağlı kalmıştır. Nitekim suç teorisine ilişkin genel hükümlerin varlığı yanında, kanunilik, şahsılık, orantılılık gibi aydınlanma kökenli

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, s.162; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.99; Centel/Zafer/Çakmut, s.33.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.124; Soyaslan, s.87; Candan, s.80.

²⁷⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s.34; Akgündüz, s.8. Ayrıca bu kanunda müddetsiz hüküm kurumuna yer verilmiştir. Bugünkü kadar gelişmemiş olmakla beraber, hâkime tehlikelilik hali sona erene ve ıslah olana kadar sanığı hapisanede tutma imkânı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.127-128.

²⁷⁸ Demirbaş, s.96.

temel ilkelere yer verilmiştir. Dolayısıyla 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunları, Tanzimat dönemi öncesi Osmanlı ceza kanunnamelerine benzemekte iken, 1858 tarihli Ceza Kanunu, batı hukuk anlayışını ülkemizde temsil eden ilk kanun olması bakımından öncü bir işlev görmüştür.²⁷⁹

Osmanlı imparatorluğunun kaçınılmaz sondan kurtulması için yenilik getirilmek istenen diğer bir alan ise yönetim sistemidir. Padişahın yetkilerinin kurulacak bir meclisle sınırlandırılması yönündeki düşünce akımı, 1876 yılında tohumlarını vererek ilk anayasa olarak kabul edilen Kanun-u Esasi'nin ilan edilmesini sağlamıştır. Bu anayasayla beraber ikili bir meclis yapısı öngörülmesine rağmen yetki konusunda ağırlık padişaha verilmiştir.²⁸⁰ Dolayısıyla Kanun-u Esasi, batılı örneklerine tam anlamıyla uygun olan bir yönetim biçimi kuramamıştır. Yönetim alanındaki başarısızlığına rağmen işkenceyi yasaklaması, yargılamaların aleni ve bağımsızlığını öngörmesi, kanuni hâkim güvencesi tanınması, kamulaştırmanın bedelsiz yapılamayacağını belirtmesi, konut dokunulmazlığını tanınması, kanun önünde eşitlik öngörmesi, vergilerin ve suçların kanuniliğini kabul etmesi, hukuk alanında olumlu bir yargıya varmamızı sağlayacak niteliktedir. Bu itibarla, anayasa, hukuk alanında benimsediği esaslar itibarıyla müspet bir intiba bırakmaktadır. Ancak padişaha tanınan yetkilerde göz önüne alındığında, güvence teşkil etmek için ele alınan bu anayasanın bizatihi kendisinin güvencesi olmadığı görülecektir. Her ne kadar 1909 tarihinde yapılan değişikliklerle padişahın yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmış olsa da anayasa, ülkenin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle uygulanma kabiliyetini yitirerek yerini cumhuriyetçi bir düzene bırakmıştır.

b. Cumhuriyet Dönemindeki Gelişim

Kapıya dayanan II. Dünya Savaşı ve meşruiyetini kaybetmiş bir hükümetle mücadele etmek için kurulan TBMM, bu mücadelenin ilkelerini 1921 tarihli

²⁷⁹ Akgündüz, s.14.

²⁸⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.26. Padişaha tanınan geniş yetkiler nedeniyle kanunilik ilkesinin fiilen yürürlükte olamayacağını belirten görüş için bkz: Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1. Kitap, 4. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2005, s.80.

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda somutlaştırmıştır. Henüz 1876 tarihli Kanun-u Esasi ilga edilmemiş olduğu için kısa olarak ele alınan ve diğer birçok konu yanında ceza hukukuna ilişkin hüküm de içermeyen bu kanun Osmanlı için yeni bir düzenin habercisi olmuştur. Nitekim kanun, asli bir iktidar tarafından hazırlanması ve içerdği konular itibariyle Türkiye'nin ilk anayasası olarak kabul edilmiştir.

Ülkenin içinde bulunduğu mevcut durum nedeniyle önceliği teşkil eden bağımsızlık savaşının zaferle sonuçlanmasından sonra 1921 tarihli kanunda ipuçları yer alan yeni düzen, hukuken ve fiilen kurulmaya başlanmıştır. Öncelikle 1923 tarihli anayasa değişikliğiyle cumhuriyet ilan edilmiş ve parlamenter hükümet sistemine yaklaşan bir sistem kurulmuştur.²⁸¹ Ancak yeni bir devletin kurulmasına temel oluşturmak bakımından yetersiz olan bu anayasa 1924 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. 1924 tarihinde yürürlüğe giren yeni anayasayla birlikte yeni bir devlet ve hukuk sistemi kurulmak istenmiştir. Zira cumhuriyetin ve laikliğin benimsenmesiyle dini esaslara dayanan tüm kurumların özellikle hukuk sisteminin değiştirilmesi bir zorunluluk teşkil etmiştir. Böylece 1924 Anayasası ile birlikte dini hukuk sistemi terk edilerek laik bir hukuk sistemi kabul edilmiştir. Bununla birlikte cumhuriyetin kuruluşuna kadar varlığını sürdürmüş olan dini kökenli ceza kuralları kaldırılarak yeni bir ceza kanununun yapımına başlanmıştır. Ancak hem şekil hem içerik bakımından yeni bir kanun yapılması oldukça zaman alacağı ve yeni bir ceza kanununa ivedi bir ihtiyaç söz konusu olduğu için 1889 tarihli İtalyan Kanunu'nun tercümesi üzerinden bu çalışmalar yürütülmüştür. Bu çalışmalar sırasında tercüme metni üzerinde birtakım değişiklikler yapılmış ve 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunundan bazı hükümler aktarılmıştır.²⁸² Meclis aşamasında da ciddi ölçüde tadil gören metin 1926 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu adı altında kanunlaştırılmıştır.²⁸³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu üç bölüme ayrılarak birinci bölümde genel hükümleri, ikinci bölümde cürümleri ve son bölümünde ise kabahatleri düzenlemiştir. Bu bakımdan eski ceza kanunundaki suçlar, cürüm ve

²⁸¹ Özbudun, s.30.

²⁸² Centel/Zafer/Çakmut, s.35; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.100.

²⁸³ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.134.

kabahat olarak ikili bir ayırım çerçevesinde şekillendirilmiştir. Kanunun 1. maddesi²⁸⁴ cezalar yönünden kanunilik ilkesini kabul ederken 2.madde²⁸⁵, cürüm ve kabahatler yönünden de kanunilik ilkesinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Bununla birlikte gene 2.madde de geriye yürümezlik kuralına yer verilerek failin lehinde olan kanunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Buna göre kanunun cürüm ve kabahat olarak nitelendirmediği bir fiil için kimseye ceza verilmeyeceği gibi kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla 765 sayılı TCK’da kanunilik ilkesine ve kıyas yasağı dışındaki tüm alt prensiplere yer verilmiş bulunmaktadır.

Cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği zamandan itibaren birçok değişikliğe tabi tutulmuş ve kendi içinde bütünlüğünü yitirmiştir. Bununla birlikte ceza hukukundaki gelişmelerin de gerisinde kalan bu kanun yeni bir ceza kanunu hazırlanması ihtiyacı hissettirmiştir. Bu amaçla 2004 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilerek 2005 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur.²⁸⁶ 765 sayılı TCK’da yer verilen cürüm ve kabahat ayırımını kaldırarak yeni kanun, hem suç hem de cezada kanunilik ilkesini 2.maddesinde²⁸⁷ toplayarak ilkeyi bütünleştirmiştir. Ayrıca suçlar ve cezalar dışında güvenlik tedbirleri açısından da ilkenin uygulama alanı bulacağı belirtilerek ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasaklanarak ilkenin güvence sınırları genişletilmiştir. 765 sayılı TCK’dan farklı olarak kıyas yasağına da yer veren 5237 sayılı kanun ilkeyi tüm boyutlarıyla açık bir biçimde kabul etmiştir.

²⁸⁴ İlgili kanunun 1. Maddesi şu şekildedir: “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılamaz.”.

²⁸⁵ Aynı kanunun 2.maddesi ise “İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz. Eğer böyle bir ceza hüküm olunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.” şeklinde ele alınmıştır.

²⁸⁶ 2005 tarihinde yürürlüğe giren kanunun eleştirisi için bkz: Özbek/Doğan/Bacaksız, s.100; Centel/Zafer/Çakmut, s.39-40.

²⁸⁷ 5237 sayılı TCK’nun 2.maddesi şu şekildedir: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”.

Tazminat döneminde ve cumhuriyetin kuruluş aşamasında çeşitli hukuki metinlerde düzenlenmiş olan bu ilke, yukarıda sayılan hukuki metinler dışında 1961 ve 1982 Anayasalarında da vazgeçilemez ve taviz verilemez bir ilke olarak yer almaya devam etmiştir. 1961 Anayasası'nın 33.maddesinde²⁸⁸ kanunilik ilkesine, 765 sayılı kanunla benzer ifadelerle yer verilmiştir. Ayrıca 1961 tarihli anayasa metninde tedbirler de kanunilik ilkesinin kapsamına sokularak, 765 sayılı kanuna göre güvence artırılmıştır. Bununla birlikte bu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla kanunilik ilkesi de güvenceye kavuşturularak işlevselleştirilmiştir. Dolayısıyla ilkenin işlevsel olarak Türk hukuk metinlerinde ilk yer alışının 1961 Anayasası ile gerçekleştiği söylenebilir. Ancak ilkenin en geniş çerçevede güvence oluşturduğu metin, 1982 Anayasası olmuştur. Kanunilik ilkesinin düzenlenmiş olduğu 38.maddede²⁸⁹ ilkenin güvencesi, zamanaşımı ve ceza mahkûmiyetinin sonuçlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bununla birlikte 1982 Anayasası ile birlikte tam olarak kuramsallaşan insan hakları kavramı, ilkenin ihlal edilmesi önündeki en güçlü engeli oluşturmuştur.

Netice itibariyle cumhuriyet döneminde, hukuk sahasında sadece şekil bakımından değil içerik bakımından da batılı kanun yapma tarzı benimsenmiştir. Bu itibarla dönemin anayasa ve kanunları sistematik, hukuki, laik ve sosyal bir yapıya kavuşturularak aydınlanma düşüncesini yakalayabilmiştir. Özellikle aydınlanma kökenli ilkelere yer veren bu metinler, devletin sınırlanması ve bireylerin korunması için yeni düzen ve sistemler kurarak Türkiye'nin hukuki ve kanuni bir devlet olma sürecini hızlandırmıştır. Elbette bu sürece ivme kazandıran unsurlardan birini, kökenini 18.yy aydınlanmasında bulan kanunilik ilkesi oluşturmuştur. İlkenin hukuki metinlerce kabul edilmesi, devletin meşruiyetini sağlamlaştırdığı gibi hukuk devleti ilkesini de güçlendirmiştir.

²⁸⁸ 33.maddenin ilkeye ilişkin kısımları şu şekildedir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”.

²⁸⁹ Anayasamızın 38.maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”.

C. Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi

1. Kanunilik İlkesinin Anlamı ve Hukuki Değeri

Cezalandırmanın sadece bir hak olarak görüldüğü dönemlerde, kamu düzenini bozan ve sekteye uğratan fiillere karşı devletlerin elinde bulundurduğu en büyük silah ceza hukuku olmuştur. Tarih boyunca yaşanan olayların gösterdiği üzere bu silah, doğru bir şekilde kullanılırsa hakları en koruyucu, yanlış bir şekilde kullanılır ise en ihlal edici araç haline dönüşebilmektedir. Toplumların ortaya çıkması ile birlikte cezalandırma yetkisi, bu silahı yanlış şekilde kullanan egemenin bir uzantısı olarak sert ve zalim bir şekilde kullanılmıştır. Ancak zaman içinde insanın zihinsel ve toplumsal olarak olgunlaşması, hak olarak görülen ve kullanılan cezalandırmanın, esasında toplum tarafından devletlere verilmiş bir yetki olarak değerlendirilmesine sebep olmuştur.²⁹⁰ Cezalandırma hakkı ile cezalandırılma yetkisi arasında yapılan bu ayırım merkezi otoritenin sınırlanması bakımından önemli sonuçlar doğurmuştur. Bu değişimin ortaya çıkardığı en büyük sonuç, devletlerin en büyük silahı olan ceza hukukunun, devletin hukuki olarak sınırlanmasında bir araç haline dönüşmesi olmuştur.²⁹¹ Keyfiliğin sınırlandırıldığı ve cezalandırmanın bir yetki olarak değerlendirilmeye başlandığı bu dönüşüm sürecinde, kanunilik ilkesinin merkezi bir yeri bulunmaktadır.²⁹² İlke, devletin cezalandırma hakkını meşrulaştıran bir işlev gördüğü gibi vatandaş ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenleme noktasında temel bir yapı teşkil etmiştir.²⁹³ Nitekim ceza hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketleri ile temel hak ve özgürlüklerin gelişimi paralel bir süreç içinde gerçekleşmiştir.²⁹⁴

Aydınlanma düşüncesinin en büyük eserlerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi bir eylemin, icra edildiği zaman yürürlükte ve yeterince açık olan bir hukuk kuralı tarafından suç olarak kabul edilmesi halinde cezalandırılmasına olanak

²⁹⁰Veysel Dinler, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2013, s.47.

²⁹¹Franz von Liszt, "The Rationale for the Nullum Crimen Principle", **Journal of International Criminal Justice**, C:5, S:4, 2007, s.1009.

²⁹²Lindsay Farmer, Punishment in Rule of Law, https://www.academia.edu/37247629/Punishment_in_the_Rule_of_Law1 Erişim Tarihi: 25.10.2019- 16:30, s.1.

²⁹³Farmer, s.4.

²⁹⁴Turinay, s.68.

tanıyan bir ilkedir.²⁹⁵ Başka bir ifadeyle kanunilik ilkesi, hukuk kurallarını ihlal eden fiilin ve cezasının önceden bildirilmemesi halinde kişinin cezalandırılmaması ve yargılanamaması anlamını taşımaktadır. Kişiler, ceza hukukunu ihlal etme riskiyle karşı karşıya olduğu konusunda uyarılma hakkına sahiptir.²⁹⁶ Bu nedenle egemen gücün cezalandırmaya ilişkin yetkisi önceden düzenlenmiş ve ilan edilmiş kurallar ile sınırlanmaktadır.²⁹⁷ İlke gereğince hangi eylemin suç teşkil edeceği ve karşılığında hangi cezanın uygulanacağı kanunlar aracılığıyla yeterince öngörülebilir ve ulaşılabilir şekilde düzenlenmelidir. Bir suç tanımının kanunda yapılması normun muhatabına hukuka aykırı alanı göstermekte ve bu durum aynı zamanda hukuka uygun davranış alanını da kendisine sunmaktadır.²⁹⁸ Ancak bu sayede kişilerin sınırlarını öngörmesi ve bu sınırları aşınca karşılaşacakları sonuçlar bakımından değerlendirme yapması mümkündür. Bu sebeple devletin keyfiliğine karşı kanunilik ilkesi önemli bir koruma sağlamakta ve bireylere haklarını kullanma konusunda öngörülebilirlik ve hesap yapılabilirlik sağlamaktadır.²⁹⁹ Kanunilik ilkesi ile devletlere aşmaması gereken bir çizgi çizilirken kişilere de çizilen bu çizgi içerisinde özgürce hareket edebilme olanağı tanınmaktadır. Böylece ceza hukukunun toplum düzenini koruma amacı ile toplumu oluşturan kişileri koruma amacı bağdaştırılabilmektedir.³⁰⁰ Bu itibarla devletin yıkıcı güçlerine karşı kanunilik ilkesinin koruyucu bir işlev gördüğü kabul edilmektedir. Bu doğrultuda kanunilik ilkesi, ceza hukukuna güvence fonksiyonu sağlayan bir ilke olarak değerlendirilmektedir.³⁰¹

Aydınlanma dönemiyle birlikte, devletlerin sahip olduğu üstün kudretin sınırlanmasında kanunlar ve kanunilik ilkesi önemli bir rol oynamıştır. Bu bakımdan böyle bir dönüşümü olanaklı kılan kanunilik ilkesinin, sadece ceza hukuku

²⁹⁵ Claus Kreß, “Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege”, **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Ed: in Rüdiger Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, s.1.

²⁹⁶ Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev: Zeynel T. Kangal, **İÜHFİM**, C:61, S:1-2, 2003, s.450.

²⁹⁷ Harvey, s.492.

²⁹⁸ Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD**, Yıl:17, S:6, 2011, s.67.

²⁹⁹ Kreß, s.2.

³⁰⁰ Dönmezer/Erman, s.21.

³⁰¹ İçel/Donay, s.74-75; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.147; Demirbaş, s.112; İlhan Üzülmmez/Mahmut Koca, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.55.

bakımından değil hukuk devleti kavramı açısından da önem taşıdığı şüphesizdir. Bir hukuk devletinden bahsedilebilmesi için suçun işlenmesini önleyici uygun metod ve araçların gösterilmesi ile yetinilmemesi gerekir. Ayrıca vatandaşın devletin keyfi müdahalelerinden koruyabilmek adına cezalandırma yetkisine sınırlandırmalar getirilmesi de gerekmektedir.³⁰² İşte bu amaçla ceza hukukunda benimsenen en temel değer kanunilik ilkesidir. Bu ilke sayesinde kişilerin keyfiliğe karşı korunması söz konusu olduğu gibi devletlerin kendi koyduğu kanunlara riayet etmesi de sağlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesini, ceza hukukunda somutlaştıran ve işlevselleştiren kanunilik ilkesidir. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin, Hukuk Devleti ilkesinin özünü oluşturduğu belirtilmektedir.³⁰³ Gerçekten de ceza hukuku devlet gücünün en çarpıcı anlatımı olduğundan, kanunilik ilkesi, Hukuk Devletine uygunluğun bir garantisi olarak değerlendirilebilecektir.³⁰⁴ Ancak Hukuk Devleti ile kanunilik ilkesi arasındaki bu ilişki tek yönlü değildir. Hukuk devleti kanunilik ilkesinden beslendiği gibi kanunilik ilkesi de Hukuk Devleti ilkesinden beslenmelidir. Kanunilik ilkesinin değiştirilemeyen bir güvence olarak hukuk devleti ilkesine dayandırılması gerekmektedir.³⁰⁵ Birbirini besleyen bu ilkeler, ceza hukuku sistemleri bakımından önemli bir meşruiyet kaynağıdır.

İnsanın insan tarafından mahkûm edilmemesi için icat edilen³⁰⁶ kanunilik ilkesi Hukuk Devletine ait değerleri koruduğu gibi demokratik meşruiyeti güçlendirerek devletleri kuvvetler ayrılığını benimsemeye sevk etmektedir.³⁰⁷ Kanunilik ilkesi, ceza hukuku alanında yasama ve yargı organlarına duyulan güvensizliğin bir yansıması olarak tarih sahnesine çıkmış ve bu kuvvetlerin birbirinden ayrılmasını

³⁰²Üzülmez/Koca, s.55; Kangal, s.62.

³⁰³Hall, Nulla Poena Sine Lege, s.182; Kangal, s.61; Dursun, Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, s.503. Başka bir görüş, kanunilik ilkesini ve hukuk devletini birbiriyle aynı doğrultuda ayrı ilkeler olarak değil biri diğeri içinde yer alan iç içe geçmiş iki prensip olarak konumlandırmanın daha doğru olacağını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Turinay, s.55. AİHM de kanunilik ilkesinin hukuk devletinin temel bir unsuru olduğunu düşünmektedir. İlgili kararlar için bkz: G.I.E.M S.R.L and Others v İtalya, Başvuru No: 828/06, 34163/07, 19029/11-28.06.2018; Rohlena v Czech Republic, Başvuru No: 59552/08-27.01.2015; Öcalan v Türkiye (No:2), Başvuru No: 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07–18.05.2014; Del Rio Prada v Spain, Başvuru No: 2750/09-21.10.2013.

³⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.65.

³⁰⁵Winfred Hassamer/Henning Radtke/Matthias Jahn/Christian Jager, “Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, **CHD**, Yıl:17, S.6, 2011, s.208.

³⁰⁶ Turinay, s.78.

³⁰⁷ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.14; Shaack, s.101.

sağlayarak rolünü oynamıştır. Bu bakımdan ilke, kuvvetler arasında yapılacak ayrımında ve bu ayrımın korunmasında önemli bir işlev görmektedir. Kanunilik ilkesi gereğince halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından kanun çıkarılması, yürütme organı tarafından bu kanunlara göre eylem ve işlem icra edilmesi ve yargı organı tarafından bu kanunlara göre yargılama yapılması gerekmektedir. Bu nedenle her organ kendisine çizilen bu sınırlar içerisinde hareket etmeli ne yürütme organı kanun koyucunun yerine geçerek yeni suç ve ceza yaratabilmeli ne de yargı organı yasama organı yerine geçerek kanunda yer almayan suç ve cezaya hükmedebilmelidir. Böylece devletin bireye nispeten üstün kudreti parçalanmış ve farklı organlara dağıtılmış olacaktır.³⁰⁸ Kanunilik ilkesi bireyleri koruyacak bir mekanizma kurmakla beraber bu mekanizma ile devletin ve adaletin çıkarlarına da hizmet etmektedir. Kanunilik ilkesi en başta vatandaşlarının haklarını korumak için var olduğu kabul edilen devletlere, meşruluk zemini sağlamaktadır. Ayrıca devletlerin korumaya çalıştığı düzene şeffaflık ve işlevsellik kazandıracak olan da kanunilik ilkesidir.³⁰⁹ Zira devlet tarafından bir düzenin kurulabilmesi ve sürdürülebilmesi bu düzenin ne kadar sağlam ve işlevsel kurulduğuyla ilişkilidir. Kanunilik ilkesi ile yargının birliği ve stabilitesi sağlanacak böylece yargısal otoritenin şeffaflığı söz konusu olabilecektir.³¹⁰ Belirtmek gerekirken kanunilik ilkesi, eşitlik ilkesinin uygulamada gerçekleşebilmesi ve eşit şekilde muameleyi sağlaması bakımından da önemli katkıları bulunan bir ilkedir. Suç ve cezaların eylem icra edilmeden önce düzenlenmesi, bu eylemi işleyecek kişinin özelliklerinin de göz ardı edilmesini gerektirmektedir. Bu ilke sayesinde kişiler kim olduklarına bakılmaksızın sırf eylemleri dolayısıyla cezalandırılabilirler.³¹¹ Dolayısıyla söz konusu ilke herkesin uygulanan kurallara tabi olmasını gerektirmektedir.³¹² Bu bakımdan kanunilik ilkesi, sadece ceza hukuku alanında değil anayasal bir alanda da temel değerleri koruyucu ve destekleyici bir işlev görmektedir. Hatta ilkenin anayasal niteliği öyle açıktır ki, kanunilik ilkesinin öncelikle anayasal kökeni oluşturan

³⁰⁸ Turinay, s.71.

³⁰⁹ Glaser, s.35.

³¹⁰ Iulia Crisan, "The Principles of Legality "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege" and Their Role", *Effectius Newsletter*, S: 5, s.2.

³¹¹ Francis A. Allen, *Habits of Legality: Criminal Justice and the Rule of the Law*, New York, Oxford University Press, 1996, s.15.

³¹² Harvey, s.492, Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C:1, 9.Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s.83.

kaidelerden biri olarak kabul edildiği daha sonrasında ceza hukukunun temel ilkesi haline geldiği belirtilmiştir.³¹³

Devletlere hukuki sınırlamalar getirmek yanında kanunilik ilkesinin maddi ceza hukuku için de önemli yansımaları söz konusudur. Suç ve cezaların kanunlarla belirlenmesi gerekliliği, ceza hukukunda kanunu kaynak olarak asli ve birincil bir pozisyona taşımış ve kanun dışındaki diğer kaynakları büyük oranda dışlamıştır. Buna göre suç ve cezaya ilişkin hükümler içeren her kanun, Türk Ceza Hukuku'nun doğrudan bir kaynağıdır.³¹⁴ Bunun dışında kalan kaynaklar ise ilgili olduğu ölçüde ve belirli sınırlar dâhilinde ceza hukukunda kaynaklık görevi görebilmektedir. Başka bir ifadeyle bu kaynaklar ancak kanun koyucunun iradesiyle bunlara değer verilmesi halinde anlam taşımaktadırlar.³¹⁵ Dolayısıyla ceza hukukunun esasını yalnız kanun oluşturmaktadır.³¹⁶ İlkenin maddi ceza hukuku bakımından öneme sahip olduğu konulardan biri de cezalandırmanın amacına ilişkindir. Bundan yüzyıllar önce Feuerbach tarafından da belirtildiği gibi ceza hukukunun caydırıcı olabilmesi, suç ve ceza içeren kuralların açık bir şekilde düzenlenerek normun muhatabı olan kişilerin bilgisine, eylem icra edilmeden sunulması ile mümkündür. Böyle bir bilginin yokluğunda, kişilerin işleyecekleri suç dolayısıyla infaz edilecek cezadan çekinmeleri söz konusu olamayacaktır. Maddi ceza hukuku bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir mesele ise kusurluluk prensibidir. Bilindiği üzere Türk hukukunda kusur, hukuka uygun hareket imkânına sahip olmasına rağmen hukuka uygun davranışı seçmeyen kişinin hukuken kınanabilir olmasını ifade etmektedir.³¹⁷ Kişinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için kusurlu bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde eylem hukuka aykırı olarak kabul edilmekle beraber

³¹³ Turinay, s.116.

³¹⁴ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.146.

³¹⁵ Demirbaş, s.97.

³¹⁶ Faruk Erem/Mehmet Emin Artuk/Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.92.

³¹⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.392; Hakeri, s.381; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.351; Üzülmüş/Koca, s.307; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.570. Bu noktada ifade etmek gerekir ki Türk doktrininde kusuru, fail ile fiil arasında kurulan sübjektif bir bağ olarak algılayan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüş neticesinde kusur, suçun manevi unsuru ile özdeşleştirilmektedir. Bu görüşte olan yazarlar için bkz: Nevzat Toroslu/ Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.201; Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2019, s.240; Önder, s.267; Soyaslan, s.428; Centel/Zafer/Çakmut, s.398.

kusurlu olarak değerlendirilemeyeceğinden cezai sorumluluğa yol açmamaktadır. Kişinin kınanabilmesi için ise öncelikle hareketlerini düzenleme imkânına sahip olması gerekmektedir. Bu imkânın kişilere tanınması ise önceden açık bir şekilde belirlenmiş yazılı kurallar ile mümkün olmaktadır. Kanunilik ilkesi ise hem eylem icra edilmeden önce belirlenmiş kuralların varlığını hem de bu kuralların açıklığını gerektirdiğinden, yapılacak kusurluluk değerlendirmesinin adeta temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin kabul edilmediği bir sistemde kusurluluk prensibinin de uygulama alanı bulması mümkün değildir.

Görüldüğü üzere kanunilik ilkesi hukuki güvenlik, hukuk devleti, kanun önünde eşitlik, adalet, istikrar gibi birçok değerle yakın ilişki içerisinde.³¹⁸ Bu itibarla kanunilik ilkesinin çağdaş ceza kanuna özgür bir ilke olmaktan çıkarak çağdaş kamu hukukunun bir ilkesi haline geldiği belirtilmiştir.³¹⁹ Ancak bu görüşün günümüz itibarıyla eksik bir söylem olduğu kabul edilmelidir. Kanunilik ilkesi kamu hukukuna ilişkin önemli bir ilke olmakla beraber artık bir insan hakkı olarak değerlendirilmelidir. Kanunun suç ve cezayı nasıl ve ne şekilde düzenlemesi gerektiği hak ve özgürlük kavramları ile doğrudan bağlantılıdır.³²⁰ Nitekim bu bağlantıyı göz önüne alan bazı yazarlar ceza hukukunda insanileştirmenin, kanunilik ilkesi sayesinde gerçekleştiğini belirtmiştir.³²¹ Bu bakımdan kanunilik ilkesinin bir insan hakkı olarak kabulü, insanlar için arz ettiği önemi ise en üst seviyeye taşımaktadır. Ancak özellikle ülkemizde kanunilik ilkesi bir insan hakkı olmaktan ziyade diğer hakların güvencesini sağlayan bir koruma mekanizması olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu durum, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel hakların, insan yaşamı ve vücut bütünlüğü ile somut ve açık bir şekilde kurduğu bağın, kanunilik ilkesi söz konusu olduğunda daha az görünür olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlantının daha az görünür olması ilkenin sadece güvence teşkil eden bir pozisyona indirgenmesine sebep olmamalıdır. Kanunilik ilkenin güvence işlevinin yanında koruyucu bir işlevi de bulunmaktadır. Nasıl her hak temellendirildiği değeri işlevsel hale getirme ve koruma amacı güdüyorsa kanunilik

³¹⁸ Hall, Nullum Crimen Sine Lege, s.182.

³¹⁹ Dönmezer/Erman, s.26.

³²⁰ Turinay, s.121.

³²¹ Erem/Danışman/Artuk, s.114; Turinay, s.117.

ilkesinin de bir insan hakkı olarak belli değerler üzerinde temellendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce ilke ile bağıntı içinde olan bu değer irade özgürlüğüdür.³²² Kanunilik ilkesi, irade özgürlüğüne duyulan saygının bir ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, özgür irade prensibine göre suç işlemeyi seçmemiş kimseye ceza uygulanması mümkün değildir. Özgür irade yasaklanan ile izin verilen davranış arasındaki tercihe dayanmaktadır. Bu nedenle tam olarak özgür bir iradeden bahsedebilmek için, yasaklanan ile izin verilen arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesi gerekmektedir. İrade özgürlüğü ancak suç yaratan ceza normlarının fiil tarihinde bilinebilir olması ve kişinin bu doğrultuda hareketlerini yönlendirebilmesi halinde dikkate alınabilir.³²³ Bu bakımdan izin verilen ile verilmeyen arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesi irade özgürlüğünün söz konusu olabilmesi bakımından zorunluluk teşkil etmektedir. Kanunilik ilkesi ise bu zorunluluğu güvence altına alarak irade özgürlüğünü korumaktadır. Söz konusu ilke, suç ve cezaların eylem icra edilmeden önce düzenlenmesini ve bu düzenlemenin kişilerce yeterince öngörülebilir açıklıkta olmasını gerektirmektedir. Böylece kişilere davranışlarını kanunun gerekliliklerine uyarlayarak, cezai yaptırımlardan kaçınma fırsatı sağlanmaktadır.³²⁴ Bu nedenle kanunilik ilkesi, güvence teşkil etmesi yanında irade özgürlüğünü koruyucu bir işlev de görmektedir. Bununla birlikte ilkenin, insan onurunu da koruyucu bir niteliğe sahip olduğu belirtilmelidir. İrade özgürlüğü insanı diğer canlılardan ayıran temel hususlardan biri olması sebebiyle insanın özel bir yerde konumlandırılmasını sağlayan insan onuru kavramına sıkı bir şekilde bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi söz konusu olduğu zaman bu değerlerle olan yakın ilişkisi de göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Aksi

³²²Bu görüşü Gabriel Hallevy'in ifade ettiği hukuk teorisiyle de desteklemek mümkündür. Düşünürün benimsediği hukuk teorisine göre ceza hukukunun yapısı içerisinde en üst seviyede bulunan temel bir prensip (supra principle) bulunmaktadır. Bu temel prensipten ceza hukukunun temel ilkeleri türemekte ve bu temel ilkelerden ise ikincil prensipler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu ilkeler birbiriyle hiyerarşik bir bağıntı içinde bulunmaktadır. Düşünüre göre ceza hukukunun supra prensibi insanların özgür iradesinin mevcut olmasıdır. Kanunilik ilkesi ise kusur ilkesi, şahsılık ilkesi ile birlikte bu supra prensipten türeyen temel ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir. Konuya ilişkin bilgi için bkz: Gabriel Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Heidelberg, Springer, 2010. Kanunilik ilkesinin sadece hukuk devleti ile değil insanın otonomluğuyla ilişkilendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz: Dubber, *The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History*, s.9.

³²³Tuğrul Katoğlu, *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.89.

³²⁴Allen, s.15.

takdirde kişinin davranışlarına hâkim olabilme iktidarı yok sayılmış olacaktır.³²⁵ Ayrıca ilkenin bu değerlerle olan ilişkisi göz önüne alınmadan yapılacak yorum, ilkenin salt bir güvence mekanizması olarak taviz verilebilir nitelikte algılanmasına yol açabilecektir. Günümüzde çeşitli sebeplere binaen kanunilik ilkesini bölme, parçalama ve aşındırma çabaları bu sınırlı bakış açısından kaynaklanmaktadır.

2. AİHM İçtihatlarında Kanunilik İlkesi

AİHM'nin 7.maddesinde, kimsenin işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı gibi daha ağır bir cezaya da çarptırılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümle, keyfî yargılama, hüküm giyme ve cezalandırmalara karşı bireylere etkin bir koruma sağlamak amaçlanmaktadır.³²⁶ Dolayısıyla kanunilik ilkesi, suç ve ceza içeren hükümlere ilişkin bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, AİHM'nin 7.maddesinde güvenceye bağlanan kanunilik ilkesi, ancak suç ve ceza içeren yahut suç ve cezaya eş yaptırımlar içeren hükümler için uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple usul hukuku, infaz hukuku gibi suç ve ceza içermediği düşünülen alanlar, söz konusu maddenin uygulama alanı dışında bırakılmaktadır. Ancak her somut olay bakımından bir inceleme yapan AİHM, farklı alanlara dâhil edilmekle birlikte uygulanan cezanın şiddetini etkileyen hükümleri, ceza hukukuna dâhil kabul etmekte ve 7.maddenin kapsamına sokabilmektedir. Konuya ilişkin klasik örneklerden birini *Scoppola/İtalya No:2*³²⁷ kararı oluşturmaktadır. Karara konu olayda karısını öldürmekten ve oğlunu yaralamaktan yargılanan başvuran hakkında Ceza Yargılaması Usulü Kanunu'na göre 30 yıl olarak uygulanması gereken müebbet hapis cezası, yargılandığı esnada yürürlüğe giren ve müebbet hapis cezasının anlamını ömür boyu gündüz vakti tecrit olarak öngören hükme uygun olarak uygulanmıştır. Mahkeme, iç hukukta usuli bir hüküm olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen söz konusu hükmün, cezanın süresini uzatması nedeniyle esasında bir ceza hukuku hükmü olduğuna karar vermiş ve 7.madde bakımından bir inceleme yapmıştır. Sonuç itibarıyla söz konusu ilkenin iki kavram üzerine kurulu olduğu

³²⁵ Demirbaş, s.115.

³²⁶ *Ilseher v Germany*, Başvuru No: 10211/12 ve 27505/14-04.12.2018.

³²⁷ *Scoppola v Italy*, Başvuru No: 10249/03-17.09.2009.

belirtilmelidir. Bunlar, suç (crime), ceza (penalty) kavramlarıdır. Mahkeme tarafından verilmiş olan kararlar incelendiğinde mahkemenin suç, ceza ve hukuk kavramlarını bağımsız ve kendi kurduğu sistem içinde yorumladığı görülmektedir.³²⁸

Kanunilik ilkesi bakımından suç tanımı, 6.madde bağlamında yapılan suç kavramına ilişkin değerlendirmelere dayandırılmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin 6.maddesinde kullanılan suç isnadı (criminal charge) kavramı ile 7.maddede kullanılan suç (criminal offence) kavramı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.³²⁹ Bu nedenle sözleşmenin 6.maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerin de göz önüne alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, üzerinde ilk durulması gereken karar *Engel ve Diğerleri/Hollanda*³³⁰ kararıdır. Söz konusu kararda, bir hükmün 6.madde kapsamında “suç” olarak değerlendirilebilmesi için gerekli kriterler sayılmış ve belirlenen bu kriterler uygulamada ve birçok kararda Engel kriterleri olarak nitelendirilmiştir.³³¹ Söz konusu kararda suç kavramı, ihlal edici eylemin ulusal hukukta tasnifi, niteliği ve suç karşısında uygulama alanı bulabilecek olası cezanın niteliği ve ağırlığı göz önüne alınarak incelenmiştir. Bu bakımdan 7.madde kapsamında bir hükmün suç teşkil edip etmediği, ihlal edici eylemin ulusal hukukta tasnifi, niteliği ve suç karşısında uygulama alanı bulabilecek olası cezanın niteliği ve ağırlığına bakılarak belirlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, iç hukukta ihlal edici eylem suç olarak nitelenmişse diğer kriterler bakımından ayrı bir inceleme yapılmamaktadır.³³² Nitekim *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall/İzlanda*³³³ kararında İzlanda yüksek mahkemesinin uygulanan para yaptırımını ceza olarak

³²⁸ Murphy, s.193.

³²⁹ Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights, s.6. Konuya ilişkin kararlar için bkz: *Žaja v. Croatia*, Başvuru No: 37462/09 -04/10/2016; *Case of Nadtochiy v. Ukraine*, Başvuru No: 7460/03-15/05/2008; *Jussila v Finland*, Başvuru No: 73053/01-23.11.2006.

³³⁰ *Engels and Others v Netherlands*, Başvuru No: 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72-23.11.1976.

³³¹ Engel kriterlerinin suç kavramını içeren diğer maddeler için de uygulanabilir olduğuna ilişkin kararlar için bkz: *A.v Spain*, Başvuru No: 11885/85-13/10/1986; *Brown v. The United Kingdom*, Başvuru No: 38644/97-24/11/1998; *Société Oxygène Plus v. France*, Başvuru No: 76959/11-17/05/2016.

³³² Mahkemeye göre “non bis in idem” ilkesi bakımından 7 nolu protokolün 4.maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede sadece iç hukuktaki nitelemenin göz önüne alınması doğru değildir. Aksi takdirde hükmün uygulanışının devletlerin takdir yetkisine bırakılmış olacağı ve bu durumun sözleşmenin amacı ile örtüşmeyeceği belirtilmiştir. İlgili kararlar için bkz: *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Başvuru No:14939/03- 10.02.2009; *Tomasovic v. Croatia*, Başvuru No: 53785/09-18.10.2011; *Milenkovic v. Serbia*, Başvuru No:50124/13-01.03.2016.

³³³ *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*, Başvuru No:68273/14, 68271/14-30.10.2018.

kabul ederek yürüttüğü yargılamaya işaret edilerek düzenlemenin yerel hukuka göre suç olarak kabul edildiğine ve diğer kriterler bakımından bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Böyle bir nitelendirme yapılmamışsa, mahkeme ulusal hukuktaki sınıflandırmanın ardına geçerek diğer kriterler bakımından da bir irdeleme yapmaktadır.³³⁴ Yerleşik içtihatlarda belirtildiği üzere eylemin niteliği ve olası cezanın ağırlığı alternatif nitelikte olup kümülatif değildir.³³⁵ Söz konusu eylemin niteliği itibarıyla suç olarak kabul edilebilmesi veya şiddeti gereği suç olması yeterlidir.³³⁶ Ancak ifade etmek gerekir ki mahkeme nezdinde ihlal edici hareketin niteliği daha büyük bir öneme sahiptir. *Jussila/Finlandiya*³³⁷ kararında da açıkça ikinci kriterin daha önemli olduğu ifade edilmiştir.

Bir eylemin suç teşkil edip etmediğine ilişkin eylemin niteliği bakımından yapılan değerlendirmede, mahkeme bazı faktörleri göz önüne almaktadır. Bu kapsamda, düzenlemenin belli bir gruba mı yoksa genele yönelik bir kapsama mı sahip olduğu³³⁸, kuralın cezalandırıcı, caydırıcı ve tedavi edici amaçlardan hangisini taşıdığı, cezalandırma için kişinin suçlu bulunmasının gerekip gerekmediği, diğer üye devletlerde prosedürün ne şekilde nitelendiği, prosedürün zor kullanma yetkisine sahip kamu organlarıyla mı ilerlediği, uygulanacak cezanın toplumun menfaatlerini korumak amacıyla mı uygulandığı gibi bazı hususlar göz önüne alınmaktadır.³³⁹ Konuya ilişkin örnek teşkil eden bazı kararlardan bahsedilecek olursa; *Öztürk/Almanya*³⁴⁰ kararına konu olayda park halindeki araca çarparak zarara sebep olan başvuran hakkında idari suç “*regulatory offence*” kapsamında para cezası verilmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede düzenlemenin caydırıcı amaç

³³⁴Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, s.11.

³³⁵Orlen Lietuva LTD v Lithuania; Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o. v. Slovenia, Başvuru No: 47072/15-23.01.2019; Mariusz Lewandowski v Poland, Başvuru No: 66484/09-03.07.2012; Jussila v Finland, Başvuru No: 73053/01-23.11.2006; Sergey Zolotukhin v. Russia, Başvuru No: 14939/03- 10.02.2009.

³³⁶Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, s.11.

³³⁷Jussila v Finland, Başvuru No: 73053/01-23.11.2006. Aynı değerlendirmenin yapıldığı diğer karar için bkz; Cecchetti v San Marino, Başvuru No: 40174/08-09.04.2013.

³³⁸İfade etmek gerekir ki bu kriter bakımından kişi sayısından ziyade ortak bir menfaat ve amaç uğruna birleşmiş bir grup olması önem taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Edwin Bleichrodt, “No Punishment Without Law”, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Ed: Pieter Van Dijk/ Fried Van Hoof/ Arjen Van Rijn/ Leo Zwaak, 5. Baskı, UK, Intersentia, 2018, s.528.

³³⁹Suçlu belirlemede kullanılan faktörlere ilişkin karar için bkz: Sergey Zolotukhin v. Russia, Başvuru No: 14939/03- 10.02.2009.

³⁴⁰Öztürk v Germany, Başvuru No: 22479/93-28.09.1999.

güttüğünü ve uygulanan yaptırımın sözleşmeye taraf birçok devlette de suç olarak düzenlendiğini belirterek 6.maddenin uygulanabilir olduğuna hükmetmiş ancak uygulanan cezanın şiddeti bakımından bir değerlendirme yapmamıştır. Yeni tarihli *Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o./Slovenya*³⁴¹ kararında ise Engel kriterleri bakımından bir değerlendirme yapılarak rekabeti engelleme 6.madde kapsamında bir suç olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir. Karara konu olayda özel bir medya şirketi olan başvuran hakkında ilgili kanun uyarınca rekabeti engelleme nedeniyle bir süreç başlatılmış ve bu süreç sonunda Rekabeti Koruma Ofisi tarafından başvuranın baskın konumunu kullanarak rekabeti engellediğine ilişkin rapor tanzim edilmiştir. AIHM tarafından yapılan değerlendirmede, rekabetin korunmasına ilişkin yaptırımların toplumun genel menfaatini ilgilendirmesi sebebiyle genellikle ceza hukukuna konu edildiği ancak somut olayda ofisin sadece denetleyici bir fonksiyona sahip olduğu, raporun ise sadece izhari nitelikte olduğu ve şirket üzerinde gerçek bir etkisinin olmadığı, amacın cezalandırmak değil normal piyasa durumunu korumak olduğu belirtilerek 6.madde kapsamında bir suçtan bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir. Engel kriterlerinin sonuncusu olan ihlal edici fiil karşısında uygulanacak cezanın şiddeti bakımından ise başvuran açısından doğacak sonuçlar ve potansiyel maximum ceza göz önüne alınmaktadır. Ancak iç hukukta ceza olarak nitelendirilmeyen birçok yaptırımın kişi üzerinde ciddi sonuçlar doğurduğunu belirten AIHM, olası cezanın şiddetine ilişkin kriteri tek başına belirleyici bir faktör olarak kabul etmemektedir.³⁴² Konuya ilişkin örnek verilebilecek *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*³⁴³ kararına konu olayda, başvuran hakkında hapisshanede isyan çıkarmaktan ve görevlilere şiddet uygulamaktan dolayı sırasıyla ceza indiriminden 450 ve 120 günlük bir azaltma yapılmasına ve bazı ayrıcalıklardan belli süre yoksun bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkeme özellikle olası cezanın şiddeti bakımından bir inceleme yapmış ve yaptırım ile toplamda ceza indiriminden 570 gün kaybına yol açıldığı ve başvuranın 91 gün belli haklarını kullanmaktan yoksun bırakıldığını saptamıştır. Bu bağlamda mahkeme, yaptırımın başvuran açısından ciddi sonuçları olduğuna kanaat getirerek başvurana isnat edilen eylemin

³⁴¹Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o. v. Slovenia, Başvuru No: 47072/15-23.01.2019.

³⁴²Ilseher v Germany, Başvuru No: 10211/12 ve 27505/14-04.11.2018.

³⁴³Campbell and Fell v United Kingdom, Başvuru No: 819/77, 7878/77-28.06.1984.

disiplin alanına değil cezai alana ait olduğuna karar vermiştir. Yeni tarihli *Orlen Lietuva LTD/Litvanya*³⁴⁴ kararında ise yakıt piyasasında baskın durumunu kötüye kullanan başvurana verilen para cezasının özel bir gruba değil tüm işletmelere uygulanabildiği, yaptırım ile tazmin etme amacı değil tekrar suç işlemenin önüne geçme amacı güdüldüğü, şirketin cirosunun maximum yüzde 10'unu yaptırım olarak ödemesi gibi ağır bir riskle karşı karşıya bırakıldığı bu nedenle 6.madde kapsamında suç isnadından bahsedilebileceğine karar verilmiştir. Suç kavramına ilişkin üzerinde durulabilecek son bir husus ise kriterler bakımından ayrı değerlendirme yapıldığı ancak kesin ve açık bir sonuca ulaşamadığı hallerde kümülatif yaklaşımın benimsenebilecek olmasıdır.³⁴⁵ Nitekim *Bendenoun/Fransa*³⁴⁶ kararında mahkeme, somut olayda kriterlerin tek başına kesin bir sonuca götürmediğini belirterek kümülatif bir yaklaşım benimsemiştir.

Ceza kavramı bakımından da sözleşmede hüküm altına alınan korumaların işlevsel olabilmesi için şekli nitelemelerin ötesine geçilerek bağımsız bir inceleme yapılmaktadır. Böyle bir inceleme ile ülkelerin kendilerine göre bir tedbiri önleyici olarak tanımlayarak 7.maddenin uygulanmasından kaçması engellenmiş olmaktadır.³⁴⁷ Konuya ilişkin en önemli örneklerden birini *Welch/Birleşik Krallık*³⁴⁸ kararı oluşturmaktadır. Karara konu olayda uyuşturucu suçlarını işlediği şüphesiyle tutuklanan başvuran hakkında 22 yıl hapis cezasına hükmedilmiş ayrıca uyuşturucudan elde edildiği iddia edilen kazancı hakkında müsadere kararı verilmiştir. Mahkeme öncelikle ceza kavramının “medeni haklar ve yükümlülükler”, “suç isnadı” kavramları gibi özerk bir sözleşme kavramı olduğunu vurgulamış ve bir cezanın değerlendirmesinde başlangıç noktasının söz konusu tedbirin suç ile ilgili bir mahkûmiyetten sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte tedbirin doğası, amacı, ulusal hukukta nitelendiriş şekli ve tedbirin

³⁴⁴Orlen Lietuva LTD v Lithuania, Başvuru No: 45849/13-29.01.2019.

³⁴⁵Christoph Grabenwater, **European Convention on Human Rights**, C.H Beck-Hart-Nomos Helbing Lichtenhahn Verlag Publishing, 2014, s.108; William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2015, s.277.

³⁴⁶Bendenoun v France, Başvuru No: 12547/86-24.02.1994. Aynı yönde karar için bkz: Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland, Başvuru No:68273/14, 68271/14-30.10.2018; Jussila v Finland, Başvuru No: 73053/01-23.11.2006.

³⁴⁷Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.271.

³⁴⁸Welch v United Kingdom, Başvuru No: 17440/90-09.02.1995.

uygulanması aşamasında söz konusu olan usuller ve tedbirin şiddetinin de göz önüne alınabilecek ölçütler olduğu ifade edilmiştir. Bu ölçütler ışığında ise somut olaydaki yaptırımın, uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirle sınırlanmamış olması, başvuranın kusurunun göz önüne alınarak uygulanmış olması ve İngiliz Mahkemesi'nin bazı kararlarında yaptırımı ceza olarak nitelemiş olması nedeniyle 7.madde kapsamında bir "ceza" olduğuna hükmetmiştir. Bu bakımdan cezai bir mahkûmiyetin varlığı birçok mahkeme kararında bir yaptırımın ceza olarak nitelenebilmesi için bir başlangıç noktası teşkil etmektedir³⁴⁹. Kabul edilebilirliğe ilişkin *Ibbotson/Birleşik Krallık* kararında mahkeme cinsel suçlularının adreslerinin kayda alınmasını herhangi bir cezai prosedürün takip etmediğini ve bu bakımdan 7.madde kapsamında bir cezadan bahsedilemeyeceğini belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir.³⁵⁰ Konuya ilişkin benzer diğer kararlar da göz önüne alındığında mahkeme için cezai mahkûmiyetin, 7.madde hükmünün uygulanması için bir başlangıç noktası olmaktan ziyade bir ön koşul görevi gördüğü açıktır³⁵¹. Ancak önemle belirtmek gerekir ki mahkeme yeni vermiş olduğu kararlarda ilgili suçtan mahkûmiyet koşulunu zorunlu bir koşul olarak yorumlamamış ve bu kriterin yokluğu halinde somut olaydaki yaptırımın ceza kapsamından çıkarılmasını doğru bulmamıştır. Mahkeme, *G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/İtalya*³⁵² kararında ilgili suçtan mahkûmiyet hükmü olmamasına karşın başvurana uygulanan müsadere yaptırımının 7.madde kapsamında ceza niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Karara konu olayda başvuran, Bari de bulunan Punta Perotti sahil kıyısında arazi parçasına sahip olan bir

³⁴⁹ Inseher v. Germany, Başvuru No: 10211/12 ve 27505/14-04.11.2018; Bergmann v Germany, Başvuru No: 23279/14-07.04.2016; Ghien v Germany, Başvuru No: 7345/12-28.02.2014; Valico SRL V Italy, Başvuru No: 70074/01-21.03.2006; Uttley v. The United Kingdom, Başvuru No: 36946/03-29/11/2005; K.S. v. The United Kingdom, Başvuru No: 45035/98- 07/03/2000.

³⁵⁰ Ibbotson v. The United Kingdom, Başvuru No: 40146/98-21/10/1998. Benzer yönde kararlar için bkz: Adamson v United Kingdom, Başvuru No: 42293/98-26.01.1999.

³⁵¹ Bu uygulamanın 7.maddenin kapsamını daralttığı ve hak ihlallerinin yolunu açtığı bu nedenle diğer unsurlara da aynı oranda ağırlık verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz: Murphy, s.199.

³⁵² G.I.E.M S.R.L and Others v Italya, Başvuru No: 828/06, 34163/07, 19029/11-28.06.2018. Benzer bir yaklaşım Sud Fondi S.r.l. and Others v Italy kabul edilebilirlik incelemesinde de izlenmiştir. Söz konusu kararda da müsadere kararı cezai bir mahkûmiyet olmamasına karşın ceza olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca aynı kararda başvuran şirketlerin beraat ettirilmelerine rağmen müsadere emrinin uygulanmasının; keyfi olduğuna, kanuni dayanaktan yoksun olduğuna ve Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiğine kanaat getirilmiştir. Sud Fondi S.r.l. and Others v Italy, Başvuru No: 75909/01-20.01.2009. Mahkûmiyet söz konusu olmamasına rağmen diğer faktörler kapsamında ceza değerlendirilmesinin yapıldığı diğer kararlar için bkz: Valico SRL V Italy, Başvuru No: 70074/01-21.03.2006.

şirkettir. Genel arazi kullanım planına göre sahip olunan arazi, bina yapımına uygun niteliktedir. Söz konusu arazide çok amaçlı bir kompleks kurulmasına ilişkin başvuranlarca hazırlanan plan, Bari belediye meclisi tarafından onaylanmıştır. Ancak gazetede Punta Perotti sahil kıyısında inşa edilen binalara ilişkin yayımlanan bir yazı sonrasında inşaata başlamış olan başvurular hakkında savcılık tarafından soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Yerel mahkeme ilgili arazide bina yapımını engelleyen bir hüküm olmaması sebebiyle tüm yapıların sahiplerine verilmesi gerektiğine hükmetmiş Bali Bölge Mahkemesi de bölgenin doğal site alanı olduğunu ve yetkililerce koordine eksikliği sebebiyle başvuranlara verilen izin hatalı olduğunu ve bu sebeple sanıkların ihmali ve suç kastı olmadığını belirterek beraat etmelerine karar vermiştir. Ancak bölge mahkemesi aynı yargılamada Punta Perotti bölgesindeki tüm yapıların tazminatsız müsadere edilmesine karar verilmiştir. AİHM yapmış olduğu yargılamada müsadere kararının cezai bir mahkûmiyet hükmünü takip etmemesine karşın genel hukuki hükümlere göre suç teşkil eden fiillerle ilişkili olduğunu belirterek 7.madde kapsamında bir cezadan bahsedilebileceğini ve ilgili kriterin yokluğunda yaptırımın cezai niteliğini kaybetmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca mahkûmiyet unsurunun yaptırımın niteliğini belirleme konusunda tek başına belirleyici olarak görülmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla katı bir şekilde yorumlanan mahkûmiyet koşulu yumuşatılmaya başlanmış ve suç teşkil eden fiillerle bağlantı içinde olan yaptırımların da ceza olarak değerlendirilebilmesinin önü açılarak sözleşmenin güvencesi artırılmıştır.

