

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI
ANAYASA HUKUKU BÖLÜMÜ**

1982 ANAYASASINDA SUÇ VE CEZALARA İLİŞKİN ESASLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan:

Beytullah ÖZER

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Attila ÖZER

**ANKARA
2008**

ONAY

Beytullah Özer tarafından hazırlanan “1982 Anayasasında Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı çalışma, 08/01/2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan

Prof. Dr. Attila ÖZER

İmza

Prof. Dr. Hayati HAZIR

İmza

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

İmza

ÖNSÖZ

Anayasamızın 38.maddesi suç ve cezalara ilişkin hayati önemi haiz ve vazgeçilemez nitelikte esaslar hükmetmektedir. Bu esaslar her ne kadar Ceza Kanunlarımızda ve Ceza Yargılaması Kanunlarımızda belirtilmiş ise de, Anayasa Koyucu haklı olarak bu düzenlemeleri yeterli görmemiş ve devletin temel kuruluşunu ifade eden, günübirlik siyasi mülahazalardan tesir duyması nispeten daha zor şartlara bağlanmış olan Anayasamızda da bu ilkeleri düzenleme gereği duymuştur. Temel hak ve özgürlüklerle, kişi merkezli yaklaşımların giderek daha büyük önem kazandığı günümüzde, bir anlamda bireylerin en kutsal alanı olan hayatlarını etkileme ve seyrini değiştirme kudretine sahip olabilecek bir alan olan ceza hukukunun bu türden kesin bir takım ilkelerle düzenlenmesi ve sınırlanması kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Maddeyi oluşturan her bir ilke literatürümüzde kimileri derin kimileri yüzeysel olmak üzere çalışmalara esas olmuştur. Çalışmalarda gözlemlenen odur ki; çalışmalar genel itibarıyla ceza hukuku perspektifinden yapılmış, ancak bu da 38. maddedeki tüm ilkeleri kapsama yetisine sahip olamamıştır. Zira bir takım fıkralarla Ceza Muhakemesinin, bir takım fıkralarla Ceza Hukukunun, diğer bir takım fıkralarıyla İdare ve Devletler Hukukunun alanına ilişkin esas nitelikli düzenlemeler yapılmış bu da tek bir hukuk dalının bakış açısıyla değerlendirilemeyecek bir niteliğe mahal vermiştir. Oysa ki Anayasa Hukuku açısından yapılacak bir değerlendirme tüm bu hukuk dallarının üzerinde ve ötesinde olacaktır. Dolayısıyla suç ve cezalara ilişkin olarak yapılacak bir araştırmada en uygun hukuk dalı, Anayasa Hukuku perspektifidir.

Elbette ki; bu kadar çok sayıda ve muhim ilkeyi tek bir tez çerçevesinde her yönleriyle incelemenin imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple, her ilke temel yönleriyle incelenmiş, suç ve cezalar bakımından detaylandırılması gereken hususlar ise daha detaylı olarak irdelenmiştir.

Çağdaş hukuk anlayışında artık vazgeçilmez nitelik arz eden inceleme konusu ilkeler, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nde bulunan paralel düzenlemeler ve sözleşmenin kazai organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

İlkelerin, Anayasamızda düzenleniş şekli de dikkate alındığında artık hukuk sistemimizde güvenceye bağlanmış olduğu ve bu yönüyle insan hakları konusunda hukukumuzun, muasır medeniyet olarak kabul edilen Avrupa ülkelerinden geri kalmadığı anlaşılmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ	1
I) SUÇ KAVRAMI	1
II) CEZA KAVRAMI.....	3
III) ANAYASA HUKUKU İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ	5
38. MADDENİN MAHİYETİ.....	8
I) ANAYASA’NIN YAPIM AŞAMASINDA 38. MADDE	8
II) SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ.....	13
A) Genel Açıklama	13
B) İlkenin Tarihsel Gelişimi	14
C) İlkenin Amacı	18
D) Kanuniliğin Mahiyeti	19
1) Suç ve Cezaların İhdasında Kanunilik İlkesi.....	20
2) Suç ve Cezaların Uygulanmasında Kanunilik İlkesi.....	22
E) Türk Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	23
F) 1982 Anayasasında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi.....	26
1) Kapsamı	28
a) Suç ve Cezaların Kanunla Konulması Kuralı	28
b) Suç ve Cezaların Geçmişe Yürütülmesi Yasağı	31
c) Lehe Hükümün Geçmişe Uygulanması	33
d) Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Kanunla Konulma Zorunluluğu	36
e) Kanunilik İlkesinin Suç ve Ceza Zamanaşımı Konusunda Uygulanması	39
f) Kanunilik İlkesinin Ceza Mahkumiyetinin sonuçları Konusunda Uygulanması	41
G) Suçta Kanunilik İlkesi ve Çerçeve Kanun (Beyaz Hüküm).....	42
H) Kanunilik İlkesini Tamamlayan Diğer Esaslar	46
1) İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamayacağı.....	46
2) Kıyas Yasağı.....	49
3) Hakimlerin Boşluk Doldurma Yasağı.....	51
I) AİHS’de Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi.....	54
J) Suçta ve Cezada Kanuniliğin Denetimi.....	57
III) MASUMLUK KARİNESİ	60
A) Genel Açıklama	60
B) Masumluk Karinesinin Mahiyeti	61
C) Masumluk Karinesinin Sonuçları.....	63
1) Suçlu Görülmeme ve Gösterilmeme	63
2) Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi	65
3) Kesinleşmiş Bir Hüküm Olmaksızın Cezalandırılmama	67

4) Koruma Tedbirleri İstisnası	68
D) <i>Masumluk Karinesinin Son Bulması</i>	71
1) Kanuna Uygun Yargılama	71
2) Mahkumiyete Hükmolunmuş Olmalıdır	73
E) <i>AİHS’de Masumluk Karinesi</i>	73
IV) KENDİNİ VE YAKINLARINI SUÇLAMAYA ZORLANAMAMA	78
A) <i>Genel Açıklama</i>	78
B) <i>Yakınlık Kavramı</i>	79
C) <i>İlkenin İşlerliği</i>	80
1) Susma Hakkı	80
2) Aktif Savunma Hakkı	83
D) <i>Ceza Muhakemesinde Uygulanırlığı</i>	86
V) KANUNA AYKIRI DELİL	88
A) <i>Kavram</i>	88
B) <i>Delil Yasaklarının Maksadı</i>	91
C) <i>Türk Ceza Yargısında Yasak Deliller</i>	93
1) Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali Nedeniyle Söz Konusu Olan Yasak Deliller	93
2) İfade Alma ve Sorguda Söz konusu Olan Yasak Deliller	97
3) İfade Alma ve Sorgu Dışında Söz konusu Olan Yasak Deliller	101
4) Konusu Bakımından Söz konusu Olan Yasak Deliller	101
5) Delil Aracı Bakımından Söz konusu Olan Yasak Deliller	103
D) <i>Uygulamada Yasak Delil</i>	106
E) <i>Yasak Delillerin Etkisinin Önlenmesi Sorunu</i>	110
VI) CEZA SORUMLULUĞUNUN BİREYSELLİĞİ	114
A) <i>Genel Açıklama</i>	114
B) <i>Bireysellik İlkesinin Tanımı ve Gelişmesi</i>	114
C) <i>Türk Hukukunda Cezanın Bireyselliği İlkesi</i>	116
D) <i>Cezanın Bireyselliği ve Bireyselleştirilmesi İlişkisi</i>	119
VII) SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRMEME NEDENİYLE HAPSEDİLEMEME	121
A) <i>Genel Olarak</i>	121
B) <i>İlkenin Kaynağı ve Hukukumıza Girişi</i>	122
C) <i>İlkenin Getirdiği Tereddütler ve Sonuçları</i>	124
1) İcra Suçları	124
2) Çek Suçları	127
D) <i>Sonuç</i>	130
VIII) ÖLÜM CEZASI VE GENEL MÜSADERE VERME YASAĞI	131
A) <i>Ölüm Cezası</i>	131
1) Kavram ve Mahiyeti	131
2) 1982 Anayasasında Düzenleniş Şekli:	133
3) AİHS’deki Düzenleme	136

4) Olağan Dönemlerdeki Türk Yasalarında Ölüm Cezası.....	138
a) 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu	138
b) 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda	138
c) 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Yasa'da.....	139
d) 6831 sayılı Orman Yasası'nda	140
5) Ölüm Cezası İle ilgili Yandaş ve Karşıt Görüşler	141
6) Uluslar arası Belgelerde Ölüm Cezası	143
B) Müsadere Kavramı ve Çeşitleri.....	144
1) Müsadere Kavramı	144
2) Müsadere Çeşitleri	147
a) Konusu Bakımından	147
(1) Eşya Müsaderesi	148
(2) Kazanç Müsaderesi	149
b) Kapsamı ve Sonuçları Açısından	151
(1) Genel Müsadere	151
(2) Özel Müsadere	152
3) Türk Hukukunda Genel Müsadere Sorunu.....	152
4) Müsadereye İlişkin Denetim.....	157
IX) İDARENİN KİŞİ HÜRRİYETİNİ SINIRLANDIRAN MÜEYYİDE	
UYGULAYAMAMASI.....	159
A) Genel Açıklama	159
B) İdari Yaptırımlar	160
1) Disiplin Cezaları	161
2) Öteki İdari Cezalar	162
C) Kişi Hürriyetinin Kısıtlanması.....	164
D) İdari Yaptırımlarla, Ceza Hukukundan Doğan Yaptırımların Farkları ve İlişkisi	165
E) Silahlı Kuvvetlerin İç Düzen Kanunları İstisnası.....	166
X) VATANDAŞIN SUÇ SEBEBİYLE İADE EDİLEMeyeCEĞİ İLKESİ	167
A) Genel Açıklama	167
B) Vatandaş Kavramı	167
C) Genel Olarak Suçluların İadesi ve Kısıtları	170
D) Vatandaşın Suç Sebebiyle İade Edilememesi	175
E) Uluslar arası Ceza Divanı'na Taraf Olmanın Getirdiği Gereklikler İstisnası	178
F) Uluslar arası Ceza Divanı	179
SONUÇ.....	184
KAYNAKÇA	186
ÖZET	193
ABSTRACT	194

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı Geçen Eser
a.g.m	: Adı Geçen Mecmua
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AnyMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

I) SUÇ KAVRAMI

İnsanların toplu halde yaşamaya başladıkları andan itibaren suç hep var olmuştur. Tarihte ilk cinayet olarak geçen Habil'in Kabil'i öldürmesi toplumda ortaya çıkan ilk toplum dışılıklardan biridir. Suç kavramı ceza hukukunun en temel olgusudur. En başta bu olgunun tanımlanması ceza hukukunun diğer müessese ve unsurlarının gerekliliği ve anlaşılabilirliği açısından elzemdir. Zira ceza hukukunun temelinde “suç” denilen olgu bulunmaktadır. Türk dil kurumu ‘suç’ kavramını özetle, “hukuka aykırı davranış”¹ olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım değil ceza hukuku açısından, gündelik hayat açısından bile yeterli derecede niteleyici bulunmamaktadır. Zira hukuk kavramı yalnızca suç adı altında kabul edilen toplum dışı olarak özetlenebilecek davranışları değil, kişilerin kişilerle, kişilerin devletle, devletlerin devletlerle olan ilişkilerini her yönüyle düzenleyen kompleks bir sistemdir. Suç ise bu düzende, düzenin devamlılığı ve sükûnu için önlenmesinin gerekliliği uygun görülen bazı insani davranışlardır.

Suç hukuki, sosyolojik ve kriminolojik bakımdan özellikler arz eden, her biri açısından farklı yönlerden incelenmeye medar olan bir kavramdır. Bununla birlikte suç kavramına ilişkin hukuki cepheden, temelde benzer unsurları ihtiva eden bir çok tanım yapmak mümkündür. En başta suçu biçimsel açıdan değerlendirildiğinde, hukuk düzeni tarafından ceza yahut emniyet tedbiri gibi bir yaptırıma bağlanmış ‘kanuni tip’ olarak tanımlamak mümkündür².

¹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul> Erişim tarihi: 11.03.2007

² İÇEL-SOKULLU-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, Suç Teorisi. s. 3

“Suç” kavramının tanımı binlerce yıllık toplum halinde yaşamının sonucu olarak, elde edilen tecrübeler ve ihtiyaç duyulan güvenlik duygusu gibi sebeplerle artık çağdaş hukukta belli bir kalıba oturmuş, suç denilen davranışın unsurları her hukuk sisteminde paralel mahiyet arz eder hale gelmiştir. Buna göre suçun yapısı dikkate alındığında suç; tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurluluk unsurlarını taşıyan bir fiille ceza normunun ihlali olarak tanımlanabilecektir³. Basit bir ifadeyle suçu kanunun cezalandırdığı eylem şeklinde tanımlayabilirsek de, hiçbir ceza kanunu “suç” kavramına ilişkin genel bir tanım yapmamıştır. Ceza kanunları, her suça ilişkin ayrı bir tanım yapar. Bu da özel tanım olarak nitelendirilebilir. Suçu unsurlarıyla gösteren bu çeşit özel tanımlara “suç kalıbı” denilmektedir⁴.

Suçtan söz edilebilmesi için zorunlu olan şartlara suçun unsurları adı verilmektedir. Unsurlardan biri yok ise suçun varlığından da söz edilemeyecektir. Bu unsurları genel ve özel olarak ikiye ayırmak mümkündür. Genel unsurlar tüm suçlarda bulunması gerekli unsurlarken, özel unsurlar genel unsurların yanında bulunması gerekli, bir suçu diğerinden ayıran hususlardır. Suçun genel unsurları ceza genel hukukunun, özel unsurları ise ceza özel hukukunun konusudur⁵.

Bu açıklamalardan sonra suç ‘insani bir davranışla bilerek bazen de dikkatsizlik sonucu yasa hükmü ile yasaklanmış bir davranışın işlenmesi’ olarak özetlenebilir. Daha özellikli bir tanım yapmak gerekirse suç; ‘isnat yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı olumlu veya olumsuz bir hareketin meydana getirdiği, yasada yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve yaptırım olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren bir eylemdir.’⁶ Suç kavramı insanlığın bir arada yaşamaya başladıkları günden bu yana var olmuş, toplum düzeninde yaşam devam ettiği müddetçe var olacak yegane kavramlardan biridir.

³ a.g.e s.4

⁴ YÜCE,Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları. s. 19

⁵ SOYASLAN,Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler. s. 211

⁶ BAKICI,Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri. s.13

II) CEZA KAVRAMI

Özetle “ceza yasasının yasakladığı ve başkasının hakkını ihlal eden eylem⁷” olarak tanımlanabilecek olan suçun meydana çıkması durumunda, suç olarak belirlenen bu çeşit davranışlara verilecek karşılık sorunu gündeme gelmektedir. Bu şekilde bir ifadeyle ceza kavramının, suç kavramının belirlenmesi ve ortaya çıkmasının doğal sonucu olduğu anlaşılabiliyse de, ceza kavramı cephesinden bakıldığında aslında suç kavramı üzerinde bu kadar belirleyici nitelendirilmelerin yapılmasının, ve belli kalıplara oturtulmaya çalışılmasının temel nedenlerinden birinin de ‘ceza’ kavramı olduğu fark edilecektir. Zira ceza şeklinde bir sonuca bağlanmamış olan suç olarak kabul edilmiş bir davranışın toplum yaşamına bir faydası olmayacağı gibi, bu çeşit bir belirlemenin oluşu da fiilen bir hüküm ifade etmeyecektir. Ceza suçun sonucuymuş gibi görünse de, suç kavramının bu derece kalıplarla belirlenmesi; karşılığında öngörülen ve ‘ceza’ olarak tabir edilen sonucun kişilere ve dolayısıyla topluma yönelik meydana getirdiği bir takım zorunluluklardan kaynaklanmaktadır. Bu şekilde bakıldığında suç ve ceza kavramlarının birbirinin içerisinde ve birbirinin hayati varlıklarıyla ifade ettikleri sonuçlar açısından sebep sonuç derecesinde temel unsurları oldukları anlaşılabilecektir.

Suç olarak kabul edilen bir davranışa bağlanmış hukuki tepkiye ceza denilmektedir. Ceza toplum düzeni gerekleriyle ortaya çıkmıştır. Toplumda düzen sağlayan bir çok kurallar sistemi vardır. Bunlar özetle, din kuralları, görgü kuralları, ahlak kuralları ve hukuk kuralları olarak belirtilebilir. Ancak bunlar arasında devlet adı verilen toplumun oluşturduğu fakat toplumun üstünde var olan yapı tarafından belirlenen ve sonuçlara bağlanan hukuk kuralları diğer kurallardan, toplum düzeninin devamı açısından üstünlük göstermektedir. Bu yönden bakıldığında ceza kavramına ilişkin yapılan bir tanım tam olarak bu yöndeki ayrımı belirlemektedir. Buna göre; “Ceza,

⁷CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş’ten naklen; TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s.89

topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak Devletin kanun ile yarattığı ve izlediği diğer amaçlar yanında, özellikle suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve böylece toplumun işlenen fiili tasvip etmeme duygusunu belirtmek üzere bir yargı kararı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olarak uygulanan korkutucu bir müeyyidedir.⁸”

Ceza kavramına ilişkin başka bir tanım ise şu şekildedir: “Ceza, yasalarda suç olarak belirlenmiş eylemlere karşı yine yasalarda öngörülen, kişiyi bazı yoksunluklara sokan, suçluyu ıslah etme, topluma yeniden kazandırma ve korkutuculuk özelliğinden dolayı suç işlenmesini önleme amaçlarına yönelik bir yaptırımdır⁹.”

Ceza kavramının tarihçesini kesin bir belirlilikle ortaya koymanın imkanı görünmemektedir. Ancak ilk toplumlarda zararlı kabul edilen davranışlara karşı insanların içgüdülerinden ortaya çıkan bir tepki olarak belirmeye başladığı, daha sonra da sistemli bir şekilde, toplum hayatı anlayışındaki değişiklikler ve gelişmelere paralel olarak kamu düzenin devamı için gerekliliği vazgeçilmez nitelik arz eder şekilde anlaşılmaya ve uygulanmaya başlandığı bu şekilde hukuki bir yapı kazandığı ve sınırlarıyla belirlendiği anlaşılabilmektedir.¹⁰

Cezanın gerekliliği konusunda hiçbir dönemde ciddi bir uyuşmazlık ortaya çıkmamıştır. Toplumsal düzeni ceza kavramına başvurmaksızın korumanın imkan dahilinde bulunmadığı herkesçe kabul edile gelmiştir. Ancak cezaların niteliği konusunda her zaman tartışmalar yaşanmış, farklı düşünceler ortaya atılmıştır¹¹.

Güncel ceza hukukunda artık suç ve ceza kavramları yerli yerine oturmuş ve sınırları belirlenebilir hale gelmiştir. Günümüzde artık suç

⁸ DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.2, s. 542

⁹ İÇEL-SOKULLU-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, Yaptırım Teorisi, s.4

¹⁰ ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, s.339

¹¹ ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, s.340

karşılığında uygulanacak yaptırımlar arasında, cezadan başka güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve esasen tek başına veya cezayla birlikte uygulanan ve suçlunun tehlike halini esas alan önlemler de yer almaktadır. Ceza temel olarak özgürlüğe, malvarlığına yahut hayata yönelik olabilir. Ancak hayata yönelik ceza yani ölüm cezasına yer veren hukuk sistemleri giderek azalmakta ve uygulanırlığı nadirleşmektedir¹².

III) ANAYASA HUKUKU İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Anayasa tabir edilen hukuki metinler devletin temel kuruluşu ve işleyişini daha açık bir ifadeyle, rejimin dayandığı temel ilkeleri, devletin temel organlarını, bu organların kuruluş ve işleyişlerini, birbirlerine karşı yetki ve görevlerini, kişilerin bu organlarla olan ilişkilerini, kişinin kişilere ve devlete karşı hak, ödev ve hürriyetlerini belirleyen ve kurallar hiyerarşisi içerisinde en üst düzeyde bulunan kurallar bütünüdür¹³.

Bu haliyle bir hukuk devletinde kurallar içinde en üstte yer alması gereken anayasalar devletin temeli niteliğindeki kurumlarla, kişilerin artık çağdaş dünyada vazgeçilemez olarak kabul edilen haklarını düzenleyen metinler olduğundan, değiştirilmesi diğer normlara nazaran daha katı kurallara bağlanmış böylece belirtilen yönler teminat altına alınmıştır.

Suç ihdası ve cezalar esasında toplum düzeninin devamı gereklerinden doğmuşsa da, netice olarak yine kişilere dönük bir takım sonuçlar doğurmakta, ve bazı kısıtlamalara sebep olmaktadır. Anayasalar yalnızca birkaç ferdi yahut toplumun bir kısmını koruyan, haklarını teminat altına alan metinler değildir. Anayasalara ihtiyaç duyulmaya başlanan

¹² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 4

¹³ ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, s.353

dönemlere bakıldığında, temel düşüncenin keyfi yöneticilere karşı kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması olduğu görülmektedir. 18. Asırdan başlayarak günümüze kadar devam eden anayasalaşma sürecinde temel düşüncenin kişi hak ve özgürlüklerini teminat altına almak, bunun için de devletin iktidarının sınırlarının daha belirginleşmesini sağlamak şeklinde tezahür ettiği anlaşılmaktadır¹⁴. Ancak kişilerin özgürlüklerini, temel haklarını kısıtlayan tek unsur iktidar olmamıştır. Başka kişilerin de, toplum halinde yaşarken kendi özgürlük sınırlarını aştıkları ve bunun sonucunda diğer bazı insanların özgürlüklerini kullanmasına engel oldukları anlaşılmış, bunun sonucunda ortaya çıkan suç ve ceza sistemlerinin temel prensiplerinin de anayasalarda belirtilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Ceza ilkelerine normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan anayasalarda yer verilmesinin üç temel sebebi olduğu belirtilmektedir¹⁵. İlk sebep anayasa koyucu olarak tabir edilen ve tüm anayasalarda nitelikli olarak bir takım şartlarla gerçekleşebilen kurum yahut kişilerin ceza ilkelerine verdiği önemi ifade etmek istemesi, bir başka sebep, anayasa koyucunun ceza ilkelerinin kolayca değişmesini istemeyişi ve son olarak hukuk devletinde anayasaya aykırı yasa yapmak imkan dahilinde olmadığından bu ilkeler açısından anayasa koyucunun yasa koyucuyu bağlamak istemesidir.

Suç olarak belirlenen insani davranışlar neticesinde, bu davranışlara karşılık ceza hukukunun öngördüğü yaptırımların Anayasalarda belirtilme amaçlarından en önemlisi bu düzenlemelere verilen önemin belirtilmesidir. Zira ceza uygulamaları doğrudan artık vazgeçilemez olarak tasavvur edilen ve geniş bir çerçeveye oturtulan insan haklarını ilgilendirmekte, yine doğrudan onları kısıtlamaktadır. Bu yönden fert yaşamı ve toplum açısından hayati nitelik arz eden ceza hükümlerinin temel prensiplerinin de devletin temel metnini teşkil eden anayasalarda belirlenmesi ve teminat altına alınması tabiidir.

¹⁴ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 63

¹⁵ ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, s.353

Suç ve cezaları düzenleyen cezai prensiplerin anayasalarda yer almasının diğerk bir sebebi de, devletin temelini teşkil eden toplum hayatını ve yine onu oluşturan fertleri doğrudan ve katı olarak etkileyen ceza hukuku prensiplerinin, anayasal ilke çerçevesine alınması ile tadilinin katılaştırılması gayesidir. Zira katı anayasa ilkesini kabul eden tüm devlet sistemlerinde, devletin temel ilkelerini barındırmakta olan anayasaların değiştirilmesi diğerk kanun metinlerinden daha katı kurallara bağlanmıştır. Bu şekilde söz konusu prensiplere de bir teminat sağlanmış olmaktadır.

Son olarak yine ceza prensiplerine anayasalarda yer verilmesinin bir sebebi de daha nitelikli bir çoğunluk gibi bir gereklilik bulunması gereken anayasa koyucu erkinin, daha basit oluşabilecek ve güncel yahut siyasi gelişmelerden etkilenebilecek olan yasa koyucuyu bağlamak ve bu şekilde söz konusu prensipleri teminat altına almak istemesidir.

Ceza hukuku prensiplerinin anayasada düzenlenmesi gereğı, ilkeyi Ceza Kanununda düzenleyen 5237 sayılı TCK' nın 2. maddesinin gerekçesinde de belirtilmiştir. Buna göre;

“Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereğı olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.”¹⁶

¹⁶ BAKICI,Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 12

38. MADDENİN MAHİYETİ

1) ANAYASA’NIN YAPIM AŞAMASINDA 38. MADDE

1980 yılı ve öncesinde toplum düzeninde meydana gelen sıkıntılı günlerin akabinde 12 Eylül 1980 tarihli askeri müdahalenin ardından, yönetim Genel Kurmay Başkanı, Kara, Hava ve Deniz Kuvvet Komutanları ile Jandarma Genel Komutanından oluşan Milli Güvenlik Konseyi’nin eline geçmiştir. Bu konsey ülkenin içinde bulunduğu durumdan çıkarılması için kendini sonsuz yetkili görmüş ve müdahale öncesi var olan 1961 Anayasasına aykırı olsa dahi konseyin emirlerinin mutlak geçerli olacağı Millî Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun” belirlenmişti.

29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı “Kurucu Meclis Hakkında Kanun” ile ise yeni bir anayasa hazırlamakla görevli bir “Kurucu Meclis” kurulmuştur. Bu kanun uyarınca kurucu meclisin en önemli görevi yeni anayasayı hazırlamaktır. Kurucu Meclis, Milli Güvenlik Konseyi ve “Danışma Meclisi”nden oluşmaktaydı. Buradaki Milli Güvenlik Konseyi yine komutanlardan oluşan ve müdahale sonrası yönetimi eline alan konseyin kendisidir. Danışma Meclisi ise 160 üyeden oluşmaktaydı. Bu üyelerden 40’ı doğrudan doğruya Millî Güvenlik Konseyince; 120’si ise, her ilin valisi tarafından tespit ve teklif ettiği adaylar arasından Millî Güvenlik Konseyince seçilmekteydi. Danışma Meclisi ilk önce kendi üyeleri arasından 15 üyeden oluşan bir “Anayasa Komisyonu ” seçmiştir. Bu Komisyon 23 Kasım 1981 tarihinde çalışmaya başlayarak, hazırladığı Anayasa taslağını 17 Temmuz 1982 tarihinde Danışma Meclisine sunmuştur. Danışma Meclisi görüşmelerden sonra taslağı 23 Eylül 1982 tarihinde kabul etmiştir. Tasarı 18 Ekim 1982 tarihinde Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilerek, halkoyuna sunulmak üzere 20 Ekim 1982 tarih ve 17844 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Tasarı 7 Kasım 1982 Pazar günü yapılan halkoylaması

sonucu, % 8,63 oranında “hayır” oyuna karşılık % 91.37 oranında “evet” oyu ile kabul edilmiştir. Bu şekilde halk tarafından kabul edilen Anayasa, 2709 sayılı Kanun olarak 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.¹⁷

Anayasamızın 38.maddesinin ihdas gayesini ve yapılış aşamasında bu hükmün hangi saiklerle meydana geldiğini tam olarak anlayabilmek için, 1982 Anayasasını esas olarak yapan Danışma Meclisinde yapılış aşamasında ne tür düşüncelerle hareket edildiğinin tespiti gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen 15 kişiden oluşan komisyon bir anayasa taslağı hazırlamış ve bu taslak Danışma Meclisi’nde madde madde görüşülerek oylanmıştır. Tez konumuz olan 38. madde ise Danışma Meclisi’nin 23.08.1982 tarihli 133. birleşiminin 1. oturumunda görüşülmeye başlanmıştır. Anayasa Komisyonu’nun hazırlayarak Danışma Meclisi’ne sunduğu 38. maddenin ilk hali şu şekildedir:

“XIII. Kanunların geriye yürümemesi

MADDE 38. – Kimse,işlediği 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 mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Tarh ve tahakkuk ettirilen vergi sonra çıkarılan kanunla ağırlaştırılmaz.

Hukuk devleti ilkelerine aykırı şekilde önceye etkili kanunlar çıkartılmaz.”¹⁸

Danışma Meclisi’ne bu şekilde tevdi edilen maddeye karşı dört önerge sunulduğu anlaşılmaktadır. Bu önergelerden ilki birinci fıkranın son cümlesinde yer alan “kanunda” kelimesinden önce “yürürlükte olan”

¹⁷ **GÖZLER**, Kemal, “1982 Anayasası”, www.anayasa.gen.tr/1982anayasasi.htm; (erişim tarihi: 05.07.2008)

¹⁸ Danışma Meclisi-Tutanak Dergisi, C.8, s. 366 vd.

ibaresinin konmasına dairdir. Bu önerge birinci fıkranın ilk cümlesindeki kanun ibaresinden önce yürürlükte olan ibaresinin bulunduğu, ikinci cümleye konmamasının ise farklı anlayışlara mahal verebileceği düşüncesine dayanmakta, netice de Anayasa komisyonunun da uygun görmesiyle meclisçe oylanarak, kabul edilmiş ve ilk fıkranın son cümlesinde yer alan kanunda ibaresinden önce yürürlükte olan ibaresinin eklenmesini sağlamıştır.

Bu madde hakkında verilen ikinci önerge ise, maddenin vergilere ilişkin üçüncü fıkrasının madde metninden çıkarılmasına dairdir. Önergeyi veren üyelerin dayandığı temel düşünce, vergi hukukunun kendine has kurallarının bulunduğu, zaten verginin kanuniliği, genelliği gibi prensiplerin var olduğu, anayasaya bu şekilde bir hüküm koymanın gereksiz olduğu düşüncesidir. Önergenin diğer bir yönü de düzenlemenin metnidir. Zira fıkra tarh ve tahakkuk ettirilen vergiden söz etmektedir. Bu durumda tarh ve tahakkuk ettirilmemiş bir vergi sonradan çıkarılacak kanunla ağırlaştırılabilecektir. Önergeyi savunan görüş bu fıkra ile devletin vergi konusundaki hakimiyetini kendi düzenlemesi ile kısıtladığı yönündedir. Önergenin aleyhindeki görüşler ise bu fıkranın madde metninden çıkarılmasının verginin hukukiliği ve adil olma niteliğinin tamamen ortadan kalkmasına sebep olacağı yönünde odaklanmaktadır.¹⁹ Nitekim bu tartışmalar akabinde önergenin dikkate alınması yönünde oylama yapılmış ve az bir farkla kabul edilerek önerge doğrultusunda maddenin 3. fıkrasının madde metninden çıkarılmasına karar verilmiştir.

Madde hakkında üçüncü ve dördüncü önergelerde ise maddenin son fıkrasının madde metninden çıkarılmasına dairdir. Söz konusu önerge Danışma Meclisi'nin 23.08.1982 tarihli 133. birleşiminin 2. oturumunda gündeme alınmıştır. Bu önerge lehindeki görüşlerde; maddede yer alan : "Hukuk devleti ilkelerine aykırı şekilde önceye etkili kanunlar çıkarılamaz" hükmünün artık kesinlik kazanmış olan kanunların geçmişe yürümeyeceği

¹⁹ Danışma Meclisi- Tutanak Dergisi, C. 8. s. 368

kuralının bir tekrarı olduğunu, cezalar yönünden bu şekilde mükerrer bir biçimde anayasada söz konusu düzenlemeye yer verilmesinin gereksiz olduğunu, ceza hukuku dışında madde metninde yer aldığı şekliyle bu ilkenin kabulünün ise yasama yetkisini sınırlandıracağını ileri sürmüşlerdir. Zira hukuka devleti ilkeleri şeklindeki bir anlayış somut verilerden uzak sübjektif ve değişken bir anlayışı ifade etmektedir. Bu çeşit bir düzenleme yasama organının icra ettiği her yasama faaliyetinde tesir altında kalmasına neden olacaktır. Ayrıca zaten anayasanın 2. maddesinde devletin hukuk devleti olduğuna göre, yaptığı her işlemde hukuk devleti ilkelerini göz önünde tutmanın zorunlu olduğunu , bu halde bu şekilde bir düzenlemenin de bu yönüyle fuzuli olduğunu savunmuşlardır. Fıkranın madde metninden çıkarılmasına dair önerenin aleyhindeki görüşler ise; aleyhte yasanın yalnızca ceza hukukunda değil, medeni hukukta da geçmişe etkili olarak uygulanmamasının gerektiğini, bunun hukuk devleti olmanın bir gereği olduğunu, fıkranın da bunu ifade ettiğini savunmuşlardır.²⁰

1961 Anayasasında ise , 1982 Anayasasının 38. maddesinin karşılığı olarak 33. madde kabul edilebilir. 1961 Anayasası yapım süreci de 1982 Anayasasının yapım süreciyle benzerlikler göstermektedir. 61 Anayasasının yapım sürecinde de Danışma Meclisinin muadili olarak Temsilciler Meclisi bulunmaktaydı. Yine Temsilciler Meclisi de 82 Anayasasının 38. maddesine müteakbil olan 33. maddeyi oylamış ve kabul etmiştir. Ancak Temsilciler Meclisinin 33. maddeye ilişkin görüşme tutanakları incelendiğinde, maddenin hiçbir tartışma yaşanmadan, önerge dahi bulunmadan kabul edildiği görülmektedir. Temsilciler Meclisince 14.04.1961 tarihli 45. birleşiminin 2. oturumunda kabul edilen 33. madde metni ise şöyleydi:

“Cezaların kanuni ve şahsi olması; zorlama yasağı:

Madde 33: Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.

²⁰ Danışma Meclisi- Tutanak Dergisi, C.8, s. 372-380

Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Genel müsadere cezası konulamaz.”²¹

1961 Anayasasında bu şekilde kabul edilen ilke bugün Anayasamızda yer alan metinle büyük benzerlik göstermektedir. Elbette bugün daha sonradan 1982 Anayasasının 38. maddesine eklenen fıkralarla daha fazla ilke niteliğinde düzenleme bulunmaktadır.

Bu şekilde tez konumuz olan 1982 Anayasasının 38. maddesinin anayasalarımızın yapım süreçlerindeki evriminden de bahsetmekle, ilkelerin doğuş ve toplumsal açıdan kabul ile uygulanabilirliği konusunda, esas konumuza bir giriş yapmış oluyoruz.

²¹ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.3 s. 250

II) SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

A) Genel Açıklama

Anayasamızda yer alan ceza hukukuna ilişkin bu hayati ilkenin mahiyetini tam olarak kavramak için öncelikle kanun şeklinde belirlenen hukuki müessesenin betimlenmesi gerekmektedir. Kanun “canon” dan gelen Eski Yunanca bir tabirdir. Kaide anlamına gelmektedir. Oradan da Arapça aracılığı ile dilimize geçmiştir. Kanun demokratik devlet düzenlerinde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak vekiller aracılığıyla millet tarafından ihdas edilen kural olarak objektif, şahsi olmayan, genel, soyut, eşitlikçi, kullanılmakla tükenmeyen bir tasarruf olarak tanımlanabilir.²²

Ceza hukuku kaynaklarında bu ilke şu Latince ifadelerle belirtilmektedir:

“Nullum crimen sine lege(Kanunsuz suç olmaz)

Nulla poena sine lege (Kanunsuz ceza olmaz).”²³

Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralına bugün doktrinde verilen anlam temelde şu şekilde ifade edilebilir; ceza hukukunun esası yalnızca kanundur, bu sebeple kıyas, hukukun genel ilkeleri, gelenek ve görenek ceza hukukunun kaynağı olamaz²⁴.

Hukuk düzenlerinin temel kaynağı olan toplum gereklilikleri ve örf adet gibi bir takım düzen sağlayıcı unsurlar söz konusu ilke kabul edilinceye kadar ceza hukukunun da kaynağını teşkil etmişlerdir. Ancak gerek doktrinsel yaklaşımlar gerekse ferde fert olması sebebiyle verilen değerlerin önem

²² **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 211

²³ **YÜCE**,Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s. 9, **DEMİRTAŞ**,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.112, **ÖZTEKİN**, Tosun, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 3, **ÇAKMUT,ZAFER,CENTEL**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.46, **ANCEL**,Marc, Muasır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi,s. 1326 vd.

²⁴ **EREM**, Faruk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.92

kazanması bu ilkeyi gündeme getirmiş ve artık medeni ülkelerde suç sayılan hareketlerin ve bunlara bağlı olarak öngörülen yaptırımların esasen ve yalnızca kanunlarla tayin edilmesini sağlamıştır. Suç sayılan hareketler, fert ve toplum açısından yapılması en ağır müeyyidelerle karşılanan fiiller olduğundan, belli kalıplara oturtulması gereği doğmuştur. Her şeyden önce vatandaşların sahip oldukları hürriyetlerin sınırlarını bilmeye hakları vardır. Bu da yasaklanan fiillerin kanunlarla belirlenmesi gereğini doğurmuştur. Bu suretle hem suç sayılan fiillerin belirlenmesinde keyfi davranılmasının önüne geçilmekte²⁵, hem de bu fiiller açık olarak belirlenerek vatandaşların bu hareketlerden çekinmeleri sağlanmaktadır.

Kısacası; kanunilik ilkesinin özü hangi insani davranışların yasaklandığının önceden kanun tarafından gösterilmesi, ve bu davranışları işleyenlerin karşılaşacakları yaptırımların önceden belirlenmesidir. Böylece kişilerin özgürlüklerinin sınırları önceden belirlenmiş olmaktadır. Zira hangi davranışların yasak olduğunu bilmek, diğer hareketlerin ifasında insana özgürlük tanıyacaktır. Yani kanun tarafından açıkça suç sayılmayan her davranış serbesttir.

Kanunilik ilkesinin iki önemli anlamı vardır: ilki hangi hareketlerin suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmiş olması yani suçların kanuniliği(kanunsuz suç olmaz) ve diğeri de kanunun suç saydığı bir fiilin yaptırımının önceden kanun tarafından gösterilmesi yani cezaların kanuniliğidir.²⁶

B) İlkenin Tarihsel Gelişimi

Muhakkak ki inceleme konusu ilkenin insanlığın var olduğu ilk günden bu yana mevcut bulunduğunu, daha da ilerisinde suç ve ceza kavramlarının

²⁵ TOSUN,Öztekin, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 3

²⁶ DEMİRTAŞ,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.112

ortaya çıktığı ilk günden bu yana var olduğunu söylemek mümkün değildir. Uzun yıllar içinde oluşan devlet tecrübeleri, devleti oluşturan insan faktörüne verilen değerin artması gibi sebeplerle ihtiyacı hissedilen bu ilkenin gelişimi ve bugünkü anlamını kazanması hayli zaman almıştır. Ceza hukukunda uzun yıllar keyfilik geçerli olmuştur. Her ne kadar yanlış olarak kabul edilen davranışların cezalandırılması gerektiği düşüncesi uzun bir geçmişe sahip olsa da, eski dönemlerde kanunlar tarafından düzenlenmeyen bir fiil nedeniyle cezalandırma, veya kanunlarda belirtilenlerin dışında bir ceza verilmesi doğal bir uygulama kabul edilmiştir. Bu durumun ortaya çıkardığı keyfiliklere tepki olarak da kanunilik ilkesi gündeme gelmiştir.

Ceza hukukuna ilişkin kaynaklarda tartışmalı olsa da suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ilk defa İngiltere’de 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da yer aldığı bilinmektedir. Söz konusu şartın 39. maddesinde ilke şu şekilde ifade olunmuştur:

“Hür bir şahıs, ancak kanuni bir karar veya kanun gereğince tevkif ve hapsedilebilir.”²⁷

Bu düzenlemenin kanuniliği ifade ettiği kabul edilmekte ancak, kanunilik ilkesine bağlanan noktanın suç ve cezalar olmayıp, kişi hürriyetini tahdide ilişkin ve yalnızca bunu kapsar mahiyette olduğu şeklinde yaklaşımlarda bulunulmuştur²⁸. Şahsi kanaatimizce de yukarıda alıntıladığımız düzenlemenin lafzı olarak değerlendirildiğinde doğrudan suç ve cezalara ilişkin olduğunu savunmak pek makul görünmemektedir. Ancak, adı geçen düzenlemenin olduğu şartlar ve dünya üzerindeki hürriyet anlayışlarındaki gelişmeler de göz önüne alındığında, dönemine göre kanunilik ilkesi açısından ne kadar açılımcı ve kişi hürriyetleri temelli bir

²⁷ **ALACAKAPTAN**, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi, s.3

²⁸ bkz. **ALACAKAPTAN**, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.3, **SOYASLAN**, Doğan, Ceza hukuku Genel Hükümler, s.212., **BAKICI**, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.12, **TOSUN**, Öztekin, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 3 vd.

yaklaşım olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle ilkenin doğuş metni olarak kabul edilebilir.

Kanunilik ilkesi ilk olarak Avrupalı düşünür Montesquieu tarafından ortaya atılmıştır²⁹. Montesquieu; kişi hürriyetinin güvence altına alınabilmesinin, devletin müdahale alanının sınırlarının belirlenmesi ile mümkün olacağını, bunun da sınırlama yapma yetkisinin kanunlarla belirlenmesi halinde mümkün kılınacağını ifade etmiştir. Yine kendisi tarafından ortaya atılan ve hukuk ve devlet anlayışında çığır açan ‘kuvvetler ayrılığı ilkesi’ de kanunilik ilkesini gerekli kılmıştır³⁰. Zira bu yaklaşımda kanun koyucu ve uygulayıcılar ayrılmış, birinin diğerinin görevine ve yetkisine müdahale etmesinin engellenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kanunilik ilkesinin uygulanmadığı düşünüldüğünde kanun uygulayıcıları yani ceza verici erkler, bu kez kanun koyucunun yerine geçerek norm ihdas edecektir. Bu durumda ise istikrarlı uygulamadan söz edilemeyecek, keyfi uygulamalar görülecek ve dolayısıyla da ceza hukukunun temel gayesi olan kamu düzenin devamı risk altına girecektir.

Montesquieu tarafından bu şekilde ortaya atılan ilke daha sonra Avrupa’da Beccaria ve Hobbes gibi düşünürler tarafından da savunulmuş ve ilkenin gelişimi sağlanmıştır.

Düşünsel temelleri bu şekilde atılan ilke ilk olarak, 1776 Amerika kıtasındaki Maryland Anayasasında(md.21) yer almıştır. Daha sonra 1787 Avusturya Ceza Kanunu, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, 1794 Prusya Genel Ülke Kanunu, 1791 ve 1793 Fransız Anayasaları, 1810 Fransız Ceza Kanunu da ilkeye yer veren düzenlemeler ihtiva etmiş, kanunlaştırma hareketleriyle birlikte diğer kanunlarda da yer almaya başlamıştır.³¹

²⁹ DEMİRTAŞ,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 113, ÖZGENÇ,İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,s. 92

³⁰ ALACAĞAPTAN,Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.4

³¹ DEMİRBAŞ,Timur,Ceza Hukuku Genel Hükümler,s. 113

İnsan haklarına ilişkin günümüzdeki uluslar üstü belge niteliğindeki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi) de paralel mahiyette ilkeye yer vermişlerdir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 11. maddesi ilkeyi şu şekilde düzenlemiştir:

“Hiç kimse, işledikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçu işlemediği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.”³²

Ülkemizde ilkenin kabulü, batıdan pek sonraları olmamış ancak gerçek manada uygulanması ve meşruiyetinin kabulü epey zaman almıştır. İlk olarak 1876 Anayasası’nın 10. maddesinde ilkeye ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme şu şekildedir:

“Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse, kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.”