Yukarıda belirtilen kriterler ışığında mahkemenin ceza olarak değerlendirdiği yaptırımlara çeşitli örnekler verilmesi mümkündür. *Jamil/Fransa*³⁵³ davasında borç yüzünden verilen hapis cezasının 7.madde anlamında bir ceza olup olmadığını değerlendiren mahkeme, verilen hapis cezasının caydırıcı olmayı amaçladığına, şartlı tahliye, af gibi sebeplerle hafifletilememesi nedeniyle sıradan ceza uygulamalarından daha ağır olduğuna nitekim müeyyidenin ceza mahkemesi tarafından karara bağlandığına dikkat çekerek somut olayda cezanın söz konusu olduğuna hükmetmiştir. *Valico SRL/İtalya*³⁵⁴ kararında ise yetkililerce onaylanandan tamamen

³⁵³Jamil v France, Başvuru No: 15917/89-08.06.1995.

³⁵⁴Valico SRL V Italy, Başvuru No: 70074/01-21.03.2006.

farklı bir şekilde bina yapılmasından dolayı ilgili idari mevzuat gereğince uygulanan ve hukuka aykırı binaya eşit değerdeki para cezasının önleyici ve cezalandırıcı fonksiyonları olduğu belirtilerek, ceza niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmenin 7.maddesi kapsamında ceza olarak değerlendirilmeyen yaptırımlardan da örnek verilecek olursa; *Berland/Fransa*³⁵⁵ kararına konu olayda eski kız arkadaşını “kasten öldürdüğü” konusunda yeterli delil bulunan, ayırt etme gücünden ve eylemlerini kontrol etme yetisinden yoksun kılan bir psikiyatrik rahatsızlıktan muzdarip olan başvuran hakkında zorunlu hastaneye yatırılma ve 20 yıl boyunca müdahil tarafla görüşmekten ve silah bulundurup taşımaktan men edilmesi kararı verilmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, kişinin kendisine isnat edilen eylemleri işlediği konusunda yeterli delil bulunduğuna hükmetmenin söz konusu eylemlerin işlenişine ilişkin bir değerlendirme anlamına gelmediğine ve kişinin zihinsel rahatsızlık dolayısıyla cezai sorumluluktan muaf olduğunu ilan eden bir kararın ceza mahiyetinde olmadığına ayrıca zorla hastaneye yatırma kararının başvuranın tedavi görmesini sağlamak ve ikinci olarak, eylemlerini tekrarlamasını engellemek amacı taşıdığına kanaat getirerek 7.madde anlamında bir cezanın olmadığına hükmetmiştir. *Szabo/İsviçre*³⁵⁶ kararında ise Hükümlülerin Nakline İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ne göre nakledilme işleminin birincil amacının sosyal integrasyon olduğuna nitekim başvurana hükmedilenden daha fazla ceza uygulanmadığına karar verilerek başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Cezai bir yargılamaya konu olamayacağı belirtilen diğer yaptırım ve sonuçlara; suçluların iadesi³⁵⁷, sınır dışı etme kararı³⁵⁸, iflas kararı³⁵⁹, ihraç kararları dâhil disiplin yaptırımları³⁶⁰, ek vergi ödenmesi³⁶¹, vergiye faiz ödenmesi³⁶², lisansın geri

³⁵⁵Berland v France, Başvuru No: 42875/10-03.09.2015.

³⁵⁶Szabo v Sweden, Başvuru No: 28578/03-27.06.2006.

³⁵⁷Osman v The United Kingdom, Başvuru No: 14037/88- 13/03/1989; X v Netherlands, Başvuru No: 7512/76-06/07/1976.

³⁵⁸Miah v. The United Kingdom, Başvuru No: 53080/07-27/04/2010; C.G. And Others v. Bulgaria, Başvuru No: 1365/07-13/03/2007; Parlantı v Germany, Başvuru No: 45097/04-26/05/2005.

³⁵⁹X v Belgium, Başvuru No: 8988/80-10/03/1981. Mahkeme söz konusu kararda iflas kararının 7.madde kapsamına girmemesine rağmen, hileli ve taksirli iflasa ilişkin yapılan cezai yargılamanın, 7.madde kapsamına gireceğini belirtmiştir.

³⁶⁰AIHM, disiplin düzenlemelerinin belli gruplara ait üyelerin davranışlarını düzenleyen özel kurallar olması sebebiyle cezai karakterde olmadığını düşünmektedir. Konuya ilişkin kararlar için bkz: Turava and Others v. Georgia, Başvuru No: 7607/07 8710/07-27/11/2018; Lázaro Laporta v. Spain, Başvuru No: 32754/16-03/07/2018; Kurtulmuş v. Turkey, Başvuru No: 65500/01-24/01/2006; Özcan v Turkey, Başvuru No: 44199/98-15/05/2001; Pektaş v. Turkey, Başvuru No: 39682/98-07/11/2000;

alınması³⁶³, pasaport başvurusunun reddi³⁶⁴, zorunlu emekliye ayırma³⁶⁵, emeklilik haklarının daha dezavantajlı hesaplandığı yeni bir sistemin uygulanması³⁶⁶, istihdam olanaklarının sınırlanması³⁶⁷, gazi unvanının geri alınması³⁶⁸, terör nedeniyle tahliye³⁶⁹, ikamet izninin uzatılmaması³⁷⁰, başka bir cezaevine transfer³⁷¹, cinsel suçlu sistemine kayıt yapılması³⁷², idari yaptırımlar³⁷³, seçim yasağı³⁷⁴, hücre hapsi³⁷⁵, görevden alınma³⁷⁶, ehliyetin iptali³⁷⁷ gibi örnekler de verilebilir. Görüldüğü üzere AİHM'e göre kanunilik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan kuralların uygulanabilmesi için ilgili hükmün suç ve ceza içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla AİHM'nin yaklaşımı, Türk hukukundaki yaklaşımdan daha dar niteliktedir. Anayasa'nın 38.maddesine göre kanunilik ilkesi, sadece suç ve ceza içeren hükümler bakımından değil, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ve zamanaşımı açısından da geçerli bulunmaktadır.

Altın v Turkey, Başvuru No: 39822/98-06/04/2000; Brown v. The United Kingdom, Başvuru No: 38644/97- 24/11/1998; Milhaud v. France, Başvuru No: 23201/94- 03/03/1997; Sjöström v. Sweden, Başvuru No: 19853/92-12/10/1994; Yanaşık v Turkey, Başvuru No: 14524/89 06/01/1993; A.v Spain, Başvuru No: 11885/85 13/10/1986; X. v. The Republic Of Germany, Başvuru No: 4274/69 - 24/07/1970.

³⁶¹Procola v. Luxembourg, Başvuru No: 14570/89-01/07/1993; Källander v. Sweden, Başvuru No: 12693/87 - 06/03/1989.

³⁶²Mayer v Germany, Başvuru No: 77792/01-16/03/2006.

³⁶³Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Başvuru No: 10873/84 07.07.1989.

³⁶⁴Peltonen v. Finland, Başvuru No: 19583/92-20/02/1995.

³⁶⁵Mahaut v. France, Başvuru No: 23326/94-06/07/1995.

³⁶⁶Lessing and Reichelt v. Germany, Başvuru No: 49646/10 3365/11-16/10/2012.

³⁶⁷KGB'de görev alması nedeniyle işten çıkarılarak istihdam olanakları sınırlanan kişinin yaptığı başvuru hakkında mahkeme 7.madde kapsamında suç isnadı ve cezanın söz konusu olmadığına karar vermiştir. Sıdabras and Džiautas v. Lithuania, Başvuru No: 55480/00 59330/00- 01/07/2003; Ramys and Gasparavicius v. Lithuania, Başvuru No: 70665/01 74345/01-22/01/2004.

³⁶⁸Zdrojewski v. Poland, Başvuru No: 1007/04-29/06/2004.

³⁶⁹İçyer v. Turkey, Başvuru No: 18888/02-12/01/2006; Case of Doğan and Others v. Turkey, Başvuru No: 8803/02 8804/02 8805/02-29/06/2004.

³⁷⁰Nagula v. Estonia, Başvuru No: 39203/02- 25/10/2005.

³⁷¹Giza v. Poland, Başvuru No: 1997/11-23/10/2012; Cioek v. Poland, Başvuru No: 498/10-23/10/2012; Szabo v. Sweden, Başvuru No: 28578/03-27/06/2006.

³⁷²Case Of Gardel v. France, Başvuru No: 16428/05-17/12/2009; B.B. v. France, Başvuru No: 5335/06 -17/12/2009.

³⁷³K.S. v. The United Kingdom, Başvuru No: 45035/98- 07/03/2000; Adamson v United Kingdom, Başvuru No: 42293/98-26.01.1999.

³⁷⁴Case of Paksas v. Lithuania 34932/04-06/01/2011.

³⁷⁵Karsu and Others v. Turkey, Başvuru No: 34971/05 34974/05 1057/06-27/03/2018 Güngör v. Turkey, Başvuru No: 14486/09-04/07/2017.

³⁷⁶Lázaro Laporta v. Spain, Başvuru No: 32754/16-03/07/2018; Turava and Others v. Georgia, Başvuru No: 7607/07, 8710/07-27/11/2018.

³⁷⁷Case Of Rola v. Slovenia, Başvuru No: 12096/14 39335/16-04/06/2019

3. Kanunilik İlkesinin Türleri

Kanunilik ilkesi doktrinde biçimsel ve maddi kanunilik ilkesi olarak ikili bir ayırım altında ele alınmaktadır. Bu ayırım, esasında bir eyleme suç vasfı kazandıran özelliğin ne olduğu sorusuna ilişkindir. Bu soruya maddi kanunilik ilkesi ve biçimsel kanunilik ilkesi şeklinde iki temel anlayış çerçevesinde cevap verilmektedir.

a. Maddi Kanunilik İlkesi

Maddi kanunilik ilkesine göre kanunda düzenlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın anti sosyal nitelikte olan her eylem suç olarak kabul edilebilecek, kanunda suç olarak kabul edilse bile anti sosyal nitelikte olmayan bir eylemin suç olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.³⁷⁸ Dolayısıyla suçun soyut bir şekilde tipleştirilemeyeceğini düşünen bu anlayış, suçun ancak mahkeme kararıyla saptanması gerektiğini kabul etmektedir.³⁷⁹ Bu bakımdan bir eylemin anti sosyal olarak kabul edilebilmesi, hâkimlere yorumdan hukuk yaratmaya ve kıyasa doğru kayan bir yetki verilmesini gerektirmektedir. Bu görüş, kanundaki boşluklardan yararlanarak cezadan kaçılmasının önlenmesi ve suça karşı etkili bir sosyal savunma gerçekleştirilmesi amacıyla benimsenmektedir. Etkili bir sosyal savunma amacıyla ceza kanunlarının geriye yürüyebileceğini de kabul eden bu anlayış netice itibarıyla kanunilik ilkesinin alt prensiplerini kabul etmemiş bulunmaktadır. Bu durum ise sosyal savunma esnasında bireylerin güvence altına alınması bir yana daha güvencesiz bırakılması anlamına gelmektedir. Suç olma vasfı sosyal tehlikeliliğe göre belirleneceği için kanunun ceza hukukundaki yeri önemini kaybetmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla insanların silah olarak kullanabileceği kanunları bulunmamaktadır. Kişiler suç olarak öngöremedikleri ancak anti sosyal olarak değerlendirilebilecek eylemlerinden dolayı yargılanarak cezalandırılabilir. Bu nedenle hukuki kesinliği ciddi oranda zedeleyebilecek bu anlayışın eleştirilmesi gerekmektedir. Öncelikle suç vasfını (anti sosyal hareketi) belirleme noktasında hâkime takdir yetkisi verilmesi ve kanunun değersizleştirilmesi, demokratik

³⁷⁸Toroslu/Toroslu, s.44. Maddi kanunilik ilkesinin diğer tanımlanması için bkz: Bahri Savcı, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O, Ankara, 1953, s.178.

³⁷⁹Hasan Dursun, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.149.

yönetimlere uygun olmadığı gibi kuvvetler ayrılığı prensibine de ciddi oranda zarar vermektedir. Halkın temsilcisi olan yasama organı yerine, anti sosyal içeriği belirlemeye yetkili olan hâkimlerin konulması söz konusu olmaktadır. Bu durumun yarattığı keyfiliğe “anti sosyal” kavramının yarattığı belirsizlik de eklenince bireyler, son derece güvensiz ve öngörülebilirlik bulunmayan bir durum ile karşı karşıya gelmektedir. Nitekim ideolojilerini gerçekleştirmek için güvencesiz bir ortama ihtiyaç duyan Sovyet Rusya ve Hitler Almanya’sı, etkili bir sosyal savunma için kanunilik ilkesini terk ederek maddi bir anlayışa yönelmiştir.³⁸⁰ Bu itibarla maddi kanunilik ilkesi, sosyal savunmayı ön plana alırken temel hak ve özgürlükleri göz ardı eden bir anlayış olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce son derece sakıncalı olan bu anlayışın güvence teşkil etmesi gereken kanunilik ilkesinin bir türü olarak ele alınması şaşırtıcıdır. Maddi anlayışın kanunilik ilkesinin bir türü olarak ileri sürülmesi, bu ilkedен taviz verilebilmesi için başvuru olan bir kılıf niteliğindedir. Bu sebeple maddi anlayışın, kanunilik ilkesinin bir türü olmaktan ziyade suç vasfını belirlemek için ileri sürülen görüşlerden biri olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır.

b. Biçimsel Kanunilik İlkesi

Maddi anlayışın karşıtı olan biçimsel kanunilik ilkesi ise bir eylemin suç olarak kabul edilebilmesi için kanun tarafından tanımlanmış olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan bir eylem anti sosyal nitelikte olmasına karşın kanunda suç olarak düzenlenmediyse cezalandırılması mümkün değildir.³⁸¹ Maddi kanunilik ilkesinden farklı olarak şekli kanunilik ilkesinde suç ölçütü somutlaştırılarak kanunlar öne çıkarılmıştır. Şu halde fiile suç olma vasfını veren sadece kanun olmaktadır. Suç teşkil eden eylemler sadece kanun tarafından saptandığından vatandaşların bunu önceden öngörebilmesi ve hareketlerini istediği doğrultuda düzenleyebilmesi mümkün hale gelmektedir. Bununla birlikte daha önce üzerinde durulan eşitlik, hukuki istikrar, demokratik bir düzenin korunması gibi faydaların da söz konusu olabilmesi biçimsel kanunilik ilkesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla biçimsel kanunilik ilkesi ceza normuna muhatap olacak kimse açısından keyfiyetin

³⁸⁰ Toroslu/Toroslu, s.44-45; Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s.145.

³⁸¹ Toroslu/Toroslu, s.43.

önüne geçebilecek niteliktedir. Bu bakımdan biçimsel kanunilik ilkesi maddi kanunilik ilkesinden farklı olarak kişilere gerçek bir güvence sağlayabilmektedir. Buna rağmen biçimsel kanunilik anlayışı eleştirilmekten kurtulamamıştır. Bir görüşe göre biçimsel kanunilik ilkesi, etkin sosyal savunmayı engellediği gibi gerçek ve yasal suçluluk arasındaki ayrımı derinleştirmektedir.³⁸² Gerçek ve yasal suçluluk arasındaki ayrıma ilişkin eleştiri kabul edilebilir olmasına karşın sosyal savunmaya ilişkin eleştirinin kabul edilmesi mümkün değildir. Kişi hak ve özgürlüklerini koruma amacı güden sosyal savunmanın, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal ederek bu amaca ulaşması söz konusu olamaz. Üstelik kanunilik ilkesi devletin suç ile mücadele adına kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmesini önleme amacı taşımaktadır. Dolayısıyla bu sürece belli sınır ve engeller koyması doğal karşılanmalıdır. Şekli kanunilik ilkesine getirilen diğer bir eleştiri ise ilkenin, yasama organının keyfiliğini engelleyemeyeceğine ilişkindir.³⁸³ Kanaatimizce bu eleştiriye katılmak mümkün gözükmemektedir. Kanunilik ilkesi yürütme ve yargı organı yanında yasama organına da sınırlama getiren daha doğru bir ifadeyle sınır getirmek zorunda olan bir ilkedir. Zira hak ve hürriyetlere karşı en çok tehlike arz edebilecek organlardan biri yasama organıdır. Yasama organı elinde bulundurduğu kanun yapma ve anayasayı değiştirme gücüyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri temelden sarsabilecek niteliktedir. Bu nedenle ilkenin ana fonksiyonunun yasama gücünü sınırlamak olduğu da ileri sürülmüştür.³⁸⁴ Her ne kadar hak ve özgürlüklere karşı en büyük tehdit, yürütme organının işlemleri olarak algılsa da en nihayetinde bu organın kanuna tabi olmaktan kurtulamayacağı belirtilmekte ancak yasama organının kanunları istediği zaman alt üst etmeye muktedir olduğu ifade edilmektedir.³⁸⁵ Ayrıca aksinin kabulü yasama organına mutlak bir özgürlük vererek kanunilik ilkesinin içinin boşaltılmasına sebep olabilecektir. Bu durum ise devletlerin geçmişe yürümeyen, yeterince açık ancak insan haklarına uygun olmayan suç ve ceza düzenlemesi ile kanunların her türlü

³⁸² Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s.154.

³⁸³ Toroslu/Toroslu, s.46.

³⁸⁴ Mokhtar, s.48. Aksi yönde görüş için bkz: Markus D, Dubber, “Comparative Criminal Law”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, 2006, s. 1314.

³⁸⁵ Savcı, s.97.

amaç için araç haline getirilmesine yol açabilecektir. Bu sebeple insan hak ve hürriyetlerini gerçekten korumak ve temin etmek için onları bizzat yasama kuvveti karşısında da korumak gerekmektedir.³⁸⁶ İşte kanunilik prensibi bir insan hakkı olarak bu korumayı temin edebilecek niteliktedir.³⁸⁷ İnsan haklarının korunması noktasında devletlerin gerek soyut olarak suç ve cezaların düzenlenmesinde, gerekse soyut kuralların hayata geçirilmesinde yükümlülükleri bulunmaktadır.³⁸⁸ Bununla birlikte hukuk ile bağlı devlet olmak da kanun koyucu sıfatıyla hareket edildiği zaman insan haklarına aykırı kanunların yapılmamasını gerektirmektedir.³⁸⁹ Bu itibarla devletlerin, kanunilik ilkesine tam olarak riayet etmesinden bahsedilebilmesi için suç ve cezaların insan onuru ve insan hakları gibi temel değerler göz önüne alarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu ele aldığı suç ve ceza hükümleriyle kişilerin özgürlüklerine asgari şekilde müdahale etmeli, suç ile orantılı ve insan onuruna uygun bir ceza yaptırımını öngörmelidir.³⁹⁰ Nitekim doktrinde de kanunilik ilkesinin, insan haklarını ihlal eden ceza kanunları yapmama yükümlülüğünü içeren bir anlama sahip olduğu belirtilmektedir.³⁹¹ Bu bakımdan kanunilik ilkesinin yasama organının keyfiliğini önlemekten yoksun olduğunu söylemek ilkenin dayandığı temellerle açık bir çelişki oluşturmaktadır. Kanunilik ilkesinin içerik bakımından bir sınırlama getirdiğini kabul etmek, ilkenin özü olan insan hakları ile uyumlu olacağı gibi, 18.yüzyıldan beri toplum ve devletlerin keyfiyeti önlemek adına verdiği hukuka bağlı devlet mücadelesinin de tamamlayıcısı olacaktır.

Tüm bu anlatılanlar ışığında kanunilik ilkesi, bir insan hakkı olarak temel bir değeri ve aynı zamanda cezai yargılamalarda önem taşıyan “kanuni zemin olmadan suç ve cezanın olmayacağı” şeklindeki temel savunmayı oluşturmaktadır.³⁹² Buna göre hiç kimsenin, kanunda düzenlenmemiş bir suçtan dolayı yargılanması ve cezaya

³⁸⁶ Savcı, s.90.

³⁸⁷ Savcı, s.92.

³⁸⁸ Dinler, s.73.

³⁸⁹ Savcı, s.75.

³⁹⁰ Çetin Özek, “Türk Yasa Tasarısına İlişkin Düşünceler”, **İÜHFM**, C:56, S:1-4, 1998, s.28; Bruce Chen, “The French Court and the Principle of Legality”, **University of New South Wales Law Journal**, C:41, S:2, 2018, s.405; Dinler, s.383.

³⁹¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.46.

³⁹² Crisan, s.2.

tabi tutulması mümkün değildir. İlkeye yüklenen bu misyonun gerçekleşebilmesi için şekli anlamda kanunilik ilkesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Yukarıda da incelendiği üzere maddi kanunilik ilkesi güvence teşkil etmek bir yana kişiler açısından son derece güvencesiz bir durum yaratmaktadır. Esasında bu ikilemin demokrasi geleneğinin yerleşmişliğine ve toplumdaki değişimin hızıyla ilgili olduğu ileri sürülmüştür.³⁹³ Fakat uzun bir demokrasi geleneğine sahip bulunan devletlerin dahi hak ve özgürlükleri ihlal edecek girişimlerde bulunmadığı ve bulunamayacağı söylenemez. Üstelik maddi kanunilik ilkesi bakımından etkin bir görev üstlenen hâkimlerin bu demokrasi geleneğinden de ne kadar etkilenmiş olduğu da şüphelidir. Dolayısıyla her türlü toplum ve devlet yapısında en fazla güvenceyi sağlayabilecek olanın şekli kanunilik ilkesi olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan söz konusu çalışmada kanunilik ilkesiyle kastedilenin şekli anlamda kanunilik ilkesi olduğu ve bu ilke göz önüne alınarak açıklama yapıldığı ifade edilmelidir. Ancak şekli kanunilik ilkesinin tek başına kendisinden beklenen güvenceyi ve koruma işlevini sağlaması mümkün değildir. Bu amaçlara ulaşılmasında kanunilik ilkesini tamamlayan çeşitli kuralların uygulama alanı bulması gerekmektedir. Bu kurallardan bazıları ilkenin uygulanmasından kaynaklanan doğal bir sonuç olarak değerlendirilebilirken diğer bazı kurallar bakımından bu kadar görünür bir bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kuralların kanunilik ilkesinin unsurlarını mı oluşturduğu yoksa birtakım bazı ilkelerin birlikte yorumlanması ile mi ortaya çıktığı tartışmalıdır.³⁹⁴ Genel kabul gören görüşe göre³⁹⁵ ise kanunilik ilkesinden türeyen dört temel sonuç bu ilkeyi tamamlamaktadır. Bu sonuçlar; suç ve cezaların kanuna dayanması, aleyhe olan suç ve cezaya ilişkin kuralların geriye yürümemesi, kıyas yasağı, kanun dışındaki kaynaklarla suç ve ceza içeren hükümler yaratılamaması olarak sayılabilir. Kanaatimizce yukarıda bahsedilen dört ilke, kanunilik ilkesinin sonucu olarak değil bu ilkeyi tamamlayan ilkeler olarak ele alınmalıdır. Bunun temel sebebi bu unsurların bir araya gelmemesi halinde kanunilik ilkesinden

³⁹³ Toroslu/Toroslu, s.41.

³⁹⁴ Farmer, s.6.

³⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, s.19; Mokhtar, s.41; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.164-165; Soyaslan, s.241-246; Demirbaş, s.118; Toroslu/Toroslu, s.43 vd; Hakeri, s.15 vd; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.69 vd; Üzülmöz/Koca, s.59 vd. İzzet Özgenç bu sonuçları bağımsız ilkeler olarak ele alırken Centel/Zafer/Çakmut bu sonuçları ilkenin unsurları kapsamında incelemiştir.

bahsedilemiyorken bu ilkelerin tek başına uygulanabilir olmasıdır.³⁹⁶ Nitekim eski Roma döneminde geçmişe uygulama yasağı sınırlı da olsa uygulanmış olmasına rağmen bizleri Roma’da kanunilik ilkesinin kabul edilip uygulandığı sonucuna götürmemektedir. Bu sebeple söz konusu ilkeleri kanunilik ilkesini tamamlayan ilkeler olarak ele almak bu ilkelerin tek başına da değer taşıdığını kabul etmek bakımından gereklidir. Ancak belirtmek gerekir ki bu ilkelerin tek başına uygulanışı, kanunilik ilkesi sistemi içinde yer aldığı zamanki kadar güçlü ve işlevsel nitelikte değildir.



³⁹⁶Bu noktada kanun dışındaki kaynaklarla suç ve ceza içeren hükümler yaratılamamasının bir unsurdan ziyade sonuç niteliğinde olduğu belirtilmelidir.

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNİ TAMAMLAYAN UNSURLAR

A. Suçların ve Cezaların Kanuna Dayanması

1. Genel Olarak

Kanunilik ilkesiyle kişiye, eyleminin ancak kanuna göre suç teşkil etmesi halinde ceza uygulanabileceği bunun dışında kalan hallerde ise ceza uygulanamayacağı garantisi verilmektedir.³⁹⁷ Bu garantinin sağlanamaması durumunda failin sonuçları öngörerek davranışlarını yönlendirebilmesinden bahsedilemeyecek ve bu durum ceza adaletini yargısal rastlantılara veya devletlerin keyfi ihtiraslarına terk etmiş olacaktır.³⁹⁸ Bu nedenle ceza hukukunun gerektirdiği zorlamanın kişilere uygulanabilmesi için mutlaka kanun tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir. Bu durumu ifade etmek üzere ceza hukukunda kanunun tekelciliğinden bahsedilmektedir.³⁹⁹ Bu ilke sadece suç ve ceza içeren kuralların yaratılması aşamasında değil bu kuralların değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması yönünden de uygulanması gereken bir ilkedir.⁴⁰⁰ Böylece kişilerin toplumsal bakımdan beklenen davranış biçimleri hakkında bilgi edinmesi mümkün olabildiği gibi devletin cezalandırma yetkisine önemli sınırlamalar getirilmiş olmaktadır. Bu bakımdan kanunilik ilkesi sosyal bir kontrol aracı olarak ceza hukukunun haksız ve keyfi uygulanışına karşı kalkan görevi görmektedir.⁴⁰¹ Esasında kanunlar sadece kanunilik açısından değil demokratik bir hukuk devleti açısından da çok değerli işlevlere sahip metinlerdir. Anayasa'ya göre temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlanabilmesi, kişinin kanunda gösterilen hallerde tutuklanabilmesi ve mahkemelerin kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve çalışma usullerinin ancak kanunla

³⁹⁷ Kangal, s.65.

³⁹⁸ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.147.

³⁹⁹ Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s.116.

⁴⁰⁰ Toroslu/Toroslu, s.46.

⁴⁰¹ Hallevy, s.11.

düzenlenebilmesi karşısında kanunlara özel bir değer verildiği açıkça görülmektedir.⁴⁰²

2. Türk Hukuku'nda Kanun Kavramı

Yasama organı tarafından belli usullere uyularak yazılı bir şekilde düzenlenen kurallar bütünü kanun olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰³ Kanun kavramının yasama organının parlamenter kararları dışında kalan tasarruflar olarak da olumsuz bir şekilde tanımlanması mümkündür. Ancak anayasamızda kanun ile kastedilenin, maddi anlamda kanun mu yoksa şekli anlamda kanun mu olduğu açık olmayıp doktrinde tartışmalıdır. Söz konusu bu tartışma yasama organının da hangi açıdan tanımlandığına bağlı olmakla birlikte şekli anlamda kanun anlayışı, yasama organı tarafından sübjektif nitelikte dahi olsa kanun adı altında çıkarılan yasama tasarrufları olarak ifade edilebilir. Bu anlayışta kanun vasfı, salt bu işlemi yapan organa ve yapılış şekillerine göre belirlenmektedir.⁴⁰⁴ Dolayısıyla yasama organı tarafından, anayasada belirtilen usullere uygun olarak kabul edilen ve kanun ismini taşıyan her işlem, içeriğine bakılmaksızın şekli anlamda bir kanundur.⁴⁰⁵ Maddi anlamda kanun kavramına göre ise işlemi yapan organ ve bu organın tabi olduğu usuller önem kaybetmekte işlemin içeriği önem kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle, hangi organın işlemi gerçekleştirdiği önem arz etmeksizin objektif, soyut, sürekli, belli kişilere özgü olmayan hukuk kuralı niteliği taşıyan tasarruflar kanun olarak nitelendirilmektedir. Türk pozitif hukukuna baktığımız zaman şekli kanun anlayışının ağırlık bastığı görülmektedir. Bu anlayışı benimseyen yazarlar, anayasada kanunların genel, soyut, sürekli, objektif, kişilik dışı nitelikte olması şartını getiren herhangi bir hüküm olmadığını bununla birlikte yürütme organının genel nitelikte düzenleyici işlemler yapabiliyor olmasını gerekçe göstermektedir.⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin de doktrindeki anlayışa paralel olarak şekli anlamda kanun

⁴⁰² Soyaslan, s.103.

⁴⁰³ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.27.

⁴⁰⁴ Özbudun, s.190.

⁴⁰⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s.661.

⁴⁰⁶ Gözler, s.661; Özbudun, s.206.

anlayışından yana olduğu belirtilmelidir.⁴⁰⁷ Dolayısıyla Türk doktrin ve uygulamasına göre anayasa ve ceza kanununda yer verilen kanun, şekli anlamda kanundur.⁴⁰⁸ Bu itibarla yasama organı tarafından kanun adı altında düzenlenmeyen tasarruflar objektif ve soyut nitelikte olsa dahi kanun olarak nitelendirilemeyecektir. Şekli anlamda kanun anlayışının benimsenmiş olması, kanunların ilke kapsamındaki güvence sağlama işlevini güçlendirmektedir. Şöyle ki, kanunilik prensibinin gayesini gerçekleştirebilmesi, suç ve ceza içeren düzenlemelerin meşruluğuna bağlı bulunmaktadır. Bir normun yaratıcısının kim olduğu ise normun değeri hakkında önemli bir ölçüt oluşturmaktadır.⁴⁰⁹ Bu bakımından suç ve ceza içeren hükümlerin, meşruluğu ispatlanmış kanun tarafından düzenlenmesi, ilkenin güvence işlevine önemli bir katkıda bulunmaktadır. Kanunların yasama organı tarafından belli usuller dâhilinde çıkarılan tasarruflar olması demokratik anayasacılık anlayışına da uygunluk teşkil etmektedir. Bu nedenle kanunilik ilkesine temel teşkil eden kanunlardan anlaşılması gereken şekli anlamda kanun olmalıdır.

Kuralın içeriğine veya işlemi yapan organa göre yapılan bu ayrım dışında kanunların dar ve geniş bakımdan incelenmesi de mümkündür. Dar anlamda kanun sadece yasama organı tarafından yapılan yasama tasarruflarını bünyesinde barındırırken geniş anlamda kanun ise kaynağına bakılmaksızın hukuk sistemindeki tüm kuralları kapsamaktadır.⁴¹⁰ Yukarıda bahsedilen şekli anlamda kanun anlayışına uygun olarak kanunilik ilkesi bakımından benimsenmesi gerekenin dar anlamda kanun kavramı olduğu açıktır. Kanunilik ilkesi sadece yazılı olmayan kaynakları değil, yazılı olsa dahi kanun dışındaki tüm kaynakları ceza hukukunun dışında

⁴⁰⁷ AYM'nin 17.08.2015 tarihli ve 29448 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 07.07.2015 tarihli 2013/3244 başvuru numaralı kararı; AYM'nin 05.03.2015 tarihli ve 29286 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 06.01.2015 tarihli 2014/8842 başvuru numaralı kararı; AYM'nin 05.07.2014 tarihli ve 29051 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 25.06.2014 tarihli 2014/256 başvuru numaralı kararı.

⁴⁰⁸ Özgenç, s.118; Üzülmöz/ Koca, s.60; Abdullah Batuhan Baytaç, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s.57, Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 4, S:1-2, 2005, s.95.

⁴⁰⁹ Turinay, s.29.

⁴¹⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.27.

tutmayı böylece suç ve cezaya ilişkin hüküm içeren kaynakların yalnızca kanunla veya kanun gücüne sahip işlemlerle düzenlenmesini amaçlamaktadır.⁴¹¹

Kanunilik ilkesi işlevini şekli kanunlar aracılığıyla gördüğü için yasama organını ceza hukuku bakımından önemli bir yere konumlandırmıştır. Bu durum bazı yazarlarca, kanunilik ilkesinin yasama organına karşı yeterli güvence sağlamadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Halbuki kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu bir sistemde, yasama organının istediği her konuyu kanun adı altında düzenleyebilmesi mümkün değildir. Bu sonuca ulaşılmasını kanunilik ilkesinin insan hakları boyutu engellemektedir. Daha öncede belirtildiği gibi insan hakları, devletlere insan haklarını ihlal etmeyen ve bu hakları koruyucu düzenlemeler yapılması zorunluluğunu yüklemektedir. Nasıl ki cezalandırma, devletlerin sahip olduğu bir hak değil bir yetkidir, yetkilendirilenin de bu yetki kapsamında hareket ederek ödev ve sorumluluklarına riayet etmesi gerekmektedir.⁴¹² Aksi takdirde yasama organının kanun yapmak hakkını suiistimal edeceği belirtilmiştir.⁴¹³ Bu nedenle yasama organının ceza hukukunda "hukuka aykırılık alanı" yaratmak konusunda sınırlı bir yetkisi bulunmaktadır.⁴¹⁴ Ancak kanunilik ilkesinin içerik bakımından getirdiği sınırlamaların bir anlam ifade edebilmesi, devletleri bu yönde hareket etmeye zorlayan gerçek bir müeyyideyi gerektirmektedir.⁴¹⁵ Dolayısıyla tüm sınırlamaları aşarak kanun yapması olanaklı olan yasama organı bakımından anayasaya uygunluk denetiminin kabul edilmiş olması özel bir anlam taşımaktadır. Bu kapsamda yapılan yargılamayla kanunlar anayasal bir süzgeçten geçirilerek denetime tabi tutulmakta böylece çeşitli güvencelere aykırı hükümler ayıklanmış olmaktadır.⁴¹⁶ Özellikle kanunilik ilkesine anayasasında yer vermiş olan bir hukuk sisteminde, AYM'nin kanunları bu ilke yönünden denetlemesinin de önü açılarak yalnızca hâkimi bağlayacağı düşüncesiyle kanunilik ilkesine ters düşen uygulamalara başvurulmasının önüne geçilmiş olacaktır.⁴¹⁷ Türk hukuk sistemi de anayasasında

⁴¹¹ Toroslu/Toroslu, s.43.

⁴¹² Dinler, s.45.

⁴¹³ Erem, s.49.

⁴¹⁴ Ünver, s.34; Yeşilkaya, s.8; Özek, s.28. Özek, içerik bakımından söz konusu olan bu sınırlamanın "yargılama", "cezalandırma" ve "cezanın infazı" açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir.

⁴¹⁵ Savcı, s.93-94.

⁴¹⁶ Dinler, s.210.

⁴¹⁷ Kangal, s.62.

hem kanunilik ilkesine hem de anayasal denetime yer veren bir ülke olarak önemli bir mekanizmaya sahip bulunmaktadır. Bu mekanizmaya göre Anayasa Mahkemesi karşısına gelen suç ve ceza içeren kanunları anayasaya uygunluk bakımından denetleyerek gerekli görürse iptal yaptırımı uygulayabilecektir.⁴¹⁸

Yasama organına içeriksel bakımdan bir sınırlama getirilmediği sürece kanaatimizce kanunilik ilkesinin hem koruyucu hem de güvence işlevinden bahsedilmesi mümkün değildir. Gerçektende bir konunun kanunla düzenlenmiş olması mutlak özgürlük getirmemektedir. İnsani olmayan davranışlara meşruluk süsü vermek, toplumsal ve politk açıdan istenmeyen kişileri ortadan kaldırmak için kanunun bir araç olarak kullanılması mümkündür.⁴¹⁹ Dolayısıyla kanunların gücü, hukuki olmayan amaçlar için araçsallaştırılabilmekte ve “yasal terörizm”⁴²⁰ yaratılabilmektedir. Bu nedenle kanunlar içerik olarak sınırlanmadıkça özgürlük getiren hukuki belgeler olarak kabul edilmemelidir. Her ne kadar kanunilik ilkesinin içerik bakımından böyle bir sınırlama öngördüğüne ilişkin AYM içtihadı bulunmasa da bu denetimin hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet kapsamında yapılabilmesi mümkündür. Nitekim AIHM de vermiş olduğu kararlarda suç siyasetini belirleme noktasında devletlerin takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etse

⁴¹⁸ Türk Anayasa Mahkemesi suç siyasetini belirleme noktasında yasama organının geniş bir takdir yetkisi olduğunu düşünmektedir. Nitekim Anayasa’da hangi fiillerin suç olarak düzenlenebileceği ve ne tür yaptırımlarla cezalandırılabileceğine ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AYM yaptığı incelemelerde bu takdir yetkisinin anayasa uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı açısından bir değerlendirme yapabilmektedir. Yapılan bu değerlendirmelere örnek vermek gerekirse; AYM, 11.04.2019 tarihli bir kararında “*Hukuk devleti olmanın gerekliliklerinden biri de kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir*” şeklinde hüküm tesis etmiş, 14.03.2019 tarihli bir başka kararında ise “*ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla*” ceza siyasetini belirleme noktasında kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın temel ilkeleriyle kastettiği sınırlama, temel hak ve özgürlüklerden ziyade ikinci madde de düzenlenen hukuk devleti başta olmak üzere devletin nitelikleridir. Halbuki AY’nın 38.maddesinde düzenlenen ve ceza hukukuna ilişkin anayasal bir ilke olan kanunilik ilkesinin, suç ve ceza ihdas edilmesi aşamasında göz önüne alınarak suç ve ceza siyasetine yön vermesi gerekmektedir. Bununla birlikte AYM tarafından verilen kararlara bakıldığında zaman kanunilik ilkesinin yasama organına sınır getirdiği kabul edilmekle birlikte getirilen bu sınırlamanın içeriği kuralın açık, anlaşılır olması ile sınırlı olarak algılanmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi kanunilik ilkesi şekil ve içerik bakımından getirdiği sınırlamalarla başta yasama organını sınırlamaktadır. İçerik bakımından getirilen bu sınırlamaların başında ise insan haklarına aykırı bir düzenlemenin yapılmaması gelmektedir.

⁴¹⁹H. Odera Oruka, “Yasal Terörizm ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.194.

⁴²⁰ Yasal terörizm kavramı ve bu terörün Afrika’da yaşanan örnekleri için bknz: Oruka, s. 191-207.

de bu yetkinin sözleşmede düzenlenen haklardan yararlanma imkânını ortadan kaldıracak şekilde kullanılamayacağını belirtmektedir.⁴²¹ Bu doğrultuda AİHM, mahkûmiyete dayanak oluşturan hükmün iç hukukta bir suç olarak düzenlenmemesi gerektiğine ilişkin yapılan başvuruyu, kanunilik ilkesi kapsamında ele alamayacağını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁴²²

Şekli ve dar bir kanun anlayışının kabul edilmesi özellikle içtihat hukukunun uygulama alanı bulduğu bazı ülkeler bakımından soru işaretleri yaratmaktadır. Common law sisteminin uygulama alanı bulduğu ülkelerde mahkeme içtihatları belirleyici bir pozisyonda bulunduğu gibi hukukun her alanı kanunlarla düzenlenmemiştir. Bu bakımdan bu sistemin uygulandığı ülkelerde kanunun tekelliliği ilkesinin benimsenmediği iddia edilmiştir.⁴²³ Ancak başka bir görüşe göre, common law sisteminin uygulandığı ülkelerde kanunun tekelliliği ilkesi uygulanmakla beraber sisteme özgü bir nitelik kazanmaktadır.⁴²⁴ Hatta kanunilik ilkesinin farklı hukuk sistemlerinde farklı görünümlere sahip olmasına karşın uygulamada birbirleriyle benzer sonuç doğurdıkları da iddia edilmiştir.⁴²⁵ Common law dendiğinde ilk akla gelen ülkelerden biri olan İngiltere’de 19 yy başlarından itibaren birçok kez genel bir ceza kanunu yapma girişiminde bulunduğu görülmektedir.⁴²⁶ Ancak bu girişimlerin başarısızlığına rağmen birçok suçun özel

⁴²¹Özcan v Turkey, Başvuru No: 44199/98-15/05/2001; X v Federal Republic of Germany, Başvuru No: 7705/76-05/07/1977.

⁴²² Demir v Turkey, Başvuru No: 72071/01-24/03/2005.

⁴²³ İçel/Donay, s.78; Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s.117.

⁴²⁴Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1958, s.115; Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s.117; Burtsev/Genzyuk/ Lukyanchikova/ Mironuk/ Prokhorova, s.233.

⁴²⁵Cadoppi, Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective, s. 73. Yazar, teorikte kanunilik ilkesine mutlak bir uyum gösteren sistemlerde yargıçların hukuk oluşturma ve suçun kapsamını genişletme gücü olduğunu ve yeni suçlar oluşturabileceklerini belirtmektedir. Özellikle bu duruma yüksek mahkemelerin bağlayıcı olan kararlarının bulunmamasının katkı sağladığı nitekim İtalyada common law sisteminin uygulandığı İskoç hukukuna göre daha az bir kesinlik bulunduğunu ileri sürmektedir. Ancak bir noktaya kadar her iki sistemde de ilkenin uygulandığını ifade etmiştir. İlkenin etkinliğini artırmak için iki sistem bakımından farklı öneriler getirmiştir. Kıta Avrupası sistemi için içtihat hukukunun daha sabit ve öngörülebilir olması gerektiğini ve bazı yüksek mahkeme kararlarının bağlayıcılık kazanması gerektiğini, common law sistemi için cezai kurallara daha makul bir hukuki zemin hazırlanarak belirsizliğin ana sebebi olan yazılı olmayan hukuku geride bırakmanın yollarının aranması gerektiğini tavsiye etmektedir.

⁴²⁶ Munday, s. 460; Andrew J. Ashworth, “United Kingdom”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.421. Bu kapsamda Person Act (1861) ve Malicious Damage Act (1861) gibi kanunların çıkarılmıştır.

ceza kanunları tarafından düzenlendiğini belirtmek gerekir.⁴²⁷ Bununla birlikte bu sistemin uygulandığı diğer bir ülke olan Amerika’da kanunilik ilkesi önem kazanmış ve common law sisteminin doğasından kaynaklanan tehlike sınırlandırılmıştır.⁴²⁸ Dolayısıyla bugün içtihat hukukunu benimseyen birçok ülkede, suçların yazılı tanımlamalarını içeren hükümler bulunmaktadır.⁴²⁹ Ancak günümüz İngiliz hukukunda suç ve cezaların kural olarak kanunlara dayanması gerektiği kabul edilmekte ise de sınırlı suç tipleri ve cezayı ortadan kaldıran sebepler gibi genel hükümler bakımından halen common law uygulama alanı bulabilmektedir.⁴³⁰ Bununla birlikte mevcut yazılı düzenlemelerinde belirlilik noktasında eksikleri olduğu düşünülmektedir.⁴³¹ Özellikle kamu ahlakını bozmaya yönelik suçlar bakımından⁴³² kanunilik ilkesini zedeleyici bazı kararlar verilmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla common law hukuk sistemlerinde kanunilik ilkesinin uygulanabilirliğinden bahsedilebilirse bile bu sistemde hukuki değişimin yarattığı tehlikeye karşı kanunilik ilkesi daha savunmasız bir pozisyonda bulunmaktadır.⁴³³ Başka bir ifadeyle, bu hukuk düzeninde kanunilik ilkesinin içtihadi hukuku temel alacak ölçüde geniş yorumlanması hak ihlalleri bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir.⁴³⁴ Bu bakımdan Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan ülkelerde kanunilik ilkesi daha kapsamlı bir güvence sağlamaktadır. Bu sistemin esasını kanunlara dayanan bir hukuk oluşturmaktadır. Ancak common law sisteminde hukukun gelişiminde mahkeme içtihatları önem taşıdığından, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması bu gelişim sürecindeki esnekliğe tehdit olarak

⁴²⁷ Baytaz, s.50.

⁴²⁸ Amerika’da yargının suç yaratma yetkisine kıyasla düzenleyici kurumlar veya cezalandırıcı komisyonlar gibi yürütme organının ceza hukuku yaratmasına imkân yaratan düzenlemelerin kanunilik ilkesi için daha büyük tehdit oluşturduğu düşünülmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Dubber, *Comparative Criminal Law*, s.1315; Scott J. Shapiro, **Legality**, UK, Harvard University Press, 2011, s.8 vd.

⁴²⁹ Kreß, s.3; Burtsev/Genzyuk/ Lukyanchikova/ Mironuk/ Prokhorova, s.232.

⁴³⁰ Alacakaptan, s.68; Kangal, s.79; Ashworth, s.421.

⁴³¹ Glaser, s.31.

⁴³² Shaw ve Knuller gibi 1970’li yıllarda verilen önemli kararlarda bir eylemin ahlak dışılığının suç haline getirilmesi kanun koyucunun iradesi ve yetkileri göz önünde bulundurmaksızın daha önceki içtihatlarla dayandırılmıştır. Başka bir ifadeyle mahkemelerin suç yaratma yetkisi kapsamında hüküm tesis edilmiştir. Kararlara ilişkin bilgi için bkz: Munday, s.445.

⁴³³ Kreß, s.6.

⁴³⁴ Turinay, s.243.

algılanmaktadır.⁴³⁵ Bu tehdidin ortaya çıkardığı en önemli sonuç ise kanunilik ilkesinin common law sisteminin geçerli olduğu ülkelerde farklı ve daha esnek bir uygulamaya sahip olmasıdır. Bu nedenle common law sisteminin niteliği itibarıyla kanunilik ilkesi bakımından halen belirsizlik taşıdığı kabul edilmelidir.⁴³⁶

Kanunilik ilkesinin farklı bir uygulamaya sahip olduğu alanlardan birini de uluslararası hukuk oluşturmaktadır. İç hukuktaki gibi genel ve bağlayıcı kural koyma yetkisine sahip bir erk bulunmadığından suç ve ceza içeren kuralların kaynağını uluslararası anlaşma, sözleşmeler ve uluslararası örf ve âdet kuralları oluşturmaktadır.⁴³⁷ Ancak uluslararası sözleşmeler kanunlardan farklı olarak her zaman kesin ve açık suç ve ceza hükümleri içermediği gibi örf ve adet hukukuna atıf yapabilmektedir.⁴³⁸ Bu bakımdan ilkenin uluslararası alanda etkisinin sınırlı olduğu iddia edilmekte olup tartışmalıdır. Kanunilik ilkesinin adaleti sağlamak ve cezasız kalmayla savaşmak için uluslararası hukuka göre adapte edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁴³⁹ Ancak hemen hemen her temel özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmede ilkeye yer verilmiş olması, ilkeye verilen değeri ve ilkenin uluslararası hukukta da işlevsel olması gerektiğini kanıtlamaktadır.

3. AİHM İçtihatlarında Kanun Kavramı

Kanunilik ilkesinin farklı uygulamalarını göz önüne alan AİHM, evrensel bir mekanizma kurmak adına common law sisteminin ve uluslararası hukukun gereklerini göz önüne alarak içtihatlarını şekillendirmiştir. Dolayısıyla AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre common law sistemi sözleşmenin 7.maddesi kapsamında kabul edilen kanunilik ilkesi ile bağdaşmaktadır.⁴⁴⁰ AİHS'ne göre bir kişinin bir suç dolayısıyla yargılanarak mahkûm olması kanunilik ilkesi uyarınca yasal bir dayanak gerektirmektedir. Bu sebeple mahkeme, sanığın yargılanmasına ve mahkûm edilmesine yol açan eylemi gerçekleştirdiği sırada yürürlükte olan yasal bir hükmün

⁴³⁵ Cadoppi, *Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective*, s.77; Mokhtar, s.51.

⁴³⁶ Munday, s.459.

⁴³⁷ Mokhtar, s.51; Shaack, s.102.

⁴³⁸ Crisan, s.3.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Kangal, s.80.

varlığını aramakta ve uygulanan cezanın söz konusu hükümde belirtilen sınırları aşıp aşmadığını incelemektedir. Bu değerlendirme esnasında ise sözleşmede yasal dayanak olarak “law” kavramına verilen anlam büyük oranda belirleyici olmaktadır. Bu bakımdan kanun olarak değil hukuk olarak da değerlendirilebilecek “law” kavramına verilen anlamın ortaya konulması konu açısından önem arz etmektedir. Bu kelimeye verilecek anlama göre ilkenin uygulama alanının daralıp genişlemesi söz konusu olmaktadır. Türk doktrin ve uygulamasından farklı olarak sözleşme sisteminde suç ve ceza içeren kurallar bakımından geniş bir kanun tanımı kabul etmiştir. AİHM’nin yerleşik içtihatlarında “law” kavramı, taraf devletlerin iç hukukundaki mevzuatla sınırlı olmayan ve uluslararası hukuk kurallarının da dâhil olduğu bir kapsam içinde yorumlanmaktadır. Nitekim 7. maddedeki, ‘hukuk (*law*)’ kavramının, tüm yazılı ve yazılı olmayan hukuka karşılık geldiği birçok kararda açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁴⁴¹ Bu bakımdan mahkeme, şekli anlamda değil maddi anlamda bir kanunun varlığını yeterli görmektedir.⁴⁴² Kanunilik ilkesi bakımından birçok yönüyle önem arz eden *Kafkaris/Kıbrıs*⁴⁴³ kararında mahkeme, “law” terimini şekli olarak değil maddi anlamında kullandığını, terim kapsamına kanunlardan daha alt bir hiyerarşide olan yazılı metinlerin ve yazılı olmayan hukukun da girdiğini ifade etmiştir. Konuya ilişkin olarak, yaşam hakkını düzenleyen uluslararası kuralların yasal dayanak olarak kabul edildiği *K.H.W./Almanya*⁴⁴⁴ kararı örnek verilebilir. Bahse konu karara konu olay şu şekildedir; 1949- 1961 yılları arasında yaklaşık iki buçuk milyon kişinin Demokratik Alman Cumhuriyeti’nden (DAC) Federal Almanya Cumhuriyeti’ne (FAC) göç etmeye başlaması üzerine DAC sınır görevlilerine, sınır ihlali halinde ihlalcileri tutuklamaları ve gerekirse öldürmeleri

⁴⁴¹ Rohlena v. The Czech Republic Başvuru No: 59552/08-27.01.2015; Larionovs Tess v. Latvia, Başvuru No: 45520/04 and 19363/05-25.11.2014; Del Rio Prada v Spain, Başvuru No: 2750/09-21.10.2013; Jorgic v Germany, Başvuru No:74613/01-12.06.2008. Doktrinde benimsenen hukuk anlayışının, kanunların demokratik yapısına ve işlemlerinin şeffaflığına ilişkin güvenceleri zayıflatabileceği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Nicola Lupo/Giovanni Piccirilli, “European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of “Law”?”, *Legisprudence*, C:6, S:2, 2012.

⁴⁴² Schabas, (2017), s.337; Lupo/Piccirilli, s.235; Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Baskı Ankara, Turhan Kitapevi, 2016, s.343.

⁴⁴³ Kafkaris v Kıbrıs, Başvuru No: 21906/04 -12.02.2008. Benzer yönde karar için bkz: Del Rio Prada v Spain, Başvuru No: 2750/09-21.10.2013; The Sunday Times v United Kingdom, Başvuru No: 6538/74-29.04.1979.

⁴⁴⁴ K.H.W v Germany, Başvuru No: 37201/97-22.03.2001. Benzer bir değerlendirme için bkz: Glässner v. Germany, Başvuru No: 46362/99-28/06/2001; Polednová v. The Czech Republic, Başvuru No: 2615/10-21/06/2011.

konusunda yetki verilmiştir. Bu kapsamda sınırı geçmeye çalışan birçok kişi sınır görevlileri tarafından yaralanmış ve öldürülmüştür. Berlin Duvarı'nın yıkılmasından sonra tekrar birleşen Almanya'da sınır görevlileri hakkında kasten adam öldürmeden dolayı yargılama yapılmıştır. Yargılanan sınır görevlilerinden biri olan başvuran, fiilin işlendiği zaman DAC Ceza Kanunu ve Polis Kanunu'nda suç olarak düzenlenmediğini bu sebeple sorumlu tutulamayacağını ve sözleşmenin 7.maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak mahkeme, her türlü hakkın üstünde olan yaşam hakkının başvuran tarafından ihlal edildiğini ve bu tür bir uygulamanın hiçbir şekilde hukuka uygun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Benzer nitelikteki *Streletz, Kessler, Krenz/Almanya*⁴⁴⁵ kararında ise DAC devletinde ve sosyalist partide önemli görevler icra etmiş başvuranların eylemlerinin hem kendi devletlerinin iç düzenlemelerine hem de Evrensel Haklar Bildirgesinde düzenlenen yaşam hakkına hem de Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yaşam ve seyahat özgürlüğüne ilişkin hükmüne aykırı bulmuştur. Söz konusu kararlarda hukuk kavramı, uluslararası sözleşmeleri de bünyesinde barındıran geniş bir kapsamda ele alınmıştır. Ancak uluslararası sözleşmeler ve yürürlükteki hukuk ile bağdaşmayan devlet uygulamaları, hukuki dayanak olarak kabul edilemez bulunmuştur.⁴⁴⁶

Uluslararası sözleşmeler yanında uluslararası teamül kuralları da "law" kapsamında değerlendirilmektedir. *Kononov/Latvia*⁴⁴⁷ kararında savaş suçundan dolayı hüküm giyen başvuran bakımından savaş hukukuna ait teamül hukuku kurallarının uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir.⁴⁴⁸ Bununla birlikte mahkeme içtihatları suç ve cezaya dayanak gösterilebilecek hukuk kaynaklarının başında

⁴⁴⁵Streletz, Kessler, Krenz v.Germany, Başvuru No:34044/96, 35532/97 ve 44801/98-22.03.2001. Alman sınır görevlileri hakkında verilen kararların değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz: Rudolf Geiger, "The German Border Guard Cases and International Human Rights", **European Journal of International Law**, C:9, S:3, 1998.

⁴⁴⁶Can Yavuz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", **TBB Dergisi**, Yıl:32, S:145, 2019, s.24.

⁴⁴⁷Kononov v Latvia, Başvuru No: 36376/04-17.03.2010.

⁴⁴⁸İnsanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi suçlar içinde benzer değerlendirmelerin yapıldığı kararlar için bkz: Vasiliauskas v Lithuania, Başvuru No: 35343/05-20.10.2015; Korbely v Hungary, Başvuru No: 9174/02-19.09.2008; Jorgic v Germany, Başvuru No:74613/01-12.06.2008.

gelmektedir. Konuya ilişkin şüphesiz en iyi örneklerden biri *S.W/Birleşik Krallık*⁴⁴⁹ kararıdır. Karara konu olayda eşlerine tecavüz etmekle suçlanan iki başvuran, kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı suçlu bulunamayacağına ilişkin yerleşik içtihatlar bulunduğunu iddia etmiş, mahkeme ise başvuranların belirttiği içtihadın belirgin bir değişim yaşadığını ve bu değişimin başvuranlar tarafından öngörülebilir olduğunu nitekim böyle bir kabulün insan onuru ve özgürlüğe dayalı olan sözleşmenin temel amaçlarına da uygunluk gösterdiğini belirterek ihlal olmadığına hükmetmiştir. *Custers, Deveaux ve Turk/Danimarka*⁴⁵⁰ kararında ise kanun hükmünde kararnamenin (executive order) hukuk kapsamında değerlendirilebileceği ve yerel mahkemelerin ulusal hukuku yorumlamasının açık bir keyfilik ve ihlal oluşturmadığı takdirde mahkeme önünde konu olmayacağı belirtilmiştir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki AİHM, cezai sorumluluğu hakkında karar verilmeyen veya beraat eden kişiler hakkında ceza uygulanmasını 7.madde de düzenlenen suçun yalnızca hukuka göre belirlenebileceği ilkesine aykırı bulmaktadır. Nitekim *Varvara/Italy*⁴⁵¹ kararında beraat eden başvuranın mallarının müsadere edilmesi 7.maddeye aykırı bulunmuştur.

Görüldüğü üzere AİHM hukuk kavramını, somut olayın şartlarına göre kanun, kanun hükmünde kararname, uluslararası sözleşme⁴⁵², uluslararası teamül hukuku ve yerleşik içtihatlar⁴⁵³ bakımından irdeleyebilmektedir. Ancak “law” kavramı için çok

⁴⁴⁹S.W v United Kingdom, Başvuru No: 20166/92-22.11.1995. Günümüzde dahi eşler arasındaki cinsel ilişkinin hukukun kapsamı dışında bırakıldığı 30 dan fazla ülke bulunmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Melanie Randall/Vasanthi Venkatesh, “The Right to No: The Crime of Marital Rape, Women's Human Rights, and International Law, **Brooklyn Journal of International Law**, C:41, S:1, 2015.

⁴⁵⁰Custers, Deveaux ve Turk v. Denmark, Başvuru No: 11843/03, 11847/03,11849/03- 03.08.2007.

⁴⁵¹Case Of Varvara v. Italy, Başvuru No: 17475/09-29/10/2013.

⁴⁵²Konuya ilişkin uluslararası bir sözleşmenin varlığı her zaman yasal dayanak olduğu şeklinde yorumlanmamaktadır. Özellikle uluslararası bir metin uyarınca iç hukukta düzenleme yapılması gereken durumlar söz konusu olabilmektedir. Plechkov v Romanya kararına konu olayda devlet, başvurana “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi” kapsamında yaptırım uyguladığını ve bu sebeple yaptırımların öngörülebilir olduğunu iddia etmiştir. Ancak mahkeme uluslararası sözleşme kapsamında ekonomik münhasır bölgeye ilişkin iç hukukta belirleme yapılmadığı için mahkûmiyetin başvuran açısından öngörülebilir olmadığına karar vermiştir. İlgili karar için bkz: Plechkov v Romania, Başvuru No:1660/03 - 16.09.2014.

⁴⁵³İçtihadın kaynak olarak değerlendirildiği diğer kararlar için bkz: X. Ltd. and Y. v. United Kingdom, Başvuru No: 8710/79-07/05/1982; Bohlin v. Sweden, Başvuru No: 28395/95-15/05/1996; Case Of C.R. v. The United Kingdom, Başvuru No: 20190/92-22/11/1995; Cantoni v. France; Başvuru No: 17862/91-15.11.1996; Coeme and Others v Belgium, Başvuru No: 32492/96, 32547/96, 32548/96-22.06.2000; Achour v France, Başvuru No: 67335/01-29.03.2006. Times Newspapers Ltd

geniş kapsamlı bir tanım kabul edilmiş olmakla beraber bu kanunun belli niteliklere sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁵⁴ Bir başka deyişle, mahkemece yasal dayanak için maddi bir kanunun varlığı yeterli görülmekle beraber bu kanunun niteliksel bazı özellikleri karşılaması gerekmektedir. Yerleşik içtihatlarla göre, “law” terimi niteliksel olarak “öngörülebilirlik” ve “ulaşılabilirlik” özellikleri taşımalıdır.⁴⁵⁵ Söz konusu niteliksel özellikler hem suçun tanımlanmasında hem de suç karşılığında uygulanacak yaptırım bakımından geçerli olmalıdır.⁴⁵⁶ Nitekim *Camilleri/Malta*⁴⁵⁷ kararında suç tanımının ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasına rağmen suç karşısında hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda öngörülebilirlik olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir. Bu bakımdan kişinin cezai sorumluluğuna yol açabilecek olan düzenlemenin hem suç hem de yaptırım açısından yeterince açık ve ulaşılabilir olması, gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması gerekmektedir.⁴⁵⁸ Dolayısıyla sözleşme sisteminde öngörülebilirlik koşulu kanunun tekelliliği ilkesiyle ilişkili olduğu gibi belirlilik ilkesi ile de doğrudan irtibatlıdır.⁴⁵⁹

Mahkemeye göre, “öngörülebilirlik” ibaresi, karşı çıkılan tedbirin sadece iç hukukta bir temeli olmasını değil, aynı zamanda söz konusu hükmün etkilerinin öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁶⁰ *Cantoni/Fransa* kararında⁴⁶¹ mahkeme öngörülebilirlik şartını yorumlayarak suçun kanunda açık bir şekilde

and Andrew Neil v. The United Kingdom, Başvuru No: 18897/91-12/10/1992; L.G. R. v. Sweden, Başvuru No: 27032/95-15/01/1997.

⁴⁵⁴ Murphy, s.195.

⁴⁵⁵ G.I.E.M S.R.L and Others v Italya, Başvuru No: 828/06, 34163/07, 19029/11-28.06.2018to; Cantoni v. France, Başvuru No: 17862/91-15.11.1996; Kafkaris v. Cyprus, Başvuru No: 21906/04-12.02.2008 Del Río Prada v. Spain, Başvuru No: 2750/09-21.10.2013; Perinçek v. Switzerland, Başvuru No: 27510/08-15.10.2015; Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom, Başvuru No: 21627/93 21826/93 21974/93-18/01/1995. Quality of law” şeklinde ifade edilen öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik koşullarının ilk kullanıldığı karar için bkz: Case of Kruslin v. France, Başvuru No: 11801/85-24/04/1990.

⁴⁵⁶ Schabas, (2017), s.345.

⁴⁵⁷ Camilleri v Malta, Başvuru No: 42931/10-22.01.2013. Aynı yönde kararlar için bkz: Kadusic v. Switzerland, Başvuru No: 43977/13- 09.01.2018.

⁴⁵⁸ Dutertre, s.276. Konuya ilişkin örnek kararlar için bkz: Berardi and Mularoni v. San Marino, Başvuru No: 24705/16, 24818/16-10.01.2019; Seychell v. Malta, Başvuru No:43328/14-28.08.2018; Ališić ve Diğerleri v Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya, Başvuru No: 60642/08-16/07/2014; Jorgic v Germany, Başvuru No: 74613/01-12/07/2007; Chauvy and Others v. France, Başvuru No: 64915/01-29/06/2004.

⁴⁵⁹ Andre Klip, **European Criminal Law: An Integrative Approach**, 3. Baskı, UK, Intersentia, 2016, s.199.

⁴⁶⁰ Imret v Türkiye, Başvuru No: 57316/10-10.07.2018; De Tommaso v Italy, Başvuru No: 43395/09-23.02.2017.

⁴⁶¹ Cantoni v. France, Başvuru No: 17862/91-15.11.1996.

tanımlanması gerektiğini ve kişinin hükmün ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumladıkları içtihatları yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Örnek verilebilecek *Ashlarba/Gürcistan*⁴⁶² kararına konu olayda Gürcistan Ceza Kanunu'nda yer alan bir maddede “hırsızların yeraltı dünyasına” mensubiyeti suç haline getirilmiş ve bu kavramın tanımı başka bir kanunda yapılmıştır. Söz konusu hükümden dolayı hapis cezasına çarptırılan başvuran ilgili maddenin öngörülebilir olmadığını iddia etmiş, mahkeme ise “hırsızların yeraltı dünyası” kavramının toplumda kökleşmiş olduğunu bu sebeple yaygın bir şekilde bilindiğini üstelik ilgili kavramların başka bir kanunda tanımlanmış olduğunu belirterek ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır. *Pekünlü/Türkiye*⁴⁶³ kararında ise başörtülü bir öğrencisini derse almayarak öğrenim hakkını engellediği için aldığı 2 yıl 1 aylık hapis cezası Yargıtay tarafından onanan başvuran, Türk Ceza Kanunu'nun 112. maddesine dayanılarak verilen hapis cezasının, öngörülebilir olmadığını ve düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AİHM, ilgili yasal değişiklikten ve Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsü kararından sonra söz konusu yasal düzenlemenin öngörülebilir ve ulaşılabilir olduğuna karar vererek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Bilindiği üzere kanunlar bakımından ulaşılabilirlik resmi gazeteler aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Ancak AİHM kanun kavramı yerine daha kapsamlı bir yasal dayanak sistemi benimsemiş olduğundan yazılı ve yazılı olmayan hukuk kaynakları bakımından ulaşılabilirlik unsurunun hangi şartlar altında sağlanmış olduğunun incelenmesi gerekmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre ulaşılabilirlik bakımından mahkûmiyete dayanak olan düzenlemenin başvuran açısından yeterince erişilebilir olması bir başka ifadeyle ilgili düzenlemenin kamuya duyurulup duyurulmadığı önem arz etmektedir. Bu konuda *Kasymakhunov ve Saybatalov/Rusya*⁴⁶⁴ kararı önemli bir örnektir. Karara konu olayda başvuran, Hizb ut-Tahrir (The Party of Islamic Liberation) adlı uluslararası bir örgüte üyedir. 2003 tarihinde verilen bir

⁴⁶² Ashlarba v Georgia, Başvuru No: 45554/08 - 15.7.2014.

⁴⁶³ Esat Renan Pekünlü v. Türkiye, Başvuru No: 25832/14- 16.05.2017.

⁴⁶⁴ Kasymakhunov ve Saybatalov v. Russia, Başvuru No: 26261/05, 26377/06-14.06.2013. Benzer değerlendirmenin yapıldığı kararlar için bkz: Kalabalık v. Turkey 26364/04-02/02/2016; Kokkinkakis v Greece, Başvuru No:14307/88-25.03.1993; G. v France, Başvuru No: 15312/89-27.09.1995.

mahkeme kararında söz konusu örgütünde içinde olduğu 14 örgütün terörist örgüt olduğu belirtilmiş ve Rusya’da faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Bu örgüt altında faaliyetlerine devam ederken yakalanan ikinci başvuran, sorgusunda söz konusu örgüte üye olduğunu ve örgütün Orta Doğu’da halifelik kurma amacını taşıdığını belirtmiş ancak üye olduğu örgütün faaliyetlerinin yasaklanmış olduğunu sorgusu sırasında öğrendiğini nitekim yasaklanan örgütlerin listesinin resmi olarak yayımlanmadığını ve bu bakımdan hukuki dayanağın ulaşılabilir bulunmadığını iddia etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu incelemede yasaklama kararının resmi olarak hiç yayınlanmadığını, yasaklanan örgüt listesinin ise ancak 2006’da yayınlanmış olduğunu göz önüne alarak mahkûmiyetin hukuki dayanağını ulaşılabilir bulmamış ve ihlal kararı vermiştir. Ayrıca mahkeme, örgütün yasaklandığına ilişkin medya tarafından yapılan haberlere karşın ancak kamu aracılığıyla yayınlanan kaynağın, hukuki uygulanabilirlik için güvenilir ve yeterli olduğunu belirtmiştir. Bir başka kararda ise içtihatların, yüksek mahkeme resmi koleksiyonunda ve hukuki dergilerde yayımlandığı belirtilerek yeterince ulaşılabilir olduğuna kanaat getirilmiştir.⁴⁶⁵ Diğer hukuki dayanaklar bakımından örnek verilebilecek *Custers, Deveaux ve Turk/Denmark*⁴⁶⁶ kararında ise kanun hükmünde kararnamenin Grönland Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğü girdiği ve başvuran açısından ulaşılabilir olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır. Dolayısıyla öngörülebilirlik koşulunu sağlayan bir hukuk kaynağının ulaşılabilir olarak de değerlendirilebilmesi için resmi yollardan yayımlanmış olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğu zaman ulaşılabilirlik koşuluna ilişkin tutarlı bir içtihat geliştirilemediği görülmektedir. AİHM, ulaşılabilirlik koşulunu yorumladığı bazı kararlarda, uluslararası metinlerin iç hukukta resmi yayınlarının yapıp yapılmadığını incelerken, diğer bazı kararlarında resmi ilan şartı sağlanmamış olsa dahi uluslararası sözleşmelerin ulaşılabilir olduğuna karar vermektedir. Mesela *Korbely/Hungary*⁴⁶⁷ kararında başvuranın sorumluluğu iç hukukta resmi çevrişi yapılmamış olan Cenevre

⁴⁶⁵ Unterguggenberger v. Austria, Başvuru No: 34941/97-25/09/2001.

⁴⁶⁶ Custers, Deveaux ve Turk v. Denmark, Başvuru No: 11843/03, 11847/03, 11849/03- 03.08.2007.

⁴⁶⁷ Korbely v Hungary, Başvuru No: 9174/02-19.09.2008. AİHM tarafından verilen çelişkili kararlar nedeniyle resmi yayının ulaşılabilirlik bakımından aranmadığına ilişkin görüş için bkz: Tom Booms/Carrie Van Der Kroon, “Inconsistent Deliberations or Deliberate Inconsistencies? The Consistency of the ECtHR’s Assessment of Convictions Based on International Norms”, *Utrecht Law Review*, C:7, S:3, 2011, s.164.

Sözleşmesinin insanlığa karşı suçlar hükmüne dayandırılmıştır. AİHM, sözleşme metnini içeren bir broşüre ve sözleşme özetinin yayınlandığı gazeteye işaret ederek söz konusu sözleşmenin ulaşılabilir olduğuna hükmetmiştir. *Kononov/Latvia*⁴⁶⁸ kararında ise daha ileriye giderek, uluslararası düzenlemelerin ve teamüllerin SSCB’de ve Letonya SSC’de resmi olarak yayınlanmadığını ancak bu durumun belirleyici olmadığını, uluslararası savaş sözleşmelerinin ve teamüllerinin başvuruçunun şahsi cezai sorumluluğuna gitmek için başlı başına yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararın AİHM genel içtihatları çerçevesinde tartışılması gerekmektedir. Her ne kadar ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriteri birbirini tamamlıyor olsa da esasında birbirinden bağımsız niteliktedir.⁴⁶⁹ Somut olayda mahkeme, öngörülebilir olduğu kabul edilen sözleşmenin doğrudan ulaşılabilir olduğuna da karar vermiş bulunmaktadır. Hâlbuki öngörülebilir olan bir düzenlemenin ulaşılabilir olmaması mümkündür. Böyle bir sonuç, ulaşılabilirlik koşulunun öngörülebilirlik koşulu içerisinde değerlendirilmesine ve işlevini kaybetmesine sebep olabilecek niteliktedir. Bu nedenle ulaşılabilirlik ile ilgili yukarıda belirtilen kararlar ile uluslararası hukuk kaynaklarının ulaşılabilirliğine ilişkin verilen kararlar uyumlu değildir. Kanaatimizce bu uyumsuzluğun sebebi AİHM’nin uluslararası suçlar söz konusu olduğu zaman kanunilik ilkesini daha geniş yorumlama eğilimidir.⁴⁷⁰

B. Ceza Hükümlerinin Geçmişe Etkili Olmaması (Lex Praevia)

Hukuk kurallarının kaynağı olarak karşımıza beşeri irade çıktığı için bu kuralların değişmez, evrensel ve mutlak nitelikte olması mümkün değildir.⁴⁷¹ Bu durum, hukuk kurallarının sürekli bir değişim içerisinde olması sonucunu doğurduğundan zamansal olarak bazı problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Mevcut hukuki düzenlemelerin zaman içinde yürürlükten kalkarak yerini yeni düzenlemelere bırakması, bu süreç içerisinde icra edilen eylemlere hangi kuralın

⁴⁶⁸ Kononov v Latvia, Başvuru No: 36376/04-17.03.2010.

⁴⁶⁹ Murphy, s.200.

⁴⁷⁰ AİHM’nin uluslararası sözleşmelere ilişkin içtihadının eleştirisi için bkz: Booms/ Kroon, s.156 vd.

⁴⁷¹ Zeki Hafizoğulları/Ezgi Aygün Eşitli/Özgür Küçüktaşdemir, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, **BÜHFD**, C:1, S:1, 2015, s.507.

hangi zamansal ölçüte göre uygulanması gerektiği sorusuna yol açmaktadır. Bu bakımdan hukuk kuralların zaman yönünden uygulanması, belli bir davranış ya da hukuki duruma uygulanacak normun saptanması ile ilgilidir.⁴⁷² Esasında ceza normlarının yürürlükten kalkması diğer hukuk normlarının tabi olduğu kurallara tabidir ve özellik göstermez.⁴⁷³ Ancak bu kanunların suç teşkil eden fiillere zamansal olarak uygulanması diğer hukuk alanlarına göre farklılık göstermektedir. Bu farklılık ise suç kavramının, birden çok unsurdan meydana gelen karmaşık bir yapı olarak zamana yayılabilmesinden kaynaklanmaktadır.

Caydırıcılık ve meşru bir cezalandırılabilirlik başta gelmek üzere bir ceza hukuku kuralından beklenen etkinin söz konusu olabilmesi için bu kuralın hep ileriye yönelik olarak tasarlanması gerekmektedir. Aksi takdirde meşru bir cezalandırma söz konusu olmayacak ve işlenmiş fiillere karşı sonradan yürürlüğe giren bir kanunun önleme etkisi bulunmayacaktır.⁴⁷⁴ Bununla birlikte kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için de bu kuralların ileriye etkili olması bir zorunluluk arz etmektedir. Zamansal bir garanti olmadan kanunun tekelsizliği ilkesinin kişiler açısından bir güvence teşkil etmesi mümkün değildir.⁴⁷⁵ Suç konusu eyleme ilişkin bilgisi olmadığı halde cezalandırılan bir kişi ile suç olmadığını bildiği bir eylemi icra eden kişinin geriye dönük olarak cezalandırılması arasında fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla işlendiği esnasında suç oluşturmayan bir fiilin daha sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile cezalandırılması her ne kadar bu düzenleme kanuna dayansa bile irade özgürlüğünü zedeleyici sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle emir içeren hukuk kurallarının doğası gereği geçmişe

⁴⁷² Katoğlu, s.31; Üzülmüş/Koca, s.73.

⁴⁷³ Toroslu/Toroslu, s.62.

⁴⁷⁴ Kelsen, s.2; Erem, s.128; Demirbaş, s.133.

⁴⁷⁵ Aralarında ki bu yakın ilişkiye rağmen kanunun tekelsizliği ile geçmişe uygulanma yasağı, ifade ettikleri anlam itibarıyla iki ayrı kural niteliğindedir. Gerçekten ilkenin tarihi gelişimine bakıldığında zaman kanunların geçmişe yürütülmemesine ilişkin yasağın kanunilik ilkesinin en bilinen yönü olarak sıklıkla ancak tekelsizlik ilkesinden bağımsız bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu yasakların varlığı birbirine bağlı bulunmamaktadır. Ancak kanunilik ilkesinden ve bu ilkenin sağladığı güvenceden bahsedilebilmesi için tamamlayıcı yasakların birlikte uygulanması gerekmektedir. Aksi takdirde kanunilik ilkesinin kendinden beklenen işlevi görebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan 2.maddesinde kanunun tekelsizliğini, 7.maddesinde ise geriye yürüme yasağını ele alan 5237 sayılı TCK gibi, Anayasa'nın 38.maddesinin de bu yasakları ayrı ayrı ele alması gerektiği belirtilmiş ve 38.maddenin teknik yönden kusurlu olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: Erem/Danışman/Artuk, s.93; Katoğlu, s.78 Ayrıca belirtmek gerekir ki aralarında bu kadar yakın bir bağ bulunan kuralların TCK'nın 2. ve 7.maddesinde değil, birbirinden hemen sonra düzenlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Özbek/Doğan/Bacaksız, s.121.

etkili olacak şekilde ele alınmaması, ileriye yönelik düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁴⁷⁶ Bu itibarla kanunilik ilkesi, suç ve ceza içeren kuralların geçmişe etkili olarak uygulanmasını engelleyici yasaklar getirmektedir. Bu sayede vatandaşlara belirli davranış biçimlerinin, cezai sorumluluğa yol açıp açmayacağı hakkında zamansal olarak doğru bilgi verilmesi garanti edilmektedir. Günümüzde ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması noktasında genel kural, eylemin icra edildiği esnada mevcut olan kanuna tabi olmasıdır. Ceza kanunlarının yürürlükte bulunduğu fiillere uygulanmasının doğal sonucu ise bu kanunların yürürlüğe girmeden veya yürürlükten kalktıktan sonra icra edilen eylemlere uygulanamamasıdır. Dolayısıyla ceza kurallarının zaman bakımından uygulanmasına iki yasak yön vermektedir. Bunlar yürürlük ötesi uygulanmazlık ile geçmişe uygulama yasağıdır.⁴⁷⁷ Ancak söz konusu yasakların çeşitli ceza kuralları bakımından uygulanması farklılık içermektedir. Ayrıca bu yasakların uygulanması noktasında bazı fiiller ve bu fiillerin faileri ile sınırlı istisnalar tanınabilmektedir.⁴⁷⁸ Bu bakımdan geçmişe uygulama yasağını çeşitli ceza kuralları bakımından incelemek konunun anlaşılması açısından zorunluluk arz etmektedir.

1. Suç ve Ceza İçeren Hükümler Bakımından

a. Genel Olarak

Suç teşkil eden bir eyleme hangi kanunun uygulanacağı meselesi, zaman bakımından bir sınır çizilmesini zorunlu kılmaktadır. Zamansal bakımdan çizilen bu sınıra göre suçun, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna tabi olması gerekmektedir. Ancak bir kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanması kendi yürürlüğünden önce işlenmiş ancak henüz hükme bağlanmamış yargılamalar bakımından geriye dönük bir etki yaratmaktadır.⁴⁷⁹ Böyle bir sonucun kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu bir hukuk sisteminde kabul edilmesi mümkün

⁴⁷⁶ Katoğlu, s.65.

⁴⁷⁷ Kelsen'e göre elde edilmiş haklara ilişkin düzenlemeleri ortadan kaldıran kanunların da geriye yürür etkisi bulunmaktadır. Ancak ilkenin bu şekilde geniş yorumlanması hukuki düzenleme yapılmasını engelleyebileceğini belirten düşünür geriye yürütme yasağının ceza hukuku ile sınırlı yorumlanması gerektiğini düşünmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kelsen, s.5.

⁴⁷⁸ Katoğlu, s.102.

⁴⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.123.

olmadığından geriye yürüme kuralı, ceza hukukunda geriye yürüme yasağına dönüşmektedir.⁴⁸⁰ Bu yasak gereği, bir kanunun yürürlüğe girmeden önce icra edilen eylemler bakımından uygulanması, mümkün bulunmamaktadır. Geçmişe uygulama yasağının hukuksal bir şekilde ifade edilmesini, Anayasa'nın 38.maddesinde ve TCK'nun 7.maddesinde bulmak mümkündür. TCK'daki hükme göre suçun, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre cezalandırılması gerekmektedir. Anayasa'nın 38.maddesinde ise kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilinden dolayı cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece geçmişe uygulama yasağı hem anayasal hem de kanunsal bir koruma altına alınmış bulunmaktadır. AİHS sisteminde de kanunların geriye yürütülmesine özel bir önem verilmektedir. *O'Carroll/The United Kingdom* kararında AİHM, 7.maddenin asıl amacının kanunun geriye yürütülmesini yasaklamak olduğunu belirtmiştir.⁴⁸¹

Bu denli önem arz eden geriye yürüme yasağının çeşitli ihtimaller dâhilinde karşımıza çıkması mümkündür. Bunlar; eylemin sonradan yürürlüğe giren kanun ile suç haline getirilmesi, yeni kanunla suçun niteliğinin ağırlaştırması veya suçun işlendiği zamandaki mevcut cezanın değiştirilerek ağırlaştırılması olarak ifade edilebilir.⁴⁸² Dolayısıyla geçmişe uygulama yasağı, temel suç tipi ve öngörülen ceza yanında suçun ağırlaştırıcı sebepleri gibi diğer unsurlarını da kapsayıcı bir nitelik arz etmektedir. Ancak suç ve ceza içermeyen hükümler bakımından bu yasağın uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri gibi genel hükümler bakımından da söz konusu yasak uygulama alanı bulabilecektir.⁴⁸³ Diğer bir görüş ise ceza kanunlarına ilişkin zamansal kuralların, ancak suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun karşılığında öngörülen ceza hukuku yaptırımlarında ve bir cezaya mahkûm olmaya bağlı kanuni neticelerde bir değişiklik yapması durumunda dikkate alınması gerektiğini

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ *O'Carroll v. The United Kingdom*, Başvuru No: 35557/03-15/03/2005; *X v Belgium*, Başvuru No: 8988/80-10/03/1981.

⁴⁸² Belirtmek gerekir ki bu hallere suçun işlendiği zamana göre mevcut delil kurallarının sanık aleyhine değiştirilmiş olması da eklenmektedir. Ancak bu konu ceza muhakemesine ilişkin bölümde ele alınacağı için bu bölümde incelenmeyecektir.

⁴⁸³ İçel/Donay, s.91; Üzülmüş/Koca, s.74; Gülşah Bostancı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, 2007, s.111.

belirtmektedir.⁴⁸⁴ Kanaatimizce geçmişe uygulama yasağı kişi bakımından daha ağır sonuç doğurmaya elverişli tüm durumlar açısından geçerli olmalıdır. Sadece suç ve cezaya ilişkin hususlarda değil genel hükümlerde yapılacak bir değişiklik de sanığın aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle genel hükümler bakımından da geçmişe uygulama yasağının uygulanması gerekebilmektedir.⁴⁸⁵

Kanunilik ilkesinin önemli bir tamamlayıcısı olan geçmişe uygulama yasağının gerekçesi doktrinde tartışmalıdır. Bu kapsamda geriye uygulama yasağını, cezanın işlevine dayandıran görüşler bulunduğu gibi söz konusu yasağı hukuki kesinlik ve güven kavramlarına başvurarak açıklamaya çalışan görüşler de ileri sürülmektedir. Hangi görüş kabul edilirse edilsin bu kuralın salt kesinlik veya güvenlik kavramına dayanılarak açıklanması mümkün değildir. Öncelikle Kelsen'in de ifade ettiği üzere bu yasağa temel oluşturan adalet prensibi, hukukun uygulanabilmesi için bilinmesi gerekliliğidir.⁴⁸⁶ Suç ve cezaların kanunla tanımlanması kanunların bilinebilirliğini sağlaması açısından tek başına yeterli gelmemekte ve desteklenmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu desteği sağlayan başlıca yasaklardan biri geçmişe uygulama yasağıdır. Söz konusu yasak sayesinde kanun tarafından tanımlanmış hukuk kurallarının, zamansal olarak irade özgürlüğünü zedeleyici bir şekilde uygulanması yasaklanmış olmaktadır. Bununla birlikte kanunların geçmişe yürütülmesinin yasaklanması, demokratik sürecin kötüye kullanılmasının önündeki en önemli engellerden birini oluşturmaktadır. Halkın temsilci olan ve kanun koyma konusunda tekel bir yetkiyi elinde barındıran yasama organının ahlaki ve politik açıdan arzu edilir olmasa da yetkisini kötüye kullanarak özel durumlar ve kişiler bakımından kanunu geriye yürütmesi mümkündür.⁴⁸⁷ Başka bir ifadeyle, zamansal bir sınır

⁴⁸⁴ Erem/Danişman/Artuk, s.131; Özgenç, s.137.

⁴⁸⁵ Aynı yönde görüş için bkz: İçel/Donay, s.94; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.123; Üzülmüş/Koca, s.74.

⁴⁸⁶ Kelsen, s.4.

⁴⁸⁷ Nitekim bu duruma çarpıcı bir örnek, Güney Kore hukukundan verilebilir. Kore'de bu kuralın ihlalinin klasik ve üzücü örneğini Cho Yong-Soo davası oluşturmaktadır. Yayımlanan bir gazetenin(Minjo Ilbo) başkanı olan sanık, "Special Act for Punishment of Special Crimes" adlı mevzuatı ihlal suçundan dolayı yargılanmış ve Mayıs ayında gerçekleştirdiği eylemlerinden dolayı Haziran ayında yürürlüğe giren kanun dolayısıyla mahkûm edilmiştir.⁴⁸⁷ Bununla birlikte ilgili mevzuatın ek kısmında kanunun 3 yıl 6 ay geriye dönük olarak uygulanacağı şeklinde hüküm düzenlenmiştir. Güney Kore'de ki uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Cho, s.150 vd. Benzer nitelikte bir uygulamaya Türk hukukunda da rastlamak mümkündür. 1960 tarihinde 15 sayılı kanunla o dönemde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 56.maddesinde düzenlenen "65 yaşından büyük olanlara idam cezası uygulanmaz." ifadesi, yürürlükten kaldırılmış ve Celal Bayar için idam yolu

öngörülmediği takdirde yasama organının kanunları araçsallaştırması ve süreci kötüye kullanması kolaylaşmaktadır. Bu nedenle demokratik bir süreci teşvik ederek kanunlara zamansal bir sınırlama getiren geçmişe uygulama yasağının kabul edilmesi önem taşımaktadır. Demokratik sürece olumlu katkıları olan bu yasağın çeşitli temel ilkeler bakımından da önemli etkileri bulunmaktadır. Bu ilkelerin başında ise eşitlik ilkesi gelmektedir. Hatta bu nedenle geçmişe uygulama yasağı eşitlik ilkesi ile bütünsel bir değer olarak yorumlanmaktadır.⁴⁸⁸ Gerçekten de eşitlik ilkesi farklı konumlarda bulunanlara farklı davranılmasını gerektirmektedir. Nitelik olarak aynı filleri icra eden kişiler arasındaki zamansal farkın kaldırılarak daha aleyhe olan kanunun geriye yürütülmesi eşitlik ilkesini zedelemektedir. Çünkü eski kanun dönemindeki suça ilişkin koşulları göz önüne alan kimse ile yeni kanun dönemindeki suça ilişkin koşulları göz önüne alan kimse arasında fark bulunmaktadır. Doktrinde bu durumu dikkate alan bazı yazarlar, icra edilen eyleme yeni bir düzenleme ile daha ağır bir cezanın uygulanması halinde kişinin bu eylemi icra etmekten vazgeçebileceğini ileri sürmüştür.⁴⁸⁹ Dolayısıyla farklı konumda bulunanlara daha ağır hükümler içeren yeni tarihli kanunun uygulanması eşitlik ilkesinin ihlali anlamını taşımaktadır. Bu söylemin tersinden ifade edilmesi de mümkündür. Aynı fiil hakkında daha lehe olan kanunun mevcudiyetine rağmen farklı muamele yapılması eşitlik ilkesini ihlal edecektir.⁴⁹⁰ Bu bakımdan daha aleyhe olan kanunun geriye yürütülmesi ve lehe olan kanunun geriye yürütülmemesi eşitlik ilkesini zedelemektedir. Bu itibarla lehe kanunun geçmişe yürütülmesi, bu yasağı tamamlayan bir işlev görmek ve kanunların zaman bakımından uygulanmasının istisnasını oluşturmaktadır.

b. Lehe Olan Kanunun Geçmişe Yürürlüğü

Geçmişe uygulama yasağını tamamlayan, yargılananlar ve mahkûm olanlar bakımından daha adil sonuçlar doğmasına sebep olan kural, lehe olan kanunun

mümkün hale getirilmiştir. Böylece kanunun yürürlüğe girmesinden önceki üç buçuk yıl sürecinde birçok eylem ve kişi açısından öngörülebilirlik bulunmayan bir durum yaratılmış ve meşru olmayan bir yetki kullanımına dayanarak kişiler cezalandırılmıştır. İlgili örnek hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.203.

⁴⁸⁸ Katoğlu, s.93.

⁴⁸⁹ Kelsen, s.3; Alacakaptan, s.36.

⁴⁹⁰ Katoğlu, s.93.

geçmişe yürütülmesidir. Geçmişe uygulama yasağını tamamlayıcı bir ilkeye ihtiyaç duyulması doktrinde çeşitli şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. Bir görüşe göre, bir fiilin sonraki kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde artık sosyal fayda kalmadığından fiilin cezalandırılmasına devam edilmemeli; fiilin daha hafif bir yaptırımla cezalandırılması halinde ise suç ve ceza arasında daha adil bir oran kurulmuş olduğu kabul edilebileceğinden yeni kanun tatbik edilmelidir.⁴⁹¹ Diğer bir görüşe göre sonradan yürürlüğe giren kanun lehte olan hükümler içeriyorsa belli bir hata ve adaletsizliği düzeltme amacı taşımakta olduğundan geçmişe dönük olarak uygulanması gerekmektedir.⁴⁹² Benzer yöndeki diğer bir görüşe göre ise sonradan yürürlüğe giren bir kanunun suç olarak kabul edilen bir eylemi suç olmaktan çıkarması af hükmünde olduğundan, söz konusu eylemin artık toplum için zararlı veya tehlikeli kabul edilmesi mümkün değildir.⁴⁹³ Esasında Anayasamızın 38.maddesinde kanunilik ilkesinin tüm yönlerine değinilmekle beraber lehe kanunun geçmişe uygulanmasına ilişkin bir zorunluluktan bahsedilmemiştir.⁴⁹⁴ Her ne kadar ceza kanunumuzda lehe uygulamadan bahsedilmiş olsa bile kanunlar ancak kendinden daha aşağıda olan hukuki düzenlemeler açısından bağlayıcılık arz etmektedir. Ancak bu noktada anayasanın 90.maddesi lehe uygulama kuralına önemli bir güvence ve anayasal zemin oluşturmaktadır. İlgili maddede, usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunla çelişmesi halinde, uluslararası sözleşme hükümlerine üstünlük verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre anayasa metninde lehe uygulama zorunluluğu öngörülmemiş olsa dahi taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde lehe uygulama yapılması gerektiği kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla Türkiye açısından lehe uygulama, uluslararası sözleşmeler nedeniyle anayasal bir zorunluluk teşkil etmektedir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde lehe uygulamaya ilişkin bir hüküm yer almamış olsa bile Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası

⁴⁹¹ Alacakaptan, s.36-37. Sosyal fayda görüşünü savunan diğer yazarlar için bkz: Centel/Zafer/Çakmut, s.101; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.124.

⁴⁹² Erem, s.121.

⁴⁹³ Hafizoğulları/Özen, s.30.

⁴⁹⁴ İçel/Donay'a göre AY'nın 38.maddesi, eylemden sonra çıkarılan kanun ile cezanın ağırlaşması halinde lehe olan eski kanun hükmünün uygulanmasını öngörmüştür. Bu bakımdan lehe uygulamayı anayasal bir ilke olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: İçel/Donay, s.82.

Sözleşmesi 15.maddesinde⁴⁹⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise 7.maddesinde bu kurala yer vermektedir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7.maddesi, lafız olarak lehe uygulamadan bahsetmemiş ve bu uygulamayı zaman içinde gelişen içtihatları yoluyla kabul etmiştir.⁴⁹⁶ Dolayısıyla belli bir döneme kadar lehe uygulama zorunlu tutulmamış, lehe uygulama yapılmadıysa ihlal kararı verilmemiş ve lehe uygulama yapıldıysa bu sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilmemiştir.⁴⁹⁷ Ancak bu içtihat, 2009 tarihinde verilen *Scoppola/Italy (No:2)* kararıyla⁴⁹⁸ birlikte esaslı bir değişiklik geçirmiş ve artık lehe uygulamanın kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilmeye başlanmasına yol açmıştır. Bahse konu bu kararda, karısını öldüren ve oğlunu yaralayan başvuran hakkında daha lehe hükümler öngören kanunun uygulanmaması meselesini değerlendiren AİHM, hukuk camiasında meydana gelen değişim sonucunda ulaşılan görüş birliğinden bahsederek daha lehe olan kanunun uygulanmasının ceza hukukunun temel prensibi olduğunu belirtmiş ve 7.maddenin böyle bir uygulamayı lafzi olarak yasaklamadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca bu uygulamanın hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olduğunu belirten mahkeme, aşırı görülen cezanın uygulanmaya devam edilmemesi gerektiği kanaatine varmıştır. Bu doğrultuda lehe uygulama yapılması AİHM'nin kanunilik ilkesi kapsamındaki içtihadına dahil edilmiş ve aksi yöndeki uygulamalar ihlal yaptırımı ile sonuçlandırılmıştır. Dolayısıyla başta fiili suç olmaktan çıkaran kanun gelmek üzere lehe kanunun geçmişe uygulanması temel bir

⁴⁹⁵ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 15.maddesinde lehe uygulama kabul edilmiş olsa da bu hükme göre ihlal kararı verilen az sayıda karar olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bunun sebebi ise yapılan başvuruların, koşullu salıverilme gibi sözleşme kapsamında ceza olarak değerlendirilmediği belirtilen yaptırımlar içermesidir. İlgili kararlar için bkz: A.R.S v. Canada (91/81); Van Duzen v. Canada (50/79). Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Sarah Joseph/ Jenny Schultz/ Melissa Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary**, New York, Oxford University Press, 2000.

⁴⁹⁶ Bleichrodt, s.663.

⁴⁹⁷ X v Federal Republic of Germany, Başvuru No: 7900/77- 06/03/1978. Bahse konu kararda AİHM, BM Ekonomik ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin aksine daha lehe kanun uygulamasının kabul edilmediğine kararvererek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Benzer nitelikte olan Hummatov v. Azerbaijan, Başvuru No: 9852/03 13413/04- 18/05/2006, Hajiyev v. Azerbaijan, Başvuru No: 5548/03-16/06/2005 ve Le Petit v. The United Kingdom, Başvuru No: 35574/97 05/12/2000 kararında ise 7.maddenin lehe olan değişikliğin uygulanması garantisini içermediğini belirtmiştir. Karmo v. Bulgaria, Başvuru No: 76965/01-09/02/2006 ve Case Of G. v. France, Başvuru No: 15312/89 27/09/1995 kararında ise lehe uygulanan hükmün 7.maddeye aykırı olmadığına karar verilmiştir.

⁴⁹⁸ Scoppola v Italy(No:2), Başvuru No: 10249/03-17/09/2009.

insan hakkı olarak kabul edilmektedir.⁴⁹⁹ Bu kuralı açıkça düzenleyen uluslararası bir hüküm bulunmasaydı bile aynı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Şöyle ki, Anayasanın 10.maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi benimsenmiş ve bu eşitliğin hem şekli hem de maddi bir yönü olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle yukarıda bahsedilenler ışığında kanaatimizce böyle bir uygulamanın anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu da ileri sürülebilecektir.⁵⁰⁰

AIHM'e göre suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesi ilkesi, öncelikle işlendiği zaman suç teşkil etmeyen fiillerin sonradan yürürlüğe giren kanunla geriye dönük bir şekilde cezalandırılmasını yasaklamaktadır. Ancak fiilin icra edildiği zaman cezalandırılabilir olması hatta sadece ağırlaştırıcı sebeplere göre dahi cezalandırılabilir olması, kanunilik ilkesinin ihlal edilmediği şeklinde yorumlanmaktadır. *Ould Dah/Fransa*⁵⁰¹ kararında daha sonradan yürürlüğe giren ve ağırlaştırıcı nedeni bağımsız suç haline getiren düzenlemenin, esas olarak yeni bir suçu ortaya çıkarmadığı eski Ceza Kanununda öngörülen ve cezalandırılan fiiller ile ilgili yasal mevzuatın gözden geçirilmesi niteliğinde olduğu ve yeni düzenlemenin Ceza Kanununun gelişmesinin bir neticesi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş ve davada, geçmişe yürürlükle ilgili herhangi bir sorun bulunmadığına karar verilmiştir. Örnek niteliğinde diğer bir karar olan *Kadusic/İsviçre*⁵⁰² kararına konu olayda ise 2000 ve 2004 yılları arasında hırsızlık, yaralama gibi birçok suçtan 8 yıl hüküm giyen başvuran hakkında ayrıca 2007 yılında yürürlüğe giren tedavi tedbirinin (therapeutic measure) uygulanmasına karar verilmiştir. Bu uygulamanın suç ve cezaların geriye yürütülmemesi kuralını ihlal ettiği belirtilmiş ancak mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede yaptırımın ceza olarak değerlendirilmesi halinde bile önceki kanunda düzenlenen “*akıl hastalığına sahip mahkûmlara ilişkin tedbirler*” hükmü kapsamında başvuranın aynı tedbirlere tabi tutulabileceğini belirtmiştir. Bu veriler ışığında mahkeme hem yeni kanunun hem de daha ağır bir cezanın geçmişe yürürlü bir şekilde uygulanmadığına karar vermiştir.

⁴⁹⁹ Katoğlu, s.98.

⁵⁰⁰ Aynı yönde görüş için bkz: Katoğlu, s.100.

⁵⁰¹ Ould Dah v France, Başvuru No: 13113/03-17.03.2009.

⁵⁰² Kadusic v. Switzerland, Başvuru No: 43977/13- 09.01.2018.

AİHS 7.maddesinde düzenlenen yasak, suçlar için olduğu kadar suçlar için öngörülen cezalar bakımından da geçerlidir. Nitekim *M/Almanya*⁵⁰³ kararında önceki kanuna göre azami 10 sene önleyici olarak tutuklu kalacak olan başvuranın, üst sınır olan on yıllık süreyi kaldıran yeni hükme dayanarak, tutuklu kalmasına karar verilmiştir. AİHM, önleyici tutukluluk tedbirinin ceza niteliğine sahip olduğunu belirterek bu tedbirin başvuran aleyhine ve geçmişe dönük bir şekilde uygulandığına karar vermiştir. *Del Rio Prada/Spain*⁵⁰⁴ kararına konu olayda ise başvuran hakkında verilen tüm hapis cezaları için azami hapis cezası süresi otuz yıl olarak sabitlenmiş ve başvuranın alıkondduğu süre boyunca yaptığı işlerden dolayı tanınan ceza indirimleri ile nihai tahliye tarihi olarak 2 Temmuz 2008 tarihi önerilmiştir. Ancak cezaya uygulanabilecek her türlü indirimin, mahkûmun otuz yıllık azami hapis süresini tamamlaması bitene dek her bir müstakil cezaya müteselsilen tatbik edilmesi gerektiğini söyleyen yeni bir yaklaşıma göre (Parot Doktrini) tahliye tarihi tekrar hesaplanarak 27 Haziran 2017 olarak belirlenmiştir. Mahkeme, Parot doktrininin somut davada uygulanma biçiminin basit bir cezaevi politikasının ötesine geçtiğine kanaat getirmiş, hüküm veren mahkeme tarafından alınan bu önlemin, verilen cezanın kapsamının yeniden tanımlanmasına yol açtığını ve başvuran aleyhine geriye dönük bir şekilde uygulandığına hükmetmiştir. Bu bakımdan geçmişe yürütme yasağı, fiile işlendiği zaman yürürlükte olmayan kanunun uygulanmasını yasaklaması yanında daha ağır ceza öngören kanunun da geçmişe yürütmesini yasaklamaktadır.

c. Lehe Olan Kanunun Belirlenmesi ve Uygulanması

Lehe kanun uygulaması kabul edildiği takdirde çözümlenmesi gereken bazı teorik ve pratik nitelikte problemler bulunmaktadır. Bahse konu bu problemlerin başlangıç noktasını hangi kanunun lehe olduğunu belirleme işlemi oluşturmaktadır. Lehe kanunu belirlemek için cevaplanması gereken ilk soru, belirleme işleminin sübjektif nitelikte mi objektif nitelikte mi olması gerektiğine ilişkindir. Böyle bir belirleme sübjektif nitelikte yapılırsa lehe olan kanunun belirlenmesinde suç işleyen kişinin tercihinin ön plana çıkarılması gerekmektedir. Kimilerine göre üç ay süreli

⁵⁰³M. v Germany, Başvuru No:13113/03-17.12.2009.

⁵⁰⁴Del Rio Prada v Spain, Başvuru No: 2750/09-21.10.2013.

hapis cezasını para cezasına çeviren hüküm daha lehe değerlendirilirken kimilerine göre üç ay hapis cezası daha tercih edilebilir olabilmektedir. Bu bakımdan hâkimin her somut olay açısından suç işleyen kişinin de tercihlerini göz önüne alarak bir inceleme yapması gerekmektedir.⁵⁰⁵ Objektif bir belirleme de ise suç işleyen kişilerin tercihi daha arka planda kalmakta ve iki kanunun ilgili hükümlerinin karşılaştırılması suretiyle sonuca ulaşılmaktadır. Hukukumuzda, suçlunun hangi kanunun daha lehte olduğunu tayin edebilmesi uygun görülmemiş ve objektif bir belirlemenin yapılması gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁰⁶ 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9.maddesinin 3.fıkrasında lehe olan hükmün, iki kanunun somut olaya uygulanarak sonuçlarının karşılaştırılması suretiyle belirleneceği ifade edilmiştir. Buna göre hâkim, kanun hükümlerini ayrı ayrı somut olaya uygulayarak lehe olan kanunu belirleyecektir. Bu kararın verilmesinde suç ve cezanın niteliği yanında cezanın niceliği de önemli bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Hâkim daha lehe olan kanunu belirlerken suçun ve cezanın niteliğini ağırlaştıran hükmü daha aleyhe, cezanın niceliğini azaltan hükmü daha lehe olarak yorumlamalıdır. Bu hususta örnek vermek gerekirse; eski kanunda temel suç tipi olarak kabul edilen eylemin sonraki kanunla ağırlaştırıcı neden haline getirilmesi daha aleyhe bir düzenleme olduğu gibi bir eylemin cezasını para cezasından hapis cezasına dönüştüren bir hüküm de daha aleyhe sonuçlar doğurmaktadır. Cezanın niceliği bakımından ise alt ve üst sınır göz önüne alınarak bir karar verilmesi mümkündür. Buna göre alt sınırları aynı olan düzenlemelerden üst sınırı azaltan; üst sınırları aynı olan düzenlemelerden alt sınırı indirmiş olan kanun daha lehe sayılacaktır. Bununla birlikte hem alt sınırın artırılması hem de üst sınırın indirilmesi de mümkündür. Bu halde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Ağırlıklı kabul edilen görüşe göre üst sınırı az olan kanun failin lehine kabul edilmelidir.⁵⁰⁷ Kabul görmeyen diğer bir görüş ise karma bir uygulama yapılarak

⁵⁰⁵ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, ceza kanunlarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle subjektif bir belirlemeye konu edilemeyeceğini düşünmektedir. Görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkzn: Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.207.

⁵⁰⁶ Erem, s.135.

⁵⁰⁷ Dönmezer/Erman; s.215; Demirbaş, s.134; Muhammet Emre Tulay, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", **MÜHFHAD**, C:22, S:3, 2016, s.2727. Bu görüşü savunan bazı yazarlar bu görüşe farklı gerekçelerle ulaşmıştır. Örnek vermek gerekirse Dönmezer/Erman ve Demirbaş bu görüşe kazanılmış hak nedeniyle katılırken, Tulay kanuni ve takdiri indirimler

lehe ceza sınırlarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁰⁸ Karma uygulama yapılmasını öngören görüşün kabul edilmesi yasal olarak mümkün değildir. 5252 sayılı kanunun 9.maddesi karma uygulama yapılmasını mutlak surette engellenmiştir. Nitekim TCK'nın 2.maddesinde de lehe olan hükümlerin değil lehe olan kanunun uygulanmasından bahsedilmektedir. Bununla birlikte böyle bir görüşün kabul edilmesi hâkimin yasal olarak öngörülmemiş modifiye bir kanunu uygulamasının önünü açmaktadır. Şüphesiz bu durum kanunilik ilkesi yanında kuvvetler ayrılığı prensibine de aykırılık teşkil etmektedir. Kanaatimizce en doğru hamle, somut olayın şartlarına göre her iki kanunu uygulayarak kişinin daha lehine olan kanunu bulmak olmalıdır.⁵⁰⁹ Böylece alt sınırdan uygulanması mümkün bir ceza için alt sınırı, cezanın ağırlaşmasına yol açabilecek ağırlaştırıcı nedenler gibi durumların söz konusu olduğu hallerde ise üst sınırı göz önüne alarak karar vermek mümkün olacaktır. Verilecek bu karar sonucuna göre lehe olan kanun yürürlüğe giren ise kanun geriye yürüyecek, lehe olan kanun yürürlükten kalkan ise kanun ileriye yürüyecektir.⁵¹⁰ Lehe kanunu belirlemek için göz önüne alınan bu hususların bazı durumlarda kesin sonuçlara ulaşılmasında yetersiz kaldığı belirtilmelidir. Suç ve cezanın niteliğine ve niceliğine ilişkin söylenenler, iki kanun arasındaki tek farkın suçun niteliği veya cezanın türü ve miktarı bakımından söz konusu olması halinde uygulanabilir niteliktedir.⁵¹¹ Ancak iki kanun arasındaki fark, sadece suç ve ceza bakımından değil her ikisi bakımından da olabileceği gibi uygulanacak infaz rejimi bakımından da söz konusu olabilir. Hatta bu sebeple daha hafif olan cezanın geriye dönük olarak uygulanması (retroactivity of lighter penalty) şeklinde ileri sürülen söylemin hatalı olduğu belirtilmektedir.⁵¹² Eylemin suç olmaktan çıkarılması halinde uygulanacak daha hafif bir ceza bulunmadığı gibi iki kanun arasındaki fark sadece

uygulanırken, belirlenen temel ceza üzerinden hesaplama yapılmasını gerekçe olarak göstermektedir.

Aksi yönde görüş için bkz: Hakeri, s.73.

⁵⁰⁸ İçel/Donay, s.107.

⁵⁰⁹ Erem, s.138; Soyaslan, s.149; Centel/Zafer/Çakmut, s.103; Asuman Aytekin İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, C:19, S:2, 2013, s.1131.

⁵¹⁰ Hafizoğulları/Özen, s.31.

⁵¹¹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.208.

⁵¹² Bu bakımdan BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 15.maddesinde kullanılan “lighter penalty” kavramının, eylemi suç olmaktan çıkarılan sanığın bu değişiklikten yararlanamamasına yol açabileceği belirtilerek eleştirildiğini görmekteyiz. Söz konusu eleştiri için bkz: Mokhtar, s.49.

cezalarla sınırlı olmayabilmektedir. Bu bakımdan sanığın daha lehine olan kanun (the law more favorable of accused) kavramının kullanılması kanaatimizce daha uygundur. Lehe olan kanunun belirlenmesi noktasında çeşitli ceza kuralları bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiği için hâkimin her iki kanunu da somut olaya uygulayarak bütüncül bir inceleme yapması gerekmektedir. Bu nedenle cezaların hukuki sonuçları, cezayı indiren veya ağırlaştıran sebepler yanında kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler, suçun özel görünüş biçimleri gibi çeşitli hususlar göz önüne alınarak karar verilmelidir.⁵¹³ Ancak lehe kanunu belirlemek için yapılan bu değerlendirme işleminde hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin infaz kurallarının da kapsama dâhil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Çapraz uygulama yapılmasını savunan görüşe göre, karar verilene kadar uygulanacak hükümleri kendi içinde, hüküm verildikten sonra uygulama alanı bulacak olan infaz kurallarını ise kendi içinde değerlendirmek gerekecektir.⁵¹⁴ Bu bağlamda maddi ceza hukuku kuralları ile infaz kuralları arasında ayrı bir değerlendirme yapılarak, lehe kanun tespit edilecektir. Yargıtay'ın içtihadının da bu yönde olduğu belirtilmelidir.⁵¹⁵ Dolayısıyla lehe kanunun araştırılması aşamasında hem infaz hem de maddi ceza hukuku kuralları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Yukarıda bahsedilen koşullar göz önüne alınarak tespit edilen lehe kanunun, henüz soruşturması veya yargılaması devam eden kişilere uygulanması söz konusu olduğu gibi infaz edilmemiş ya da edilmekte olan hatta infazı tamamlanmış olan kişiler içinde uygulama alanı bulması mümkündür.⁵¹⁶ Nitekim TCK'nın 7.maddesinde herhangi bir ayırım yapılmadan suçun işlendiği andan sonra yürürlüğe giren kanunun daha lehe olması halinde geçmişe uygulanacağı ve kişi hakkında ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazın ve kanuni neticelerin kendiliğinden

⁵¹³ Erem, s.137; Tulay, s.2726.