Daha sonra 1924 Anayasası’nın 68, 1961 Anayasası’nın 33, 1982 Anayasası’nın 38. maddeleri kanunilik ilkesini benimsemiştir³³. Daha sonra da Türk ceza hukukunun temel metni olan ceza kanunlarının giriş kısmında genel ilkeler kapsamında ilkeye yer verilmiştir. 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girerek 1 Haziran 2005 tarihine kadar uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 1. maddesi ilkeye yer vermiş şu şekilde düzenlemiştir:

³² TOSUN, Öztekin, Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, s. 4

³³ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 215

“Madde 1-Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezadan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”³⁴

Bu şekilde ceza kanunlarımıza da giren ilke artık Devletin temel kuruluşunu düzenleyen Anayasamızda, ceza yahut kabahat öngören tüm yasalarımızda kabul edilmiş, ve uygulanma alanı bulmuştur. Her ne kadar ilkenin doğduğu ve geliştiği topraklar ülkemiz toprakları olmasa da her alanda olduğu gibi batı medeniyeti ve standartlarına erişme gayesi ve insanımıza verilen değerin önem kazanması neticesinde artık bu ilke açısından diğer uygar devletlerle aynı düzeyde bir uygulama imkanı bulunmuştur.

C) İlkenin Amacı

İlkenin doğuşunun temelinde insan hakları ve özgürlükleri bulunmaktadır. Yani kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin amacı insan hürriyetlerini teminat altına almaktır şeklinde bir özetleme yapmak mümkündür. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin amacı kişi özgürlük ve güvenliğini teminat altına almak ve iktidarın kişiler üzerindeki hareketlerinde keyfiliği önlemektir. Buna göre işlenen bir fiil düzenlenen kuralın içeriğindeki soyut tanım içine giriyorsa cezalandırılacak aksi halde cezalandırılmayacaktır. Bu hem hareket açısından hem de hareketi gerçekleştiren kişiler açısından uygulanacak, bu şekilde bir nevi eşitlik ve belirlilik sağlanmış olacaktır. İlkenin amacı bu şekilde kısaca belirtilebilir. İlkenin mahiyeti konusunda incelemeyi derinleştirdiğimizde, yani ilkenin sonuçları ve gerektirdikleri açıklandıkça, ilkenin amacı da daha da belirginleşecektir.

³⁴ YILMAZ, Zekeriya, TCK, CMUK, CİK, TMK, s.89

Dünya üzerinde insanların toplu başkaldırı yahut toplumsal reflekslerinde temel sebep hep özgürlük istekleri olmuştur. Genel devlet teorisini temel konularından otorite- hürriyet dengesi her iktidarın başlangıcını yahut sonunu teşkil etmiştir. İktidarlar halka serbesti tanıdığı ölçüde kendi güçlerini kaybettiklerini düşünmüş ve yakın döneme kadar bundan kaçınmışlardır. Bunun neticesinde halk daima baskı altında tutulmuş ve sınırlandırmanın yolları aranmıştır. Ancak en bariz örneğini Fransız ihtilali teşkil eden toplumsal bir takım hareketlenmelerde artık halklar daha fazla hürriyet talep eder hale gelmişlerdir. İktidarların kendi sahip oldukları güçleri halkla paylaşmak durumunda kalmaya başlamaları ile yeni bir dönem başlamış, ve iktidar için halk yerine, halkın hizmetinde bir iktidar anlayışı hakim olmaya başlamıştır. Bu da iktidarın keyfi davranmasının önüne geçmiş, ve insana insan olmasından dolayı verilen değeri artırmıştır.

İşte kanunilik ilkesi de bu anlayış çerçevesinde ortaya çıkmıştır. İktidarın yahut cezalandırma yetkisine sahip diğer kurumların tamamen kendi keyfi tavırları yerine, artık bazı standartlar koymak ve iktidarı da bunlara uymaya mecbur kılmak gerektiği düşüncesi belirlemeye başlamıştır. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin temelini keyfiliği önlemek olduğu savunulabilecektir. Bunun neticesinde insanlar kendini güvende hissedecek, yasaklanmış davranışlar önceden belirlendiğinden, bu davranışları işlemediği müddetçe özgürlüklerine dokunulamayacağı garantisi altından serbest bir yaşam sürme hakkına sahip olacaktır.

D) Kanuniliğin Mahiyeti

İlkenin fikri bazda en kuvvetli savunucularından Cesare Beccaria, Suç ve Cezalar Hakkında isimli eserinin sonuç kısmında kanunilik ilkesinin sonucunu şu şekilde ifade etmektedir³⁵:

³⁵ **BECCARIA**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s.31

“Suçlara ilişkin cezaları yalnızca yasalar belirler. Bu otoritenin kaynağı, toplumsal sözleşmeyle birleşmiş bütün toplumu temsil eden yasa koyucunun kendisidir sadece. Toplumun aynı zamanda bir üyesi olan hiçbir yargıç, aynı toplumun bir başka üyesini, adalet adına yasaca öngörülme­yen cezalara çarptıramaz. Ayrıca, yargıcın, yasalara saptanmış sınırı aşarak artırılmış bir cezaya hükmetmesi de haksızdır, yasaya aykırıdır”

Bu şekilde düşünür sonuçlarını ifade ettiği ilkenin aynı zamanda kapsamını da ifade etmektedir.

1) Suç ve Cezaların İhdasında Kanunilik İlkesi

Kanun olarak ifade edilen hukuki düzenlemenin neyi ifade ettiğini daha önce belirtmiştik. Her hukuk sisteminde düzen sağlayıcı kurallar vardır. Bu kuralları içeren hukuki metinler de benzer özellikler ihtiva eder. Bunların en başında Anayasalar gelir. Kurallar hiyerarşisi denilen sistemde, bir üstteki düzenlemeye uygunluk taşıması gereken düzenlemeler açısından kanun anayasaların hemen altında yer alır.

Türk hukukunda Kanun belli dönemlerde yapılan gizli oy ve açık sayım esasına dayanan ve halkın tümünün katılımının hedeflendiği seçimlerle belirlenen halk temsilcilerinin oluşturduğu Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, yine Anayasa ve diğer kurallarla şekli belirlenen bir biçimde hukuk dünyasında meydana getirdiği hukuki metinlerdir. Kanunlar Anayasaya uygun olmak zorundadır.

Suçta kanunilik ilkesi gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Keza, kanunun açıkça cezayı artırıcı bir neden olarak öngörmediği bir husustan dolayı da kimsenin cezası artırılamaz. Cezada kanunilik ilkesi gereğince, hiç kimse belli bir suçla ilgili

olarak kanunda öngörülmeeyen bir ceza ile yada kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz³⁶.

Suç ihdasında ve bu suçlar için öngörülen yaptırımların tespitinde kanunun tekeli vardır. Kanun adı altındaki düzenleme dışında hiçbir düzenleme yahut uygulama ne bir davranışı suç olarak kabul edebilir, ne de suç olarak belirlenmiş bir davranışa ceza takdir edebilir.

1982 Anayasasının 38. maddesinin ilk fıkrası suç ihdası açısından kanunların tekelciliğini hüküm altına almıştır. Buna göre; “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz...”. Bu ifade suçun ancak kanunlarla konulabileceğini mutlak olarak belirlemektedir. Kanun dışında herhangi bir hukuki olsun olmasın düzenleme yahut uygulamayla karşılığında ceza öngörülerek bir davranış yasaklanamaz. Anayasamızın aynı maddesinin 3. fıkrası ise ceza ihdas etmede de kanunun tekeli bulunduğunu kesin olarak belirlemiştir. Buna göre de; “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”

Bu ifadeler özellikle seçilmiştir. Zira bu ifadelerle kesin olarak belirlenmek istenen suç, cezanın ancak ve sadece kanun ile belirlenmesi gereğidir. Anayasamızın 38. maddesi yasama organı, yürütme gücü ve hakim açısından sonuçları olan temel direktif koymuştur³⁷. Yasamaya yüklenen görev suç ve ceza öngören düzenlemelerin mutlaka kanunla gerçekleştirilmesidir. Bu suç ve cezaların ihdasında kanunilik ilkesi gereğidir. Bu düzenleme direktif olarak yasama organına hitaben bulunsa da, hukuk sistemi açısından ve özgürlükler açısından da tüm topluma dönük bir yönü vardır. Zira anayasada böyle bir hükmün yer almış olması kişilere yasakların kapsamını bilme ve ona göre davranma serbestisi tanıyacaktır.

³⁶ ÖZGENÇ,İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 93

³⁷ ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, s. 354

Dolayısıyla yasamaya verilen bu direktif direkt olarak kişi özgürlüğüne verilen değerin ifadesidir.

2) Suç ve Cezaların Uygulanmasında Kanunilik İlkesi

Suç ve ceza ihdasında kanuniliği belirledikten sonra, kanunca konulan yani kanuna dayanan suç ve cezaların uygulamasını da incelemek gerekmektedir. Zira yalnızca kanun şeklinde ihdas edilmeleri suç ve cezaların kanunilik ilkesi çerçevesinde yapıldığını göstermez. Kanunlarca soyut tanımlarla suç olarak tanımlanan davranış genellemelerinin, somut bir olayda uygulanması sorunu gündeme gelecektir. Zira kanunlar marifetiyle bazı davranış türleri yasaklanmaktadır ancak olağan hayatta gerçekleştirilen hareket ve davranışların bu kalıplara uyup uymadığının tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada hakimlere vazife düşmektedir. Hakimler kanunlarda suç olarak belirlenmiş davranışların işlenmesi halinde somut olayın özelliklerine göre yine kanunda o suç karşılığı öngörölmüş cezaya hükmedeceklerdir. Hakimlerin uyguladıkları erteleme, cezanın aşağı ve yukarı sınırı arasında tercihte bulunmak gibi kanunilik ilkesi dışında gibi görünen ve bazı bireyselleştirme enstrümanları ise yine ceza öngören kanunlarca hakime verilen yetki çerçevesinde uygulandığı için kanunilik ilkesinin dışına çıkıldığı anlamına gelmeyecektir. Zira takdir hakkı olarak tanımlanabilecek olan hakime verilen serbesti yine bizzat kanunlarca düzenlenmekte ve sınırları belirlenmektedir. Uygulayıcı yani hakim yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacak, kanunda öngörölen cezaları, artırım indirim oranlarını değiştirerek uygulayamayacaktır.

Özetle kanunilik ilkesinin uygulamada en önemli sonucu hakimlerin kişileri keyfi olarak cezalandırmalarını yahut cezadan kurtarmalarını engellemektir. Böylece benzer davranışlar sergileyen herkes aynı yaptırımlarla karşılaşacak, bu da kişilerin aklındaki hukuki güvenlik

duygusunu kuvvetlendirecektir. Yine bu şekilde benzer uygulamalar yapılması kişilerin neyin yasak ve neyin serbest olduğu konusunda tam bilgi sahibi olmalarına imkan sağlayacaktır. Beccaria'ya göre de hakimler yasanın göstermediği bir cezaya hükmedemez. Hakimler yurttaşları daha önceden öngördüğü bir cezadan başka bir cezaya çarptıramazlar. Hiçbir hakim kamunun çıkarı düşüncesiyle bile olsa suç karşılığında yasanın gösterdiği cezayı ağırlaştıramaz³⁸

E) Türk Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi ülkemizde artık uzun yılların getirdiği yerleşmişlikle, uygulanmasının gerekliliğinde şüphe duyulmayan bir hal almıştır. Asıl inceleme konumuz bu ilkenin Anayasamızdaki görünümü olmakla birlikte, ceza hukukumuzun başlıca kaynağı olan ceza kanunumuzdaki durumu da irdelemekte fayda vardır. Tarihsel gelişimi içerisinde, 1 Temmuz 1926 dan 1 Haziran 2005 e kadar yürürlükte kalan 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeden bahsetmiştik. Paralel düzenlemeye, bu kanunu mülga ederek 1 Haziran 2005 de yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda da yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun ilkeyi düzenleyen 2. maddesi şu şekildedir:

“Madde 2-(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.³⁹”

³⁸ CENTEL,ZAFER,ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş s. 48'den naklen.

³⁹ BAKICI,Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.11

Türk Ceza Kanunumuzdaki bu düzenlemeyi bu şekilde ifade ettikten sonra, söz konusu düzenlenin madde gerekçesini de buraya aktarmak, maddenin ifade etmek istediği anlamı kavramak açısından ehemmiyet arz etmektedir. Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“MADDE 2-GEREKÇESİ: Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus "ceza kanunları dar yorumlanır" biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”⁴⁰

Suçta ve cezada kanuniliği düzenleyen Türk Ceza Kanunun 2. maddesinin gerekçesi bu haliyle, yalnızca madde metninin neyi ifade ettiğini anlatmakla ve hangi düşünceyle ihdas edildiğini belirtmekle kalmayıp, aynı zamanda ilkedен ne anlaşılması gerektiği konusunda da ip uçları vermektedir. Kişi hürriyetleri açısından çok önemli olan bu ilkenin düzenlemesine ilişkin maddenin gerekçesinde böylesine açıklayıcı davranılması gerekli olduğu kadar, hukukumuz açısından da övünülmeye değerdir.

Maddenin ilk fıkrası incelendiğinde olumsuz bir ifade şeklinin kabul edildiği fark edilmektedir. Bu şekilde kanun, serbestinin kural, yasağın istisna olduğunu göstermek istemiş, ve anlamın ağırlığını kanun kelimesi üzerinde toplamıştır. Kanunda yazılı olmayan bir cezanın verilemeyeceğini belirten ibare de aynı düşünce ile hareket edildiğini göstermektedir. Anayasamızda ki

⁴⁰ EROL, Haydar- Türk Ceza Kanunu, s.95

kanunilik ilkesini düzenleyen madde ile bu düzenlemenin paralellik arz etmesi de hukukumuz açısından isabetli olmuştur.⁴¹

Kanunsuz suç olmaz kuralının ceza kanunumuzda “ kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için, kimseye ceza verilemez...” şeklinde ifade edilmesi, bir anlamda devlete yüklenen bir yükümlülük bulunduğunu ifade eder. Devlet yahut iktidar, bir davranışı suç adı ile yasaklamak isterse bunu kanunla gerçekleştirmek zorundadır. Aynı maddede geçen açıkça kelimesi ise suç ve cezalarda kıyasın uygulanamayacağını belirtmektedir. Kanunsuz suç olmaz kuralının tamamlayıcı yönü kanunsuz ceza olamayacağıdır. Kanunda suçun cezasının belirlenmiş olması suçların cezalandırılmasında şarttır. Bu nedenle kanunun yasak ettiği bir fiilin cezası belirlenmemişse o fiil suç değildir.

TCK'nın 2. maddesi bireylerden çok hakimlere hitap eder. Hakim kanunlarca yasaklanmayan bir davranışı suç olarak kabul edemez ve yine kanunlarca belirlenmemiş bir cezaya hükmedemez.

Kanunun 2. maddesi ceza kanunundan değil, genelde kanundan söz eder. Bunun anlamı suç ve cezaların yalnızca ceza kanununda yahut konusu yalnız ceza olan kanunlarda değil, herhangi bir kanunda da belirlenebileceğidir.

F) 1982 Anayasasında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi 1924 anayasasında açık olarak düzenlenmemekle birlikte⁴², 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da düzenlenmiş, kişi hürriyetleri bu yönüyle de teminat altına alınmıştır.

⁴¹ EREM,DANIŞMAN,ARTUK- Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 99

⁴² DEMİRTAŞ,Timur- Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.114, CENTEL,ZAFER,ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.52 vd.

Anayasamızın 38. maddesi ilkeyi şu şekilde ifade etmektedir:

“Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur⁴³.”

Bu düzenleme, ceza hukukunun temel metni olan Ceza Kanununun genel hükümlerindeki ilkeye ilişkin yapılan düzenlemeye paralel bir düzenleme öngörmektedir. Madde metni ceza kanununda olduğu gibi olumsuz bir ifadeyle ilkeyi teminat altına almaktadır. Bir fiilin cezalandırılması için kanunlarca bunun suç sayılması gerekir şeklinde anlaşılabilecek bu ifade, ceza kanunundaki ifadeyle aynı şeyi ifade etmektedir.

Çağdaş hukuk sistemlerinde gerekliliği tartışmasız hale gelmiş suç ve cezada kanunilik ilkesini ülkemiz sisteminde teminat altına alan bu düzenlemeye ilişkin madde gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“Madde gerekçesi:

Bu maddede, suç ve cezaya ilişkin çeşitli temel hükümler yer almaktadır.

Birinci fıkra herkesçe bilinen ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesini koymuştur. Günümüzde ceza yerine geçen bazen failin kişisel durumuna daha uygun düşecek bir ‘güvenlik tedbiri’ uygulandığı için bunlar da “ceza” hükmünden sayılmaktadır. Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarrufu ile konulabilecektir. Keza gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip,

⁴³ YILMAZ, Zekeriya- Anayasa, TCK, CMUK, s. 21

bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanununun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.

Geri yürütülemeyecek kanunları belirleyen bu madde, aleyhteki ceza hükümlü kanunların; yani suç ve ceza koyan yahut mevcut bir suçun cezasını ağırlaştıran kanunların geçmişe yürümeyeceği; diğer bir deyimle, yürürlüğe girmeden önce vaki olaylara uygulanamayacağı öngörülmüştür. Suç ve ceza zamanaşımı yahut ceza mahkumiyetinin diğer sonuçları konusunda da aynı hüküm uygulanacaktır. Zira bu tür yeni hükümler dahi cezayı ağırlaştıran yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. “Geçmişe yürümeme” kuralı suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin tabi sonucudur.”⁴⁴

1) Kapsamı

Bu bölümde suçta ve cezada kanuniliği teminat altına alan Anayasa’nın 38. maddesinin, ilkeye ilişkin fıkralarının mahiyeti değerlendirilecektir. Madde ilkeyi oldukça detaylı düzenlemiştir. Her ne kadar anayasalar teoride devletin hukuk sistemindeki müesseseleri genel açıklamalarla temel unsurlarını belirlemek suretiyle düzenlenmekteyse de Anayasamızın bu ilkeyi her yönüyle belirtmekte olduğu, bu konuda meydana gelebilecek yanlış anlamaları ve yorum farklarını en aza indirme gayretinde olduğu görülmektedir.

a) Suç ve Cezaların Kanunla Konulması Kuralı

Anayasamızın 38. maddesinin birinci fıkrasında çok isabetli bir ifadeyle, düzenleme yapıldığı görülmektedir. Fıkranın ilk cümlesi şu şekildedir:

⁴⁴ SEZER, Abdullah- Türkiye Cumhuriyet Anayasası & İlgili Mevzuat, Beta, 2004, İstanbul, s.125,126

“Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.”

Bu ifade iki şekilde anlaşılabilir. İlk başlıkta belirttiğimiz suç ve cezanın kanunla konulma zorunluluğu, ikincisi ise bir fiilin suç sayılarak cezalandırılabilmesi için fiilin işlendiği sırada bu kuralın ihdas edilmiş ve hukuki meriyet kazanmış olması zorunluluğudur.

“Kanun” kavramının neyi ifade ettiği, girişteki açıklamalarımızda belirtilmişti. Özetle Yasama Organı’nın anayasaca ve ilgili mevzuatça belirlenmiş usul esaslarına uymak koşuluyla, yine aynı esaslar çerçevesinde meydana getirdiği, ihdas ettiği hukuki metinler olarak tanımlanabilecek olan kanun suç ve ceza ihdasında yegane kaynak sayılmıştır.

Anayasamızın 87. maddesi uyarınca yasa yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Yine Anayasamızın 7. maddesine göre ise, Yasama yetkisi devredilemez. Kanun dışındaki düzenleyici işlemlerle (kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ) bir fiil suç olarak nitelendirilemez. Yani bir fiil yasalarla suç olarak belirlenmemişse, bu fiil suç olarak kabul edilemez ve cezalandırılmaz. Bu fiil bu şekilde yasa ile belirlendikten sonra ayrıca cezasının da belirlenmiş olması gerekir. Cezanın mahiyeti ve miktarının belirlenmesi de başka bir kişiye yahut organa bırakılmaz.⁴⁵

Madde “Ceza Kanunu” değil “Kanun” ibaresini kullanmıştır.⁴⁶ Bu durumda suç ve cezalar yalnızca Türk Ceza Kanunu’nda ve hatta başlıca konusu suç ve ceza olan özel kanunlarda değil, kanun şeklinde ihdas edilmiş ve fiilen yürürlüğü bulunan hukuken kanun kabul edilen tüm düzenlemelerde yer alabilecektir. Gerçekten de belli bir alanda düzenleme öngören bir çok kanunda suç ve ceza ihdas edildiği görülmektedir. Örneğin 5682 sayılı

⁴⁵ EREM, Faruk- Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.101

⁴⁶ EREM, Faruk- Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 101

Pasaport Kanunu'nun ilk maddelerinde, yurtdışına çıkış ve ülkemize girişe ilişkin ve pasaportlara ilişkin esaslar düzenlenirken, suç ve cezalar başlığı altındaki son hükümlerinde Yurdumuza giriş ve çıkışlarla ilgili bazı durumlar ve fiiller suç olarak belirlenmiş, bu suçların karşılığı olan cezalar hüküm altına alınmıştır.

Suç ve cezanın kanunla ihdası zorunluluğu kabul edildiğinde, bu ilkenin amaçladığı ilk sonuçlardan birinin kanun önünde eşitlik ilkesini sağlamak olduğu gündeme gelecektir.⁴⁷ Zira kanunlar mahiyetleri gereği belirli kişiler için değil, kim hakkında uygulanacağı bilinmeksizin, ihdas edilen metinlerdir.

İlkenin diğer bir yönü, yine kişi hürriyetleriyle ilgili olmak üzere, kişilere serbesti tanınmasıdır. Buna göre fertlerin yasak olmayanları serbestçe yapabilmek için nelerin yasak olduğunu bilmeleri gerekmektedir. Suçların kamuya ilan olunmuş kanunlarca düzenlenmesi kişilerin nelerin suç olduğunu bilmelerine imkan sağlar. Bu şekilde kişilerin serbesti alanları da belirlenmiş olacaktır.

İlkenin temelde yüzü ise cezalandırma yetkisine sahip kişi ve mercilere dönüktür. Suç ve ceza ihdasının bu şekilde bir kalıp içine sokulması, keyfiliği hedef almaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi gereği kişilerin hukuken kendilerini haksızlığa keyfiliğe karşı güvende hissetmeleri esastır. Bu yönüyle ilke hem kişilerdeki güvenlik hissini kuvvetlendirmekte, hem de cezaların vicdanlardaki meşruiyetini sağlamaktadır. Kişiye özel ve sınırları belirli olmayan cezalar söz konusu olduğunda, kişiler kendilerini haksızlığa uğramış kabul edebilecekken, evvelce belirlenmiş kurallar gereği yaptırımla karşılaşmaları halinde kendi tavırlarının yanlış olduğun düşünebilecek ve ceza hukukunun temel gayesi olan ıslah edilme yönünden de iyi bir noktaya varma imkanı doğabilecektir.

⁴⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT- Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 56

Şüphesiz ki suç ve cezanın kanunla ihdas edilmiş olması bu kuralın uygulanabilirliği açısından yeterli olmayacaktır. Suç ve ceza öngören kanunların açık ve anlaşılabilir olması, meydana gelen durumları kapsayacak şekilde iyi hazırlanmış olması gerekmektedir. Zira açık bir şekilde düzenlenmemiş bir kanun, uygulayıcıyı daha fazla yorum yapmak zorunda bırakacak, bu da meydana gelecek yorum farklılıkları nedeniyle ayrık uygulamalar doğmasına neden olacaktır. Suçta ve cezada belililik ilkesi de denilen, ilkenin bu yönü gereği suç ve ceza öngören yasada suçun unsurları, suç karşılığında verilecek ceza, ağırlatıcı nedenler açıkça belirlenmiş olmalıdır. Aksi durumda işlenen fiilin suç oluşturup oluşturmadığı konusu tereddüde yer verecek, bunun neticesinde de suçta ve cezada keyfilik meydana gelecektir.

b) Suç ve Cezaların Geçmişe Yürütülmesi Yasağı

Anayasamızın 38. maddesinin ilk fıkrası tetkik edildiğinde, suç ve cezaların kanuniliği ile ilgili diğer bir gerekliliğinde aynı fıkra içinde ifade olduğu görülmektedir. İlk olarak yukarıda ifade ettiğimiz suç ve cezanın kanunla konulma zorunluluğu anlaşılmakla birlikte, aynı cümle içinde bir fiilin suç olarak kabulü ve cezalandırılabilmesi için mutlaka buna ilişkin kanun ihdasının fiil işlenmeden önce yapılmış olmasının şart koşulduğu görülmektedir. Bu ifade uyarınca bir fiilin suç olarak kabulü ile cezalandırılabilmesi için fiil gerçekleşmeden evvel bunu yasaklayan kanun hükmünün var olmasının gerektiği belirtilmektedir.

Fiil gerçekleştiği zaman bu fiili yasaklayıcı ir yasal düzenleme bulunmuyorsa bir suç ve bunun karşılığında bir cezadan bahsetmek mümkün değildir. Fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuni düzenleme ile bu fiil suç olarak kabul edilse dahi, söz konusu fiile uygulanamayacaktır. Bu durumda

kişinin fiili kanunen suç olmadığı için işlediği kabul edilecektir. Kişinin işlediği fiilin sonradan suç kabul edileceğini bilmesine imkan yoktur. Bu durumun kabulünde ise kişiler işleyecekleri fiillerin sonradan suç olarak kabul edileceğini düşünmeleri durumunda, hareket serbestileri kısıtlanacak ve rahat hareket etmeleri engellenmiş olacaktır. Bu nedenlerle suç öngören ve ceza ihdas eden kanunlar, yürürlüğe girdikten sonra uygulanmalıdır.⁴⁸

Bu ilke hukukun genel ilkelerinde “ceza kanunlarının makable ademi şümulü” olarak belirtilmektedir.^{49, 50} Bu ilke kabul edilmediğinde kişilerin hareket serbestisi yerini, fiillerinin ilerde suç sayılması endişesine terk edecek ve kişi hürriyetlerinin sınırlandırılması durumu ortaya çıkacaktır. Bu ilke yalnızca sonradan ihdas edilen bir kanunun daha önce meşru kabul edilen bir fiili suç sayması halinde değil; sonraki kanunun evvelce suç sayılan bir fiilin cezasını artırması halinde de gündeme gelecektir. Bu halde her ne kadar fail, işlediği fiil ile ceza kanununu ihlal etmiş ise de, suçu işlerken eski kanundaki cezayı bilmekte olduğu, ceza daha ağır olsaydı suçu işlememe ihtimalinin olacağı kabul edilecektir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu da 1. maddesinde Anayasamızın ilgili hükmüne paralel bir düzenleme ihdas etmiştir. Buna göre, zaman bakımından uygulama başlıklı 7. madde şu hükmü içermektedir:

“Madde 7- İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”

⁴⁸ BAKICI, Sedat- Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.17

⁴⁹ ALACAKAPTAN, Uğur- İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s.35

⁵⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT- Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 101

Elbetteki bu düzenlemeyi ihdas eden yasa koyucunun hangi saikle hareket ettiğinin de önemi bulunmaktadır. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin gerekçesi de kanunun anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Ancak gerekçe incelendiğinde yasa koyucunun fazla ayrıntılı bir açıklamada bulunmadığı gözlemlenmektedir. Söz konusu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade olunmuştur:

“Madde, kanunun zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir. Lehe olan kuralın uygulanacağı kuralı muhafaza edilmiştir. Yürürlükteki usul hükümleri, kesinleşmiş hükümler hakkında lehe olan kanunun nasıl uygulanacağını göstermek bakımından yeterli görülmüştür.”⁵¹

Özetle ceza kanunlarının geçmişe uygulanmasını engelleyen söz konusu hüküm üç temel ilke içermektedir⁵²: bunlardan birincisi; işlendiği sırada suç sayılmayan eylem sonradan suç sayılsa da, fail cezalandırılmaz ve güvenlik tedbirine hükmolunmaz. İkincisine göre; işlendiği sırada suç sayılan eylem sonradan suç olmaktan çıkarılırsa fail cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaz ve sonuncusu ise işlendiği sırada suç sayılan eylemden dolayı hükmolunan ceza veya güvenlik tedbirinin infazı ve yasal sonuçları eylemin suç olmaktan çıkarılmasıyla birlikte kendiliğinden ortadan kalkar.

c) Lehe Hükümün Geçmişe Uygulanması

Ceza kanunlarının geçmişe uygulanması yasağının temelde kişi haklarıyla ilgili olduğunu, kişinin kendini güvende hissetmesi gereğinden doğduğunu, ve yine yasa koyucuların keyfiliklerinden korumak maksatlı olduğunu anlatmıştık. Yine bu amaçlar kapsamında söz konusu ilkeye bir

⁵¹ EROL, Haydar- Türk Ceza Kanunu, C.1, s.176

⁵² CENTEL,ZAFER,ÇAKMUT- Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.100

istisna koyma gereği doğmuştur. Bu istisna lehe kanunun geçmişe yürümesidir. Anayasamız açıkça bu istisnadan bahsetmemektedir. Ancak 38.maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi bu istisnanın varlığını zımni olarak kabul etmektedir. Buna göre:

“Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

Bu hüküm, fiilin işlendiği sırada yürürlükte bulunan cezadan daha ağır ceza vermeyi yasaklamakta; ancak açıkça sonradan yürürlüğe giren lehe kanunun uygulanacağını belirtmemektedir. Bununla birlikte bu durumu da yasaklamamaktadır. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu’ndaki lehe kanun uygulanacağına dair düzenlemenin anayasaya uygun olmadığından söz edilemez. Bilakis Anayasa’nın temelde kişi hak ve hürriyetlerini teminat altına alma işlevini gördüğü düşünüldüğünde, Anayasa’nın ilgili hükmünün de bu ilkeye uygun ve bu ilkeyi belirtmekte olduğu sonucuna varılabilecektir.

Türk Ceza Kanunu’nun ilkeyi düzenleyen 7. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir:

“Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz edilir.”

Bu ilkeyi meydana getiren fikirlerin temelinde sosyal fayda anlayışı vardır. Buna göre yeni ihdas edilen bir kanun, bir fiili suç olmaktan çıkarmışsa, artık o fiili cezalandırmakta sosyal fayda bulunmamaktadır. Cezalandırma gereğinin esasını sosyal fayda anlayışı oluşturduğuna göre bu fiili artık cezalandırmamak gerekecektir. Yeni kanun artık eski kanundaki cezalandırma şartını yahut ceza miktarını adil bulmamaktadır⁵³. Bu durumda

⁵³ ÖZGENÇ, İzzet- Türk Ceza Hukuku, s.111

son düzenleme sosyal hayata ve kamu düzenine daha uygundur. Bu nedenle failin lehine olan yeni düzenleme uygulanmalıdır.

“Lehdeki kanunun makale şamil olması”⁵⁴ olarak belirtilen bu ilke uyarınca lehe olan yeni kanunun geçmişe etki yapması durumunda, bir kazanılmış haktan söz edilemeyecektir. Eski kanundaki ağır cezayı uygulama yönünden toplumun kazanılmış bir hakkı olduğu düşünülse dahi, toplum kendi seçtiği yasa koyucular marifetiyle bu kazanılmış hakkında vazgeçmiştir. Lehe olan ceza kanunun geçmişe yürümeyeceğini kabul etmek, yasa koyucunun artık kendisinin bile inanmadığı bir adalet anlayışıyla faili cezalandırması⁵⁵ demek olacaktır.

Bu ilke kabul edildiğinde ise hangi yasanın failin lehine olduğu sorunu gündeme gelmektedir. Genel olarak belirtmek gerekirse; doktrinde ve yargı kararlarında hapis cezasını öngören yasanın, adli para cezasını kabul eden yasaya göre, aynı neviden ceza içeren yasalardan; yukarı sınırları aynı ise aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınırı az olan yasaya göre, aşağı sınırları aynı ise yukarı sınırı fazla olan yasanın üst sınırı az olan yasaya göre, alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde üst sınırı fazla olanın az olana göre aleyhe olduğu, şikayete tabi olan suç, kamu adına kovuşturulması gereken bir suç haline getiren yasanın aleyhe, kamu adına kovuşturulan suç, şikayete tabi suç haline getiren yasanın lehe, aynı cezaya ilave olarak güvenlik tedbiri kabul edilen yasanın aleyhe olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶ Lehe yasanın hangisi olduğu yapılan yargılamada, mahkemece belirlenecektir.

Türk Ceza Kanunu’ndaki 7. maddenin 1. fıkrasında lehe olan kanunun kendiliğinden geçmişe etkili olacağı belirtilmektedir. Buna göre lehe olan kanun ayrıca yargı kararına gerek olmadan geçmişe etkili olacaktır. Suç teşkil eden bir fiilin, sonradan yürürlüğe giren bir yasayla suç olmaktan çıkarılması

⁵⁴ **ALACAKAPTAN**, Uğur- İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği prensibi, s. 36,37

⁵⁵ **EREM**, Faruk,- Türk Ceza Hukuku,s.81

⁵⁶ **DEMİRBAŞ**,Timur- Ceza Hukuku, s. 132

durumunda lehe olan kanunun geçmişe uygulanması noktasında bir sorun bulunmamaktadır. Fakat sonuçları itibariyle lehe olan kanunun geçmişe uygulanması yargısal bir değerlendirmeyi yani bir yargı kararını gerektirmektedir.⁵⁷

d) Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Kanunla Konulma Zorunluluğu

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında yaptığımız açıklamalarda her birinin neden ve sonucu olarak gördüğümüz suç ve ceza kavramlarını açıklamış, cezaların kanunla konulma zorunluluğunu da konu bütünlüğü içerisinde anlatmıştık. Bu bahiste ise güvenlik tedbirleri açısından kanunilik ilkesi tartışılacaktır.

Güvenlik tedbirleri suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibariyle sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan müeyyidelerdir. Güvenlik tedbirleri önleyici niteliktedir. Suçlu tehlike hali arz ediyorsa onun hakkında bir iyileştirmenin gerektiği düşüncesine dayanmaktadır⁵⁸. Güvenlik tedbirleri, cezaların uygulanmadığı yahut uygulansa da yeni bir takım suçların işlenmesine engel olunamayacağı durumlarda gündeme gelmektedir. Bu yönüyle güvenlik tedbirleri ceza sistemini tamamlayan tedbirlerdir. Güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulabilen, kişiyi ıslah etmek, topluma yeniden dahil olmasını sağlamak ve toplumu da tehlikeden korumak amacıyla, yargısal bir kararla hükmedilebilen, hükümlüye bazı sınırlamalar ve temel hak ve hürriyetlerde kısıtlamalar öngören yaptırımlar olarak tanımlanabilir⁵⁹.

Güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitap, üçüncü kısım, ikinci bölümde; 53 ve 60. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu bölümde düzenlenen güvenlik tedbirleri, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma,

⁵⁷ EROL, Haydar- Türk Ceza Hukuku, C.1, s. 185

⁵⁸ ÖZGENÇ, İzzet- Türk Ceza Hukuku, s. 129

⁵⁹ ÇOLAK, Haluk- "Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı", Yargıtay Dergisi, C.26, S.3, s.336 vd.

eşya müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, velayet hakkının kaldırılması, vasi tayini ve nafaka yükümlülüğü, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri şeklinde sayılabilir.

Güvenlik tedbirleri bir ceza olmayıp failin geleceğine yönelik tedbirlerdir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için dört şart bulunmalıdır. İlk olarak işlenen fiilin toplum için tehlike halinin belirtisi olarak algılanabilir nitelikte olması gerekir. Güvenlik tedbirlerine ancak suçun işlenmesinden sonra hükmedilebilecektir. Güvenlik tedbirine hakim tarafından hükmedilmiş olunmalıdır ve son olarak da ki konumuz açısından en önemlisi; güvenlik tedbirinin kanun tarafından öngörülmüş olmalıdır. Güvenlik tedbirini gerektiren fiillerin neler olduğu ve uygulanacak tedbirler kanunda gösterilmelidir. Anayasamızın 38. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen; “ ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” ibaresi bu durumu hüküm altına almaktadır^{60,61}. Bu bakımdan ifade de dikkate alındığında, ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerini Anayasa’nın ceza gibi telakki ettiği ve ceza ihdasında şart olarak koyduğu kanunla konulma kuralını aynen güvenlik tedbirlerinde de mer’i kıldığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle suç ve cezaların kanuniliği konusu altında gerçekleştirdiğimiz tüm açıklamalar bu bahiste de cari olacaktır. Zira belirtildiği gibi Anayasamızın 38. maddesinde “ ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde de, “Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” Hükmü ile Anayasamızdaki bu ilkeye paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

Suç ve cezaların kanuniliği başlığı altında yaptığımız açıklamalardan biri de geçmişe yürüme yasağı ilkesiydi. Güvenlik tedbirlerinin ihdasında ve

⁶⁰ EROL, Haydar- Türk Ceza Kanunu, C.1, s. 711

⁶¹ BAKICI, Sedat- Ceza Hukuku Genel Hükümler ,s.1041

uygulamasında, suç ve cezalarda olduğu gibi kanunilik ilkesinin cari olacağını kabul ettiğimize göre, bu ilkeyi de yani geçmişe yürüme yasağı ilkesini de istisnası olan lehe hüküm durumu dışında güvenlik tedbirleri bakımından cari saymak durumundayız⁶². Bu teorik temelden sonra yasal düzenlemeyi de belirtmek gerekmektedir. Zaten Türk Ceza Kanunumuz da zaman bakımından uygulama başlıklı 7. maddesinde “böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.” İfadesiyle cezalar yönünden kabul edilen zaman bakımından uygulama kurallarının tümünün güvenlik tedbirleri bakımından da uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren yeni bir yasa o fiil için bir güvenlik tedbiri öngörmüşse, aleyhe olan bu yeni yasa geriye yürümeyecektir. Bunun istisnası ise fail açısından lehe düzenleme öngörülmüş olmasıdır. Buna göre de fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan yasanın güvenlik tedbiri öngördüğü, ancak yeni yasanın bu güvenlik tedbirini kaldırdığı hallerde eski yasaya göre hükmolunan güvenlik tedbirinin infazı ve yasal sonuçları kendiliğinden kalkacaktır⁶³.

Ancak bu şekilde kanunilik ilkesi açısından benzer kurumlar olarak görünen ceza müessesesi ile güvenlik tedbirlerinin aynı şey olmadıklarını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Başlangıçta yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere güvenlik tedbirleri her ne kadar cezaya benzeseler de, bir cezaî yaptırım değildirler. Cezanın amacı bastırma iken bu tedbirler daha çok önleme gayesi gütmektedir. Anayasa Mahkemesi de güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku yaptırımı olmadığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin kararı uyarınca; suç işlememiş kişi hakkında yaşadığı hayat tarzı nedeniyle toplum için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle tedbir uygulanabileceğin, fakat bu tedbirin ceza hukuku alanına girmeyeceğini ve ancak kolluk tedbiri olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi , toplumun tehlikeden korunması için suçluların eğitilebileceğini, yetiştirilebileceğini ve hatta toplumsal ve psikolojik yönlerden tedavi edilebileceğini ifade etmiş, ceza

⁶² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s. 608 vd.

⁶³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 725

yaptırımlarının temel amacının “ hükümlülerin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltmek yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirdikten sonra toplum içine serbest bırakmak” olduğuna karar vermiştir⁶⁴.

Bu açıklamalar ışığında ceza ile güvenlik tedbirlerinin tamamen aynı şeyleri ifade etmemekle birlikte kanunilik ilkesi açısından aynı usule tabi oldukları anlaşılmaktadır.

e) Kanunilik İlkesinin Suç ve Ceza Zamanaşımı Konusunda Uygulanması

Kanunilik ilkesinin neyi ifade ettiği bu bölüme kadar ki açıklamalarımızda belirlenmişti. Şimdi kanunilik ilkesinin suç ve ceza zamanaşımı ve ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda ne ifade ettiği belirlenmeye çalışılacaktır.

Kanunilik ilkesini kısaca, suç ve cezaların bizzat kanunla ihdası zorunluluğu getiren ilke olarak tanımlayabiliriz. Bu çeşit bir tanım doğru olmakla birlikte ilkeyi tanımlamaya yeterli olmayacaktır. Zira kanunilik ilkesinin bir diğer yönü de kanunla bile gerçekleştirilse suçun işlendiği zamanda meri olan cezadan daha fazlasına faili mahkum edememektir. Bu halde bu çeşit bir kanun failin aleyhine olduğu için uygulanamayacaktır.

Zamanaşımı devletin, belli bir süre geçtikten sonra suç hakkındaki davaya devam etmemeyi ya da faili cezalandırmaktan vazgeçmeyi önceden kabul etmesi demektir. Bu halde eğer zamanaşımı davayı düşürüyorsa dava

⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.725

zamanaşımı, cezanın infazını engelliyorsa ceza zamanaşımı olarak adlandırılacaktır.⁶⁵

Zamanaşımı müessesesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66-72 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Anayasamızın 38. maddesinde dava ve ceza zamanaşımı kabul edilmiş, maddenin ikinci fıkrasında; suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da birinci fıkranın uygulanacağını yani kanunilik ilkesine uygun hareketle suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun esas alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁶⁶

Zamanaşımı müessesesinin de suç ve cezalar gibi kanunilik ilkesine tabi tutulmasının en önemli sebebi, zamanaşımının da aynen suç ve cezalarla güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi, failin temel hak ve hürriyetleriyle, özgürlükleriyle ilgili olmasıdır. Bir fiilden dolayı zamanaşımının oluşması demek, artık faili o fiil sebebiyle suçlandıramamak ve cezalandıramamak anlamına gelecektir. Aleyhe yasa değişikliklerinin uygulanamamasının temel mantığını oluşturan fail eğer işlediği fiilin yaptırımının daha ağır olduğunu bilseydi belki işlemeyecekti fikrini zamanaşımı müessesesinde de uygulamak mümkündür. Ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunu bilmemek mazeret sayılmaz⁶⁷ düsturundan hareketle, kişilerin kanunen fiilleri için öngörülen sonuçlardan haberdar oldukları ve bunları göze alarak hareket etmekte oldukları düşünüldüğünde, artık kişinin fiili işlediği sırada bu fiilinden dolayı sorumlu tutulacağını öngördüğü süreyi uzatmak adil olmayacaktır. Kaldı ki; bunun aksi düşünüldüğünde keyfi uygulamalar gündeme gelebilecektir.