⁵¹⁴ Özgenç, s.139; Hakeri, s.73; Tulay, s.2726.

⁵¹⁵ Yargıtay 13. CD 21.06.2018 tarihli 2018/2966 E.-2018/9418 K. sayılı kararı; Yargıtay 2.CD 09.05.2018 tarihli 2018/2 E.-2018/5863 K. sayılı kararı; Yargıtay 17.CD 12.02.2018 tarihli 2017/5431 E.-2018/1513 K. sayılı kararı; Yargıtay 13.CD 16.11.2016 tarihli 2016/10932 E.-2016/15276 K. sayılı kararı; Yargıtay 6.CD 03.07.2014 tarihli 2012/6538 E.-2014/13954 K. Sayılı kararı; Yargıtay CGK 08.04.2008 tarihli ve 2008/1-157 E.- 2008/74 K. sayılı kararı. Ancak Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadı ile çelişir yönde kararları da bulunmaktadır; Yargıtay 11.CD 14.05.2018 tarihli 2018/3477 E.-2018/4537 K. sayılı kararı.

⁵¹⁶ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.205.

ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan fiilin suç olmaktan çıkarılması halinde soruşturma aşamasında CMK'nın 172.maddesine göre kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, kovuşturma aşamasında ise CMK'nın 223.maddesine göre beraat kararı verilmelidir. Böyle bir durum infaz sırasında veya infazın tamamlanmasından sonra söz konusu olursa ya infaza son verilecek ya da infazın doğurduğu hukuki sonuçlar ortadan kaldırılacaktır. Ancak bu sonuçların kesin bir hükme rağmen nasıl ortadan kaldırılacağı tartışma konusudur. Bir başka ifadeyle, hükmün kesinleşmesinden sonra lehe olan kanunun uygulanması, teorik ve uygulama bakımından bazı problemler oluşturmaktadır. Bu problemlerden ilki, lehe kanun uygulamasının kesin hükme olan etkisidir. Bazı yazarlara göre lehe olan kanunun, ancak kararın kesinleşme aşamasına kadar uygulanması mümkündür.⁵¹⁷ Aksi takdirde kararların kesin hüküm niteliğine istisna getirilerek zarar verilmiş olunacaktır. Türk doktrininde genel kabul gören görüşe göre ise kanun koyucunun artık orantısız olduğunu kabul ettiği bir cezanın uygulanmasında ısrar edilmemesi gerekmektedir.⁵¹⁸ AİHM'nin içtihadının da bu yönde olduğu belirtilmelidir. *Gouarré Patte/Andorra* kararında kanundaki açık hükme rağmen kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne lehe olan kanunun uygulanmaması 7.maddeye aykırı bulunmuştur.⁵¹⁹ Bizimde katıldığımız bu görüşe göre sırf kesin hükme duyulan saygıdan dolayı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden daha uzun süre mahrum kalmaları izah edilemez. Her ne kadar kesinleşen tüm mahkûmiyetleri göz önüne almak çaba gerektiren bir süreç olsa da insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde bu değerlendirme işleminin yapılması bir zorunluluk arz etmektedir.

Lehe kanunun kesinleşmiş mahkûmiyetler bakımından uygulanacağını kabul eden bir hukuk sisteminde bu uygulamanın ne şekilde yapılacağına ilişkin yol gösterici hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Türk kanun koyucusu da bu ihtiyacı göz önüne alarak Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 98.maddesinde konuya ilişkin düzenleme yapmıştır. Bu hükme göre, sonradan

⁵¹⁷İçel/Donay, s.99; Hafizoğulları/Özen, s.33; Mokhtar, s.50. Aly Mokhtar'a göre lehe olan kanunun yargılamanın her aşamasında uygulanması mümkünken karar kesinleştikten sonra uygulanması mümkün değildir. Bunun tek istisnası ise ölüm cezasının kaldırılması halinde söz konusu olmaktadır. Bu halde kişinin ölüm cezasına çaptırılmaması ve yeniden yargılanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Mokhtar, s.50 vd.

⁵¹⁸Erem, s.145; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.211; Hakeri, s.71.

⁵¹⁹AİHM, *Gouarré Patte v. Andorra*, Başvuru No: 33427/10, 12.01.2016.

yürürlüğe giren ve lehe düzenleme getiren hükmün, Türk Ceza Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse hükmü veren mahkemeden karar istenmesi gerekecektir.⁵²⁰ Bu usule göre kararın CGTİHK'nun 101. maddesine göre duruşmasız olarak verilmesi öngörülmüş ve belli hallerde karara karşı itiraz edilmesinin önü açılmıştır. Dikkat edilecek olursa söz konusu hüküm, yeni kanunun cezanın niceliğini hükümlünün lehine değiştirmesi halinde uygulanabilir niteliktedir. Yeni kanunun eylemi suç olmaktan çıkarması halinde TCK'nın 7.maddesine göre cezanın infazı ve kanuni neticeleri "kendiliğinden" ortadan kalkacaktır. Doktrinde suç olmaktan çıkarılan eylemler için öngörülen bu düzenleme, eleştiri yağmuruna tutulmaktadır. Lehe kanunun geçmişe uygulanması için çoğunlukla yargısal bir değerlendirme ve yargı kararı gerektiğini düşünen Özgenç, TCK'nun 7.maddesindeki "kendiliğinden" ibaresinin metinden çıkarılması gerektiğini düşünmektedir.⁵²¹ Bizimde katıldığımız bu görüşe göre sonradan suç olmaktan çıkarılan bir eylemin geriye dönük olarak neticelerinin ortadan kalkabilmesi kendiliğinden gerçekleşmesi mümkün olmayan bir duruma işaret etmektedir. Bununla birlikte bir eylemin suç olmaktan çıkarılması iptal kararı veya kanun değişikliği gibi farklı şekillerde gerçekleşebileceğinden yargısal bir değerlendirme yapılmasını gerektirebilir. Özellikle iptal kararı ile birlikte suç olma niteliğini kaybeden bir fiil için, AYM'nin iptal kararları geçmişe yürümediğinden böyle bir değerlendirme yapılması zorunluluk arz etmektedir.

AIHM tarafından geçmişe yürüme yasağı, bünyesinde lehe kanunun geriye yürümesi kuralını da içerecek şekilde yorumlamaktadır. Bu yorum ise kanunlar arasında bir karşılaştırma yaparak lehe olan kanunun belirlenmesini gerektirmektedir. Mahkeme yapmış olduğu karşılaştırmalarda her iki kanun bakımından uygulanabilecek minimum ve maximum cezaları göz önüne almaktadır.⁵²² Lehe

⁵²⁰ 7242 sayılı kanunla 5275 sayılı CGTİHK 'nun 98.maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklik sonucu mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olması ve lehe kanunun belirlenmesi hususunda hükmü veren mahkemeden, çektirilecek cezanın hesabında duraksama olması ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceğinin iddia edilmesi halinde ise infaz hâkimliğinden karar istenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklikten önce yukarıda sayılan tüm durumlarda karar vermesi için hükmü veren mahkemeye başvurulmaktaydı.

⁵²¹ Özgenç, s.150. Aynı görüş için bkz: Demirbaş, s.133.

⁵²² Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina kararında mahkeme, sonraki kanun ölüm cezasını kaldırmış dahi olsa önceki kanunun daha lehe olduğuna karar vermiştir. Buna gerekçe olarak ise eski kanunda mevcut olan ölüm cezasının çok ciddi suçlar için uygulandığını ancak başvuranın

kanunu belirlemek için yapılan karşılaştırmalardan örnek verilecek olursa; *Öcalan/Türkiye*⁵²³ kararında müebbet hapis cezasının ölüm cezasından daha ağır bir ceza olmadığı görüşü paylaşılmıştır. Diğer bir kararda ise 18 ay hapis cezasını, sınır dışı etme ve 10 yıl ülkeye girme yasağı ile değiştiren yeni hükmün daha aleyhe olduğuna karar verilmiştir.⁵²⁴ AİHM, çok yeni bir kararında ise karşılaştırmının nasıl yapılacağı ve lehe kanunun nasıl saptanacağına ilişkin önemli ipuçları içeren bir karar vermiştir. Bahse konu *Jidic/Romanya*⁵²⁵ kararında başka bir araçta bulunan şahısla kavga eden başvuran, tartışmayı durdurmak için arabadan inen arkadaşını yanlışlıkla geri vitese taktığı araba ile yaralamıştır. 2014 de yürürlüğe giren ve daha lehe olduğu düşünülen hüküm uyarınca cezalandırılan başvuran, lehe olan düzenlemenin eski tarihli düzenleme olduğunu düşünmektedir. Eski hükme göre başvuranın 1-5 yıl arasında hapis cezası alması ve bu cezanın belli şartların varlığı halinde askıya alınması mümkünken yeni hükme göre aynı suç için 1-5 yıl arası hapis cezası veya para cezası öngörülmüştür. Bu noktada AİHM uyuşmazlığın lehe olan kanunun belirlenmesi noktasında söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yaptığı değerlendirmede ise lehe kanun karşılaştırmasının soyut değil somut bir biçimde yapılmasını ve cezanın başvuran üzerindeki etkilerinin kapsamlı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yeni kanunun da vazgeçme ve erteleme imkânı sunduğunu belirten mahkeme, iki hüküm arasında sınırlı bir fark olduğu kanaatine varmıştır. Bu bakımdan hangi hükmün uygulanması halinde başvuranın daha avantajlı bir konuma sahip olacağı hakkında net bir şey söylenemeyeceğini belirten mahkeme ihlal kararı vermemiştir. Görüldüğü üzere her ne kadar lehe kanun saptanamamış olsa da, başvuranı en avantajlı koşullara ulaştıracak kanunun lehe olan kanun olduğu belirtilmiş ve bu karşılaştırmının somut bir şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Dikkat etmek gerekir ki bu karşılaştırmada infaz rejimi ve cezanın

daha hafif nitelikte suç işlediği için hapis cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan eski düzenleme kapsamında başvurana daha az hapis cezası verilebildiğinden bu kanunun lehe olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu karar için bknz: Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina, Başvuru No: 2312/08, 34179/08-18.07.2013.

⁵²³ *Öcalan v Turkey* No:2, Başvuru No: 24069/03, 197/04, 6201/06, 0464/07-18.03.2014. Benzer yöndeki kararlar için bknz: *Ishchenko v. Ukraine* 35374/12-11/06/2019; *Ruban v Ukraine*, Başvuru No: 8927/11-12.07.2016; *Stepanenko and Ososkalo v Ukrain*, Başvuru No: 31430/09, 29104/11-14.01.2014; *Hummatov v. Azerbaijan*, Başvuru No: 9852/03, 13413/04-29.11.2007.

⁵²⁴ *Gurguchiani v. Spain*, Başvuru No: 16012/06-15/12/2009.

⁵²⁵ *Case Of Jidic v. Romania*, Başvuru No: 45776/16-18/02/2020. Benzer değerlendirmelerin yapıldığı diğer bir karar için bknz: *Begović v. Croatia*, Başvuru No: 52204/14-03/03/2020.

sonuçları bütünsel olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan AİHM, lehe kanunun tespitinde Türk uygulamasından ayrılmış bulunmaktadır.

AİHS'ne ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, geçmişe uygulanma yasağının istisnası olarak öngörülen tek durumun, lehe kanunun geçmişe uygulanması olmamasıdır. Kanunilik ilkesinin düzenlendiği 7.maddenin 2.fikrasında işlendiği zaman uygar uluslar tarafından genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden dolayı suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel bulunmadığı belirtilmiştir.⁵²⁶ AİHM'ne göre söz konusu hüküm, sorumluluk sınırının yalnızca bağlamsal bir açıklaması niteliğindedir. Sözleşmenin 7.maddesinin 2.fikrasında ele alınan düzenleme ile takip edilen amacın, 7.maddenin İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda savaş suçlarının cezalandırılması için çıkarılan hukuki düzenlemelerin etkilenmemesi olduğu ve 7. maddenin bu kanunlar hakkında hukuksal ve ahlaksal bir hüküm verme amacı bulunmadığı birçok kararda vurgulanmıştır.⁵²⁷ Ayrıca suç ve ceza içeren kanunların geriye yürütülmemesi kuralına genel bir istisna getirilme amacı bulunmadığı ve iki fıkranın birbiriyle bağlantılı olması nedeniyle uyum içinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁵²⁸ Dolayısıyla AİHM'ne göre 7.maddenin 2.fikrasında yer alan kural, İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlarının yargılanması amacıyla çıkarılan kanunlara, 1.fıkra'da öngörülen kanunilik ilkesiyle bağlantılı olarak meşruluk sağlamaktır. Ancak doktrinde söz konusu hüküm bir istisna olarak yorumlanmakta ve doğurduğu sonuçlar itibariyle tehlikeli olarak kabul edilmektedir.⁵²⁹

⁵²⁶ AİHS'nin 7.maddesinin 2.fikrası şu şekildedir: “Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”

⁵²⁷ Janowiec and Others v. Russia, Başvuru No 55508/07, 29520/09-21.10.2013; Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina, Başvuru No: 2312/08, 34179/08-18.07.2013; Kononov v. Latvia, Başvuru No: 36376/04-17.03.2010; Touvier v. France, Başvuru No: 29420/95-13/01/1997.

⁵²⁸ Vasiliauskas v. Lithuania, Başvuru No: 35343/05-20.10.2015; Kononov v. Latvia, Başvuru No: 36376/04-17.05.2010.

⁵²⁹ Hilkka Becker/Grainne Mullan/Conor Power/Dara Robinson/Asim A. Sheikh/John Stanley, “Due Process and The Right to A Fair Trial” **Human Rights Law**, Ed: Brid Moriarty/Eva Massa, 4. Baskı, UK, Oxford University Press, 2012, s.275; David Harris/Michael O’Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, 4. Baskı, America, Oxford University Press, 2018, s.500; Bleichrodt, s.664.

e. Suçun İşlendiği Zamanın Belirlenmesi

Hangi kanunun daha lehte olduğuna ilişkin değerlendirme süreci ancak eski zaman kanununda işlenen bir suç açısından geçerli olabilir. Yeni kanun döneminde işlenen bir suçtan dolayı kişi hakkında aleyhe ve lehe kanun tartışması yapılmamaktadır.⁵³⁰ Zira yeni kanun zamanında işlenen bir suça eski kanunun uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle yeni yürürlüğe giren kanun döneminde işlenen bir suça lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın yeni kanun uygulanacaktır.⁵³¹ Dolayısıyla suçun işlendiği zamanın tespiti, ceza kurallarının zaman bakımından uygulanması noktasında kilit noktasını teşkil etmektedir. Teşkil ettiği öneme rağmen suçun işlendiği zamana ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Yaygın bir şekilde kabul edilen görüşe göre ani suçlar bakımından suçun işlendiği zaman, hareketin icra edildiği zamandır.⁵³² Ancak bu görüşü benimseyen düşünürlerin farklı gerekçelerle konuya yaklaştıkları görülmektedir. İleri sürülen bir görüşe göre neticenin gerçekleşmesi failin iradesine değil arizi nedenlere bağlı olduğundan irade temel alınmalıdır.⁵³³ Aksi takdirde neticenin gerçekleştiği esnada yürürlüğe giren kanun hareketin yapıldığı ana başka bir ifadeyle geriye götürülmüş olacaktır. Başka bir gerekçe ise failin hukuku karşı geldiği anın hareketin icra edildiği an olduğunu belirtilerek bu görüşü desteklemektedir.⁵³⁴ Diğer önemli bir argüman ise icra edildiğinde suç sayılmayan bir hareketin yeni düzenleme ile birlikte neticenin gerçekleştiği anda suç sayılmasının kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönündedir.⁵³⁵ Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş ise suçun işlendiği anın neticenin gerçekleştiği an olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁵³⁶ Bu görüşe göre, neticeli suçlarda suçun tamamlandığından bahsedilebilmesi için kanunda öngörülen neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁵³⁰ Üzülmöz/Koca, s.80.

⁵³¹ Erem, s.120.

⁵³² Erem, s.128; Önder, s.74; Soyaslan, s.146; Demirbaş, s.131; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.213; Toroslu/Toroslu, s.68. Hafizoğulları/Özen, s.38; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.132; Baytaz, s.129.

⁵³³ Erem, s.128; Hafizoğulları/Özen, s.38; Soyaslan, s.146.

⁵³⁴ Demirbaş, s.131; Toroslu/Toroslu, s.68.

⁵³⁵ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.213.

⁵³⁶ Üzülmöz/Koca, s.80.

Suçun ne zaman işlenmiş sayılacağına ilişkin yapılan tartışmalar zincirleme, kesintisiz ve itiyadi suçlar söz konusu olduğunda daha da alevlenerek karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere kesintisiz suçlarda netice gerçekleşmekle birlikte sonuçlarını failin iradesine bağlı olarak sürdürmeye devam etmektedir.⁵³⁷ Zincirleme suç kavramında ise aynı kişiye karşı aynı fiilin birden fazla işlenmesi söz konusu olmaktadır. İtiyadi suç kavramında da benzer şekilde bir suçun bir yıl içerisinde üçten fazla icra edilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla bu tür suç tipleri ani suçlardan farklı olarak zamana yayılabilen bir nitelik arz etmektedir. Kesintisiz suçlarda, suçun işlenmeye devam etmesi söz konusu olduğundan neticenin tamamlandığı an da mı yoksa kesintinin gerçekleştiği anda mı yürürlükte olan kanunun uygulanması gerektiği tartışma konusudur. Kabul edilen bir görüşe göre netice gerçekleşmesine rağmen suç işlenmeye devam edildiği için netice sona erdiği anda suç işlenmiş sayılmalıdır.⁵³⁸ Diğer bir görüş ise suçun sürekliliğinin sona erdiği anda hareketin de sona ereceğinden bahisle suçun işlendiği anı temadinin bittiği an olarak kabul etmektedir.⁵³⁹ İtiyadi suçlar bakımından ise itiyadi oluşturan son fiilin icra edildiği zamanı, suçun işlendiği zaman olarak kabul etmek gerektiği düşünülmektedir.⁵⁴⁰ Bu bakımdan önceki kanun döneminde de cezalandıran bir suçun yeni kanunda döneminde itiyad oluşturacak şekilde işlenmesi halinde cezanın daha ağır olup olmadığına bakılmaksızın yeni kanuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak bu fiilin önceki kanunda suç olarak tanımlanmayıp yeni kanunla suç haline getirilmesi halinde itiyad hesaplaması yeni kanunun yürürlüğü ile baştan başlayacaktır. Aksi durumda yani yeni kanunla fiilin suç olmaktan çıkması halinde ise kişinin itiyad oluşturacak fiili bu kanun döneminde işlemesi halinde ise itiyad hükümleri uygulanamayacaktır. Son olarak zincirleme suçlar bakımından suçun işlendiği anın tespit edilmesi gerekir. Esasında zincirleme suçlarda suçun işlendiği anın tespiti belli bir özellik arz etmemektedir.⁵⁴¹ Zamanaşımının hesabı gibi belli konular hariç, zinciri oluşturan suçlar bağımsız niteliktedir. Ancak doktrinde zincirin tamamlandığı

⁵³⁷ Önder, s.185.

⁵³⁸ Demirbaş, s.131.

⁵³⁹ Erem, s.129; Önder, s.74; Soyaslan, s.147; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.213; Üzülmmez/Koca, s.80; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.132; Hakeri, s.82.

⁵⁴⁰ Erem, s.130-131; Demirbaş, s.132; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.215. Aksi yönde görüş için bknz: Önder, s.74.

⁵⁴¹ Üzülmmez/Koca, s.81.

anda yürürlükte olan kanunun failin aleyhine de olsa uygulanacağını düşünen bir görüş bulunduğunu belirtmek gerekir.⁵⁴² Kanaatimizce suçun işlendiği zaman ile suçun tamamlandığı zaman arasındaki farkın ayırt edilmesi gerekmektedir. Elbette neticeli suçlarda suçun tamamlanabilmesi için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak suçun işlendiği zaman bakımından netice, eylemi icra edenin iradesi dışında birçok faktöre bağlı olarak gerçekleşebilmektedir. Bu bakımdan suçun işlendiği zamanın netice olarak kabul edilmesi, aynı fiilin işlendiği ancak neticelerden birinin çok daha sonra gerçekleştiği iki olay arasında haksız bir zamansal fark yaratabilecektir. Bununla birlikte teşebbüs kurumunun da kabul edilmiş olduğu göz önüne alınırsa, suçun tamamlanması ile suçun işlendiği zaman arasındaki farkın ayrışabildiği açıkça görülecektir. Dolayısıyla ani suçlarda, suçun işlendiği zaman hareketin icra edildiği an olarak kabul edilmelidir. Kesintisiz suçlar bakımından ise ani suçlardaki görüşümüze de uygun olarak kesintinin gerçekleştiği anı, suçun işlendiği an olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira mütemadi bir suçun sonuçları, kişinin iradesine bağlı olarak devam etmektedir. Dolayısıyla burada suç konusu hareketin de devam ettiği ifade edilmelidir. Bu nedenle mütemadi suçlar bakımından temadinin gerçekleştiği an, suçun işlendiği an olarak kabul edilmelidir ve bu kesintinin gerçekleştiği anda yürürlükte olan kanun uygulama alanı bulmalıdır. İtiyadi suçlar açısından ise itiyadi oluşturan son fiilin işlendiği anı suçun işlendiği an olarak kabul eden görüşe iştirak ettiğimizi belirtmeliyiz. Ancak zincirleme suçlar bakımından aynı sonuca ulaşmak olanaklı gözükmemektedir. Daha öncede bahsedildiği gibi zincirin halkasını oluşturan suçlar belli istisnalar hariç bağımsız nitelikte suçlardır. Bu nedenle lehe ve aleyhe kanunun belirlenmesi aşamasında her suçun işlendiği zamanın ayrı ayrı göz önüne alınması gerekmektedir. Bu itibarla aynı fiilin yeni kanunda daha lehe öngörülmesi halinde zincirin tüm halkaları yeni kanuna göre değerlendirilebilecektir. Ancak eski kanunun daha lehe olması halinde yeni kanun döneminde işlenen suçlara eski kanun uygulanamayacaktır. Başka bir ifadeyle, eski kanun ileri yürütülemeyecektir.⁵⁴³ Kanaatimizce konuya ilişkin atılması gereken en önemli adım kanun koyucuya aittir. Mevcut bu tartışmaların önüne geçmek için suçun işlendiği zamana ilişkin bir belirleme yapılması yararlı olacaktır. Böylece

⁵⁴² Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.214.

⁵⁴³ Üzülmöz/Koca, s.81.

sadece zamansal uygulama bakımından değil kanunilik ilkesi bakımından da önemli bir engel aşılmış olacaktır.

Konuya ilişkin olarak AİHM, “devam eden” veya “sürekli” suçlar söz konusu olduğunda önceki ve sonraki kanundaki cezalandırma şartlarına bakarak karar vermektedir.⁵⁴⁴ *Rohlena/ Çek Cumhuriyeti*⁵⁴⁵ kararında 2000 ve 2006 yılları arasında eşine karşı zincirleme tacizde bulunmaktan hüküm giyen ancak hüküm giydiği suçun 2004 yılında yürürlüğe girdiğini bu sebeple ilgili hükmün aleyhine geriye yürütüldüğünü iddia eden başvuran hakkında suç konusu fiilin eski kanuna göre cezalandırılabilir olduğuna kanaat getirilmiştir. Mahkemeye göre eski kanuna göre de cezalandırılabilir olması şartıyla tüm eylemleri tek bir suç sayarak son suçun işlenmesi anında yürürlükte olan kanuna göre çözüme gidilmesi 7.maddeyi ihlal etmemektedir. Nitekim çok yeni tarihli bir karar olan *Berardi and Mularoni/San Marino*⁵⁴⁶ kararında da rüşvet suçundan mahkûm edilen başvuranın 2008’den önce işlenen fiillere o anda yürürlükte olmayan yeni bir kanunun uygulandığı iddia edilmiştir. AİHM ise rüşvet fiilinin iki kanunda da aynı hukuki zemine dayandığını ve suç olarak tanımlandığını nitekim cezalarının da aynı olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan başvuran açısından söz konusu hüküm öngörülebilir bulunmuş ve ihlal olmadığı değerlendirilmiştir. Ancak her iki kanun da aynı fiili farklı şartlar altında cezalandırılıyorsa farklı bir sonuca ulaşılabilmektedir. *Veeber/ Estonia (No:2)* kararında vergi kaçırma suçuna ilişkin olarak 1993-1996 tarihli eylemleri göz önüne alınan başvuran hakkında 1995 tarihli bir kanun hükmü uygulanmıştır. Ancak 1995 de yapılan değişiklikten önce vergi kaçırma fiilini cezalandırmak için öncesinde idari yaptırım uygulanması gerekmektedir. Somut olayda ise başvurana idari yaptırım uygulanmamış olduğu için AİHM, 1995 tarihli kanunun 1993-1994 dönemine dönük uygulanmasının başvuran tarafından öngörülemeyeceğini bu nedenle 7.maddenin ihlal edildiği kararı vermiştir.⁵⁴⁷ Bununla birlikte AİHM’e göre suçun sürekli olduğu hallerde, kişinin cezai sorumluluğunu içeren iddiada açıkça belirtilmesi ve sanığın mahkûmiyet kararının savcılık tarafından “devam eden” bir suç tespitine

⁵⁴⁴ Schabas, (2017), s. 336.

⁵⁴⁵ *Rohlena v Czech Republic*, Başvuru No: 59552/08-27.01.2015.

⁵⁴⁶ *Berardi and Mularoni v. San Marino*, Başvuru No: 24705/16, 24818/16-10.01.2019.

⁵⁴⁷ *Case Of Veeber v. Estonia (No. 2)*, Başvuru No: 45771/99-21/01/2003; *Case of Puhk v. Estonia*, Başvuru No: 55103/00-10/02/2004.

dayandırılması gerekmektedir. Konuya ilişkin örnek olarak *Ecer ve Zeyrek/Türkiye*⁵⁴⁸ kararı verilebilir. Karara konu olayda mahkeme, bir kimsenin süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman suçu oluşturan fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektiğini vurgulamıştır. Hükümet'in iddialarının aksine mahkeme, 1988 ve 1989 yıllarının söz konusu fiillerin gerçekleşmeye başladığı tarih olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Mahkeme, iddianamede başvuranların “1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla” suçlandığını ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesi’nde başvuranların 1988 ve 1989 yılları arasındaki fiillerinden dolayı yargılandıklarını gözlemlemiştir. Bu bağlamda başvuranlara 1989 tarihi sonrasında fiillerini devam ettikleri gerekçesiyle 1991 tarihli kanunun uygulanmasının, suç ve cezaların sanık aleyhine geriye yürütülmesi yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir.

2. İnfaz Kuralları Bakımından

İnfaz hukuku, ceza mahkemeleri tarafından verilerek kesinleşen tüm mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları gösteren bir hukuk dalıdır.⁵⁴⁹ Bu bakımdan infaz rejimine ilişkin kurallar, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin nasıl, nerede ve ne zaman infaz edileceğine ilişkin hususları düzenlemektedir. Bu kurallar ile suçluların ıslahı amaçlanmakta ve suçun tekrerrütmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Nitekim CGTİHK’un 3.maddesinde infazın temel amacı, önleme, toplumu suça karşı koruma ve kişiyi tekerrüre karşı koruyacak şekilde ıslah etmek olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla maddi ceza hukuku kurallarından farklı olarak infaz kurallarında toplumu suçtan, kişiyi ise tekerrürden koruma amacı ön plana çıkmaktadır.⁵⁵⁰ İnfaz rejimine ilişkin her yeni kanunun daha mükemmel bir şekilde ıslahı amaçladığı ve eski infaz kanunundan daha iyi metodlara yer vermiş olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵¹ Bu nedenle infaz kurallarının derhal uygulanması, bu kuralların niteliği itibarıyla daha uygun bulunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda TCK’nın 7.maddesinin 3.fıkrasında infaz

⁵⁴⁸ Ecer ve Zeyrek v Turkey, Başvuru No:29295/95, 29363/95-27.02.2001.

⁵⁴⁹ Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.42.

⁵⁵⁰ Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s.189.

⁵⁵¹ Önder, s.83; Dönmezer/Erman, s.281; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.216; Hafizoğulları/Özen, s.33.

rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak belli kurumların kişi hak ve özgürlükleri üzerinde yaratabileceği büyük tesirler göz önüne alındığında bu kurala aynı madde içerisinde bazı istisnalar getirilmesi uygun bulunmuştur. Bu istisnalar; hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür kurumuna ilişkindir.⁵⁵² Zamansal bakımdan öngörülen bu istisna nedeniyle suç ve ceza içeren kurallara ilişkin olan zamansal ilkeler, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür kurumu için de uygulama alanı bulmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu üç kuruma ilişkin kurallarda değişiklik yapılması halinde lehe ve aleyhe kanun değerlendirilmesi yapılarak bir çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin ise kişinin ceza evinde kalma süresini kısaltan veya geciktiren hükümler lehine sonuçlandırılması gerektiği açıktır. Bu bakımdan kişinin koşullu salıverme süresini uzatan kanun aleyhe, hapis cezasını daha fazla erteleyen kanun ise lehe kabul edilecektir. Bu istisnalar dışında kalan hallerde ise yeni infaz hükümlerinin derhal uygulanması söz konusu olmaktadır. Ancak doktrinde bu duruma karşı çıkan ve istisna kapsamının genişletilmesini savunan görüşler bulunmaktadır. Kişinin ayrıcalıklarını kaybetmesini veya daha zor koşullar altında cezasının infazına devam etmesini öngören durumların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁵³ Örnek olarak ise koğuş sistemi içerisinde cezasının infazını tamamlamakta olan kişinin yeni kanun kapsamında mutlak tecrite dayılı bir sisteme geçirilmesi verilmektedir.⁵⁵⁴ Konuya ilişkin doktrinde verilen örnekler göz önüne alınırsa infaz aşamasında yapılacak değişikliklerle kişilerin tekrar veya daha ağır şekilde ikinci bir cezaya çaptırılması mümkündür. Bundan dolayı kanaatimizce, biçimsel bir ayırım yapmak yerine yapılan değişikliğin amacına ve kişi bakımından doğurduğu neticelere odaklanmak gerekmektedir. Bu nedenle yeni infaz rejimi kapsamında kişinin hapisanede daha fazla tutulmasına veya daha ağır şartlarda tutulmasına yol açan hükümler, suç ve ceza içeren kuralların tabi olduğu zamansal kurallar kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim böyle bir yaklaşım,

⁵⁵² Doktrinde bir görüş bu madde kapsamında müsadere ve hak yoksunluğu tedbirinin yer alması gerektiğini, bunların niteliği itibarıyla ceza olduğunu ancak tekerrürün rejiminin eğitici bir amaç gütmesi nedeniyle ceza niteliğinde olmadığı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Soyaslan, s.151-152.

⁵⁵³ İçel/Donay, s.99; Önder, s.84; Demirbaş, s.139. Hatta Ayhan Önder'e göre hükümlünün mevcut sisteme göre daha fazla tutulmasını gerektiren hükümler, infaz normları değil ceza normu niteliğindedir.

⁵⁵⁴ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.139.

AİHM'nin ceza kuralları ile infaz kuralları arasında yumuşak bir ayrım yaptığı içtihatlarına da uygunluk teşkil etmektedir. AİHM'nin konuya ilişkin içtihatları incelendiği zaman, infaz kuralları ile suç ve ceza içeren kurallar arasında bir ayrım yapıldığı ve infaz kurallarının 7.madde kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Konuya ilişkili olarak ilk verilen kararlarda daha sert bir yaklaşım benimsenmiş ve ceza ve infaz kuralları arasında keskin bir ayrım yapılmıştır.⁵⁵⁵ Ancak zaman içinde AİHM, her somut olayda infaz kuralları ile ceza kuralları arasında keskin bir ayrım yapılamayacağına kanaat getirerek daha yumuşak bir yaklaşım geliştirmiştir. Ancak bu iki yaklaşım da ortak bir kabule dayanmaktadır. Buna göre ceza teşkil eden yaptırımlar ile cezanın uygulamasına ilişkin önlemlerin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Bu ayrım, eski anlayışta yüzeysel bir şekilde, yeni bakış açısında ise iç hukuktaki nitelendirmeden bağımsız bir şekilde hükmün gerçek kimliği araştırılarak yapılmaktadır. Bu araştırmada ise somut olayın şartları da göz önüne alınarak, uygulanan hükmün kişi bakımından doğurduğu sonuçlara ve temelde taşıdığı amaca yoğunlaşmaktadır. Bu kapsamda cezanın niteliği ve kapsamı bakımından ciddi sonuçlar doğuran haller suç ve ceza içeren hükümler içerisinde, cezasının salt infazına ilişkin kurallar ise infaz kuralları içerisinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla cezadan indirim gören veya koşullu salıvermeye ilişkin şartlarda değişiklik öngören hükümler, 7.madde kapsamında ceza ve cezanın ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmemektedir. *Hogben/Birleşik Krallık*⁵⁵⁶ kararında bazı suç grupları bakımından daha ağır koşullar öngören salıverme rejimine ilişkin hükümlerin cezanın icrasına yönelik olduğuna karar verilmiştir. *Kafkaris/Kıbrıs*⁵⁵⁷ kararında da hapis cezasına mahkûm edilen başvurusunun artık ceza indirimi talep edemiyor oluşu kendisine verilmiş cezayla değil cezanın infazıyla ilgili bir durum olarak değerlendirilmiştir. Aynı kararda salıverilme rejiminin varlığı,

⁵⁵⁵ Konuya ilişkin ilk kararlar arasında yer alan X. v. The Federal Republic Of Germany kararında AİHM, her ne kadar denetimli serbestliğin cezanın etkilerine temas eden yönü olduğunu belirtse de niteliği itibarıyla ceza olmadığını belirtmiş ve başka bir inceleme yapılmasına gerek görmemiştir. İlgili karar için bkz: X. v. The Federal Republic Of Germany, Başvuru No: 3347/67-11/07/1968.

⁵⁵⁶ *Hogben v United Kingdom*, Başvuru No: 11653/85-03.03.1986; *Uttley v. The United Kingdom*, Başvuru No: 36946/03-29/11/2005; *Abedin v. The United Kingdom*, Başvuru No: 54026/16-12/11/2019.

⁵⁵⁷ *Kafkaris v Cyprus*, Başvuru No: 21906/04- 12.02.2008 Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: *Kadusic v. Switzerland*, Başvuru No: 43977/13- 09.01.2018; *Hosein v. The United Kingdom*, Başvuru No: 26293/95-28/02/1996.

uygulama şekilleri ve gerekçeleriyle ilgili meselelerin, devletlerin izlediği suç siyasetine ilişkin olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan koşullu salıverilme ile serbest kalma beklentisinin ceza kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği ve sözleşme sisteminde koşullu salıverilmeyi garanti eden herhangi bir hüküm bulunmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte infaza ilişkin koşullarda değişiklik yapılması da AİHM tarafından kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Tek kişilik hücreye konulmayı mümkün kılan yeni infaz rejiminin eskisine oranla daha ağır olduğunun ileri sürüldüğü diğer bir olayda AİHM, cezaevi koşullarını daha sıkı hale getirirse de daha ağır bir cezanın söz konusu olmadığını cezanın infazına yönelik bir ağırlaştırmanın söz konusu olduğuna karar vermiştir.⁵⁵⁸

3. Ceza Muhakemesi Kuralları Bakımından

Toplum düzeninin bozulmasından sonra bu düzeni bozan kişinin belli kurallar çerçevesinde yargılanarak, cezalandırılıp cezalandırılmamasına ilişkin yapılan değerlendirme faaliyetine ceza muhakemesi denmektedir.⁵⁵⁹ Suç fiilin nasıl araştırılacağı, hangi delillerin kullanılabileceği özetle soruşturmanın ve kovuşturmanın nasıl yürütüleceği ceza muhakemesi kuralları ile belirlenmektedir. Bu kurallar ile amaçlanan eskiden olduğu gibi ne salt suçlunun cezalandırılmasını sağlamak ne de toplumu korumaktır. Günümüzde insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu haklar sayesinde insanların merkezi bir konuma yerleşmesi ile birlikte ceza muhakemesinin amacında da değişiklik yaşandığı görülmektedir. Ceza muhakemesine ilişkin normlar, belli kural ve usuller çerçevesinde maddi gerçeğin araştırılmasını amaçlamaktadır. Ulaşılan maddi gerçek ile cezalandırılması gereken kişinin cezalandırılması, masum olan kişinin ise beraat ederek cezalandırılmaması hedeflenmektedir. Bu nedenle muhakeme işlemleri bakımından derhal uygulanırlık ilkesi kabul edilmiştir.⁵⁶⁰ Başka bir deyişle muhakeme işlemlerinin, işlem tarihinde yürürlükte olan kanuna göre yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla eski kanuna göre başlamış ancak henüz tamamlanmamış bir işlemin yürürlüğe giren yeni kanun

⁵⁵⁸ Karsu and Others v. Turkey Başvuru No: 34971/05, 34974/05, 1057/06-27/03/2018.

⁵⁵⁹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.73.

⁵⁶⁰ Dönmezer/Erman, s.297; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.218, Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.138; Soyaslan, s.154; Centel/Zafer/Çakmut, s.109.

çerçevesinde tamamlanması gerekmektedir. Ancak tamamlanmış işlemler bakımından yeni kanunun uygulanması söz konusu değildir. Bu bakımdan derhal uygulanma ilkesi ile iki kanuna da uygulama alanı tanınmış olunmaktadır. Şöyle ki, tamamlanmış işlemler eski kanuna, tamamlanmamış yahut yeni yapılacak işlemler ise yeni kanuna tabi kılınmaktadır.⁵⁶¹ Nitekim 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4.maddesinde ceza muhakemesi kurallarının, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanması gerektiği ve bu kuralların yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış işlem ve kararların hukuki geçerliliklerini sürdüreceği düzenlenmiştir.

Muhakeme kuralları bakımından neden derhal uygulanırlılık ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre yeni muhakeme kanununun eskisine göre daha iyi ve gelişmiş bir ceza adaleti sağlaması nedeniyle⁵⁶², ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise iki muhakeme kanununun aynı anda uygulanmasının sakıncalı bulunması nedeniyle yeni kanunun derhal uygulanması gerekmektedir. Savunulan başka bir görüş ise muhakeme kurallarının suç ve cezalara değil muhakeme işlemlerine uygulandığından bahisle muhakeme kurallarının geçmişe uygulanmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir.⁵⁶³ Diğer bir görüş ise muhakeme hukukunun faillerin lehine bir hukuk dalı olmasını ve faillerin haklarını teminat altına almasını gerekçe göstermektedir.⁵⁶⁴ Bu gerekçelere katılmayan başka bir görüş ise kanunların yürürlükte bulundukları süre içinde düzenledikleri sahalarda uygulanacağı yolundaki prensibi gerekçe göstermektedir.⁵⁶⁵ Ancak doktrinde, muhakeme alanında derhal uygulanırlılık kuralına mutlak bir geçerlilik tanınmaması gerektiğini kabul eden bazı yazarlar da bulunduğunu belirtmek gerekir.⁵⁶⁶ İçel/Donay'a göre kanunilik ilkesi, aleyhe sonuç doğuran her

⁵⁶¹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.218.

⁵⁶² İçel/Donay, s.97 Bu şekildeki bir gerekçenin ciddi şekilde eleştirildiğini ve böyle bir varsayımın kabul edilemeyeceğinin ifade edildiğini görmekteyiz. Aksinin kabulü halinde tamamlanmış muhakeme işlemlerinin de tekrarlanması gerekeceği belirtilmiştir. Bu görüş için bkz: Dönmezer/Erman, s.297; Yenisey/Nuhoğlu, s.100.

⁵⁶³ Yenisey/Nuhoğlu, s.100; Centel/Zafer/Çakmut, s.109.

⁵⁶⁴ Erem/Danışan/Artuk, s.131; Soyaslan, s.154.

⁵⁶⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.100.

⁵⁶⁶ İçel/Donay, s.94; Hafizoğulları/ Aygün Eşitli/Küçüktaşdemir, s.510 vd.

türlü uygulamaya engel olmaktadır. Bu nedenle söz konusu yasağın sadece maddi ceza hukuku normlarına uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁶⁷ Bu kapsamda savunulan diğer bir görüş, kovuşturma şartlarından biri olan şikâyet kurumu bakımından failin lehine olan kanunun uygulanması gerektiğini düşünmektedir.⁵⁶⁸ Özellikle şikâyet bakımından söz konusu olan bu görüş ayrılığının temel sebebi şikâyet kurumunun hukuki niteliği hakkındaki ayrışmadır. Geriye uygulanma yasağına ilişkin doktrinde yapılan bu tartışmalara rağmen üstünde görüş birliği bulunan bir husus bulunmaktadır. Bu husus derhal uygulanırlığın bazen haksız ve adaletsiz neticelere yol açabilmesidir. Bu nedenle kanun koyucunun özellikle hak kaybına yol açabilecek nitelikte olan yeni düzenlemelerde, geçici hükümler kaleme alması gerektiği düşünülmektedir.⁵⁶⁹

Ceza muhakemesine ilişkin kurallar bakımından AİHM kararları incelendiğinde, Türk hukukundaki baskın görüşe paralel şekilde yargılamaya ilişkin kuralların maddi ceza hukuku normu olmadığı ve bu nedenle 7.madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁵⁷⁰ *Lawless/İrlanda (No:3)* kararında AİHM, geriye yürütüldüğü iddia edilen tutuklama tedbirinin cezai nitelikte bir mahkûmiyetle ilgili olmadığını, kamu sağlığını ve devletin güvenliğini korumak için başvuru önleyici nitelikteki bir tedbir olduğunu belirterek 7.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁷¹ Bir başka kararda ise AİHM, yeni düzenleme ile şikâyete bağlanan sarkıntılık suçu bakımından yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁵⁷² Bu karara gerekçe olarak ise suçun muhtevasının ve özünün değişmemesi gösterilmiştir. Bununla birlikte aleyhe bozma yasağının da 7.madde

⁵⁶⁷ İçel/Donay, s.94.

⁵⁶⁸ Dönmezer/Erman, s.288; Önder, s.82; İçel/Donay, s.97; Erem/Danışman/Artuk, s.145; Hakeri, s.78. Aksi yönde görüş için bkz: Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.138; Centel/Zafer/Çakmut, s.111.

⁵⁶⁹ Önder, s.83; Yenisey/Nuhoğlu, s.101; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.222; Centel/Zafer/Çakmut, s.110.

⁵⁷⁰ Walczak v. Poland, Başvuru No: 77395/01-07/05/2002; Gillies v. The United Kingdom, Başvuru No: 14099/88-14/04/1989. Gillies v. The United Kingdom kararında mahkeme, maximum 2 yıl süreli hapis cezası verme yetkisini 3 yıl olarak değiştiren hükmün 7.maddeye aykırılık bakımından ileri sürüldüğü başvuruda cezalandırma yetkisinde değişiklik yapan hükmün daha ağır bir cezanın uygulanacağı şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir.

⁵⁷¹ Case of Lawless v Ireland (No:3), Başvuru No:332/57-01/07/1961; Çetin v. Turkey, Başvuru No: 32857/09-10/11/2015; Ernak v. Slovakia, Başvuru No: 67431/01-01/03/2005.

⁵⁷² A.K. v. The Netherlands, Başvuru No: 24774/94-06/04/1995.

kapsamında değerlendirilmediği belirtilmelidir.⁵⁷³ Madde kapsamında değerlendirilmeyen diğer bir husus ise delillere ilişkin kurallar içeren hükümlerdir. AİHM açıkça delillere ilişkin hükümlerin 7.madde kapsamında incelenemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁷⁴

4. Zamanaşımına İlişkin Kurallar Bakımından

Belli bir sürenin geçmesinden sonra kişinin yargılanamaması veya yargılanmış olsa bile cezasının infaz edilememesi halinde karşımıza zamanaşımı kavramı çıkmaktadır. Zamanaşımına ilişkin kuralların zamansal olarak nasıl uygulanacağına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durum, zamanaşımının niteliğine ilişkin belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Zamanaşımın hem yargılama aşamasını etkileyen sonuçlar doğurması hem de kişi ile devlet arasındaki ceza ilişkisine etki edebilmesi, bu belirsizliğin ve doktrindeki tartışmanın temel sebebini oluşturmaktadır. Bu kurumun şekli ceza hukuku alanına ait olduğunu düşünen bir görüş, ceza muhakemesi kurallarında geçerli olan derhal uygulanma esasının zamanaşımına ilişkin kurallara da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde ağırlıklı kabul edilen görüşe göre zamanaşımı ceza ile fert arasındaki ceza ilişkisini sona erdirdiğinden bir maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmeli ve bu nedenle lehe kanun uygulaması ve aleyhe kanunun geriye uygulanmaması kurallarına tabi olmalıdır.⁵⁷⁵ Zamanaşımının niteliğe ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin zamansal açıdan hangi kuralların uygulanacağı Anayasamızın 38.maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirlenmiştir. İlgili maddeye göre zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan kanunilik ilkesinden kaynaklanan zamansal güvencenin sınırları, zamanaşımını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla sonraki kanunla daha kısa bir zamanaşımı öngörüldüğü takdirde lehe olan böyle bir düzenlemenin

⁵⁷³ G.L. v. Italy, Başvuru No: 15384/89-09/05/1994.

⁵⁷⁴ Kenar v. Turkey, Başvuru No: 67215/01-01/12/2005; Quinn v. The United Kingdom, Başvuru No: 23496/94-21/10/1996. Hücresel materyal sağlanması ve başvuranın DNA'sının toplanmasının 7.madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin karar için bkz: Van Der Velden v. The Netherlands, Başvuru No: 29514/05-07/12/2006.

⁵⁷⁵ Dönmezer/Erman, s.293; Soyaslan, s.153; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.141-142; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.223; Özgenç, s.147; Üzülmek/Koca, s.75; Hakeri, s.78; Centel/Zafer/Çakmut, s.104.

geriye yürütmesi, daha uzun bir zamanaşımının öngörüldüğü hallerde ise eski kanunda düzenlenen zamanaşımı süresinin uygulanmasına devam edilmesi söz konusu olacaktır.⁵⁷⁶ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, daha kısa zamanaşımı öngören lehe kanunun geriye yürütülmesi önceki kanunun yürürlük süresi içinde eski zamanaşımı süresinin dolmaması halinde mümkündür. Aksi halde zamanaşımı süresi dolmuş olduğundan bu sürenin geriye etkili olarak tekrardan başlatılması mümkün olmayacaktır.⁵⁷⁷ Bu durumun aksi de kabul edilebilir değildir. Eski zamanaşımı süresine göre yargılanıp hüküm giyen bir kişinin, yeni kanunda daha kısa öngörülen zamanaşımını ilk yargılandığı esnada doldurmuş olması söz konusu olsa bile davanın ortadan kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Nitekim 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 9.maddesinin 4.fıkrasında, kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılamalarda dava zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir

Zamanaşımı bakımından suç ve cezalara ilişkin güvencenin kabul edilmiş olması, AİHM'nin konuya ilişkin içtihatlarıyla farklılık oluşturmaktadır. Söz konusu içtihatlar göre zamanaşımı, AİHS'nin 7.maddesi kapsamında suç ve ceza içeren bir hüküm olarak yorumlanmamaktadır. *Previti/İtalya*⁵⁷⁸ kararında, zamanaşımını daha kısa öngören yeni düzenlemenin geriye dönük olarak uygulanmaması nedeniyle AİHM'ne yapılan başvuru hakkında, zamanaşımının usul hukukuna ilişkin bir konu olduğu ve usul hukukuna ilişkin kuralların geçmişe yönelik uygulanması noktasında devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu değerlendirilmiştir. Yeni tarihli *Smoković/Croatia* kararında da zamanaşımı gibi usule ilişkin olan hükümlerin derhal uygulanmasının 7.madde kapsamına girmediği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca aynı kararda yürürlüğe yeni giren hükmün henüz dolmamış zamanaşımı süresini

⁵⁷⁶ Aksi yönde görüş için bkz: Erem, s.139; Erem/Danışman/Artuk, s.146.

⁵⁷⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.142; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.222.

⁵⁷⁸ *Previti v Italy*, Başvuru No: 1845/08 -12.2.2013. Benzer yönde kararlar için bkz: *Chim and Przywieczerski v. Poland*, Başvuru No: 36661/07,38433/07-12.07.2018; *Orlen Lietuva Ltd. v. Lithuania*, Başvuru No: 45849/13-29.01.2019; *Biagioli v. San Marino*, Başvuru No: 8162/13-08/07/2014.

uzatmasının kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı ifade edilmiştir.⁵⁷⁹ Dolayısıyla zamanaşımı, Türk doktrininden farklı olarak, AİHM tarafından usuli bir kurum olarak algılanmakta ve 7.madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu itibarla, zamanaşımı bakımından Türk hukukunda daha güvenceli bir sistem benimsenmiş bulunmaktadır.

5. Güvenlik Tedbirleri Bakımından

Modern hukuk devletlerinde toplum hayatının etkin korunabilmesi için cezalar en etkili koruma mekanizmalarından birini oluşturmaktadır. Bu koruma mekanizması vasıtasıyla toplumda düzeninin tekrar sağlanması ve suçluların ıslah edilerek topluma kazandırılması amaçlanmaktadır. Ancak bir suçun karşılığı olarak uygulanacak ceza yaptırımı, her zaman hukuk düzeninin kendisinden beklediği önleme ve koruma işlevini yerine getirememektedir. Bu sebeple, toplumsal düzenin daha etkin korunabilmesi adına ek tedbirlerden yararlanılması bir zorunluluk olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸⁰ Söz konusu bu tedbirlerin önemli bir kısmını ise güvenlik tedbirleri oluşturmaktadır. Güvenlik tedbirleri, cezaların uygulanamadığı ve uygulanabilir olmasına rağmen yeni suçların işlenmesini önlemeye yeterli görülmediği hallerde tamamlayıcı bir vazife görmektedir.⁵⁸¹ Cezalardan farklı olarak güvenlik tedbirleri, kişinin cezalandırılmasını değil kişideki tehlikelilikten hem kişinin hem de toplumun korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle güvenlik tedbirlerine ilişkin her yeni düzenlemenin bu amacı gerçekleştirme konusunda daha elverişli olduğu düşünülmektedir.⁵⁸² Dolayısıyla güvenlik tedbirleri bakımından lehe ve aleyhe kanun tartışması yapılmaması gerektiği ve kural olarak derhal uygulanırlık ilkesinin tatbik edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁸³ Ancak kanun koyucumuz güvenlik tedbirlerine ilişkin farklı bir yol izleyerek Anayasanın 38.maddesinde ve

⁵⁷⁹Smoković v. Croatia, Başvuru No: 57849/12-12/11/2019. Mahkeme söz konusu kararda zamanaşımı süresi dolmuş olsaydı bu süreyi uzatan yeni hükmün uygulanması halinde ne olacağı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Konuya ilişkin olan diğer örnek karar için bkz: Coeme and Others v Belgium, Başvuru No: 32492/96, 32547/96, 32548/96-22.06.2000.

⁵⁸⁰Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 583.

⁵⁸¹Toroslu/Toroslu, s.436.

⁵⁸²Özbek/Doğan/Bacaksız, s.123; Hafizoğulları/Özen, s.34; Aytekin İnceoğlu, s.1132.

⁵⁸³Soyaslan, s.152; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.141; Hafizoğulları/Özen, s.34; Centel/Zafer/Çakmut, s.112. Aksi yönde görüş için bkz: Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.218; Hakeri, s.76; Üzülmüş/Koca, s.74.