Bu sebeplerle lehte yasa değerlendirmesi zamanaşımı öngören yasalarda da mecburidir. Buna göre sonraki yasa daha kısa zamanaşımı

⁶⁵ AnyMK. 09.03.1971, 1970/42 E., 1971/30 K., RG: 23.11.1971

⁶⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.624

⁶⁷ BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1236

süresi getiriyorsa, lehte olduğu için bu yasa hükümleri uygulanmalıdır. Sonraki yasa yürürlüğe girdiğinde, önceki yasaya göre zamanaşımı süresi dolmuşsa ortada bir sorun olmayacaktır. Ancak, zamanaşımı süresi dolmamışsa ve yeni yasa bu süreyi uzatmaktaysa yeni yasa failin aleyhine olduğu için uygulanmamalıdır. Zamanaşımını kesen yahut durdurun sebepler açısından ise kesme ve durmayı kolaylaştıran, örneğin bu konuda daha çok seçenek öngören yasanın aleyhte, seçenekleri sınırlandıran yasanın ise lehte olduğu kabul edilmelidir.⁶⁸

Öğretide zamanaşımını düzenleyen kuralların mahiyeti konusunda düşünce farklılıkları oluşmuştur. Buna göre zamanaşımı müessesesi usul hukuku kuralları olduğu için usul kanunlarında yapılan değişikliklerin uygulanması prosedürü uygulanmalıdır. Usul hükümlerinin, maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlerden en önemli farkı “derhal uygulama” ilkesidir. Buna göre, usul hükümlerinde bir değişiklik olduğunda artık, failin lehine yahut aleyhine olup olmadığına bakılmayacak ve derhal uygulanacaktır.^{69,70}

Ancak Anayasamızın 38. maddesinin 2. fıkrası açık olarak suç ve ceza zamanaşımına ilişkin yasa hükümlerinde değişiklik yapılması durumunda, maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının cari olacağını kabul etmiştir.

f) Kanunilik İlkesinin Ceza Mahkumiyetinin sonuçları Konusunda Uygulanması

Kanunilik ilkesinin ceza mahkumiyetinin sonuçları bakımından da uygulanması denildiğinde, ceza mahkumiyetinin sonuçlarının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

⁶⁸ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.105

⁶⁹ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s.126

⁷⁰ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku, s. 139

Bazı yazarlar⁷¹ ceza mahkumiyetinin sonuçları başlığı altında, müsadere, kamu hizmetlerinden yasaklılık, kanuni kısıtlılık ve benzeri uygulamalara yer vermişlerdir. 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuz ise bu kurumları 53 ve 60. maddeleri arasında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, eşya müsadere, kazanç müsadere gibi başlıklar altında düzenlemiş ve bunların güvenlik tedbiri olduklarını belirlemiştir. Daha önceki açıklamalarımızda güvenlik tedbiri kavramının neyi ifade ettiği ve kanunilik ilkesi açısından konumu incelenmişti. Bu bakımdan ceza mahkumiyetinin sonuçları olarak öngörülen bu düzenlemelerin icrasında da kanunilik ilkesinin cari olması gerektiği tabîdir.

Suçun incelenmesinde kullanılan, suç sonucu elde edilen, kendisinin bulundurulması bizzat suç teşkil eden varlıkların mahkeme kararıyla elinde bulundurandan zorla alınması olarak tanımlanabilecek müsadere, bir suçun işlenmesi sebebiyle failin belli işleri icrasının yahut kamu hizmetlerinden yasaklanması veya failin sahip olduğu bazı hukuki yetkilerin sınırlandırılması gibi ceza mahkumiyeti sonucu gündeme gelen yaptırımlar, muhakkak ki kişilerin mülkiyet, çalışma hakkı gibi bir takım temel haklarına yönelmektedir. Bu bakımdan suç ve cezalarda olduğu gibi, bu sonuçlar yönünden de uygulayıcıların kanun kalıbı içinde kalması gerekmektedir. Yine keyfiliğin, farklı uygulamaların ve en önemlisi kişilerin sahip olduğu hukuki güvenliklerinin zedelenmesinin engellenmesi bu şekilde sağlanabilecektir. Bunun içindir ki Anayasamız suç ve cezalarda öngördüğü kanunilik ilkesinin aynen ceza mahkumiyetinin sonuçları açısından da uygulanmasını şart koşmuştur.

G) Suçta Kanunilik İlkesi ve Çerçeve Kanun (Beyaz Hüküm)⁷²

⁷¹ İÇEL, Yaptırım Teorisi, s. 137

⁷² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s.94 vd. ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.121, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.57

Suçta ve cezada kanuniliğin neyi ifade ettiği buraya kadarki açıklamalarımızda belirtilmiştir. Buna göre hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceğinin ve bunlara karşılık uygulanacak yaptırımların kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunumuz 2. maddesinde suç ve cezanın kanunda “açıkça” belirlenmiş olması gerektiğine hükmetmektedir. Ancak fiilen bazı kanunlarla yapılan düzenlemelerde suç ve cezaların açıkça yasalarda belirtilmesi gerektiği kuralına uyulmamaktadır. Örneğin 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanunu’nun 3. maddesi aynı kanunun birinci maddesine gönderme yaparak, birinci maddede belirlenen kurallara uyulmaması sonucuna yaptırım öngörmektedir. Ancak birinci madde incelendiğinde burada belirtilen kuralların Bakanlar Kurulunca belirleneceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. Bu durumda açıkça suç oluşturan fiillerin bakanlar Kurulunca belirleneceği anlaşılmaktadır.

Bu düzenleme ile suç teşkil eden fiiller tanımlanmamakta, tanımlama işlemi Bakanlar Kurulu’na bırakılmaktadır. Bu tür hükümlere öğretide “çerçeve kanun” denilmektedir.

Suç ve cezaların kanuniliği konusunda yaptığımız tüm açıklamalardan anlaşılacağı üzere yalnızca suç karşılığı öngörülen cezanın değil, aynı zamanda bizzat suçun da kanun tarafından açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu haliyle suç ve cezaların kanuniliğini düzenleyen Anayasa’nın 38. maddesine aykırıymış gibi duran bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ise Anayasa Mahkemesi’nce yerinde görülmemiştir.⁷³ İlgili karar uyarınca Anayasa Mahkemesi şu ifadeye yer vermiştir:

“... 1567 sayılı Kanunun 3. maddesi ise; “İcra Vekilleri Heyetince” 1. maddeye istinaden ittihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin

⁷³ AnyMK. 28.03.1963 t. Ve 4/71 s. kararı (AMKD, S. 1, s. 161vd.)

etmiştir. Bu hükümle; suçun kanuni unsuru “İcra Vekilleri Heyetinin” 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktadır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir.”

Anayasa Mahkemesi’nin bu gerekçesine katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi suçu belirleyecek merciin kanunla belirtilmiş olmasını yeterli görmektedir. Bu halde ise kanun koyucunun kanunla konulması zorunlu olan suç ihdası yetkisini yaptığı kanunla başka bir mercie devretmesi sorunu gündeme gelecektir. Oysa ki, yine Anayasamızın 7. maddesi şu amir hükmü tesis etmektedir:

“Madde 7- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez.”

Bu amir hüküm karşısında bu kez kanunla suç koyma yetkisini devretme işlemi yine Anayasa’ya aykırı bir hal almış olacaktır. Ancak 1982 Anayasasının 38. madde gerekçesinde bu düşüncemize tamamen zıt görüşlere yer verilmektedir. Bu ifadeler şunlardır:

“... Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına, yani “fiili” göstermeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Korunması Hakkındaki Kanun’un yaptığı gibi. Bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de “ kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.”⁷⁴

Bu halde Anayasa Koyucu tarafından da düşünülen ve gerekçede belirtilen, hatta Anayasa Mahkemesi’nce de kabul gören düşünce uyarınca bir suçu belirleyecek merciin kanun tarafından belirlenmiş olması suçun

⁷⁴ SEZER, Abdullah, Türkiye Cumhuriyet Anayasası, s.125

kanuniliğinin sağlanması için yeterli görülmektedir. Dolayısıyla “çerçeve kanun” olarak tanımlanan bu durumların da kanunilik ilkesine, sonuç olarak da Anayasa’ya aykırı olmadığının kabulü gerekecektir.

Ancak Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarda bunun aksinin de anlaşılabildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun’un, Bakanlar Kurulu’na ithalat rejimi konusundaki kararıyla suç yaratma yetkisi verilmesini Anayasaya aykırı görmektedir.⁷⁵ Bu kararda şöyle denilmektedir:

“Anayasa’nın 91. maddesinde TBMM’ce Bakanlar Kurulu’na Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenemeyecek konular sayılmaktadır. Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıyan 38. maddesi, Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Bakanlar Kurulunca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu Kararı’na bırakılmaktadır. (...) Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır. Bu nedenlerle Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olan ithalat sözcüğünün iptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi daha sonraki bir tarihte aynı gerekçeyle, aynı yasanın bir başka maddesindeki hükmü de Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁷⁶

Yüksek Mahkeme’nin bu içtihatları da dikkate alındığında suçun “açıkça” kanunda belirlenmemiş olması ve bunun bir başka mercie bırakılmış olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

⁷⁵ AnyMK, 6.7.1993-5/25, (AMKD XXXI, 1996, 218 vd.)

⁷⁶ AnyMK, 27.9.1994. tarih ve 421/72, (AMKD XXXI (1996) 443 vd.)

Öğretideki görüş farklılıkları da dikkate alındığında⁷⁷ Anayasamızın suça ve cezada kanuniliği düzenleyen 38. maddesinin gerekçesi ve yeni sayılabilecek tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları arasındaki bu çelişkinin henüz tam olarak açıklığa kavuşmamış olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce ise çerçeve kanun adı verilen bu çeşit düzenlemelerle suç tanımlamasının kanun koyucu dışında başka bir merciin takdirine bırakmak, suça kanunilik ilkesinin dışına çıkmak anlamına gelecektir. Bu şekilde suçun tanımlamasının kanunla başkasına verildiği durumlarda ise yasama yetkisinin devri söz konusu olacaktır. Fakat bu görüşlerimiz ilgili maddenin gerekçesi tarafından kabul görmemektedir.

H) Kanunilik İlkesini Tamamlayan Diğer Esaslar

1) İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamayacağı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince suç olarak kabul edilen fiillerin bizzat yasa koyucunun kanun adı verilen düzenleyici işlemlerle ve yine bu fiillerin işlenmesi sonucu failin karşılaşacağı yaptırımın da yasa koyucu tarafından kanun adı verilen düzenleyici işlemlerle belirlenmesi zorunludur. Temel ilkeyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra genel olarak idarenin, özelde yürütme organının bazı işlemlerinin bu bakımdan irdelenmesi yerinde olacaktır. Her ne kadar idare düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamaz denilse de, “çerçeve kanun” adı verilen bazı düzenlemelerde yürütme organına yani Bakanlar Kurulu’na bu anlamda suç ihdası açısından hayli geniş bir yetkinin de verilmiş olduğu gözlemlenmektedir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamayacağı kuralı gündeme geldiğinde. Sorun teşkil eden bir başka müessese de Kanun Hükmünde Kararnamelerdir.

⁷⁷ Bknz: DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, SAhir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku , C.1 s. 220, ÖNDER,Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s.124, SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.73 vd.

Çerçeve Kanun kavramını ve bu çerçevedeki Yüksek Yargı Organlarının görüşlerini önceki başlık altında incelemiştik. Kanun Hükmünde Kararnamelerin de bu kapsamda incelenmesi yerinde olacaktır. Anayasamızın 91. maddesi'nin ilk fıkrasında;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi; Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. “ denilmektedir.

Kanun Hükmünde Kararnameler adından da anlaşılabilceği gibi, doğurduğu sonuçlar ve etkileri bakımından “kanun” hükmündedirler. Kanunilik ilkesinin temel cümlesi suç ve cezaların kanunla ihdası olduğuna göre, suç ve cezaların kanun hükmünde kararnamelerle de konulup konulamayacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasamız bu düşünceye mahal vermeyecek biçimde net olarak soruna cevap da getirmiştir. Anayasamızın 91. maddesinin 1. fıkrasında ikinci cümle ile şu açık düzenlemeye yer verilmiştir:

“Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”

Bu düzenleme ışığında bir fiilin suç olarak kabulü, kişi haklarında yapılan bir düzenleme olacağından, kanun hükmünde kararnamelerle suç yaratılamayacağı anlaşılabilir.⁷⁸ Anayasa Mahkemesi de bu düşünceyi destekler mahiyette kararlar vermiştir.1993 Tarihli bu kararlarından birinde

⁷⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 117

Kanun Hükmünde Kararnamelerin suç ve ceza ihdasında kaynak teşkil etmeyeceği şu şekilde ifade edilmiştir:

“Anayasanın 91. maddesinde TBMM’ce Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin verilebileceği öngörülmekte ve Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenebilecek hususlar sayılmaktadır. Anayasa’nın suç ve cezalar başlığını taşıyan 38. maddesi, Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenemeyecek yasak alan kapsamına girmektedir. Yürütme organının Kanun Hükmünde Kararnameler ile suç oluşturmaya Anayasa izin vermez iken, düzenleme olanakları ve biçimleri Kanun Hükmünde Kararnamelere göre çok daha kolay olan ve hukuk kuralları hiyerarşisinde daha sonra gelen idari düzenlemeler ile kimi eylemlerin suç sayılması açıklanan kurallara aykırı düşer.”⁷⁹

Yine 1991 tarihli bir kararında da kanun hükmünde kararnamelerin suç ihdasındaki yerini net olarak beyan etmiştir:

“ (...) maddenin (b) ve (c) bentlerinde personelin, para ve para yerine geçen evrak ve senetler ile bilanço, tutanak rapor ve benzeri her türlü belge ve defterler üzerinde işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Yasası’na göre cezalandırılacakları, ayrıca görevlerinden ayrılmış olsalar bile görevleri sırasında edindikleri gizli bilgileri yetkili amirin izni olmadan açıklayamayacakları, aksi takdirde bunlar hakkında Türk Ceza Yasası’nın 229. maddesi hükümlerinin uygulanacağı yer almaktadır.(...) Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirlenen ve kanun hükmünde kararname çıkarmaya kesinlikle kapalı tutulan Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan “ suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. madde ile ilgili olması nedeniyle Anayasa’ya aykırıdır.”⁸⁰

⁷⁹ AnyMK. 6.7.1993, 5/25

⁸⁰ AnyMK, 4.4.1991, 12/7

Gerek müesseseyi düzenleyen Anayasa'daki hüküm gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla artık kanun hükmünde kararnamelerin suç ve ceza ihdasında bir kaynak teşkil etmeyeceği net olarak belirlenmiştir.

Bu çerçevede idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratamayacağı genel kaidesinin iki temel problemi olan “ çerçeve kanun” ve “kanun hükmünde kararnameler” incelenmiş olmaktadır. Neticeten gerek Anayasamız ve gerekse onun en öncü yorumlayıcısı olan Anayasa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda idarenin yani yürütme organının düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratamayacağı belirlenmiş, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bu yönüyle de hukuk sistemimizde kuvvetlenmiş olmaktadır.

2) Kıyas Yasağı

Anayasamızın 38. maddesinde ifadesini bulan kanunilik ilkesi açık bir ifadeyle kıyas yasağı getirmemektedir. Öğreti de kanunilik ilkesinin kıyası yasakladığı ve kıyas yasağının kanunilik ilkesinin tabi sonucu olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.⁸¹ Kıyasın kanunilik ilkesinin dışına çıkılması demek olmadığını belirten müelliflere göre kıyas tam olarak kanunun dışına çıkılması anlamına gelmemektedir. Sonuçta kıyaslama yapılan şey kanunun kendisidir. Bu durumda yine kanuni neticelere varılmaktadır. Buna karşılık doktrinde hakim kanaat kıyasın kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündedir.

⁸¹ EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku 1, s.35, ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, s. 15 vd.

Kıyas; kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olan bir fiilin, bununla bazı benzerlik gösteren başka bir fiil ile ilgili suç tanımı kapsamında değerlendirilmesi⁸² olarak tanımlanabilir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ise 2. maddesinin üçüncü fıkrasında ceza hukukumuzdaki kıyas yasağını net olarak ortaya koymaktadır. Bu düzenleme şu şekildedir:

“Kanunların suç içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Bu düzenlemenin gerekçesi de ceza hukukumuzda kıyasa niçin imkan tanınmadığını belirtir niteliktedir:

“Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanunu’nda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”⁸³

⁸² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s.105, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.53

⁸³ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s. 106

Kıyası tanımladıktan ve kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağından kısaca bahsettikten sonra kıyasa ilişkin ceza kanunlarıyla ilgili bir noktayı belirlemekte fayda bulunmaktadır. Kıyas yasağı, ceza kanunlarındaki tüm maddeler açısından cari değildir. Kanunilik ilkesinin hayatiyeti için kıyas yasağının kanunda yer alan suç tanımlarının kapsamı açısından söz konusu olacaktır. Ceza genel hükümleri olan cezayı arttırıcı veya azaltıcı sebepler, cezayı kaldıran, ceza miktarının belirlenmesinde yok gösteren, suça iştiraki düzenleyen hükümler gibi hükümlerde ise kıyasın yapılabileceği kabul görmektedir. Kıyas yasağı konusunda doktrinde bir diğer tartışma da, aleyhte ve lehte kıyas ayrımı konusunda yaşanmıştır. Bir kısım müellifler ceza hukukunda kanunilik ilkesi kapsamında yasaklanan kıyasın failin durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki aleyhte kıyas olduğunu, buna karşılık failin durumunu hafifletici nitelikteki lehte kıyasın mümkün olabileceğini savunmuşlardır⁸⁴. Bu görüşe göre , cezayı hafifletme, kaldırma ve cezadan vazgeçme gibi konularda kıyasa başvurulabilir. Çünkü kıyas yasağının nedeni, yasaya dayanmadan ceza verilmesini önlemektir. Buna karşılık lehte kıyasta ise failin lehine olan bir işlem yapılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar neticesinde Anayasamızda açıkça belirtilmemekle birlikte ceza kanunumuzdaki düzenleme dikkate alınarak kıyasın Türk Ceza Hukukunda kesin olarak yasaklandığını, bunun kaynağını da Anayasa'da yer alan kanunilik ilkesinden aldığını belirtebiliriz.

3) Hakimlerin Boşluk Doldurma Yasağı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi hakimlerin önüne gelen bir dosyaya hangi kuralları dikkate alarak karar vereceğine ilişkin bir sıralama vermiştir. Buna göre yasalara, yasalarda hüküm bulunmayan hallerde örf adet kurallarına, o da yoksa hakim yasa koyucu olsaydı nasıl bir

⁸⁴ EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku 1, s.35 vd. , ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, s.106

hüküm koyacak idiyse o şekilde bir kabule göre hakim sorunu çözmelidir. Bu düzenleme ceza mevzuatında yer almamıştır. Kaldı ki bu tarz bir çözüm kanunilik ilkesine de aykırı olacaktır. Suç ve ceza sadece TBMM tarafından kabul edilen yasalarla ihdas edilebilecektir.

Kanunda boşluk kavramı, kanunilik ilkesi çerçevesinde ceza hukukunda farklı bir sonuca götürmektedir. Medeni Usul Hukukunda kanunda boşluk olması halinde hakimin ne şekilde davranacağına ilişkin yöntem gösterilmiştir. Fakat kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı çerçevesinde ceza hukukunda kanunda boşluktan söz etmek imkansızdır. Zira öncelikle bir davranışın suç olarak kabulü için yasalarca yasaklanmış olma şartı aranmaktadır. Yani bir suç olması ve bunun yasada belirtilmiş olması halinde söz konusu olabilecek yasal boşluk kavramından ceza hukukunda fiilen söz edilemez.

Bu genel saptamadan sonra yorum kavramından da söz etmek gerekmektedir. Kanunilik ilkesi bu kadar katı bir biçimde tarif edildikten sonra ceza kanunlarının yorumu kavramına da çekinceyle yaklaşmak tabiidir. Fakat belirtmek gerekir ki ceza hukukunda da yorum kaçınılmazdır.⁸⁵ Her ne kadar suç ve cezaların bizzat ve sadece kanunlarca ihdası şartı kabul edilmekteyse de suç ve ceza öngören kanunların genel ve soyut bir nitelik arz etmesi nedeniyle uygulayıcıların yorumlarına muhtaçtır. Yasalar soyut olarak bazı unsurlarla bir takım hareket tarzlarını suç olarak belirlerler. Buna karşılık somut bir olayın veya bir hareketin bu kalıba uyup uymayacağı hakim yorumunu gerektirir.

Yargısal yorum; bir davada ve yalnız o davaya münhasır olmak üzere bir mahkemenin kanunun manasını aramasıdır⁸⁶ olarak tanımlamak mümkündür. Ceza hakiminin kanunu yalnızca uygulamakla yükümlü olduğu,

⁸⁵ EREM,DANIŞMAN,ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.93. , CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT., Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.55

⁸⁶ EREM,Faruk, Türk Ceza Hukuku, s.49

ve onu yorumlayamayacağı görüşüne katılmak mümkün değildir. Kanunu yorumlama zarureti açısından ceza hakimiyle, hukuk hakimi arasında bir fark bulunmamaktadır. Tek fark yorumun derinliğiyle ilgilidir. Bu bakımdan ceza yargıcının yetkisi kanunu yorumlamaktan ibarettir. Kanunu düzeltmek ve eksik bırakıldığını düşündüğü yönleri ikmal etmek gibi yetkileri yoktur.

Yorumun zarureti belirlendikten sonra, yorum konusundaki çok önemli bir noktaya değinmek gerekmektedir. Yorum kavramını temel alarak genişletici ve daraltıcı olarak iki ayrı tarzda değerlendirebiliriz. Genişletici yorumda, yorumu yapan şahıs, kanunda bulunan deyimleri anlatmak istediği şey açısından yeterli görmemekte kelimenin terim anlamından ayrılarak, anlatmak istediğine ulaşmaya çalışmaktadır. Örneğin, “sahip” kelimesi terim olarak değerlendirildiğinde “malik” anlamında değerlendirilecekken, genişletici yorumla “sahip” kelimesiyle hem malikin hem de zilyedin ifade edilmek istendiği sonucuna varılacaktır. Daraltıcı yorumda ise kullanılan kelimelerin manasının anlatılmak istenenin üstünde, ondan fazlasını ihtiva eder mahiyette olduğu düşünülür.

Her ne kadar ceza hukukunda yorumun gerekli ve hatta zaruri olduğu belirtilmişse de genişletici yorumun kıyasa götüreceği de unutulmamalıdır. Ceza hukukunda hakimin yorumda ön planda tutması gereken kural “sanık lehine yorumlama” ilkesi olmalıdır. Bu bakımdan ceza hakimlerinin boşluk olarak nitelendirdiği noktalarda genişletici yorum yapması yahut kıyasa başvurması sanık aleyhine olduğu durumlarda kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Ceza yargıcının yorum yetkisi kanunda boşluk bulunduğu düşüncesini savunabilme hakkı vermemektedir. Bu halde varlığını düşünemeyeceği bir boşluğu da re’sen dolduramayacak oluşu tabiidir.

1)AİHS’de Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin giriş bölümünde yaptığımız açıklamalarımızda prensibin kaynağı ve gelişimi konusunda bilgiler vermiştik. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen ve asıl adı; İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi olan sözleşmenin giriş kısmında şu ifade yer almaktadır:

“Aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa Devletlerinin Hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri’de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmayı kararlaştırarak, aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:”

Bu ifade sözleşmeyi imzalayan devletlerin olmazsa olmaz olarak gördükleri temel hakların bu şekilde belirlendiğinin en önemli kanıtıdır. Sözleşme 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanmıştır. Türkiye sözleşmeyi 4 Kasım 1950’de imzalamakla birlikte 19 Mart 1954 tarihinde çekincelerle birlikte onaylamıştır.

Sözleşme ilkeyi 7. maddesinde “cezaların yasallığı” başlığı altında düzenlemiştir. Bu düzenleme şu şekildedir:

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslar arası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”

Bu düzenleme esasen Anayasamızdaki düzenlemeyle paralellik arz etmektedir. İlk fıkranın ilk cümlesi mahkum edilmeyi ulusal ve uluslar arası hukukta suç kabul edilmiş olması şartını ararken, ilk fıkranın ikinci cümlesi aleyhe düzenlemelerin geçmişe yürütmesine (makale şamil olmasına) engel olmaktadır. Anayasamızda kanunilik ilkesi ile bağlantılı olarak yapılan tüm açıklamaların sözleşmenin bu maddesi açısından da cari olacağı tabiidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bu ifadenin neyi belirttiği en iyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında anlaşılabilecektir. Mahkemeye yapılan başvurularda, Mahkeme aynı zamanda bu maddenin de neyi ifade ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Mahkeme Erdoğan ve İnce / Türkiye⁸⁷ davasında başvuruda bulunan bir derginin sorumlu yazı işleri müdürüyle röportaj yapan şahısların gerçekleştirdikleri ve yayınladıkları bir röportaj nedeniyle İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde 1991 tarihli yasanın 8 . maddesi kapsamında mahkum olmaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne mahkumiyetlerinin diğer başka maddelerin yanında Sözleşmenin 7. maddesine de aykırı olduğu yönündeki başvurularında, 7. madde açısından şu kararı vermiştir:

“Başvuranlar iddialarında 1991 tarihli yasa kapsamındaki suçların doğrudan terörizmle ilgili olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda sadece propaganda mahiyetindeki fiillerin terörist faaliyetleri tahrik etmediği sürece yasanın 8. bölümü uyarınca bir suç teşkil etmeyeceğini belirtmişlerdir. Suç konusu röportajın şiddeti artırması söz konusu olmadığından, bu kapsamda mahkum edilmelerinin öngörülmediğini bildirmişlerdir. 1991 tarihli yasanın 8. bölümündeki “suç propagandası” kavramının izin verilen ile yasaklanan tutum arasında ayırım yapabilmeleri için yeterli derecede açık olmadığını savunmuşlardır.

⁸⁷ EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, s.51

Mahkeme “hukuk” söz konusu olduğunda, 7. maddede anılan terimin Sözleşme’nin başka bölümlerde kullanıldığı şekilde aynı anlamı taşıdığını vurgulamaktadır. 10. maddenin ikinci fıkrası kapsamında “kanunlar tarafından öngörülme” şartına ilişkin olarak mahkeme sözleşmenin 7. maddesine ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığı kararına varmıştır.”

Bu kararında mahkemenin kanun tarafından öngörülme kavramını geniş yorumladığı görülmektedir.

Yine Zeynep Tosun/ Türkiye davasında⁸⁸ başvurusunun kendi izniyle yayımlanan fakat kendisine ait olmayan bir makale nedeniyle mahkum edildiğini belirterek, yalnızca makalenin yazarlarının yazıların içeriğinden sorumlu olduğu ve herhangi bir suç durumunda, yalnız bunlar hakkında adli işlem yapılması gerektiğinden bahisle yaptığı başvuruda şu şekilde karar vermiştir:

“Başvuran yalnızca makalenin yazarlarının içerikten sorumlu olduğunu ve suç durumunda yalnızca yazarlar hakkında takibat yapılabileceğini, oysa mevcut davada kendisinin yalnızca dava konusu makalenin yayımlanmasına izin verdiğini ileri sürmekte ve AİHS’nin 7. maddesine atıfta bulunmaktadır.

AİHS mevcut davada, başvuranın Özgür Bakış Gazetesi’nin yazı işleri müdürü sıfatıyla hakkında yapılan suçlamalardan, TCK’nın 169. maddesine dayanılarak mahkum edildiğini tespit etmiştir. Belirtilen yasanın hükümleri AİHS’nin 7. maddesinde öngörülen suç ve cezaların yasallığı ilkesine uygun olarak, dava konusu makalenin yayımlanmasından önce yürürlüktedir.”

Görüldüğü üzere mahkeme fiilin suç olarak kanunda belirtilmesinin yanında, fiil işlenmeden önce suçun ihdas edilmiş olması şartını aramaktadır.

⁸⁸ ERDOĞDU ve İNCE/ TÜRKİYE Davası 25067/94 ve 25068/94 , 8.7.1999

Bu doğrultuda Halis Doğan/Türkiye davası da⁸⁹ örnek verilebilir. Bu davada da başvuran dava konusu gazetenin özel sayısının, yürürlükte olan yasa hükümlerine uygun olarak yayımlandığını ileri sürmüştür. Başvuran suç oluşturmayan bir fiil gerekçesiyle mahkum edildiğini savunmaktadır. Ayrıca DGM'nin kararını gerekçelendirmeyerek bir suçun söz konusu olduğunu ortaya koymadığından AİHS'nin 7. maddesini ileri sürmektedir. AİHS bu davada müsadere kararının 5680 sayılı Basın Kanunu'na ek 2. maddesi uyarınca alındığını ve DGM tarafından başvuranın Özgür Bakış Gazetesi'nin sahibi olarak 3713 sayılı yasanın 8/3 maddesine dayanılarak kendisine atılı filer gerekçesiyle mahkum edildiğini tespit etmiştir. Bu kanun hükümlerinin söz konusu özel sayının yayımlanmasından önce yürürlükte olduğunun tespiti ile de mahkumiyet hükmünün AİHS'nin 7. maddesinde öngörülen suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

J) Suçta ve Cezada Kanuniliğin Denetimi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Anayasamızda ve Türk Ceza Kanunu'nda güvence altına alındığını belirtmiştik. Suç ve cezada kanuniliğin hangi mercilerce ve hangi işlemlerle ihlal edilebileceğine göre denetim mercii farklılık arz etmektedir. Temel olarak kanunilik ilkesi Anayasamızda düzenlenmiştir. Bu temel kaynaktan yola çıkıldığında, kanunilik ilkesinin bizzat kanunlarla ihlal edilmesi ihtimali akla gelmektedir. Örneğin Yasama Organınca ihdas edilen bir kanunla, suç ve ceza öngören düzenlemelerin yasa dışında başka bir düzenleme yahut işlemle gerçekleştirilebileceğine dair karar alınması halinde, yürürlüğe girecek olan bu kanun Anayasaca teminat altına alınmış olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Anayasamızın 148. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu maddenin ilk cümlesi şu şekildedir:

⁸⁹ ZEYNEP TOSUN / TÜRKİYE Davası başvuru no: 4124/02

“Madde 148- Anayasa Mahkemesi, Kanunların, Kanun hükmünde Kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasa’ya  ekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler.”

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanunların  ekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırı bulunup bulunmadığının denetimi, Anayasa Mahkemesi’nce yapılmaktadır.

Her ne kadar suç ve cezaların ancak kanunla ihdas edilebileceğı belirtilmiş ise de başka bazı düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdası yönüne gidildiğinde bu durumun denetlenmesi ve ihlal varsa engellenmesi gerekmektedir. Bu tür düzenlemeler idari işlemlerle söz konusu olmaktadır. Bu düzenlemeler içinde normlar hiyerarşisi içerisinde en üst düzeyde bulunan norm Bakanlar Kurulu’nca çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir. Az önce ifade ettiğimiz Anayasa hükmü kanun hükmünde kararnamelerin denetiminin de Anayasa Mahkemesince yapılacağı kuralını koymuştur. Bu halde kanunilik ilkesine aykırı bir kanun hükmünde kararnamenin denetimi de Anayasa Mahkemesi’nce gerçekleştirilecektir.

Kanun hükmünde kararname dışında idarenin ger ekle tirdiğı düzenleyici başka işlemlerle de kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi mümkündür. Bu tür düzenleyici işlemler; tüzük, yönetmelik, genelge, yönerge, tebliğ gibi isimler altında gerçekleştirilmektedir. Bu düzenlemelerin denetiminin ise İdari Yargı tarafından ger ekle tirildiğı görülmektedir. 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1-a fıkrası  u şekildedir:

“Madde 2- (1) İdari dava türleri şunlardır:

a) İdari işlemler hakkında yetki,  ekil,sebeup, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları(...)”

Bu hükümden anlaşılacağı üzere idarenin gerçekleştireceği idari bir takım işlemler hukuka aykırı bulunduğunda bunun denetimi İdari Yargı Mahkemelerince gerçekleştirilecektir. Ancak idari bu işlemlerden Bakanlar Kurulu Kararı, Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerin denetiminin bizzat Danıştay’ca gerçekleştirileceği 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

İdarenin kanunilik ilkesine riayetinin denetimi bu şekilde gerçekleşmekle birlikte asıl denetimin mahkemelerce yapılan yargılamalarına ilişkin denetim olduğu muhakkaktır. Suç kalıplarını somut olaylara uyarlayan, cezaya hükmeden ve cezaları kişiselleştiren mercii olan Ceza Mahkemeleri’nin kanunilik ilkesine riyeti çok daha fazla önem arz etmektedir. Kanunilik ilkesi bir yönüyle suç ve ceza koymanın yöntemini belirlerken, diğer yönden de cezalandırıcı mercilere emir vermektedir. Kanunun uygulayıcısı olan Ceza Mahkemeleri’nin verdiği kararlar ceza yargılamasına ilişkin kuralları düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 272 vd. maddeleri uyarınca Bölge Adliye Mahkemeleri’nin istinaf denetimine tabi tutulmuştur, alt yapı yetersizlikleri nedeniyle istinaf yargı yolunu düzenleyen madde hükümlerinin yürürlüğü ertelenmiştir. Halen ceza mahkemelerince verilen kararlar adli yargı kolunun yüksek yargı mercii olan Yargıtay’ca denetlenmekte ve gerekli görülenler tekrar incelenmek üzere mahkemesine gönderilmektedir. Şu halde ceza yargılamasında da kanunilik ilkesi açısından denetimin Yargıtay’ca gerçekleşeceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda izahına çalışıldığı üzere işlem ihdas edenlerin kanunilik ilkesine uyup uymadığını, yine ceza yargılamasında mahkemelerin kanunilik ilkesine uyup uymadığını, işlemlerinin hukukiliğini denetleyen mahkemelerde ise kararların uygunluğunu denetleyen merciler tetkik ederek, bu açıdan denetimi gerçekleştireceklerdir.

III) MASUMLUK KARİNESİ

A) Genel Açıklama

Masumluk karinesi genel bir tanımla; hakkında suç isnadı bulunan kişinin, adil bir yargılama sonucunda suçlu olduğu sabit olana kadar suçsuz kabul edilmesi gerektiğini ifade eden bir sanık hakkı olarak tanımlanabilir. Bu ilke adil yargılanmanın temel unsurlarından kabul edilerek, iç hukukta ve uluslar arası hukukta paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu ilke en temel insan hakları metinleri sayılan; 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 9. maddesinde, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11/1 maddesinde, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 14/2. maddesinde ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2. maddesinde yer almaktadır⁹⁰.

Masumluk karinesi günümüzde artık tüm uygar hukuk sistemlerinde ceza yargılamasında kabul görmüş ve gerekliliğine ilişkin tartışmaların ötesine geçilmiştir.

Esasen masumiyet karinesinin amacı, suç isnadında bulunulan şahsın masum olduğunu ortaya koymak değildir. İlkenin amacı, hakkında ceza yargılaması sürdürülen kişinin, yargılama sonlanıp, hakkında kesin bir hüküm verilinceye kadar suçsuz kabul edilmesidir. Gerçekte yargılama da, suç isnadında bulunulan kişinin suçsuz kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Suç isnadında bulunan taraf, sanığın suçlu olduğunu ispatlamaya çalışmaktadır. Sanığın suçsuz olabileceğinin kabul edilmemesi durumunda, yargılama yapmakta da hukuki yarar bulunmayacaktır.

Karine “masumluk karinesi” yahut “suçsuzluk karinesi” isimleri ile anılabilmektedir. İlkeyi düzenleyen Anayasamızın 38. maddesinin 4.

⁹⁰ HALİS DOĞAN/ TÜRKİYE Davası Başvuru no: 75946/01

fıkrasında “suçsuzluk” tan bahsetmekteyken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde (m.11/1) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (m.6/2) “suçsuzluk” kelimesi yerine “masumluk” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir.⁹¹ Ancak kavramlara takılmamak ve karinenin mahiyetini kavramak adına isimlendirme üzerinde durmuyoruz.

B) Masumluk Karinesinin Mahiyeti

Karineyi Anayasamız 38. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde belirtmiştir:

“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.”

Bu düzenleme dikkate alındığında, fazlaca tefsire gerek kalmaksızın, kısa fakat net bir ifadeyle karinenin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu hükmün gerekçesi ise şu şekilde belirtilmiştir:

“Sanığın kesin mahkumiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; “beyine külfetinin” iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine iddiacının, suç iddiasını “makul şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde” ispat etmesiyle “çürütülmüş” olacak ve bu halde de mahkeme mahkumiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır.”⁹²

Esasen gerekçe bizimde genel açıklamalar bölümünde ifade ettiğimiz düşünceleri beyan etmektedir. Anayasamız bu şekilde masumluk karinesini bir temel hak ve özgürlük olarak güvence altına almaktadır.

⁹¹ **AYTEKİN**, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, s.14

⁹² **FEYZİOĞLU**, Metin, Suçsuzluk Karinesi, s.137

Masumluk karinesi uyarınca, bir kimsenin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve cezai müeyyide uygulanabilmesi için, kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla mahkum olmuş olması şarttır. Kişinin mahkeme tarafından mahkum edilebilmesi için ise, akıl ve mantığa uygun sayılabilecek şüphelerin giderilmesi şarttır. Masumluk karinesi uyarınca kişi suçsuz kabul edilmektedir. Suçlu olarak kabulü; hakkındaki tüm şüphelerin giderilmesi ile mümkün olabilecektir.

Masumluk karinesi bir varsayımdan ibarettir. Muhakkak ki masumluk karinesi, masum insanların mahkum olmalarını mutlak surette engelleyemeyecektir. Yargılamada mutlak gerçeğe ulaşmak hedeflenmektedir. Hedef; gerçekleşmiş ve dava konusu olmuş bir olayda maddi gerçeği saptamaktır. Geçmişte gerçekleşmiş bir olayın her yönüyle mutlak surette mahkemede değerlendirilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla mevcut deliller ışığında hakim vicdani kanaatiyle verilen hüküm neticesinde masumların da mahkumiyetlerine karar verebilme ihtimali mevcuttur. Bu halde bu karine de masum kişiyi mutlak surette koruma gücüne sahip değildir. Yalnızca kesin mahkumiyete kadar, kişiye suçsuzluğunu kanıtlama ve aleyhine delil yoksa mahkumiyetten kurtulmasına imkan tanır.

Suçsuzluk karinesinin medeni hukuk yargılamasında uygulanması kabil değildir. Karinenin koruduğu kişi suçla itham edilen kişidir. Dolayısıyla ceza yargılamasında uygulama alanı bulabilecektir.

Masumluk karinesinin ceza yargılamasında uygulama bulacak olması muhakkak olmakla birlikte, ceza yargılamasının iki aşaması; soruşturma ve kovuşturma evrelerinde karinenin işlerliğiyle ilgili farklı düşünceler ortaya atılmaktadır.⁹³ Birtakım yazarlar tarafından karinenin yalnızca kovuşturma aşamasında uygulanma alanı bulabileceği, soruşturma evresinde masumluk karinesinden söz edilemeyeceği savunulmaktadır. Buna göre zaten

⁹³ SEZER, Abdullah, Türkiye Cumhuriyet Anayasası s.126

soruşturma aşamasından kovuşturma aşamasına geçebilmek için delillerin toplanmış olması, şüphelinin suç işlediğine dair bir kanının oluşmuş olması aranmaktadır. Dolayısıyla bu aşamada masumluk kısmen tenkit edilebilir hale gelmiş olmaktadır.

Soruşturma evresinde, hakkında tahkikat yürütülen şahsın suçu işlediği kabul edilmemekteyse de, tahkikat yürütüldüğüne göre bir şüphenin de bulunduğu gerçektir. Soruşturma evresi sonunda verilen takipsizlik kararları yahut kamu davası açmayı gerektiren kararlar kesin hüküm niteliğinde değildir. Dolayısıyla hakkında dava açılan şahsın suçlu olduğu anlamına gelmeyecektir. Kaldı ki hazırlık soruşturmasını yürüten Savcılar, şüphelilerin leh ve aleyhlerindeki tüm delilleri toplamakla yükümlüdürler.⁹⁴ Lehindeki delilleri toplama gerekçesi muhakkak ki; maddi gerçeği arama gayretinin yanında masumluk karinesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla soruşturma evresinde masumluk karinesinden söz edilemeyeceği düşüncesine katılmamaktayız.

C) Masumluk Karinesinin Sonuçları

1) Suçlu Görülmeme ve Gösterilmeme

Masumluk karinesinin sonuçlarından olan, suçlu görülme ve gösterilmeme gerekliliğinin ilk olarak ceza yargılamasını gerçekleştiren mahkemeler nezdinde hayat bulması ve öncelikli olarak yargıçların masumluk karinesine inanması gerekmektedir. Çünkü suç şüphesi altındaki kişinin suçlu görülmesi neticesinde hürriyetinin kısıtlanmasına karar verecek

⁹⁴ 5271 sayılı CMK'nın 160.Maddesi şu şekildedir:

Madde 160 - (1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

mercii burasıdır. En basit örneğiyle hakkında soruşturma yürütülen kişiye “şüpheli” ve hakkında ceza yargılaması yapılan kişiye “sanık” denilmesinin sebebi budur. Bu kelimeler yalnızca yargılamada bu kişilere bir isim verilmesi amacıyla tesadüfen kullanılmaya başlanmamıştır. “şüpheli” ve “sanık” kelimeleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“ şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,
sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi (ifade eder).”

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere yapılmakta olan yargılamada şüpheli veya sanığın suçu işleyip işlemediği henüz bilinmemektedir ve haklarında şüphe bulunduğundan bu adları almaktadırlar.

Anayasamızda masumluk karinesi böylesi katı bir hükümle teminat altına alınmakla birlikte, masumluk karinesinin dolayısıyla suçlu görülmemesi ve gösterilmemesi ilkesinin toplum karşısında kabulü bu kadar net halde bulunmamaktadır. Toplum nezdinde sanık durumuna düşmüş bir kişinin aklanması çok güçtür. Beraat etmesi halinde dahi tabiri caizse toplumun görüşü; ateş olmayan yerden duman çıkmaz deyiminde ifade edilen görüş çerçevesinde odaklanmakta ve masum olduğuna inanç kaybolmaktadır.

Toplum üzerinde etkinliği artık tartışmasız hale gelen medyanın yönlendirmelerden uzak ve bağımsız olduğunu düşünmeyi gerektirecek somut bir düzenleme yahut bir kurallar bütünü bulunmamaktadır. Gazete manşetlerinde yer alan suçluların yakalanarak cezaevine gönderildiğini topluma müjde olarak veren haberlerin çoğunlukla, şüphelilerin tutuklandıkları durumdan ibaret olduğu, haklarında kesin bir hüküm bulunmamasına karşılık, toplum önünde suçlu görünmelerine sebep oldukları bir gerçektir. Yine bunun gibi gizli kameralarla çeşitli senaryolarda kişilerin suç işlediğinin

ispatlandığına ilişkin programları izleyen toplumun gözünde bu görüntülerdeki kişilerin masum olabileceğine dair en ufak bir ihtimal kalmamaktadır.⁹⁵

Bu yönlerden Anayasal ilkenin işlerliğinin sağlanması amacıyla bir takım düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Örneğin 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 27. maddesinde şu hükme yer verilmiştir:

“Madde 27- suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin “suçlu” olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüşmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz.”

Bu düzenleme masumluk karinesinin toplum düzeyinde yürürlüğüne hedef alan olumlu bir adım olarak değerlendirilebilecektir.