TCK'nın 7.maddesinde kanunilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olacağını kabul etmiştir.⁵⁸⁴ Bu düzenlemenin güvenlik tedbirlerinin niteliğine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir.⁵⁸⁵ Söz konusu düzenlemeyi eleştiren diğer bir görüş ise güvenlik tedbirleri bakımından bir ayırım yapılarak çözüme gidilmesi taraftarıdır. Buna göre güvenlik tedbirlerinden cezaya yaklaşan ve niteliği itibariyle ceza gibi ağır sonuçlar doğuran tedbirlerin, geriye yürümeme ve lehe uygulama kuralına, bunun dışında kalan ve failin korunmasına ve tedavisine hizmet eden tedbirlerin ise derhal uygulanma kuralına tabi kılınması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁸⁶ Bu kapsamda müsadere ve hak yoksunluğunun niteliği itibariyle ceza olduğu ve TCK 7.madde kapsamında düzenlenen zamansal kurallara tabi olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁸⁷ Güvenlik tedbirleri bakımından ayırım yapılmasını savunan diğer bir görüş ise yapılacak ayırım bakımından kusur yeteneğinin göz önüne alınabileceğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle, kusur yeteneği bulunmayan kişiler bakımından öngörülen tedbirlerin derhal uygulanması, kusur yeteneği bulunan kişiler bakımından söz konusu olan tedbirlerin ise lehe uygulamaya konu olması gerektiği düşünülmektedir.⁵⁸⁸ Kanaatimizce güvenlik tedbirinin amacı göz önünde tutulduğunda bir ayırım yapılarak zamansal sınırların çizilmesi gerekmektedir. Doktrinde de belirtildiği gibi güvenlik tedbirleri cezayı tamamlamak için uygulanan ek bir ceza niteliğine sahip bulunabilmektedir. Ancak bunun yanında iyileştirme ve koruma altına almaya yönelik uygulanan tedbirler de bulunmaktadır. Söz konusu tedbirlerin lehe veya aleyhe uygulanmasının öngörülmesi, tedbirlerin amacıyla çelişmekte ve bu tedbirlerin işlevselliğini zedelemektedir. İyileştirme ve koruma altına alma tedbirinin lehe ve aleyhe olmasından değil ancak daha etkili olmasından bahsedilebilir. Bu bakımdan doktrinde ileri sürülen görüş doğrultusunda amaç ve niteliğe uygun bir ayırım yapılarak zamansal kurallar belirlenmelidir. Böyle bir yaklaşım, AİHM'nin içtihatlarına da uygunluk teşkil etmektedir.

⁵⁸⁴ Tüm güvenlik önlemleri bakımından geçmişe uygulama yasağının kabul edilmesini isabetli bulan görüş için bkz: İçel/Donay, s.94; Mehmet Emin Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", **GÜHFD**, C:12, S:1-2, 2008, s.470.

⁵⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.123.

⁵⁸⁶ Dönmezer/Erman, s.284; Aytekin İncoğlu, s.1133 vd.

⁵⁸⁷ Soyaslan, s.152; Aytekin İncoğlu, s.1134.

⁵⁸⁸ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.141.

AİHM, güvenlik tedbirlerinin spesifik bir suç cezalandırma amacı gütmemesi nedeniyle adli, idari ve disiplin cezalarından ayrıldığını düşünmektedir. Bu nedenle güvenlik tedbirleri bakımından ikili bir ayrıma gidilerek karar verilmektedir. Buna göre, niteliği itibariyle gerçek bir tedbirin söz konusu olduğu hallerde 7.madde bakımından uygulanamazlık kararı verilirken, tedbirin niteliği itibariyle ceza olarak değerlendirilmesi halinde 7.madde kapsamında bir inceleme yapılarak karar verilmektedir. Bu bakımdan AİHM, bir yaptırımın esasında bir güvenlik tedbiri mi yoksa ceza mı olduğunu yaptırımın etiketinden değil, yaptırımın niteliği, uygulanışı gibi unsurlardan hareket ederek değerlendirmekte ve zamansal bakımından uygulanacak ilkelere karar vermektedir.⁵⁸⁹ Dolayısıyla AİHM'nin güvenlik tedbiri olarak değerlendirdiği yaptırımlar bakımından lehe uygulama zorunluluğu öngörmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Her ne kadar bazı somut olaylarda güvenlik tedbirinin kanunilik ilkesini ihlal ettiğine hükmedilmiş olsa bile bu tedbirlerin geriye yürütülmesinden dolayı değil güvenlik tedbiri olarak nitelendirilen yaptırımın esasında bir ceza olmasından kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin en çarpıcı örnek önleyici tutukluluk, güvenlik altında tutma veya güvenlik denetimi olarak da bilinen ve önleyici olarak hürriyetten yoksun bırakma şeklinde ifade edilebilecek “preventive detention” kapsamında Almanya hakkında yapılan başvurulardır. Bu başvurularla AİHM'in tedbir ile ceza arasındaki çizgiyi nasıl belirlediği anlaşılmaktadır. Başta ceza olarak nitelendirilen bir yaptırım, zaman içinde Almanya'da meydana gelen teorik ve pratik gelişmeler sonucunda güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir.⁵⁹⁰ Esasında AİHM, “preventive detention” tedbirine ilişkin

⁵⁸⁹ AİHM görüşünün ötesine geçerek inceleme yapmaya başlamasının M v Italy kararı ile gerçekleştiği söylenebilir. Müsadere tedbirinin ceza olup olmadığını değerlendirdiği kararında, tedbirin amacının malın hukuka aykırı şekilde kullanılmasının önlenmesi olduğunu ve kişinin ilgili suçtan mahkûm edildiği anlamı taşımayacağını belirterek ceza olmadığına hükmetmiştir. Benzer yönde kararlar için bkz: Taylor v. The United Kingdom, Başvuru No: 31209/96-10/09/1997. Müsadere tedbirinin ceza olarak değerlendirildiği kararlar için bkz: Feingold v. Austria, Başvuru No: 20864/92-06/04/1995; Welch v United Kingdom, Başvuru No: 17440/90-09.02.1995.

⁵⁹⁰ Almanya'da meydana gelen bu değişimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Grischa^[P]Merkel, “Case Note Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, **German Law Journal**, C: 12, S:3, 2011; Grischa^[P]Merkel, “Incompatible Contrasts? - Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, C: 11, S:9, 2010; Christopher Michaelson, “Strasbourg'tan Sevgilerle'- Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Önleyici Tutukluluk”, Çev: Serkan Oğuz, **CHD**, Yıl:12, C:33, 2017. Önleyici tutukluluk tedbirine ilişkin güzel bir eleştiri için bkz: Rinat Kitai-Sangero, “The Limits of Preventive Detention”, **McGeorge Law Review**, C:40, 2009.

olarak karşısına ilk çıkan olaylarda, tedbirin ceza niteliği hakkında şüphe duyduğunu çünkü toplumu korumak ve suçluyu rehabilite etmek amacıyla gelecekteki suçlar için uygulandığını belirtmiş ve yaptırımı tedbir olarak nitelendirmiştir.⁵⁹¹ Dolayısıyla bu dönemde, AİHM'nin tedbir-ceza ayrımı noktasında içtihadının henüz olgunlaşmamış olduğu görülmektedir. Daha sonrasında verdiği kararlarda ise içtihadını geliştirerek uygulanan yaptırımın gerçek niteliğini araştırmaya başlamıştır. Bu kapsamda *M./Almanya* kararı mihenk taşı niteliğindedir. *M./Almanya*⁵⁹² kararında en fazla 10 yıl olmak üzere güvenlik nedeniyle tutuklanan başvuran hakkında ceza infaz mahkemeleri tarafından yeni bir düzenlemeye dayanılarak tutuklama süresinin uzatılmasına karar verilmesi, cezanın infazına ilişkin olarak değil ek bir ceza olarak yorumlanmıştır. Bu kararda sıradan mahkûmlar için öngörülenler dışında özel bir mekanizma benimsenmemiş olduğuna dikkat çeken mahkeme, tedbire tabi tutulananların bazı ayrıcalıklardan yararlanma imkânına sahip olmasının da bu durumu değiştirmediyi nitekim önleme amacıyla cezalandırma amacının örtüşebileceğini belirtmiştir. Önleyici tutukluluk tedbirinin incelendiği diğer bir karar olan *G./Almanya*⁵⁹³ kararında da AİHM, benzer değerlendirmelere yer vermiş ve uygulanan tedbirin esasında bir ceza olduğuna karar vermiştir. Ancak önceki kararlardan farklı olarak önemli bir hususun altını çizmiş ve bireylerin 7.madde kapsamında korunan haklarının ihlali yoluyla potansiyel mağdurların korunamayacağını belirtmiştir. *Glen/Almanya*⁵⁹⁴ kararında ise çocuk tacizinden dolayı hüküm giyen ancak tekrar suç işleme riski sebebiyle hakkında önleyici tutukluluk kararı verilerek 10 yıl daha özgürlüğünden yoksun kılınan başvuran bakımından, tutukluların tehlikeli durumlarını azaltma ve tutuklulara tahliye koşulları yaratmaya yönelik yeterli tedavinin sağlanmadığına, önleyici tutukluluğun ceza

⁵⁹¹ Dax v Germany, Başvuru No: 19969/92 -07/07/1992; X v Austria, Başvuru No: 9167/80-5/10/1981.

⁵⁹² M. v Germany, Başvuru No: 19359/04-17.12.2009. Konuya ilişkin en bilinen karar, M. v. Germany kararıdır. Ancak aynı iddiayı konu edinen birçok karar bulunmaktadır. Bu kararlar için bkz: Case Of O.H. v. Germany, Başvuru No: 4646/08-24/11/2011; Case Of Jendrowiak v. Germany, Başvuru No: 30060/04-14/04/2011; Lipkowsky and Mc Cormack v. Germany, Başvuru No: 26755/10-18/01/2011; Case of Mautes v. Germany, Başvuru No: 20008/07-13/01/2011; Case of Schummer v. Germany (No. 1), Başvuru No: 27360/04 42225/07-13/01/2011; Case Of Kallweit v. Germany, Başvuru No: 17792/07-13/01/2011.

⁵⁹³ Case Of G.v. Germany 65210/09-07/06/2012; Case Of K v. Germany, Başvuru No: 61827/09-07/06/2012.

⁵⁹⁴ Glen v Germany, Başvuru No: 7345/12-28.02.2014.

mahkemeleri tarafından düzenlenip uygulandığına vurgu yapılarak söz konusu tedbirin ceza teşkil edeceği değerlendirilmesi yapılmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu olaylarda ihlal kararı verilmesinin temel sebebi, “preventive detention” tedbirinin infazıyla olağan bir cezanın infazı arasında belirleyici bir fark olmamasıdır. Ancak zaman için bu kurumda meydana gelen yapısal ve hukuki değişiklikler AİHM’nin içtihadının değişmesine sebep olmuştur. Hem *Glien/Almanya* hem de *M./Almanya* kararından farklı olarak *Bergmann/Almanya*⁵⁹⁵ kararında, mevzuatta yapılan değişiklikler sonrasında önleyici tutukluluğun özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurmasına rağmen bir ceza teşkil etmediği kararı verilmiştir. Bahse konu kararda mahkeme, başvuranın akıl hastalığının tıbbi tedavisi amacıyla ayrı bir koğuşt tutulduğunu ve yaptırım süresinin kişinin tehlikeliliği ile belirlendiğini, Glien kararına konu olayda olduğu gibi 10 yıllık bir üst süre öngörülmediğini belirtmiştir. Önleyici tutuklamaya ilişkin yeni tarihli *Ilmseher/Almanya*⁵⁹⁶ kararında ise daha önce önleyici tutukluluğa ilişkin Almanya aleyhinde görülen davalar arasında bir karşılaştırma yapılarak söz konusu yaptırım için önemli bir karara imza atılmıştır. Kararda, cezanın belirlenmesi noktasında içtihat yoluyla kabul edilen kriterlerden yaptırımın amacı ve şiddetine ilişkin kriterin dinamik bir yapısını olduğu ancak cezai bir mahkûmiyetin varlığının statik yapıda olduğu belirtilmiş, uzun bir sürece yayılan yaptırımların süreç içerisinde karakterini, uygulanış biçimini değiştirebileceği ve bu değişikliklerin de göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bakımdan somut olayda kişiye uygulanan önleyici tutukluluk yaptırımı bir süreç olarak göz önüne alınmış ve önleyici tutukluluk kararının cezai mahkûmiyet kararı ile ayrı davalarda hükme bağlandığı ancak söz konusu yaptırımın gene de cezai bir mahkûmiyetle bağlantılı olduğu, normal bir hükümlünün hürriyetinden yoksun kalması ile önleyici tutukluluk rejimine uygun bir şekilde tutukluk merkezinde hürriyetinden yoksun kalmanın önemli farklılıklar içerdiği (ayrı mutfak ve banyo bulunması, odanın genişliği ve tutukluluk merkezinin içinde serbestçe dolaşılabilmesi), en önemlisi söz konusu merkezde kişinin bireysel tedavisine ilişkin birçok çalışmanın yapıldığı belirlenmiştir. Bununla birlikte önleyici tutukluluk tedbirine ilişkin iç hukukta AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına

⁵⁹⁵Bergmann v Germany, Başvuru No: 23279/14-07.04.2016, E.T: 10.03.2019-18.55.

⁵⁹⁶Ilmseher v Germany, Başvuru No: 10211/12 ve 27505/14-04.11.2018.

uygun birçok reformun yapıldığı ve söz konusu yaptırımın artık tıbbi tedavi merkezli olduğu, yaptırımın son çare olarak ancak diğer cezai yaptırımlardan farklı olarak alt ve üst sınır öngörülmeden uygulandığı, kişinin tedaviden alınacak olumlu sonuçlara göre serbest kalabileceği ve açıklanan bu sebeplerle yaptırımın amacı ve doğasında bir değişikliğin meydana geldiği artık 7.madde kapsamında bir cezadan bahsedilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki mahkeme, söz konusu kararda davranış bozukluğunun tedavi edilmesini amaçlamayan önleyici tutuklamaların yeni yapı içerisinde uygulansa bile ceza teşkil edeceğine işaret etmiştir. Bu doğrultuda daha sonraki tarihlerde yapılan önleyici tutukluluk başvurularının, ceza söz konusu olmaması nedeniyle kabul edilemez bulunduğunu görmekteyiz.⁵⁹⁷

AİHM'nin konuya ilişkin içtihatları bakımından aktarılması gereken diğer bir husus, geçmiş hadiselerin göz önüne alınmasının kanunun geriye etkili uygulanması kavramından ayırt edilmesi gerektiğine ilişkindir. Örnek verilebilecek *Achour/Fransa*⁵⁹⁸ kararı, 1986 yılında cezası infaz edilen başvuranın 5 yıllık tekerrür süresine tabi olmasına karşın 1994 yılında yürürlüğe giren ve tekerrür süresini 10 yıla çıkaran hükümle 1995 yılında işlediği suç nedeniyle tekerrür statüsüne tabi tutulmasını konu edinmektedir. Yeni yürürlüğe giren kanun uyarınca tekerrür süresinin uzatılmasını geriye uygulanma yasağı kapsamında inceleyen AİHM, geçmiş olayları göz önüne almakla geriye yürür uygulama arasında fark olduğunu ve bunların birbirinden ayrılması gerektiğini belirterek ihlal olmadığına karar vermiştir.

6. Özellik Arz Eden Bazı Kanunlar Bakımından

a. Süreli ve Geçici Kanunlar

Bütün kanunlar gibi Ceza Kanunları da resmi gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmekte ve yürürlükten kaldırılana kadar işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Başka bir kanun tarafından açık veya zımni şekilde

⁵⁹⁷ M.W. v. Germany, Başvuru No: 40087/14-24/09/2019.

⁵⁹⁸ Achour v France, Başvuru No: 67335/01-29.03.2006. Mahkeme yapmış olduğu yargılamada tekerrür süresini 10 yıla çıkaran hükmün suç işlenmeden önce yürürlüğe girdiğini belirtmiş ve bu sebeple düzenlemeyi öngörülebilir nitelikte bulmuştur.

ortadan kaldırılmadıkça yürürlükte kalmaya devam ettiğinden kural olarak kanunlar, sürekli bir nitelik arz etmektedir. Ancak belli amaçlara yönelen ve belli durumlar göz önüne alınarak hazırlanan kanunlarda bulunmaktadır. Bu tür kanunlara süreli kanunlar denmektedir. Bu tip kanunlarda yürürlük süresi açık bir şekilde belirlenebileceği gibi zımni bir şekilde de belirlenebilmektedir. Bu sürenin zımni olarak belirlenmesi, belli olayların devamı müddetince uygulanacağını belirten veya ilerde meydana gelecek bir olaya kadar yürürlükte kalacağını bildiren kanunlarda karşımıza çıkmaktadır.⁵⁹⁹ Esasında zımni olarak belirleme halinde de süreli bir kanun bulunmakla beraber süreli kanun kavramı yerine geçici kanun kavramı kullanılmaktadır.⁶⁰⁰ Dolayısıyla süreli kanun ile geçici kanun arasındaki fark sürenin belirleniş şekline ilişkindir. Başka bir ifadeyle süreli kanunda, kanunun ne zaman yürürlükten kalkacağı belirli olmakla beraber geçici kanunda belirli olayların ne zaman sona ereceği bilinmemektedir.

Genel bir kanunun aksine bu kanunların süre ve nitelik bakımından belirli sınırlamalara tabi tutulmuş olması zamansal bakımdan bazı farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Daha doğru bir ifadeyle, bu kanunların geçmişe uygulama yasağı bakımından belli istisnalara tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Süreli ve geçici kanunlar bakımından ana tartışma, yürürlükten ne zaman kalkacağı belirli olan bu kanunların yürürlükten kalkma tarihine yakın zamanda ihlal edilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu halde yürürlükten kalktığı için uygulanma kabiliyetini kaybeden süreli ve geçici kanunların ileriye yürüyüp yürümeyeceği tartışmalıdır. Zira kanunilik ilkesi gereği yürürlükten kalkan bir kanuna göre suç işleyenlerin cezalandırılması mümkün değildir. Konuya ilişkin ağırlıklı kabul edilen görüşe göre, süreli kanunlar, suç siyasetinde meydana gelen değişimden dolayı değil fiili durumun değişmesinden dolayı yürürlükten kalkmaktadır.⁶⁰¹ Bununla birlikte söz konusu kanunların vahim ve istisna görülen durumlar için ele alındığından hareket eden bir başka görüş, bu kanunlara muhalif hareket edenlerin cezalandırılmamasının kanuna

⁵⁹⁹ Erem, s.124; Önder, s.80.

⁶⁰⁰ Dönmezer/Erman, s.276; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.199.

⁶⁰¹ Alacakaptan, s.38; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.131; Centel/Zafer/Çakmut, s.108; Üzülmüş/Koca, s.79. Benzer yöndeki bir başka görüşe göre ise lehe kuralın geçmişe yürürlüğü yeni kuralın daha iyi olduğu karinesine dayanmaktadır. Ancak süreli ve geçici kanunların yürürlükten kalkması bu kanunlarda yer alan kuralların daha kötü olmasından değil sosyal zorunluluk kalmamasından kaynaklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, s.277.

karşı saygı ve itaat mecburiyetini zayıflatacağını ve bu kişilerin ödüllendirilmiş olacağını düşünmektedir.⁶⁰² 765 sayılı TCK'da süreli ve geçici kanunlar bakımından özel bir hüküm kabul edilmemesi nedeniyle bu tartışmanın genel kurallar çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmekte ve bu durum bazı sakıncaları beraberinde getirmekteydi. Ancak Türk kanun koyucusu, bu tartışmayı noktalamak adına 5237 sayılı TCK'nın 7.maddesinin 4.fıkrasında geçici ve süreli kanunlar bakımından istisnai bir hüküm düzenlemiştir. Bu hükme göre geçici veya süreli kanunların yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmaya devam etmesi öngörülmüştür. Bu itibarla yürürlükten kalkan geçici ve süreli kanun döneminde işlenen suçlar bakımından sonraki kanun daha lehe bir düzenleme öngörse bile bu kanun geriye yürümeyecektir. Aksine bu hallerde yürürlükten kalkan kanun ileriye yürüyerek süreli ve geçici kanun döneminde işlenen suçlar için uygulanmaya devam edecektir. Bununla birlikte kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemek için süreli ve geçici kanunların yürürlükte olduğu dönemde meydana gelen değişikliklerin daha lehe olması halinde geriye yürütülmesi gerekmektedir.⁶⁰³ Netice itibariyle, yürürlükten kaldırılmış süreli ve geçici kanun dönemlerinde işlenen fiiller için lehe uygulama söz konusu olmayacak yürürlükten kaldırılan bu kanun ileri yürütülerek çözüme gidilecektir. Bu kanunların yürürlük süresince yapılan değişiklikler bakımından ise suç ve ceza içeren kurallara ilişkin zamansal ilkeler uygulama alanı bulacaktır.

b. Ara Kanun

Bir kişinin suç teşkil eden bir eylemi icra etmesinden hüküm giymesine kadarki aşamada, birden fazla kanunun yürürlüğe girmesi veya yürürlükten kalkması mümkündür. Suçun işlenmesinden hüküm verilmesine kadarki zaman diliminde yürürlüğe giren ve yürürlükten kalkan bu kanunlar ara kanunlar (lex intermedia) olarak nitelendirilmektedir. Lehe kanun uygulamasında ara kanunlarında değerlendirme kapsamına alınıp alınmayacağı meselesi, doktrinde ciddi tartışmalar yaşanmasına sebep olmuştur. Yürürlükten kalkmış bir kanuna dayanarak ceza

⁶⁰²Erem, s.125; İçel/Donay, s.104; Alacakaptan, s.37; Soyaslan, s.155; Toroslu/Toroslu, s. 64; Hafizoğulları/Özen, s.34; Hakeri, s.74.

⁶⁰³ Soyaslan, s.155.

vermenin veya cezanın infazına devam etmenin, yürürlükten kalkmış kanuna artık ona ait bulunmayan bir kudret izafe etmek anlamı taşıyacağı belirtilmiştir.⁶⁰⁴ Ancak failin iradesinden bağımsız bir şekilde gelişen bu kanun değişikliklerinin en lehe olanından failin yararlandırılmaması da doğru karşılanmamaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre tüm süreç boyunca yürürlüğe giren kanunlardan hangisi failin daha lehineyse yürürlükten kalkmış olsa dahi uygulama alanı bulmalıdır.⁶⁰⁵ Bu görüşe ilişkin olarak ise kazanılmış hak söz konusu olması, merhamet ve insanlık esasına dayanılması, yargılamanın yavaş işleminin yükünün sanığa yüklenememesi gibi gerekçeler ileri sürülmüştür. Aksi görüşü benimseyenler ise ceza hukukunda müstesna hak bulunmadığını ve yargılamanın yeterince hızlı yürütülmesi halinde ilk kanuna göre çözümlenmesi gerektiğini belirterek lehe uygulama bakımından ara kanunların göz önüne alınamayacağını ileri sürmektedir.⁶⁰⁶ Yargıtay uygulaması, lehe olan ara kanunların uygulanması gerektiği yönündedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hükümlünün en lehine olan kanunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁷ Bizimde katıldığımız bu görüşe göre ilk, ara veya son kanun olsun hangisi daha leheyse o kanuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Failin iradesine bağlı olmayan sebeplerden dolayı daha lehe olan hükümden failin yararlandırılmaması adaletsiz olarak nitelendirilebilecektir. Bu görüşü TCK'nın lafzı ve gerekçesi de destekler niteliktedir. TCK'nın 7.maddesinin 2.fıkrasında suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren "kanun" dan değil "kanunlar" dan bahsedilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde ise ikiden çok kanun değişmesi halinde bunlardan hangisi daha lehe ise onun uygulanması amacıyla hükmün kaleme alındığı belirtilmiştir.⁶⁰⁸ Dolayısıyla somut bir olayda yürürlükte olmasa bile birden fazla kanunun varlığı söz konusu olursa, bu kanunların lehe kanun belirlemede göz önüne alınması gerekmektedir. Bu halde ara kanunların suçun işlendiği zamana yani geriye yürütmesi söz konusu olmakta ve ara kanunlar, geçmişe uygulama yasağının bir diğer istisnasını

⁶⁰⁴ Erem, s.131.

⁶⁰⁵ Dönmezer/Erman, s.280; Önder, s.78; Erem, s.135; Erem/Danışman/Artuk, s.141-142; İçel/Donay, s.101; Centel/Zafer/Çakmut, s.106; Hafizoğulları/Özen, s.31; Aytekin İnceoğlu, s.1130.

⁶⁰⁶ Erem/Danışman/Artuk, s.141.

⁶⁰⁷ Yargıtay 8.CD'nin 06.06.2016 tarihli 2016/5765 E.-2016/7399 K. sayılı kararı; Yargıtay 1.CD'nin 20.01.2006 tarihli 2006/1 E.-200673 K. sayılı kararı.

⁶⁰⁸ Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Cilt 1, 24. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s.149.

oluşturmaktadır. Ancak birden çok sayıda kanunun mevcut olduğu böyle bir durumda lehe uygulamanın ne şekilde gerçekleştireceği belirsizlik taşımaktadır. Bu halde, son kanundan başlanarak geriye doğru her kanunun somut olaya uygulanması yolu ile lehe kanunun tespit edilebileceği ifade edilmektedir.⁶⁰⁹

7. Mahkeme Kararları Bakımından

Aleyhte uygulama yasağı, suç ve ceza içeren hükümler için geçerli kabul edildiğinden mahkeme içtihatları bakımından uygulanmamaktadır. Halbuki mahkeme kararları gerçekleşmiş bir olay üzerine tesis edildiği için esasında geriye dönük etkileri olan bir durum yaratmaktadır.⁶¹⁰ Özellikle içtihat değişiminin söz konusu olduğu olaylarda karşımıza çıkan bu durum, kanunilik ilkesi bakımından bazı değerlendirmelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Sanık aleyhine gelişen bir içtihat değişikliğinin, ilk olarak uygulandığı olay bakımından geriye yürütülerek uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu durum ise içtihat değişikliğini öngörmesi mümkün olmayan kişi bakımından kanunilik ilkesine aykırı sonuçlar doğmasına yol açabilmektedir. Bu sebeple, kanunilik ilkesi gereği içtihat değişikliklerinin belli zamansal sınırlamalar içerisinde uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda mahkemelerin mevcut hükümlerin dışına çıkarak yeni suç oluşturmalarının ve mevcut cezayı artırmasının veya eksiltmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Fakat söz konusu içtihat değişikliklerinin sanık üzerinde önemli tesirleri olabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Bu hususta bir örnek vermek gerekirse; mütemadi olarak işlenmesi gerektiği kabul edilen bir suçun, içtihat değişikliği sonucunda tek bir kere bile işlenmesi halinde suç teşkil edeceğine karar verilmesi, karara teşkil eden olayda kişi eylemi tek defa icra etmiş olsa bile sorumlu tutulmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle yargıçların çok önemli bir pozisyona sahip oldukları common law sistemi başta olmak üzere mahkeme içtihatların geçmişe uygulanabilirliği nedeniyle kanunilik ilkesini ihlal etmeye elverişli olduğu ileri sürülmektedir.⁶¹¹ Buna rağmen mahkeme kararlarının hukukunun işlevselliği bakımından zorunlu ve vazgeçilmez

⁶⁰⁹ Hafizoğulları/Özen, s.31.

⁶¹⁰ Steven W. Allen, "Toward a Unified Theory of Retroactivity", **New York Law School Law Review**, C:54, S:10, 2009; Hall, *General Principles of Criminal Law*, s.29; Hallevy, s.42; Schabas, (2017) s.338.

⁶¹¹ Munday, s.455.

olduğu belirtilmelidir. Soyut kuralların somut olaylara uygulanması mahkeme kararları sayesinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle emsal kararların geriye dönük olarak uygulanmasının önüne geçebilmek için bazı çözüm önerileri sunulmuştur. Bunlardan ilki, yeni içtihadın mevcut davaya değil, sonraki davalara uygulanması (prospective overruling), ikincisi ise hukuki hata kapsamında bir değerlendirme yapılarak çözüme gidilmesi yönündedir.⁶¹² Bizim hukukumuzda hukuki hataya ilişkin hükümler öngörülmeyle beraber bu kurum, mahkeme kararlarının geriye yürürlü etkisini engellemek amacıyla kullanılmaktan ziyade kanunu bilmemek mazeret değildir hükmüne getirilen bir istisna olarak yorumlanmaktadır. Ancak mahkeme kararlarının geriye dönük etkisi nedeniyle özellikle içtihat değişikliğinin söz konusu olduğu hallerde, hukuki hataya dair hükümlerin de göz önüne alınması kanaatimizce de uygun bir çözüm olacaktır.

Mahkeme kararlarının geçmişe dönük etkisinin bulunması, AİHM kararlarında da oldukça yankı bulmaktadır. Common law sisteminin uygulandığı ülkelerinde sözleşme sistemine dâhil olması, içtihat değişikliklerinin öngörülememesini ve geriye yürütülmesini konu edinen birçok başvuru yapılmasına sebep olmaktadır. Verilen kararlar incelendiğinde, suçun özü ile uyumlu ve öngörülebilir olan bir içtihat değişikliğinin kanunilik ilkesini ihlal etmediği kabul edilmektedir. Nitekim AİHM vermiş olduğu bir kararında common law sistemlerinde hükmün yorum ve uygulamasının geliştirilip değiştirilebileceğini ancak bunun makul sınırlar içinde olması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹³ Bu bakımdan AİHM açısından önem taşıyan nokta içtihadın açık ve öngörülebilir bir değişim gösterip göstermemesidir.⁶¹⁴ Bu özellikleri taşıması ve suçun temel unsurlarını değiştirmemesi halinde yeni unsurlar eklense, değiştirilse ve terkedilse bile ihlal bulmamaktadır.⁶¹⁵

Türk hukuku bakımından konu irdelendiği zaman, mahkeme kararlarının geçmişe yönelik olarak uygulanması noktasında temel iki nokta üzerinde durulduğu

⁶¹² Cadoppi, Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective, s.87-88. AİHM'nin 7.maddesi kapsamında hukuki hata kurumunun göz önüne alması gerektiğine ilişkin görüş için bkz: Schabas, (2017), s.341.

⁶¹³ K v. The United Kingdom, Başvuru No: 21266/93-30/06/1993.

⁶¹⁴ Munday, s.457.

⁶¹⁵ Shaack, s.102.

görülmektedir. Bunlardan ilki Yargıtay'ın bağlayıcı nitelikte olan içtihadı birleştirme kararlarıyken bir diğeri ise AYM'nin iptal kararlarıdır. Bu kararların bağlayıcı gücüne ve doğurduğu etkilere rağmen geriye yürütülmemesi doktrinde en çok eleştirilen konular arasında yer almaktadır. Bu konulara verilen öneme rağmen önemli içtihat değişikliklerinin söz konusu olabildiği yargı kararları üzerinde çok durulmadığı görülecektir. Ancak ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında Yargıtay'ın içtihadı birleştirme niteliğinde olmayan kararlarının da adeta bağlayıcı bir nitelik arz ederek daha alt dereceli mahkemeleri etkilediği anlaşılmaktadır.⁶¹⁶ Bunun sonucunda ise henüz yargılaması sona ermemiş olan kişilerin, meydana gelen içtihat değişikliğinden doğrudan ve aleyhe bir şekilde etkilenmesi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla içtihadı birleştirme kuralları yanında Yargıtay içtihatlarının da kanunilik ilkesi bakımından ciddi bir tehlike arz edebileceği göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle kanaatimizce iptal kararı ve içtihadı birleştirme kararı dışındaki yargı kararları bakımından da aynı tartışmaların yapılması gerekmektedir. Arz ettiği önem nedeniyle Türk hukukunda tartışma konusu olan özel nitelikteki bu kararlarının ayrı iki başlık altında incelenmesi bir zorunluluk teşkil etmektedir.

a. Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararları

Yargı kararları bakımından vazgeçilmez olan yorum, sübjektif nitelik gösteren bir faaliyettir. Bu özelliğinden dolayı yargı kararlarının bağlayıcı olmaması gerektiği kabul edilmektedir.⁶¹⁷ Ancak bu sübjektifliğin yol açtığı karışıklık nedeniyle kişilerin hak kaybına uğramasını önlemek ve ülkede hukuki bir istikrar oluşturabilmek adına bazı istisnalar tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda kabul edilen bu istisna içtihadı birleştirme kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre içtihadı birleştirme kararları benzer olaylarda tüm mahkemeleri bağlayıcı bir niteliği haizdir. Bu bağlayıcılıktan dolayı kanun hükmünde kabul edilen içtihadı birleştirme kararları, suç ve ceza içeren hükümlerin

⁶¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.128.

⁶¹⁷ AIHM ise yüksek mahkemelerin içtihatlarının bağlayıcı olmasının gelecek için önemli bir koruma sağladığını düşünmektedir. İlgili karar için bkz: Case Of Drėlingas v. Lithuania, Başvuru No:28859/16-12/03/2019. Farklı mahkemelerinin aynı hükmü farklı yorumlamasının, kanunilik ilkesi bakımından problemli bir konu olduğunu düşünen görüş için bkz: Alison Doecke, "The Principle of Legality as Protection for Human Rights", **Alternative Law Journal**, C:39, S:4, 2014, s.252.

tabi olduğu zamansal ilkelere tabi tutulmamaktadır. Bu durum, içtihadı birleştirme kararlarının hükümlüler lehine bir durum ortaya çıkarması haline ne şekilde hareket edileceği noktasında tartışmalar yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Konuya ilişkin içtihatlarla bakıldığında Yargıtay, hem eski hem yeni tarihli bir içtihadı birleştirme kararında⁶¹⁸ lehe kararların geriye yürümeyeceğine karar vermiş bulunmaktadır. Bu noktada getirilen temel eleştiri, lehe olan kanunların geçmişe yürüyebilmesine rağmen bağlayıcılığı nedeniyle kanun gibi görev gören içtihadı birleştirme kararlarının neden geriye yürümediğine ilişkindir.⁶¹⁹ Ayrıca içtihadın değiştirilmesi halinde önceki içtihadın hatalı olduğunun kabul edildiği ve bu hatalı anlayış nedeniyle kişinin daha fazla ceza çekmesine göz yumulamayacağı ifade edilmiştir.⁶²⁰ Kabul edilmesi mümkün bulunmayan başka bir görüş ise TCK 7.maddesinde yer verilen kanun kavramının metin olarak anlaşılması gerektiğini, bu sebeple içtihadı birleştirme kararının bu kapsamda değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.⁶²¹ Ancak kanun kavramına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız da göz önüne alındığında bu görüşe katılmak olanaklı gözükmemektedir. Ayrıca bu görüşün kabul edilmesi halinde birer metin olarak kabul edilebilecek idarenin düzenleyici işlemlerinin de suç ve ceza yaratabilmesini kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla bu nitelikteki kararlar bakımından lehe uygulama yapılması yasal değil ancak adalet duygusunun gerektirdiği bir zorunluluktur. Bununla birlikte içtihadı birleştirme kararlarına dayanak oluşturan somut olaya bu kararın uygulanması esasında geçmişe yürütülme anlamı taşıırken, bu kararların lehe olması halinde geçmişe yürütülmemesi ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, yasal bir engel de bulunmadığından Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarının özellikle uygulandığı ilk olaylar bakımından lehe-aleyhe durumu değerlendirilerek uygulanması, kanunilik ilkesinin esasına daha uygun nitelikte olacaktır.⁶²²

⁶¹⁸Yargıtay İBK'nın 15.06.1949 tarihli 4/11 sayılı kararı; Yargıtay İBGK'nun 13.12.2019 tarihli 2019/6 E.-2019/7 K. sayılı kararı.

⁶¹⁹Bu görüşte olan yazarlar için bkz: Erem/Danışman/Artuk, s.147; Önder, s.86; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.202; Hakeri, s.80; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.128.

⁶²⁰ Erem, s.141; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.142; Centel/Zafer/Çakmut, s.105.

⁶²¹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.142; Baytaz, s.2730.

⁶²² Aynı yönde görüş için bkz: İçel/Donay, s.96.

b. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları

Hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir sistemde, vatandaşların, asli ve geniş yetkilerle donatılmış yasama organına karşı da korunması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, yasama organının denetlenebileceği anayasal bir denetim mekanizması kurulmuştur. Bu denetim mekanizması sayesinde yasa koyucuların, kanunlar yolu ile ihlaleci ve baskıcı bir pozisyona gelmesi engellenmektedir.⁶²³ Dolayısıyla anayasal denetim, hem kanunun hem de kişilerin anayasal güvencesini temin etmektedir. Taşıdığı bu anlam itibarıyla birçok ülkede başta kanunlar gelmek üzere belli hukuki metinlerin denetimi için Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Bilindiği üzere ülkemizde de kanunların, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM içtüzüğünün şekil ve esas bakımından anayasal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından belli usuller çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu usuller çerçevesinde gerçekleştirilen denetim sonucunda anayasaya aykırı olduğu tespit edilen hükümler iptal edilmektedir. İptal kararı sonucunda ise ilgili hükümlerin, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren yürürlükten kalkması söz konusu olmaktadır. Bu halde kanunda yeni bir düzenleme yapılmasına kadar söz konusu olan boşluğun, kanunilik ilkesi bakımından sakıncalı sonuçlar doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Konuya ilişkin AİHM'nin önüne gelen bir dava bu tartışma açısından çarpıcı tespitler içermektedir. 1996 yılında icra ettiği çeşitli eylemlerden dolayı yargılanan başvurana 2009 yılında müebbet hapis cezası verilmiştir. Söz konusu fiilin cezası 1999 tarihinden önce 15 yıl ve ölüm cezası olarak öngörülmüş ancak hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 1999 yılında iptal edilmiş, ölüm cezası yerine müebbet hapis cezası öngören yeni hüküm yaklaşık üç ay sonra yürürlüğe girmiştir. Başvuran iptal kararı ile yeni hükmün yürürlüğe girmesi arasındaki zamanda kanunda yer alan ve iptal kararı ile ölüm cezası kaldırıldığı için sadece 15 yıl öngören düzenlemenin kendisine uygulanmadığını ve lehe uygulama kuralının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, ise söz konusu boşluğun kasıtlı oluşturulmadığı ve kanun koyucunun kanundaki hükmü başvuranın iddia ettiği şekilde hafifletme niyeti olmadığını

⁶²³ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 23. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2019, s.217.

belirterek 2000 tarihli düzenlemenin uygulanmasını 7.maddeye aykırı bulmamıştır.⁶²⁴ Dolayısıyla AİHM' ne göre kanun hükmünün iptali halinde ortaya çıkan boşluk, kişilerin lehine bir sonuç doğurmayacak şekilde ele alınmalıdır. Türk hukukunda yaklaşımda bu yönde olup iptal ile oluşan boşluklardan ancak iptal kararından sonra suç işleyen kişilerin yararlanması mümkündür. İptale konu hüküm kapsamında cezasını çekmekte ve yargılanmakta olan kişilerin ise bu iptal kararının sonuçlarından yararlanması mümkün gözükmemektedir. Bunun en temel sebebi iptal kararları bakımından derhal uygulanma ilkesinin söz konusu olmasıdır. Bu durum, suç ve ceza içeren hükümlerin iptali halinde devam eden ve tamamlanan yargılamalar bakımından adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Ancak Anayasanın 153.maddesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Söz konusu hüküm, doktrinde sert bir şekilde eleştirilmektedir. Çoğunluğu oluşturan görüşe göre, AYM'nin suç ve ceza içeren hükümlerin iptaline karar verdiği olaylarla sınırlı olarak lehe uygulama istisnası getirilmesi gerekmektedir.⁶²⁵ Aksi halde artık suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden ötürü kişilerin cezalandırılmaya devam edilmesinin söz konusu olacağı ve bu sonucun kanunilik ilkesi ile bağdaştırılamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten de iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce ve sonra suç işleyenler arasında farklı bir uygulama yapılması ve kişinin anayasaya aykırı olduğu kabul edilen bir suçtan dolayı cezalandırılmaya devam edilmesi ne hukuk devleti bakımından ne de insan onuru bakımından kabul edilebilir değildir. Her ne kadar Yargıtay'ın lehe uygulamayı kabul ettiği içtihatları⁶²⁶ bulunsa da bu yaklaşımın hukuka uygun olduğunu savunmak doğru değildir.

⁶²⁴ Case of Ruban v. Ukraine, Başvuru No: 8927/11-12/07/2016; Ishchenko v. Ukraine, Başvuru No: 35374/12-11/06/2019.

⁶²⁵ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.202; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.142; Özgenç, s.151; Üzülmöz/Koca, s.76; Hakeri, s.80.

⁶²⁶ Yargıtay 5.CD'nin 18.05.1998 tarihli 1998/1404 E.-1998/2056K. sayılı kararı; Yargıtay 5.CD'nin 09.03.1998 tarihli 1998/82E.-1998/854 K. sayılı kararı; Yargıtay CGK'nın 19.04.1993 tarihli 1993/4-16 E.-1993/100 K. sayılı kararı. Yargıtay, verdiği bu kararlarda Anayasanın 153. maddesinin 5. fıkrasında yer alan iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralının hukuksal işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edildiğini, suçların hukuki bir işlem olmadığını ve dolayısıyla ceza hükmünü ortadan kaldıran bir iptal kararının geriye yürüyebileceğini gerekçe göstermiştir. Yargıtay son dönemde verdiği kararlarında ise iptal kararlarının geçmişe yürümeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu yöndeki kararlar için bkz: Yargıtay 19. CD'nin 09.09.2019 tarihli 2018/4638 E.-2019/10855 K. sayılı kararı; Yargıtay 2. CD'nin 16.12.2015 tarihli 2015/16917 E.-2015/23307 K. sayılı kararı; Yargıtay 7.CD'nin 02.12.2014 tarihli 2014/22853 E.- 2014/20207 K. sayılı kararı; Yargıtay 13.CD'nin 19.06.2014 tarihli 2014/20901 E.-2014/21881K. sayılı kararı; Yargıtay CGK'nun 05.04.2011 tarihli 2010/7-262 E.-2011/35 K. sayılı kararı.

Yapılması gereken belli iptal kararları bakımından lehe uygulamanın önünü açacak istisna hükmünün yasal olarak düzenlenmesidir.

C. Suçların ve Cezaların Belirliliği (Lex Certa)

Kanunilik ilkesi bakımından suç ve cezaların sadece kanunla düzenlenmiş olmasının yeterli güvence sağlamaktan uzak olduğu ve kendisine eşlik eden bazı sınırlamalar olmadan koruma ve güvence fonksiyonlarını yerine getirmediği belirtilmişti. Bu bölümde kanunilik ilkesini tamamlayan diğer bir ilke olan suç ve cezaların belirliliği ilkesine yer verilecektir. Bu ilke kanunilik ilkesi bakımından içeriksel anlamda bir sınırlandırma getirerek kanun koyucuya hitap eden bir sorumluluğa vücut vermektedir. İçeriğe ilişkin bir sınırlandırma getirilmiş olması, başta kanunilik ilkesi olmak üzere ceza kuralının işlevselliği bakımından da önem arz etmektedir. Zamansal bakımdan sınırlanmış olan bir kanunun anlaşılabilir ve belirsiz kavramlara yer vermesi kanunilik ilkesi bir yana suç ve cezadan beklenen birçok fonksiyonun gerçekleştirilememesine sebep olabilecektir.⁶²⁷ Başka bir ifadeyle, kanunilik ilkesi en temelde kişilerin kanunda yer alan suç ve ceza hükümlerini anlayabilmesini ve bu doğrultuda davranışını yönlendirmesini gerektirmektedir. Söz konusu hükümlerin anlaşılması ise kanunun tekelsizliği ve geriye uygulanma yasağı ile gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir. İşte bu noktada, kanunda yer verilen kavramların yeterince anlaşılır açık olmasını ifade eden belirlilik ilkesi görevi devralmaktadır. Bu sayede kişilerin gerçekten suç ve cezaya ilişkin hükümleri bilmesinden ve meşru olan ile olmayan arasında ayrım yapabilmesinden bahsedilebilecektir.⁶²⁸ Ayrıca gene belirlilik ilkesi sayesinde kuvvetler ayrılığı prensibinin işlevselliği sağlanabilmektedir. Kanunların oldukça soyut ve belirsiz kavramlara başvurusu, bu hükümleri uygulayacak organların hükmün kapsamını keyfi olarak değişikliğe uğratmasına ve adeta bir kanun koyucu gibi hareket etmesine yol açabilmektedir.⁶²⁹ Bu nedenle belirlilik ilkesine aykırı olarak, çelişkili ve açık

⁶²⁷ Toroslu/Toroslu, s.51; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.119; Selahattin Kolcu, “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, C:76, S:8, 2016, s.15.

⁶²⁸ Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, S:104, 2013, s.234; Can, s.94.

⁶²⁹ Kolcu, s.15.

olmayan kavramlara başvurulması, kuvvetler ayrılığı prensibini zedeleyebileceği gibi kanunilik ilkesine ve onun güvencesine aykırılık teşkil etmektedir. Esasında belirlilik ilkesi sadece ceza hükümleri bakımından değil tüm hukuk hükümleri bakımından önemli olmakla beraber ceza hukuku alanında, önleme amacından dolayı daha büyük önem teşkil etmektedir.⁶³⁰ Bunula birlikte ceza kanununda belirlilik ilkesine ilişkin ayrıca bir düzenlemenin yapılmış olması, bir ceza kanunlarının belirliliği ile diğer kanunların belirliliği arasında nitelik, oran ve işlev bakımından farklılıklar olduğu sonucuna götürmektedir.⁶³¹ Belirlilik noktasında ortaya çıkan bu farklılıkların sebebi, ceza hükümlerinin doğrudan göz önüne alınması gereken davranış normları olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanunilik prensibi açısından kanunun suçu ve cezayı düzenleyiş biçiminin en az kanun tarafından yaratılma niteliği kadar önem arz ettiği ifade edilmektedir.⁶³² Ancak teşkil ettiği öneme rağmen kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesi arasındaki ilişkinin tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Doktrinde çoğunluğu teşkil eden görüşe göre belirlilik ilkesi, kanuniliğin bir sonucu veya unsuru olarak değerlendirilmelidir.⁶³³ Savunulan diğer bir görüşe göre ise kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesi bağımsız ilkeler olarak ele alınmalıdır.⁶³⁴ Kanaatimizce daha önce de yaptığımız açıklamalar da göz önüne alınırsa belirlilik ilkesi ile kanunilik ilkesi birbirinden ayrı ancak birbirine bağımlı ilkelerdir. Belirlilik ilkesi olmadan kanunilik ilkesi, kanunilik ilkesi olmadan ise belirlilik ilkesinin güvence teşkil edecek işlev görebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple bu ilke arasındaki ilişki ne şekilde nitelendirilirse nitelendirilsin, kaynaştıkları ve birbirinden ayrılamaz oldukları kabul edilmelidir. Türk kanun koyucusu da bu kaynaşmış ilişkiyi göz önüne alarak belirlilik ilkesini kanunilik ilkesi kapsamında incelemiştir. TCK'nın 2.maddesinde kanunla “açıkça” suç sayılmayan hallerde yaptırım uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar anayasada belirlilik ilkesi açıkça düzenlenmemiş olsa bile hem doktrin tarafından hem de AYM tarafından hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2.maddenin ve kanunilik ilkesini düzenleyen

⁶³⁰ Hallevy, s.135.

⁶³¹ Can, s.95.

⁶³² Turinay, s.124.

⁶³³ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.163; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.118; Üzülmöz/Koca, s.59; Centel/Zafer/Çakmut, s.56; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.70; Hakeri, s.15.

⁶³⁴ Özgenç, s.127.

38.maddenin bu ilkeyi bünyesinde barındırdığı kabul edilmektedir.⁶³⁵ Nitekim AYM vermiş olduğu bir kararında hukuk devletin temel unsurlarından olan hukuki belirlilik ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin somut olaya uygulanabilmesi için herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiğini belirtmiştir.⁶³⁶ Dolayısıyla suç ve ceza içeren bir hükmün somut bir olaya uygulanabilmesi için yeterince açık ve belirli şekilde düzenlenmiş olması bir ön şart niteliğindedir.⁶³⁷

Belirlilik ilkesi gereğince, suç ve ceza içeren hükümler yeterince açık, öz ve muhatabı tarafından anlaşılır şekilde tasarlanmalıdır. Bunu sağlamak için ise kanun koyucunun, anlamı kişiden kişiye göre oldukça değişkenlik gösterebilen, hukuken ve dilbilgisi açısından çelişkili yorumlara neden olabilecek kavramları kullanmaktan kaçınması gerekmektedir. Bu noktada kanunların doğası gereği bir parça belirsiz olması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır. Her biri birbirinden farklı şartlara sahip somut olayları kapsayabilen bir hüküm oluşturulması, bu hükmün genel ve soyut bir şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte toplum hayatının, suç sayılması gereken fiilleri artırması ve yeni kural ve ilkeler kapsamında ceza hukukunun yorumlanması zorunluluğunu ortaya çıkarması da söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun bir hükmü ele alırken değişiklik ve belirlilik ihtiyacını

⁶³⁵ AYM'nin 14.02.2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 25.12.2019 tarihli 2019/106 E.-2019/100 K. sayılı kararı; AYM'nin 12.11.2019 tarihli ve 30946 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 19.09.2019 tarihli 2019/53 E.-2019/75 K. sayılı kararı; AYM'nin 29.11.2019 tarihli ve 30963 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24.07.2019 tarihli 2018/73 E.-2019/65 K. sayılı kararı; AYM'nin 26.07.2019 tarihli ve 30843 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 15.05.2019 tarihli 2017/135 E.-2019/35 K. sayılı kararı; AYM'nin 15.07.2015 tarihli ve 29417 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 01.07.2015 tarihli 2015/4 E.-2015/61 K. sayılı kararı; AYM'nin 13.02.2013 tarihli ve 28558 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24.05.2012 tarihli 2011/129 E.- 2012/81 K. sayılı kararı. Belirtmek gerekir ki AYM çoğu kararında belirlilik ilkesini, hukuk devleti ilkesi kapsamında incelemektedir. Bu bakımdan belirlilik ilkesi ile kanunilik ilkesinin ayrı ilkeler olduğu yönünde bir anlayış göze çarpmaktadır. Bu anlayışa çarpıcı bir örnek için bknz: AYM'nin 29.11.2018 tarihli ve 30610 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 08.11.2018 tarihli 2017/179 E.-2018/106 K. sayılı kararı.

⁶³⁶ AYM'nin 14.02.2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 25.12.2019 tarihli 2019/106 E.-2019/100 K. sayılı kararı.

⁶³⁷ Amerika'da belirlilik ilkesine ilişkin benimsenen görüşün de bu yönde olduğu söylenebilir. Yargısal denetim sürecinde oluşturulan bir doktrine göre mahkemeler belirsiz hükümleri geçersiz olarak değerlendirebilecektir (void for vagueness). Bu doktrinin oluşmasına temel teşkil eden sebep ise ortalama bir insanın anlamayacağı belirsizlikte olan hükümlerin Anayasanın "due process of law" maddesini ihlal etmesidir. Ancak Türk hukukunda mahkemelerin belirsiz olduğunu düşündüğü hükümleri geçersiz sayması mümkün değildir. Bu nedenle belirsiz olduğu düşünülen hüküm hakkında AYM'ne iptal başvurusu yapılmalıdır.

da göz önüne alarak düzenleme yapması gerekmektedir. Bu doğrultuda genel ve soyut kavramların kullanılması, düzenlemeye konu alanın sıklıkla değiştirildiği hallerde kanunun dinamik kalması bakımından zorunluluk teşkil etmektedir.⁶³⁸ Dolayısıyla normların hem uygulanabilirlik hem fonksiyonellik hem de dinamiklik için genel bir şekilde kaleme alınması gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde belirlilik ilkesinin çok işlevsel bir ilke olmayacağı eleştirisi yapılmaktadır.⁶³⁹ Ancak bu görüşe katılmak kanaatimizce olanaksızdır. Belirlilik ilkesi, her suçun mutlak bir ayrıntı ve açıklıkta ele alınmasını gerektiren bir ilke değildir. Belirlilik ilkesi ile kanunların genel ve soyut bir şekilde kaleme alınması gerekliliği bir denge halinde olmalıdır. Dengenin belirlilik ilkesi lehine bozulması, kanunun kapsamını daraltarak uygulama bakımından bazı problemlerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bununla birlikte dengenin genel ve soyut bir kanun lehine bozulması halinde ise iki temel sorunla karşılaşmaktadır. Bunlardan ilki, neredeyse sınırsız çeşitlilikteki fiil ve ihmalleri içerecek şekilde genişletilen bir hükmün kaçınılmaz olarak belirsizliğe yol açmasıdır.⁶⁴⁰ İkincisi ise çok genel hükümlerin kanun uygulayıcılarının elinde birer araç haline dönüşebilmesidir. Başka bir deyişle, kanun uygulayıcıları bakımından takdir hakkını kullanacak alan ne kadar artarsa, hak ve özgürlükler açısından tehlike riski de o kadar artmaktadır. Hatta bu sakınca nedeniyle Beccaria ve Montesquieu gibi önemli isimler döneminde belirlilik ilkesi, kazuistik bir kanun şeklinde anlaşılmış ve hâkimlerin kanunların ağzı pozisyonuna indirgenmesine sebep olmuştur. Ancak önceden hesaplanmamış olaylar karşısında, kanunun yetersiz geldiği kabul edilerek yargıçlara yasaklanan yorum yetkisine başvurulmuştur.⁶⁴¹ Günümüzde de halen ceza hükümlerinin mutlak bir kesinlik ve açıklık içerisinde ele alınmasının hak ve özgürlükleri daha iyi koruyacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁶⁴² Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun sonsuz miktardaki olasılığın kesişmesiyle meydana gelen somut olayları öngörmesi ve tamamını bir kurala bağlaması arzu edilen bir senaryo olmakla beraber mümkün olmadığından mutlak bir belirlilikten bahsedilememektedir. Bu nedenle hukuktan

⁶³⁸ İçel/Donay, s.126; Can, s.96.

⁶³⁹ Özbek/Doğan/Bacakısz, s.68.

⁶⁴⁰ Allen, s.84.

⁶⁴¹ Can, s.92.

⁶⁴² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Kangal, s.73.

matematiksel bir kesinlik bekleyerek, belirlilik ilkesine aşırı bir misyon yüklemek doğru değildir.⁶⁴³ İdeal bir hukuki güvenliğin hiçbir zaman sağlanamayacağı belirtilmelidir.⁶⁴⁴ Mutlak bir kesinlikten bahsedilebileceğini kabul etsek bile hak ve özgürlükler bakımından problemlili bazı neticelerin doğacağı göz önüne alınmalıdır. Çünkü hükümlerin mutlak açıklıkla öngörülmesi bu hükümlerin bir o kadar da katı ve kesin olmasına sebep olacaktır.⁶⁴⁵ Bununla birlikte her konuyu somut bir şekilde ifade etmeye çalışan kanun koyucu, bu sefer “düzenlenen olguların çokluğunun yarattığı belirsizliğe” sebep olmuş olacaktır.⁶⁴⁶ Dolayısıyla belirlilik ilkesi bakımından mühim olan her konunun kanunda düzenlenmesi değil, düzenlenen konuların muhatap tarafından yeterince anlaşılabilir olmasıdır. Bu nedenle kanunun koyucunun, suça ilişkin unsurları ve karşılığında öngörülen cezayı genel bir çerçevede ancak olabildiğince açık bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Bu bakımdan belirlilik ilkesinin, kanun koyucuya sadece açık ve kesin kavramlar kullanması görevini yüklediği ayrıca bu belirliliğin ne ölçüde sağlanacağını da ayarlama görevi vermiş olduğu kabul edilmelidir. Bu dengenin bozulması halinde kanunilik ilkesi bakımından tehlikeli bir sahaya girildiği göz önüne alınarak hükümler düzenlenmelidir.⁶⁴⁷ Ancak kanun koyucunun gözetmesi gereken bu dengenin ne zaman sağlanmış ya da bozulmuş olduğu sorusuna her zaman net bir cevap vermek kolay gözükmemektedir. Bu bakımdan genel ifadelerin kullanılmasının, belirlilik ilkesi bakımından sakıncalı olup olmadığı her somut olayın şartları göz önüne alınarak belirlenmelidir.⁶⁴⁸ Bu noktada doktrinde yapılan değerlendirme ve tartışmalardan da yararlanılması mümkündür. Mesela TCK 305.maddesinde düzenlenen “*Temel millî yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama*” suçunun belirlilik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlendiği yönünde çok sayıda görüş bulunmaktadır.⁶⁴⁹ Kanun koyucu da temel milli yararlar deyiminin belirsiz olduğunu düşünecek ki, maddenin son fıkrasında bu kavramı açıklama gereği

⁶⁴³ Hallevy, s.140; Kangal, s.77.

⁶⁴⁴ Soyaslan, s.138.

⁶⁴⁵ Turinay, s.183.

⁶⁴⁶ Hall’a göre, modern ceza kanunları kelime yetersizliğinden değil kelime fazlalığından dolayı acı çekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hall, Nullum Crimen Sine Lege, s.176 vd.

⁶⁴⁷ Alacakaptan, s.10.

⁶⁴⁸ Kangal, s.77.

⁶⁴⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz: Üzülmöz/Koca, s.71; Hakeri, s.15, Kangal, s.76; Baytaş, s.75-76; Kolcu, s.16.

duymuştur. Ancak bu deyimî açıklamak için kullanılan bağımsızlık, toprak bütünlüğü, milli güvenlik gibi kavramlar da başlı başına tanımlanmaya muhtaç kavramlardır. Bu nedenle bizimde katıldığımız bu görüşe göre TCK'nın 305.maddesinin belirlilik ilkesine uygun bir şekilde tekrardan düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu madde yanında özellikle tahrik suçları açısından eleştiriler yapıldığını görmekteyiz. Şüphesiz bu suçlar bakımından belirsizliğe yol açan temel kavram “tahrik” kavramıdır ve kanun koyucu tarafından tahrik kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak bu noktada bir hususa dikkat etmek gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından suç ve ceza içeren hükümler düzenlenirken yasal olarak tanımlanması mümkün olmayan kavramlar için hukuksal kavramlara başvurulması, belirlilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir.⁶⁵⁰ Şöyle ki, hukuksal normların muhatabı olarak karşımıza yargı organı ve kanunun uygulama alanı bulduğu kişiler çıkmaktadır. Yargı organı bakımından, hukuksal kavramların yargısal yorum ile anlaşılabilir olması halinde yeterince belirlilik bulunmaktadır.⁶⁵¹ Kanunun uygulama alanı bulduğu kişiler bakımından ise hukuksal kavramların doğrudan anlaşılması her zaman mümkün olmamaktadır. Ancak kişinin resmî makamlara veya hukuki yardıma başvurularak cezalandırma riskini bilme olanağına sahip olduğu başka bir ifadeyle hükmün gerçek anlamının öğrenilebilmesinin mümkün olduğu hallerde belirlilik ilkesinin yerine getirildiğinden bahsetmek mümkündür.⁶⁵² Bu bakımdan kanunda, hukuksal kavramlara yer verilse bile yorum veya hukuki yollarla ilgili hüküm yeterince anlaşılabilir ve öngörülebilir ise belirlilik ilkesine aykırı bir durum bulunmayacaktır. Dolayısıyla kişinin cezalandırılabilirlik riskinin bulunduğunu öngörmesi yeterli kabul edilmektedir.⁶⁵³ Nitekim AİHM de kişilerin icra edeceği eylemin sonuçlarına ilişkin mutlak bir öngörülebilirlik

⁶⁵⁰Turinay, s.134; Can, s.95.

⁶⁵¹ Baytaş, s.73.

⁶⁵² AİHM'nin söz konusu içtihatı ile ince buz olarak çevirebileceğimiz “thin ice” prensibi arasında bağlantı kuran görüş için bkz: Murphy, s.200.

⁶⁵³ Zeki Hafizoğulları, “Hukuku Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, **AÜHF Ellinci Yıl Armağanı**, Cilt: 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s.198-199; Hafizoğulları/Özen, s.22-23; Kangal, s.77; Thomas Weigend, “Germany”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.201.

aranmasına gerek olmadığını, ceza riskinin öngörülmesinin yeterli olduğunu düşünmektedir.⁶⁵⁴

Doktrinde suçların belirliliği bakımından karşımıza çıkan bu tartışmalar, cezalar söz konusu olduğu zaman özellikle alt ve üst sınır arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır. Belirlilik ilkesi gereği cezaların alt ve üst sınırı arasında farkın makul bir düzeyde olması gerektiği düşünülmektedir.⁶⁵⁵ Bu itibarla iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngören taksirle birden fazla kişinin ölümüne sebep olma ve işkence suçu düzenlemelerinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmelidir. Benzer bir sonuca adli para cezalarına ilişkin genel bir düzenleme getiren 52.madde bakımından da ulaşılması mümkündür. İlgili madde de adli para cezası, en az 20 en fazla 100 TL'den fazla olamayacak şekilde alt ve üst sınıra tabi tutulmuş olmasına karşın, TCK'da yer alan bazı düzenlemeler nedeniyle kişilerin ne kadar ceza alabileceklerini öngörememesi söz konusu olmaktadır. Mesela göçmen kaçakçılığı yapan kişiler bakımından hapis cezası yahut bin günden on bin güne kadar para cezası öngörülmüştür. Alt ve üst sınırlar göz önüne alınarak verilebilecek adli para cezası hesaplandığı takdirde; 20.000 TL ile 1.000.000 TL arasında değişen ve belirlilik ilkesine aykırı olan çok geniş bir skala karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu konuya ilişkin AYM'nin önüne gelen benzer bir olayda 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası öngören İmar Kanunu'nun ilgili hükmü belirlilik ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Karara gerekçe olarak ise elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan bir skalanın uygulamada yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir.⁶⁵⁶ Dolayısıyla çok geniş bir aralık öngören hükümlerin kişiler bakımından öngörülebilen ve belirli olması söz konusu olamayacağından, belirlilik ilkesine uygun bir şekilde tekrardan düzenlenmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi kapsamında doktrinde tartışılan hususlar bunlarla sınırlı değildir. Belirlilik ilkesi bakımından sakıncalı karşılaşılan

⁶⁵⁴ Kyriakides v. Cyprus, Başvuru No: 53059/99-11/12/2001; Witt v. Germany, Başvuru No:18397/03- 08/01/2007; Mahler v Germany, Başvuru No: 29045/95-14/01/1998; E.G. v. Switzerland, Başvuru No:18477/91-01/12/1993.

⁶⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.71; Centel Zafer Çakmut, s.40; Hakeri, s.16; Kangal, s.78; Baytaş, s.86.

⁶⁵⁶ AYM'nin 05.11.2008 tarihli ve 27045 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 17.04.2008 tarihli 2005/5 E.-2008/93 K. sayılı kararı. Aynı yönde karar için bkz: AYM'nin 13.03.2014 tarihli ve 29294 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 13.11.2014 tarihli 2013/95 E.-2014/176 K. sayılı kararı.

diğer durumlardan kısaca bahsedilecek olursa; Bilindiği üzere kanunun bir hükümde hem suç teşkil eden fiile hem de cezasına yer vermesine doktrinde tam ceza kanunu denilmektedir.⁶⁵⁷ Ancak bazen hükümlerde yalnız suç oluşturulan fiil gösterilmekte ve ceza için farklı kanunlara atıf yapılmaktadır. Doktrinde başka kanuna atıf yapmak suretiyle cezalandırma öngören hükümlerin belirlilik ilkesine aykırı olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵⁸ Gene suç teşkil eden fiili ve cezasını ayrı hükümlerde düzenleyen bir kanunun da belirlilik ilkesini zedeleyeceği ifade edilmiştir.⁶⁵⁹ Bu bakımdan kanun koyucunun ilgili hükümde suçu ifade etmek için kullandığı kavramlara, cezayı belirlemek için koyduğu sınırlara ve hükümlerin sistematığına dikkat etmesi gerekmektedir.

AİHS'nin 7.maddesinde belirlilik ilkesi açıkça düzenlenmemesine karşın kanunilik ilkesinin doğal bir unsuru olarak kabul edilmektedir.⁶⁶⁰ AİHM'e göre belirlilik kriteri, bireylerin hangi durumda kendisinin sorumlu tutulabileceğini anlaması halinde sağlanmaktadır. Ancak AİHM, hukuk kurallarının mutlak bir kesinliğe sahip olamayacağını, değişen koşullara uyum sağlayabilmesi için birçok kuralın az ya da çok belirsizlik taşıyabileceğini bu nedenle yorum faaliyetinin gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁶¹ Konuya ilişkin önemli bir içtihat olan *Kokkinakis/Yunanistan* kararında dini propoganda suçunu yorumlayan AİHM, yazılı hukukun çeşitli nedenlerle az veya çok belirsiz olabileceğini, dini propoganda suçunun da yorum ve uygulamasının pratiğe bağlı bulunduğunu, konuya ilişkin yerleşik içtihatlar olduğunu ve bu sebeple hükmün başvuranca öngörülebilir olduğunu belirterek ihlal olmadığına karar vermiştir.⁶⁶² Uluslararası nitelikte olan bir sözleşmenin belirsizlik taşıdığına ilişkin yapılan bir başvuruda ise İstanbul Sözleşmesi'nin 5.maddesinde yer alan "persons resident" kavramının çok geniş tanımlandığı ve devletlere bu konuda geniş bir yetki verdiği nitekim söz konusu

⁶⁵⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.116.

⁶⁵⁸ Özgenç, s.127; Kangal, s.76; Baytaz, s.83. Aksi yönde düşünen bir görüş ise başka normlara atıfta bulunulmasını kanun koyucunun takdir sınırı içinde olduğunu belirterek bu faaliyetin kanun koyma tekniği olarak vasıflandırılabilirliğini ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Turinay, s.135.

⁶⁵⁹ Kangal, s.76.

⁶⁶⁰ Kreß, s.7.

⁶⁶¹ *Lupker and Others v. The Netherlands*, Başvuru No: 18395/91- 07/12/1992.

⁶⁶² *Case of Kokkinakis v. Greece*, Başvuru No: 14307/88- 25/05/1993. Benzer yöndeki kararlar için bknz: *Schluga v. Austria*, Başvuru No: 65665/01, 71879/01, 72861/01-26/09/2002; *Case Of Larissis and Others v. Greece*, Başvuru No: 23372/94-24/02/1998.

kavramın Hırvatça'ya da belirsiz bir şekilde çevrildiği belirtilerek öngörülebilirlik bakımından sakıncalı bulunmuştur.⁶⁶³ *Haarde/İzlanda*⁶⁶⁴ kararında ise mahkeme, İzlanda Anayasası'nın 17.maddesindeki önemli devlet konuları (important government matters) ibaresinin belirsiz ve açık olmadığı şeklindeki iddiaya, kamu düzenini tehlikeye atabilecek her durumun öngörülebilir olmaması nedeniyle genel bir ifade kullanılabileceğini belirterek itibar etmemiş ayrıca yoruma açık bu ifadenin mahkemece suçun özü ile uyumlu yorumlandığı belirterek 7.maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla mahkûmiyete konu hükümlerde mutlak bir belirlilik aramamakta kanunun yorumu için yerleşik yargı kararları bulunması ve bunlar sayesinde hükmün anlaşılabilir olması yeterli bulunmaktadır.⁶⁶⁵ Bununla birlikte AİHM, belirliliğe ilişkin değerlendirme yaparken normun hitap ettiği kişinin içinde bulunduğu durumu⁶⁶⁶, mesleki ve teknik bilgisini de dikkate almaktadır. AİHM'ne göre mesleki faaliyetlerini sürdüren kişilerin bu faaliyetin gerektirdiği riskleri değerlendirmede özel dikkat göstermesi gerektiği düşünülmektedir. Konuya ilişkin en bilinen kararlardan biri olan *Cantoni/France* kararında süpermarket yöneticisi olan başvuru, hukuka aykırı ilaç satmaktan dolayı cezaya çaptırılmıştır. Her ne kadar başvuran ilgili hükümlerin açık olmadığını iddia etse bile AİHM, belirliliğin kapsamının metnin içeriği, kapsamak için tasarlandığı alan ve ele aldığı kişilerin sayısına ve durumuna bağlı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvuranın, süpermarket yöneticisi olarak tıbbi ürünlerin yasal olmayan şekilde satışının ciddi bir yargılanma riski doğurduğunu bilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁶⁷

Mahkeme vermiş olduğu kararlarda, öngörülebilirlik için sadece hükmün yeterince belirli olmasını değil aynı zamanda kamu mercilerinin keyfi

⁶⁶³ Case of Žaja v. Croatia, Başvuru No: 37462/09-04/10/2016; Case Of Lopac and Others v. Croatia, Başvuru No: 7834/12, 43801/13, 19327/14-10/10/2019.

⁶⁶⁴ Haarde v. Iceland, Başvuru No: 66847/12 -23.11.2017.

⁶⁶⁵ Schabas, (2017), s.339; Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, s.495; Gözübüyük/Gölcüklü, s.344; Ana Salinas de Frias, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Terörle Mücadele ve İnsan Hakları**, Ankara, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayını No:10, 2013, s.112.

⁶⁶⁶ AİHM bir kararında kişinin aynı suçtan daha önce iki defa mahkûm olduğunu göz önüne alarak hükmün kişi için yeterince belirlenebilir olduğuna hükmetmiştir. İlgili karar için bkz: M v Austria, Başvuru No: 19924/92-02/09/1992.

⁶⁶⁷ Cantoni v. France; Başvuru No: 17862/91-15.11.1996. Benzer nitelikte kararlar için bkz: Bley v. Germany, Başvuru No:68475/10 -25/06/2019; Fortum Oil and Gas Oy v. Finland, Başvuru No: 32559/96-12/11/2002; Klein Poelhuis v. The Netherlands, Başvuru No: 34970/97 -21/05/1997; G. v. Liechtenstein, Başvuru No: 10980/84 - 03/10/1984; X v Austria, Başvuru No: 8141/78-04/12/1978.

uygulamalarına ve bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı yorumlanmaya karşı başvurana koruma sağlaması gerektiğini belirtmektedir. *Işıkırık/Türkiye*⁶⁶⁸ ve *İmret/Türkiye*⁶⁶⁹ kararında bu husus vurgulanarak Türk Ceza Kanunu'nun 220 maddesinin⁶⁷⁰ 6. ve 7.fikrasının keyfî müdahalelere karşı başvurana yasal koruma sağlamadığı sonucuna varılmış ve bireylere cezai yükümlülük yükleyebilecek eylem ve faaliyetlerin niteliğine ilişkin kişilere yol gösterebilecek yerleşik Yargıtay içtihatları da bulunmadığı belirtilerek 7.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Bakır ve Diğerleri/Türkiye*⁶⁷¹ kararlarında da mahkeme, TCK'nin 220. maddesinin 7. fıkrasının lafzının ve mahkemelerce yorumlanıp uygulanış biçiminin çok geniş olduğuna, bu nedenle öngörülebilir olmadığına ve kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla AİHM bir hükmün, belirsiz kavramlar kullanmaması yanında yorum yolu ile keyfî bir biçimde genişletilmeye ilişkin güvence sağlaması durumunda yeterince belirli olduğunu düşünmektedir.

Tüm bu hususları göz önüne alması gereken kanun koyucunun işinin zor ve hassas olduğunda tereddüt yoksa da aksi durumun hukuksal güvenliği zedelediği açıktır.⁶⁷² Bu nedenle hukuki güvenliğin her şey demek olduğu ceza hukuku alanında, farklı gerekçelere sığınarak kanun koyucunun üzerine düşen sorumluluğu yapmaktan kaçınmaması gerekir. Kanun koyucu gelecek eylemlerini planlayan bireylere adil ve açık bir bildirim yapılmasını sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumak zorundadır.⁶⁷³ Bu korumayı sağlarken hangi oranda temel haklara müdahale ediliyorsa aynı oranda belirlilik ilkesine uygun bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁶⁷⁴ Ancak belirlilik ilkesine uygun bir kanun için ne kadar özen

⁶⁶⁸ *Işıkırık v Türkiye*, Başvuru No: 41226/09-04.11.2017.

⁶⁶⁹ *İmret v Türkiye*, Başvuru No: 57316/10-10.07.2018.

⁶⁷⁰ Kanunilik ilkesine aykırı bulunan fıkralar sırasıyla şu şekildedir: “(6)Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.(7)Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.”.

⁶⁷¹ *Bakır ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No: 46713/10-13.12.2018.

⁶⁷² Hakeri, s.16.

⁶⁷³ Hallevy, s.139.

⁶⁷⁴ Can, s.98. Bu noktada ceza hükümlerinin anayasa hükümlerinden daha açık bir şekilde ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna gerekçe olarak ise anayasada yer alan hukuki hükümlerin ceza hukuku kuralına hayat vermek için çok soyut ve genel bir şekilde kaleme alınması gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hallevy, s.34; Can, s.121-122.

gösterilirse gösterilsin hukuk normlarının yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle bir normun, yoruma ihtiyaç duyması belirlilik ilkesi bakımından sakıncalı karşılanmamalıdır. Olabildiğince açık bir kanun da yoruma ihtiyaç duymaktadır.⁶⁷⁵ Bu noktada bir ceza hükmünün belirsizliği ile kanunun hâkime bir yorum olanağı tanıdığı durumları ayırmak gerekmektedir.⁶⁷⁶ Yorum faaliyeti, somut olay bakımından bir yargıya ulaşılması için yapılan değerlendirme iken, belirlilik ilkesi yasak bir davranışı tasvir eden kavramların yeterince açık veya yorum yoluyla anlaşılabilir olmasını konu edinmektedir.

D. Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas Yasağı (Lex Stricta)

1. Genel Olarak

Bir hukuk kuralı ne kadar kusursuz olursa olsun somut olayların şartlarını ve çeşitliliğini içeren bir şekilde kaleme alınmış olması mümkün değildir. Somut uyumsuzluklar ve bu uyumsuzluklara yön veren koşullar insan davranışlarının kendisi kadar çeşitli olacaktır.⁶⁷⁷ Bununla birlikte zaman içerisinde meydana gelen bilgi ve teknolojiye hızlı gelişmelerin takip edilmesi veya uygulanma aşamasında ortaya çıkabilecek çelişkilerin ve boşlukların giderilmesi için sık sık yeni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu nedenle kanunlarda genel ve soyut ifadeler kullanılması tercih edilmektedir. Genel ifadelerin kullanılması ise her somut olay karşısında bu ifadelerin yoruma ihtiyaç duymasına sebep olmaktadır. Somut olaydaki bir fiilin suç teşkil eden bir fiil olup olmadığı, böyle bir fiilse hangi hüküm kapsamında cezalandırılması gerektiği bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Gene kanun koyucu tarafından düzenlenen bir hükmün bizzat kanun koyucunun iradesiyle uyumadığı hallerle de böyle bir değerlendirme yapılarak hükmün kapsamının daraltılıp genişletilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan bir hukuk kuralı, somut uyumsuzluklarda uygulama alanı buluncaya kadar adeta cansız ve güçsüz durumdadır.⁶⁷⁸ Bu hükme hayat veren ise “yorum” olarak isimlendirilen fikri

⁶⁷⁵ Toroslu/Toroslu, s.53.

⁶⁷⁶ Kangal, s.74.

⁶⁷⁷ Jason E. Whitehead, **Judging Judges: Values and the Rule of Law**, America, Baylor University Press, 2014, s.13.

⁶⁷⁸ Ibid.

değerlendirme faaliyetidir.⁶⁷⁹ Dolayısıyla yoruma bir hukuk normunun belli bir olayla ilişkili olarak kapsamının ve sınırlarının belirlemesi için başvurulmaktadır. Böylece hükümlere dinamiklik kazandırılarak somut olaylar bakımından uygulanabilmesi mümkün hale getirilmektedir.⁶⁸⁰ Bununla birlikte ilgili hükmün somut olaya hakkaniyetli bir şekilde uyarlanabilmesi de ancak yorum faaliyeti ile mümkün olmaktadır.⁶⁸¹ Bu nedenlerle bir hükmün hakkaniyetli bir biçimde somut olaya uygulanabilmesi için yorumlanması, zorunluluk içeren ve kaçınılmaz olan bir durumdur.

Hukuk kuralları bakımından yorum faaliyetinin bu kadar önemli olması karar verici pozisyonunda olan yargı organını çok kritik bir noktaya taşımıştır. Bulundukları bu nokta nedeniyle karar verici pozisyonunda olanlar, kanunların iyi veya kötü bir şekilde uygulanmasında doğrudan bir etkiye sahip olmaktadır. 18.yy batı toplumunun, kanunilik ilkesini yorum yetkisini dışlayan bir kapsamda uygulaması da bu etkiden kaynaklanmaktadır. O dönemde hâkimlere verilen geniş yorum ve takdir yetkisi ırkçılık, cinsiyetçilik gibi kötü niyetli düşüncelerin karara sızmasına ve bunun sonucunda mahkûmiyet riskini artırarak hükümlülerin zalim ve insanlık dışı uygulamalara tabi tutulmasına yol açmıştır. Ayrıca hâkimlerin geniş olan bu yetkilerin dışına çıkarak kanun koyucu gibi hareket etmesi de mevcut keyfiliği bir üst noktaya taşımıştır. Bu nedenle keyfiliğin önüne geçebilmek için hâkimlerin hukukun boyunduruğu altına sokulması gerektiği kabul edilmiştir. Hâkimlerin hukuk kurallarının boyunduruğu altına sokulabilmesi ve kanunun ağız pozisyonuna indirgenmesinde ise kanunilik ilkesi bir araç olarak kullanılmıştır. Başka bir ifadeyle, kanunilik ilkesi yargısal aşamada hâkimleri, hukukun yorumlayıcısı olarak değil salt uygulayıcısı olarak sınırlandırılmak için kullanılmıştır.⁶⁸² Bu nedenle hâkimlerin keyfiliğine karşı yapılan ilk protestonun

⁶⁷⁹Yorum faaliyetinin doktrinde yapılan farklı tanımlamaları için bkz: Erem, s.87; Soyaslan, s.132; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.113; Özgenç, s.129; Hafizoğulları/Özen, s.103; Kangal, s.88; Soner Hamza Çetin, “Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed: Yener Ünver, C:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.236.

⁶⁸⁰Jutta Brunnee/ Stephen J. Toope, “International Law and the Practice of Legality: Stability and Change”, **Victoria University of Wellington Law Review**, C:49, S: 4, 2018, s.432.

⁶⁸¹ Hallevy, s.134.

⁶⁸² Whitehead, s.9-10, Alacakaptan, s.12.

kanunilik ilkesi ile gerçekleştiği ifade edilmiştir.⁶⁸³ Ancak böyle bir uygulama tasvir edilen güvenceyi sağlamak bir yana sistemde tikanıklar yaşanmasına sebep olmuştur. Bu nedenle ilerleyen zamanlarda hâkimlere yorum ve takdir yetkisi verilmesi, bir zorunluluk olarak algılanmaya başlanmıştır.

Her kuralın anlamlandırılması ve uygulanabilmesi için yorumlanması gerektiği bilincine ulaşan günümüz hukuk sistemleri, yorum ve takdir yetkisinin hâkimlere tanınmasını bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Üstelik suçla mücadele adına araçsallaştırılan hukuk kapsamında ceza hukukunda yorum yetkisinin sınırları olabildiğince genişletilmek istenmektedir.⁶⁸⁴ Ancak bu girişimin tarih boyunca insanların emek, kan ve gözyaşı ile ulaştığı bir gerçeği göz arz ettiği görülmektedir. Bu gerçek, gücün tek elde toplanmasının, kişisel özgürlükler için hiçbir dönem ve hiçbir topluluk için iyi sonuçlanmadığıdır. Hatta geldiğimiz nokta itibariyle gücün farklı organlar elinde bölüştürülmesi yeterli güvence sağlayamadığından organlara bölünen gücünde sınırlandırılması gerektiği kabul edilmektedir. İşte kanunilik ilkesi ceza hukuku bazında bu güç bölüşümünü sağlayan ve bölünen gücünde sınırlandırmasını sağlayan bir ilkedir. Bu ilkenin yargı organı bakımından getirdiği sınırlamalar ise kendini yorum yetkisinde göstermektedir. Kanunilik ilkesi, hâkimlerin sübjektifliği ile objektif hukuk kuralları arasına belli sınırlar çizerek kişi hürriyetlerini güvence altına almayı amaçlamaktadır.⁶⁸⁵ Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için ceza hukukunda yorum yetkisinin belli sınırlandırmalara tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. Daha öncede belirtildiği gibi hâkimlere verilen yorum yetkisinin kaldırılması gerekli güvenceyi sağlayamadığından, yorum yetkisinin kaldırılması değil ancak sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Bu sınırlandırmalara ise kanunilik ilkesinden kaynaklı olarak bazı kural ve yasaklar eşlik etmektedir.

⁶⁸³Evgeny Tikhonravov, “Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis”, **Criminal Law, Philosophy**, C:13, S:2, 2019, s.217.

⁶⁸⁴Şüphesiz kanunilik ilkesinin insan hakkı olmaktan ziyade kamu hukukunun temel bir ilkesi olarak görülmesi bu düşüncelerin güç kazanmasına etki eden bir faktördür. Bu nedenle tüm bu değerlendirmelerde kanunilik ilkesini bir insan hakkı olduğunun göz önüne alınması daha sağlıklı sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilecektir.

⁶⁸⁵Bu amaç doğrultusunda hukuka bağlı olmayan hâkimlerin vatandaşa kötü yönde örnek olmasının da önüne geçilebilecektir. Hukuka saygı duymayan hâkimlerin var olduğu hukuk sistemlerinde kişilerin hukuka saygı duymasını beklemek boşuna bir bekleyiş olacaktır.

2. Ceza Hukukunda Yorum

Kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında, kişilerin özel menfaatlerinin korunması ve birbiriyle bağdaştırılması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda kanun dışındaki hukuki kaynaklarına özel bir anlam ve işlev yüklenmiş bulunmaktadır. Yüklenen bu anlam ve işlevi, kişisel menfaatlerin ön plana çıktığı medeni hukuk sahasında görmek mümkündür. Söz konusu hukuk sahasında, somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı takdirde, hâkime hukuk kuralı yaratma yetkisi tanınmıştır. Hâkim bu yetkisini kullanırken kıyas yapabileceği gibi kanun koyucu yerine geçerek yeni bir kural da yaratabilmektedir. Ceza hukuku alanına gelindiğinde ise hâkimlere tanınan yorum yetkisinin dahi tartışmalı olduğunu görmekteyiz. Şüphesiz tarihsel gelişim süreci içinde yaşananların da katkısıyla ceza hukukunda hâkimlerin kanunları sadece uygulamakla görevli olduğu ve onu yorumlayamayacağı şeklinde bir kanaat oluşmuştur.⁶⁸⁶ Ancak yorum konusuna ilişkin yukarıda ifade edilen hususlar göz önüne alındığında bu kanaatin doğru olmadığı ifade edilmelidir. Bir ceza kanunu, ancak içerdiği kuralların somut olaya uygunluğuna ilişkin yapılan bir değerlendirme sonrası uygulama alanı bulabilmektedir. Hangi maddenin hangi somut olaylar bakımından uygulanabileceği, hangi fiilin hangi maddede korunan hukuki menfaati ihlal ettiği buna ilişkin bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte hukukta bir insan eseri olduğundan, insan olmanın bir parçası olan hatalar, kanun yapım aşamasında da karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu daima iradesini tam anlamı ile ve doğru bir şekilde ifade edememekte veya etmek istememektedir.⁶⁸⁷ Eğer ceza hukukunda yorum faaliyetinin yapılamayacağı iddia edilirse bu eksikliklerin bedeli kişilere ödettilmiş olmaktadır. Bu nedenle yorum yapma zorunluluğu bakımından hukuk yargıcı ile ceza yargıcı arasında bir fark yaratılması doğru değildir.⁶⁸⁸ Bir fiilin suç teşkil edip etmediğinin ancak kanundaki bir hükümle belirlenebileceğini ifade eden suçların kanuniliği kuralı da ceza hukukunda yoruma ihtiyaç duyulmasına neden

⁶⁸⁶ Erem, s.90.

⁶⁸⁷ Kanunu kaleme alanların bazı sorunları bilinçli olarak çözümsüz bıraktıkları durumlar bulunmaktadır. Konuya ilişkin olarak suçun işlendiği zaman meselesi örnek verilebilir. Bu halde suçun işlendiği zamanı tespit etmek adına hâkimin yargı kararları ve doktrinden yararlanarak yorum yapması gerekmektedir.

⁶⁸⁸ Erem, s.90; Erem/Danışman/Artuk, s.105; Alacakaptan, s.12.

olmaktadır.⁶⁸⁹ Ceza hâkimi de hukuk hâkimi gibi kendisine intikal etmiş olan bir davada kanunun belirsiz veya çok soyut olduğunu ileri sürerek karar vermekten çekinemez.⁶⁹⁰ Karara bağlaması gereken bir olayda ceza hâkimi de kanunun asıl ve doğru manasını yorum yolu ile bulmakla görevlidir. Bu bakımdan yorum, bir yetki olduğu kadar görev olarak da kabul edilmesi gereken bir faaliyettir. Dolayısıyla ceza hukukunda yorum faaliyetini yasaklamak yerine bu faaliyeti kişi özgürlüklerini ve toplum düzenini koruyabilecek bir ölçüde sınırlamanın daha doğru bir yaklaşım olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹¹ Hukuk hâkiminden farklı olarak ceza hukukunda yorum faaliyetinin sınırlandırılmaya çalışılması şüphesiz bu iki alanın güttüğü amaçlarla bu amaçlar doğrultusunda kişi hak ve özgürlükleri üzerinde yaratılan tesir ile ilişkilidir. Temel hak ve özgürlükler üzerinde ceza hukuku kadar tesiri olan başka bir hukuk alanı bulunmamaktadır. Bu nedenle hâkimlerin yorum yetkisini keyfi bir biçimde kullanması en ağır sonuçlarını ceza davalarında göstermektedir. Bu itibarla, ceza hukukunda yorum yetkisi kabul edilse bile bu yetkinin diğer hukuk dallarına göre farklı şekilde kullanılması gerekmektedir.⁶⁹² Böyle bir düşüncenin kabulü kanunilik ilkesine de uygunluk teşkil etmektedir. Söz konusu ilke, kişi özgürlükleri bakımından öngörülmeleyen durumları engellemeyi ve bu sayede irade özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Özgürlükler bakımından en büyük tehditlerden biri de keyfi şekilde hareket eden hâkimler olduğundan kanunilik ilkesinin yargı organına sınırlamalar getirmesi doğal karşılanmalıdır. Getirilen bu sınır sayesinde, yorum yetkisi kapsamında veya bu etiket altında farklı uygulamalar geliştirilmesi ve öngörülebilir olan bir hükmün yorum ile öngörülemez bir duruma dönüşmesi engellenmektedir. Bu bakımdan ceza hukukunda yorum faaliyetinin bazı kural ve yasaklara tabi tutulması, kanunilik ilkesini tamamlayıcı bir işlev görmektedir. Türk hukuku bakımından yorum faaliyetine getirilen bu yasaklar TCK'nın 2.maddesinde ele alınmıştır. İlgili maddeye göre kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı ve suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanunilik

⁶⁸⁹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.182-183.

⁶⁹⁰ Alacakaptan, s.12.

⁶⁹¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.86.

⁶⁹² Baytaz, s.2.

ilkesinden kaynaklanan ve ceza hukukunda yoruma eşlik eden bu yasak, kıyas yasağıdır.

Ceza hukukunun, hak ve özgürlükler üzerinde yarattığı şiddetli tesir, sadece yorum faaliyetinin gerekliliğine ilişkin değil hangi yorum yönteminin kabul edilmesi gerektiği noktasında da soru işaretlerine yol açmıştır. Özellikle kişi hürriyetlerinin korunması endişesi taşıyan bir görüş ceza hukukunda dar yorum yapılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁹³ Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre ise ceza hukukunda dar değil doğru yorum yapılmalı ve hâkim bu doğru sonuca ulaşmak için genişletici yorum yöntemine de başvurabilmelidir.⁶⁹⁴ Gene çoğunluğu oluşturan bu görüşe göre kelimelerin dar yorumlanması her zaman hukuksal güvenin garanti altına alınmasına olanak sağlayamamaktadır.⁶⁹⁵ Dolayısıyla yorum faaliyeti bakımından ceza yargıcı ile hukuk yargıcı arasında fark yaratılmaması ve yorum faaliyetine ilişkin genel ilkelerin ceza hukuku alanında da tatbik edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁹⁶ Bu bakımdan hukuk hâkimi ile ceza hâkimi arasında kanunu yorumlama bakımından değil, hukuk kuralı yaratma hususunda fark bulunmaktadır.⁶⁹⁷ Kanunilik ilkesi gereği ceza hukukunun biricik kaynağı kanun olduğundan, hâkimin yeni bir kural yaratarak olaya uygulaması mümkün değildir. Bu nedenle ceza hukukunda hâkimin görev ve yetkisi, kanunu yorumlamak ve uygulamak ile sınırlı kalmaktadır. Ancak günümüzde kriminoloji ve infaz bilimine ilişkin verilerin elde edilmesi ile fiillerin işleniş şekilleri ile faillerin ahlaksal durumlarına göre cezaların bireyselleştirilmesi gerektiği ve bu doğrultuda hâkimlere cezayı belirleme yetkisinin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁹⁸ Bu kabul neticesinde ise sabit bir ceza belirlemesi yapmak yerine olayın işleniş şekli, failin suça olan katkıları ve suç sonraki davranışlarının göz önüne alınmasına olanak tanıyan alt ve üst sınırı belirlenmiş cezalar öngörülmüştür. Her ne kadar kanunla alt

⁶⁹³ İçel/Donay, s.127; Soyaslan, s.245; Üzülmöz/Koca, s.68.

⁶⁹⁴ Dönmezer/Erman, s.226; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.194; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.119-120; Centel/Zafer/Çakmut, s.93.

⁶⁹⁵ Kangal, s.90; Çetin, s.256.

⁶⁹⁶ Alacakaptan, s.12; Toroslu/Toroslu, s.54; Kangal, s.90; Ümit Sade, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.68.

⁶⁹⁷ Alacakaptan, s.12.

⁶⁹⁸ İçel/Donay, s.76.

ve üst sınır öngörülmüş olsa da cezayı belirleyen konumunda hâkim bulunmaktadır.⁶⁹⁹ Bu durum bazı yazarlarca kanunilik ilkesine vurulan bir darbe olarak değerlendirilmiştir.⁷⁰⁰ Bu görüşe katılmayan bazı yazarlar ise hakkaniyetin gereği olan böyle bir kabulün kanunilik ilkesi ile çelişmediğini ileri sürmektedir.⁷⁰¹ Gerçekten de fail ve fiile ilişkin özelliklerin farklı olduğu iki olay bakımından aynı cezanın öngörülmesi eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecektir. Bununla birlikte cezaların bireyselleştirilmesi kapsamında kişilerin farklı ceza ve tedbirlere tabi tutulması, bir cezadan beklenen işlevin daha iyi bir şekilde gerçekleşmesini sağlayabilecek niteliktedir. Her suç işleyen kişinin caydırılması ve ıslah edilerek topluma kazandırılması aynı şartlar altında sağlanamamaktadır. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre hakkaniyet ve adalet gereği cezaların bireyselleştirilmesi gerekmektedir. Nasıl ki hukuk yorumu zorunlu kılıyorsa cezaların bireyselleştirilmesi de hâkimin takdir yetkisini zorunlu kılmaktadır. Olayın tüm şartlarını göz önüne alarak karar verebilme kudretine sahip başka bir kurum ve araç olmadığından bu yetkinin hâkimlere verilmesi dışında akla uygun başka bir çözüm bulunmamaktadır. Ancak kanunilik ilkesinin de benimsenmiş olduğu bir hukuk sisteminde bu takdir yetkisinin bazı sınırlamalara tabi tutulması gerektiği açıktır. Öncelikle hâkimin cezayı takdir etme yetkisinin kanunla belirlenmiş kurallar çerçevesinde kullanılabilen sınırlı bir yetki olduğu belirtilmelidir. Hâkimin bu sınırları aşarak hüküm vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte hukuk devleti ilkesi, hâkimlerin kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanmasını gerektirmektedir.⁷⁰² Zira bir hukuk devletinde takdir yetkisinin mutlaklığından değil ancak hukukun mutlaklığından bahsedilebilmelidir.⁷⁰³ Bu nedenlerle cezaların bireyselleşmesini, modern kanunilik ilkesinin karşısında yer alan bir uygulama olarak kabul etmemek gerekmektedir. Fakat kanunilik ilkesine 18.yy'da verilen anlam göz önüne alınırsa cezaların kişiselleştirilmesinin, ilkeye aykırı bir uygulama olduğu kabul edilebilir gözükmektedir. Daha öncede bahsedildiği gibi kanunilik

⁶⁹⁹ Liszt, s.1012.

⁷⁰⁰ Bu yönde görüş bildiren yazarlar için bkz: Hall, General Principles of Criminal Law, s.50; Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s.53-54; Soyaslan, s.242.

⁷⁰¹ Erem, s.81; Alacakaptan, s.28; Sade, s.62.

⁷⁰² Hakeri, s.10.

⁷⁰³ Glaser, s.36.

ilkesine ilk verilen anlam, hâkimleri kanunları salt uygulayabilen kişiler olarak kabul etmeyi gerektirmektedir. Modern anlamda kanunilik ilkesinde ise hâkimler salt uygulayıcı olarak değil yorumlayıcı olarak da kabul edilmektedir. Nitekim böyle bir kabul, kanunilik ilkesinin insan hakkı kimliğine de uygunluk teşkil etmektedir. Ayrıca cezaların bireyselleştirilmesi, kanaatimizce cezaların insanileştirilmesiyle de ilgilidir. Bu bakımdan cezaların bireyselleştirilmesi, modern anlamda kanunilik ilkesinin esasına aykırı bir uygulama olarak kabul edilmemelidir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki müddetsiz hüküm gibi hâkimlerin takdir yetkisini somut bir biçimde sınırlamayan kurumlar bakımından, kanunilik ilkesinin hem ilk hem de modern anlamından uzaklaşmaktadır.⁷⁰⁴

Kanunilik ilkesiyle bağlantılı olarak ceza hukukunda yorum faaliyeti bakımından tartışılması gereken diğer bir mesele sanık lehine yorum yapıp yapılamayacağına ilişkindir. Ceza hukukunda dar yorum yapılmasına sıcak bakılmadığı için, temel hak ve özgürlükleri koruma amacı güden bazı yazarlar, kanunun muğlak olması halinde sanık aleyhine sonuç doğuran yorumdan kaçınarak sanık lehine yorum yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁷⁰⁵ Ancak bu görüş doktrinde genel bir kabul görmemektedir. Birçok yazar belirsizlik ve şüphe halinde sanık lehine yorum yapılamayacağını, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin usul hukukuna ait olduğunu belirtmektedir.⁷⁰⁶ Bizimde katıldığımız bu görüşe göre şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ceza normlarının yorumlanması esnasında kullanılması mümkün değildir. Bu sonuca, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin niteliğine ilişkin tartışmadan bağımsız bir şekilde de ulaşılması mümkündür. Yorum, somut bir olayın soyut bir olay kapsamına sokulabilmesi için yapılan değerlendirme faaliyetidir. Yorumun doğru bir şekilde yapılabilmesi hükmün gerçek anlamı ve ardında yatan gerçek amacın ortaya çıkarılması ile mümkündür. Bu faaliyet sırasında sanık lehine bir yorum yapılmasının her zaman kuralın amacına ve ruhuna daha

⁷⁰⁴ Erem, s.73.

⁷⁰⁵ Hakeri, s.38; Çetin, s.256, Hallevy, s.144. AİHM verdiği bir karar nedeniyle aynı sonucu benimsediği iddia edilebilir. AİHM Koprivnikar v Slovenia kararında öngörülemezliğin mevcut davadaki etkilerini azaltmanın tek yolunun belirsiz hükmün başvuranın avantajına yorumlanması olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karar için bkz: Koprivnikar v Slovenia, Başvuru No: 67503/13-24.04.2017.

⁷⁰⁶ Dönmezer/Erman, s.236; Erem, s.91; Erem/Danışman/Artuk, s.107; İçel/Donay, s.127; Centel/Zafer/Çakmut, s.86; Çetin, s.239.

uygun düşeceği ileri sürülemez. Bununla birlikte lehe yorumu savunan bu görüşün göz ardı ettiği bir husus bulunmaktadır. Ceza normunun muhatabı olan ve bu kuralın somut olaya uygulanması bakımından menfaati olan tek kişi sanık değildir. Eğer sanık bakımından lehe bir yorum yapılırsa bu norma muhatap olan diğer kişiler bakımından adaletsiz sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla belirsiz kavramların veya boşluğun bulunduğu hallerde, sanığın lehine olan yorumu değil kanunun lafzına, amacına ve ruhuna uygun bir yorumu benimsemek gerekmektedir. Nitekim hâkimin görevi, hükmü sanığa göre yorumlamak değil, sanığın hükme uymasını sağlamak olmalıdır.

AİHM, ceza hukukunun yargısal yorum ile gelişimini yasal geleneğin gerekli bir parçası olarak kabul etmektedir. Ancak bu yorumun suçun özü ile uyumlu ve makul olması, suç kapsamının sanık aleyhine genişletilmemesi ve suç unsurlarının esaslı bir biçimde değiştirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.⁷⁰⁷ Suç kapsamının sanık aleyhine değiştirilmemesi sadece iç hukuk kuralları açısından değil suça dayanak olabilecek uluslararası kaynaklar bakımından da geçerlidir. Nitekim *Vasiliauskas/Litvanya*⁷⁰⁸ kararında 1953 tarihinde siyasi bir gruba karşı soykırım eylemi gerçekleştiren başvuran hakkında 2003 tarihinde yürürlüğe giren kanun uyarınca mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yasal dayanak bulmak amacıyla 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesini inceleyen mahkeme, söz konusu sözleşmede siyasi gruplara karşı soykırımın düzenlenmediğinden bahisle hukuki dayanak olmadığını ve yerel mahkemenin kıyas ile siyasi soykırımı ulusal ve etnik soykırıma sokmaya çalıştığına kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir. Bununla birlikte AİHM, suç unsurlarının öngörülemez bir biçimde sanık aleyhine değiştirilmesi ile suç unsurlarının netleştirilerek yeni bir olaya uyarlanması arasında bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmektedir.⁷⁰⁹ Konuya verilebilecek en güncel örneklerden biri *Parmak and Bakır/Türkiye* kararıdır.⁷¹⁰ Karara konu olayda marksist ve lenist bir devrim yapma amacı güden Bolşevik Parti Kuzey Kürdistan/Türkiye (BPKK/T)

⁷⁰⁷ N. v. Switzerland, Başvuru No: 9870/82-13/10/1983; A.K. v. Switzerland, Başvuru No: 19189/91-13/10/1993.

⁷⁰⁸ *Vasiliauskas v Lithuania*, Başvuru No:35343/05-20.0.2015.

⁷⁰⁹ K v. Germany, Başvuru No: 17459/90-02/07/1991; Schiefer v. The Federal Republic of Germany, Başvuru No: 13389/87 -06/03/1989; C.S. v. The Federal Republic Of Germany, Başvuru No: 13858/88 -06.03.1989; Enkelmann v. Switzerland, Başvuru No: 10505/83-01/03/1985.

⁷¹⁰ Case Of Parmak And Bakır v. Turkey, Başvuru No: 22429/07 25195/07-03/12/2019.

örgütüne üye olan başvurular hakkında yargılama başlatılmıştır. Yargılamanın sürdüğü süreçte, Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 1.maddesinde 2003 yılında meydana gelen değişiklik sonucu, terör örgütü tanımı cebir ve tehdit kullanmak ile sınırlandırılmıştır. Her ne kadar söz konusu örgütün fiziksel bir cebire başvurduğuna dair delil olmasa da mahkeme yayımlanan el ilanları, kitapları ve dergileri göz önüne alarak manevi cebir olduğu kanaatine varmış ve mahkûmiyet kararı vermiştir. Bununla birlikte aynı kararda söz konusu örgütün terör örgütü olduğuna dair herhangi bir olay ve kaynak dayanak gösterilmemiştir. AİHM, yapmış olduğu incelemede sadece manevi cebir kullanan bir örgütünde terör örgütü olarak kabul edilebileceğine ilişkin içtihat sunulamadığını belirtmiştir. Bu bakımdan bir ideolojiye taraf olmanın terörizm olarak nitelendirilemeyeceğini ifade eden AİHM, herhangi bir içtihat ve yasal dayanak olmadan söz konusu örgütün terör örgütü kabul edilmesinin makul yorum sınırını aştığı ve TMK 1.maddesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla AİHM yorum faaliyetinin ceza hukukunda zorunluluk teşkil ettiğini düşünmekte ancak bu yorumun niteliğinden ziyade kişi bakımından doğurduğu sonuçlar üzerinden inceleme yapmaktadır.

a. Yorum Çeşitleri

Ceza hukukunda yorum faaliyetinin ve kıyas yasağının daha iyi anlaşılması için ceza hukukunda da geçerli olan genel yorum çeşitleri ve araçları üzerinde kısaca durulması gerekmektedir. Yorum çeşitleri veya yöntemleri olarak nitelendirilebilecek bu başlık altında biçimsel ve maddi bakımdan bir inceleme yapılması mümkündür. Biçimsel anlamda yorum çeşitleri yorumu yapan bakımından bir inceleme yapılmasını gerektirirken maddi anlamda yorum çeşitlerinde nitelik bakımından bir inceleme yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan biçimsel yorum çeşitleri yasama, yargı ve doktrin yorumu olarak üçe ayrılmaktadır. Konumuz itibarıyla sadece yargı yorumunun irdelenmesi, yasama organı ve doktrin tarafından yapılan yorum çeşitlerini konu dışı bırakmayı gerektirmektedir. Ancak maddi açıdan yorum çeşitleri konu açısından arz ettiği önem nedeniyle ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

i. Lafzi Yorum

Kanun koyucunun, suç teşkil eden fiili ve cezasını açıkça tanımladığı kabul edildiği için ceza kurallarının yorumunda ilk başvurulacak yöntem, lafzi yorum yöntemidir.⁷¹¹ Lafzi yorum, yorum faaliyetinde ilk basamağı oluşturması sebebiyle aynı zamanda en fazla bilinen ve kullanılan yorum çeşididir.⁷¹² Nitekim 19. ve 20.yy'dan beri en baskın şekilde kullanılmaya başlanan kanuni yorum yöntemi lafzi yorum olmuştur.⁷¹³ Bu yorum yöntemine göre metnin gerçek anlamı, bu metinde yer alan kelimelerin cümle içindeki yerlerine, kullanım şekillerine, dilbilgisi kurallarına bakılarak tespit edilmeye çalışılmaktadır.⁷¹⁴ Lafzi yorum, kullanılan kavramların anlamını ortaya çıkarmayı amaçladığından, bu anlamlandırma çalışmasının genel dil kuralları için de mi yoksa hukuki bir kapsamda mı yapılacağı tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin farklı görüşler bulunmakla beraber üzerinde görüş birliği bulunan nokta, ne mutlak olarak genel dile ne de mutlak olarak hukuktaki anlama ağırlık verilebileceğidir.⁷¹⁵ Dolayısıyla kanun koyucunun kavramları hangi anlamda kullandığı ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuk kapsamında yapılacak bir anlamlandırma çalışmasında farklı hukuk dallarının hususiyetinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Zira ceza hukuku bazı kavramlara kendine özgü bir anlam yükleyebilmektedir. Konuya ilişkin verilebilecek en klasik örnek kamu görevlisi kavramıdır. Bu kavrama idare hukuku ve ceza hukukunda verilen anlamın farklı olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir. Gene zilyetlik kavramına medeni hukukta verilen anlamın ceza hukukundakinden farklı olduğu ve bu farklılığın yorum sırasında göz önüne alınması gerektiği belirtilmelidir. Bu kapsamda, TCK'nın 6.maddesinde silah, kamu görevlisi gibi tanımları yapılan kavramlardan yararlanılması mümkündür. Söz konusu madde de yer alan kavramlara

⁷¹¹ Erem, s.101; Erem/Danışman/Artuk, s.114; Özgenç, s.131; Kangal, s.91; Hallevy, s.144. Aksi yöndeki bir görüşe göre normun yorumlanması normun amaca göre açıklanması anlamı taşıdığından öncelikle normun koyuluş amacını tespit etmek sonrasında diğer yorum yöntemlerine başvurma daha doğru olduğunu ileri sürmektedir. İlgili görüş için bkz: Önder, s.53.

⁷¹² Önder, s.51.

⁷¹³ Dan Meagher, "The Modern Approach to Statutory Interpretation and the Principle of Legality: An Issue of Coherence", **Federal Law Review**, C:46, S:3, 2018, s.399.

⁷¹⁴ Üzülmüş/Koca, s.56.

⁷¹⁵ Hukuktaki anlamın esas alınması gerektiği görüşü için bkz: Özbek/Doğan/Bacaksız, s.114. Karma olarak nitelendirilebilecek bir görüşü benimseyen yazarlar için bkz: Dönmezer/Erman, s.241; Erem, s.101; Erem/Danışman/Artuk, s.114; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.183.

ne anlam verilmiş olduğu bizzat kanun koyucu tarafından belirlenmiş bulunmaktadır. Bu noktada aynı hukuk alanının bir kelimeye farklı anlamlar yüklemesinin de mümkün olduğu ifade edilmelidir.⁷¹⁶ Herhangi bir suç tanımı içinde kullanılan bir kavramın başka bir suç tanımı bakımından farklı bir anlama gelebilmesi mümkün olduğu gibi, bu kavramın anlam olarak başka bir hükmede bağlı olması mümkündür. Bu nedenle lafzi yorum yapılırken yüzeysel değil bütünsel bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Genellikle lafzi yorum yöntemine başvurulmasıyla yorum faaliyeti tamamlanarak hükme verilen anlamın tespit edilmesi mümkün olmaktadır. Ancak bazı durumlarda lafzi yorum ile hukuki akıl yürütme birbirine uyumlu olmadığından başka yorum yöntemlerinin kullanılması gerekmektedir.⁷¹⁷ Gerçekten de lafzi yorum yöntemine başvurulduğu her durumda sağlıklı bir çözüme ulaşılamamaktadır. Kelimenin birden fazla anlama gelmesi mümkün olduğu gibi bu kelimelerin kanun koyucu tarafından özensiz kullanılması söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte kelimelere hükmün amacını aşan anlamlarda yüklenmesi mümkündür.⁷¹⁸ Bu nedenle tek başına lafzi yorum yöntemine başvurulması yorum faaliyet açısından sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Hükmün gerçek anlam ve kapsamını ortaya çıkarmak için diğer yorum çeşitlerine de başvurulması gerekmektedir.

ii. Amaca Göre Yorum

Lafzi vasıta ile elde edilen mananın, kanunun gerçek iradesine uyup uymadığını araştırmak için başvurulmuş başlıca yöntem, amaca göre yorum yöntemidir.⁷¹⁹ Her hukuk kuralı belli bir amaca hizmet etmek amacıyla düzenlendiği için, yorum yöntemleri arasında amaca göre yoruma büyük bir önem verildiği görülmektedir. Bunun başlıca sebeplerinden biri, amaçsal yorum sayesinde, hükmün anlamının genişletilebilmesi veya daraltılabilesidir.⁷²⁰ Sebeplerden bir diğeri ise lafzın düşüncüyü ifade etmeye yarayan bir araç olmasından dolayı aracın amaca tabi

⁷¹⁶ Önder, s.51.

⁷¹⁷ Hallevy, s.143.

⁷¹⁸ Hafızoğulları/Özen, s.107.

⁷¹⁹ Erem, s.102.