Masumluk karinesinin uygulanabilirliği açısından resmi makamlar ve medyanın da bu karineyi ihlal edecek davranışlardan kaçınmaları gerekli olmakla birlikte, bu şekildeki tutum tamamen toplumun bilgilendirilmemesi sonucunu da doğurmamalıdır. Toplumun masumluk karinesini esas alan bilgileri bizzat kaynağından öğrenmesi, ortaya çıkacak manipulasyonları ve bilgi kirliliğini önleyerek masumluk karinesine hizmet eder hale gelecektir.

2) Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Bu ilke masumluk karinesinin en önemli unsurlarından birini teşkil eder. Ceza yargılamasında (In Dubio Pro Reo) şüpheden sanık yararlanır

⁹⁵ DÖNMEZER, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, s. 69, AYTEKİN, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, s.20, FEYZİOĞLU, Metin, Suçsuzluk Karinesi, s. 143

ilkesi uyarınca; sanığın mahkumiyetine yetecek delillerin ve bazı noktaların şüpheli kalması durumunda sanığın lehine yorumlanması, sonuç olarak da sanık hakkında beraat kararının verilmesini ifade eder.⁹⁶ Yargılamayı gerçekleştiren makam yani mahkeme, suç teşkil eden fiilin, sanık tarafından işlendiği konusunda kesin bir kanaate varamazsa, yani şüphesini tamamen yenemezse, bu şüpheden sanık yararlanacaktır. Şüpheden sanığın yararlanması durumunda ise sanığın o fiili işlemediği kabul edilecek ve beraatına karar verilecektir.⁹⁷

Çağdaş hukuk anlayışı oluşmadan evvel, yapılan yargılamada mahkumiyete yetecek delil bulunmaması halinde sanığın beraatına karar verilmemesi, bunun yerine, yeterli delil olsaydı verilecek cezadan daha hafif ceza ile cezalandırılması veya daha ayrıntılı soruşturma yapılmak üzere süresiz sanık konumunda tutulması⁹⁸ artık bugün kabul edilebilir bir adalet anlayışından çok uzaktır. Günümüzde evrenselleşmiş bir ilke uyarınca; ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyetten söz edilemez.

Hukuk sistemimizde yapılan ceza yargılamalarında masumiyet ilkesinin dolayısıyla da şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kabul gördüğü bir gerçektir. Hali hazırda mahkemeler maddi gerçek olarak sanığın suçu işlediğine vicdani kanaatleri ışığında kesin olarak inanmamaktaysalar; “delil yetersizliğinden beraat” kararı vermektedirler. Ancak bu karar masumluk karinesi ışığında bir takım tartışmalara sebebiyet vermektedir⁹⁹. Bu ifade sanığın suçlu olmasına rağmen yeterli delil elde edilemediğinden mahkumiyetine hükmolunamadığı şeklinde anlaşılabilir. Bu tür kararlarda ‘delil yetersizliği nedeniyle beraat’ ifadesi yerine ‘masumluk

⁹⁶ **KUNTER**,Nurullah, **YENİSEY**,Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 543

⁹⁷ **SCHROEDER**, Friedrich,-Christian, Ceza Muhakemesinde Dürüst Yargılama ilkesi, s. 274

⁹⁸ **KUNTER**,Nurullah, **YENİSEY**,Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 544

⁹⁹ **DÖNMEZER**, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, s. 68, **AYTEKİN**,Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, s.25 vd.

karinesini ortadan kaldıracak derecede delil bulunamadığı' gerekçesiyle beraat verilmesi failin sonraki yaşamı açısından da daha faydalı olacaktır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu “delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı” şeklinde bir karara yer vermemiştir. Bunun yerine 223. maddesinin 2. fıkrasında (e) bendinde; “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (hallerinde beraat kararı verilebilir)” ibaresine yer vermiştir. Muhakkak ki “delil yetersizliğinden beraat” ifadesiyle “failin suçu işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat” ifadesi arasında büyük bir fark vardır. İlkinde az önce de belirttiğimiz gibi, failin suçu işlediği kabul edilmesine rağmen yeterli delil bulunmadığından beraat kararı verilmek durumunda kalındığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple verilecek bu tür kararlarda mahkemenin suçluluğun sabit olması deyimini kullanması yerinde olacaktır.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin, masumluk karinesinin önemli bir unsuru olduğunu belirtmiştik. Bu ilkenin temelinde ise bir suçlunun cezasız kalmasının, bin masumun mahkum olmasına tercih edilmesi¹⁰⁰ yatmaktadır.,

3) Kesinleşmiş Bir Hüküm Olmaksızın Cezalandırılmama

Bu unsur esasen masumluk karinesinin en temel yönüdür. Zira masumluk karinesi Anayasamızda şu şekilde ifadesini bulmaktadır:

“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar , kimse suçlu sayılmaz.”

Bu düzenleme uyarınca bir kimse hakkında artık masumluk karinesinden söz edilememesinin tek şartı suçluluğun hükmen sabit olması durumuna özgülenmiştir. Dolayısıyla suçluluğu hükmen sabit olmamış herkes masumdur.

¹⁰⁰ ÖZTÜRK,Bahri, ERDEM,Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 180

Kesinleşmiş bir hüküm olmaksızın cezalandırılmama da bu noktada ortaya çıkar. Hakkında suçluluğuna hükmedilmemiş kişi masumdur. Bunun cezalandırması durumunda da bir masumun cezalandırılması durumu ortaya çıkacaktır.

Bu manada hüküm kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi "hüküm" kavramının neyi ifade ettiğini açıklamıştır:

"Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür."

Bu düzenleme mahkemenin verdiği hangi kararların "hüküm" olduğunu sınırlı olarak saymıştır. Buna göre beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi kararı ve düşme kararı, hüküm olarak nitelendirilecektir.

Hüküm olarak kabul edilen mahkeme kararlarını bu şekilde belirtmekle birlikte, konumuz açısından, cezalandırmaya yönelik kararların önemli olduğu, diğer karar türlerinin ise masumluk karinesini sona erdirici nitelikte olmadığını belirtebiliriz. Sayılan karar türlerinden, mahkumiyet ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi bu yönüyle masumluk karinesini sona erdiren kararlardır. Hatta denilebilir ki masumluk karinesi ancak mahkeme tarafından bu kararlar verildiğinde kalkar. Dolayısıyla hakkında bu iki karardan biri verilmemiş olan bir kimsenin cezalandırılması yönüne gidilemez.

4) Koruma Tedbirleri İstisnası

Masumluk karinesinin gereği olarak suçluluğunu belirten bir hüküm bulunmadan kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak ceza

yargılamasında, esasen ceza olmayan fakat ceza gibi algılanan tedbirlerin de bulunduğu muhakkaktır. Bir suç işlendiğinde kamu düzeni zarar görür. Kamu düzeninin tekrar sağlanması ve işlenen suçla ilgili maddi gerçeğin tam olarak ortaya konulabilmesi için bazı tedbirler öngörülmüştür.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dördüncü kısmında 90. ve 144. maddeler arasında koruma tedbirlerini belirlemiştir. Bu düzenlemeler uyarınca koruma tedbirleri şu şekilde sayılabilir: yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme.

Bu tedbirler tanımlamalarından anlaşılacağı üzere doğrudan kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yönelmektedir. Her bir koruma tedbiri ilgili maddesinde koşulları ve uygulanabilirliği yönünden açıkça düzenlenmiştir. Buna göre yakalama ve gözaltına almada; henüz işlenmiş bir suçta failin kaçmasının engellenmesi, delillerin toplanmasının kolaylaştırılması açısından kanunda belirtilen şartların varlığı halinde ve yine kanunda belirtilen kişiler tarafından failin özgürlüğü kısıtlanmaktadır.

Tutuklamada da yine işlenmiş bir suçla ilgili olarak delillerin karartılmasının engellenmesi, failin yargılamadan kaçmasının önüne geçilmesi, gibi sebeplerle mahkeme tarafından failin hürriyeti kısıtlanmaktadır. Adli kontrol müessesesi ise yine isminden de anlaşılacağı üzere verilen karar uyarınca failin bazı davranışlarda bulunması yahut bulunmaması yönünde bir zorlama getirmektedir. Bununla da maksat, yargılama sürerken faili kontrol altında tutmaktır. Bunların dışındaki koruma tedbirleri olan, arama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, gizli soruşturmacı ve gizli araçlarla izleme de yine bir suç söz konusu olduğunda, suçla ilişkin delillerin tespiti ve elde edilmesi maksadıyla ihdas edilmiş tedbirlerdir. Tüm bu tedbirlerde kişilerin, mülkiyet, özel yaşam gibi bir takım temel hürriyetlerine müdahalede bulunmaktadır. Bu yönüyle

ceza ile benzerlik gösterse de, aradaki en önemli fark, bu tedbirlerin geçici mahiyette olmalarıdır. Kaldı ki yine bu tedbirlerin tamamı, hakim denetiminde yahut hakim kararıyla gerçekleşmektedir. Elbette yalnızca hakim kararı masumluk karinesinin ihlal edilmesini engellemeyecektir. Çünkü karine gereği bir kimsenin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakim kararı değil, bir hüküm aranmaktadır. Hangi kararların “hüküm” niteliğinde olduğunu CMK’daki ilgili düzenleme uyarınca belirtmiştik.

Konunun başında da ifade edildiği gibi bir suç işlendiğinde kamu düzeni ve kamu barışı zarar görmektedir. Bunun tekrar tesisi için görevlendirilmiş merciler vardır. Temel olarak ceza yargılamasının görevinin özünde de bu vardır. Suç işlendiğinde faili bulmak ve kanunlarla belirlenmiş cezaya çarptırarak, toplumu tekrar esenliğe kavuşturmadır. İşte koruma tedbirleri de buna yardım eder.

Suç işlenmesi bir toplumda, yaşamda olağandışıdır. Olağan olan ise insanların birbirlerinin özgürlüklerine ve haklarına saygı duyarak kendilerine tanınan haklar çerçevesinde esenlik içinde yaşamalarıdır. Dolayısıyla suç adı altında olağandışı bir durum söz konusu olduğunda olağan yaşamı tekrar tesis etme görevinde olanların, olağandışı davranışı işlediği düşünülen kişiye ilişkin bazı tedbirler uygulamaları normaldir. Koruma tedbiri adı verilen bu tedbirleri ceza olarak algılamak mümkün değildir.

Ceza olmamakla birlikte , koruma tedbirlerinin masumluk karinesini ihlal edip etmediği hususu tartışılabilir. Masumluk karinesi gereği suç işlediği düşünülen kişinin doğrudan cezalandırılmayacağı gerçektir. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki, suç işlediği düşünülen kişi toplumun diğer fertlerinden farklı bir konumdadır. Düzeni bozmuş, başka birinin haklarını çiğnemiş olma ihtimali vardır. Bu durumda bazı tedbirlere katlanması gerekecektir. Suçun ve suçlunun tespiti vazgeçilmez bir gerekliliktir. Hem suçun mağdurunun hakları açısından, hem de bundan sonra da bu çeşit eylemlerde bulunmayı tasarlayan kişilerin caydırılması bakımından bu şarttır.

Yapılan açıklamalar ışığında koruma tedbirlerini, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında kullanılan enstrümanlar olarak tanımlayabiliriz. Ceza olarak belirtilemeyecek bu tedbirlerin masumluk karinesini ihlal ettiğini ileri sürmek de makul olmasa gerekir.

D) Masumluk Karinesinin Son Bulması

Gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme karine denmektedir¹⁰¹. Karineler kabullerden ibarettir ve belirli hallerde aksi tespit edilebilir. Masumluk karinesi de ceza yargılamasında masum insanların cezalandırılmasını engelleyen bir kabuldür ve aksi kanıtlanması halinde karine sona erecektir.

Masumluk karinesinin sona ermesini iki temel şarta bağlayabiliriz. Öncelikle kanuna uygun bir yargılama yapılmış olması ve bu yargılama sonunda kişinin suçlu bulunması gerekmektedir.

1) Kanuna Uygun Yargılama

Bir yargılamanın kanuna uygun olup olmadığına dair yapılacak tespitlerde önümüzde bir çok kriter oluşacaktır. Öncelikle yargılama şartları gündeme gelecektir. Birtakım saiklerle bazı faillerin yine bazı fiillerden dolayı yargılanmaları engellenmiş yahut farklı prosedürlere tabi tutulmuştur. Örneğin milletvekillerinin görevdeyken işlediği bazı fiiller yargılanabilir değilken, görevden önce ve görevdeyken işlediği bazı fiillerden dolayı yargılanabilmesi Meclisin kararına tabi tutulmuştur. Anayasamızın 83. maddesinde düzenlenen; “yasama sorumsuzluğu” ve “yasama dokunulmazlığı” olarak adlandırılan bu durumların varlığına rağmen bir milletvekilinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına hükmolunması kanuna uygun olmayacaktır. Bundan

¹⁰¹ FEYZİOĞLU, Metin, Suçsuzluk Karinesi, s.139

sonra yargılamayı gerçekleştirecek merciin kanuna uygun teşekkül etmiş olması şartı aranmalıdır. Anayasamızın 9. maddesi uyarınca; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” Ve yine Anayasamızın 138. maddesi mahkemelerin bağımsızlığını düzenlemiştir. Buna göre: “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. “

Ceza yargılaması, Ceza Mahkemeleri tarafından gerçekleştirilecektir. Hangi mahkemenin hangi yargılamayı gerçekleştirebileceği, 5235 sayılı kanunun 8 ve 15 maddeleri arasında belirlenmiştir. Yine yargılamayı neredeki mahkemenin gerçekleştireceği de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12 ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Kanuna uygun yargılamadan söz edebilmek için öncelikle yargılamayı yapacak merciin kuruluşunun kanuna uygun olması şarttır. Bu da zikredilen kanun maddeleriyle teminat altına alınmıştır. Ancak bu kurallara uygun olarak kurulmuş bir mahkemenin vereceği her karar kanuna uygundur anlamına gelmeyecektir. Mahkemelerin hangi şekilde yargılama yapacağı da yine kanunlarla belirlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ceza yargılamasının usulünü belirlemektedir. Yapılan yargılamanın bu kurallara uygun olma zorunluluğu vardır. Kanunlara uygun olarak kurulmuş bir mahkemenin usul kurallarına uygun olarak verdiği her karar da yeterli olmayacaktır. Mahkemenin verdiği kararların suç ve ceza öngören kanunlara uygun olması gerekir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bir fiilin suç olarak kabulü ile bu suçun cezalandırılabilmesi için mutlaka kanunla belirlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla mahkeme tarafından verilen kararında kanuna uygun olması gerekir. Tüm bu şartların yanında esaslı bir şart da sanığın haklarına riayet edilmiş olmasıdır. Adil yargılanma hakkı olarak ifade edilen bu haklar gereğince, suç işlediği düşünülse bile insanın insan olmaktan kaynaklanan ve insan onurunu teminat altında tutan vazgeçilemez hakları vardır. Savunma hakkı, bilgilenme hakkı, isnadı öğrenme hakkı, hızlı yargılanma hakkı gibi artık lüks olmayan bilakis gerekli ve vazgeçilmez

oldukları tüm çağdaş hukuk sistemlerinde kabul gören bu haklara da yargılama yapan mahkemece riayet edilmiş olmalıdır.

2) Mahkumiyete Hükmolunmuş Olmalıdır

Mahkemelerce verilen hangi kararların “hüküm” olduğunu belirtmiştik. Bu karar türlerinden yalnızca bir tanesi olan “mahkumiyet” masumluk karinesini sona erdirecektir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesi 5. fıkrasında “mahkumiyet” kararının hangi durumda verileceği düzenlenmiştir. Buna göre:

“yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilir.”

Bu ifadeden anlaşılacağı üzere sanık hakkında mahkumiyetine dair karar verilebilmesinin tek yolu, atılı suçu işlediğinin sabit olması yani hiçbir şekilde akılda şüphe kalmamak üzere, suçu işlediğinin belirlenmiş olmasıdır. Bu kararın verilmesiyle artık sanığın masumluğundan dolayısıyla masumluk karinesinden söz etmek imkanı kalmayacaktır.

Kanuna uygun olarak kurulmuş ve yine kanuna uygun olarak yargılama yapan bir mahkemenin, sanığın haklarına riayet edilmek kaydıyla yaptığı yargılama neticesinde sanığın suçu işlediğinin kesin surette anlaşılması ile sanık hakkındaki masumluk karinesi son bulacaktır.

E) AİHS’de Masumluk Karinesi

İnsan haklarını teminat altına alan temel metin olarak kabul gören ve Türkiye’nin de taraf olduğu 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 1.. maddesinin 2. fıkrasında masumluk karinesi şu şekilde belirtilmiştir:

“Kendisine bir suç yüklenen herkesin, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı bir açık yargılamayla yasaya göre suçluluğu kanıtlanana değin suçsuz sayılmaya hakkı vardır.”

Bu ilke aynı doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen, İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’nde de, 6. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir:

“bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

Esasen bu hüküm, ifade ediliş tarzı ve vurgu yaptığı hususlar bakımından, karineye ilişkin Anayasamızdaki düzenlemeye çok benzemektedir. Ancak Anayasamız “hükmen sabit olma” şartını aramaktayken, sözleşme “kanunen sabit olma” şartını aramaktadır. Ancak netice itibariyle bu ifadelerde çok farklı yönler belirtilmemiştir. Ülkeler üstü bu metinde kanunen deyiminin kullanılması normaldir. Örneğin bu sözleşmenin ülkemizde uygulaması söz konusu olduğunda, kanunen sabit olma gereği olarak hükmen sabit olmuş olması şartı gündeme gelecektir. Zira ülkemiz kanunları bunu emretmektedir.

Anlatılış tarzıyla anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin belirttiği masumluk karinesiyle, Anayasamızda ifadesini bulan masumluk karinesi aynı şeyi ifade etmektedir.

Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasındaki suç deyimini teknik anlamda kullanılmaktadır. Kısaca suç, kanunun cezalandırdığı fiildir. Mahkumiyet hükmü ise suçun yasal olarak belirlenmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki bu hükmün neyi ifade ettiği en iyi şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarından anlaşılabilir.

Mahkeme bir kararında¹⁰² suçsuzluk karinesinin ihlali bakımından yaptığı incelemede, suçsuzluk karinesinin etki alanını şu şekilde ifade etmiştir:

“Mahkeme içtihatlarına göre 6. maddenin 2.fıkrasınca teyit edilen suçsuzluk karinesinin 1. fıkra tarafından gerekli görülen hakkaniyetli bir ceza yargılama usulünün unsurları arasında gösterildiğini belirtmiştir. Şayet bir sanıkla ilgili bir adli karar, suçluluğu yasal olarak tesis edilmediği halde, sanığın suçlu olduğu duygusuyla alınmış olduğunu yansıtıyorsa, bu karar kabul edilemez bulunmaktadır. Biçimsel bir tespitin eksikliğinde bile, ilgilinin hakim tarafından suçlu olarak görüldüğü düşüncesini verecek bir gerekçe bile yeterlidir. Bu açıdan, bir kişi daha yargılanmadan ve bir suçtan dolayı suçluluğu kabul edilmeden önce Devlet görevlilerinin ifade ettikleri beyanlarında seçtikleri kavramların önemini vurgulamaktadır. Ayrıca suçsuzluk karinesinin ihlali sadece bir hakim veya mahkemeden değil, aynı zamanda diğer kamu makamlarından da kaynaklanabilmektedir.”

Bu kararında mahkeme suçsuzluk karinesinin mahiyetini de tanımlamaktadır. Hangi hallerde karinenin ihlal edilmiş olacağına dair ip uçları vermektedir.

Başka bir kararında¹⁰³, adil yargılanmanın bir unsuru olduğunu kabul ettiği suçsuzluk karinesinin sonucu olarak hukuka aykırı delillere değinmiştir:

“ Bir ceza davasında yapılan suçlamalara yardım etmeme hakkı, suç isnadının zorla veya baskıyla sanığın isteğine aykırı olarak elde edilen kanıt unsurlarına başvurmadan kendi argümanını oluşturmaya çalışmak olduğunu önceden kabul etmeyi gerektirir. Bu bakımdan söz konusu hak. AİHS'nin 6/2 maddesinin yer verildiği suçsuzluk karinesi ilkesine yakından bağlıdır.”

¹⁰² YAŞAR KEMEL GÖKÇELİ/TÜRKİYE Davası, başvuru: 27215/95, karar t: 3.5.2001

¹⁰³ KOLU/TÜRKİYE Davası, Başvuru: 35811/97, K.T.2.08.2005

Diğer bir kararında¹⁰⁴ mahkeme tutukluluk süresinin makul olması gerektiğinin de suçsuzluk karinesiyle ilgili olduğunu belirtmiştir:

“Belli bir davada yargılanmak üzere bekleyen, suçlanan bir şahsın tutukluluk halinin makul bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikli olarak ulusal yargı mercilerinin görevidir. Bu bağlamda ulusal yargı mercileri, varsayılan masumiyet ilkesini gerekli ölçüde dikkate alarak kişisel özgürlüğe saygı kuralından kamu yararı adına taviz gerektiren haklı bir gerekçenin mevcudiyetine ilişkin lehte ve aleyhteki esasların tümünü incelemeli ve serbest bırakılma başvurularına ilişkin kararlarında bunları tespit etmelidir.”

Aynı şekilde başka bir kararında¹⁰⁵ da tutuklu olarak yargılamanın makul bir sürede tamamlanmasının masumluk karinesiyle ilişkisine dikkat çekmektedir:

“AİHM, bir davada, bir sanığın tutuklu olarak yargılanmalarının makul bir süreyi geçmemesinin sağlanmasının, öncelikle ulusal yargı makamlarının görevi olduğunu tekrarlar. Bu amaçla yargı makamlarının, kişisel özgürlüğe saygı kuralından herhangi bir sapmayı haklı gösterecek bir kamu çıkarının gerçekten gerekli olduğuna ilişkin lehte ve aleyhte tüm olguları, masumiyet karinesi ilkesinin gereğince dikkate almak suretiyle incelenmesi ve bunları serbest bırakılma başvurularına ilişkin verdikleri kararlarında ortaya koyması gerekmektedir.”

Aynı doğrultuda şu kararı¹⁰⁶ da zikretmek uygun olacaktır:

“ Masumiyet Karinesi

¹⁰⁴ MANSUR/TÜRKİYE Davası, Başvuru: 14/1994, 461/542 8.06.1995

¹⁰⁵ GYASETTİN ALTUN /TÜRKİYE Davası, Başvuru73038/01 kt. 24.5.2005

¹⁰⁶ REMZİ AYDIN/TÜRKİYE Davası, Başvuru: 30911/04, 20.02.2007

Başvuran, AİHS'nin 6/2 maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesi ilkesine rağmen makul sebepler olmaksızın bu kadar uzun süren bir tutuklu yargılamanın, yargısız infaz olduğunu ileri sürmektedir.

AİHS'nin içtihadı uyarınca. Bir kimsenin tutuklu olarak yargılanması masumiyet karinesi ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Oysa ki AİHS'nin 5/3 maddesi, masumiyet karinesi uyarınca, yalnızca kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirilmesini haklı gösterecek somut bir delil olması durumunda tutukluluğun devam etmesini onaylamaktadır. Bu nedenle bu hüküm aynı zamanda dolaylı olarak masumiyet karinesi ilkesini de güvence altına almaktadır. Sonuç olarak tutuklu yargılamanın sürmesi ile ilgili olarak AİHS'nin 6/2 maddesi bakımında ayrıca bir soru ortaya çıkmamaktadır. Zira bu alanda bu ilkeye riayet edilmesinin sağlanması esastır.”

Mahkeme kararları dikkate alındığında yapılan başvurular gereği masumluk karinesinin hükümden önce gerçekleşen hürriyeti bağlayıcı sebepler nedeniyle inceleme konusu yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme keyfi davranışları tasvip etmemekle birlikte, gözaltı ve tutukluluk gibi mahkumiyet öncesi gerçekleşen hürriyeti kısıtlayıcı sebepleri 5. maddedeki özgürlük ve güvenlik hakkına dayandırmaktadır.

IV) KENDİNİ VE YAKINLARINI SUÇLAMAYA ZORLANAMAMA

A) Genel Açıklama

Bu ilke de yine ceza hukukunun en temel ilkelerinden olmakla birlikte diğer ilkelerden farklı olarak hem sanığa hem de davada tanık olarak bulunan kişilere yönelmektedir.

İlkeyi düzenleyen Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrası şu hükmü ihtiva etmektedir:

“Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. “

bu ilke suçun ispatlanması konusunda sanığı, yargılama organlarıyla işbirliğinde bulunma konusunda serbest bırakır. İlke bir taraftan sanığa susma hakkını, diğer taraftan da aktif savunma hakkını verir.¹⁰⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu, sanığın susma hakkı bulunduğunu kendisine bildirmeyi zorunlu kılmıştır. 5271 sayılı CMK'nın ifade ve sorgunun tarzı başlıklı 147. maddesinin 1-e fıkrasında şu hükme yer vermiştir:

“Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

(...)

e) Yüklenen suç hakkında açıklamalarda bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.”

Bu hükümden kaynaklı olarak sanığa susma hakkı olduğunu bildirmek kanuni bir zorunluluktur.

¹⁰⁷ ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 196

Kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamama ilkesinin diğerk bir yönü de tanıklar açısından geçerlidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesi Anayasa'daki ilkeye paralel olarak şu hükmü ihdas etmiştir:

“Tanık, kendisini veya 45. maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceğı önceden bildirilir.”

B) Yakınlık Kavramı

Ceza yargılamasında hiç kimse kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaz. Aleyhe delillerin toplanması görevi iddiada bulunana aittir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğın ortaya çıkarılmaya çalışıldığını belirtmiştik. Mahkeme bunu tespit etmeye çalışırken tüm yönlendirmelerden, etkilerden uzak tutulmak ve delilleri bağımsız olarak takdir ederek maddi gerçeğı tespit etmek durumundadır. Özellikle sanık konumunda bulunan şahısların, toplumdışı bir fiil işledikleri düşünöldüğünde kendilerinden makul davranmalarını beklemenin pek de yerinde olmayacağı anlaşılacaktır. Elbetteki sanıkların kendilerini savunma hakları sonuna kadar korunmaktadır. Ve her sanık şüpheden kurtulmaya çalışmak hakkına sahiptir.

Sosyal bir varlık olmasından kaynaklı olarak insan yaşamını başka insanlarla birlikte idame ettirir. Bu aynı zamanda bir gerekliliktir de. Zira insan ihtiyaç duyduğu her şeyi kendi başına sağlayamaz. Bunun sonucu olarak da, hayatını bir kısmı kendi ailesinden bir kısmını ise hukuki ilişkilere girdiğı insanlarla paylaşmak zorundadır. Psikolojik olarak bakıldığında insan ihtiyaç duyduğu, yaşamını paylaştığı insanların zarar görmesini istemeyecektir. Onları korumak, esirgemek arzu edecektir. Bu duygu insanın insan olmaktan kaynaklanan bir hissidir. Ceza yargılamasında da bu düşünce esas alınarak kişilerin yakınlarını suçlaması doğrultusunda zorlanamayacağı ilkesi getirilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesi tanıklar açısından bu ilkeyi ihdas etmekte, ve yakın kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda da aynı kanunun 45. maddesine gönderme yapmaktadır. 45. madde tanıklıktan çekinmeyi düzenlemektedir. Bu madde uyarınca tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek yakınlar şu şekilde sayılmıştır:

“Madde 45- Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı,
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu,
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.”

İnsanın doğasından kaynaklanan yakınlarını koruma içgüdüsünün neticesi olarak yapılacak olan bir ceza yargılamasında, yalan söylemek zorunda kalmamaları, bir iç çatışma yaşamamaları için kanun koyucu bu çeşit bir düzenlemeye yer vermektedir. İnsani ilişkiler, kan bağı gibi sebeplerle insanların gerçeği saklamalarına imkan sağlanmaktadır. Elbette ki maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mühimdir. Ancak toplum düzeni, insanların huzuru ve toplumun sağlıklı bir psikolojiye sahip olması daha mühimdir. Bu sebeplerle kişilerin kendilerini ve kanunda sayılan yakınlarını suçlamaya zorlanamayacakları teminat altına alınmıştır.

C) İlkenin İşlerliği

1) Susma Hakkı

Susma hakkı, ceza yargılaması yapılan kişinin, yüklenen suçlar hakkında yargılama yapan kişi tarafından sorulan sorulara yanıt vermemesi yahut bir kısmına yanıt vermemesi olarak tanımlanabilir.

Türk hukuk sisteminde susma hakkı Anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrasındaki; “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Hükmü susma hakkını teminat altına almaktadır. Bu hükümle hem kişinin kendisiyle ilgili suçlamalara cevap vermeme hakkı sağlanmış olmakta, hem de kişinin kanunla gösterilen yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamayacağı belirlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu da 147. maddesinde ilkeyi belirlemiştir:

“Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.”

Bu hüküm suç isnat edilen kişilerin beyanlarını alan mercilere bir yükümlülük yüklemektedir. Sanığa veya şüpheliye susma hakkının bulunduğunu bildirmek beyan alan açısından bir zorunluluktur.

Sanığa tanınan bu hak muhakkak ki sanık hakları açısından büyük bir adımdır. Özellikle, sanıktan delile ulaşma yönteminin uygulandığı devirlerde önce bir sanık bulunmakta ve suçu onun işlediği ispat edilmeye çalışılmaktaydı. Ancak gelişen hukuk anlayışında artık deliller toplanmakta ve deliller ışığında sanık tespit edilmektedir. Sanıktan - delile ulaşılmaya çalışılan devirlerde, en büyük delil kaynağı sanık olduğundan susması kabul edilemez bir durum teşkil etmekteydi. Bu sebeple sanığın konuşturulması için her yönteme başvurmak meşru görülecekti. Bunun neticesinde ise işkence, kötü muamele yaygınlaşacak, belki de suçsuz insanların suçu işlediği yönünde beyan vermeleri sağlanmaya çalışılacaktır. Çağdaş hukuk anlayışında büyük öneme sahip olan insanlık onuru ilkesi artık bu tür fiilleri meşru görmemektedir. Çağdaş ceza yargılamasında sanıklara işkence

yapılmasını önlemek maksadıyla, isnat edilen suçlarla ilgili olarak konuşmama ve açıklamada bulunmama hakkı tanınmış bulunmaktadır.

Susmak esasen bir savunma yöntemidir. Susarak kişi iddiada bulunan makama delil vermekten kurtulmaktadır. Halk içinde yaygın bir deyim olan “sukût ikrardandır” deyiminin ceza yargılamasında yeri yoktur.

Elbetteki sanığın susma hakkı sınırsız değildir. Susma hakkı, kişinin kendisine veya yakınlarına yüklenen suçla ilgilidir. Sanık kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorundadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 147. maddesinin 1-a fıkrası bu zorunluluğu belirtmiştir:

“a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.”

Bu düzenlemenin amacı suç isnat edilen kişi ile beyanı alınan kişinin aynı kişi olmasını sağlamaktır. Bu hükme aykırı olarak kimliğini bildirmeyen veya sahte kimlik beyanında bulunan şahıslara uygulanacak yaptırım 5237 sayılı yasanın 206 ve 268, 5326 sayılı yasanın 40. maddelerinde belirlenmiştir. TCK’nın 206. maddesi uyarınca;

“Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

268. maddesi uyarınca ise;

“İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.”

Kabahatler Kanunu'nda da kamu görevlisine kimliğini bildirmemenin yaptırımını öngörülmüştür. Buna göre de:

“Göreviyle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası para cezası verilir.”

Bu hükümlerle ceza yargılamasında en önemli suje olan sanığın kimliğinin tam olarak saptanmasında çalışılmıştır.

Dolayısıyla suç isnat edilen kişi, suçla ilgili olarak susma hakkını kullanmış olsa dahi kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek zorundadır.

2) Aktif Savunma Hakkı

Savunma, suç isnat edilen kişinin yararına olarak, onun haklarını koruma gayretinde olan, hukuki ve fiili açıdan korumayı amaçlayan bir faaliyettir.

Anayasamız 36. maddesinin birinci fıkrasında bu hakkı teminat altına almıştır. Buna göre:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289. maddesinin 1-h fıkrası uyarınca savunma hakkının kısıtlanmış olması doğrudan bozma sebebidir:

“Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının kısıtlanmış olması”

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu hakka verdiği önemi 6. maddesinin 3. fıkrasında (b) ve (c) bentlerinde şu şekilde belirlemiştir:

“her sanık, müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak; kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii tayini için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek haklarına sahiptir.”

Ceza Muhakemesi Kanunu, sanığın kendi kendisini savunmasının yanında müdafii vasıtasıyla savunmaya da büyük önem vermektedir.¹⁰⁸ CMK’nın 149. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

“Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiiin yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir. Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.”

Yasal düzenlemelerle güvence altına alınan savunma hakkına Yüksek Yargıtay da büyük önem vermektedir. Bir Ceza Genel Kurulu kararındaki¹⁰⁹ şu ifadeler savunma hakkının gerekliliği ve vazgeçilmezliği hususunu belirtmektedir:

¹⁰⁸ ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 197

¹⁰⁹ CGK, 2003/4-220 E, 2003/242 K.

“Geniş bir kavram olan savunma hakkı, sanık denilen ferdi ilgilendirdiği kadar, bir gün sanık konumuna düşebilecek herhangi bir ferdi, dolayısıyla toplumu ve yine adaleti sağlamakla görevli bulunan devleti de ilgilendirmektedir. Zira savunma, yargılamanın sonunda verilen ve iddia ve savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla yerine getirilmesi demektir. Böylece savunma, temeli adalet olan devleti korumuş olur. Savunma bu nedenle devlet bakımından da önemlidir. Bu yönüyle geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gereken savunma hakkı esasen bir çok hakkı içerir. Bunlar arasında müdafiden yararlanma, susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma vd. sayılabilir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvuruların bir çoğunda da başvuru sebebi olarak savunma hakkının kısıtlandığı ileri sürülmekte, bunun tespitinde ise taraf devletler tazminata mahkum edilmektedirler. Örneğin bir kararında¹¹⁰ başvuranın yargılama süresinin aşırı uzun olması ve usule dair işlemler boyunca ne avukat ne de tercüman yardımından faydalandırılmadığı dolayısıyla savunma hakkının tanınmadığı bu sebeple AİHS’nin 6/1 ve 3-c maddesi hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü başvuruda, AİHS’nin 6/1 maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmış, savunma hakkıyla ilgili olarak da şu açıklamada bulunmuştur:

“ AİHM, benzer davalarda tarafsız ve bağımsız olmadığı ortaya konulan bir mahkemenin yargısına tabi kişilere adil yargılanmayı garanti edemeyeceğini hükmettiğini hatırlatmaktadır. AİHM, bu noktada varılan ihlal sonucunu göz önünde bulundurarak, başvuranın savunma haklarının ihlal edilmesine ilişkin şikayetlerini ayrı ayrı incelemeye gerek olmadığına kanaat getirmektedir.”

¹¹⁰ ÖZDEN/TÜRKİYE Davası, Başvuru: 42141/98 24.05.2005

Yine savunma hakkının kısıtlandığına dair bir kararında şu ifadeler yer vermiştir:¹¹¹

“Mahkeme, başvuranın sözleşmenin 6. maddesi kapsamında dile getirdiği şikayetleriyle ilgili olarak kendi çıkarımlarına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmadığına ve başvuranın polis gözaltında avukatla temasa geçmesine izin verilmediğini, görevlilerin duyamayacağı şekilde avukatlarıyla görüştürülmediğini, avukatlarının sayısının ve başvuranı ziyaretlerinde görüşme süresinin sınırlandırıldığını, davanın son aşamalarına kadar dava dosyası hakkında avukatlarından bilgi alamadığını ve avukatlarının dava dosyasını incelemek için yeterli zamanları olmadığını dikkate alarak, sözleşmenin 6/3 (b) ve (c) maddeleriyle birlikte başvuranın sözleşmenin 6/1 maddesinden kaynaklanan savunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.”

Gerek yasal düzenlemeler gerek ulusal üstü belgeler ve ulusal ve uluslar arası yargı mercileri tarafından bu derece katı olarak suç isnadı altında bulunan kişi kendisini istediği her türlü hukuki araçla savunabilecek, gerekirse susarak hiçbir beyanda bulunmayacak ve savunma hakkını bu şekilde kullanmış olacaktır. Kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamayacak, suçlamalara karşı kendini müdafaa etmesine engel olunamayacaktır.

D) Ceza Muhakemesinde Uygulanırlığı

Susma hakkının yalnızca mevzuatta belirtilmiş olması diğer her şey gibi bu hakkın varlığı anlamına gelmeyecektir. Fiilen uygulanan ve kullanılmasına fırsat tanınan bir hak, ancak hak olarak değerlendirilebilir. Uygulanmayan ve yalnızca kanun metinlerinde belirtilen hakların hiçbir şahsa olmadığı gibi toplum huzuruna dolayısıyla da devlete faydası olmayacaktır.

¹¹¹ ÖCALAN/TÜRKİYE Davası, Başvuru: 46221/99 kt.12.3.2003

Susma hakkı kullanılışı itibariyle tam susma ve kısmi susma olarak belirlenebilir. Tam susma halinde bu hakkın en büyük yansıması, susmasından sanığın aleyhine sonuçlar çıkarılamaması olacaktır. Sanığın susma hakkını kullanıyor olmasından onun suçlu olduğu yönünde bir karine çıkarmak ve susmayı gizli bir kabul saymak mümkün değildir. Kaldı ki masumluk karinesi de, susma durumunda bunun ikrar olarak kabulüne engeldir. Eğer kişinin suçlu olduğu diğer delillerle tespit edilemiyorsa, sanığın susmasından hareketle ve sanığın susmasından dolayı mahkumiyetine karar vermek susmak hakkıyla bağdaşmaz.

Sanığın kısmen susması neticesinde bundan lehine mi yoksa aleyhine mi sonuçlar çıkarılması gerektiği tartışmalıdır. Hakim görüş kısmi susmadan da sanık aleyhine sonuçlar çıkarılamayacağı yönündedir.

Susma hakkının kullanılmış olmasının diğer bir sonucu da cezanın bireyselleştirilmesinde aleyhe bir etki yapmayacak oluşudur. Bunun anlamı şudur; susma hakkını kullanan sanık hakkında, suçunu ikrar etmediğinden bahisle TCK'nın 62. maddesinde belirlenen takdiri indirim sebeplerinin de uygulanmaması susma hakkının maksadıyla bağdaşmayacaktır.

V) KANUNA AYKIRI DELİL

A) Kavram

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırıldığını belirtmiştik. Bunun sonucu olarak ceza yargılamasında delil kavramı sınırlandırılmamıştır. Gerçeği ortaya koyabilecek her şey delil olarak kabul görmektedir. Yani yargılamayı gerçekleştiren mahkeme ispatta belirli araçlarla sınırlı olmayıp, kendisinde kanaat oluşumuna hizmet edecek her aracı kullanabilecektir. Genel teoriyi bu şekilde açıkladıktan sonra, buna ilişkin en önemli istisnaya geçebiliriz. Gelişen insan hakları anlayışıyla, ferdiyetçi yaklaşımlar ceza yargılamasında da etkili olmuştur. Bunun sonucunda ceza yargılamasında hükme esas alınacak deliller için belirli kriterler aranmaya başlanmıştır. Bu kriterlerden en önemlisi delilin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması ve yine aynı çerçevede kullanılması zorunluluğudur. İşte bu şekilde hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara “delil yasakları” denilmektedir. Maddi gerçeğin araştırılmasına delil yasakları adı verilen bazı sınırlamalar getirilerek bir takım kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.¹¹²

Anayasamızda delil yasaklarını düzenleyen ve Anayasamıza 03.10. 2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla giren 38. maddenin 6. fıkrası şu şekildedir:

“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”

Maddenin gerekçesinde bu düzenlemenin amacı şu şekilde belirtilmiştir:

¹¹² ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 446

“Bu fıkranın amacı insan tabiatına aykırı bir muameleyi yasaklamak, işkenceye kadar varabilecek gayri insani muameleye açık bırakmamaktır.”

Anayasamızın ilgili hükmü incelendiğinde delil olarak kabul edilemeyecek “bulgulardan” söz edildiği görülmektedir. Bu bulguların da kanuna aykırı olarak elde edilmiş olmalarından söz edilmektedir. Anayasa delil niteliğinde görülmeyecek bulguların kanuna aykırı olması şartını koşmaktadır.

Hukuka aykırı delil kavramıyla, kanuna aykırı delil kavramı farklı durumları niteleyen kavramlardır. 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile Anayasamıza bu düzenleme girmeden önce hukuka aykırı delil kavramı üzerinde durulmaktaydı. Hukuk kavramı ise hak kelimesinin çoğulu olarak görülmekte ve yasak olan delilin haklara aykırı deliller olduğu savunulmaktaydı. Bir hak ihlal edilmesi halinde yasak delil gündeme gelmekte, usule ve yasaya uygun olmayan bir delil ise hak ihlaline sebebiyet vermemiş ise geçerli sayılmaktaydı. Bazı yazarlar ise hukuk kavramının haklardan yola çıkılarak sınırlandırılmayacağını, hukukun Anayasa, Kanun, Uluslar arası Sözleşme ve benzeri bir çok düzenlemelerden oluştuğunu delilin bunlardan herhangi birine aykırı olması halinde hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalkan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 135/a ve 254/2 maddelerinde “hukuka aykırı delilden” söz edilmesi ve Anayasamızdaki belirtilen düzenlemenin ihdas edilmemiş olması bu tartışmaya sebebiyet vermiş, anlayış farklılıklarına sebep olmuştur.

Bu dönemde tartışılan diğer bir konu da, delil yasaklarının yalnızca ceza yargılamasında mı uygulanacağı yoksa medeni usul yargılamasında da delil yasaklarından söz edilip edilemeyeceği hususunda idi. Delil yasaklarına ilişkin düzenlemenin Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda yer almış

olması bu tartışmalara mahal veremekteydi. Ancak 4709 sayılı yasa ile Anayasa'nın 38. maddesine eklenen 6. fıkrası tüm bu tartışmalara son vermiştir. Buna göre öncelikle yasak delilden söz edebilmek için “kanuna aykırı” olması gerekli ve yeterlidir. Bu durumda hukuka aykırılık kavramı üzerinde yapılan tartışmalar sona ermiştir. Açıklığa kavuşturduğu diğer nokta ise, yalnızca ceza yargılamasında uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. Anılan düzenleme delil olarak kullanılamayacak bulgudan söz ederken ceza yargılamasında kullanılamaz şeklinde bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla delillerin ikame edildiği, değerlendirildiği her yargılama çeşidinde yasak delil kavramı söz konusu olabilecektir.

Anayasamızda bu sorunlar çözülmekle birlikte yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kargaşayı aynı şekilde çözüme kavuşturduğu söylenemez. Bazı hükümlerinde “hukuka aykırı delil” kavramı kullanılmaktayken, bazı hükümlerde ise “kanuna aykırı delil” kavramı kullanılmaktadır. Örneğin 5271 sayılı CMK'nın 289. maddesinin 1-i fıkrasında, temyiz incelemesinde dikkate alınacak kesin aykırılıklar sayılırken hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delilden, 217/2. maddesinde yüklenen suçun ancak hukuka uygun delillerde ispatlanabileceğinden, 230. maddesinin 1-b fıkrasında ise hükümde dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceğinden bahsedilmekteyken, 206. maddesinin 2-a fıkrasında kanuna aykırı delillerin ortaya konulmasının hakimce ret olunacağını belirtmektedir.

Ancak bu durumu kavram kargaşası olarak değerlendirmek yerine, normlar hiyerarşisinde en tepede bulunan Anayasanın hükmünü esas almak ve “hukuka aykırı delil” kavramıyla da esasında “kanuna aykırı delilden” söz edildiği sonucunu çıkarmak uygun olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerle, Anayasal düzenleme arasındaki bir diğer önemli fark da Anayasa'nın “bulgu” tabirini kullanmış olmasıdır. Bulgu henüz delil olarak kabul edilemeyecek olan

belirtilerdir. Dolayısıyla Anayasa yasak delil kavramının temeline inerek en baştan kanuna aykırı delillerin etkisini önleme gayretindedir.

Ülkemizde hukuka aykırı delil kavramının ortaya çıkışı çok eski tarihlere dayanmamaktadır. İlk bu yöndeki adım 1992 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na irade serbestliğini ortadan kaldıran yöntemlerin yasaklanmasını öngören 135/a maddesinin ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağını öngören 254. maddesine 2. fıkranın eklenmesi ile gerçekleşmiştir. Bundan sonra ise 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile Anayasamızın 38. maddesine eklenen 6. fıkra bu yöndeki düzenlemeleri pekiştirmiş ve 1 Haziran 2005 'de yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birçok hükmünde yasak delil kavramı üzerinde durulmuştur.

B) Delil Yasaklarının Maksadı

Suç olarak tabir edilen davranışlar, diğer vatandaşların bazı haklarını ihlal etmektedir. Devletin en önemli görevlerinden biri de muhakkak kişilerin güvenliklerini sağlamak dolayısıyla da suçla ve suçluyla mücadele etmektir. Ancak suçla mücadele güründüğü kadar basit bir çalışma değildir. Çoğu olayda delil elde etme zorluğuyla karşılaşılmaktayken, aynı zamanda faillerin de bir an evvel yakalanması gayreti zaman zaman olaya karışmamış kişilerin de etkilenmesine ve zarar görmesine sebep olabilmektedir. Bu nedenle suçlulukla mücadele de denge sağlanması dozunun iyi ayarlanması çok önemlidir.

Delil yasakları, maddi gerçeği aramakla görevli mercilere insan hakları düşüncesinden hareketle getirilen sınırlamaları ifade eder. Bu manada delil yasaklarının amacı insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumaktır.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere Anayasamızın 38. maddesinin 6. fıkrasına ait gerekçe, bu yasağın niçin ihdas edildiğini net biçimde belirtmektedir:

“Bu fıkranın amacı insan tabiatına aykırı bir muameleyi yasaklamak, işkenceye kadar varabilecek gayri insani muameleye açık bırakmamaktır.”

Bu ifadeden anlaşılacağı üzere yasağın temelinde insan hakları kavramı yer almaktadır. Bireye birey olmasından dolayı değer verilmesi düşüncesi ile tüm insanların eşit olduğu ve vazgeçilmez, devredilmez temel hürriyetleri olduğu yönündeki düşünceler çağımızda olduğu oranda gelişmeden evvel, devletler için kişilerin özgürlüklerinden çok işlenen suçun faillerinin bulunması ve cezalandırılması daha büyük önem arz etmiştir. Bu yolda her şey mubah görülmüş hatta işkence bir delil elde etme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Fakat insan hakları, toplum huzuru, anlayışındaki gelişmelerle bu yöntemlerin aslında maddi gerçeğin tespitine çok da elverişli olmadığı ve büyük oranda insan hakları ihlallerine sebebiyet verdiği kabul edilmeye başlanmıştır.

Elbette işlenen bir suçun faillerinin tespiti ve suçun sübutunun sağlanması, toplum huzuru için elzemdir. Ancak bu yolda her şeyi, her yöntemi mubah görmek de insan hakları kavramıyla bağdaşmamaktadır. İşte delil yasakları da bazen özel hayat, bazen yaşam hakkı, bazen bilgi edinme hakkı gibi en temel insan haklarını teminat altına alma gayretindedir. Bu tür temel haklarına saldırı olduğunda insanların makul hareket etme, kendilerini müdafaa etme yetileri engellenmiş olmaktadır. Suçlu olduğu bağımsız mahkemelerce kesin olarak hüküm altına alınanların cezalandırılmaları yani birtakım haklardan yoksun bırakılmaları doğaldır. Ancak henüz suçlu olup olmadığı dahi belli olmayan veya suçla hiçbir ilgisi bulunamayan insanların bu tarz temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması ve bu kısıtlama neticesinde de bazı kolaylıklar sağlandığı düşünülerek bir takım delillerin ele geçirilmesi, insan hakları düşüncesiyle bağdaşmamaktadır.

Bu çeşit insan haklarının ihlal edilmesi neticesinde elde edilecek delillerin, hükme esas alınması yasağı da yine toplumun temelini teşkil eden fert hürriyetini teminat altına almak üzere ihdas edilmişlerdir.

C) Türk Ceza Yargısında Yasak Deliller

1) Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali Nedeniyle Söz Konusu Olan Yasak Deliller

Ceza muhakemesinde suç şüphesi altında bulunan kişiye birçok haklar verilmiştir. Ancak her sanığın bu hakları bilmesine imkan yoktur. Bu hakların kendisine anlatılması ve uygulanabilir kılınması gerekmektedir. Bunu da ceza soruşturmasını veya ceza kovuşturmasını gerçekleştiren kişilerin yapması öngörülmüştür. İşte bu görevlilerin, sanığa haklarını anlatması konusunda yüklenen bu yükümlülüğe aydınlatma yükümlülüğü denilmektedir. Bu yükümlülük uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapan görevliler sanığa kanunlarla verilen tüm haklarını anlatmak zorundadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrasında, en başta, daha sanık yakalanır yakalanmaz bu yükümlülüğü koymuştur. Buna göre:

“Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.”

Kanun bu şekilde bir düzenlemeye yer vermekle birlikte, hangi hakların hatırlatılacağını belirtmemiştir. İfade ve sorgunun tarzını düzenleyen 147. madde ise sanığa veya şüpheliye hangi haklarının hatırlatılacağını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.

2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.

4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.

5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.

Temel olarak sanık veya şüpheli, avukat yardımından istifade edebileceği, susma ve savunma haklarını varlığı, ve kendisine yüklenen suçlar konusunda aydınlatılır. Bu aydınlatma gerçekleştirilmeden elde edilecek deliller yasak delil olarak nitelendirilecektir.¹¹³ İfade almadan önce genel olarak suçlama konusunda şüphelinin aydınlatılmaması yada kasıtlı olarak suçlamanın yanlış olarak bildirilmesi halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Ülkemiz tarafından imzalanan ve TBMM tarafından onaylanarak Anayasa'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3-a fıkrası şu hükmü içermektedir:

“ Her sanık şahsına tevcih edilen isnadın mahiyeti ve sebebinden en kısa zamanda anladığı bir dilde ve etraflı suretle haberdar edilir.”

Bu düzenleme uyarınca da sanığa isnat edilen suçun vasfı ve mahiyetinin bildirilmesi zorunludur. İfade ve sorguda edinilen bilgilerin yasak delil kapsamına girmemesi için gereken şartlardan bir diğeri şüpheli veya sanığa susma hakkı olduğunun hatırlatılmasıdır. Bu hakkının hatırlatılmaması

¹¹³ ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.449

da alınan ifadenin veya sorgunun yasaya aykırı olmasına sebebiyet verecektir. Hatırlatılması gerekli bir diğer hak ise, sanık veya şüphelinin müdafii yardımından yararlanma hakkıdır. Kural olarak ceza yargılamasında müdafii ile temsil edilme zorunluluğu yoktur. Ancak kanun bazı durumlarda (cezasının alt sınırı 5 yıl ve üzeri suçlarda, çocuk şüphelilerde, kendini savunamayacak olanlarda vb.) müdafiliği zorunlu kılmıştır.

Daha önce bir kez daha ifadesi alınmış veya daha önceki oturumlarda sorgusu yapılmış olsa bile her ifade alma veya sorgulamada şüpheli veya sanığa haklarını tekrar hatırlatılması şarttır. Haklarını hatırlatılmaması veya eksik hatırlatılması durumunda alınan ifadeler ve toplanan deliller hukuka aykırı olacaktır.

Suç şüphesi altındaki kişiye haklarının hatırlatılması zorunlu olmakla birlikte, şüpheli veya sanığın bu haklarından feragat etmesi mümkündür.

Yargıtay da verdiği kararlarında aydınlatma yükümlülüğünün ihlalini mutlak bozma sebebi saymaktadır. Hakların eksik olarak hatırlatılmasını ve birden fazla kez alınan ifadelerde ve yapılan sorgularda her seferinde tekrar hatırlatılmamasını, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sayarak, bu delillere dayanılarak verilen kararlar hakkında bozma kararı vermektedir.¹¹⁴

Yüksek Yargıtay’a göre : “usulüne uygun ve maddede (CMK m.147) belirtilen biçimde yapılacak sorgu sırasında sanığın hangi haklarını kullanacağı ve hangi kanıtları sunacağı, savunmasında neleri getirebileceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin, hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin bu usulî nedenle bozulmasına karar verilmelidir.”¹¹⁵

¹¹⁴ Y.10.CD. 08.03.1994. 1993/13697 E., 1994/3332 K.,

Y.8.CD. 18.9.1995. 1995/ 11200 E., 1995/11900 K.,

¹¹⁵ YCGK 24.10.1995, 1995/7-165 E., 1995/302 K.,

Yargıtay elbette ki yalnızca susma hakkı gibi hakların hatırlatılmasını yeterli görmemekte, hükme esas alınırken de sanığın bu haklarına saygı duymayı aramaktadır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde verdiği bir kararı¹¹⁶ bu konunun altını çizmektedir:

“Ceza yargılamasının amacı , hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlanması ondan beklenemez. Kaldı ki CMUK’ un 135. maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın, “sukut ikrardan gelir” deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi, savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararına yer yoktur.”

Ayrıca anlatılan hakları, sanığın yargılamanın her aşamasında kullanabileceği de Yargıtay tarafından kabul görmektedir:¹¹⁷

“Emekli mühendis olduğunu ifade eden sanık yargılamanın bitirileceği ihtarıyla son sözü sorulduğunda, vekil tutmak istediğini belirttiğine, CMUK’un 135 . maddesine göre kendisini vekille temsil ettirmek istemesi yasal ve doğal hakkı bulunduğu cihetle takip hukukunun özelliği de dikkate alınarak kendisine makul bir süre tanınması gerekirken, bu talep hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmeden hükmün hemen tefhimi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir.”

2) İfade Alma ve Sorguda Söz konusu Olan Yasak Deliller

¹¹⁶ YCGK, 19.4.1993, 1993/6-81 E, 1993/110 K.

¹¹⁷ Y. 8.CD. 5.10.1993, 1993/8604 E., 1993/966 K.

Suçun meydana gelmesiyle yargılama makamları, bu suçu işleyeni bularak, kanunlarca öngörülen yaptırımları uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır. Suç ve suçluyu tespit etmekte en önemli kaynaklardan biri de alınan beyanlardır. Özellikle şüpheli veya sanık olayın aynı zamanda görgü tanığı olduğundan ifadesi büyük önem arz etmektedir. Fakat her ne kadar ifade ve sorgu ceza yargılamasında en önemli ispat vasıtalarından biriye de şüpheli veya sanık bu delili yargılamayı yapan mercie vermeye zorlanamayacaktır.

Şüpheli veya sanığın beyanı önemli bir kanıt olmasının yanında aynı zamanda bir savunma enstrümanıdır. Ve zanlıya bu hakkını kullanırken baskı yapılması, yönlendirilmesi, bu hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 148. maddesi ifade alma ve sorguda yasak usulleri şu şekilde belirlemiştir:

“Madde 148 - (1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.”

Bu düzenlemeler ışığında örneğin suçun itirafını sağlamak ve delillerini elde etmek amacıyla şüpheli veya sanığın dövülmesi, haysiyetini rencide eden davranışlarda bulunulması işkence sayılarak, bu şekilde alınan beyanlar yasak delil kapsamında değerlendirilecek ve hükme esas alınamayacaktır. Şüpheli veya sanığın aşırı soğukta veya sıcakta bekletilmesi, uykusuz bırakılması, gözüne çok parlak ışık tutulması, gündüz almak varken ifadenin geceleri alınması, işkence sesleri dinlettirilmesi neticesinde alınan ifadeler de hukuka aykırı sayılacak ve yasak delil kapsamına girecektir.

Bununla birlikte şüpheli veya sanığın özgür iradesini engelleyen veya ortadan kaldıran kötü davranışlar neticesinde alınan ifadelerde yasak delil kapsamına girecektir. Kötü davranma genel olarak kişiye bedensel veya ruhsal acı çektirme şeklinde gerçekleşmektedir.

Yine kişinin irade serbestisini ortadan kaldıran veya azaltan ilaç verilmesi suretiyle ifade alınması halinde de alınan ifade yasak delil kapsamına girecektir. Bunun gibi suç şüphesi altındaki kişilerin uzun süre ayakta bırakılması, uykusuz bırakılması, ara vermeksizin gece gündüz sorguya çekilmesi gibi yöntemlerle kişinin yorulması neticesinde alınacak ifadeler de kişinin özgür iradesinin ürünü olmayacağından yasak delil kapsamına girecektir. Bunlar dışında aldatma, cebir kullanma veya tehdit etme gibi sanık veya şüphelinin iradesini tesir altına alacak onu yönlendirecek edimler neticesinde alınan beyanlar da hukuka aykırı kabul edilecek ve hükme esas alınamayacaktır. Bunun gibi örneğin polis tarafından şüpheliye suçunu itiraf etmesi durumunda cezasından indirim yapılacağına dair söz vermesi veya tutuklama talebi ile ilgili olarak sorgulama yapan Sulh Ceza Hakiminin suçunu itiraf etmesi halinde cezasından indirim yapılacağına

dair vaatte bulunması halinde, bu sözleri veren veya vaatte bulunan kişilerin vaatlerini gerçekleştirme güçleri olmadığından bu tür vaatler kanuna aykırı menfaat vaadi sayılarak, bu şekilde alınan ifadeler hukuka aykırı sayılacaktır.

Yargıtay da özgür iradeyi ortan kaldıran ve alınan ifadeleri hukuka aykırı hale getiren bazı fiilleri şu şekilde tanımlamıştır:¹¹⁸

“Cürümünü söyletmek için mağduru bir hafta iş ve gücünden kalacak şekilde yaralayan sanığın eylemi, işkence olarak mütalaa edilemese bile, insani olmayan, haysiyet kırıcı, zalimane muamele sayılması gerekir.”

İşkence ve sair kötü muamelelerden ne anlaşılması gerektiği konusunda kanuni bir tarife rastlanılmamakla birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarında;

- a) İşkence: Bir kimseye, maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri,
- b) İnsani olmayan muameleler: İnsanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri,
- c) Zalimane muameleler: Mağdura maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleleri,
- d) Haysiyet kırıcı hareketler: Bir kimsenin namus şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiilleri ifade eder.

Yüksek Yargıtay somut bir olayda işkence suçu ile ilgili olarak da şu karara varmıştır:¹¹⁹

“Sanığın katılanı (müdahil) suçunu ikrar etmesi için nezarete alıp, saçlarından tutup, duvara vurarak ona etkili eylemde bulunması işkence suçunu oluşturur.”

¹¹⁸ YCGK, 17.04.1989, 1989/8-87 E., 1989/143 K.

¹¹⁹ Y. 8.CD. 20.02.1986, 1985/6399 E., 1986/1151 K.

3) İfade Alma ve Sorgu Dışında Sözkonusu Olan Yasak Deliller

Ceza yargılaması suçu ve suçluları tespit etmek üzere tesis edilmiştir. Ancak hiçbir cezalandırma sebebi, bunu yaparken insan haklarını ihlal etmeyi meşru kılmaz. İnsanlar doğaları gereği cezadan kaçmak için işledikleri suçları gizlemeye çalışırlar. Ceza yargılaması ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerine zarar vermeden bu delilleri bulmaya çalışır. Arama kurumu da buna hizmet etmektedir. Suçluların yakalanması, suç delillerinin ve suçta kullanılan araçların bulunması suçun ispatı açısından hayati değerdedir. Arama denilen hukuki kurum ile kişilerin üstleri, evler, eşyaları, araçları, kısacası özel hayatına ilişkin tüm unsurları araştırılmakta ve kişilerin dokunulmazlığına, konut dokunulmazlığına ve özel hayatın gizliliğine müdahale edilmektedir. Bu nedenle kanun arama yapılmasını sıkı şartlara bağlamıştır. CMK'nın 119'uncu maddesi uyarınca arama kararı vermeye Sulh Ceza Mahkemesi Hakimi yetkili kılınmıştır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı'nın, ona da ulaşılamıyorsa kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılmaktadır. Bu şekilde belirtilen mercilerce alınmış bir arama kararı olmaksızın yahut, 119. maddede belirtilen şekilde usule uyulmaksızın yapılacak arama hukuka aykırı olacaktır. Elkoyma kurumu ise suçun ispatına yönelik delillerin yargılama makamlarının uhdesinde bulundurulmasını sağlayan bir müessesedir. Ancak elkoyma işlemi de yine temel haklardan olan mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Elkoyma işleminin nasıl ve kim tarafından yapılacağı CMK'nın 123 ve devamı maddelerinde belirtilmiştir. Elkoyma kararının muhakkak bir hakim tarafından verilmesi yahut onaylanması gerekmektedir. Yine kanunda belirtilen merci tarafından verilmeyen, kanunda belirtilen usule uyulmadan gerçekleştirilen elkoyma neticesinde elde edilen delil de hukuka aykırı olacaktır.

4) Konusu Bakımından Sözkonusu Olan Yasak Deliller

Ceza yargılamasında maddi gerçek araştırıldığından, her türlü bulgunun delil olabileceği teorik olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı bilgiler yahut veriler delil olarak kullanıldıklarında sağladıkları fayda, kullanılmaları neticesinde uğranılan zararın çok gerisinde kalmaktadır. Bu sebeplerle bazı delillerin konuları itibariyle ceza yargılamasında kullanılması yasaklanmıştır.

Bu yasaklardan en önemlisi devlet sırlarıyla ilgili olanlarıdır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu yasak epeyce gevşetilmiş ve devlet sırrı niteliğindeki belgelerin ceza yargılamasında kullanılması mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu düzenleme şu ifadeleri içermektedir:

“Madde 125- (1) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme tarafından tutanağa kaydedilir.

(2) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.”

Her ne kadar mülga CMUK' un 88. maddesine göre devlet sırrı kavramında mahkemenin etkinliği artırılmış ise de, son fıkrada belirtilen ilke yine de ceza yargılamasına delil bakımından büyük bir kısıtlama getirmektedir. Son fıkra uyarınca artık alt sınırı beş yılın altında ceza öngören suçlara ilişkin olarak yapılan ceza yargılamasında devlet sırrı niteliğindeki deliller kullanılamayacaktır. Bu düzenlemeye paralel bir düzenleme yine CMK'nın 47. maddesinde yapılmıştır. Bu hüküm ayrıca devlet sırrı kavramı hakkında da bir tanım öngörmektedir:

“Madde 47- (1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.

(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.

(3) Bu Madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

(4) Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder.”

Bu düzenlemeler ışığında devlet sırrı kabul edilen hususlarda elde edilen delillerle ilgili olarak ceza yargılamasında büyük oranda bir kısıtlamaya gidildiği görülmektedir

Bundan başka örneğin hakaret suçuna ilişkin yapılan cezai yargılamada, hakaret teşkil eden konuların ispatlanması imkanı tanınmamıştır. Bu yönde delil sunmanın da bir faydası olmayacaktır.

Bu durumlarda sunulacak yahut bulunacak deliller konusu itibariyle hukuka aykırı olacak ve yasak delil kapsamında değerlendirilecektir.

5) Delil Aracı Bakımından Sözkonusu Olan Yasak Deliller

Elde edilen delilin hangi yolla elde edildiği kadar kimden elde edildiği de büyük önem arz etmektedir. Çoğu adli vakada en önemli delil tanık beyanlarından teşekkül etmektedir. Tanık işlenen bir suçla ilgili görgü veya bilgi sahibi olan kimsedir. Maddi gerçeği bulmaya çalışan ceza yargılamasında kural olarak herkes tanıklık yapmak ve bildiklerini yargılama makamlarıyla paylaşmak zorundadır. Ancak Ceza Usul Yasası aile içindeki

uyumun bozulmaması ve kişileri gerçeği söylemekle yakınları arasında bir tercih yapmaya zorlamamak amacıyla aile yakınlarına, ve yine bazı meslekleri icra edenlerle iş sahipleri arasındaki güven ilişkisini idame ettirme maksadıyla meslek sahiplerine tanıklıktan çekinme hakkı vermiştir. Akrabalık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar CMK'nın 45. maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

“şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.”

Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilecektir. Ayrıca bu kimseler dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilir. CMK'nın 46. maddesi ise meslekleri gereği tanıklıktan çekinebilecek kimseleri sıralamıştır. Buna göre; Avukatlar veya stajyer veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları, ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinebileceklerdir.

Bu kişilere öncelikle tanıklıktan çekinme hakları hatırlatılmalıdır. Bu haklarını kullanmaları halinde artık tanıklık yapılmaya zorlanmamalıdır. Aksi halde, yani çekinme hakları hatırlatılmadığında, yahut bu haklarını kullanmalarına izin verilmediği hallerde alınacak beyanları hukuka aykırı olacak ve yasak delil olarak ceza yargılamasında esas alınamayacaktır.

Yargıtay da bu kurallara uyulmamasını mutlak bozma sebebi olarak görmektedir¹²⁰:

“Olayın tek tanığı olan Halil’in sanığın kayınbiraderi olması nedeniyle, tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi suretiyle CMUK’ un 47. (CMK’nın 45) maddesine muhalefet edilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

Yine başka bir kararda benzer bir bozma kararı verilmiştir¹²¹:

“Sanık Hamit’in amcası tanık Necip’e tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı verilmemesi bozmayı gerektirmiştir.”¹²²

Araç bakımından yasak kapsamına giren bir diğer delil türü de kışkırtıcı ajan kullanılmak suretiyle edinilen delillerdir. Kışkırtıcı ajan; suçun işlenmesinde doğrudan bir menfaati bulunmadığı halde, bir kimseyi adalete teslim etmek, suçüstü yakalatmak için suça sürükleyen kişi olarak tanımlanmaktadır.¹²³

Suçla ve suçluyla mücadele görevini ifa eden devletin bu görevini icra ederken doğruluk ve güven kurallarıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bir takım suçların ortaya çıkarılması amacıyla bile olsa hileye başvurulması hukuka uygun olmayacaktır. Zira suça karışan kişinin iradesini bu şekilde yönlendirmekte, belki de suç işlemeyecek kişiye suç işleme imkanı tanınmakta, kişinin toplumdan soyutlanmasına sebebiyet vermektedir. Kışkırtıcı ajanın kişileri suç işlemeye yönlendirmesi, sonra da onları yakalaması ve suç delilleri elde etmesi durumunda esasen suç işleme

¹²⁰ Y. 8. CD. 10.11.1987, 1987/8383 E., 1987/8716 K.,

¹²¹ Y. 2. CD. 14.9.1993, 1993/8372 E., 1993/9391 K.,

¹²² Benzer Mahiyette: Y. 2 CD. 13.5.1986, 1986/3516 E., 1986/3900 K., Y. 2 CD. 24.03.1987, 1987/2452 E., 1987/2734 K., Y. 2. CD. 16.10.1986., 1986./7127 E., 1986/7908 K., Y. 2 CD. 4.2.1987., 1987/47 E., 1987/823 K.

¹²³ **KAYMAZ**, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, s.243

düşüncesi ajandan kaynaklandığından bu deliller hukuka aykırı mahiyet arz edeceklerdir.

Yargıtay da bu şekilde elde edilecek delillerin hukuka aykırı olcağına karar vermiştir. Verdiği bir kararında;¹²⁴ iki gizli ajan tarafından eyleme kışkırtılan ve haklarında ceza davası açılarak ilk mahkemeye cezalandırılmalarına karar verilen kişilerin mahkumiyet kararlarını inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu: “(...) Polis ajanı olduğu sonradan anlaşılan sanık tarafından oraya konulduğu bildirilen pankartların delil olarak kabul edilmesi suretiyle hükümlülüğe karar verilmesinin yasaya aykırı olduğuna” karar verilmesinin yasaya aykırı olduğuna kara vermiştir.

D) Uygulamada Yasak Delil

Ceza yargılamasında özellikle bir takım yöntemlerle elde edilmiş olan delillere yasak delil şeklinde bir hafta uygulamanın ve teorik yönünün yanında somut olarak yasak delilin ne olduğunun net olarak anlaşılabilmesi için uygulamadan örnekler sunmakta yarar ummaktayız.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve üzerinde durulan yasak delil konulu tartışmalardan birisi telefon konuşmasının kayda alınmasıdır. Sıklıkla kendisine hakaret edildiğinden yahut kendisinin tehdit edildiğinden bahisle şikayetçi olan mağdurların yaptıkları telefon görüşmelerini telefonunun özelliğinden de faydalanarak kaydettikleri ve bu kayıtları da delil olarak dosyaya sunmak talebinde bulundukları görülmektedir. Ancak bu tür bir taleple karşılaşıldığında; bazı tereddütler yaşanmaktadır. Zira sonuç itibarıyla iki kişi arasında bir telefon görüşmesi gerçekleşmekte ve sesi kaydedilen kişi sesinin kaydedildiğini bilmemektedir. Kaldı ki; bu tür hareketin zaten başlı başına suç teşkil edebileceği de düşünülebilir. Zira TCK’nın 132. maddesi şu hükmü havidir:

¹²⁴ Naklen; Seydi KAYMAZ, s. 245

“Madde 132 - (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.”

Bu maddenin 3 fıkrası ilk bakışta başta verdiğimiz örneğin tam karşılığı gibi anlaşılabilecektir. Zira bizim olayımızda da mağdur şikayetçi olduğu kişi ile bir telefon görüşmesi yapmaktadır. Bu telefon görüşmesini kayda almakta ve sonra da Savcılığa yahut Mahkemeye delil olarak sunmaktadır.

Eğer örneğimizdeki mağdurun telefon görüşmesini kayda alarak ifşa ettiğini düşünersek, yukarıda alıntıladığımız kanun hükmü gereğince suç işlediğini kabul etmek zorundayız. Bunun başka bir sonucu da kaydın yasak delil olarak değerlendirilmesi zorunluluğudur. Başta da belirttiğimiz gibi telefonla hakaret yahut tehdit şikayetlerinde sıklıkla karşılaşılan bu sıkıntının çözülmesi gerekmektedir. Öncelikle çözülmesi gereken sorun mağdurun kayıt altına aldığı bu görüşmeyi ifşa etme kastının bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimce mağdur örneğimizde kanunun tarif ettiği şekilde şüpheliyle aralarında geçen görüşmeyi kaydederek ifşa etme kastı taşımamaktadır. Bilakis bir suçun mağduru konumunda bulunduğundan kendini korumak,

haklılığını kanıtlamak iradesi taşımaktadır. Kaldı ki görüşme içeriğinin ifşa edildiğinden de söz edilemez. Mahkemede ve Savcılıkta bu görüşmeler yalnızca suçun yargılaması esnasında kullanılacaktır. Dolayısıyla mağdurun şikayetçi bulunduğu kişi ile aralarında gerçekleştirdiği telefon konuşmasını kayıt altına alarak ceza yargılamasında delil olarak kullanması suç teşkil etmemeli, dahası alınan kayıt da yasak delil kapsamında değerlendirilmemelidir.

Uygulamada yasak delil konusunda sıklıkla karşılaşılan durumlardan birisi de iletişimin tespiti uygulamalarında gündeme gelmektedir. Örneğin hakkında kasten adam öldürme suçundan dolayı CMK'nın 135. maddesi gereği dinleme kararı verilen şüpheli, bir başka şahısla dinlenen telefonundan konuşurken konuştuğu şahsın başka bir suç işlediği anlaşıyor. Bu durumda şüphelinin konuştuğu şahsın işlediği anlaşılan suç için kayda alınan görüşme delil olarak kabul edilecek midir? Öncelikle bir suçtan dolayı soruşturma yapılmaktadır. Ancak soruşturma yapan birim başka bir suçun daha işlendiğini öğrenmektedir. Öğrendiği ikinci suçu umursamaması, onun hakkında hiçbir işlem yapmaması düşünülemez. Ancak dinleme kararının CMK'da da ayrıksı ve istisnai bir durum olarak kati kurallar çerçevesinde düzenlendiği de görmezden gelinemez. O halde temel olarak örneğimizdeki adam öldürme suçu yönünden yapılan görüşmenin delil olduğu kabul edilecektir. Bunun dışında işlendiği anlaşılan suçlar açısından ise bir inceleme yapmak gerekmektedir. İletişimin tespitini düzenleyen CMK'nın 135. maddesi bu yöntemin kullanılmasını yalnızca bazı suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmayla tabi tutmuştur. Bu suçlara öğretide "katalog suçlar" adı verilmektedir. Bu katalog suçların dışında zaten iletişimin kayda alınması yasak delil niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla örneğimize dönersek öğrenilen ikinci suç açısından da bu incelemenin yapılması gerekmektedir. Öğrenilen ikinci suç eğer bu katalog suçlardan biri ise yapılan kayıt, bu suç açısından da delil teşkil edecektir. Ancak öğrenilen suç katalog suçlardan biri değilse yapılan kaydın delil olup olmayacağı bu kadar basit çözümlenemeyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir

kararında bu konuya açıklık getirmiştir.¹²⁵ Özetle Yargıtay kararında: “Adı geçen bu şüphelinin telefonundan başka birisinin konuşması sırasında yapılan tespitler, konuşan ve karşıdaki kişi yönünden yasak delil niteliğinde olmayıp, tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir (CMK.nun 138/2. maddesi). İletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ve CMK.nun 135/6. maddesinde sayılan (katalog) suçlar dışında kalan bir suçla ilgili kayıt alınmıştır. Elde edilen bilgiler, ihbar kabul edilerek soruşturma yapılabilecek ve delil başlangıcı olarak kullanılabilir.” denilmektedir. Şu halde katalog suç kapsamında olmayan suçlar açısından da konu açıklığa kavuşmuş olmaktadır.

Yine uygulamadan yasak delil kapsamında bir örnek olarak,CMK’daki arama müessesesiyle ilgili bazı tereddütler düşünülebilir. Örneğin kolluk rutin kontroller esnasında bir bakkal dükkanında suç unsuru olan bir madde fark ederse, ne yapacaktır. Adli arama kararı olmaksızın bu şekilde bulduğu bir suç unsuruna el koyması ve buna dayanılması yasak delil olarak değerlendirilmelidir. İletişimin dinlenmesi gibi arama müessesesi de kişilerin özel hayatına önemli bir müdahale olduğundan sıkı şartlara bağlanmıştır. Bir takım unsurların varlığı halinde Hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcı kararıyla arama yapılabilecektir. Usul bu şekilde belirlenmişken bu usule uyulmadan yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve ceza yargılaması esnasında da yasak delil olarak değerlendirilmesi gerekeceği açıktır. Ancak örneğimizde olduğu gibi halka açık olan bir bakkalda açıkta bu şekilde bir suç unsurunun varlığı halinde buna işlem yapmaktan koluğu engellemek de suç ve suçluyla mücadele açısından vahim sonuçlar doğuracaktır. Temel insan hakları açısından elbetteki usule aykırı olarak yapılacak aramalar neticesinde bulunacak deliller hükme esas alınmayacaktır. Ancak etkin bir ceza yargılaması açısından da örneğimizde olduğu gibi alenen suç unsurunun varlığı halinde de yetkiyi biraz

¹²⁵ YCGKK, 2006/4 E., 2006/162 K., K.T.: 13.06.2006

daha geniş düşünmek ve bu yönüyle delil yasakları konusunda biraz daha makul davranmak ihtiyacı doğmaktadır.

Netice olarak verdiğimiz örneklerin temel noktası ilk bakışta yasak delil olarak kabul edilmesi gereken bazı delillerin, olayın özellikleri dikkate alındığında etkin ceza yargılamasının gerçekleştirilmesi düşüncesi ile yasak delil kavramının çizgilerinin biraz gevşetilmesi sonuç olarak de ceza yargılamasında hükme esas alınmasında kullanıldığı anlaşılmaktadır.

E) Yasak Delillerin Etkisinin Önlenmesi Sorunu

Daha önce de ifade edildiği gibi kanun koyucu tarafından ceza yargılamasını gerçekleştiren mercie takdir hakkı tanınmaksızın, elde edilmesinin ve hükme esas alınmasının yasaklandığı delillere yasak delil denilmektedir. Ancak bir bulgunun yasak delil olarak isimlendirilmesi, onun kararda etkili olmasını engellemeye yetmemektedir. Hukuken yasak delil olarak kabul edilen delillerin mahkumiyete bir nebze dahi olsun kanaat vermesi halinde tüm açıklamalar ve tüm yasaklar ifadesiz kalacaktır.

Yargılamayı, hakimler yürütmektedir ve onlara yasalar çerçevesinde vicdani kanaatlerine uygun olarak karar verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Her ne kadar bağımsızlıkları Anayasal hükümlerce teminat altına alınmış ve tarafsızlıkları öngörülmüşse de, yargıçların da insan olarak kanaatlerinin dış etmenlerden etkilenmeleri normaldir. Şu halde görmekte olduğu bir dosyada, sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli bir delilin yasak delil kabulü nedeniyle suçun işlenmediğine ilişkin karar vermek zorunda kalan bir yargıç elbetteki vicdani kanaatinden sapmış olacaktır. Kanaati aksi yönde oluşsa bile sanığın beraatına karar vermek durumunda kalacaktır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289. maddesi yasak delile dayanan kararların mutlak bozma sebebini içerdiğini belirtmektedir. 289. maddenin 1-i fıkrası şu şekildedir:

“Madde 289- (1) Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hallerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

i)Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.”

Bu düzenleme uyarınca yasak delile dayanan hüküm temyiz incelemesinde mutlaka bozulacaktır. Bu şekilde kanun koyucu yasak delilin hükümde etkin olmasını, tesirini engellemeye çalışmaktadır.

Yine aynı kanunun 217. maddesinin 2. fıkrası da aynı şeyi tersten ifade etmektedir:

“Yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

Maddi gerçeğin araştırıldığı ceza yargılamasında ispat her türlü delille mümkündür. Ancak yukarıda ifade edilen hükümden anlaşılacağı üzere ispat aracı olarak kullanılacak delil muhakkak hukuka uygun olacaktır.

Yine CMK'nın 230. maddesinin 1-b fıkrası, hüküm gerekçesinde gösterilmesi gerekli hususları sayarken şu ifadeye yer vermiştir:

“(…) bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.”

CMK'nın delillerin ortaya konulması ve reddi başlıklı 206. maddesinin 2-a fıkrası gereği şu düzenleme ile yasak delillerin reddolunacağını hüküm altına alınmıştır.

“(2) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse”

Ceza Muhakemesi Kanunundaki tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, artık Anayasamızın 38. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen yasak delil kavramının ceza yargılamasında her yönüyle teminat altına alındığı görülmektedir. Usulû yahut maddi hukuka ilişkin olarak var olan bir kurala aykırı olduğu anlaşılan hiçbir delile ceza yargılamasında yer verilmeyecektir.

Bahsi geçen düzenlemelerle her ne kadar yasak delil kavramı açıklığa kavuşturulmuş ve yasak delillerin doğrudan doğruya hükme esas alınmasına mani olunmuşsa da, hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisinin de olabileceği gerçeği hukuk dünyasında tartışılan ve bakış açılarına sebebiyet veren bir durumdur. Zehirli ağacın meyveleri olarak nitelendirilen bu düşünce uyarınca hukuka aykırı deliller aracılığı ile elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusu tartışmalıdır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak bir takım başka delillere ulaşılması her zaman imkan dahilindedir. Örneğin cinayet suçunun sanığına işkence yapılarak suç aletinin yerinin söylettirilmesi ve ele geçirilmesi halinde elde edilen suç aleti de yasak delil kapsamında alacak mıdır.

Doktrinde genel kabul; “zehirli ağacın meyveleri de zehirli olur” düşüncesi çerçevesinde bu delillerin de yasak delil kapsamında değerlendirilmesi düşüncesinde toplanmaktadır. Buna göre Ceza Muhakemesi Kanunu yasak delil konusunda bir istisna tanımadığına ve kurumu çok katı kurallarla belirlediğine göre yasak delilden yola çıkılarak elde edilecek deli de yasak delil kapsamına girecektir.

Bir delilin yasak delil olup olmadığına soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde ise hakim re’sen veya yapılacak itiraz neticesine karar verecektir. Yapılacak bu inceleme neticesinde delilin yasak delil olduğu kanaatine varılırsa ne yapılacağı kanunda çok açık olarak

düzenlenmemiştir. Örneğin bir ifade sanığın hakları hatırlatılmadan alınmışsa, yahut yetkili hakimin kararı olmaksızın birilerinin iletişim bilgileri tespit edilmişse, bu bilgiler dosyada kalmaya devam edecek midir? Eğer yasak delil olmanın tek sonucu hükme esas alınmayacağı düşünülür ve delil dosyada saklanmaya devam ederse, yargıç vereceği kararda bu delile dayanmasa dahi vicdanen bu delilden etkilenecektir. Kanun yukarıda alıntı yapılan maddelerinde hükme esas alınmamayı yeterli görmektedir. Hatta 230. maddenin 1-b fıkrasındaki “dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin açıkça gösterilmesi” şeklindeki ifade delil hukuka aykırı olarak elde edilse dahi dosyada saklanmalıdır intibai uyandırmaktadır. Bu düzenleme karşısında hüküm verildiğinde yasak delillerin halen dosyada bulunması hatta kararda belirtilmeleri olağan hatta gerekli görülmektedir. Dolayısıyla yasak delillerin dosyadan çıkarılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu şekilde katı kurallarla belirlenen yasak delilin dosyada saklanması dosyayı inceleyen, üzerinde çalışan her kişiye bir kanaat verecektir. Bu bakımdan kanaatimizce yasak delil olarak kabul edilen delillerin dosyadan çıkarılmaları gerekir. İnsan hakları düşüncesinden hareketle yalnızca yasak delil kavramını ortaya koymak yetmeyecektir. Bu kurumun yargılamada etkinliğini sağlamak da gerekmektedir. Dosyada saklanmaya devam eden hukuka aykırı bir delilin, yargıca bir kanı sağlamayacağını garanti etmek mümkün değildir. Hakimler kanunlar çerçevesinde vicdani kanaatlerine göre karar verdiklerine göre, vicdani kanaatlerini bir nebze de olsa etkileme ihtimali bulunan bu hukuka aykırı unsurların etkinliği engellenmelidir.

VI) CEZA SORUMLULUĞUNUN BİREYSELLİĞİ

A) Genel Açıklama

İlkel ceza hukuku döneminde kıyas uygulanmaktaydı. Suç işleyen veya onun mensubu olduğu kabile yahut topluluktan birine, mağdur veya mağdurun mensup olduğu topluluktan birisi karşılık vermekte, bu şekilde intikam duygusu bastırılmış olmaktaydı. Sorumluluğun fiili işleyene yüklenmesi gibi bir durum yerine, mensup olduğu topluluk sorumlu tutulmaktaydı. Zaten ilkel hukuk sistemlerinde ferde fert olması sebebiyle verilen bir değer bulunmadığından mensubu olduğu topluluğun varlığı ve iradesi dikkate alınmaktaydı. Bu sebeple de suç işleyen kişi yerine mensubu olduğu topluluk sorumlu tutulmakta, kusur aranmaksızın tüm topluluk sonuçtan mesul sayılmaktaydı.¹²⁶

Rönesans ve reform hareketleriyle modern hukuk anlayışının oluşmaya başlaması, bireyin önem kazanması gibi düşüncelerle sorumluluğun kolektiflikten bireyselliğine doğru bir geçiş olmuştur. Çağdaş ceza hukukunda artık birey yalnızca kendi fiillerinden sorumlu tutulabilmektedir.¹²⁷ Buna göre suçu kim işlemiş ise cezasını da çekmelidir. Aile bireylerinden birinin suçu işlemiş olması halinde aynı aileden diğer bireylerin de cezaya çarptırılması gibi bir usul çağdaş ceza hukuku anlayışında kabul edilemez bir durumdur. Suçu kim işlemişse cezayı da onun çekmesi modern ceza hukukunun en önemli ilkelerindendir.¹²⁸

B) Bireysellik İlkesinin Tanımı ve Gelişmesi

Bireysellik ilkesi gereğince temel olarak; karşılığında ceza öngörülen bir davranıştan, yalnızca ve doğrudan davranışı işleyeni sorumlu tutmaya

¹²⁶ BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 264

¹²⁷ İÇEL, Yaptırım Teorisi, s.14

¹²⁸ ÇAKMAK, Seyfullah, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, s.10

dayanan bir ilkedir. Esasen suç olarak tanımlanan bir fiil için birden fazla kimseyi sorumlu tutmak, yaptırımın etkinliği için daha verimli sonuçlar doğuracaktır. Ancak çağdaş hukuk ve insan akları anlayışında artık bir kimsenin davranışından başka bir kimseyi sorumlu tutmak kabul edilmemektedir.

Yerleşik toplum anlayışıyla yavaş yavaş yöneten kesimin ortaya çıkması neticesinde, topluluğun huzurunu ve düzenini koruma görev ve yetkisini yöneten kesim üstlenmiştir. Bunun neticesinde toplumun huzurunu bozan davranışların karşılaştıkları yaptırımlar da bir sistematığe oturtulmuştur. Lideri lider yapan toplum olduğuna göre, toplumdan bir ferdin gerçekleştirdiği eylem nedeniyle tüm toplumu cezalandırma yönüne gitme imkanı da ortadan kalkmıştır.

Bu dönemlerde henüz fiilden sorumlu tutulma 'kusur' unsuruna bağlı tutulmasa da, kişinin gerçekleştirmedeği fiiller neticesinde yaptırıma uğramak da kişiler tarafından yadırganır hale gelmiştir. 13. Asırdan sonra 'kusur' unsurunun cezalandırmada değer kazanmaya başlamasıyla güçlenen bireysellik ilkesi failin kusurlu hareketlerinden sorumluluğunun yanında, failin istemediği neticeden de cezalandırılmaması durumlarını kapsar hale gelmiştir. Bugünse artık cezaların bireyselliği ilkesi, kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin, yada kanunda istenmeyen durum olarak belirlenmiş sonuca neden olan kişinin cezalandırılması olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.¹²⁹

Ferde verilen değer, kişisel özgürlüklerin kısıtlanmasının istisnai olduğu anlayışı ve adalet anlayışındaki gelişmeler artık bir kimseyi başka bir kimsenin fiilinden dolayı sorumlu tutmayı kabul etmemektedir.

¹²⁹ İÇEL, Yaptırım Teorisi, s.14,15

C) Türk Hukukunda Cezanın Bireyselliği İlkesi

Hukukumuzda cezaların bireyselliği Anayasa’da teminat altına alınmış temel bir ilkedir. Anayasamızın 38. maddesinin 7. fıkrası şu kısa ve net düzenlemeye yer vermektedir:

“Ceza sorumluluğu şahsidir.”

Bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu fıkra, ceza sorumluluğunun ‘şahsi’ olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve “kusura dayanan ceza sorumluluğu” ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.”¹³⁰

Bu kısa fakat net düzenlemeyle bu düzenlemeye ait gerekçe, cezaların bireysel nitelikte olacağını ve yalnızca failin şahsi olarak sorumlu tutulacağını belirtmekte, aynı zamanda teminat altına almaktadır.

Anayasamızdaki bahse konu düzenlemenin paralelinde bir düzenleme de ceza yasasında yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı 20. madde şu şekildedir:

“Madde 20- (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

Bu düzenlemenin gerekçesi ise hem düzenlemenin neyi ifade ettiği hem de konunun anlaşılabilmesi için önemlidir:

¹³⁰ SEZER, Abdullah, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 126

“Gerekçe: Tasarının ‘suçun faili’ başlıklı maddesi değiştirilmiş olup, madde metninde anayasamıza uygun olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı uygulanmıştır. Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunla hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorununu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir. Ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.

Para cezasını uygulanmasındaki kolaylık, tüzel kişiler hakkında da ceza yaptırımına hükmedilebileceği düşüncesine haklılık kazandırmaz. Tüzel kişiler için ancak idari yaptırım niteliğinde ‘para cezası’ öngörülebilir. Çünkü idari yaptırımlarla, ceza yaptırımları arasında neden, amaç ve sonuçları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin şirket niteliğindeki bir tüzel kişinin, faaliyeti ile ilgili olarak doğan vergi borcunun zamanında ve tam olarak ödenmemesi dolayısıyla, tüzel kişi hakkında da para cezası verilebilmektedir. Ancak bu yaptırımın asıl amacı, verginin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmemesi dolayısıyla kamu maliyesinin uğradığı zararın giderilmesi ve vergi düzeninin etkinliğinin sağlanmasıdır. Bu tür yaptırımların bir ceza hukuku yaptırımı olmadığı açıktır. Vergi borcunun gerçeğe uygun bir şekilde doğmasının önüne geçebilmek amacıyla sahte belge düzenlenmiş olması durumunda da ayrıca bu sahteciliği gerçekleştiren gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilecektir. Bu durumda bile tüzel kişi hakkında verilen para cezası, bir idari yaptırım olma özelliğini korur.

Yapılan bu yeni düzenlemeyle, tüzel kişiler hakkında da özellikle para cezası bağlamında ceza yaptırımına hükmedilebileceği yönündeki hukuki temelden yoksun anlayışın önüne geçilmek amaçlanmıştır.”¹³¹

Türk hukuk sisteminde Cumhuriyet Dönemi öncesi ceza hukukunda bireysellik ilkesi mutlak şekilde olmasa bile genel kabul görmüş bir ilkedir. Cumhuriyet dönemi öncesi Türk ceza hukukunda cezaların şahsiliği bazı suçlar açısından kabul edilmişken, bazı suçlar bakımından kolektif ceza sorumluluğu uygulanmıştır.

Cezaların bireyselliği konusunda en çok tartışma götüren konu ise tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bakımından olmasıdır. Temelde tüzel kişilerin suç işleme kasıtlarının olmayacağı, ancak onu teşkil eden insanların suç işleme kastının olabileceği düşünüldüğünde tüzel kişilerin cezaî sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. Ceza Kanunu da tüzel kişilere ceza yaptırımının uygulanamayacağını belirtirken akabinde de güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlarına uygulanabileceğini belirtmiştir.

Yüksek Yargıtay verdiği kararlarla tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu konusunu açıklığa kavuşturmuştur. Bir kararında tüzel kişi yöneticilerinin sorumluluğu üzerinde durmaktadır.¹³²

“Süreklilik gösteren dairemiz kararları ve Ceza Genel Kurulu’nun 17.12.1990 gün ve 312-340 sayılı kararında açıklandığı üzere, tüzel kişinin birden fazla temsilcisinin bulunması halinde cezaî sorumluluğun cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınarak, suçun şekil sorumlusuna değil, ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan kanuni temsilciye ait olacağı, vergi inceleme raporuna ekli vergi denetmeni ve şirket yetkilisi Aziz imzalı 19.02.1998 tutanak da belgesiz alımlarını belgelendirmek amacıyla suç konu faturaları kendisinin

¹³¹ BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 263

¹³² 11. CD. 16.10. 2002., 2002/7323 E., 2002/8006 K.

aldığını beyan etmesi karşısında, sanık Burhan'ın diğer sanık ile olan ortaklığının 1996 Ocak ayında sona erdiği, şirketi feshetmek üzere aralarında anlaştıklarını savunması da dikkate alınarak şirketi temsile yetkili olup olmadığı araştırılıp, suçun oluşmasındaki rolü açıklanıp tartışılmadan, eksik soruşturmayla mahkumiyetine hükmolunması (...)"

Bu kararında Yargıtay tüzel kişiliği temsile yetkili olanların yetkilerinin tartışılmasını, ortaya çıkan sonuçtan da sorumluluğun buna göre kusurları oranında temsilcilere verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.yine aynı doğrultuda başka bir kararı ise şu şekildedir.¹³³

"Ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 17.12.1990 ve 312/340 sayılı kararında açıklandığı üzere, adi ortaklığın idaresinin kime ait olduğu araştırılıp suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rolü olan ortak tespit edilmeden ve her iki sanığında müştereken sorumlu olduğu belirlenmeden sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi (...)"

Yüksek Yargıtay'ın bu yöndeki bir çok kararından¹³⁴ anlaşılacağı üzere tüzel kişilerin suç teşkil eden eylemlerinden tüzel kişileri temsile yetkili gerçek kişilerin sorumlu tutulması, bunu belirlerken de gerçek kişilerin sorumluluklarını net olarak tespit edilmesi gerektiği belirgin bir şekilde vurgulanmaktadır.

D) Cezanın Bireyselliği ve Bireyselleştirilmesi İlişkisi

Cezaların bireyselliğinin, kanunlarca suç olarak belirlenen davranıştan yalnızca bu davranışı işleyeni sorumlu tutmak olarak anlaşıldığını belirtmiştik. Cezaların bireyselleştirilmesi ise bundan çok farklı bir kavramı ifade etmektedir. Bir cezanın bireyselleştirilmesi somut olayda failin kastı, kişisel ve

¹³³ 11. CD. 09.12.2002., 10215/9764

¹³⁴ 11. CD. 08.02.2006., 2004/4999,2006/685, 11.CD., 14.12.2005, 2004/8301,2005/13631, 11.CD. 03.05.2005., 2004/8699-2005/2363, 11. CD, 28.02.2005, 2004/919, 2005/778 vd.

yargılamada gösterdiği özellikleri gibi bazı faktörlerin dikkate alınarak kanunlarca belirlenen sınırlar içinde ve yine kanunlar uyarınca cezasının belirlenmesidir. Lafzî olarak yakın kavramlar gibi görünen cezaların bireyselliği ile cezaların bireyselleştirilmesi tamamen farklı müesseselerdir.

Cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda, aynı suçu işleyen iki kişiye farklı cezalar verilmesi mümkün olmaktadır. Örneğin birlikte hırsızlık suçunu işleyen faillerden, birinin cezası yaşı küçük olduğu için indirilebilecektir.¹³⁵ Bu örnekten de anlaşılacağı üzere cezanın bireyselleştirilmesi, failin özelliklerine ve suçun özelliklerine göre suçun cezasının belirlenmesi anlamına gelmektedir. Oysa ki cezanın bireyselliği yukarıdaki örnek üzerinden gidildiğinde her iki failin de kendi işledikleri suçlardan ve işledikleri kadarından sorumlu tutulmaları anlamına gelmektedir.

¹³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.571

VII) SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRME NEDENİYLE HAPSEDİLEMEME

A) Genel Olarak

Çağdaş hukuk anlayışında artık sözleşme hürriyeti sınırsız olarak kabul edilmektedir. Anayasamız da sözleşme hürriyetini teminat altına alıcı 48. maddesine yer vermiştir. Bu maddedeki sözleşme hürriyetine ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“Madde 48- Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.”

Bunun anlamı, herkesin her istediği kimseyle her konuda sözleşme yapma hakkı olduğudur. Günümüzde artık sınırsız sayıda sözleşmenin var olduğunu ileri sürmek mümkündür. Hayatın her alanında insanlar birbirleriyle ilişki içinde olmaları dolayısıyla sözleşmeler yapmaktadır. Örneğin bir büfeden gazete alınmak istenildiğinde ücreti ödenmekte karşılığında gazete alınmaktadır. Bu ilişki dahi sözleşme olarak kabul görecektir. Elbette ki bu ilişkilerin çok daha karmaşık, çok farklı yönleri olan sözleşmeler de yapılmaktadır. Medeni hukukun en önemli konularından biri sözleşmelerdir. Sözleşmelerde temel olarak sözleşmeyi yapan taraflar birbirlerine bir takım edimler borçlanırlar.

Hukuki ilişkilerde esas olan borçlunun borcunu kendi rızasıyla ödemesidir. Fakat borçlu bunu gerçekleştirmeyebilir. Bu halde alacaklının kendi hakkını bizzat kendisi alması gibi bir durum günümüzde kabul edilmemekte, hatta ihkak-ı hak olarak kabul edilen bu fiil suç kabul edilmiştir.

Hukuk sistemimiz içerisinde artık alacağını tahsil edemeyen kişi devlete ve devletin icra organlarına başvurarak devletin cebr-i icra organları

aracılığıyla alacağını tahsil edecektir. Bu durumda denilebilir ki; borcunu ödemeyen borçluya zor kullanma hakkı ve yetkisi yalnızca devlete aittir. Kendiliğinden hakkını tahsil etmek yasaklanmış olduğuna göre, devlet kendisine yapılan talepler neticesinde alacağın tahsil edilmesinden kaçınamaz. İhtiyaç duyulduğunda hakkı ihlal edilen kişinin meşru yollarla ve devlet eliyle, hakkının yerine getirilme imkanının bulunmadığı bir hukuk düzeninde insanların ortak hayatlarının sürdürülmesindeki meşru zeminin kaybedilmesi tehlikesi vardır. Böyle bir durum, hukuk düzeninde zafiyet oluşmasına yol açacaktır.

Ancak devlet alacaklının hakkını tahsil ederken alacaklının şahsına yönelmemelidir. Borç ilişkilerinde asıl olan ve insanların sorumlu tutulacakları şey malvarlıklarıdır. Zira amaç borçlunun cezalandırılması değil, alacaklının alacağını tahsil etmesinin sağlanmasıdır. Devlet borçlunun malvarlığından alacaklının alacağını alarak, alacaklıya tevdi edecektir.

B) İlkenin Kaynağı ve Hukukumuzda Girişi

Sözleşmeden doğan borç nedeniyle hapsedilememe kuralının ‘Solon’ tarafından konulduğu kabul edilmektedir. Milattan önce 559 yılında ölen Solon, MÖ 620’de Atina’ya “arkon” olarak atanır. Görevi kanunları değiştirmek, iktisadi durumu düzeltmek, özellikle zengin ve yoksul arasındaki gerilimi azaltmaktır. Uzun savaşlar sonunda deniz ticaretinin engellenmesi nedeniyle borçlarını ödeyemeyenler, Tiran Dracon’un kanunlarına göre esir duruma düşerlerdi. Solon hazırladığı anayasada ilk sırada borç nedeniyle tutsak edilenlerin ve ailelerinin serbest bırakılmasını öngören bir kural getirir. Buna göre miktarı büyük borçlar ile arazi üzerine konan rehin kayıtları silinir. Anayasanın çıkarılmasından önce Solon’dan yeni kuralı öğrenen dostları büyük borçlara girerek mülk edinir ve bu mülkleri aldıkları borca rehin gösterirler. Solon hakkında danışıklı davranma suçlamaları yapılır, Solon’un

yeni anayasa ile büyük miktarda para kaybettiği anlaşıncı Solon cezalandırılmaktan kurtulur.¹³⁶

Bizim Anayasamıza ise bu hüküm 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla girmiştir. Anayasamızın 38. maddesine eklenen 8. fıkra şu şekildedir:

“Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.”

Anayasa’da yapılan bu değişiklik gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“2001-I Anayasa Değişikliği Gerekçesi:

Ölüm cezasının sadece, savaş, yakın savaş ve terör suçlarından verilebileceği 6 no’lu protokol hükümleri doğrultusunda bu maddede yer almıştır. Ayrıca 4 no’lu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük gereği nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır.”

Değişiklik gerekçesinde bahsi geçen Ek 4 no’lu protokol ise tam adıyla; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne Ek Birinci Protokol’de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Tanıyan 4 Numaralı Protokol’dür.

4 Numaralı Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde Strasbourg’da imzaya açılmış ve 7. maddeye uygun olarak 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 4 no’lu protokolü 19 Ekim 1992’de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 gün ve 21861 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Ancak onay belgesi henüz

¹³⁶ AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 nolu Protokol 1. Maddeye Göre “Borç İçin Hapis Yasağı”, www.idare.gen.tr/akillioğlu-borc.htm. (erişim tarihi: 04.07.2007)

tevdilmediği için, Türkiye halen protokole taraf değildir. Protokolün birinci maddesi şu şekildedir:

“Madde 1- Bortan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı:

Hiç kimse, yalnız akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.”

Bu düzenlemenin 2001 değişikliği ile Anayasamızın 38. maddesine eklenen ilkeyle neredeyse aynı ifadeleri içeriyor olmasının sebebi elbette ki, Anayasa değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, değişikliğin kaynağını bu ek protokolden almasıdır.

Anayasamızda yer alan ve yukarıda belirttiğimiz kural ışığında artık sözleşmeden kaynaklanan bir edimi yerine getirmeme nedeniyle özgürlüğünden alıkonulma ülkemizde yasaklanmış durumdadır.

C) İlkenin Getirdiği Tereddütler ve Sonuçları

İlke açık bir şekilde ifade etmekle birlikte, fiilen bazı özgürlüklerin kısıtlanmaya devam olunması ilke açısından bazı tereddütler doğurmuştur. Sözleşme neticesinde alacaklının alacağını tahsil eden devlet olunca alınan tedbirlerin yine hürriyete müdahale şeklinde anlaşılması kaçınılmaz olmaktadır.

1) İcra Suçları

Devletçe gerçekleştirilen cebri tahsilin usulünü düzenleyen İcra ve İflas Kanunu’nun 16. babında 331 ila 354. maddeler arasında cezai hükümler düzenlenmiştir. Bu bapta yer alan cezai hükümlerde 01.06.2005 tarihinde yürürlüğü giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyumluluk sağlaması

açısından önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan yeni düzenlemelerle, adli para cezası, disiplin hapsi, tazyik hapsi yaptırımları getirilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan hürriyeti bağlayıcı cezaların Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olup olmadığı zaman zaman tereddütlere mahal vermektedir. Anayasamızın sözü edilen 38/8 maddesi şu şekildedir:

“Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.”

Bu düzenleme uyarınca özgürlüğün korunması, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Oysa İcra ve iflas Kanunu'nda yer alan hükümlerin bir çoğu Anayasa'nın bu hükmü kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira bu yaptırımlar sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle öngörülen yaptırımlar değildir. Kısacası öngörülen cezai yaptırım taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalinin kaynaklanmamaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan yaptırımların genel karakterleri incelendiğinde, bazen kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen bakımından yaptırım öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin, 76. maddesinde, süresi içinde mal beyanında bulunmayan borçlunun hapisle tazyik edileceği öngörülmüştür. Buna paralel bir düzenleme 337. maddede yer almaktadır. Her iki maddede yer alan yaptırımların amacı borçluyu cezalandırmak değil, borçluyu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak olduğu görülmektedir. Bazen ise kanun, kişinin iyi niyetli, dürüst davranmaması ve özellikle borçlunun alacaklılarını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu hareketler için cezai yaptırımlar öngörmektedir. Örneğin 331. madde başlığından da anlaşılacağı üzere “alacaklısını zarar sokmak kastıyla mevcudunu eksilten borçluların cezasını öngörmektedir. Bu örneklerde de anlaşılacağı üzere İcra

ve İflas Kanunu'nda yer alan yaptırımlar cebri icranın amacına ulaşması ve icra makamlarının etkinliğini artırması için öngörülmüştür.

İcra ve iflas Kanunu'ndaki sözü edilen hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne müracaatlar olmuşsa da, Anayasa Mahkemesi sonuçta bu düzenlemelerde sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi sebebiyle verilen bir yaptırım söz konusu olmadığı için Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili itirazı haksız bulmuştur.

Anayasa mahkemesi'ne itiraz yoluyla İcra ve İflas Kanunu'nun 331. maddesinin birinci,dördüncü ve son fıkralarının, 337. maddenin birinci fıkrasının, 338. maddesinin birinci fıkrasının, 340. maddesinin ve 352/a maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla başvurulması üzerine, Anayasa Mahkemesi başvuruyu esastan inceleyerek her bir madde bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin 331. maddenin birinci fıkrası hakkında verdiği karar şu şekildedir:

“İtiraz konusu kuralla, alacaklının alacağını alabilmek için yürüttüğü icra takibinde, borçlunun bu takibi karşılıksız bırakıp alacaklıyı zarar sokmaya ilişkin giriştiği işlem ve eylemler müeyyideye bağlanmış olup kuralda belirtilen hürriyeti bağlayıcı ceza, borçlu ile alacaklı arasında önceden var olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden doğan bir yaptırımdır. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”¹³⁷

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddederken 331. maddenin birinci fıkrasında taraflar arasında bir sözleşme olmadığı noktasına vurgu yapmaktadır. Taraflar arasında bir

¹³⁷ AnyMK, 21.11.2002 gün, 2001/415 E., 2002/166 K. 28.02.2003 tarih ve 25034 sayılı RG.

sözleşme olmadığı için de Anayasa'nın söz konusu hükmüne bir aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Sonuç olarak İcra ve İflas Kanunu'nda kanun koyucu bazı durumlarda icra takibinin etkinliğinin sağlanması amacıyla, bazen takip içinde yapılabilecek kötü niyetli davranışlara engel olmak amacıyla, bazen de kanunda öngörülen bir yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunda kamu otoritesinin etkinliğine zarar verilememsi amacıyla cezai yaptırımlar öngörmektedir. Ancak üzerinde durulması gereken husus bu yaptırımların amacının sadece borcun ödenmemiş olmasından dolayı borçlunun cezalandırılması amacına yönelik olmadığıdır.¹³⁸

2) Çek Suçları

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan cezai müeyyideler içeren hükümlerin benzerleri çek kanunu olarak bilinen 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Çek suçlarının da çek ilişkilerinden, dolayısıyla da sözleşmeden kaynaklandığı, bu sebeple Çek Kanunu'na aykırılıkların hapis cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasında belirtilen sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme nedeniyle hapsedilememe kuralına aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Elbette ki bir yasanın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda en net değerlendirmeyi Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Anayasa Mahkemesi kendisine bu yönde yapılan başvuruları karara bağlamıştır.

¹³⁸ AÇIK, İbrahim, "İcra ve İflas Kanununda yer alan cezaî hükümler ve Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrası" <http://e-akademi.org> (erişim tarihi: 04.07.2008)

Konuyu açıklığa kavuşturduğu bir kararında¹³⁹ kendisine yapılan 3167 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırılığı iddiasıyla iptali istemli başvuruda, mezkur düzenlemeyi tartışmıştır. Yapılan başvurunun gerekçe bölümü şu şekildedir:

“3167 sayılı yasanın 16/1 maddesi “ibraz süresi önce 4. maddeye göre ibraz edildiğinde yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar(...)” şeklindedir. Anayasa'nın 03.10.2001 tarih ve 4809 sayılı yasa ile değişik 38/8. maddesi ise: “Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” şeklindedir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre çek bir tedavül aracıdır. Bu bağlamda, çek sözleşmenin kendisi olmamasına karşın düzenlenmesine neden olan bir sözleşmenin varlığı da mutlaktır. Alım-satım, bağışlama, ödünç verme vb. bir sözleşme sonrası borçlunun edimine karşılık olmak üzere düzenlenir. Çek sözleşme nedeni ile vardır. Çek karşılıksız çıktığında aslında keşideci sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmemiş olmaktadır. Karşılıksız çek düzenleyen kişi gerçekte, arka planda edimini yerine getirmediği için 3167 sayılı yasanın 16/1 tanımlanan suçu işlemiş olmaktadır. Bu suçun cezası hürriyeti bağlayıcıdır. Anayasa'nın değişik 38/8. madde ve fıkrası sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde borçlunun özgürlüğünden alıkonulamayacağını hüküm altına almasına nazaran 3167 sayılı yasanın 16/1. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.”

Anayasa Mahkemesi esastan yaptığı inceleme neticesinde ise şu karara varmıştır:

“Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak

¹³⁹ AnyMK. 11.12.2002 tarih 2002/165 E., 2002/195 K., 26.04.2003 tarih ve 25090 sayılı RG.

kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Hatır senedinde olduğu gibi taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çek, başlı başına borç kaynağı şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebilmektedir. Çeki elinde bulunduran hamil, keşideci ile lehdar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmektedir. O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığından, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmaktadır. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilmemesi gerekmektedir. Oysa çek temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

Bu açıklamalarda da anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi çek kanunu'nda yer alan hürriyeti bağlayıcı hükümleri, çekin doğrudan sözleşmeyle ilgili olmaması ve sözleşmeden bağımsız olarak mevcudiyetini idame ettirmesinin sonucu olarak, Anayasamızın 38. maddesinin 8. fıkrasında yer alan sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme nedeniyle hapsedilememe kuralına aykırı görmemektedir.

Kanaatimizce de, çek kamu itimadını mahzar bir kambiyo senedi olması hasebiyle, ilgili olduğu alışveriş yahut sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak var olan ve hukuki sonuçlarını devam ettiren bir kurumdur. Dolayısıyla çekten kaynaklanan bir hürriyeti bağlayıcı cezanın doğrudan sözleşmeden kaynaklandığını söylemek doğru olmayacaktır.

D) Sonuç

Tereddüt doğuran yasal düzenlemelerde dahi halihazırda hukuk sistemimizde Anayasa'mızın 38. maddesinin 8. fıkrasında ifadesini bulan sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme nedeniyle hapsedilememe kuralının cari olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Devletin, iktidar erkini elinde bulundurması sebebiyle kanunlarla verilen yetkiler çerçevesinde kişilerin özgürlüklerini kısıtlaması olağandır. Ancak ticaret yahut alışveriş ilişkisi içerisinde, herkesin istediği herkesle istediği konuda sözleşme yapabilme özgürlüğü çerçevesinde borcunu yerine getirmemesi sebebiyle özgürlüğünden alıkonulması, olması gereken insan hakları ve çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmayacak bir uygulamadır. Bu sebeplerle İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlere ilişkin Avrupa Sözleşmesi'ne eklenen 4 no'lu protokolde ifadesini bulan kuralın Anayasamızda da benzer şekilde düzenlenmiş olması ve ülkemiz hukuk sisteminde uygulanır kılınması ülkemizde insana verilen değer açısından büyük bir ehemmiyet arz etmektedir.

VIII) ÖLÜM CEZASI VE GENEL MÜSADERE VERME YASAĞI

A) Ölüm Cezası

1) Kavram ve Mahiyeti

Topluluk ve adalet anlayışının gelişimine bağlı olarak, ceza kavramı ceza hukukuna verilen değer büyük değişikliklere uğramışsa da, ceza kavramının esasen caydırma fikrinden ileri geldiği düşüncesi pek değişmemiştir. Çağdaş toplumların ceza kanunlarında bugün artık para cezaları ve hapis cezaları olmak üzere iki temel cezaya yer verildiği görülmektedir. İstisnaen bazı toplumlarda bunlara ölüm cezası eklenmektedir. Ölüm cezası ne şekilde infaz edilirse edilsin dehşet uyandırır. Bu sebeple bu ceza türü hep tartışmalara neden olmuştur.

Yaşam hakkı tüm diğer hak ve özgürlüklerin temelinde yer alır. Yaşam hakkının olmadığı bir yerde diğer hakların olmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ölüm cezası ise doğrudan yaşam hakkına yönelen bir yaptırımdır. Ölüm cezası ile, bireyinin huzur ve sükununu korumakla görevli devlet, bireyin yaşam hakkını elinden almaktadır.¹⁴⁰

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın 5218 sayılı ve 14.07.2005 tarihli değişiklikten önceki 12. maddesi ölüm cezasını şu şekilde tanımlamaktaydı:

“İdam cezası, buna mahkum olan kimsenin asılması suretiyle hayatının izalesidir.”

Yine 1 Haziran 2005'de yürürlükten kaldırılan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un ikinci maddesi şu şekilde bir tanım vermiştir:

¹⁴⁰ ÇAKMAK, Seyfullah, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, s.5

“ ölüm cezası,buna hükümlü olan kimsenin asılması suretiyle hayatının izalesidir.”

Ölüm cezası konusunda ülkemizde yıllardır devam eden tartışmalar, ölüm cezasının 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunla ilk önce “savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlemiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere” ve 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı ölüm Cezalarının Kaldırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la mevzuatımızdan tamamen çıkartılması ile sona ermiştir.¹⁴¹

Ölüm cezaları uzun yıllar ceza mevzuatımızda yer almış olmasına karşılık , cezanın mahiyeti ve öngörüldüğü durumların da etkisiyle sıklıkla uygulanan bir yaptırım olmamıştır. Ölüm cezalarına ilişkin sayıların tetkikinden; ülkemizde 1946 yılında 9, 1947’de 9, 1948’de 7, 1949’de 8,1950’de 2 ölüm cezasının infaz edildiği görülmektedir. Bir kaç yıllık aradan sonra 1953’de 1, 1954’de 4, 1955’de 1, 1956’da 14, 1957’de 9, 1958’de 5, 1959’da 7, Milli Birlik Komitesi’nin işbaşında olduğu 27.05.1960’dan 06.01.1961’e kadar 13, 06.01.1961 ile 25.10.1961 tarihleri arasındaki kurucu meclis döneminde, 9 adi hükümlü ile Menderes, Zorlu ve Polatkan’ın idamları gerçekleşmiştir. Bundan sonra 12.03.1971 ve 14.10.1973 tarihleri arasındaki 12 Mart döneminde 17 kişinin idam cezası infaz edilmiştir. 1965-1971 ile 1973-1980 yılları arasında infaz gerçekleşmezken, 12 Eylül döneminde 12.09.1980 ila 25.10.1981 yılları arasında 10, 25.10.1981 ila 14.10.1983 yılları arasında 37 ölüm cezası infaz edilmiştir. 6 Kasım 1983 seçimlerinden sonra 1984 yılında gerçekleşen 2 infaz dışında kesinleşen ölüm cezaları yerine getirilmemiştir. 10 Kasım 1990 tarihli itibariyle haklarında verilen ölüm cezaları kesinleşen ve TBMM Adalet Komisyonu gündeminde bekleyen hükümlülerin sayısı 308 idi. Ancak Terörle Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe

¹⁴¹ DEMİRBAŞ,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler., s.516

girmesiyle, dosyaları TBMM'de onay için bekleyen toplam 275 ölüm cezası mahkumu koşullu salıverilmeden yararlanmıştır.¹⁴²

Günümüzde çağdaş hukuk anlayışı ve insan onuru gibi düşüncelerin gelişmesiyle artık ceza kanunlarında yer bulamayan bedensel cezalardan biri olan ölüm cezası, çağdaş bir cezanın özelliklerine sahip değildir. İyi bir cezanın hükümlüyü uslandırma, rehabilite etme özelliğinin olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak ölüm cezasının bu çeşit bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Yaşamına son verilen hükümlünün tekrar topluma kazandırılmasından söz edilemeyecektir.¹⁴³

Yasal olarak ölüm cezasının tarihli epeyce eskilere dayanmaktadır. Milattan önce iki binli yıllarda Babil Kanunlarında ölüm cezasının varlığı belirtilmektedir. Tarihte ceza kavramı çok daha geniş anlaşılmaktayken, zamanla ceza konusunda bazı kısıtlamalara gidilmiştir. Bedensel cezalar olan organlardan birini kesmek, dağlamak, dayak atmak gibi cezalar eski uygarlıklarda yoğun bir şekilde kullanılmıştır. Bunların yanında ölüm cezası da 19. yüzyılın sonlarına kadar batı ve doğu ülkelerinde yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Ölüm cezası işlenen bir suça karşılık olarak verilen ceza ve toplumun ders almasını sağlayıcı bir araç olarak görülmüş ve bu şekilde uygulanmıştır.¹⁴⁴

2) 1982 Anayasasında Düzenleniş Şekli:

Devletin temel kuruluşunu, kurumlarını ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyerek teminat altına alan Anasayamız 09.11.1982 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğinde henüz hukuk sistemimizde idam cezaları fiilen uygulanan cezai yaptırımlardı. Bunun sonucu olarak ölüm cezası yasağı öngören bir hükmün bulunmaması da normaldi. Ancak ölüm

¹⁴² ARTUK, Emin- Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, "ölüm cezası" s.166

¹⁴³ İÇEL, Yaptırım Teorisi, s. 69

¹⁴⁴ ÇAKMAK, Seyfullah, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası s.15

cezalarının meşruiyeti konusunda tüm Dünyada meydana gelen tartışmaların ülkemize de sirayeti ile ölüm cezaları uzun yıllar ülkemizde de tartışmalı hale gelmişti. Yapılan tartışmalar, uluslar arası kamuoyundaki fikirsel gelişmeler ve ulusal üstü belgelerle getirilen düzenlemelerin tesiriyle 1982 Anayasamızın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinde bir değişiklik yapılmıştır. 03.10.2001 tarihinde kabul edilerek, 17.10.2001 tarih ve 24556- mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4709 sayılı kanunun 15. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir:

“Madde 15- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 38. maddesine aşağıdaki fıkra yedinci fıkra olarak eklenmiş, mevcut beşinci ve altıncı fıkralardan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Savaş , çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.”

Bu düzenlemenin gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“2001-I Anayasa Değişikliği Gerekçesi:

Ölüm cezasının sadece savaş, yakın savaş ve terör suçlarında verilebileceği 6 no’lu protokol hükümleri doğrultusunda bu maddede yer almıştır. Ayrıca 4 no’lu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır.”

Gerekçede sözü edilen 6 no’lu protokol ise, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 Numaralı Protokol’dür. Anayasa koyucu bu protokolün ilk iki maddesini dikkate alarak Anayasanın 38. maddesine söz konusu fıkrayı eklemiştir.

Avrupa Konseyi üye devletleri tarafından 03.05.2002 tarihinde “Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasını Öngören, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi’ne EK 13 no’lu Protokol’ün imzalanması ile de uluslar arası hukukta ölüm cezasının her koşulda kaldırılması kabul edilmiştir. Bu ek protokol 1. maddesinde ölüm cezası yasağıyla ilgili olarak şu net ifadeyi ihdas etmiştir.

“Madde 1- Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.”

Söz konusu protokolün 3. maddesinde ise bu protokolün hükümlerinin hiç birisine çekince konulamayacağı belirtilmiştir.

Gerek bu protokolün tesiriyle, gerekse iç hukuktaki gelişmelerin etkisiyle ülkemizde de suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasamızın 38. maddesinde değişiklik yapılmıştır. 07.05.2004 tarihinde kabul edilerek 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 5. maddesi şu hükmü getirmiştir:

“Madde 5- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38. maddesinin dokuzuncu fıkrası madde metninden çıkartılmış, onuncu fıkrası ile son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

Uluslar arası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”

Bunun sonucu olarak da 6. madde gereği, Anayasa’nın 87. maddesinde yer alan, “mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Bu düzenlemeler ile Anayasamız idam cezasını her koşulda yasaklar hale gelmiştir. 38. maddede yer alan “ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez” hükmü hiçbir istisnaya yer vermeksizin ülkemizde idam cezalarını yasaklamaktadır.

3) AİHS’deki Düzenleme

Uluslar arası düzlemde meşruluğu tartışmalı hale gelen idam cezalarına ilişkin olarak varılan, çağdaş hukukta insan onuruyla bağdaşmayacağı yönündeki kanaatin yansıması İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde hayatiyet bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin ilk düzenleme; “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne Ek, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 numaralı Protokol” ile gerçekleşmiştir. 6 numaralı protokol 28 Nisan 1983 tarihinde imzaya açılmış ve 7. maddeye uygun olarak 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz ek protokolü henüz imzalamamıştır. Protokolün ölüm cezası yasağı öngören ilk iki maddesi şu ifadeleri içermektedir:

“ Madde 1- Ölüm Cezasının Kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.

Madde 2- Savaş Zamanında Ölüm Cezası

Bir Devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan filler için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu durumuna ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanı hariç ölüm cezası vermek, üye devletlere yasaklanmıştır. Daha sonra üye devletler idam yasağını her halde ve şartta uygulama kararına varmışlar ve 03.05.2002 tarihinde ölüm cezasının her koşulda kaldırılmasını öngören, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'ne Ek 13 no'lu Protokol'ü imzalamışlardır.

Bu protokolün giriş kısmında bulunan açıklamalar atılan adımın gerekçelerini ortaya koymaktadır. Bu açıklamalar şu şekildedir:

“Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi'ne üye devletler; hayat hakkının demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğu inancıya, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme tarafından garanti altına alınan hayat hakkının korunmasının daha da güçlendirilmesi isteğiyle, 28 Nisan 1983'te Strasbourg'da imzalanan Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 no'lu Protokol'ün savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını dışlamadığını kaydederek, ölüm cezasını tüm koşullarda ortadan kaldırmaya yönelik son adımların atılması kararlılığıyla, aşağıdaki konularda anlaşmışlardır (...)

Bu açıklama 6 no'lu protokolün neden yetersiz kaldığı ve yeni protokolün niçin yapılma gereği duyulduğu konularda bilgiler vermektedir. İdam cezasını kesin olarak kaldıran 1. madde ise şu şekildedir:

“Madde 1- Ölüm Cezasının Kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilmez.”

Artık tüm üye devletleri bağlayacak olan bu düzenleme ile idam cezası her hal ve şartta kaldırılmış olmaktadır.

4) Olağan Dönemlerdeki Türk Yasalarında Ölüm Cezası

İdam cezası verme yasağına ilişkin Anayasamızın 38. maddesine eklenen hüküm bulunmazken, hukuk sistemimizde idam cezası bir ceza türü olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktaydı. Türk Ceza Kanunu ile suç ve ceza öngören bazı kanunlar yaptırım olarak idam cezasını kabul etmişlerdir.

a) 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun yerini alan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, zamanının en yeni ve en mükemmel ceza kanunlarından kabul edilen 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Ancak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ölüm cezasına yer vermemektedir. 13 Mart 1926 günü Resmi Gazete'de yayımlanan 765 sayılı TCK'da ise biri adi suçlarda (450 md.), on ikisi devletin şahsiyetine karşı cürümlerde (125,126,127,129,131,133,136,137,146,147,149 ve 156. maddeler) olmak üzere toplam on üç idam cezası öngören madde bulunmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girerek 765 sayılı TCK'yı yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise idam cezası öngörülmemiştir.

b) 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda

Askeri Ceza Kanunu, asker kişilerin askerlikle ilgili suç ve kabahatlerine ilişkin suçları ve yaptırımlarını düzenleyen kanundur. 22.05.1930 tarihinde kabul edilerek 15.06.1930 tarih ve 1520 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Bu yasada ölüm cezasını öngören 26 madde (54,55,56,59,60,62,63,64,69,70,75,79,80,89,91,94,97,101,102,126,127,136,159,160,Ek:4 ve Ek:5 maddeler) bulunmaktadır.

Sayılan maddelerden bir kısmı (54,56 md. gibi) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na gönderme yapmaktadır. Ancak 13.11.2004 tarih ve 25642 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 04.11.2004 kabul tarihli ve 5252 sayılı Kanunun 3. maddesinde, mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağından ve yollama yapılan maddelerin karşılıklarında 5237 sayılı yasaya göre ölüm cezası öngörülmemiş olduğundan, bu maddelerdeki ölüm cezaları kalkmıştır. Fakat diğer maddeler incelendiğinde savaş durumlarıyla ilgili olarak bazı askeri suçlar için halen ölüm cezasının öngörülmekte olduğu görülmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5170 sayılı ve 07.05.2004 tarihli kanunla değiştirilmeden önceki savaş ve yakın savaş tehlikesinin varlığı halinde idam cezasının uygulanacağına ilişkin düzenlemeyle 1632 sayılı yasada belirtilen ölüm cezaları uyumlu idiyseler de, Anayasa'nın 5170 s. yasa ile değişik fıkrası gereğince idam cezalarına hiçbir istisna tanınmadığından, Askeri Ceza Kanunu'nun ölüm cezası öngören maddeleri Anayasa'ya aykırı vaziyettedir. Ancak sözü geçen maddelerin barış zamanlarında uygulanırılığı bulunmadığından, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelme imkanları bulunmamaktadır. Askeri Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeler yeni yapılmış da olmadığından iptal yoluyla Mahkeme'nin incelemesi de mümkün değildir. Fakat belirtmek gerekir ki Askeri Ceza Kanunu'nun ölüm cezası öngören söz konusu maddeleri bu haliyle Anayasa'ya aykırıdır.

c) 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Yasa'da

İsminden de anlaşılacağı üzere kaçakçılıkla mücadele için ihdas edilmiş bu kanunun yalnızca 30. maddesinde ölüm cezası öngörülmekteydi. Buna göre; "kaçakçılığın men ve takip sırasında vazifedar olanlardan birini veya ahaliden memurlara yardım eden bir kimseyi öldürenler ölüm cezasına mahkum olurlar."

07.01.1932 tarihinde kabul edilerek, 12.01.1932 tarih ve 2000 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkındaki Kanun; 19.07.2003 tarih ve 25173 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 10.07.2003 kabul tarihli 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4926 sayılı yasa ise 21.03.2007 kabul tarihli 5607 sayılı “Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Halen meri olan 5607sayılı yasa ölüm cezası öngören bir hüküm içermediğinden, kaçakçılıkla ilgili mevzuatta Anayasa’ya uygunluk sağlandığı söylenebilecektir.

d) 6831 sayılı Orman Yasası’nda

31.08.1956 tarihinde kabul edilerek,08.09.1956 tarih ve 9402 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 110. maddesinde 4114 sayılı ve 04.07.1995 günlü yasa ile değişiklik yapılarak, orman yakmak suretiyle ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verileceği hükmü eklenmiştir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı yasanın yakmak suretiyle adam öldürmek suçunu düzenleyen 450. maddesinin son fıkrası uyarınca idam cezasına hükmolunacağı öngörülmüştü. Dolayısıyla 110. maddenin göndermesiyle adam öldürmeden yapılacak yargılamada idam cezasına dair mahkumiyet kurulmaktaydı. Ancak gönderme yapılan 765 sayılı yasanın 450. maddesindeki idam ibaresinin 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına tahvili ile 6831 sayılı yasadaki idam öngören hüküm de kalkmış oldu. Daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı yasa uyarınca yapılan atıfların bu yasaya yapıldığı kabul edildiğinden, Orman Kanunu da idam cezası yasağı öngören Anayasa’nın 38. maddesiyle uyumlu hale gelmiştir.

5) Ölüm Cezası İle ilgili Yandaş ve Karşıt Görüşler

Bireye verilen değer ve insan onuru gibi kavramların günümüz hukuk dünyasında değerleri vazgeçilmez kabulü ile sürekli artarken, ölüm cezasının mevcudiyetini devam ettirmesi gerektiğine ilişkin düşünceler de ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre kanunları ihlal edenlerden ahlaken bozuk suçlulardan toplumun öz almasının yolu ölüm cezasıdır. Ölüm cezası hala en etkili cezadır ve suç işlemeye yönelenleri bir kez daha düşünmeye zorlayacaktır. Özellikle üç grup insan üzerinde caydırıcı özellik arz edeceği düşünülmektedir. Bunlardan ilki müebbet hapis cezasına mahkum olmuş hükümlülerdir. Eğer verilecek en yüksek ceza müebbet hapis cezası ise, bu cezayı almış bir hükümlüyü durduracak bir yaptırım kalmayacaktır. Cezaevinde her gün birini öldürse,yahut farklı bir takım suçlar işlese dahi kendisine bir şey yapılamayacaktır. Ancak ölüm cezası hukuken uygulanmaya devam ederse, müebbet hapis cezası almış bir hükümlü dahi bundan korkarak davranışlarını kontrol etmek zorunda kalacaktır. Yine diğer bir grup müebbet ağır hapis gerektiren suç işlemiş ancak henüz yakalanamamış kişilerdir. Bu kişilerin suç işlemeye devam etmelerini ancak ölüm cezası önleyebilecektir. Aksi takdirde zaten yakalandığında en ağır cezayı alacağını düşünen suçlu yakalanmamak için kendisini yakalamak isteyen görevlileri öldürmekten dahi çekinmeyecektir. Diğer bir grup ise şiddet yöntemini benimseyen ihtilalcilerdir. Bu tür kişiler kendi tarafları iktidarı ele geçirdiğinde, hapis cezalarını miktarı ne olursa olsun kurtulacaklarını düşünmektedirler. Dolayısıyla bunları ancak geriye dönüşü olmayan ölüm cezası caydırabilecektir.¹⁴⁵

İdam cezasının yandaşları, hızlı ve kesin olan bir cezanın toplumun adalet duygularını tatmin edeceğini ayrıca ibret olarak caydırıcı tesir yapacağını söyleyerek özellikle adam öldürme suçlarında en iyi cezanın ölüm cezası olduğunu ileri sürmektedirler. Bu düşüncenin yanında ölüm cezasını

¹⁴⁵ İÇEL-Yaptırım Teorisi, s. 70

savunanlardan bazıları ise öç alma ve caydırma amacıyla değil, tehlikeli suçlulardan toplumu korumak için uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. Yine bir kısım ise ölüm cezasının zorunlu bir ceza olduğunu, bir meşru müdafaa olarak kabul edilmek gerektiğini savunmaktadır. Bünyenin kendine uygun olmayanı atması gibi, ıslah olanağı bulunmayan suçluların da bu şekilde toplumdan atıldıkların ileri sürmektedirler. Ölüm cezasının korkutucu ve önleyici etkisi yadsınamayacaktır. Yaşama son verme tehdidinin suçları önlemede etkisinin olmayacağını söylemek gerçekçi olmayacaktır. Toplumun korunması için zorunlu olan hallerde ölüm cezası vermek zorunludur. Öldürenlere, kitle katliamı yapanlara ölüm cezası verilmemesi insan haklarına saygısızlık teşkil edecektir.¹⁴⁶

Bu düşüncelerin yanında düşünürlerin bir çoğu idam cezasına karşı görüşler ileri sürmüşlerdir. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarından Brennan, “ölüm cezası insan onuruyla bağdaşmaz, zira insanlara insan değillermiş gibi bir muamele yapılmaktadır. En iğrenç ve aşağılık suçlu dahi insandır ve insan onuruna sahiptir.” demektedir.¹⁴⁷

Ceza hukukunun en önemli isimlerinden Beccaria, ölüm cezasının bir hak olmadığını ve bir yurttaşın ölümünün istisnai durumlar dışında gerekli olamayacağını söylemektedir. Ayrıca ölüm cezasının hiçbir zaman daha iyi hale getirmediğini, zaten hiç kimsenin kendisini öldürme yetkisini başkalarına vermeyeceğini de vurgulamaktadır.¹⁴⁸

Ölüm cezasının temelinde öç alma (kisas) düşüncesi vardır. Ancak kisas ilkel ceza hukukuna ait bir kavramdır. Günümüzde cezalandırmanın amacı öç almak değildir. Çağdaş bir ceza suçlunun ıslahını hedef almak, ve topluma kazandırılmasını gaye edinmelidir.

¹⁴⁶ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.517

¹⁴⁷ İÇEL- Yaptırım Teorisi, s.72

¹⁴⁸ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s. 135

Beccaria'ya göre insan ruhunda cezanın şiddeti ve yoğunluğu değil, süresinin uzunluğu daha fazla etki yapar. Bu nedenle suçlunun uzun süre cezaevinde kalması, idam edilmesinden de daha etkin ve caydırıcı olacaktır.¹⁴⁹

Ölüm cezası aleyhindeki bir diğer düşünceye göre ise ölüm cezası uygulaması suçlarda azalmaya neden olmamıştır. Bu bakımdan ölüm cezasının genel ve özel önleme niteliği iddia edildiği ölçüde değildir. Bir suç işlemeyi kafasına koyan kişiyi, ölüm cezası bile suç işlemekten alıkoyamayacaktır.¹⁵⁰

6) Uluslar arası Belgelerde Ölüm Cezası

Birçok uluslar arası sözleşme yaşam hakkıyla bağlantılı olarak ölüm cezasını yasaklamıştır. Birleşmiş Milletler bağlamında ölüm cezasını yasaklayan hükümleri içeren metin; Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi'ne eklenen, Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçmeli Protokol'dür. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 15 Aralık 1989 tarihli ve 44/128 sayılı kararı ile kabul edilip imzaya açılan bu protokol, 11 Temmuz 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bazı devletlerin çekince koydukları bu protokolü Türkiye henüz imzalamamıştır.

Amerikan Devletleri Örgütü kapsamında İnsan Haklarını Amerikan Sözleşmesi'ne ölüm cezasının kaldırılması için Ek Protokol 8 Haziran 1990 tarihinde kabul edilmiştir. Savaş zamanı dışında ölüm cezasını yasaklayan bu protokolü Amerika Birleşik Devletleri imzalamamıştır.¹⁵¹

Uluslar arası sözleşmeler içinde Türkiye'nin en yakinen ilgili bulunduğu İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'ne eklenen ölüm cezasının kaldırılmasıyla ilgili 6. protokol ile ölüm cezasını her

¹⁴⁹ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, s. 137

¹⁵⁰ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.518

¹⁵¹ İÇEL- Yaptırım Teorisi s. 73

hal ve koşulda kaldıran 13 nolu protokoldür. Bu iki ek protokolden 6 no'lu olanı savaş ve yakın savaş tehlikesi durumlarında ölüm cezasını mazur görmekteyken, sonradan kabul edilen ek 13 nolu protokol her koşulda ölüm cezasını yasaklamaktadır.

B) Müsadere Kavramı ve Çeşitleri

1) Müsadere Kavramı

Müsadere, kanunda yazılı olan hallerde belirli malların mülkiyetinin, mahkeme kararıyla maliklerinden alınarak kamusal bir kuruma verilmesini sonuçlayan ve TCK'ya göre güvenlik tedbiri niteliği taşıyan bir kurumdur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın 36. maddesi anlamında müsadere; suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesinden doğan eşyanın mahkumiyet halinde ve fiilde methali bulunmayan kimselere ait olmamak koşuluyla, kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç oluşturan eşyanın ise, hiçbir koşula bağlı olmaksızın mülkiyet hakkının maliklerinden alınarak devlete verilmesi demektir. 765 s. TCK m. 36'ya göre müsadere, bazen ceza, bazen ise tedbir niteliği taşıyan bir kurumdur.¹⁵²

Yeni Ceza Kanunumuzda ise müsadere 'eşya müsaderesi' ve 'kazanç müsaderesi' başlıkları altında 54. ve 55. maddelerde düzenlenmiştir. Müsaderenin genel çizgilerini belirleyen 54. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: “ iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydan gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”

¹⁵² DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku genel Hükümler, s.512

Yasanın müsadereye ilişkin bakış açısını ortaya koyan gerekçe ise şu şekilde belirtilmiştir:

“Müsadere ve “suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi” başlığını taşıyan yaptırımlar tasarıda “fer’i ceza” olarak düzenlenmiştir. Bilindiği üzere müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır. Bu nedenle müsadere yanında “ suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi” adıyla ayrı bir yaptırım düzenlemesi, bilimsel açıdan doğru olmadığı gibi, kavram karışıklığına da yol açabilecektir.

Ayrıca tasarıda müsadere yaptırımını bir “ceza” olarak öngörülmesine rağmen “ suç dolayısıyla hiç kimse mahkum edilmese de” müsadereye hükmedilebilmesi kabul edilmiştir. Ceza niteliğindeki bir yaptırıma, bir kimsenin mahkumiyeti olmadan başvurulamayacağı açıktır.

Belirtilen bu sakıncaların giderilmesi ve müsaderenin Anayasa’da yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyasının müsaderesine karar verileceği kabul edilmiştir. Ancak bunun için, eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile müsadereye hükmedilemeyecektir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir.

Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedenledir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu

olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir.”

Müsadere ceza hukukunda çok eski dönemlerde dahi uygulanan bir yaptırım şeklidir. Eski Yunan’da müsadere nefiy ve idama mahkum olanlar hakkında uygulanan ikinci derecede bir cezaydı. Söz konusu cezaya mahkum olanın bütün serveti devlet hazinesine geçerdi. Böylece suçlunun ailesi de cezalandırılmış olmaktaydı. Fakat uygulamada kadının çeyizi müsadere edilmediği gibi, fiili olarak da mahkumun mallarından bir kısmı karısı ile çocuklarına ayrılırdı. Roma Ceza Hukuku’nda suçlunun mallarının tamamının ve Caesar’dan itibaren belirli bir kısmının devlet lehine müsaderesine imkan tanınmıştı. Osmanlı Devleti’nde başlangıçta yalnız devlet malını zimmete geçirenler ile asiler hakkında uygulanan müsaderenin zamanla kapsamı genişlemiş ve kamu hizmetlerinde bulunanların, askerlerin ve hatta zenginlerin mallarının devlete geçirilmesinde kullanılan bir usul halini almıştır. 1256 ve 1267 Ceza Kanunnamelerinde haksız yere hiç kimsenin mal ve emlakına dokunulamayacağı, hükme bağlanmıştır. 1274 tarihli (1858) Ceza Kanunname-i Humayunu’nun 12. maddesinde ; “(...) vuku cinayet ve cünhayla hasıl olan emvali veya cinayet ve cünhanın icrasında müstamel olmuş veya istimal olunmak üzere bulunmuş olan eşyayı bilhassa zabteylemek cezaları dahi müştereken hüküm ve tertip olunabilir.” denilmek suretiyle çağdaş ceza hukuku anlamında müsadereye yer verilmiştir.¹⁵³

Müsadere 5237 sayılı yasanın “güvenlik tedbirleri”ne ilişkin ikinci bölümünde yer almıştır. Yasanın cezaları düzenleyen 45. ve devamı maddelerinde de yer almadığı gibi fer’i ceza olarak da düzenlenmiş değildir. Müsadere uygulanabilmesi için ayrıca bir mahkumiyet hükmü verilmiş olması zorunlu değildir. Bizzat suç oluşturan bir eşya suçta kullanılsa, sahibi belli

¹⁵³ BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.1054

olmasa veya yapılan soruşturmada şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı, dava açılmışsa sanık hakkında beraat kararı verilmiş olsa bile müsadere edilecektir. Ayrıca eşya iyi niyetli üçüncü bir şahsa ait ise müsadere edilemeyecektir. Fakat suçta kullanılmasına rağmen suçun failinin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik nedeniyle cezalandırılmaması durumunda ise yine de müsadere kararı verilecektir. Müsadere 5237 sayılı yasada “güvenlik tedbiri” olarak düzenlenmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Kazanç müsaderesi ve yerine geçen değerlerin müsaderesi kabul edilerek, eşya müsaderesi (madde 54) ve kazanç müsaderesi (madde 55) olarak ikiye ayrılmıştır.

Müsadere ve elkoyma birbirinden farklı kurumlardır. Müsaderenin, Ceza Kanunu’nda güvenlik tedbiri niteliğinde bir yaptırım olarak düzenlenmiş olmasına karşılık, elkoyma ceza yargılaması sırasında başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Müsadere, kişinin o eşya üzerindeki mülkiyet hakkını tamamen sona erdirir. Oysa elkoyma, kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini sadece sınırlandırır. Elkoyma, yargılamanın yapılabilmesi için delillerin korunmasını ve ileride mahkumiyet kararı verilecek olursa müsaderenin gerçekleşebilmesini sağlama amacına yöneliktir. Bu açıdan, elkoyma geçici bir önlemdir. Müsadere ise süreklilik arz eder. Ayrıca müsadere kararı yalnızca hakim veya mahkeme tarafından verilebilirken, elkoyma tedbirine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da başvurma yetkisi bulunmaktadır.¹⁵⁴

2) Müsadere Çeşitleri

a) Konusu Bakımından

¹⁵⁴ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.752

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerinde düzenlenen müsadere kurumu, "Eşya Müsaderesi" ve "Kazanç Müsaderesi" olarak iki gruba ayrılmıştır.

(1) Eşya Müsaderesi

Eşya müsaderesini düzenleyen TCK'nın 54. maddesinin tam metni şu şekildedir:

"Madde 54 - (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur."

Türk Ceza Kanunu'nun eşya müsaderesini düzenleyen 54. maddesi müsadereye ilişkin bazı şartlar belirtmiştir. Buna göre öncelikle, eşyanın

müsaderesini gerektiren bir suç işlenmişse, bu suç kasten işlenmiş olmalıdır. Taksirli suçlarda müsadere mümkün değildir. Yargıtay da bir kararında¹⁵⁵; “taksirli suçlarda suç aletinin müsadere edilemeyeceği gözetilmeden, bulundurulması bizatihi suç teşkil etmeyen baltanın müsaderesine karar verilmesi” nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Diğer bir şart, müsaderesi gereken bir eşya olmasıdır. Bu eşya kasıtlı olan suçun işlenmesinde kullanılmalı veya suçun işlenmesine tahsis edilmeli yada suçtan meydana gelmiş olmalıdır. Ayrıca suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli ise müsadere edilecektir. Müsadere konusu eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait ise müsadere edilemeyecektir. Bu konuyla ilgili Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında¹⁵⁶, adam öldürmeye teşebbüs suçunda kullanılan ve av tezkeresinden anlaşıldığı üzere sanığın eniştesine ait olan, iki ay önce avda kullanılmak üzere verilen tüfeğin sahibinden habersiz olarak olayda kullanılması nedeniyle sahibine iadesine karar verilmiştir.

54. maddenin 3. fıkrasında müsadere kararı verilmeme yönünde takdir hakkı tanınan haller belirlenmiştir. Buna göre suçta kullanılan eşyanın müsaderesi, suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracaksa hakkaniyet kuralları gözetilerek müsadereye hükmedilmeyebilecektir. 4. fıkra uyarınca ise bir soruşturma, kovuşturma veya ceza mahkumiyeti olmasa bile üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyaların müsaderesine karar verilecektir. 5. ve 6. fıkralarında ise kısmen müsadere ile paylı mülkiyetteki müsadere uygulamasına ilişkin hükümlere yer vermiştir.¹⁵⁷

(2) Kazanç Müsaderesi

Kazanç müsaderesini düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 55. maddesi şu hükmü içermektedir:

¹⁵⁵ Y. 2.CD. 08.04.1993 gün ve 3376/4345 s.k.

¹⁵⁶ CGK, 24.02.1992 gün ve 18/40 sayılı K.

¹⁵⁷ BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.1062

“Madde 55 - (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereesine hükmedilir.”

Kazanç müsadereesine ilişkin hükmün gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsadereesi “karapara aklama”, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulamasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsadereesine tabi tutulmayacaktır.

Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değerın müsadereesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsadereesinin imkansız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsadereesine karar verilecektir.”

Kazanç müsadereesine ilişkin 55.maddenin bu şekilde ifade edilen gerekçesi henüz hukuk sistemimizde yeni bir müessese olan bu kurumun mahiyeti ve uygulanırlığı açısından detaylı bir açıklama yapmaktadır.

TCK'nın m.55'te düzenlenen kazanç müsadereesi, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesidir. Kazanç müsadereesine karar verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekir. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların mercine teslim edilemediği durumlarda, bunların karşılığını oluşturan müsadereesine hükmolunacaktır. Yani, müsadere konusu ekonomik değerın harcama. İmha, tüketme gibi hareketlerle müsadereesinin imkansız hale getirilmesi durumunda, karşılığı para tutarı müsadere edilecektir.¹⁵⁸

b) Kapsamı ve Sonuçları Açısından

Kapsamı ve doğurduğu sonuçları açısından müsadereyi genel müsadere ve özel müsadere olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

(1) Genel Müsadere

Genel müsadere, kişinin malvarlığının tümü üzerindeki mülkiyet hakkının devlete geçmesidir. Malvarlığı değerleri olarak, nakitleri, menkul ve gayrimenkulleri sayılabilir. Yapılan bir hukuki işlemle tüm bu aktif değerlere devlet elkoymakta ve malikinin mülkiyet hakkını üzerine geçirmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere Ceza Kanunumuz eşya müsadereesi ve kazanç müsadereesi olmak üzere iki çeşit müsadere öngörmektedir. Ancak

¹⁵⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 514

her iki müsadere çeşidinde de, müsadere edilen nesne değerlendirilmekte suçta kullanılması, suç teşkil etmesi yahut suçtan elde edilmesi halinde müsadereye tabi tutulmaktadır. Bu yönüyle müsadere güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilir. Ancak genel müsaderede şahıs temel alınarak şahsın işlediği bir fiil sebebiyle, fiille ilgili olsun veya olmasın tüm malvarlığı değerleri elinden alınmaktadır.

(2) Özel Müsadere

Özel müsadere ise suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçta meydana gelen, yahut kendisi bizzat suç teşkil eden yani suçla doğrudan ilgili olan bir eşya veya değerın mülkiyetinin devlete geçmesi anlamına gelmektedir. Özel müsadere usulünde, müsadere konusu eşyanın veya değerin suçla ilgili olması şartı aranmaktadır. Ceza yargılaması neticesinde mahkumiyet kararı çıkmasa dahi bu müsadereye karar verilebilmektedir. Türk Ceza Kanununun 54. ve 55. maddelerinde düzenlenen eşya müsaderesiyle kazanç müsaderesi bu anlamda özel müsadere olarak nitelendirilecektir.

3) Türk Hukukunda Genel Müsadere Sorunu

Genel müsaderenin bir kişinin sahip olduğu tüm malvarlığı değerlerinin topyekün devletin mülkiyetine geçmesi demek olduğunu belirtmiştik. 1982 Anayasa'nın 38. maddesinin 10. fıkrası ise şu kesin hükmü koymuştur:

“Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”

Bu fıkraya ait değişiklik gerekçesi şu şekilde ifade olunmuştur:

“Değişiklik Gerekçesi (MGK)

Danışma meclisince kabul edilen 37. ve 38. maddeler 38. madde halinde birleştirilmiş, ayrıca Danışma Meclisince kabul edilen 37 maddenin ikinci fıkrasında yer alan “vatanlıktan çıkarma, silah kaçakçılığı ve uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili olarak kanunla öngörülen istisnalar saklıdır.”ibareleri madde metninden çıkarılıp madde yeniden düzenlenmiştir. Zira müsadere genel veya özel olmakla birlikte günümüz modern ceza hukukunda sadece suç veya suçluya inhisar ettirmek suretiyle ceza hukuku yönünden uygun bir tedbir haline getirilmiştir.”

Genel müsadereye ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin meşhur bir kararı¹⁵⁹ bulunmaktadır. Bu kararda Diyarbakır 1 numaralı Sıkıyönetim Askeri Mahkeme’sinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa’nın 11, 13, 35, ve 38. maddelerine aykırılığı yönündeki itirazı incelenmektedir. Kararın anlaşılabilmesi bakımından kararda belirtilen ‘olay’ kısmının buraya aktarılması yerinde olacaktır:

“Örgüt oluşturarak yurtdışında uyuşturucu maddelerden eroin ihraç etmek suçundan sanığın Türk Ceza Yasası’nın 403. maddesinin 1.,2. ve 5. bentleriyle 59. maddesi uyarınca müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve aynı yasanın 403. maddesinin son fıkrası gereğince taşınır ve taşınmaz mallarının müsaderesine ilişkin Ankara 4 Numaralı Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi’nden verilen 27.06.1986 günlü, Esas:1985/80, Karar:1986/20 sayılı hüküm,sanık ve vekilinin temyiz itirazları üzerine Askeri Yargıtay 4. Dairesi’nin 14.07.1987 gün ve 1987/309-465 sayılı ilamı ile, tebliğnameye uygun olarak sübuta, suç vasfına ve göreve ilişkin itirazların reddine, ancak sanık vekilinin, Türk Ceza Kanunu’nun 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı savı mahkeme ciddi görülerek Anayasa Mahkemesi’ne gidilmesi gerekirken genel müsadere kararının verilmesinde isabet görülmediğinden bu yönden bozulmasına karar verilmiş, dosyaya bakan Diyarbakır 1 Numaralı

¹⁵⁹ AnyMK. 03.06.1988 tarih ve 1987/28 E., 1988/16 K.

Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi bozmaya uymuş ve sanığın tüm taşınır ve taşınmaz mallarının müsadereyi sonucunu doğuran 403. maddenin son fıkrası hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu yolundaki sanık vekilinin iddiasını ciddi bularak bu hususun incelenmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasını kararlaştırmıştır.”

Anayasa Mahkemesi ise bu itirazı esastan inceleyerek şu şekilde bir karar kurmuştur:

“Günümüzde ceza hukuku suç ve suçlu ile ilgili eşyanın müsadereyi kabul etmekte, suçlunun bütün mameleğini veya bir kısmını kapsayan “genel müsadereyi” kabul etmemektedir. Öğretide de genel müsadereyi ceza niteliğinde olduğu kanısı yaygındır. (...) Bir suçlunun suçu oluşturan eylemi ile hiçbir ilgisi olmayan tüm mameleğinin müsadereyi bugünkü ceza hukukunda haklı görülmemektedir. Failin bütün taşınır ve taşınmaz mallarının müsadere olunmasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu şüphesizdir. Öğretide, genel müsadere cezasının yalnız, Anayasa'nın 38. maddesinin 7. fıkrasına değil, aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan, “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına da aykırı düştüğü ileri sürülmektedir. Bu nedenlerle fıkra hükmü Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.”

Bu karar genel müsadere kavramı hakkında açık bilgiler barındırmasının yanında fiilen hangi durumların genel müsadere teşkil edeceğine dair de fikir vermektedir.

Anayasamızdaki genel müsadereye ilişkin bu açık hükme rağmen halen, mevzuatımızda genel müsadere öngören bir hüküm bulunmaktadır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 78. maddesine göre şu hallerde kişinin Türkiye'de bulunan ve ileride elde edeceği tüm malları müsadere edilir: a) düşman tarafına kaçma, b) seferberlikte hükümlü olduğu hizmetten uzak kalmak maksadıyla yabancı bir ülkeye sığınma, c) aynı maksatla yabancı bir ülkede bulunma (...). Bu hüküm açık olarak Anayasa'nın genel müsadere

cezası verilemeyeceğine dair emrine aykırıdır. Ancak halihazırda itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelme ihtimali düşük olduğundan halen yürürlüğünü korumaktadır.

Yine genel müsadere uygulaması ile ilgili olarak bir dönem yürürlükte kalan ve 23/03/2005 tarih ve 5320 sayılı kanunun 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkan 30.07.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununu da bu açıdan incelemekte fayda bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 6. maddesi şu hükmü içermektedir:

“Hak ve Alacaklara İlişkin Tedbirler

Madde 6 - 13/11/1996 tarihli ve 4208 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak üzere; bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı suçları işlediğine dair kuvvetli belirtiler bulunan kişilerin bu Kanun kapsamındaki fiillerinden elde ettikleri hususunda kuvvetli belirtiler bulunan her türlü menkul ve gayri menkullerine soruşturma sırasında el konulmasına; bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakları üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, bir tevdi mahalline yatırılmasına, hak ve alacaklar ile mal, kıymetli evrak, nakit ve sair değerlerin idaresi için diğer tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen mal varlığının yurt içinde ve yurt dışında araştırılması, incelenmesi, tespiti ve değerlerinin takdiri, ilgili Cumhuriyet Savcılığınca istendiğinde, Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından yerine getirilir.

Birinci fıkrada belirtilen mal varlığının meşruluğu anlaşıldığında el koyma tedbirine karar verilmez veya verilmiş olan karar kaldırılır.

Sanık mahkum edildiğinde söz konusu mal varlığı Devlete intikal eder.”

Bu kanunun yukarıya alıntıladığımız 6. maddesi kanunlaşma aşamasında Meclis Genel Kurulunda genel müsadere yasağına aykırı olduğundan bahisle eleştirilere maruz kalmıştır.¹⁶⁰ Özellikle maddenin gerekçesindeki; “Bu zorunlulukla birçok batı ülkelerinde 'genişletilmiş müsadere' sistemi ceza hukuku sahasına girmiş bulunmaktadır. Bu sisteme göre suç işlediğinden şüphe edilen kimsenin bütün mameleki, başka bir ifade ile tüm malvarlığına tedbir konulmakta, yalnız kaynağının meşruiyetini ispat ettiği mal ve eşyalar için bu yönde bir tedbire gidilmemekte” ifadesinin genel müsadere deyiimi kullanılmadan fiilen genel müsadereye işaret eden bir uygulamaya yol açacağı iddia olunmuştur. Madde gerekçesinde ifade edilen genişletilmiş müsadere ile genel müsaderenin aynı şeyi ifade ettiği iddia olunmuştur. Yine aynı hükümdeki, el konulan malların meşru yollarla elde edilip edilmediği konusunda ispat yükünün, sanığa yüklenmesi de, ceza hukuku kapsamında eleştirilere neden olmuştur. İspat yükünün sanığa yüklenmiş olmasının ceza hukukunda yer alan masumluk karinesi ve diğer ilkeler açısından kabul edilemez olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu kanun 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Genel müsadere yasağının delindiğine ilişkin bir takım tartışmalar ise 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun çerçevesinde toplanmaktadır. Bu kanunun 11.10.2006 tarih ve 5549 sayılı kanunun 26. maddesi ile yürürlükten kalkan 9. maddesi şu hükmü içermekteydi:

¹⁶⁰ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 1. Yasama Yılı, 41.Birleşim, 29.07.1999, s.28

“ Madde 9 – Karaparanın aklanmasına yönelik ciddi emarelerin varlığı halinde, bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakların dondurulmasına, tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına; mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına, bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacaklar üzerinde diğer tedbirlerin konulmasına hazırlık tahkikatı sırasında Sulh Ceza Hakimî; yargılama sırasında ise mahkeme tarafından karar verilebilir.

Tedbire ilişkin talepler, evrak üzerinde yapılacak inceleme sonucunda derhal ve nihayet 24 saat içerisinde sonuçlandırılır.

Gecikmesinde sakınca görülen hallerde Cumhuriyet Savcıları da hak ve alacakların dondurulmasına karar verebilir. Cumhuriyet Savcılığı bu kararı en geç 24 saat içinde Sulh Ceza Hakimine bildirir. Hakim en geç 24 saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir, onaylanmama halinde, Cumhuriyet Savcılığının bu kararı hükümsüz kalır.”

Bu hüküm dikkate alındığında yukarıda üzerinde durduğumuz ve yürürlükten kalkmış olan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'ndaki hükümle benzerlikler gösterdiği görülmektedir. Bu hükümde de yine genel müsadere yerine 'genişletilmiş müsadere' kavramı üzerinde durulmuş, bu açıdan bu hükme bir meşruiyet tanınmaya çalışılmıştır. Bu hüküm de yine 11.10.2006 tarih ve 5549 sayılı kanunun 26. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4) Müsadereye İlişkin Denetim

Sanık hakkında açılan ceza davasında, cezalandırılmasının yanında suç eşyasının müsaderesine de karar verilecektir. Ancak sanığın cezalandırılması için dava açılmaması halinde, müsadere konusunda

mahkemeden karar istenmesi mümkündür. Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsadereesine 5271 sayılı CMK'nın 259. maddesi gereğince Sulh Ceza Hakimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilecektir. Bir ceza davasıyla birlikte müsadere de talep olunmuş ise müsadereye ilişkin kararı da davayı gören mahkeme karara bağlayacaktır.

Ceza davası açılmayan veya açılan davada karar verilmemesi nedeniyle açılan müsadere davalarında verilen kararlara karşı, CMK'nın 258. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcısı, katılan ve 257. maddede belirtilen kişiler için istinaf yolu açıktır. Ancak 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesine göre Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar 256. maddeye göre verilen kararlar temyize tabidir. Duruşma açılmaksızın dosya üzerinde karar verilirse bu durum yasa yolunu değiştirmeyeceğinden itiraz değil temyiz(istinaf) yolu açık olacaktır. Ancak 5271 sayılı yasanın 259. maddesi uyarınca, suç konusu olmayıp, sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsadereesine duruşma yapılmaksızın sulh ceza hakimi tarafından karar verileceğinden, evrak üzerinden verilen bu karar itiraza tabi olacaktır.¹⁶¹

¹⁶¹ **BAKICI**, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 1070

IX) İDARENİN KİŞİ HÜRRİYETİNİ SINIRLANDIRAN MÜEYYİDE UYGULAYAMAMASI

A) Genel Açıklama

İlkeyi Anayasamız şu ifadelerle 38. maddesinin 11. fıkrasında teminat altına almaktadır:

“İdare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.”

Bu hükmün anlaşılabilmesi için öncelikle idare kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu üzerinde durmak gerekmektedir. Türk Dil Kurumu’nun Türkçe Sözlüğü’nde idare; “yönetme, yönetim, çekip çevirme, ülke işlerinin yürütülmesi, kamuya ilişkin hizmetlerin bütünü, bir kurum veya kuruluşun yönetildiği yer veya makam”¹⁶² olarak tanımlanmaktadır. Hukuki anlamda ise, genel olarak idare; belli bir amacın gerçekleşmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti demektir. Bu anlamda idare, hem örgütü hem de bu örgütün faaliyetlerini ifade eder. İdare olgusu beşeri faaliyetin her alanında görülür. Kısacası nerede belirli bir amacın gerçekleşmesi için yapılan bir insan faaliyeti varsa, orada bir idare vardır.¹⁶³

Bu manada idarenin hiyerarşik sistem içinde, atama veya seçim yoluyla göreve gelmiş görevlilerle, devlet fonksiyonlarının yönetimi ve devamı olarak tanımlayabiliriz. Devlet organizasyonu esasen idare fonksiyonu gören bir örgütlenmeden ibarettir.

¹⁶² www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx (erişim tarihi: 08.07.2008)

¹⁶³ GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Üçüncü Baskı, 2005, XVI+352 s. (www.anayasa.gen.tr/ihgiris.htm 08.07.2008)

İlkedeki “idare” kavramını bu şekilde belirledikten sonra, idarenin hangi kişisel hürriyetleri sınırlandıran müeyyide uygulayamayacağını tespiti sorunu gündeme gelmektedir. Kişi hürriyetleri çok fazla sayıdadır. Ve idare vazifesini gören mercii yahut görevliler bir şekilde bu hürriyetlere temas etmek zorundadır. bu konuda ilkeyi düzenleyen Anayasa’nın ilgili maddesinin gerekçesi bir açıklama getirmektedir. Söz konusu fıkranın gerekçesi şu şekildedir:

“ Bu fıkra kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarına yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği; yani bunun bir idari müeyyide olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanmayacağı esasını getirmektedir. Farklı bir disiplin rejimini gerekli kılan silahlı kuvvetler bu yasağın dışında bırakılmıştır.”

Bu maddenin lafzının akla getirdiği idarenin hangi hürriyetleri kısıtlama konusunda müeyyide uygulayamayacağı konusundaki sorunun, gerekçeyle çözümlenmiş olduğu görülmektedir. Fıkra idarenin hapis şeklindeki kişisel hürriyet sınırlamalarına bir engel getirmektedir.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edemeyeceği konusu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin konusudur. Bu fıkra ise suç ve cezadan öte, idare tarafından fiilen kişiler hapis cezası benzeri yaptırımların uygulanmasını engellemektedir.

B) İdari Yaptırımlar

İdari yaptırım kavramını disiplin cezaları ve öteki idari cezalar başlıkları altında incelemek mümkündür. Her ne kadar suçların ve cezaların kanunilik ilkesi kapsamında idarenin suç ve ceza ihdas edemeyeceğini ve bu başlık altında da idarenin kişi hürriyetini kısıtlayan yaptırım uygulayamayacağını belirtmiş isek de, neticede kamu gücünü tutan, kamunun düzenini

sağlamaktan sorumlu olan idareye bazı tedbirlere başvurma yetkisinin verilmesi de doğaldır. Güç ve yetki verilmeksizin yalnızca sorumluluk yüklenilmesinden umulan faydanın sağlanması imkansızdır. Bir zorlama gücünün de idarenin eline belirli şartlar altında bırakılması gerekmektedir. Bu gücün bir kısmı idari yaptırımlar olarak tezahür etmektedir.

1) Disiplin Cezaları

Bu yaptırım türü belli bir sözleşme yahut sair bir yöntemle hiyerarşik yapılanmaya dahil olan, idarenin devamında vazife alan kişilerle ilgilidir. Disiplin cezaları yapısında olan idari yaptırımlar, genel kamu idareleri, kamu kurum ve meslek kuruluşları ve mahalli idareler personelinin daha iyi çalışması veya görevinin gereğini yerine getirmesi, meslek gereği haysiyet ve şerefini koruması için öngörülen kuralların ihlali halinde bununla görevli amir veya kurul (bakan, genel müdür, belediye başkanı, bir idari kurul gibi) tarafından fiili işleyene yüklenen kişisel tasarruflardır.¹⁶⁴

Bu tür disiplin cezaları da ilgili mevzuatına uygun olarak yerine getirilmektedir.⁶⁵⁷ sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. ve 125. maddelerinde, Devlet Memurları Kanunu'na göre kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla kanun, tüzük ve yönetmeliklerin devlet memurlarına emrettiği ödevleri yurtiçinde ve yurtdışında yerine getirmeyenlere, uyulması zorunlu kaldığı hususları yapmayanlara, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, devlet memurluğundan çıkarma gibi cezalar verileceğine ilişkin hükümler bu türden disiplin cezalarıdır. Bunun gibi 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu'na göre meslek onuruna, düzen ve gereklerine uymayan fiil ve hareketlerde bulunanlarla, müşterisine karşı mesleki görevini yapmayan ve görevin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında uyarma,kınama, üyelikten geçici veya sürekli olarak çıkarma cezaları

¹⁶⁴ SOYASLAN,Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, s.113

verileceğine dair hükümler de disiplin cezası kapsamındadır. Yine aynı şekilde 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca mesleki ahlaka, meslek disiplinine ve mevzuata uygun olarak alınmış kararlara aykırı hareket, üyelere ihtar, tevbih, para cezası, geçici veya devamlı dernekten çıkarma gibi dernek haysiyet divanınca verilecek olan yaptırımlar da bu manada disiplin cezalarıdır. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere belirli bir organizasyon içerisinde bulunan kişilere uygulanan yaptırımlara disiplin cezaları denilmektedir. Ancak Anayasal hüküm uyarınca bunların hiçbirisi kişiyi hürriyetinden yoksun kılacak şekilde uygulanamayacaktır.

2) Öteki İdari Cezalar

Disiplin cezaları dışında kalan idari cezalar ise kamu düzeninin ve genel sağlığın bozulmasını engellemeye, yahut tekrar tesisine ve suçlarla suçluluğu önlemeye yönelik tek taraflı yaptırımlardır. Bunlar genellikle ihtar, resen icra, belirli yerde ikamet mecburiyeti, meslek ve sanatın icrasından men, ruhsatın geri alınması, para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi yaptırımlardır.

Kanuna aykırı bir eylemi tespit eden idarenin eylemi gerçekleştiren kimseden, eyleme son vermelerini yazılı sözlü olarak istemesine ihtar denilmektedir. Örneğin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü yapanlara o mahallin mülki amiri veya görevlendireceği en büyük zabıta memuru olay yerine gelerek göstericilere dağılmalarını ihtar edecektir.

İdare bazı durumlarda kamu düzeninin olağan seyrinde devamını temin etmek, genel sağlığı korumak için bizzat müdahale ederek hukuka aykırı bir eylemi ortadan kaldırmaktadır. Buna resen icra adı verilmektedir. Toplantı ve gösteri yapmak mülki amirin iznine tabi olmamakla birlikte,

toplantı hakkında en yüksek mülki amire bir beyanname verilmesi gerekmektedir. Bir grup veya kitle beyannamesiz yahut bildirimsiz bir toplantı veya gösteri yapıyorsa güvenlik güçleri bu toplantıyı, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca dağıtacaktır.

İdarenin uyguladığı diğer bir yaptırım ise, bir meslek ve sanatın icrasına ilişkin kurallara riayet etmeyen meslek erbabına bir süre veya müebbeten mesleğini ifa edememe cezasıdır. Örneğin Polis ve Vazife Salahiyetleri Kanunu'na göre, kumar oynanan umumi veya umuma açık, uyuşturucu maddeler kullanılan yerleri, o yerin en büyük mülki amiri kapatabilecektir. Bunun gibi 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun ihdas ettiği etrafın kirlenmemesi, gürültü vb. ilişkin yasakları ihlal eden kuruluşların faaliyetlerini mahallin en büyük mülki amiri durdurabilecektir.

Diğer önemli bir idari yaptırım türü ise para cezalarıdır. Günden güne uygulama alanı genişleyen bu cezalar bir taraftan failin malvarlığında azalmaya sebep olurken, diğer yandan devlet malvarlığında çoğalma yaparak, bir gelir kaynağı teşkil ederler. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bu neviden birçok para cezası öngörmüştür. Örneğin 35. maddesinde sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Yine kabahatler kanununda belirlenen diğer bir yaptırım türü ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezasıdır. Örneğin 33. maddesi uyarınca dilencilik yapan kişiye kolluk veya belediye zabıta görevlilerince elli Türk Lirası idari para cezası uygulanmasının yanı sıra mülki amirin veya belediye encümenin kararıyla dilencilikten elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirileceği hüküm altına alınmıştır.

İdarenin sorumlu olduğu toplum ve kamu düzeninin devamını sağlayabilmesi için kendisine verilen bu yaptırım uygulama yetkilerinden hiçbirisi kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanmasına sebep olacak şekilde uygulanamayacaktır.

C) Kişi Hürriyetinin Kısıtlanması

Anayasanın 38. maddesinin 11. fıkrasında belirtilen hükümde yer alan “ kişi hürriyetinin kısıtlanması” kavramından ne anlaşılması gerektiğini, madde gerekçesi açıklamaktadır. Gerekçe uyarınca kişi hürriyetlerinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarına yalnızca mahkemelerce hükmedilebileceği teminat altına alınmıştır. Bu halde kişi hürriyetinin kısıtlanması deyiminden hürriyeti bağlayıcı cezaların anlaşılması gerekeceği açıktır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar, kişi özgürlüğünü sınırlayan, hükümlünün bir yere kapatılarak özgürlüğünü kısıtlayan cezalardır.¹⁶⁵ 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’daki ağır hapis, hapis, hafif hapis ayrımı kaldırılmıştır. Ancak hapis cezaları infaz süresi ve koşulları bakımından a) ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, b)müebbet hapis cezası, c) süreli hapis cezası olarak bir ayrıma tabi tutulmuştur. Mahkemelerce hükmolunacak bu hapis cezaları ise ceza infaz kurumlarında infaz edilmektedir. Ceza infaz kurumları; açık ceza infaz kurumları, kapalı ceza infaz kurumları, çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evleri (İslahevleri) olarak gruplandırılmaktadır. Bu infaz kurumlarında haklarında mahkemelerce mahkumiyetine karar verilen kişiler yine mahkemece öngörülen sürelerle tutulurlar. Sosyal hayata ve topluma karışmaları engellenir. Bazı düşüncelere göre ölüm cezasından bile daha ağır olan bu yaptırım uygulama konusunda mahkemelere tekel niteliğinde yetki verilmiştir. İşte Anayasa’nın 38/11. maddesi idarenin bu şekilde kişisel hürriyeti kısıtlayan yaptırım uygulamasını yasaklamaktadır.

¹⁶⁵ İÇEL-Yaptırım Teorisi, s.78

D) İdari Yaptırımlarla, Ceza Hukukundan Doğan Yaptırımların Farkları ve İlişkisi

İdari yaptırımlar yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere ya düzenin bozulmasını önlemeye yönelik yada bazı hukuki statüde bulunan kişilerin belirli davranışlarına yönelik olarak tedbirler öngören düzenleme ve uygulamalardır. Daha çok suç düzeyine ulaşmamış yasaklanmış bazı davranışlarla, suç kadar toplum düzenini bozmayacak davranışlara yönelirler. Bir kurumun iç düzeni, kabahat türünden eylemler idari yaptırımların konusunu oluşturmaktadır. İlgili kanunlarında düzen hangi idari teşekküle ilişkinse, buna ilişkin idari yaptırıma da o idari teşekkülün amiri karar verecektir.

Oysa ki ceza hukukundan doğan yaptırımlar, daha çok etki doğuran tüm kamu düzenini ilgilendiren, konusu olan fiil genellikle direkt olarak temel hakları hedef alması yahut devleti hedef alması nedeniyle kamu düzenine ilişkin ciddi tehdit teşkil eden ve kanunlarca suç olarak belirlenmiş fiillere uygulanırlar.

Ceza yaptırımlarının en önemli özelliklerinin biri yargılama sonucu uygulanmalarıdır. İdari yaptırımların aksine, kuralları kanunlarca belirlenmiş usul çerçevesinde yine kanunla teşekkül etmiş bir mahkemenin yaptığı yargıma neticesinde, kanunlarda belirtilen sonuçlara hükmetmesi neticesinde gündeme gelmektedirler. İdari yaptırımdaki tek bir kişinin, kendi başına karar vermesi usulü ceza yaptırımında uygulanamaz. Diğer önemli özellik ceza yaptırımlarının aynı zamanda idari yaptırımları da kapsayabilecek olmasıdır.örneğin mahkeme yapmakta olduğu bir yargılamada bir kabahat işlediğini sonucuna da varırsa idari yaptırıma da karar verebilecektir. Yine kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak olan müeyyide uygulama yetkisi de yalnızca ceza hukukundan doğan yaptırımlarda söz konusu olabilmektedir.

E) Silahlı Kuvvetlerin İç Düzen Kanunları İstisnası

Anayasamızın 38. maddesini 11. fıkrası idarenin kişi hürriyetini kısıtlaması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağını hüküm altına alırken, ikinci cümlesinde silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebileceğini düzenlemiştir.

Silahlı kuvvetlerin ifa ettikleri vazifeler, sorumlulukları gereği olarak tesis ettirmek zorunda oldukları disiplin düzeni, her vatandaşın bu vazifeyi yerine getirmek mecburiyeti dikkate alınarak, silahlı kuvvetlere kişi hürriyetini kısıtlanması konusunda kanunla imkan tanınmıştır. Çok fazla miktarda insanın bir arada, stratejik bir görevde mecburi olarak vazife ifa ediyor olması neticesinde, disiplinin ve düzenin teminindeki zorluk dikkate alınarak bu çeşit bir istisnaya yer verilmiştir.

İlkenin genel kuralı olarak hürriyeti kısıtlayıcı müeyyidenin yalnızca mahkemelerce verilebileceği belirtilirken, silahlı kuvvetlerin dışında hareketlerine imkan tanınmıştır. Gerçekten de 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu İncelendiğinde birinci bölümde askeri suçlar, kabahatler ve cezalar belirtilmişken, ikinci bölümde disiplin cezaları adında bir dizi düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu kanunun 165. maddesi disiplin cezalarının nevilerini düzenlemektedir. Buna göre disiplin amiri tek taraflı bir işlemle askeri şahıslar hakkında dört haftaya kadar göz hapsi veya dört haftaya kadar oda hapsi verebilmektedir. Bu çeşit bir oda hapsinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma olacağı açıktır. Bu cezanın adı her ne kadar disiplin cezası olsa da, idari cezalar başlığı altın da incelediğimiz disiplin cezalarından farklılık arz ettiği muhakkaktır. Zira idari cezalardaki disiplin cezaları arasında bu çeşit bir hürriyeti bağlayıcı cezaya yer verilmemektedir. Ancak Anayasa'nın tanıdığı istisnaya binaen askeri disiplin cezaları arasında idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran müeyyideler uygulayabilmektedir.

X) VATANDAŞIN SUÇ SEBEBİYLE İADE EDİLEMEYECEĞİ İLKESİ

A) Genel Açıklama

Günümüz dünyası teknolojik gelişmeler, ulaşım imkanları gibi bir takım sebeplerle, kişilerin yer değiştirmeleri, dünya üzerinde seyahat etmeleri kolaylaşmış bulunmaktadır. Gelişmişlik ve kültürel etkileşim anlamında faydalı sonuçlar doğuran bu yenilikler, ceza yargılaması açısından yeni bir sorunun gündeme gelmesine sebep olmuştur. Belirli bir ülkede suç işleyen kişiler yargılanmaktan ve cezalandırılmaktan kaçmak, izlerini kaybettirmek maksadıyla suçun işlendiği devletin egemenlik sahasından çıkarak takibattan kurtulmaya çalışmaktadırlar. Bu durumun ortaya çıkması devletlerin suçluyu cezalandırmayı devletleri için onur meselesi yapması nedeniyle milletler arası hukukta geriverme kurumu gündeme gelmiştir.

Bir tanıma göre geriverme; “bir devletin ülkesinde bulunan kişinin, başka bir devlet ülkesinde işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olması itibariyle hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılması amacıyla yada hükümlü olması itibariyle hakkında hükmolunan cezanın infazı amacıyla yetkili diğer bir devlete, müracaatı üzerine teslim edilmesinden ibaret olan adli ve siyasi bir işlemdir.”¹⁶⁶ Diğer bir tanıma göre ise; “suçluların geri verilmesi (iadesi),yurtdışında aleyhinde verilmiş olan bir mahkumiyet kararının yerine getirilmesi veya işlediği suç nedeniyle yargılanabilmesi için hükümlünün veya failin, ülkesinde bulunduğu devlet tarafından infaz veya yargı yetkisine sahip olan devlete verilmesidir.”¹⁶⁷

B) Vatandaş Kavramı

¹⁶⁶ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 721

¹⁶⁷ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 172

Vatandaş kelimesi sözlükte arandığında, tanımlama yapılmadığı ‘isim’ olarak yer aldığı görülmektedir. Uluslar arası hukuka ilişkin mevzuatımızda ve diğer mevzuatımızda da bu kelimeye ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Kelimenin yapısından hareketle değerlendirecek olursak, zorlama bir mantıkla ‘vatan’ ve ‘daş’ kelime ve kelime ekinden oluştuğu sonucuna varabiliriz. Bu da ancak aynı vatani paylaşan insanları niteleyen bir isim olarak anlaşılabilir. Ancak uluslar arası hukukta ‘vatandaşlık’ kavramı tâbiyetle eşdeğer olarak anlaşılmaktadır. Kraliyet iktidarlarının hakim olduğu dönemlerden kalan ve halen de kısmen hükmünü sürdüren, yönetenlere tabi olan, onun için var olan düşüncesinin izi olarak değerlendirilebilir. Bu manada vatandaş, bir ülkeye hukuken bağlı olan, o ülkede temel hak ve hürriyetlerini sınırsızca yaşayabilme yetkisine sahip olan kişi olarak tanımlanabilir.

Yurdumuz açısından vatandaşlık kavramına ilişkin düzenlemeler kanunla yapılmıştır. 11.02.1964 tarihinde kabul edilerek, 22.02.1964 tarih ve 11638 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 403 sayılı “Türk Vatandaşlık Kanunu”, Türk vatandaşlığının nasıl kazanıldığına, nasıl kaybedildiğine ilişkin düzenlemeler öngörmektedir.

Devletler temelde, vatandaşlarının huzur ve refahını sağlamak için vardır ve bunun için çalışırlar. Çağdaş devlet anlayışında artık devlet için vatandaş değil, vatandaş için devlet düşüncesi hakimiyet kazanmıştır. Esasen toplum sözleşmesinin temelinde de bu anlayış yaşamaktadır.

1982 Anayasası da Türk Vatandaşlığı’na temel bir takım düzenlemeler getirmiştir. Siyasi haklar ve ödevler bölümünde ‘Türk Vatandaşlığı’ başlığı altındaki 66. madde şu düzenlemeyi içermektedir:

“Madde 66- Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde

bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz.”

Bu maddenin gerekçesini de Anayasa koyucunun Türk Vatandaşlığı konusundaki bakış açısını belirlemek maksadıyla buraya eklemeyi uygun görüyoruz. Bu maddenin gerekçesi şu şekilde ifade olunmuştur:

“Madde gerekçesi:

Vatandaşlık önemli bir bağıdır. Bu bağın önemini ve niteliğini belirtme bakımında maddenin başlığı olan 1961 Anayasası’ndaki 54. maddenin “vatandaşlık” başlığı “Türk Vatandaşlığı” haline getirilmiştir. Bu suretle vatandaşlık bağı ile devlete bağlı olan herkes deyiminden Türk Vatandaşlık bağı ile devlete bağlı olan herkes türk vatandaşıdır demek istenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık bağının Türklüğü kazandırmada daha kuvvetli bir bağ olduğu vurgulanmak istenmiştir.

1961 Anayasası’nın kabul edildiği kan esasına göre Türk ana veya babanın çocuğunun Türk olduğu prensibi korunmuştur. Türk ananın Türk babadan olan çocukları ile evlilik dışında herhalde doğan çocukları Türktür. Yabancı babadan ve Türk anadan evlilik içinde doğan çocuğun vatandaşlığı kanuna bırakılmıştır.

Bu esaslar göz önünde bulundurularak Türk vatandaşlığını kazanma ve kaybetme şartları kanuna bırakılmıştır.

Türk vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılması 1961 Anayasası’nda vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem kararı ölçüsüne bağlanmıştır. Bu ölçü yeterli ve açık görülmemiştir. Daha açık ve tutarlı olmak için “devlete ve vatana” deyimini tercih edilmiştir. Çünkü vatandaşlık kişi ile devlet arasındaki bağıdır. Bunlarla bağdaşmayan eylemler devlete bağlılıkla bağdaşmayan eylem olarak daha tutarlı bir açıklamadır.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolunun kapatılamayacağı 1961 Anayasası'ndaki gibi aynen korunmuştur.”¹⁶⁸

C) Genel Olarak Suçluların İadesi ve Kısıtları

Suçluların geri verilmesi işlemlerinin izleri Roma Devleti'ne kadar uzanmaktadır. Fakat elbetteki bu dönemlerdeki iade işlemleri, günümüzdeki sistem içerisinde gerçekleşmemektedir. Kaynaklar Roma Devleti'nde görülen iade işlemlerinin, Roma'ya bağlı devletlere karşı bir üstünlük şeklinde uygulandığını, bu tür bir talebin reddinin ise savaş sebebi sayılmakta olduğunu belirtmektedir. İlk iade anlaşmalarının ise orta çağda İtalyan Devletleri'nde suçluların bir devletten diğerine kaçmalarının kolay olması sebebiyle İtalyan Devletleri arasında doğduğu anlatılmaktadır. Diğer devletlerde de iade uygulamalarına rastlanılmakla birlikte, bu uygulamaların bugünkü anlamda olmadığı ve bugünkü uygulamaların aksine yalnızca siyasi suçlara ilişkin olduğu belirtilmektedir. 18. Asrın sonlarından itibaren komşu devletler, siyasi suçlular, asker kaçakları, suikastçiler ve diğer adi suçluları dâgeri vermeye başlamışlarsa da, suçluların geri verilmesi anlaşmaları 19. yüzyılda mümkün olmuştur. Osmanlı Devleti'nde ise suçluların geri verilmesi anlaşmaları, yaptığı diğer anlaşmalar (Pasarofça (1718), Belgrad (1739), Küçük Kaynarca (1774) gibi) içerisinde belirtilen maddelerde yer almaktaydı. Osmanlı Devleti teknik anlamda ilk suçluların geri verilmesi anlaşmasını 1874'te Amerika Birleşik Devletleri ile yapmıştır.¹⁶⁹

Belirttiğimiz gibi 19. yüzyıldan itibaren, devletler arasında genel iade anlaşmaları imzalanmaya başlanmıştır. Artık devletler belirli şartlar gerçekleştiği takdirde, sübjektif olaya önem vermeksizin iadede bulunmayı karşılıklı olarak yüklenmişlerdir. Uluslar arası ortak ve genel bir iade

¹⁶⁸ SEZER, Abdullah, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s.182

¹⁶⁹ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.173, 173, ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.724, DONAY, Süheyl, “Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler” s.241, İÇEL, Kayıhan, “Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme” s. 698

anlaşması hazırlanması konusunda milletlerarası düzeyde çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Fakat bu çalışmalardan sonuca ulaşan en önemlisi Avrupa Konseyi'ne üye 15 devletin 11'i tarafından 13 Aralık 1957 tarihinde imzalanarak devletlerin onayına sunulan "suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" olmuştur. Daha sonra bu sözleşmede değişiklik yapan ve yeni hükümler ekleyen 1. Ek protokol 15.05.1975 tarihinde ve 1. EK protokol 17.03.1978 tarihinde imzalanmıştır.¹⁷⁰

İç Hukukumuzda geri verme müessesesi ise Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Hayli kapsamlı olarak kaleme alınmış olan bu düzenleme şu şekildedir:

"Geri Verme

Madde 18 - (1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir. Ancak, geri verme talebine esas teşkil eden fiil;

a) Türk kanunlarına göre suç değilse,

b) Düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde ise,

c) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,

d) Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise,

e) Zamanaşımına veya affa uğramış ise,

Geri verme talebi kabul edilmez.

(2) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

(3) Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri

¹⁷⁰ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 725

nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.

(4) Kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

(5) Mahkeme geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verirse, bu kararın yerine getirilip getirilmemesi Bakanlar Kurulunun takdirine bağlıdır.

(6) Geri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir.

(7) Geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.

(8) Geri verme hâlinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir.”

Kısaca belirtmek gerekirse suçluların geri verilebilmesi için;

- Suç yabancı bir ülkede işlenmelidir,
- Suçun faili yabancı olmalıdır,
- İşlenen fiil Türk Yasalarına göre suç teşkil etmelidir,
- Geri vermeye esas olan suç, düşünce suçu veya siyasi yada askeri suç niteliğinde olmamalıdır,
- Türkiye Devleti'nin güvenliğine, Türk Devleti'nin veya bir Türk vatandaşının yada Türk yasalarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmemiş olmalıdır,
- Türkiye'nin yargılama yetkisine giren suçlardan olmamalıdır,
- Suç, Türk ve suçluyu geri isteyen ülke yasalarına göre af veya zamanaşımına uğramamış olmalıdır.

- Kişinin talep eden devlete geri verilmesi halinde, ırk, din, vatandaşlık, belli bir sosyal gruba mensup olmak veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulma veya cezalandırma ya da işkence ve kötü muameleye uğrayacağına dair kuvvetli kuşku bulunmamalıdır.

Geri vermeye ilişkin usul ve esaslar yukarıda belirtilen Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde belirlenmiştir. Buna göre kural olarak geri verme istemi sözleşmenin 12/1 maddesi uyarınca yazı ve diplomatik yoldan yapılacaktır. İade isteminde bulunan Devlet tarafından düzenlenen talepten istenilen şahsın kimliği, yüklenen suçun nevi ve niteliği, üzerine atılı suçu düzenleyen yasa ve cezası, deliller gösterilmeli, tutuklama müzekkeresinin örneği, varsa mahkumiyet kararı ile infaza ilişkin belgeler ve fotoğrafı eklenmelidir. Bu bilgiler yetmediği takdirde Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesi uyarınca tamamlayıcı bilgi istenmesi mümkündür. Talepname her iki devletin diline göre düzenlenecektir. Fakat istemde bulunulan devlet, Avrupa Konseyi'nin resmi dillerinden biriyle yapılmış tercümenin eklenmesini isteyebilir. Geri vermeyi isteyen devlet, bu istemini her zaman geri alabilecektir. Aynı kişinin birden çok Devlet tarafından istenmesi halinde sözleşmenin 17. maddesi uyarınca iade istenilen devlet takdir hakkını kullanacaktır.

Ülkemizden geri verilme istemi üzerine iadesi istenilen kişinin oturduğu yerdeki Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, şahsın Türk vatandaşı olup olmadığı, hangi devletin uyruğunda olduğu, iadeyi isteyen devletle suçluların iadesi hakkında bir sözleşmenin varlığı halinde bu sözleşmede ve Avrupa sözleşmesinde olay ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığı ve 18. maddenin 1. fıkrasında belirlenen koşulların varlığı araştırılacaktır. Geri verme talebinin yerinde olması halinde 18. maddenin 5. fıkrası uyarınca "geri verme talebinin kabul edilebilir" olduğuna karar verecektir. Bu karar temyize tabidir. Mahkeme'nin istemin yerinde olduğuna ilişkin kararı, kesinleştiğinde Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilecektir. Genel Müdürlük

tarafından hazırlanan kararname, Bakanlar Kurulu'na sunulacaktır. Bakanlar Kurulu, 18. maddenin 5. fıkrasına göre geri verme kararının yerine getirilip getirilmemesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkemenin iadeyi uygun bulmasına rağmen siyasi nedenlerle geri verilmesi istenen kişinin geri verilmemesine karar verilmesi mümkündür.¹⁷¹

Bazı durumlardaysa, geri verilemeye olanak bulunmadığı yukarıda belirttiğimiz geri vermeye ilişkin kurallar arasında gösterilmiştir. Bunlar, geri verilmesi istenen kişinin veya geri verme işlemine konu olan suçun niteliğinden veya yargılamaya ilişkin nedenlerden kaynaklanan hallerdir. Geri vermeyi engelleyen bu halleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Failin Türk Vatandaşı olması
- Suçun düşünce suçu niteliğinde olması,
- Suçun siyasal suç niteliğinde olması,
- Suçun askeri suç niteliğinde olması,
- Suçun mali suç niteliğinde olması,
- Suçun Türkiye'de ve Türk vatandaşına karşı suç olması,
- Suçun Türkiye'nin yargılama yetkisine giren suç olması,
- Suçun zamanaşımına veya affa uğramış suç olması.¹⁷²

Bu hallerde yabancı devletin geri verme talebi kabul edilmeyecektir. Bu kısıtlardan konumuzun özü olan failin Türk vatandaşı olması durumu incelenecektir.

Geri vermeyeyle ilgili bir diğer önemli husus ise geri vermede 'özellik ilkesi'dir. Bu ilke geri vermeyi düzenleyen 18. maddenin son fıkrasında ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

¹⁷¹ BAKICI, Sedat, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.254

¹⁷² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 180-196 s.

Türk Ceza Kanunu'nun 18. maddesindeki ilkeye ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“Geri verme halinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkum olduğu ceza infaz edilebilir.”

Geri vermede özellik ilkesi gereğince, geri verilen kişi sadece geri verilmesine neden olan suç veya suçlardan dolayı yargılanabilmesi için, geri veren devletin onayının alınması gerekir. İlke, geri verilen kişinin geri verilmesinden önce işlediği suçları kapsar. Geri verilmeden sonra gittiği ülkede işlediği suçlar açısından bu geçerli olmaz.

D) Vatandaşın Suç Sebebiyle İade Edilememesi

Vatandaşın geri verilmezliği kuralı, doktrinde çok münakaşa edilmiş ve halen de hakkındaki tartışmalar devam eden bir kuraldır. İngiltere, Amerika ve kısmen de İtalya hariç tüm devletler bu kuralı uygulamaktadır.¹⁷³

İç hukukumuz incelendiğinde 1 Haziran 2005'te yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın 9. maddesinin 1. fıkrasında şu hükme yer verilmişti:

“Bir cürümden dolayı bir Türk'ün ecnebi devletlere iadesi talebi Devletçe kabul olunamaz.”

Anayasal düzeyde ise vatandaşın iade edilemeyeceğine dair kural ilk olarak 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 12. fıkrasında yer almıştır. İlk şekliyle “Vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez” olarak belirtilen bu hüküm Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapan 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla yumuşatılarak şu şekli almıştır:

¹⁷³ ÖZGEN, Eralp, “Suçluların Geri Verilmesi”, s. 56

“Uluslar arası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”

Aynı hüküm 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uluslar arası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”

Türk Ceza Kanunu’ndaki bu düzenlemenin Anayasa’dan hareketle gerçekleştirildiği, anlaşılmaktadır. Madde gerekçesi de bunu beyan etmektedir.

“Anayasa’da hüküm altına alındığı üzere, vatandaş kural olarak geri verilemez. Ancak, Uluslar arası Ceza Divanı’na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler dolayısıyla vatandaş da yargılanmak üzere, mahkum olduğu cezası infaz edilmek üzere yabancı bir devlete teslim edilebilecektir.”

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi ise bu konuda net bir hükme yer vermemektedir. 6. maddesinin 1. fıkrası şu hükmü içermektedir:

“Her akit taraf tebaasını iade etmemek hakkını haiz olacaktır.”

Bu ifadeyle sözleşme, vatandaşın iadesi konusunu tarafların kendi aralarında yapacakları ikili iade anlaşmalarına ve iç hukuk düzenlemelerine bırakmıştır.

İade işlemine esas tutulacak vatandaşlık hangi andaki vatandaşlık olmalıdır konusu net değildir. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi 6. maddesinin birinci fıkrasında iade kararının verildiği andaki vatandaşlığın göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmiştir. Ancak Türk Ceza

Kanunu'nun, tanımlar başlıklı 6ç maddesinin 1-a fıkrasında vatandaş, deyiminden fiili işlediği sırada Türk Vatandaşı olan kişinin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

Vatandaşın suç sebebiyle iade edilmemesi kuralının lehinde ve aleyhinde görüşler cereyan etmektedir. Lehinde olan görüşler, vatandaşın devlete karşı yardım, sadakat ve itaat görevlerinin karşılığı olarak, devlet himayesinden faydalanması gerektiğini, yabancı yargı organlarının hissi davranarak veya etki altında kalarak başka devlet vatandaşları hakkında şiddetli davranabileceklerini, suçun tespiti açısından suçlunun kişiliğinin tam olarak anlaşılmasının gerektiği bunun da ancak suçlunun vatandaşı olan hakimce gerçekleşebileceğini, vatandaşın yabancı mahkemeler önünde dil ve usul bilgisizliği yönünden kendisini savunamayacağını ileri sürmekte, vatandaşın asla yabancı bir ülkeye iade edilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar.

Kuralın aleyhindeki görüşler ise, devletin ancak himayeye layık, dürüst vatandaşlarını himaye etmesi gerektiğini, yabancı devletin vatandaşa adil davranmayacağı yönündeki düşüncenin de yersiz olduğunu zira yapılacak karşılıklı anlaşmalarda bu durumun halledilebildiğini, iadesi istenen suçlunun vatandaş olmasının ömrünü iade istenen ülkede geçirdiği anlamına gelmeyeceğini, yalnızca işlediği suç sebebiyle ülkesine sığınmış olabileceğini, ayrıca suçun delillerinin toplanmasındaki kolaylık da dikkate alındığında yargılamanın suçun işlendiği ülkede yapılmasının daha adil sonuçlar doğuracağını ileri sürerek vatandaş da olsa suçlunun suçunu işlediği ülkeye iade edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.¹⁷⁴

Konu üzerindeki tartışmalar bu minval üzere olmakla birlikte hukukumuzda Uluslar arası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği

¹⁷⁴ ÖZGEN, Eralp, “ Suçluların Geri Verilmesi” s. 58, 59

yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşın asla iade edilmeyeceği teminat altına alınmıştır.

Vatandaşın geri verilmezliği kuralı uygulamasında gündeme gelen bir diğer sorun da, çifte vatandaş ve vatansızlar hakkındaki durumdur. Bu kural gereğince geri verilmeyecek olan ‘vatandaş’ olduğuna göre, vatansızların geri verilmemesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan yabancı ülke vatandaşı olan fail aynı zamanda istenilen devletin vatandaşı ise, diğer vatandaşlıkları göz önüne alınmaksızın vatandaş olarak kabul etmek ve dolayısıyla geri vermemek gerekecektir.¹⁷⁵

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. fıkrası iade edilmeyen vatandaşla ilgili bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre sözleşme, talepte bulunan devlete iade edilmeyen vatandaşın şartları varsa ülkede yargılanmasını sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Buna karşılık, iade talebi reddedilen devlet, suçla ilgili bilgi, eşya ve dosyaları talebi reddeden devlete “meccanen” gönderecektir. Bu durumda iade talebi reddedilen devlet, iadesi istenen kişinin vatandaşı olduğu gerekçesiyle talebi reddeden devlet tarafından yapılan yargılama sonucundan haberdar edilecektir.

E) Uluslar arası Ceza Divanı’na Taraf Olmanın Getirdiği Gereklilikler İstisnası

Vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceğini belirledikten sonra bu kaidenin tek istisnası olan Uluslar arası Ceza Divanı’na taraf olmanın getirdiği gereklilikler durumu üzerinde durmak gerekmektedir. Söz konusu istisna Anayasamızın 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile girmiştir. Bu kanun öncesinde tanınmayan bu istisnanın gerekçesi 5170 sayılı kanunu 5. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

¹⁷⁵ İÇEL, Kayıhan, “Suçluların Geri Verilmesi Üzerinde Bir İnceleme”, s. 714

“(...) öte yandan Avrupa Birliği müktesebatının bir parçası olan Uluslar arası Ceza Divanı’na Türkiye’nin katılması ve Divan statüsüne taraf olması halinde belli durumlarda yargılanmak üzere kendi vatandaşlarını divane teslim etme yükümlülüğünü üstlenecektir. Maddenin son fıkrasındaki değişiklikle söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.”

Değişiklik öngören maddenin gerekçesi açık olarak değişikliğin Avrupa Birliği müktesebatına uyum amaçlı olduğunu belirlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, ilkeyi düzenleyen Anayasal hükümde bir isabetsizlik vardır. Zira maddede ifade olunduğu gibi Uluslar arası Ceza Divanı’na taraf olmak gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak Uluslar arası Ceza Divanı’nı oluşturan sözleşmeye taraf olmak mümkündür.

Anayasa’daki ifade aynı şekilde geri verme kurumuna ilişkin usulü de gösteren TCK’nın 18. maddesinde tekrar edilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrası şu şekildedir:

“Uluslar arası Ceza Divanı’na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş suç sebebiyle yabancı ülkeye verilemez.

F) Uluslar arası Ceza Divanı

17 Temmuz 1998’de Roma’da kabul edilen Uluslar arası Ceza Divanı’nın statüsünü içeren Roma Antlaşması bir giriş ve 13 bölüm içeren 128 maddeden oluşmaktadır. Türkiye henüz Roma Statüsü’ne taraf olmadığı için sözleşme Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca henüz iç hukukun parçası haline gelmemiştir.

Antlaşmaya göre kuruluşu bakımından Uluslar arası Ceza Divanı sürekli bir mahkeme niteliğindedir. Uluslar arası nitelikteki en ağır suçları

kovuşturmak üzere teşekkül ettirilmiştir. Ulusal mahkemelerin tamamlayıcısı bir mahkeme konumundadır. Mahkeme'nin merkezi Hollanda'nın başkenti Lahey kenti olarak belirlenmişse de, hakimlerin talebi halinde mahkeme başka bir yerde de toplanabilmektedir.

Bu mahkemenin görev alanı, milletlerarası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlar olup, bunlar soykırım suçu ile insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve barışa karşı suçlar olarak saldırı suçlarıdır. Mahkemenin statüsünü düzenleyen antlaşma, soykırım suçunu 6. maddesinde 1948 tarihli sözleşmenin 2. maddesine paralel bir düzenlemeyle düzenlemektedir. 7. maddesinde ise insanlığa karşı suçlar olarak, ırza geçme, cinsel kölelik , zorla fahişelik, zorla gebe bırakma, zorla kısırlaştırma ve benzeri ağırlıkta cinsel şiddeti içeren suçlar da yer almıştır. 8. maddesinde savaş suçları ele alınmaktadır.

Bu antlaşma esas itibariyle antlaşmaya taraf devletlere uygulanmakla birlikte, 12. madde uyarınca antlaşmaya taraf olmayan bir devletin, bu suçların kovuşturulması bakımından mahkemeyi yetkili kılması mümkün olabilmektedir.

Antlaşmanın 25 ve 26. maddeleri uyarınca, mahkeme 18 yaşından küçük olan gerçek kişileri yargılar. Bu sebeple devlet başkanları dahil hiç kimse için yargı bağışıklığı tanınmamıştır.

Uluslar arası Ceza Divanı'nın görevine giren suçlarda, devletler Divan ile en geniş şekilde işbirliği yapmak zorundadırlar. Üye devletlerin tüm makamları, Divan tarafından istenen bilgilerin gizliliğine riayet etmek zorunda olup, her devletin ulusal mevzuatında gerekli düzenlemeleri yapması zorunludur. Divan hükümetler arası örgütlerden de her türlü bilgi ve belgeyi isteyebileceği gibi, üye olmayan devletleri de işbirliğine davet edebilir.

İnsanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar ve savaş suçları, Uluslar arası Ceza Divanı'nın görev alanına giren suçlar olmakla, bu suçların ulusal mahkemelerle görev paylaşımı içinde uluslar arası ceza divanı tarafından kovuşturulması esası benimsenmiştir.

Öncelikle soykırım suçları mahkemenin görev alanına girmektedir.bunlar bir ulusal, dini veya etnik grubun üyelerinin öldürülmesi veya grup üyelerine zihinsel veya bedensel ağır zararlar verilmesi, kısmen veya tamamen fiziki yıkıma neden olan zor şartlara bu cemaatlerin kasten tabi tutulması, bu tür gruplar bünyesinde doğumu engelleyecek önlemlere gidilmesi, bir grubun çocuklarını zorla diğer gruplara verilmesi gibi özel kastla işlenebilen suçlardır. Bu suçların yanında insanlığa karşı suçlar olarak kabul edilen; adam öldürme, topyekün imha etme, halkın bir kısmını tehciye yahut nakle zorlama, uluslar arası hukukun temel hükümlerini ihlal edecek hapsetme veya bedensel hürriyeti ağır bir şekilde ortadan kaldırma, işkence, ırza geçme, cinsel esaret, zorla fuhuş yaptırma, zorla gebe bırakma, zorla kısırlaştırma yada bunlara benzeyen değişik ağır cinsel suçlar, siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dini veya yukarıda belirtilen cinsel nedenlerle bir grup veya diğerlerinden ayrılabilen herhangi bir topluluğu zulüm etme, zorla kişileri ortadan kaybetme, fiziki veya ruhsal bütünlüğe ağır zarar verme yada büyük ızdırap çektirme şeklindeki insanlığa aykırı diğer davranışlar da mahkemenin görev alanına girmektedir.

Mahkemenin görev alanındaki savaş suçları ise şu şekilde belirtilmiştir; Kasten adam öldürme, gayri insani muamele ve işkence, biyolojik deneyler, insanların fiziki ve ruhi bütünlüğüne ağır bir saldırı veya büyük ızdırap verme çeklindeki kasıtlı fiiller, askeri zorunluluklarla bağdaşmayacak şekilde malların yok edilmesi veya mülkiyetinin ortadan kaldırılması, savaş esirini veya benzeri şekilde korunan kişiyi yabancı bir devletin askerlerine hizmet etmeye zorlamak ve kişiyi savaşın esiri konumuna getirmek, bir savaş esirini veya benzeri korunan kişiyi tarafsız ve usulüne uygun bir şekilde yargılanma

hakından mahrum etmek, yasadığı tutuklama, nakış veya tehcir olayları, ve esir alma fiilleridir.

Divan'ın görev alanına giren saldırı suçları ise şu şekilde belirtilmektedir: bir devletin topraklarının bir başka devletin silahlı kuvvetleriyle istilası veya saldırıya uğraması, yada böyle bir istila veya saldırmadan doğan geçici olsa bile herhangi bir işgal veya bir başka devletin topraklarını kuvvet kullanarak topraklarına katmak, bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından bir başka devlet topraklarının bombardıman edilmesi veya bir devletçe başka bir devlet topraklarına karşı her türlü silahlar kullanılması, bir devletin silahlı kuvvetlerince bir başka devletin kıyılarının veya limanlarının abluka edilmesi, bir devletin silahlı kuvvetlerince bir başka devletin kara, deniz ve hava kuvvetlerine ticari donanmasına ve ticari uçaklarına saldırılması, bir başka devletin ülkesinde bu devletin rızasıyla bulunan bir devletin silahlı kuvvetlerinin anlaşmada öngörülen kurallara aykırı olarak kullanılması veya anlaşma süresinin bitiminden sonra bu silahlı kuvvetlerin söz konusu ülkede bulunuşlarının uzatılması, ülke topraklarını bir başka devletin yararlanmasına sunmuş bir devletçe bu ülkeden yararlanan devletin bu toprakları bir saldırı eylemi için kullandığını kabul etmesi bir devletçe veya bu devlet adına bir başka devlete karşı çeteler veya silahlı gruplar, düzensiz kuvvetler veya paralı askerler gönderilmesi yada böyle bir harekete önemli bir biçimde kalkışması fiilleridir.¹⁷⁶

Yukarıda izahına çalışılan Uluslar arası Ceza Divanı'nın kuruluş gayesi ve gördüğü işlev dikkate alınarak vatandaşın suç sebebiyle iade edilmeyeceği kuralına söz konusu istisna getirilmiştir. Görüleceği üzere mahkemenin kuruluş gayesi uluslar arası ceza hukuku kavramı çerçevesinde odaklanmaktadır. Tüm ülke uluslarını yakından ilgilendiren, paylaşmak zorunda olduğumuz Dünya'nın düzenine ilişkin olan bu suçlar nedeniyle yapılan yargılamada, devletler kendi vatandaşlarının ferdî menfaatini

¹⁷⁶ **TEZCAN**,Durmuş, “uluslar arası Suçlar ve Uluslar arası Ceza Divanı”, Hukuk Kurultayı 2000, 15 Ocak 2000, s. 284 vd. **BAKICI**,Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.251

düşünemeyeceklerdir. Zira Divan'ın görevine giren suçlar insanlık ayıbı niteliğindedir ve bu fiilleri işleyenleri korumak da aynı ayıba ortak olmak anlamına gelecektir. Bu sebeplerle Anayasa'mızın 38. maddesinin son fıkrasındaki vatandaşın suç sebebiyle geri verilmeyeceğine dair kurala, Uluslar arası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerekleri istisnasının getirilmiş olması yerinde ve gerekli bir düzenleme olarak hukukumuzda mevcudiyetini korumaktadır.

SONUÇ

1982 Anayasasının 38. maddesinde bulunan suç ve cezalara ilişkin temel esasları oluşturan, tezimizin konusu ilkeler bu şekilde belirlenmekle, her bir ilkenin kapsamı, uygulanırlığı, uygulaması ve Türk Ceza Hukuku içerisindeki konumu irdelenmiş bulunmaktadır.

İlkeler her biri kendi açıklaması içinde belirtildiği üzere, çağdaş hukuk anlayışı ve gelişen insan hakları anlayışı içinde vazgeçilmez nitelik arz eden bu esaslar, devletimizin temel kuruluşuyla, temel kurum ve kuruluşlarını, temel insan haklarını belirleyen Anayasamız çerçevesinde, Anayasa Hukuku bakış açısı içerisinde incelenmiş bulunmaktadır.

Çalışmada öncelikle her bir konu başlığı altında konu ile ilgili olarak genel nitelikte bir açıklama yapılmıştır. Giriş niteliğinde olmak üzere, tez boyunca ifade olunacak kavramlar olan “suç” ve “ceza” kavramları fazla derine girmeksizin okuyucularda genel bilgi sağlayacak nitelikte açıklamalarla ifade edilmiş, böylece tezin ana konusu olan bu kavramlara aşinalık sağlanmıştır.

Bundan sonraki açılmalarda daha çok Anayasamızın 38.maddesindeki sıralamaya bağlı kalınarak her bir ilkenin mahiyeti ve ilgili olduğu bir takım güncel tartışmaları ifade olunmaya çalışılmıştır. Bu anlamda ilk ilke olarak ‘kanunilik ilkesi’ açıklanmıştır. Hukuk sistemimiz içinde bu ilke farklı görünümde arz edebilmektedir. Ancak bu çalışmada konumuzla da ilgili olarak bu ilkenin suç ve cezalara bakan yönü irdelenmiştir. Bundan sonra ifade olunan ilke ‘masumluk karinesi’ olarak bilinen ve ceza hukukunun temel nitelikte esaslarından olan 38.maddenin 4. fıkrasıdır. Yine bu fıkra ile ilgili olarak takip eden ilke yani ‘kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamama ilkesi’ açıklanmıştır. Takip eden fıkra Anayasamıza 2001 değişiklikleri ile girmiş ve Yargıtay kararlarıyla da işlerlik bulmuş olan ‘kanuna

aykırı delil yasağı' ilkesidir. Yine bundan sonra da 2001 değişiklikleriyle anayasamızda yerini alan bir fıkra olan 'sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle özgürlüğünden alıkonulamama' ilkesi anlatılmış ve bu ilkenin getirdiği bazı tereddütler Yargıtay Kararları yardımıyla da açıklanmaya çalışılmıştır. 2004 değişiklikleriyle anayasamızda net bir ifadeyle yerini alan ölüm cezası verme ve genel müsadere yasağı ile ilgili genel mahiyette açıklamalar yapılarak, mer'i kanunlarla uyumluluğu tartışılmıştır. Hukukta epeyce tartışılmış olup halen bir takım tereddütleri uhdesinde barındıran 'idarenin kişi hürriyetini sınırlandıran bir müeyyide uygulayamayacağı ilkesi incelenmiştir. Son olarak da 'bir suç nedeniyle vatandaşın iade edilemeyeceği' ilkesi üzerinde durularak bunla ilgili olarak Uluslar arası Ceza Divanı'na taraf olmanın yükümlülükleri incelenmiştir.

Bu şekilde her biri ayrı tez konusu olabilecek dokuz ilke, Anayasa Hukuku perspektifinden anlatılmış olmaktadır. İnsan Hakları açısından vazgeçilmez olan bu ilkelerin Anayasamızda bu şekilde düzenlenmiş olması, hem Anayasamızın temel hak ve hürriyetlere verdiği değer açısından hem de ceza hukukumuzun gelişmişliğinin göstergesi bakımından mutluluk verici olarak mülahaza edilmiştir.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1967

ANCEL, Marc, “Muasır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi”, Çev: Sadık TÜZEL, Adliye Ceridesi, 29. Sene, S.9, Ankara, 1938

ARSEL, İlhan, Anayasa Hukuku; Demokrasi, Ankara, 1964

ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965

ARTUK, Emin, “Ölüm Cezası” Prof. Dr. Jale AKİPEK’e Armağan, Konya, 1991

ARTUK, M. Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002

ATEŞOĞULLARI, Kamil, Bir İnsanlık Suçu: Ölüm Cezası, Ankara, 1997

AYTEKİN, Asuman, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Susma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2000

BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2007

BALCIĞİL, Osman, Ölüm Cezası, Ankara, 1982

BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami SELÇUK, Ankara, 2004

BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940

BOUZAT, Pierre/ BIYIKLI, Hasan, “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları, YD C.3, Ocak-1977, S.1, s.85 vd.

CENTEL, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2001

CENTEL, Nur, **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2003

CENTEL, Nur/ **ZAFER**,Hamide/ **ÇAKMUT**,Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006

ÇAKMAK, Seyfullah, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, Silifke, 2001

ÇOLAK, Haluk, “Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı”, YD C.26, Temmuz-2000, S.3. s.337 vd.

ÇOLAK, Haluk/ **TAŞKIN**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006

DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara, 2002

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul, 1994

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul, 1998

DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982

DONAY, Süheyl, “Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler”, İÜHFM, C.L, S.1-4, İstanbul, 1984, s.239 vd.

DÖNMEZER, Sulhi,”Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler” Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, s. 67 vd. İstanbul, 1998

DÖNMEZER, Sulhi- **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1997

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul, 1982

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara, 1999

EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986

EREM, Faruk, Ölüm Cezası, Ankara, 1962

EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, C.1, Ankara, 1966

EREM, Faruk, Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler-Bülent Nuri ESEN’ e armağan, Ankara, 1977

EREM, Faruk- **DANIŞMAN**, Ahmet- **ARTUK**, Mehmet Emin,Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997

EROĞLU, Cem, Anatüzeğe Giriş, Ankara, 1997

EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu, C.1, Ankara,2007

ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002

FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, C.48, S.1-4, 1999 s. 135 vd.

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz- **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara, 2005

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir, 1997

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 1998

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara, 1998

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar,C.1, Ankara, 1998

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2003

GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965

Hukuk Kurultayı 2000, Ceza Hukuku Bildiri XV, 15 Ocak 2000, “Ölüm Cezası Yerine İkame Edilebilecek Cezanın Türü”

Hukuk Merceği Konferanslar Paneller 2000-2002, “Yaşama Hakkı ve İdam Cezaları” –Ankara Barosu yayınları

Hukuk Merceği Konferanslar Paneller 2003, “Uluslar arası Ceza Mahkemesi”- Ankara Barosu yayınları

İÇEL, Kayıhan, “Suçluların Geriverilmesi Üzerinde Bir İnceleme”, İÜHFM, C.XXX, S.3-4, s.692 vd.

İÇEL, Kayıhan/ **ÜNVER**,Yener, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’ e Armağan,Ankara, 2004

- İÇEL**, Kayıhan, **SOKULLU-AKINCI**, Füsün, **ÖZGENÇ**, İzzet, **SÖZÜER**, Adem, **MAHMUTOĞLU**, Fatih S., **ÜNVER**, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul, 2000
- İÇEL**, Kayıhan, **SOKULLU-AKINCI**, Füsün, **ÖZGENÇ**, İzzet, **SÖZÜER**, Adem, **MAHMUTOĞLU**, Fatih S., **ÜNVER**, Yener, Suç Teorisi, İstanbul, 2000
- İZGİ**, Ömer, **GÖREN**, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM, Ankara, 2002
- KAPANI**, Münci, İnsan Haklarının Uluslar arası Boyutları, Ankara, 1988
- KAYGISIZ**, Mustafa/ **SEVER**, Hanifi, Suç Analizi 1, Ankara, 2006
- KAYMAZ**, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (yasak) Deliller, Ankara, 1977
- KİBAR**, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Didim, 1997
- KUBALI**, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 1971
- KUNTER**, Nurullah, **YENİSEY**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2004
- KUZU**, Burhan, Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, 1987
- KUZU**, Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri Ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 1990
- MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari ceza hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul, 1995
- MEMİŞ**, Pınar, “Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003
- MUMCU**, Ahmet, İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Ankara, 1994
- NOMER**, Ergin, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 1997
- ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966
- ÖZAY**, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul, 2002
- ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2004

ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, C.52, S.1,2003, s.63 vd.

ÖZGEN, Eralp, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, 1962

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara,2006

ÖZGENÇ, İzzet, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”.Hukuk Araştırmaları, C.9, S.1-3 1995 , s.129 vd.

ÖZGENÇ,İzzet/**ŞAHİN**,Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 2001

ÖZTÜRK, Bahri, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 1994, S.1-2, s.39 vd.

ÖZTÜRK, Bahri,Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006

PAZARCI, Hüseyin, Milletlerarası Hukuk, Ankara, 1998

SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara, 1997

SELÇUK, Sami, “Cumhuriyet Döneminden Önce Türklerde Ölüm Cezası” YD, C. 3, Temmuz-1977, S. 3-4, s.53 vd.

SEZER, Abdullah, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası & İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi” Çev. Cumhur **ŞAHİN**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Şakir BERKİ’ye Armağan, C.5, 1996 S.1-2 ,s.269 vd.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara,2005

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara, 2000

SOYASLAN, Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, 1990

SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara, 1969

SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir, 2000

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Ankara, 2001

TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, 1994

TANÖR, Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU**, Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001

TEZCAN, Durmuş, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlularda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu" AÜSBFD C. XXXVIII, Ocak-Aralık 1983, No:1-4 s. 159 vd.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Ankara, 2004

TİKVEŞ, Özkan, Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir, 1982

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara, 2005

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2005

TOROSLU, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006

TOSUN, Öztekin, Ceza ve Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul, 1976

TOSUN, Öztekin, Suçların Kanuniliği Aleyhindeki Cereyan, İstanbul, 1962

TOSUN, Öztekin, "Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku", İÜHFM C.XXX, S.1-2 s.21 vd.

TOSUN, Öztekin, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması, İÜHFM, C.28, S.2, 1962

TURHAN, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın SOERİNG Kararı", YD. C.24, Ocak-Nisan 1998, S. 1-2, s. 84 vd.

TÜZEL, Sadık, Anayasa Hukuku, İzmir, 1969

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin temel Rejimi, İstanbul, 1992

ÜNAL, Şeref, Temel Hak Ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara, 1997

YALVAÇ, Gürsel, TCK,CMK,CGTİK ve İlgili Mevzuat,Ankara, 2007

YARSUVAT, Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHFM, C.29, S.3,1963 s.540 vd.

YARSUVAT, Duygun, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Prof. Dr. Sahir ERMAN' a Armağan, İstanbul, 1999

YENİSEY, Feridun, “ Suçluların Geriverilmesi ve Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Hakkında” , Adalet Dergisi, Y.72 S.4,5,6

YILDIZ, Ali Kemal, “ Ceza Muhakemesinde İspat Ve Delillerin Değerlendirilmesi” Doktora Tezi, İstanbul, 2002

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2002

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum, 1968

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş, Ankara, 1973

ZER, Atasoy, “Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkartılması (İhracı)”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005

ÖZET

ÖZER, Beytullah, 1982 Anayasasında Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008

2709 sayılı ve 1982 Tarihli Anayasamızın 38. maddesinde “suç ve cezalara ilişkin esaslar” belirtilmektedir. Fıkralar halinde ilke temelli olarak tezimizde anlatmaya çalıştığımız bu esaslar çağdaş hukuk anlayışında ve vazgeçilmez insan hakları açısından artık tüm dünyaca benimsenmiş ve uygulanır hale gelmiştir.

Elbetteki kişilerin yaşamlarında en son karşılaşmak isteyecekleri şey bir suçun mağduru olmaktır. Fakat şu veya bu şekilde olağan yaşamda suç işlenmekte ve birileri de bunun mağduru konumunda bulunmaktadır. Mağdurun hakkını devlet koruyacaktır. Artık kişinin kendi hakkını kendisi alması kabul görmeyen bir yaklaşımdır. Ancak bu noktada müdahale eden devlet olunca bu kez müdahale edilenin de insan olmasından kaynaklanan hakları gündeme gelmektedir.

Bir suç işlemek istenmeyen, toplum tarafından yadırganan davranıştır. Hukuk kuralları dışında ahlak kuralları dini kurallar da suçu ve suçluyu hoş görmez. Ancak unutulmaması gereken suç işleyen kişinin suçu işledikten sonra tür değiştirmedir. Yani insan olmaya devam etmektedir. Bu nedenle de insan olmaktan kaynaklanan, insanlık onuruyla bağlantılı temel hakları olmalıdır.

1982 Anayasamızın 38. maddesi de bu bakımdan suç ve suçluyla, suça ilişkin yargılamada uyulacak temel esasları belirtmektedir. Bu esasları bizde ilkeler şeklinde tezimize alarak, her bir ilke açısından insan hakları ve ceza hukuku bağlamında açıklamalarda bulunduk. Anayasamızda yer alan fakat, çoğunlukla anayasa hukuku kitaplarında açıklamalara yer verilmeyen bu ilkelere Anayasal perspektiften bakarak, neyi ifade ettiklerini tespit etmeye çalıştık. Sonuç olarak denilebilir ki; bu ilkeler suç ve ceza hukukumuzu çağdaş ülkelerin seviyesine taşıyan, vazgeçilmez esaslardır.

Anahtar Sözcükler

1. 1982 Anayasası
2. Suç
3. Ceza
4. Anayasa ve Ceza Hukuku
5. Ceza Hukuku İlkeleri

ABSTRACT

ÖZER, Beytullah, Principle Of Crime and Punishment in 1982 Dated Constitution, Master's Thesis, Ankara, 2008

38th matter of 2709 numbered and 1982 dated of our constitution is about crime and punishment's bases. As in paragraph thesis-based principles that we try to explain the principles of contemporary law and indispensable in terms of human rights and is now the world has become the default.

Certainly anybody doesn't want mistrated for crime. But in ordinary life someone commit's a crime than the another one to be crime's victim. The state will protect the rights of victims. Anymore take a person's own right it is an approach not adopted. But the government interferes in the event; so the guilty person's right comes up.

To commit a crime is a behaviour that is undesirable and felt odd by the society. The crime and guilty disapprove by ethics and religious rules without law's rules. But what we shouldn't miss that the one who commits the crime is also a humanbeing. The guilty must have the basic rights because of the humanbeing.

Crime and guilty's basic foundation in judges process appeared in our constitution's 38th matter of dated 1982. These principles are the principles we take as our thesis, in terms of each policy in the context of human rights and criminal law have to explain. We tried to confirm these principles what they mean by analyzing from constitutional perspective which are taking place in our constitution, but mostly not explained enough in our constitution law books. As a result; these principles, the level of crime and criminal law in our country with the contemporary, are the indispensable basis.

Key Words

1. Constitution of 1982
2. Crime
3. Punishment
4. Constitution and punishment law
5. Principle of punishment law