⁷²⁰ Soyaslan, s.137.

olması gerekmesidir.⁷²¹ Bu nedenle doktrinde lafzi yorum ile amaçsal yorum arasında fark bulunuyorsa amaçsal yoruma ağırlık verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷²² Hatta yorum faaliyetinin her durumda kanunun ruhuna değineceğini ve değinmesi gerektiğini düşünen bir görüş, lafzi ve amaca göre yorum şeklinde bir ayrımı doğru bulmamaktadır.⁷²³ Nasıl bir ayrım yapılırsa yapılsın, amaca göre yorum en temel yorum metodlarından biri olarak lafzi yorum aşamasında aşılması mümkün olmayan bir sınır olarak kabul edilmelidir.

Amaçsal yorum, bir hükmün amacı ve temel düşüncesine göre yorumlanmasını gerektirmektedir.⁷²⁴ Ancak amacın ortaya çıkarılmasında kimin iradesine üstünlük tanınması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Subjektif bir yorum yönteminden taraf olan düşünürler, amaçsal yorum yapılırken kanun koyucunun iradesine öncelik verilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁷²⁵ Objektif bir yöntemden yana olanlar ise kanunun gelişmekte olan bir normlar bütünü olduğundan bahisle kanun koyucunun değil kanunun iradesinin göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir.⁷²⁶ Günümüzde geline nokta itibariyle hem kanun koyucunun hem de kanunun iradesinin araştırılmasını savunan karma ölçüt kabul görmektedir.⁷²⁷ Bizimde katıldığımız bu görüşe göre amaçsal yorum sırasında salt kanuna veya salt kanun koyucuya ağırlık verilmesi doğru değildir. İkisi birbirinden bağımsız olmadığı gibi ikisi birbiriyle bütünleşik de değildir. Kanunlar düzenlenmekle beraber kanun koyucunun iradesinden soyutlanarak genel ve soyut bir biçime bürünmektedir. Bununla birlikte kanunu oluşturan birden çok ve farklı yönde irade bulunduğundan, nasıl bir değerlendirme yapılarak kanun koyucunun iradesinin tespit edilmesi gerektiği de teknik olarak problemlidir. Dolayısıyla lafzi yorum, kanun koyucunun iradesini de gözeterek, kanunun uygulandığı zamana göre bir yorum yapılmasını gerektirmektedir. Bu yorum ise çeşitli zorlukları bünyesinde barındırmaktadır.

⁷²¹ Soyaslan, s.137; Toroslu/Toroslu, s.66.

⁷²² Erem, s.102; Demirbaş, 127; Soyaslan, s.137; Toroslu/Toroslu, s.66; Hafizoğulları/Özen, s.107.

⁷²³ Dönmezer/Erman, s.240; Toroslu/Toroslu, s.63.

⁷²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.115.

⁷²⁵ Özgenç, s.129. Yazar yorum faaliyetini, kanun koyucunun iradesini anlamak için yapılan fikri faaliyet olarak nitelediği için subjektif teoriyi benimsediği sonucuna ulaşmaktadır.

⁷²⁶ Erem, s.88; Önder, s.53; Erem/Danışman/Artuk, s.103; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.127-128; Soyaslan, s.135; Hafizoğulları/Özen, s.107; Centel/Zafer/Çakmut, s.87; Can, s.104.

⁷²⁷ Önder, s.52; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.192; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.117; Centel/Zafer/Çakmut, s.92.

Amaçlanan hedefin tam olarak ne olduğunun tespit edilmesi her zaman kolay ya da mümkün değildir. Kanun koyucunun amacını belirlemek nispeten daha kolaydır. Meclis tutanakları ve özellikle madde gerekçeleri bu amacın ortaya çıkarılmasını kolaylaştırıcı araçlardır. Kanunun iradesi söz konusu olduğu zaman ise böyle bir belirme yapmak daha da zorlaşmaktadır. Ancak ceza kurallarının korumayı istediği hukuksal değerler, hükmün amacına ilişkin önemli ipuçları taşımaktadır.⁷²⁸ Mesela TCK 82.madde de üst soy ve alt soydan birine karşı kasten öldürme eylemin gerçekleştirilmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu madde ile kişilerin hısımlık ilişkisi içerisinde olduğu kişileri öldürmesinin cezalandırılması amaçlandığı için resmi evlilik dışında hısımlık ilişkisi doğuran birliktelikler de bu kapsamda incelenebilmektedir.⁷²⁹

iii. Düzeltici Yorum

Düzeltici yorum, yanlış yahut isabetsiz olduğu düşünülen bir hükmün yorumlanarak anlam ve kapsamının düzeltilmesi için başvuru bir yöntemdir.⁷³⁰ Bu tür bir yorum yönteminin, kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu bir ceza hukuku sisteminde uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre düzeltici yorum ancak maddi hataların düzeltilmesi amacıyla ceza hukukunda bir yorum yöntemi olarak kullanılabilir niteliktedir.⁷³¹ Aksini kabul eden diğer görüş ise düzeltici yorumun ceza hukukunda kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.⁷³² Bizim katıldığımız görüşe göre kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu bir hukuk sisteminde düzeltici yoruma sadece maddi hataların düzeltilmesi için başvurabilmesi gerekir. Ceza hukukunda hâkimin görevi kanunu yorumlamak ve uygulamak ile sınırlıdır. Hâlbuki düzeltici yorum yönteminde yorumlamanın ötesinde olan bir düzeltme işlemi bulunmaktadır. Söz konusu hükmün ne doğrultuda düzeltilmesi gerektiğinin saptanması ise kanun koyucuya ait bir görevdir. Aksi halde adeta kanun koyucu gibi hareket eden hâkimin yeni veya modifiye bir hüküm ortaya çıkarması söz konusu olabilmektedir. Nitekim bu sakıncayı, düzeltici yoruma örnek olarak

⁷²⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.116; Centel/Zafer/Çakmut, s.87; Çetin, s.244.

⁷²⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.127.

⁷³⁰ Dönmezer/Erman, s.238.

⁷³¹ Erem/Danışman/Artuk, s.106; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.192.

⁷³² Dönmezer/Erman, s.238.

gösterilen “hüküm özlü tutukluluk” müessesinde de görmek mümkündür.⁷³³ Bu müessese sayesinde kanun yolu aşamasında, kişilerin azami tutukluluk süresi dolsa bile tutukluluğuna devam edilmektedir. Böylece kişi özgürlüğünü korumak için öngörülen azami hapis süresi, düzeltici yorum kapsamında kişi özgürlüklerini zedeleyeceği bir hale dönüşmektedir. Bu sebeple yazım hatası, çeviri hatası gibi ancak açıkça algılanabilir hatalar bakımından düzeltici yorum yöntemi uygulanabilir olmalıdır.

iv. Daraltıcı Yorum

Lafzi yorum neticesinde ulaşılan sonucun, kanun ile hedeflenen amacı aşması mümkündür. Bu nedenle bu sonucun anlamı karşılayacak şekilde daraltılması gerekmektedir. İşte bu daraltma işlemi daraltıcı yorum ile gerçekleştirilmektedir. Böylece hükmün lafzı anlam ile sınırlandırılarak kişinin hak ve özgürlüklerinin korunmasının yolu açılmaktadır.⁷³⁴ Hatta bu nedenle ceza hukukunda dar yorum yapılması gerektiğini savunan görüşler bulunduğunu belirtmiştik. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi dar yorum yönteminin, kişi hak ve özgürlüklerini her zaman koruyucu bir işlev görmesi mümkün değildir. Bu nedenle doktrinde de savunulduğu gibi dar değil doğru yorum yapılması gerekmektedir.⁷³⁵ TCK’nın 96.maddesinde eziyet suçunu ifade etmek için kullanılan “eziyet” kavramına hukuki bir anlamın verilmesi, daraltıcı yoruma örnek olarak verilmektedir.⁷³⁶ Bununla birlikte TCK’nın 6.maddesinde düzenlenen kamu görevlisi tanımının da dar yoruma tabi tutularak kamusal faaliyet yapan herkesi değil daha dar bir grup olan kamu erkini kullanan kişileri kapsamı gerektiği belirtilmiştir.⁷³⁷ Ancak dar yorum yapılırken hükmün uygulanma kabiliyetini kaybedecek kadar da dar yorumlanmaması gerekmektedir.⁷³⁸ Bu duruma örnek olarak ise kanaatimizce TCK 22/6 fıkrasındaki “kişisel ve ailevi

⁷³³ Dönmezer/Erman, s.238-239.

⁷³⁴ Soyaslan, s.245.

⁷³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.119.

⁷³⁶ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.128.

⁷³⁷ Hafizoğulları/Özen, s.195.

⁷³⁸ Erem, s.99.

durum” kavramının uygulanması verilebilir.⁷³⁹ Her ne kadar doktrinde bu kavramın dar yorumlanması gerektiği ileri sürülse de⁷⁴⁰ Yargıtay uygulaması dar yorumun da ötesine geçerek maddenin uygulanışı keyfi bir biçimde sınırlamaktadır. Yargıtay somut olayda aile bireylerinden kaç kişi yaralanıp ölürse ölsün, aile dışından bir kişinin de zarar görmesi halinde 6.fikranın uygulanamayacağına karar vermektedir.⁷⁴¹

v. Genişletici Yorum

Kanunun amaçladığı hedefleri gerçekleştirmek için kelimelerin yetersiz kaldığı durumlar bulunmaktadır. Bu halde kanun metninin amaca uygun olarak genişletilerek yorumlanması gerekmektedir.⁷⁴² Ancak metnin geniş yorumlanması, amacın soyut olması nedeniyle bazı sakıncalı durumlar doğurabilmektedir. Nitekim kanun koyucu da bu hususu göz önüne alarak TCK’nın 2.maddesinde kıyasa varacak şekilde geniş yorum yapılmasını yasaklamaktadır. Bu durum kıyasın yanında genişletici yorumunda yasak olup olmadığı noktasında tartışmalar yapılmasına sebep olmuştur. Genişletici yorum ile kıyas arasındaki bu müphem bağıntıdan dolayı doktrinde genişletici yoruma karşı şüpheyle yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak günümüzde kabul edilen genel görüş itibariyle ceza hukukunda geniş yorum yapılması yasaklanmamaktadır.⁷⁴³ Bu nedenle TCK 2.maddesinde kullanılan ifadenin genişletici yorumu yasaklama amacı olmadığı kabul edilmektedir. Genişletici yoruma örnek olarak, TCK 6.madde’de tanımlanan silah kavramı verilebilir. Silah kavramının kanunda tanımlanması uygulayıcılara yol göstermek için herhangi bir sınırlandırma amacı güdülmeden ele alınan bir düzenlemedir. Burada sadece lafız

⁷³⁹ Yener Ünver, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed: Yener Ünver, C:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.31.

⁷⁴⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.128; Hafizoğulları/Özen, s.105.

⁷⁴¹ Yargıtay 12.CD, 26.06.2019 tarihli 2017/10858E.-2019/7800K. sayılı kararında eşi ile birlikte ölen kişinin sağın yeğeni olmasına karşın 22.maddenin 6.fikrasının uygulanamayacağına karar vermiştir. Bir başka kararında ise Yargıtay 12.CD ölen kişinin sağın dayısı olması nedeniyle aynı sonuca ulaşmıştır. İlgili karar için bkz: Yargıtay 12.CD’nin 07.01.2019 tarihli 2017/5027E.-2019/115 K. sayılı kararı. Benzer yöndeki diğer kararlar: Yargıtay 12.CD’nin 19.12.2018 tarihli 2016/12470 E.-2018/12351 K. sayılı kararı; YCGK’nun 13.11.2018 tarihli 2017/12-436 E.- 2018/527 K. sayılı kararı; Yargıtay 12.CD’nin 14.12.2017 tarihli 2016/3258 E.-2017/10309 K. sayılı kararı; Yargıtay 12.CD’nin 03.05.2016 tarihli 2015/10381 E.-2016/7716 K. sayılı kararı.

⁷⁴² Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.193.

⁷⁴³ Dönmezer/Erman, s.237; Özbek/Doğan/Bacaksız s.120; Centel/Zafer/Çakmut, s.94.

göz önüne alınırsa tanım dışında kullanılan araçların silah olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak genişletici yorum yapılması halinde kanunda yer almasa dahi çakı, balta hatta terlik gibi araçların silah olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Diğer bir örnek olarak, TCK'nın 116. maddesinde ele alınan “konut” kavramına bir yerden bir yere nakli mümkün olan menkul eşya niteliğindeki şeylerin de dâhil edilmesi gösterilebilir.⁷⁴⁴

Bir hukuk kuralında açıkça yazılı olmamakla beraber mantıksal olarak o kurala dâhil olan hususlarında kapsam içinde yorumlanması halinde genişletici yorumun söz konusu olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴⁵ Esasında ilerletici yorum olarak da adlandırılan bu yorum çeşidinde kanunda olmayan bir unsurun metne dâhil edilmesi değil, kanunda saklı olanı açığa çıkartmak hedeflenmektedir.⁷⁴⁶ Ancak bu saklı iradenin ortaya çıkarılması her zaman kolay olmadığı gibi bazen saklı olanın dışındaki unsurların da dâhil edilmesine neden olabilmektedir. Bu durumun doktrinde en bilinen ve en tartışılan örneği elektrik hırsızlığına ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardır. Söz konusu kararlarda Türk Medeni Kanunu'na göre taşınır mal kabul edilmeyen elektriğin, hırsızlık suçuna konu olabileceği değerlendirilmiştir.⁷⁴⁷ Doktrinde bir kısım yazar, taşınır malın faydalanmak niyetiyle alınması şeklinde tarif edilen hırsızlık suçuna elektrik çalmanın dâhil edilmesini genişletici yorumun bir türü olan ilerletici yorum olarak kabul etmektedir.⁷⁴⁸ Diğer görüş ise burada genişletici yorum etiketi altında kıyas yapıldığını ileri sürmektedir.⁷⁴⁹ Gene benzer bir tartışmanın, telefon şebekesine saplama yapmak suretiyle izinsiz ve yetkisiz

⁷⁴⁴ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.128.

⁷⁴⁵ Erem, s.95; Erem/Danışman/Artuk, s.109; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.194; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.120.

⁷⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s.105-106.

⁷⁴⁷ Karara konu olan olay zamanında yürürlükte olan Medeni Kanun'un 686. maddesi taşınabilir malı, bir yerden başka bir yere nakledilebilen eşya olarak tanımlamaktadır. Ancak, günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı Medeni Kanun'un 762. maddesi ile bu tanımda değişiklik yapılmış, taşınır mülkiyetinin konusuna, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de dâhil edilmiştir. Bununla birlikte elektrik hırsızlığına ilişkin bu tartışmalı durum, sadece Türkiye'de değil birçok ülkede mahkemelerin başını ağrıtan bir gelişmedir. İsviçre, Hollanda ve Fransada elektrik hırsızlığı cezalandırırken, Almanya'da yüksek mahkeme eylemin hırsızlık suçunu oluşturmadığına kanaat getirerek kararı bozmuştur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Tikhonravov, s.218.

⁷⁴⁸ Erem, s.96; Erem/Danışman/Artuk, s.110; İçel/Donay, s.85; Hafizoğulları/Özen, s.106; Alacakaptan, s.13; Soyaslan, s.245; Çetin, s.257; Bostancı, s.104.

⁷⁴⁹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.195; Centel/Zafer/Çakmut, s.96.

kullanılması halinde karşımıza çıktığını görmekteyiz.⁷⁵⁰ Kanaatimizce bu kararlarda yapılan yorum, ilerletici yorumun sınırlarını aşarak kıyasa yaklaşmıştır. Genişletici ve ilerletici yorumun ölçülü bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Bir fiilin cezasız kalmasını önlemek amacıyla, amacı aşan bir yorumla hükme dâhil olmayan fiiller cezalandırılmamalıdır.⁷⁵¹ Türk Medeni Kanunu'ndaki açık hükme rağmen elektrik enerjisinin ve hizmetin taşınır mal kapsamına sokulması kanaatimizce hukuki bir kurgunun arkasına saklanmak anlamına gelmektedir. Kanun koyucu da durumu göz önüne almış olacak ki TMK'nun taşınır mala ilişkin hükmünde değişiklik yapma yoluna gitmiştir.

b. Yorum Araçları

Bir kanun yorumlanırken benimsenen yorum metodlarına eşlik eden ve bu yorum faaliyetini kolaylaştıran yorum araçları bulunmaktadır. Bu yorum araçlarından bazıları metin ile doğrudan bir bağ sağlarken diğer bazı araçlar metin dışındaki unsurlarla bir bağlantı sağlayarak hükmün gerçek anlamının ortaya çıkarılmasında önemli işlevler görmektedir.

i. Tarihçe

Tarihsel yorum olarak da nitelendirilen bu yorum aracında, kanunun zaman içindeki hukuki gelişimi ve geçirmiş olduğu aşamalar incelenmektedir. Bu sayede özellikle köklü kurumların nasıl bir gelişim çizgisinde ilerlediği, nasıl bir dönüşüm geçirdiği ve korumayı amaçladığı değer ne olduğuna ilişkin çıkarım yapılabilecektir. Böyle bir inceleme de ise kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan hazırlık çalışmalarının büyük bir öneme sahip olduğu belirtilmelidir. Hazırlık aşamasında ileri sürülen fikirler, yapılan tartışmalar kanunun amacının ve lafzının yorumlanmasında işlevsel bir araç olarak kullanılmaktadır. Ancak bu noktada dikkat etmek gerekir ki bu şekilde yapılan bir incelemenin sonucu göreceli bir değer ifade etmektedir.⁷⁵² İleri sürülen fikirler ve yapılan tartışmalar şahsi nitelikte olduğundan

⁷⁵⁰ Bilgisayarda kayıtlı bulunan bilgilerin izinsiz alınması halinde de yapılan benzer tartışmalar için bkz: Ersan Şen, "Hırsızlık Suçları", **Ankara Barosu Dergisi**, S:3, 2012.

⁷⁵¹ Erem/Danışman/Artuk, s.108.

⁷⁵² Erem/Danışman/Artuk, s.117.

kanunun lafzına veya amacına ilişkin bir anlam çıkarmak sakıncalı karşılanmaktadır. Bununla birlikte kanunun çıkarılış nedeninin zaman içinde değişmesi mümkün olduğundan hazırlık çalışmalarına mutlak bir değer vermemek gerekmektedir.⁷⁵³ Bu sebeple hazırlık çalışmalarının bağlayıcı olmadığı ve diğer yorum araçlarıyla denetlenerek kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁵⁴

ii. Mantık Kuralları

Düşünsel bir faaliyet olan yorum esnasında düşüncenin düşünceyle doğrulanması anlamı taşıyan mantık kurallarından yararlanması kaçınılmaz bir gereklilik olmaktadır.⁷⁵⁵ Bu kapsamda evleviyet kuralı, karşıt kavramdan anlam çıkarma, azın cezalandırıldığı yerde çoğunda cezalandırılması gibi mantık kurallarının uygulama alanı bulması söz konusu olabilmektedir. Konuya ilişkin olarak TCK 120.maddesinde düzenlenen haksız arama suçundan örnek verilebilir. İlgili madde de hukuka aykırı bir şekilde eşya veya üstü arayan kamu görevlisinden bahsedilmiştir. Bu halde hukuka uygun bir arama yapan kamu görevlisinin icra ettiği eylemler TCK 120. madde kapsamında suç kabul edilemeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, karşıt kavramdan anlam çıkarırken kanunun amacına aykırı bir sonucun çıkarılmamasına dikkat edilmelidir.⁷⁵⁶

iii. Kanunun Sistematığı

Kanunlar birden çok normun belli bir sistem dâhilinde bir araya gelerek birbirini tamamladığı hukuki metinlerdir. Bu nedenle yorum yapılırken bu sistematığın göz önüne alınmaması kanunun bütününden kopuk bir sonuca ulaşılmasına yol açmaktadır. Nitekim sistematik yorum göz önüne alınmadan yapılan yorumun, bu hükmü tecrit etmek anlamına geldiği ifade edilmiştir.⁷⁵⁷ Bu bakımdan sistematik yorum aracı, bir hükmün kanun içindeki ve hukuk sistemindeki yerini dikkate alarak yapılan anlamlandırma çalışmasıdır. Özellikle hüküm başlıkları bir

⁷⁵³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.115.

⁷⁵⁴ Dönmezer/Erman, s.245; Erem, s.104; Erem/Danışman/Artuk, s.117; Toroslu/Toroslu, s.64; Centel/Zafer/Çakmut, s.90; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.184; Hafizoğulları/Özen, s.109; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.118.

⁷⁵⁵ Çetin, s.242.

⁷⁵⁶ Dönmezer/Erman, s.242.

⁷⁵⁷ Erem, s.102.

normun anlamlandırılması çok önemli bir işleve sahiptir. Bir kanun hükmü tek başına çok fazla bir anlam taşıyamayacağından dâhil olduğu başlık kapsamında yorumlanması gerekmektedir. Ancak sadece bu başlığa bakılmamalı, hükmün kanun dışındaki sistematigi de dikkate alınmalıdır.⁷⁵⁸ Sistemik aracın uygulanmasının söz konusu olduğu klasik örnek, konut dokunulmazlığı suçudur. Bu suçun malvarlığına karşı suçlar arasında değil hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması nedeniyle, boş, tahrip olmuş veya yıkılmış evlere girmenin bu dokunulmazlığı ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.⁷⁵⁹ Eğer söz konusu suç malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsaydı terkedilmiş bir binaya girilmesi halinde bu suç işlenmiş sayılacaktı. Bu bakımdan hükmün düzenlediği başlığa göre farklı anlamlar verilebileceğine dikkat edilmelidir. Ancak sistemik yorum, her zaman başvurulması gereken bir yorum yöntemi olmakla beraber her zaman doğru sonuçların çıkartılmasına olanak sağlayamamaktadır.⁷⁶⁰ Kanun metinleri kusursuz olarak ele alınamadığı için çelişkiler ve hatalar içermektedir. Bu nedenle sistemik yorum yapılırken diğer yorum araçlarından da faydalanması yararlı olacaktır.

iv. Madde Gereğesi

Kanunun yorumlanması esnasına başvurulmuş yorum araçları arasında öne çıkan araçlardan biri maddelerin gereğesidir. Madde gereğeleri bir nevi kanun koyucunun objektif iradesine yaklaşmış olduğu için diğer bir yorum aracı olan tarihçe bakımından da önem arz etmektedir. Başka bir ifadeyle madde gereğeleri, hazırlık çalışmaları sırasında yapılan tartışmaların ve ileri sürülen görüşlerin bir sonucu olarak ortaya çıktığından kanun koyucunun amacını belirleme de önemli bir yere sahiptir. Bu aracın arz ettiği önemi ifade etmek için TBMM Adalet Komisyonunun TCK Tasarısına ilişkin 3 ağustos 2004 tarihli raporundan⁷⁶¹ yararlanmak mümkündür. Söz konusu raporda madde gereğesinin metnin ayrılmaz

⁷⁵⁸Erem, s.102; Erem/Danışman/Artuk, s.116. AİHM de bir hükme ilişkin inceleme yaparken kanunun sistematiginden faydalanmaktadır. Nitekim verdiği bir kararında başvuruya konu olan maddenin kanunda yer alan diğer bir maddeyle birlikte okunduğunda yeterince belirli olduğunu ifade etmiştir. G. v. Liechtenstein, Başvuru No: 10980/84-03/10/1984.

⁷⁵⁹Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.185; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.115; Centel/Zafer/Çakmut, s.89.

⁷⁶⁰Önder, s.53.

⁷⁶¹ TBMM Adalet Komisyonunun TCK Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 tarih ve 1/593 esaslı 60 sayılı raporu.

bir parçası olarak yorumda büyük bir önem taşıdığına değinilmiştir.⁷⁶² Madde gerekçesinin yorum esnasında kullanılabileceğine ilişkin TCK'nın 96.maddesi örnek verilmektedir.⁷⁶³ Bu madde de düzenlenen eziyet suçunun anlamı, madde gerekçesinden yola çıkılarak belirlenmektedir. Bu önemine rağmen gerekçelerin madde metnine dâhil olmaması nedeniyle bağlayıcı olmadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla madde gerekçesine, yorum aracı olmaktan başka üstün bir değer verilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁶⁴

v. Hukukun Genel İlkeleri

Bir kanun metninin yorumunda hukukun genel ilkelerine başvurulmamış olması düşünülemez. İsabetli bir yorum yapabilmek için yorumcunun hukukun genel ilkelerini göz önüne alması gerekmektedir.⁷⁶⁵ Bu ilkeler yazılı olmamasına karşı tüm hukuk düzenlerinde yerleşmiş olan prensipleri ifade etmektedir. Bu bakımdan doktrinde hiçbir hükmün hukukun genel ilkelerine aykırı bir şekilde yorumlanamayacağı ileri sürülmektedir.⁷⁶⁶ Hukukun genel prensiplerine ise non bis in idem, masumiyet karinesi, cezaların kişiselliği, kimsenin kendini suçlamaya zorlanamaması, eşitlik ilkesi örnek olarak sayılabilir.

vi. Karşılaştırmalı Hukuk

Ceza kanunlarını yorumlarken, ilgili kurumların çeşitli ülkelerde hangi şekilde anlaşıldığı ve uygulandığı önem taşımaktadır. Özellikle yabancı kökenli kurallardan iktibas yapmış veya bu tür kurallardan etkilenecek oluşturulmuş bir hukuk sisteminde, karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması sadece önemli değil aynı zamanda kaçınılmaz olmaktadır. Bu hallerde başka bir ülkenin kanun, öğretisi ve uygulaması ile karşılaştırma yapmak suretiyle kanunun anlamının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak yapılacak yorumda iç hukuktan kaynaklanan farklılıklara dikkat edilmelidir. Bu sebeple ceza kanunları

⁷⁶² Özgenç, s.129.

⁷⁶³ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.185.

⁷⁶⁴ Dönmezer/Erman, s.246.

⁷⁶⁵ Soyaslan, s.136.

⁷⁶⁶ Hafizoğulları/Özen, s.109.

yorumlanırken ülkenin içinde bulunduğu sosyal, kültürel, ekonomik ve hukuki durumun göz önüne alınması gerekmektedir.⁷⁶⁷

3. Kıyas

Kanunilik ilkesinin yorum faaliyetine ilişkin olarak karşımıza çıkardığı en önemli sonuç, kıyas yasağıdır. Kıyas, kanunda öngörülme-yen durumların kanunda öngörülen durumlara müracaat edilerek çözümlenmesi faaliyetidir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak kıyas, esneme yeteneğine sahip kelimelerin esneklik sınırını aşan ve kopmasına sebep olan bir durumu ifade etmektedir.⁷⁶⁸ Bu faaliyet neticesinde kanun metninin lafzını aşan ve kanunun amacıyla uyumlayabilecek sonuçlara ulaşılmaktadır. Kıyasa başvurulması, uygulamada yeni bir ceza normu oluşmasına ve bu ceza normunun ex post uygulanmasına sebep olmaktadır.⁷⁶⁹ Bu durum bir fiilin cezaya liyakatini kanun koyucuya tahsis eden kanunilik ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle kıyasın keyfiliğe elverişli bir araç olduğu kabul edilerek ceza kanunlarının yorumunda kullanılması, mutlak olarak yasaklanmıştır.⁷⁷⁰ Doğrudan getirilen bu sınırlama ile yargı organı bakımından kesin bir çizgi çizilerek temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Esasında kanunilik ilkesi ile kıyas yasağı arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kanunilik ilkesi, kıyas yasağı sonucuna ulaşmaya elverişli değildir.⁷⁷¹ Bu görüşü savunanların düşüncelerini üzerine kurduğu temel, kıyas faaliyetinin kanun dışına çıkmak olarak kabul edilmemesi ve kıyas yasağının sadece hâkimin keyfiliğini önlemek için öngörülen bir araç olarak değerlendirilmesidir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi kıyas faaliyeti kanun dışına çıkılması sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar kıyasta hareket noktası kanunda öngörülmüş olan hükümler dahi olsa olaylar arasındaki benzerlik göz önüne alınarak, öngörülmemiş durumlara uygulanması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla kıyas faaliyeti sonunca kanunda öngörülmüş bir kurumdan esinlenilen ancak kanun

⁷⁶⁷ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.187; Çetin, s.249.

⁷⁶⁸ Hall, Nullum Crimen Sine Lege s.174.

⁷⁶⁹ Hallevy, s.148.

⁷⁷⁰ Turinay, s.159.

⁷⁷¹ Erem, s.97; Erem/Danışman/Artuk, s.92-93.

tarafından öngörülmemiş bir düzenleme ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kıyas faaliyetinin kanun içinde kaldığını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte hâkimlerin keyfi uygulamalarına verilen tepkinin 18.yy'da kıyas yasağı olarak karşımıza çıktığı bir gerçektir. O dönemde dahi kıyas yasağı kanunilik ilkesi ile birlikte anılarak uygulanmıştır. Bunun en önemli sebebi kanunilik ilkesinin de genel olarak keyfiliği hedef almış olmasıdır. Kıyas yasağının kanunilik ilkesinden koparılması bu yasağın güçsüzleşmesine neden olabilecek niteliktedir. Bu yasağın tek başına uygulanması, keyfiliği önlemek için öngörülmüş bir araç pozisyonuna indirgenmesine ve farklı gerekçelerle yasaktan taviz verilmesine neden olabilecektir.⁷⁷² Ancak kanunilik ilkesine dâhil bir bütün olarak kabul edildiğinde, insan hakkı gibi çok üst değerlerin bir parçası olma imkânına kavuşmaktadır. Bu nedenle kıyas yasağını zayıflatmak yerine kanunilik ilkesiyle birlikte daha güçlü bir oluşumda yer almasını savunmak daha akla uygun bir çözüm olarak kabul edilmelidir. Böylece yasağa hem teorik hem de uygulama bakımından ciddi bir güç kazandırılmaktadır. Ayrıca kıyas yasağının kanunilik ilkesiyle birlikte aynı temellerden doğduğunu da kabul etmek gerekir. İki ilke de keyfiliği sınırlayarak hukuku üstün kılma hedefi taşımaktadır. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin kıyas yasağından ayrılması hem işlevsel hem de kökensel olarak mümkün bulunmamaktadır. Günümüzde geldiğimiz nokta itibarıyla bu yasağın ve ilkenin ayrılmaz bir bütün olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷³

Kıyas yasağı suç yaratma ve cezasını belirleme yetkisini hâkime bırakmayarak yasama organının bu konudaki tekel yetkisini vurgulamaktadır.⁷⁷⁴ Bu durum kıyas yasağının, kanunilik ilkesi yanında kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından da önem taşıdığını göstermektedir. Kıyas ile kanunun lafzının ve amacının ötesine geçilerek adeta kanun koyucu gibi yeni bir kural yaratılması söz konusu olmaktadır. Bu durum ise yasama ve yargı arasında mevcut olan kuvvet ayrılığını zedelediği gibi suç ve cezanın tek kaynağının kanunlar olması kuralını da ihlal etmektedir. Bu sebeple

⁷⁷² Nitekim 20.yy ilk yansından sonra kıyaslama yasağının kaldırılması yönündeki girişimler artarak, Rusya, Almanya gibi bazı ülkeler bakımından kıyas yapılabilmesinin önü açılmıştır. Bu düşüncelerin esasını toplum düzeninin korunması oluşturmuştur. Bu uğurda kıyas yasağı ise salt keyfiliği önleyen bir araç olarak harcanabilir bir değer olarak görülmüştür.

⁷⁷³ Hall, Nullum Crimen Sine Lege, s.172; İçel/Donay, s.86.

⁷⁷⁴ Kangal, s.61.

kıyas yasağı, hâkimlerin yalnız meclis tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarındaki suç ve ceza hükümleri ile bağlı olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla hâkimin karşısına gelen bir olayda mevcut çelişki ve boşlukları kıyasa başvurarak çözümlemesi mümkün değildir.

Kanunda bulunan boşlukların doldurulması noktasında hâkimlere yetki verilmemiş olması, kanunilik ilkesinin etkin suç ile mücadeleyi engellediği şeklinde yorumlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, kıyasa başvurulamaması nedeniyle boşlukların doldurulamayacağı ve bu boşluklardan yararlanan suçluların cezasız kalacağı düşünülmektedir. Ancak böyle bir görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Öncelikle kıyasın kanunilik ilkesi gereğince yasaklanmasının sebebi sadece keyfiliğin önüne geçmek değil kişiler bakımından öngörülemez sonuçlar doğmasını da engellemektir. Daha önce de bahsedildiği gibi kanunilik ilkesi irade özgürlüğü üzerine kurulu bir ilke olarak diğer temel hak ve özgürlüklerin de güvencesidir. Dolayısıyla bu özgürlüğü zedeleyen her durumun kanunilik ilkesine uygun olmadığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan kanunda öngörülmeyle bir eylemin cezalandırılmasını sağlayan kıyas yasağının, irade özgürlüğünü zedeleyeceği açıktır. Bununla birlikte kanundaki boşlukların kıyas yolu ile doldurulması suçla mücadelede fayda sağlayabilirse de, kıyas uygulamasının doğuracağı anarşinin bu usulün faydasını aşacağı açıktır.⁷⁷⁵ Gerçekten de suçla mücadele adına kanunilik ilkesinden taviz verilmesi hem suçla mücadelenin meşru temelini sarsacak hem de bu uğurda birçok kişinin haklarının ihlal edilmesine göz yumulmasını sağlayacaktır. Hâlbuki suçla mücadele zaten kişi hak ve özgürlüklerini korumak için yapılmaktadır. Bu bakımdan suçla mücadele adına kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edecek kurumların savunulması büyük bir çelişki yaratmaktadır. Kanunda boşluk var ise bunu doldurmak kanun koyucunun görevidir. Suçla mücadele adına yargı organına düşen görev, bir kuralı lafzı ve amacına en uygun şekilde uygulayabilmesidir.

Hukukun diğer dallarında yorum ile kıyas arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesi, zorunluluk teşkil etmese bile kanunilik ilkesinden kaynaklı olarak ceza

⁷⁷⁵ Erem/Danışman/Artuk, s.97; Kangal, s.67.

hukukunda böyle bir sınırın çizilmesi hayati öneme sahiptir.⁷⁷⁶ Hukuk hâkimi gerektiğinde yeni bir hukuk kuralı dahi yaratabilirken, ceza hâkiminin yetkisi, kanunu yorumlamaktan ileri gidememektedir.⁷⁷⁷ Bu bakımdan kıyas ile yorum faaliyeti arasındaki farklılıkların belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle kıyas faaliyetinin bir yorum yöntemi olmadığını belirtmek gerekmektedir.⁷⁷⁸ Yorum, kanunun anlamını belirlemek için başvurulacak fikri bir faaliyetken kıyas boşlukları⁷⁷⁹ doldurmak için kanun metnini kullanan bir genişletme çalışmasıdır. Bu nedenle norma konu olabilecek nitelikte olmayan bir olaya normu uydurma gayreti gösteriliyorsa yapılan faaliyetin kıyas olduğunu kabul etmek gerekir.⁷⁸⁰ Kıyas faaliyeti ile aralarında benzerlik bulunan olaylara, aynı kuralın uygulanması söz konusu olmakta ve kanun koyucuya özgü bir faaliyet gerçekleştirilmektedir.⁷⁸¹ Ancak yeni yaratılan bu kural, aslında tamamen bağımsız olmadığı gibi kanunun anlam ve mantığı içinde türetilmektedir. Bu sebeple kıyasın hukuk yaratmaktan ziyade yorum ile hukuk yaratmak arasında yer alan bir faaliyet olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁸² Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanaklı gözükmemektedir. Yorum faaliyetinde, norma konu olabilecek somut bir olay söz konusudur. Bu normun nasıl ve ne şekilde somut olaya uygulanması gerektiği ise yorum faaliyet sonucu ortaya çıkarılmakta ve bu faaliyet kelimelerin ifade ettiği en geniş gerçek anlam ile sınırlandırılmaktadır.⁷⁸³ Kıyas faaliyetinde ise herhangi bir sınırdan bahsetmek bir yana mevcut sınırların aşılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kıyasın yoruma yaklaşan bir yönü bulunmamaktadır. Ancak teoride birbirinden daha kolay ayrılabilen bu kurumların uygulama esnasında arasındaki sınırı belirlemek zorlaşmaktadır. Sınırın silikleştiği böyle hallerde kıyas yasağı gereği cezalandırılabilirliğin alanının dar tutulması uygun bir çözüm olacaktır.⁷⁸⁴

⁷⁷⁶ Önder, s.55.

⁷⁷⁷ Alacakaptan, s.12.

⁷⁷⁸ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.194; Üzülmmez/Koca, s.63; Kıyası bir yorum yöntemi olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, s.228.

⁷⁷⁹ Ceza hukuku alanında bir boşluk bulunmasından bahsedilemeyeceği için bu boşluğun doldurulmasından da söz edilemeyeceği görüşü için bkz: Çetin, s.264.

⁷⁸⁰ Önder, s.55.

⁷⁸¹ Dönmezer/Erman, s.227.

⁷⁸² Erem, s.96.

⁷⁸³ Hall, Nullum Crimen Sine Lege, s.174.

⁷⁸⁴ Özgenç, s.133.

765 sayılı TCK döneminde kıyas yasağına ilişkin açık bir hüküm olmamakla beraber 1.maddede yer alan “*kanunun sarıh olarak suç saymadığı*” ibaresinin karşıt anlamından kıyasın yasaklanmış bulunduğu kabul edilmekteydi.⁷⁸⁵ 5237 sayılı TCK döneminde ise kıyas yasağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi uygun bulunmuştur. Hukukumuzda kıyas yasağı, TCK 2.maddesinin 3.fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*”. İlgili hükme göre suç ve ceza içeren hükümlerde kıyasa başvurulması açıkça yasaklanmıştır.⁷⁸⁶ Söz konusu bu düzenleme ile birlikte kıyas yasağı kapsamında karşımıza üç temel sorun çıkmaktadır. Bunlardan ilki kıyas ve genişletici yorum arasındaki ilişkidir. Madde metninde genişletici yorumun bir aşamadan sonra kıyasa dönüştüğüne ilişkin bir anlatım tarzı kullanılmıştır. Bu nedenle genişletici yorumun yasak olup olmadığı, yasak değil ise kıyas arasındaki ilişkinin ne olduğu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Haklı olarak birçok yazarında belirttiği gibi, kıyasa varacak şekilde genişletici yorum yapmak demek esasında kıyas yapmak demektir.⁷⁸⁷ Bu ifadeyi eleştiren diğer bir görüş ise genişletici yorum ile kıyas arasında herhangi bir ilişki olmadığını savunmaktadır.⁷⁸⁸ Kanaatimizce kanun koyucunun kanunda böyle bir ibare kullanmasının amacı genişletici yorum altında kıyas yapmaya meyilli olan yargıya özel bir uyarı yapmaktır. Bu nedenle söz konusu hükmü, Eşitli’nin de ifade ettiği gibi “suç ve ceza içeren hükümler kıyas yoluyla genişletilemez” şeklinde değerlendirmek gerekir.⁷⁸⁹ Bununla birlikte genişletici yorum etiketi altında kıyas yapılması Türk yargısının bir gerçeği olduğundan kanun koyucunun bazı tedbirler alması gerektiği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda alınabilecek tedbirlerin başında ise kanun koyucunun belirlilik ilkesine en üst ölçüde riayet etmesi gelmektedir.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ Dönmezer/Erman, s.39; İçel/Donay, s.86.

⁷⁸⁶ Kanun metninde suçlar ve cezalar bakımından geçerli olan kıyas yasağından bahsedilmiş olsa da, TCK 2. ve AYM 38.maddesi, kanunilik ilkesinin kapsamını güvenlik tedbirleri de içerecek şekilde kaleme aldığından kıyas yasağının güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

⁷⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.120; Centel/Zafer/Çakmut, s.94; Hafizoğulları/Özen, s.20; Baytaç, s.346-347; Aygün Eşitli, s.237.

⁷⁸⁸ Hafizoğulları/Özen, s.120. Aksi yönde görüş için bkz: Özgenç, s.131.

⁷⁸⁹ Aygün Eşitli, s.237.

⁷⁹⁰ Hakeri, s.31.

Söz konusu hüküm bakımından karşımıza çıkan diğer bir mesele ise suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas yasağının mutlak olarak mı yoksa nisbi olarak mı uygulanması gerektiğine ilişkindir. İleri sürülen bir görüşe göre failin aleyhinde kıyas yapılması mümkün değilken lehe kıyas uygulaması mümkün kabul edilmelidir.⁷⁹¹ Bu bakımdan kıyas yasağı, failin lehine olup olmamasına göre nisbi olarak uygulanması gereken bir yasaktır. Çoğunluğu oluşturan diğer bir görüş ise lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın kıyasın yasaklandığını belirtmektedir.⁷⁹² Bu yasağın mutlak bir şekilde uygulanmasını ifade eden bu görüş, doktrinde farklı şekilde gerekçelendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle TCK 61.maddesinin 10.fıkrasına başvurulduğu görülmektedir. İlgili maddeye göre kanunda açıkça yazılmadıkça cezaların artırılmayacağı ve azaltılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle lehte kıyasın kanuni olarak yasaklanmış olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte hukuki güvenliği sağlama amacına ve cezaların genel önleme amacına da vurgu yapıldığı belirtilmelidir.⁷⁹³ Önleme amacına vurgu yapan görüşe göre suç ve cezaların kanunca öngörülmüş olması, genel önlemeye hizmet ettiğinden lehe kıyas ile cezaların hafifletileceğinin öngörülmesi bu amacı zedelemektedir. Kanaatimizce ceza hukukunun temel hak ve özgürlükler bakımından tesiri göz önüne alındığında, özel hukukta olduğu gibi kanunda bulunmayan hususlar için kıyasa müracaat edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte ceza yasaları sadece failler için değil aynı zamanda toplum içinde önemli işlevleri olan metinlerdir. Bu nedenle lehe veya aleyhe olduğun bakılmaksızın kıyasın kabul edilmemesi gerekmektedir.

Lehe kıyasın mümkün olup olmadığı hakkında yapılan tartışmalar yanında suç ve ceza içermeyen hükümler bakımından da kıyas meselesi belirsizlik taşımaktadır. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre suç ve ceza içermeyen genel hükümler bakımından kıyas yapılması mümkündür.⁷⁹⁴ Aksi görüşe göre ise genel hükümler, cezalandırılabilirliğe doğrudan etkisi olan hükümler olduğu için kıyas yapılmaması

⁷⁹¹ Soyaslan, s.140; Hafizoğulları/Özen, s.20; Kangal, s.84; Baytaz, s.374; Glaser, s.33.

⁷⁹² İçel/Donay, s.88; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.163; Üzülmmez/Koca, s.64; Toroslu/Toroslu, s.61; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.70; Hakeri s.30; Centel/Zafer/Çakmut, s.54; Çetin, s.268; Hafizoğulları/Özen, s.109. Ancak belirtmek gerekir ki Hafizoğulları/Özen, hukuka aykırılığı kusurluluğu ve isnat yeteneğini kaldıran nedenler bakımından lehe kıyasın mümkün olduğunu düşünmektedir.

⁷⁹³ Artuk/Gökçen/Çakır/Yenidünya, s.163; Üzülmmez/Koca, s.65.

⁷⁹⁴ Toroslu/Toroslu, s.61; Özgenç, s.132; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.70; Baytaz, s.348.

gereken hükümler içermektedir.⁷⁹⁵ Bu konuda Koca/Üzülmez, genel kısmın hükümlerinin bir normun cezaya liyakatini doğrudan ilgilendiren düzenlemeleri içerdiğini ve bu hükümlerin suç tanımlarıyla birlikte okunması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁹⁶ Kanaatimizce genel ve özel hükümler şeklinde bir ayırım yapmaktan ziyade cezalandırılabilirliğin kapsamının ne şekilde etkilendiği göz önüne alınmalıdır. Kıyas yasağın amacı, hâkimin keyfiliğini önleyerek temel hak ve özgürlükleri daha etkin bir şekilde korumaktadır. Bu sebeple özel hükümler yanında genel hükümler bakımından da kıyas yasağının uygulanabilir olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Genel hükümlerde kıyas yapılması, ceza sorumluluğunu doğrudan etkileyebilecek bir niteliğe sahiptir. Bu durum ise kişiler bakımından ceza sorumluluğunun öngörülemez bir şekilde genişlemesine yol açabilmektedir. Böyle bir kabulün ise kanunilik ilkesinin benimsenmiş olduğu bir sistemde yeri bulunmamaktadır.

Anayasanın 38.maddesi gibi AİHS'nin 7.maddesi de kıyas yasağına ilişkin açık bir hüküm ele almamıştır. Ancak AİHM, 7.maddenin 1.fikrasının cezai hükmün kişi aleyhine kıyas oluşturacak biçimde yorumlanmaması gerektiği kuralını da içerdiğini kararlarında açıkça belirtmektedir.⁷⁹⁷ *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*⁷⁹⁸ kararında Türkiye'nin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla yargılanan biri kitap yazarı diğeri yayın evi sahibi olan başvurular bakımından yapılan incelemede mahkeme, yayıncıların sadece para cezası ile cezalandırılması gerekirken, editörlere ilişkin hükümler kapsamında hapis cezasına çarptırılmasının kıyas yasağını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Her ne kadar hükümet, ilgili hükmün başvuru açısından uygulanmasının daha lehte olacağını iddia etmiş olsa da mahkeme, daha lehe olsa

⁷⁹⁵Erem/Danişman/Artuk, s.93; İçel/Donay, s.87; Alacakaptan, s.26; Üzülmez/Koca, s.65; Kangal, s.85 vd; Çetin, s.261; Elvan Keçelioğlu, "Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, S:11, 2012, s.97.

⁷⁹⁶ Üzülmez/Koca, s.65-66.

⁷⁹⁷Begović v. Croatia, Başvuru No: 52204/14-03/03/2020; Berardi and Mularoni v. San Marino, Başvuru No: 24705/16, 24818/16-10.01.2019; G.I.E.M S.R.L and Others v Italya, Başvuru No: 828/06, 34163/07, 19029/11-28.06.2018; Koprivnikar v Slovenia, Başvuru No: 67503/13-24.04.2017; Navalnyye v. Russia, Başvuru No: 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14-15.11.2018.; Larionovs Tess v. Latvia, Başvuru No: 45520/04 and 19363/05-25.11.2014; Del Rio Prada v Spain, Başvuru No: 42750/09-21.10.2013, Kokkinakis v Greece, Başvuru No:14307/88-25.03.1993; Jorgic v Germany; X. v. The United Kingdom, Başvuru No: 5327/71-14/12/1972.

⁷⁹⁸Başkaya ve Okçuoğlu v Turkey, Başvuru No: 23536/94, 24408/94 -08.07.1999. Benzer nitelikteki diğer bir karar için bkz: Case of E.K. v. Turkey, Başvuru No: 28496/95-07/02/2002.

bile editörler ve yayıncılara verilen cezalara ilişkin özel bir hüküm bulunduğunu ve mevcut davada yayıncı başvurana verilen cezanın editörlerin cezalandırılmasına ilişkin kural üzerine aşırı kurguya dayandığını belirterek ihlal kararı vermiştir. Gene benzer bir olayda yayımlanan bir kitap ile ilgili olarak yargılanan yayınevi sahibi başvuran, söz konusu hükmün dergiler için geçerli olduğunu belirtmiş, AIHM ise 7.madde kapsamında kıyas yasağına atıf yaparak ihlal kararı vermiştir.⁷⁹⁹ *Vasiliauskas/Litvanya*⁸⁰⁰ kararına konu olayda başvuran hakkında siyasi bir gruba karşı soykırım suçu işlediği gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve kurulan hüküm suçun işlediği zaman yürürlükte olmayan Litvanya Ceza Kanunu'na dayandırılmıştır. Mahkeme mahkûmiyet kararının söz konusu zamanda geçerli olan uluslararası hukuk kurallarına dayandırıldığının ortaya konmaması halinde, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu belirterek uluslararası hukuk bakımından bir inceleme yapmıştır. Yapılan incelemede 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'ne ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulamayacağını çünkü soykırım tanımının kapsamına siyasi grupların dâhil edilmemiş olduğunu ayrıca toplumsal ya da siyasi gruplara da atıfta bulunulmamış olduğunu saptamıştır. Bu bulgular ışığında mahkeme, mahkemenin siyasi soykırıma ilişkin yorumunun zorlama olduğuna kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir.

E. Kanun Dışındaki Kaynaklara Dayanarak Suç ve Ceza Yaratılması Yasağı

Kanunun tekelliliği ilkesi, suçların ve cezaların kanun tarafından tanımlanmasını gerektirmektedir. Suç ve cezaların şekli kanun tarafından tarif edilmesi zorunluluğu, yasama organınca belli usullere tabi olmadan çıkartılan diğer hukuki metinlerin kaynak olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak kanun dışındaki bazı metinler, ceza hukukunda zaman zaman kaynak görevi görecektir şekilde kullanılabilir. Bunların ilki, örf ve adet hukuku olup, sınırlı bir şekilde ceza hukukunda uygulama alanı bulabilmektedir. Bir diğeri ise yasamanın suç ve ceza yaratma gücünü zaman zaman ve gittikçe daha sıklıkla devrettiği idarenin

⁷⁹⁹ Case Of Ünsal Öztürk v. Turkey, Başvuru No: 29365/95-04/10/2005.

⁸⁰⁰ Vasiliauskas v Lithuania, Başvuru No: 35343/05-20.10.2015.

düzenleyici işlemleridir. Söz konusu metinler, ilke bakımından arz ettikleri önem nedeniyle ayrı bir incelemeyi gerektirmektedirler.

1. Örf ve Âdete Dayanılarak Suç ve Ceza Yaratılması

Kanunilik ilkesi, kanunlar aracılığıyla kişi hak ve özgürlüklerini korumayı amaç edinen bir ilke olduğu için bu amacı sekteye uğratabilecek durumlara karşı önlem almaktadır. Alınan bu önlemlerin başında, kanun dışındaki hiçbir kaynağın suç ve ceza içeren hükümler düzenleyememesi gelmektedir. Bu itibarla örf âdet hukukunun ceza hukukunda yeri olmadığı ileri sürülmüştür.⁸⁰¹ Nitekim Anayasa ve TCK'daki düzenlemeler de örf ve âdet kurallarının doğrudan uygulanmasını engelleyici niteliktedir. Her ne kadar örf ve âdetin ceza hukukunda yeri hakkında doğrudan bir ibare kullanılmamışsa da kanun dışındaki hiçbir hukuki metne kaynak değeri atfedilmediği açıkça belirtilmiştir. Ancak doktrinde büyük bir çoğunluk, suç ve ceza yaratma konusunda yeri olmadığını kabul etmekle beraber örf ve âdet kurallarının, ceza hukukunda önemli işlevler görebileceğini düşünmektedir. Bahse konu bu işlevlerin en önemlilerinden biri bazı suçların örf ve âdet nedeniyle uygulama kabiliyetini kaybetmesidir.⁸⁰² Bu durumda kural hukuken yürürlükte ise de fiili olarak uygulanmamaktadır. Ancak resmi olarak yürürlükte olan böyle bir kuralın örf ve âdet gereği yok sayılması mümkün değildir. Nitekim AİHM de bu konuyu incelemiş olduğu Norris/İrlanda kararında ilga edilmemiş bir kanunun uzun bir süre uygulanmış olsa dahi her an yeniden uygulama alanı bulabileceğini belirtmiştir.⁸⁰³ Fiili uygulanabilirlik üzerinde etkisi bulunan örf ve âdet kurallarının, bir fiilin suç haline getirilmesi bakımından da katkıları söz konusu olabilmektedir.⁸⁰⁴

Ceza hukukunda kullanılan bazı kavramların hukukun başka alanına dâhil olması mümkündür. Bu halde söz konusu alanda örf ve âdet hukuku geçerliyse, ceza hukukunda örf ve âdetin dolaylı bir etkisinden bahsedilebilmektedir.⁸⁰⁵ Örf ve âdet kurallarının, yasal bir düzenlemenin ne şekilde anlaşılması ve uygulanması gerektiği

⁸⁰¹ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.178.

⁸⁰² Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.120; Centel/Zafer/Çakmut, s.83; Hakeri, s.25; Baytaç, s.117.

⁸⁰³ Case Of Norris v. Ireland, Başvuru No: 10581/83-26/10/1988.

⁸⁰⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.111.

⁸⁰⁵ Alacakaptan, s.8; Kangal, s.82.

noktasında da işlevi bulunmaktadır.⁸⁰⁶ Özellikle ahlak aleyhine işlenen suçlarda da belli kavramların anlamlandırılmasında örf âdetin önemli bir yeri bulunmaktadır.⁸⁰⁷ Bununla birlikte bir mesleğin ve hakkın icrasında da örf ve âdet kurallarının belirleyiciliğe sahip olabileceği belirtilmiştir. Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri bakımından örf ve âdetin önemli bir yere sahip olduğu ifade edilmektedir.⁸⁰⁸

2. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratılması

Kanunilik ilkesi, yasama organınca düzenlenmeyen yönetmelik, tüzük, içtihat, örf ve adet kuralları, ahlak kuralları gibi yazılı veya yazısız kaynakların ceza yaratma yetkisini engelleyerek, keyfiliği ve böylece temel özgürlükleri korumaktadır.⁸⁰⁹ Bu nedenle kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalındığında ve buradaki kanun deyimini şekli anlamda yani kanun yapma yetkisine sahip yasama organı tarafından konulan metinler olarak anlaşıldığında, yürütme organının düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmesi mümkün gözükmemektedir. Yürütmenin işlemleriyle suç ve ceza ihdas etmesi kanunilik ilkesi bakımından güvencesiz ve şüpheli karşılanmakta, elinde büyük bir kudret bulunduran böyle bir organın ceza sistemini belirsiz uygulamalara konu edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak zaman içinde hızlı bir şekilde değişen ekonomik ve sosyal şartlar, devletleri suçlulukla mücadele de meşruluğu tartışmalı bazı yeni metodlara yöneltmiştir.⁸¹⁰ Bu metodların başında ise suç ve ceza ihdas etme yetkisinin yasama organı tarafından tamamen veya kısmen yürütme organına devredilmesi gelmektedir. Bu sayede yasama organına göre daha süratli karar alma imkânı bulunan yürütme organının, suçla daha iyi mücadele edebileceği düşünülmektedir. Anayasa ve kanun metni göz önüne alındığında böyle bir metodun hukuka uygun olarak kabul edilmesi mümkün değildir. TCK'nın 2.maddesinin 2.fıkrasınca açıkça idarenin işlemleriyle suç ve ceza düzenlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Şüphesiz aynı hiyerarşide bulunduğu diğer kanunlar bakımından bile

⁸⁰⁶ Üzülmöz/ Koca, s.62; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.111; Hafizoğulları/Özen, s.25; Toroslu, s.45.

⁸⁰⁷ Hakeri, s.25.

⁸⁰⁸ Soyaslan, s.115; Toroslu/Toroslu, s.45.

⁸⁰⁹ Metin Bulut, "Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S:12, 2018, s.236.

⁸¹⁰ Çınar Can Evren, "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", **İÜHFİM**, C:70, S: 1-2, 2011, s.973.

bağlayıcı olmayan böyle bir hükmün güvence sağlaması söz konusu değildir. Bu sebeple doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi böyle bir ifadeye Anayasa’da yer verilmelidir.⁸¹¹ Anayasa metnine baktığımız zaman idarenin suç ve ceza ihdas etme yetkisini yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçi böyle bir hükme gerek olup olmadığı da tartışılabilir. Çünkü AY’nın 38.maddesinde kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı ve cezaların da ancak kanunla konulabileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar AY 38.maddesi, suçların sadece kanunla konulabilmesine ilişkin açık bir ifadeden kaçınarak bu ilkeyi, “*kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” şeklinde ele almışsa da AY’da yer alan diğer hükümler göz önüne alındığında, suçlar bakımından da böyle bir sonuca ulaşmak olanaklı gözükmektedir. Öncelikle Anayasa 2.madde de düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereği böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkündür. Şöyle ki, bir hukuk devletinden bahsedilebilmesi için devletin sadece hukuka uygun hareket etmesi yeterli değildir. Aynı zamanda vatandaşlara hukuki güvence sağlayan bir düzen kurulması ve bu düzenin devam ettirilmesi gerekmektedir.⁸¹² Bu nedenle daha fazla güvence sağlayan kanunilik ilkesinden ayrılarak suç yaratma yetkisinin, niteliği itibariyle daha az güvence taşıyan idareye devredilmesi hukuk devletine aykırılık teşkil etmektedir. Kişilere daha fazla hukuki güvenlik sağlama imkânı olan bir hukuk devletinin, suçla mücadele, yasama organının yavaş çalışması gibi gerekçelerle bu güvenceden sapması mümkün olmamalıdır. İdareye suç düzenleme yetkisinin devrini engelleyen diğer bir hüküm ise AY değişikliğinden önce 91.madde, anayasa değişikliğinden sonra ise 104.madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yürürlükte olduğu dönemde 91.madde, suç ve ceza oluşturma imkânını kanun hükmünde kararnamelere tanımamıştı. Bu nedenle doktrinde, KHK ile suç ve ceza düzenlenemiyorsa daha alt hiyerarşide yer alan hukuki metinlerle suç ve ceza düzenlenemeyeceği ileri sürülmekteydi.⁸¹³ Aynı gerekçe, cumhurbaşkanı

⁸¹¹ Dönmezer/Erman, s.200; İçel/Donay, s.116; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.75; Centel/Zafer/Çakmut, s.64; Baytaz, s.96. Bir görüşe göre idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamayacağı hükmü kanuniliğin doğal bir sonucu olduğundan ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. İlgili görüş için bkz: Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.117.

⁸¹² Özbudun, s.123; Gözler, s.207; İçel/Donay, s. 75.

⁸¹³ İçel/Donay, s.114; Turinay, s.119; Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.159; Centel/Zafer/Çakmut, s.64; Kangal, s.98; Baytaz, s.111; Sade, s.12.

kararnameleri hukuk sistemimize girdikten sonra da savunulmaya devam edilmektedir.⁸¹⁴ Yürütme organına en geniş yetkileri tanıyan cumhurbaşkanı kararnamelerine bile suç ve ceza ihdas etme imkânı tanınmadığından, muhtevasında daha sınırlı yetkiler barındıran idari işlemlerle suç ve ceza düzenlenemeyeceği ileri sürülmüştür.⁸¹⁵ Buna rağmen kanunun çizdiği çerçeve içerisinde idarenin suça ilişkin hükümler düzenleyebileceği ve bunun suç yaratmak anlamı taşımayacağı için kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı iddia edilmiştir.⁸¹⁶ Bu görüşü savunanlara göre, cezalandırılması gereken bütün fiillerin kanunda gösterilmesi ve ceza hukukunda meydana gelen değişimlerin kanun koyucu tarafından takip edilmesi mümkün değildir.⁸¹⁷ Bununla birlikte aynı görüşe göre Anayasanın 91.maddesi sadece KHK'ya özgü bir hüküm olduğundan daha geniş kapsamlı olan idarenin düzenleyici işlemlerini kapsamamaktadır.⁸¹⁸ Bu nedenle doktrinde beyaz hüküm, açık veya kör ceza normu, çerçeve kanun olarak nitelendirilen ve suçu belirleme yetkisinin yürütme organına bırakıldığı normlara başvurulması gerektiği savunulmaktadır.⁸¹⁹ Bu tür normlarla sınırları yeterince açık belirlenmiş olan bir yetkinin idareye verilmiş olacağı ifade edilmiştir.⁸²⁰ Böylece hem tali nitelikte olan idarenin yetkisine kanuni bir dayanak sağlanmış olacak hem de kanunilik ilkesi ihlal edilmeden suçla mücadelede hızlı ve etkili bir politika izlenebilecektir. Görüldüğü üzere, yürütme organının ceza ihdas etmesi yasal olarak mümkün olmadığından, yetki devri yoluyla suç bakımından bu engel aşılmaya çalışılmaktadır. Ancak idarenin suç ihdas edebilmesi için yetki devri argümanının ileri sürmesi kanunilik ilkesinin dolanılması anlamına gelmektedir.⁸²¹ Buna gerekçe olarak ise pratik faydalar gösterilmesi anlaşılabilir değildir. Eğer gelişmeler takip edilemiyor ve suçla etkin mücadele yapılamıyorsa yasama organının hızlandırılmasına ve işlevselleştirilmesine yönelik

⁸¹⁴ Hakeri, s.26.

⁸¹⁵ Artuk/Gökçen/Çakır/Alşahin, s.159; Hafızoğulları/Özen, s.20.

⁸¹⁶ Öztekin Tosun, "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", **İÜHFİM**, C: 28, S: 2, 1962, s.354.

⁸¹⁷ Tosun, s.351; Hallevy, s.38.

⁸¹⁸ Baytaz, s.95.

⁸¹⁹ Evren, s.978. Doktrinde beyaz normların özel hukuktaki beyaza veya açığa imza kurumuyla benzerlik gösterdiği belirtilmiştir. Kanun koyucu cezayı belirlemekle imzasını atmış olmakta, suçu belirleyerek üstünü doldurma işi ise idareye bırakılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tosun, s.362.

⁸²⁰ Hallevy, s.38-39.

⁸²¹ Özgenç, s.120.

çözümler bulmak gerekir.⁸²² Tüm hakların temelini oluşturan kanunilik ilkesinin, esneklik ve yarar için harcanamayacağı açıktır.⁸²³ Ayrıca esneklik ve yarar uğruna kişilerin, haklarının ihlal edilmesi riskinin arttığı bir durum içine sokulması da doğru değildir. Bu nedenle doktrinde idareye yetki verilmesi halinde suç ve ceza yaratabileceği şeklindeki “elastik” veya “esnek” olarak nitelendirilebilecek kanunilik anlayışını benimsemek olanaksızdır. Böyle bir anlayışın kabul edilmemesi, hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanmasını öngören AY 13.maddesi ile de uyumlu olacaktır. Bununla birlikte içerik olarak kanuna tahsis edilmiş bir konuda düzenleme yetkisinin başka bir organa devri yasama yetkisinin devredilmiş olduğunu göstermektedir.⁸²⁴ AY’nın 6.maddesi gereği devlet yetkisi olarak değerlendirilebilecek cezalandırma yetkisinin açık bir anayasal dayanak olmadan idareye devredilmesi mümkün değildir.⁸²⁵ Dolayısıyla idarenin suç ihdas edebilmesi için yasal değil anayasal bir dayanak bulunması gerekmektedir. Ayrıca kanun hükmünde kabul edilen kanun hükmünde kararnamelere dahi bu yetkinin tanınmamasına rağmen daha alt hiyerarşide bulunan düzenlemelerle suç ihdas edilebileceğinin savunulması, anayasa sistemimizle tezatlık oluşturmaktadır. Anayasa’da yasak olan herşeyin belirtilmesi mümkün olmadığı için, en üst hiyerarşide olanlara belli alanların yasaklanması suretiyle daha alt hiyerarşide yer alan düzenlemelere de bu alanın yasaklanmış olduğu belirtilmiş olmaktadır. Bu nedenle aynı sonuca CB kararnameleri bakımından da ulaşmak mümkündür. Anayasa’nın 104.maddesi göz önüne alındığında CB kararnamelerinin açıkça kanundan daha alt bir hiyerarşide bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu tip

⁸²² Dönmezer/ Erman da toplumun savunmasının her şeyden önce egemenliği temsil eden kanun koyucuya ait olduğuna ve mevzuatın boşluklarını doldurmanın kanun koyucunun müdahalesi ile kolaylıkla mümkün olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dönmezer/Erman, s.32.vd.

⁸²³ Cadoppi, Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective, s.79.

⁸²⁴ Dönmezer/Erman, s.194; Artuk/Gökçen/Çakır/Yenidünya, s.158; Kangal, s.102; Can, s.110; Özbudun, s.209. Özbudun’a göre yasamanın devredilmezliği ilkesinin ihlali iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilki kanun adı taşımayan veya kanuna eş değer olmayan düzenlemelerle kanunun değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılmasıdır. İkincisi ise bir düzenleyici işlemin hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli ve ilk elden düzenleme yapmasıdır. Bu kapsamda kanaatimizce idarenin suç ihdas etmesi iki duruma da sokulabilmektedir. İdare suç ihdas etmekle kanunda değişiklik yapmaktadır. Zira yapılan suç tanımı ile birlikte kanun hükmü tamamlanmaktadır. Bununla birlikte yapılacak suç tanımı bir kanuna dayanmamakta, idarece kendi ihtiyaçlarını göz önüne alarak oluşturulmaktadır. Her ne kadar cezanın kanunla belirlenmiş olduğu ileri sürülebilirse de, suçla ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Aksine suçu belirleme yetkisi doğrudan idareye bırakılmıştır. Bu nedenle idareye suç ihdas etme yetkisinin devredilmesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali anlamına geldiği kanaatindeyiz.

⁸²⁵ Dönmezer/Erman, s.194.

kararnamelerle suç ve ceza içeren düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Aksi takdirde hem AY 13.maddesine hem de 104. maddesine aykırılık söz konusu olacaktır. Bununla birlikte idareye suç ihdas etme yetkisinin verilmesi, kanaatimizce kanun yapma tekniği açısından da sakınca taşımaktadır. Suç ve ceza birbiriyle uyumlu olması ve birbirini tamamlaması gereken iki olgudur. Bunların parçalanarak farklı ellere dağıtılması suç ve ceza arasında orantısızlık ve uyumsuzluk çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Gerçekten de göz önünde tuttukları amaçları, değerleri ve usulleri farklı olan yasama ve yürütme organının bir normu nasıl beraber tamamlayacağı şüpheyile karşılanmalıdır.

Suç ve cezalar kanuna, kanun ise yasama organına ait düzenlemelerdir. Yasama organı halk adına seçilmiş bir organ olarak demokratik yollarla kanunu oluşturmakta, bir bakıma kanunlara halkın iradesini yansıtmaktadır. Yürütme organı ise anayasa ve kanuna bağlı olarak, idareye özgü ihtiyaçlar çerçevesinde görevlerini icra etmektedir. Bu sebeple kanunla yetki verilmesi halinde idarenin suç ihdas edebileceği düşüncesi, idarenin kanuniliği ilkesine uyumlu olsa bile demokratik ve kanuni ilkelere uygun değildir. Üstelik idarenin kanuniliği ilkesindeki kanunilik anlayışıyla, suçta ve cezada kanunilik anlayışının tamamen örtüşmesi mümkün olmadığı gibi aralarında bireyin sahip olduğu özgürlüklerin korunması açısından ciddi bir kapsam farkı mevcuttur.⁸²⁶ Kanunilik ilkesi, muhtevasında dolaylı olarak idarenin kanuniliği prensibini de bulundurmakta ve tüm organların keyfiliğine karşı kapsamlı sonuçlar doğurmaktadır. Hatta bu nedenle tüm erklerin bir sınırı olduğunun en güzel ifadelerinden birinin kanunilik ilkesi olduğu belirtilmektedir.⁸²⁷ Ancak idarenin kanuniliği, idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması ile sınırlı kalmaktadır. Bununla birlikte ceza kanunları temel hak ve özgürlüklere en fazla müdahale eden alanlardan biri olması sebebiyle hazırlanma sürecinde idari işlemler için takip edilen usulden tamamıyla ayrı ve teminatlı bir sisteme ihtiyaç duymaktadır.⁸²⁸ Bu ihtiyacı ise yasama organının belli usullerle tabi olarak, çıkardığı kanunlar sağlayabilecek niteliktedir. Ancak idareye düzenleyici

⁸²⁶ Turinay, s.231.

⁸²⁷ Jaclyn L. Neo, "All Power Has Legal Limits: The Principle of Legality as a Constitutional Principle of Judicial Review", **Singapore Academy of Law Journal**, S:29, 2017, s.667.

⁸²⁸ Erem, s.50.

işlemler ile suçları düzenleme ve kanunda sayılan suçlara benzer eylemleri cezalandırma yetkisi verilirse bu güvence sistemi yok edilecek ve yaptırım gerektiren suçların kamuoyu önünde tartışılması engellenecektir.⁸²⁹ Böyle bir teminatın kaldırılması temel hakların ancak kanunla sınırlanmasını öngören Anayasa'nın 13.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Kanuna kıyasla daha kolay ve hızlı değişikliklere tabi tutulabilen idarenin düzenleyici işlemleri, temel hak ve özgürlükleri öngörülemez bir biçimde sınırlayabilecektir. İdarenin suç ve ceza içeren hükümlerde sık bir şekilde yapabileceği değişimler, kişiler bakımından takip edilmesi zor ve öngörülebilir olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Bu bakımdan yürütmenin hızlı karar alabilmesine ilişkin avantaj, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğu zaman dezavantaja dönüşmektedir. Her ne kadar idarenin işlemlerinin de resmi gazete veya resmi kanallarla ilan edilebileceği ve sakıncanın giderilebileceği ileri sürülse de bu kanunilik ilkesi bakımından yeterli görülemez.⁸³⁰ Kanunilik ilkesi, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik niteliklerini sağlayan düzenlemelerle amacını gerçekleştirebilmektedir. Nitekim daha önce de incelendiği üzere AİHM'nin içtihatları da bunu gerektirmektedir. Ancak idarenin yapacağı düzenlemeler, kanunun sağlayacağı öngörülebilirlik seviyesini sağlama konusunda şüpheyile karşılanması gereken belgelerdir. Bu nedenle kanunilik prensibini başlıca tehlike kaynağı olan yürütme kuvvetine karşı koruyacak zırh, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratamaması olmalıdır.

⁸²⁹ İçel/Donay, s.113; Bulut, s.246.

⁸³⁰ İçel/Donay, s.115.

SONUÇ

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kanunilik İlkesi” adlı bu çalışmada, kanunilik ilkesinin bir güvence mekanizmasından temel bir değer haline gelmesine dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak kanunilik ilkesinin düşünsel olarak ne bağlamda ortaya çıktığı ve hukuka nasıl yansıtıldığı incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken hukuki kökene ilişkin farklı görüşlere de yer verilerek ilkenin başlangıç noktası tespit edilmeye çalışılmıştır. Tespit aşamasında ise ilkenin güvence teşkil edecek bir aşamaya gelmiş olup olmaması dikkate alınmıştır. Çalışmada detaylı olarak ortaya konulan düşünsel ve hukuki gelişim sürecinin yanı sıra, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihsel geçmişi, mukayeseli hukukta ve uluslararası sözleşmelerdeki düzenlenişi çalışmanın birinci bölümünde ayrıntı olarak ele alınmıştır. Özellikle tarihsel süreç içerisinde kanunilik ilkesine aykırı birçok düzenlemenin yapıldığı ve güvence teşkil etmesi gereken ilkenin kendisinin de güvenceye ihtiyaç duyduğu ve duyacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanunilik ilkesine bu güvenceyi sağlayabilecek olan insan hakları üzerinde durulmuş ve bu iki kurumun gelişim çizgisi birbirine paralel şekilde aktarılmaya çalışılmıştır.

Kanunilik ilkesinin temel bir insan hakkına dönüşümünün düşünsel, hukuki ve tarihsel olarak kaleme alınmasından sonra, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anlamı ve taşıdığı önem ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ilk olarak kanunilik ilkesinin, hakların, bağımsızlıkların, özgürlüklerin, prensiplerin ve değerlerin keyfi değişim ve dönüşümüne karşı güvence teşkil etmesi nedeniyle hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, adalet, istikrar gibi değerler bakımından önemi vurgulanmıştır. Ayrıca söz konusu ilkenin maddi ceza hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar belirlenerek meşru bir cezalandırmanın temelini kanunilik ilkesi sayesinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. İkinci olarak ele alınan ancak konu bakımından en çok önem arz eden kısımda ise kanunilik ilkesinin neden bir insan hakkı olarak ele alınması gerektiği üzerinde durulmuş ve ilkenin insan hakkı yönünü daha görünür kılabilecek değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda kanunilik ilkesinin diğer hakların işlevselliğini sağlayan salt bir güvence mekanizması olarak değerlendirilmemesi aynı zamanda irade özgürlüğünü koruyan bir anlama sahip olduğu aktarılmıştır. Özellikle ceza hukuku söz konusu olduğu zaman insan

iradesinin daha ön plana çıktığı ve cezalandırılabilirliğin, kişinin irade özgürlüğü doğrultusunda verdiği kararlar ve icra ettiği eylemlerin varlığı halinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

İlkenin anlamı ve öneminin açıklanmasından sonra kanunun tekerciliği, geriye yürüme yasağı, belirlilik ilkesi (lex certa), kıyas yasağı şeklindeki tamamlayıcı ilkeler, ikinci bölümde detaylı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak suç ve ceza içeren hükümlerin kanunlarla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş ve kanuna verilebilecek çeşitli anlamlar arasından şekli kanun anlayışının kabul edilmesi gerektiği belirlenmiştir. Buna gerekçe olarak ise kanunilik ilkesinin ancak şekli bir kanun anlayışı çerçevesinde güvence fonksiyonu görebilmesi gösterilmiştir. Bununla birlikte kanunların tek başına güvence sağlayamayacağı belirtilmiş ve tarih boyunca benimsediği rejimi ve düşüncüyü benimsetmek için kanunları zorbalık aracı olarak kullanan devletlerin varlığına dikkat çekilmiştir. Bu nedenle devletlerin kanunları silah olarak kullanmasının önüne geçilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bu gerekliliğin ise kanunilik ilkesinin ancak bir insan hakkı olarak kabul edilmesi halinde söz konusu olabileceği ve bu sayede kanunlara içerik bakımından bir sınırlama getirilebileceği belirlenmiştir. Böyle bir sınırlama öngörülmediği takdirde şekli sınırlamalara uygun ancak içerik yönünden ilkenin taşıdığı amaca aykırı kanunlar yapılabilecektir. Bu nedenle ilkeye ait olan insan hakkı kimliğinin, kanun koyucuya insan haklarına aykırı kanun yapamaması görevi de yüklediği açıkça ifade edilmiştir. Kanunun tekerciliği ilkesinin tek başına yeterli koruma sağlayamayacağı da belirtildiğinden, cezalandırma yetkisine zamansal olarak sınırlama getiren geçmişe uygulama yasağı üzerinde durulmuştur. Koruma ve güvence işlevinin söz konusu olabilmesi için kanunlarla düzenlenen suç ve cezaların geriye yürümemesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu şekilde suç ve cezaların kanunda tanımlanmasının anlam ifade edebileceği ve kişilerin kanunlara doğru bir zamanda erişebileceği vurgulanmıştır. Bunun yanında suç ve ceza içermeyen kurallar bakımından da geriye yürüme yasağının uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu hususta AİHM'nin yaptığı gibi etiketten değil kurumun niteliği ve doğurduğu sonuçlardan hareket edilmesi gerektiği belirlenmiştir. Özellikle terör ve güvenlik kaygısı gibi nedenlerle hukukun araçsallaştırıldığı devletlerde, suç ve ceza niteliğine sahip olan hükümlerin muhakeme, infaz, güvenlik tedbiri, idari yaptırımlar altında

gizlenebilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Geriye uygulama yasağına ilişkin olarak vurgulanmaya çalışılan en önemli hususlardan biri ise mahkeme kararlarına ilişkindir. Türk hukukunda kararların geçmişe dönük bir etki yaratmasına özelliklik taşıyan AYM iptal kararları ve Yargıtay İBK kararları bakımından değinilmektedir. Ancak bunun dışındaki yargı kararlarının da aynı nitelikte bir etki doğurabileceği gözden kaçırılmaktadır. Özellikle Yargıtay'ın tüm içtihatlarının ilk derece mahkemeleri tarafından takip edilmesine ilişkin yerleşik uygulamanın, sanıklar bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda yeni içtihadın mevcut olaya değil sonraki olaylara uygulanabileceği yahut sanığın hata hükümlerinden yararlandırılabilirliği ifade edilmiştir.

Geçmişe uygulama yasağına ilişkin teorik ve uygulamaya ilişkin bilgiler aktarıldıktan sonra suç ve ceza içeren kuralların belirli olmasına ilişkin kural ele alınmıştır. Özgür iradeye dayalı bir cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için kişilerin suç oluşturan fiillere ilişkin hükümleri anlayabilmesi gerekmektedir. Bunun ise ancak yeterince belirli ve açık olan hükümler sayesinde mümkün olacağı belirtilmiştir. Ancak bu noktada kapsayıcılık ve dinamiklik gibi sebeplerle hükümlerin genel olarak ele alınması gerektiği ve bu durumun hükme belirsizlik yükleyebileceğine dikkat çekilmiştir. Bu nedenle suç ve ceza içeren kurallar bakımından mutlak bir açıklık aranmaması gerektiği, kişilerin cezalandırma riskini öngörebilmesinin yeterli olduğu sonucu paylaşılmıştır. Ayrıca belirlilik ilkesine ilişkin olarak doktrinde sakıncalı bulunan hüküm ve uygulamalardan bahsedilmiş ve kanun koyucunun bazı hükümleri tekrar düzenlemesi gerekliliğinden bahsedilmiştir. Son olarak ise belirlilik ile yorum faaliyeti arasında ilişki açıklanarak yorumun her hukuk kuralı için zorunluluk arz ettiğine değinilmiştir.

Hukuk kuralları bakımından zorunluluk arz eden yorum faaliyeti ise bir sonraki başlıkta kıyas yasağı ile birlikte ele alınmıştır. Bunun başlıca sebebi ceza hukukunda kanunilik ilkesinden kaynaklı olarak yorum faaliyetinin bazı sınırlandırmalara tabi tutulmaya çalışılmasıdır. İkinci olarak ise kıyasın, yorum faaliyeti anlaşılmadan aktarılmasının doğru olmamasıdır. Bu kapsamda ilk olarak ceza hukukunda yorumun gerekliliği üzerinde durulmuş ve hukuk kuralının olduğu her yerde yorumun ve yorumcunun var olması gerektiğine işaret edilmiştir. Daha sonrasında, yorum

türünün hukukun diğer alanlarından farklı bir hususiyet gösterip göstermediği meselesine değinilmiştir. Günümüzde gelinen nokta itibariyle, dar yorum ve şüphe lehine yorumun benimsenemeyeceği ve ceza hukukunda yorumun diğer hukuk alanlarından farklılık arz etmediği belirtilmiştir. Bu nedenle tüm alanlarda geçerli olan yorum yöntem ve araçları hakkında genel bir bilgi verilerek okuyucuyu ceza hukukunda yorum konusunda daha kapsamlı bilgilendirmek amaçlanmıştır. Başlığın son bölümünde ise kanunilik ilkesini tamamlayan ve yargı bakımından her zaman tartışmalar yaşanmasına sebep olan kıyas yasağına değinilmiştir. Öncelikle yorum faaliyeti ile kıyas arasındaki fark ortaya konulmuş sonrasında doktrinde kıyas yasağına ilişkin olarak yapılan temel tartışmalar aktarılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise kanun dışındaki kaynaklarla suç ve ceza yaratılması meselesi irdelenmiştir. Esasında bu konu kanunun tekelciliği içerisinde değerlendirilebilecek doğal bir sonuçken uygulamada arz ettiği önem nedeniyle bağımsız bir başlık altında incelenmiştir. İlk olarak örf ve adet in suç ve ceza yaratma konusunda işlev görmesinin mümkün olmadığı ancak hükümlerin fiilen uygulanmasında ve yorumlanmasında önemli işlevler görebileceği belirtilmiştir. Daha sonrasında ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratması meselesi incelenmiştir. Türk doktrini bakımından belki de en tartışmalı konulardan birini oluşturan idarenin düzenleyici işlemleri suç ve ceza yaratması gittikçe yaygınlık kazanan ve kanunilik ilkesini zayıflatan bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili kısımda bu uygulamanın gerekçeleri ve doğurduğu sonuçlar itibariyle hukuka aykırı olarak kabul edilmesi için anayasal ve yasal dayanaklar aktarılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda TCK 2.maddesi ile AY 38.maddesine ve cumhurbaşkanı kararnamelerini düzenleyen 104.maddesine atıf yapılmıştır. Bununla birlikte idarenin işlemleri ile kanun arasında öngörülebilirlik ulaşılabilirlik gibi konularda karşılaştırma yapılarak idarenin kişileri daha güvencesiz bir konuma soktuğu ifade edilmiştir. Bunun sonucunda daha fazla güvence tanıma imkânı bulunurken daha azıyla yetinen bir devletin, hukuk devleti olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

İkinci bölümde ele alınan ilke ve yasaklar, Türk hukukundaki uygulamaları ve tartışmalı yönleri ile ele alınmaya çalışılmıştır. Ayrıca ilkenin insan hakkı yönüne dikkat çekmek amacı taşıyan bu çalışmada AİHM'nin ilkeyi nasıl anladığı ve

uyguladığı üzerinde de detaylı bir şekilde durulmuştur. Bu kapsamda AİHS’7.maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin ancak suç ve ceza içerdiği kabul edilen düzenlemelerde uygulama alanı bulabileceği, AİHM’ nin ise suç ve ceza kavramlarını iç hukuktan bağımsız olarak yorumladığı ve böylece etiket hilesinden kaçınıldığı ifade edilmiştir. Konuya ilişkin önemli kararlardan da örnekler verilerek özellikle zaman içinde yaşanan içtihat değişikliklerinin söz konusu olduğu konular aktarılmıştır. Böylece ilkenin bir insan hakkı olarak nasıl bir uygulamaya sahip olabileceği gösterilmek istenmiş ve farklı bir bakış açısı sunulmaya çalışılmıştır.

Bilindiği üzere, dünya genelinde yaygınlaşan şiddet eylemleri nedeniyle güvenlik ihtiyacı yükselişe geçmiştir. Suçluların artması, terörün yaygınlaşması karşısında devletler, yeni bir ceza veya daha geniş anlamda farklı bir kamu hukuku anlayışı benimseme yoluna gitmiştir. Aralarında Amerika, Almanya ve Türkiye’nin de bulunduğu birçok ülkede klasik ceza hukukundan güvenlik hukukuna doğru bir kaymanın varlığı tartışılmaktadır. İnsan odağının güvenlik ihtiyacına kaydığı bu hukuk sistemlerinde, ceza hukukunun alanı genişletilmekte, somut ve soyut tehlike suçları artırılmakta, cezalar ağırlaştırılmakta, hukuk devleti ilkelerinin esnekliğe tabi tutulması tartışılmakta, analogi yasağı ve hukuki argümantasyon sınırlarından vazgeçme gündeme gelmekte, cezalandırılabilirlik ön plana çekilerek hazırlık hareketleri cezalandırılmakta ve ceza hukukunun önleme amacının ön plana çıkarılması ile son çare olan ceza hukukunun ilk çareler arasında yer alması söz konusu olmaktadır. Bu gelişmeler neticesinde taviz verilmeye çalışılan ve esnek bir uygulamanın benimsenmeye çalışıldığı temel ilkelerden biri de kanunilik ilkesidir. Daha öncede görüldüğü üzere maddi kanunilik anlayışı ileri sürülmekte, kıyasın yasaklanmaması gerektiği savunulmakta ve idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratması yasallaştırılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte Amerika’da olduğu gibi kanunilik ilkesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak ikiye ayrılarak bölünmek istemektedir. İlkeden verilecek tüm bu tavizlere ise suçla mücadele kaynak gösterilmektedir. Bu durum, Günter Jacobs tarafından 1980’li yıllarda kişileri vatandaş ve düşman olarak ikiye ayırarak farklı muamelelere tabi tutulmasına imkân veren ve özgürlükleri güvenliğe kurban eden düşman ceza hukuku konseptinin tekrar gündeme gelmesine sebep olmaktadır. En genel anlamıyla düşman ceza hukuku, düşman ve vatandaş olarak iki ayrım üzerine kurulu olan ve bu ayrım kapsamında

vatandaşa hata yapan bir birey olarak davranılırken düşmana fiziksel olarak dışlanması gereken bir tehlike kaynağı olarak bakılan bir hukuk sistemidir. Bunun sonucunda ise düşman ile kurulacak ilişki hukuk vasıtasıyla değil ancak zor ile belirlenmektedir. Dolayısıyla düşman ceza hukuku konseptinde düşmana olan bakış açısı, “daha az yurttaş ve daha ziyade düşman olarak ölmeye terkedilme” olarak yorumlanabilir.

Günümüzde gelinen nokta itibariyle insan hakları, devletçe düşman olarak öngörülen kişilerin hukuk dışında bırakılmasını açıkça yasaklamaktadır. Bu nedenle insan hakları, suçla ve özellikle terörle mücadele de bir araç olmaktan ziyade bir engel olarak değerlendirilmektedir. Devletler bu duruma hukuku araçsallaştırarak ve hukukun şiddetine başvurarak çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu durum, Walter Benjamin’in “Şiddetin Eleştirisi Üzerine” isimli çalışmada ele alınarak eleştirilen, hukukunun kendini korumak için şiddet tekilini bireylerden alarak kendi elinde toplaması saikini doğrulamış gözükmektedir.⁸³¹ Bu nedenle ceza hukukunun "tehlikeli kişiyi" kontrol etmek için bir araç olarak faydacı bir şekilde kullanmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. İşte bu noktada bir insan hakkı olarak kanunilik ilkesinin önemli bir araç olduğu belirtilmelidir. Kanunilik ilkesi, yasama ve yargı organına getirdiği önemli sınırlamalarla kuvvetler ayrılığı, demokrasi, hukuk devleti ve en önemlisi irade özgürlüğünü korumaktadır. Dikkat edilirse ilke ve ilkeyi tamamlayan kurallar genel olarak kişinin suç ve ceza içeren kuralları önceden açık bir şekilde bilebilmesine ve böylece cezalandırılabilirlik riskini öngörebilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin irade özgürlüğünü koruyarak diğer haklarında güvencesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Aksi takdirde Beccaria’nın da ifade ettiği gibi bilgisizlik ve belirsizlik karanlık içindeki vatandaşı zorbalığa kurban edecektir.⁸³² Ancak güvence teşkil etmesi gereken kanunilik ilkesinin de güvencesinin sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde ilke, devlet tarafından her zaman gölgede bırakılabilecektir ki tarih bu duruma ilişkin yaşanmışlıklarla doludur. Dolayısıyla söz konusu ilkenin işlevselliğini sağlayan ve koruyan önemli bir desteğe ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir desteği en iyi sağlayabilecek olan ise insan hakları

⁸³¹Walter Benjamin, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, *Şiddet Üzerine*, Ed: Aykut Çelebi, İstanbul, Metis Yayınları, 2010, s.23 vd.

⁸³² Beccaria, s.66.

kavramıdır. Her ne kadar insan haklarının sık sık ihlal edildiğini de görsek, devletler üzerinde en caydırıcı güce sahip olan değer insan haklarıdır. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin ceza hukukuna ait bir ilke iken anayasalarda ele alınmaya başlaması, sonrasında ise insan hakları içinde düzenlenmesi, ilkenin korunması noktasında aşamalı bir gelişmeyi gözler önüne sermektedir. Buna rağmen Türk hukuk uygulamasında, kanunilik ilkesinin insan hakkı kimliğine vurgu yapılmamaktadır. AYM ve Yargıtay kararlarında ilke, suç ve cezaların kanunla ve açık bir şekilde düzenlenmesi ve geriye yürütülmemesi ile sınırlı bir anlam ifade etmektedir. Bu durum ise güvenlik anlayışının yükselişe geçmiş olduğu ülkemizde, kanunilik ilkesinden taviz verilebilmesinin önünü açmaktadır. Nitekim Türkiye'nin en önemli ihlal kararları, terörle mücadele adına öngördüğü kapsamı belirsiz hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu yüksek lisans çalışmasında, ilkenin farklı bir yönüne işaret etmek ve ceza hukukunda meydana gelen esnekleştirme çabalarına karşı kanunilik ilkesini güçlendirmek amaçlanmıştır. Ünlü Alman hukukçu Albert Friedrich Berner'in de belirttiği gibi sadece despotizm, kanunilik ilkesini kaldırmak isterdi.⁸³³

⁸³³ Albert Friedrich Berner, **Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts**, Leipzig: B. Tauchnitz, 18. Baskı, 1898, s. 251.

KAYNAKÇA

Akbulut İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar Ve Cezalar”, **AÜHFD**, C:52, S:1, 2003, s.167-181

Akgündüz Said Nuri, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, **AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C:4, S:8, 2016, s.1-16

Aksoy Retornaz Eylem, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, S:112, 2014, s. 93-106

Akılmaz Bahtiyar /Sezginer Murat /Kaya Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019

Alacakaptan Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1958

Allen Francis A., Habits of Legality: Criminal Justice and the Rule of the Law, New York, Oxford University Press, 1996

Allen Steven W., “Toward a Unified Theory of Retroactivity”, **New York Law School Law Review**, C:54, S:10, 2009, s.105-144

Anagnost Hon. George T., “Once Upon a Time”, **Arizona Attorney**, C: 51, S:10, 2015, s.44-50

Andre Mercier, “İnsan Haklarının Temelleri”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.25-37

Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Cilt 1, 24. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019

Artuk Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, **GÜHFD**, C:12, S:1-2, 2008, s.461-492

Artuk Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet / Çakır Kerim/ Alşahin Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019

Ashwort Andrew J., “United Kingdom”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.420-444

Avcı Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018

Aygün Eşitli Ezgi, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, S:104, 2013, s.225-246

Aytekin İnceoğlu Asuman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, C:19, S:2, 2013, s.1127-1155

Baytaç Abdullah Batuhan, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015

Beccaria Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi Yayınları, 2016

Becker Hilka /Brophy Grainne /Dewhurst Elaine /Fergus Andrew /Kealey Michael /Massa Eva /Moriarty Brid /Mullan Grainne /Power Conor /Robinson Dara /Sheikh Asim A. /Stanley John, “Due Process and The Right to A Fair Trial”, **Human Rights Law**, Ed: Brid Moriarty/Eva Massa, 4. Baskı, UK, **Oxford University Press**, 2012, s.260-280

Beddard Ralph, **Human Rights and Europe**, Cambridge University Press, 3. Baskı, 1995

Benjamin Walter, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, **Şiddet Üzerine**, Ed: Aykut Çelebi, İstanbul, Metis Yayınları, 2010, s.19-42

Bentham Jeremy, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000

Bentham Jeremy, **The Works of Jeremy Bentham Vol.5 (Scotch Reform, Real Property, Codification Petition) [1843]**, Ed: John Bowring, Online Library of Liberty, Liberty Fund

Berner Albert Friedrich, **Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts**, Leipzig: B. Tauchnitz, 18. Baskı, 1898

Bleichrodt Edwin, “No Punishment Without Law”, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Ed: Pieter Van Dijk/ Fried Van Hoof/ Arjen Van Rijn/ Leo Zwaak, 5. Baskı, UK, Intersentia, 2018, s.655-666

Bodin Jean, **Six Books Of the Commonwealth**, Ed: M. J. Tooley, Oxford, Basil Blackwell, 1955

Booms Tom /Kroon Carrie Van Der, “Inconsistent Deliberations or Deliberate Inconsistencies? The Consistency of the ECtHR’s Assessment of Convictions based on International Norms”, **Utrecht Law Review**, S:3, C:7, 2011, s.156-179

Bostancı Gülşah, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, 2007

Brunnee Jutta/ Toope Stephen J., "International Law and the Practice of Legality: Stability and Change", **Victoria University of Wellington Law Review**, C:49, S: 4, 2018, s.429-446

Bulut Metin, "Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S:12, 2018, s.227-277

Burtsev Andrey S./ Genzyuk Ehduard E. /Lukyanchikova Elena F. /Mironuk Ivan V./ Prokhorova Marina L., "Legal Certainty of Legality Principle in the Legislation of the Continental and Anglo-American System", **The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication (TOJDAC)**, 2018, s.231-234

Cadoppi Alberto, "Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law," **University of Baltimore Journal of International Law**, S:2, C:3, 2015, s.1-30

Cadoppi Alberto, "Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective", **The Juridical Review**, Part 2, 1998, s.73-88

Can Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 4, S:1-2, 2005, s.89-125

Candan Rabia Beyza, "1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi", **AndHD (Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi)**, C:1, S:1, 2015, s.63-81

Centel Nur /Zafer Hamide /Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017

Chen Bruce, "The French Court and the Principle of Legality", **University of New South Wales Law Journal**, C:41, S:2, 2018, s.401-448

Cho Kuk, "Nullum Crimen, Nullo Poena Sine Lege in Korean Criminal Law", **Journal Of Korean Law**, C:6, S:1, 2006, s.147-162

Christoper Michaelson, "Strasburg'tan Sevgilerle'- Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Önleyici Tutukluluk", Çev: Serkan Oğuz, **CHD**, Yıl:12, C: 33, 2017, s.181-199

Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 21.Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2019

Crisan Iulia, "The Principles of Legality "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege" and Their Role", **Effectius Newsletter**, S: 5, 2010, s.1-3

Çetin Soner Hamza, "Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı", **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed: Yener Ünver, C:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.235-276

Demir Bayram, “İslam Ceza Hukukunda Cezaların Geçmişe Yürürlüğü”, **Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S: 5, 2015, s.63-98

Demir Bayram, **İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, İstanbul, Hiperlink Yayıncılık, 2018

Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019

Demirbaş Timur, **İnfaz Hukuku**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017

Dinler Veysel, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2013

Doecke Alison, “The Principle of Legality as Protection for Human Rights”, **Alternative Law Journal**, C:39, S:4, 2014, s.249-253

Doğru Osman, Sanık Öğüten Çarklar: İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi, İstanbul, TESEV Yayınları, 2012

Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C:1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016

Dubber Markus D., “Comparative Criminal Law”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed: Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, 2006, s.1287-1325

Dubber Markus D., “The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History”, **SSRN Electronic Journal**, 2010, s.1-18

Dubber Markus D., “The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought”, **Law and History Review**, C:16, S:1, 1998, s.113-146

Dursun Hasan, “Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, **TAAD**, S:33, C:9, 2018, s.463-506

Dursun Hasan, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihi”, **CHD**, Yıl:12, S:33, 2017, s.115-149

Dursun Hasan, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015

Dutertre Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007

Erdoğan Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, Orion Yayınları, 2015

Erem Faruk /Artuk Mehmet Emin /Danışman Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997

Erem Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C:1, 9.Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971

Erman Sahir, “İspanyol ve İtalyan Ceza Kanunlarında Yenileştirme”, **İÜHFM**, C:45, S:1-4, 1981, s.841-853

Evren Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, **İÜHFM**, C:70, S: 1-2, 2011, s.967-1001

Farmer Lindsay, “Punishment in Rule of Law”, https://www.academia.edu/37247629/Punishment_in_the_Rule_of_Law1, Erişim Tarihi:25.10.2019- 16:30, s.1-14

Fekete Balazs, “The Unknown Montesquieu”, **Iustum Aequum Salutare**, C: 5, S: 1, 2009, s.151-159

Feuerbach Paul J.A. Ritter Von, “Foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle”, **Journal of International Criminal Justice**, C:5, S:4, 2007, s.1005-1008

Foucalt Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2019

Freeman Michael, **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**, USA, Polity Press, 2002

Frias Ana Salinas De, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Terörle Mücadele ve İnsan Hakları**, Ankara, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayını No:10, 2013

Geiger Rudolf, “The German Border Guard Cases and International Human Rights”, **European Journal of International Law**, C:9, S:3, 1998, s.540-549

Glaser Stefan, “Nullum Crimen Sine Lege”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C:24, S:1, 1942, s.29-37

Goldhaber Michael D., **A People's History of the European Court of Human Rights**, America, Rutgers University Press, 2008

Gökulu Gökhan, “Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi”, **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C: 2, S:5, 2014, s.629-650

Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019

Gözübüyük Şeref /Gölcüklü Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Baskı Ankara, Turhan Kitapevi, 2016

Grabenwater Christoph, **European Convention on Human Rights**, C.H Beck-Hart- Nomos Helbing Lichtenhahn Verlag Publishing, 2014

Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2019

Hafizoğulları Zeki /Aygün Eşitli Ezgi /Küçüktaşdemir Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, **BÜHFD**, C:1, S:1, 2015, s.505-519

Hafizoğulları Zeki, “Hukuku Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, **AÜHF Ellinci Yıl Armağanı**, Cilt: 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s.193-211

Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019

Hall Jerome, “Nulla Poena Sine Lege”, **The Yale Law Journal**, C:47, S:2, 1937, s.165-193

Hall Jerome, **General Principles of Criminal Law**, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1947

Hallevy Gabriel, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, Heidelberg, Springer, 2010

Harris David/ O’Boyle Michael /Bates Ed /Buckley Carla, **Law of The European Convention on Human Rights**, 4. Baskı, America, Oxford University Press, 2018

Harvey W. Burnett, “The Rule of Law in Historical Perspective”, **Michigan Law Review**, C:59, S:4, 1961, s.487-500

Hassamer Winfred /Radtke Henning/Jahn Matthias/Jager Christian, “Akademik Bakış: Modern Hukuk Devletinde Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, **CHD**, Yıl:17, S.6, 2011, s.204-219

Hobbes Thomas, **Leviathan**, Çev: Semih Lim, 6. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2007

Hörnle Tatjana, “P.J.A. von Feuerbach and His Textbook of the Common Penal Law”, **Foundational Text in Modern Criminal Law**, Ed: Markus D. Dubber, UK, Oxford University Press, 2014, s.119-140

İçel Kayıhan /Donay Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1. Kitap, 4. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2005

İlal Ersan, “Magna Carta”, **İÜHFM**, C:34, S:1-4, 1968, s.210-242

Joseph Sarah / Schultz Jenny / Castan Melissa, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary, New York, Oxford Universty Press, 2000

Joshi Sarat C., **Human Rights in Cultural& Religious Perspective**, India, Akansha Publishing House, 2010

Kangal Zeynel, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD**, Yıl:17, S:6, 2011, s.61-106

Katırcıgil Beyza Eskici, Cesare Beccaria’nın Suç ve Ceza Felsefesi, **EÜHFD**, C:12, S: 1, 2017, s.155-179

Katoğlu Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008

Keçelioğlu Elvan, “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, S:11, 2012,s.77-100

Kelsen Hans, “The Rule Against Ex Post Facto Laws And The Prosecution Of The Axis War Criminals”, **The Judge Advocate Journal**, S:8, 1944, s.1-11

Kitai-Sangero Rinat, “The Limits of Preventive Detention”, **McGeorge Law Review**, C:40, 2009, s.903-934

Klöp Andre, **European Criminal Law: An Integrative Approach**, 3. Baskı, UK, Intersentia, 2016

Kolcu Selahattin, “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, C:76, S:8, 2016, s.11-22

Kreß Claus, ‘Nulla Poena, Nullum Crimen Sine Lege’, **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Ed: in Rüdiger Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, 2010, s.1-10

Kuçuradi İoanna, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.73-80

Küçüktaşdemir Özgür, “Aydınlanma ve Ceza”, **TBB Dergisi**, S: 113, 2014, s.57-98

Liszt Franz Von, “The Rationale for the Nullum Crimen Principle”, **Journal of International Criminal Justice**, C:5, S:4, 2007, s.1009-1013

Locke John, **Yönetim Üzerine İki İnceleme Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Deneme**, Çev: Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayınları, 2012

Luo Wei, “China”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.137-178

Lupo Nicola/Piccirilli Giovanni, “European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law”, **Legisprudence**, C:6, S:2, 2012, s.229-242

Machiavelli Niccolo, **Hükümdar**, Çev: Necdet Adabağ, XIX. Basım, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2020

Meagher Dan, “The Modern Approach to Statutory Interpretation and the Principle of Legality: An Issue of Coherence”, **Federal Law Review**, C:46, S:3, 2018, s.397-425

Merkel Grischa, “Incompatible Contrasts? -Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, C: 11, S:9, 2010, s.1046-1066

Merkel Grischa, “Case Note Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, **German Law Journal**, C: 12, S:3, 2011, s.965-977

Metin Sevtap, **Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne**, On İki Levha Yayıncılık, 2018

Mokhtar Aly, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects”, **Statute Law Review**, C:26, S:1, 2005, s.41-55

Monstesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev: Berna Günen, İstanbul, 3. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankaları Kültür Yayınları, 2019

Muhammet Tayyib Kılıç, **İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008

Munday Roderick, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev: Zeynel T. Kangal, **İÜHFM**, C:61, S:1-2, 2003, s.441-464

Murphy Cian C., “The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR”, **European Human Rights Law Review**, S: 2, 2010, s.192-207

Musulin Janko, **Hürriyet Bildirgeleri: Magna Charta'dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine**, Çev: Necmi Zeka, İstanbul, Belge Yayınları, 1983

Neo Jaclyn L., “All Power Has Legal Limits: The Principle of Legality as a Constitutional Principle of Judicial Review”, **Singapore Academy of Law Journal**, S:29, 2017, s.667-689

Oruka H. Odera, “Yasal Terörizm ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016, s.191-207

Osiatynski Wiktor, **Human Rights and Their Limits**, America, Cambridge University Press, 2009

Öcal Göktürk, Aydınlanma Çağında Ceza Hukuku Felsefesi ve Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019

Ökçesiz Hayrettin, “Düşman Ceza Hukuku, Düşman Ceza Hukukuna Eleştirel Bir Yaklaşım” **II, İstanbul Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, 16.Kitap, Ed: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s.29-37

Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992

Öz Esmâ, “Eski Mezopotamya’da Hukuk Kurallarının Oluşum Sürecinde Adalet Anlayışı ve Bazı Hukuki Sorunların Çözümünde Nehir/Su Ordali Uygulanması”, **Cahit Günbattı’ya Armağan**, Ed: İrfan Albayrak/Hakan Erol/Murat Çayır, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2015, s.185-202

Özbek Veli Özer /Doğan Koray /Bacaksız Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013

Özcan Mehmet Tefik, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol; Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, İstanbul, Özne Yayınları, 1998

Özek Çetin, “1997 Türk Yasa Tasarısına İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM**, C:56, S:1-4, 1998, s.21-68

Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018

Özkan, Mehmet Bakır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Yargısının Sorunları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003

Paine Thomas, **İnsan Hakları**, Çev: Mehmet Osman Dostel, 2.Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2018

Randall Melanie/Venkatesh Vasanthi, “The Right to No: The Crime of Marital Rape, Women's Human Rights, and International Law”, **Brooklyn Journal of International Law**, S:1, C:41, 2015, s.153-202

Roach Kent, “Canada”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.78-108

Rousseau Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çev: Vedat Günyol, 9. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2012

Sade Ümit, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007

Safet Mušić, “The Principle of Legality According To the European Convention on Human Rights”, **Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development**, International Scientific Conference, C:2, Macedonia, 2017, s.1-11

Savcı Bahri, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O, Ankara, 1953

Schabas William A., **The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2017

Schabas William A., **The European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2015

Selçuk Sami, **Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi**, Ankara, İmge Kitapevi Yayınları, 2004

Shaack Beth Van, “Legality & International Criminal Law”, **American Society of International Law**, C: 103, S:1, 2009, s.101-104

Shapiro Scott J., **Legality**, UK, Harvard University Press, 2011

Shoenberger Allen, "Magna Carta, the Charter of the Forest, and the Origin of the Jury System," **Nottingham Law Journal**, C:24, 2015, s.156-162

Shue Henry, “Temel Hakların Evrenselliği”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Ed: İoanna Kuçuradi, 4.Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2016 s.39-65

Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018

Şen Ersan, “Hırsızlık Suçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S:3, 2012, s.319-357

Tanilli Servet, **Voltaire ve Aydınlanma**, İstanbul, Adam Yayıncılık, 1999

Tellenbach Silvia, “Iran”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.253-277

Teziç Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 23. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2019

Thaman Stephen C., “Russia”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.326-358

Tikhonravov Evgeny, “Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis”, **Criminal Law, Philosophy**, C:13, S:2, 2019, s.215-224

Tomuschat Christian, **Human Rights Between Idealism and Realism**, 2. Baskı, United States, Oxford University Press, 2010

Topçuoğlu Hamide, “Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hammurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri”, **AÜHFD**, C: 5, S: 1, 1948, s.284-322

Toroslu Nevzat /Toroslu Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019

Toscano Giuseppe, “The Principle of Nullum Crimen Sine Lege in the Construction of European Criminal Law”, **Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law After the Lisbon Treaty**, Ed: Stefano Ruggeri, Switzerland, Springer, 2015, s.31-45

Tosun Öztekin, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, **İÜHFM**, C: 28, S: 2, 1962, s.349-366

Tosun Öztekin, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, **İÜHFM**, C:27, S: 1-4, 1962, s.45-61

Tulay Muhammet Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, **MÜHFHAD**, C:22, S:3, 2016, s. 2715 – 2736

Turinay Faruk, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013

Türkoğlu, Halide Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017

Ünver Yener, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **İstanbul Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 22.Kitap**, Ed: Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.26-61

Ünver Yener, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed: Yener Ünver, C:3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.15-34

Üzülmez İlhan / Koca Mahmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017

Vormbaum Thomas / Bohlander Michael, **A Modern History of German Criminal Law**, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2014

Weigend Thomas, “Germany”, **The Handbook Of Comparative Criminal Law**, Ed: Markus D, Dubber/ Kevin Jon Heller, California, Stanford University Press, 2011, s.199-226

Whitehead Jason E., **Judging Judges: Values and the Rule of Law**, America, Baylor University Press, 2014

Wiseman H.V., “Magna Carta Efsanesi”, Çev: Münci Kapani, **AÜHF 40.Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210, Ankara, 1966, s. 463-471

Yarsuvat Duygun, “Sovyet ve Amerikan Ceza Hukuklarında Kıyas Prensiplerinin Değerlendirilmesi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, C:1, S:2, 1963, s.59-80

Yavuz Can, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, Yıl:32, S:145, 2019, s.13-52

Yenisey Feridun /Nuhoğlu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019

Yeşilkaya Adem, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesinde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2008

ÖZGEÇMİŞ

1995 yılında doğan, Zeynep Esra Tarakçıoğlu, ilkokul ve ortaokul eğitimini Afyon Zafer İlköğretim Okulu'nda, liseyi Sakarya Fen Lisesi'nde tamamlamıştır. 2013 yılında lisans eğitimini almak üzere girdiği Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2017 yılında mezun olmuştur. İzmir Barosu'nda staj yaparak 2018 yılında ruhsatını almaya hak kazanmıştır. Halen Ankara'da yaşamakta ve 2019 yılında dâhil olduğu Hacettepe Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü'nde Hukuk Bilimleri Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. 2017 yılında İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi'nin yayımladığı, Genel Cerrahi Ders Kitabı'nda "Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu" başlıklı yazısı yayımlanmıştır.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı :Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU
Tez Başlığı :AİHM KARARLARI IŞIĞINDA SUÇTA VE CEZADA
KANUNİLİK İLKESİ
Savunma Tarihi : 14/07/2020
Danışmanı :Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı
Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

İmza

Doç. Dr. Pınar KARTAL

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü