

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

**AYDINLANMA ÇAĞI'NDA CEZA HUKUKU FELSEFESİ VE
SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Göktürk ÖCAL

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

Hukuk eğitime başladığım ilk yarıyıldan itibaren Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersi en sevdiğim ders olmuştur. Bunun en büyük nedeninin, hukukun uygulamaya dönük ve teknik yanından ziyade teorik ve felsefi yanına ilgi duymam olduğunu söyleyebilirim. Nitekim lisans eğitimini tamamlayıp yüksek lisans eğitime başladığımda hukuk felsefesi alanında bir tez yazmak istediğime karar vermiştim. Tez çalışmamda ele alacağım konunun ceza hukuku alanı ile kesişiminin olması, ayrıca arzu ettiğim bir husustur. Zamansal olarak ise, tez konusunu Aydınlanma Çağı ile sınırlı tutmayı tercih ettim.

Oldukça kapsamlı bir konuyu, yüksek lisans tezinin sınırlarına çekmek konusunda bana destek olan ve görüşlerini esirgemeyen kıymetli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin'e en derin saygı ve teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Tezi yazdığım süreçte, büyük bir anlayış gösterip her türlü soruma cevap veren değerli hocalarım Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ ve Doç. Dr. Sevtap Metin'e de içten teşekkür ederim. Son olarak, tezle ilgili her türlü görüş ve önerilerini ileten, Almanca eserlere erişebilmem için yardımlarını eksik etmeyen değerli hocam Doç. Dr. Dr. Altan Heper ile diğer hocalarım, çalışma arkadaşlarım ve elbette aileme de müteşekkirim.

Bu çalışmanın, hukuk alanı bakımından okyanusta bir damla olduğu açıktır. Dileğim odur ki bu çalışma, olumlu olarak değerlendirilmeye layık olur. Bundan ancak onur ve kıvanç duyarım.

Haziran 2019, İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xi
ÖZET.....	xv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: AYDINLANMA ÇAĞI'NDA CEZA HUKUKU FELSEFESİNİN GELİŞİMİ.....	7
I- Aydınlanma Çağı Felsefesi.....	7
A- Aydınlanma Çağı'nı Hazırlayan Düşünsel Ortam.....	7
B- Aydınlanma Çağı	15
C- Aydınlanma Felsefesi	16
1- İngiliz Aydınlanması.....	20
2- Fransız Aydınlanması	24
3- Alman Aydınlanması	29
II- Ceza Hukuku Felsefesinin Gelişimine Katkıda Bulunan Aydınlanma Düşünürleri	33
A- Immanuel Kant	33
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	34
2- Ceza Hukuku Anlayışı	38
B- Cesare Beccaria.....	42
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	42
2- Ceza Hukuku Anlayışı	43
C- Jeremy Bentham	46
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	48
2- Ceza Hukuku Anlayışı	50
D- Johann Gottlieb Fichte.....	56
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	56

2- Ceza Hukuku Anlayışı	58
E- Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach	61
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	62
2- Ceza Hukuku Anlayışı	63
F- Georg Wilhelm Friedrich Hegel.....	66
1- Birey ve Devlet Anlayışı.....	68
2- Ceza Hukuku Anlayışı	71
III- Değerlendirme	75
İKİNCİ BÖLÜM: AYDINLANMA ÇAĞI'NDA SUÇTA VE CEZADA	
KANUNİLİK İLKESİ VE İLKENİN GÜNÜMÜZE ETKİLERİ.....	85
I- Kavram Olarak Kanunilik İlkesi	85
A- Suçta Kanunilik İlkesi	86
B- Cezada Kanunilik İlkesi.....	86
II- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Tarihsel Kökeni.....	87
A- Anglosakson Hukukundaki Kökeni.....	90
B- Kıta Avrupası Hukukundaki Kökeni	92
C- Sovyet ve Nazi Rejimlerindeki Yeri.....	94
III- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Önem Arz Eden	
Aydınlanma Düşünürleri	96
A- Thomas Hobbes	96
B- Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu	100
C- Immanuel Kant	102
D- Cesare Beccaria	104
E- Jeremy Bentham.....	105
F- Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach	107
G- Georg Wilhelm Friedrich Hegel	109
IV- Aydınlanma Felsefesi Bağlamında Günümüzde Suçta ve Cezada	
Kanunilik İlkesi	110
A- Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik	
İlkesinin Farklı Uygulamaları.....	113
1- Anglosakson Hukuku.....	113
2- Kıta Avrupası Hukuku	116
3- Karşılaştırma.....	116
B- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yansımaları	118
C- Uluslararası Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	122

D- Türk Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	130
V- Değerlendirme	134
SONUÇ	149
KAYNAKÇA	154
ÖZGEÇMİŞ	169



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm.	: Almanca
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
bs.	: Bası
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Fr.	: Fransızca
Haz.	: Hazırlayan
İng.	: İngilizce
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
t.y.	: Tarih yok
v.	: Versus (karşı)
vb.	: Ve benzeri
YÖK	: Yükseköğretim Kurulu

RÉSUMÉ

Le siècle des Lumières est une période historique importante de l'histoire de l'humanité. La philosophie, qui se développe depuis l'Antiquité, a fait un saut remarquable et admirable à cette époque. C'est sans doute parce que les philosophes des Lumières ont osé penser et remettre en question dans une mesure qui n'existait pas auparavant. En conséquence, de nombreux concepts et institutions établis ont été détruits et reproduits. Ce processus historique, qui a presque coïncidé avec le 18ème siècle, a eu de nombreuses influences en termes philosophiques, politiques, économiques, sociaux, religieux et juridiques. Le développement et les progrès dans tous ces domaines ont conduit les siècles suivants en tant que valeurs des Lumières.

Les Lumières ont amené la transformation des concepts et principes de base du droit pénal. L'un des principes de droit pénal affecté par cette transformation est le principe de légalité. Bien que des traces de ce principe aient été suivies avant le siècle des Lumières, la base de la signification et du contenu actuels du principe a été posée à cette époque. Dans cette étude, dans le cadre de la grande révolution intellectuelle du siècle des Lumières, ont été examinées les contributions des philosophes des Lumières à la philosophie du droit pénal. Le principe de légalité, qui a d'abord été transféré dans le droit statutaire de manière systématique et globale au cours de cette période, a également été traité.

Le sujet de l'étude est directement lié à de nombreux domaines tels que le droit, la philosophie, la sociologie et l'histoire. Cependant, considérant que chacun de ces domaines a un contenu complet, même en son sein, il a été approuvé de limiter l'étude au domaine de la philosophie du droit pénal afin de ne pas dépasser les limites du mémoire de maîtrise et de ne pas dévier du droit.

La thèse comprend deux chapitres. Dans le premier chapitre, intitulé «Le développement de la philosophie du droit pénal au siècle des Lumières», les caractéristiques générales de la philosophie du droit pénal au siècle des Lumières ont été définies. Premièrement, l'infrastructure intellectuelle du siècle des Lumières a été examinée. À cette fin, la philosophie générale et la philosophie du droit pénal du Moyen Âge, puis la période de transition entre la Renaissance et les Lumières ont été évaluées en même temps que le contexte historique. En plus de cela, les opinions de St. Thomas d'Aquin, Descartes, Spinoza et Grotius, qui étaient des philosophes importants à leur époque, qui ont préparé le siècle des Lumières et ont développé même des systèmes philosophiques majeurs, sont brièvement évoquées.

Ensuite, il a été mentionné à quelle période de temps le siècle des Lumières coïncidait et ce que signifie généralement la philosophie des Lumières. Premièrement, des événements culturels, religieux et politiques tels que les mouvements Renaissance, Réforme, Humanisme et Paix de Westphalie ont été mentionnés. Les origines étymologiques des Lumières dans différentes langues ont été exprimées et les éléments qui ont rendu la philosophie des Lumières différente et originale des précédents ont été expliqués. La Révolution Française, la révolution industrielle et la Révolution Américaine ont été considérées comme influentes dans

la formation des Lumières. En tant que pays représentatifs de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Allemagne, où les Lumières sont apparues au premier plan, ont été examinées les caractéristiques générales des Lumières britannique, française et allemande. Dans ce mémoire, il a été essayé de noter les aspects similaires et différents des Lumières britannique, française et allemande. Les Lumières britanniques ont été traitées dans le cadre de la révolution industrielle et des mouvements bourgeois. Les Lumières françaises ont été traitées dans le cadre de la Révolution Française et des mouvements bourgeois. Les Lumières allemandes ont été traitées dans le cadre d'influences religieuses et d'une activité intellectuelle développée autour de l'université. Les opinions de Bacon, Newton, Locke, Hume, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Leibniz, Thomasius, Wolff, Kant et Hegel qui ont marqué les Lumières dans leur propre pays sont résumées. Certains de ces philosophes ayant également émis des opinions sur le droit pénal et le principe de légalité, leurs opinions sont brièvement mentionnées dans cette section.

Dans la section suivante du premier chapitre, sont mentionnés les avis des philosophes des Lumières qui ont contribué exclusivement à la philosophie du droit pénal. Il ne fait aucun doute que de nombreux philosophes et juristes ont émis des opinions sur la philosophie du droit pénal au Siècle des Lumières. Toutefois, afin de ne pas dépasser les limites du mémoire de maîtrise et de constituer l'infrastructure de la seconde partie, il a été préférable de se référer aux avis de Kant, Beccaria, Bentham, Fichte, Feuerbach et Hegel. Afin d'assurer l'uniformité, les philosophes mentionnés ont d'abord été introduits, puis les opinions de chaque philosophe sur la relation entre l'individu et l'État et le droit pénal ont été discutées dans les titres portant leurs propres noms.

Enfin, dans le premier chapitre, une considération générale est apportée aux questions décrites dans ce chapitre. À cet égard, le changement de la relation entre le droit pénal et l'individu, les objectifs de punition et les opinions critiques des philosophes des Lumières sur toutes ces questions ont été communiqués à partir du pré-illumination.

Dans le deuxième chapitre, intitulé «Le principe de légalité au siècle des lumières et ses effets sur le présent», la transformation du sens du principe de la légalité au Siècle des Lumières et sa réflexion sur le monde juridique d'aujourd'hui ont été déterminés. Tout d'abord, le principe de légalité, la légalité pénale et la légalité pénale sont définis conceptuellement. Deuxièmement, le principe de légalité a été établi en droit romain et ses origines dans les systèmes juridiques anglo-saxons et européens continentaux ont été examinées. Étant donné que le principe de légalité est délibérément ignoré dans l'Union des républiques socialistes soviétiques et l'Allemagne nazie, les fondements du principe de légalité dans ces deux systèmes juridiques ont été examinés dans une sous-section séparée. Afin de procéder à une analyse comparative, le principe de légalité a également été brièvement traité en droit islamique et en droit pénal ottoman.

Les opinions des philosophes des Lumières, qui sont importantes au regard du principe de légalité, sont expliquées dans le deuxième chapitre. Dans ce contexte, les opinions de Hobbes, Montesquieu, Kant, Beccaria, Bentham, Feuerbach et Hegel ont été respectivement expliquées. Il est également expliqué que chacun des philosophes a abordé le principe de la légalité elle-même et ses éléments.

Dans la section suivante du deuxième chapitre, les fondements du principe de légalité en droit pénal contemporain ont été traités. Dans un premier temps, nous examinons brièvement le rapport entre le principe de légalité et les concepts de sécurité juridique, l'état de droit et les règles coutumières. Ensuite, on essaie de déterminer comparativement la signification contemporaine et l'importance du principe de légalité dans les systèmes de droit pénal anglo-saxon et européen continental. Dans ce contexte, certains cas et dispositions constitutionnelles connexes ont également été inclus. Dans la section suivante, les conséquences du principe de légalité, en d'autres termes, les principes et éléments secondaires du principe de légalité ont été avancées. Ces principes et éléments secondaires du principe de légalité sont les suivants: la réglementation des crimes et des peines dans les codes légaux dûment légiférés, un langage précis, clair et compréhensible des crimes et des peines dans les codes légaux, autrement dit: le principe de certitude, l'impossibilité d'imposer des crimes et des peines par les procédures réglementaires de l'administration ou des règles coutumières, l'interdiction de l'analogie en termes de normes pénales sauf si régi par la loi, les principes de non-rétroactivité et de prévisibilité.

Dans une autre sous-section importante du deuxième chapitre, les fondements du principe de légalité en droit pénal international ont été traités. Cette sous-section traite de la manière dont le Tribunal militaire international de Nuremberg, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (également appelé Tribunal des crimes de guerre de Tokyo) et le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie ont interprété le principe de légalité. En outre, les critiques contre les tribunaux susmentionnés ont été pris en compte et il a été demandé si le principe de la légalité avait été violé ou non dans les verdicts des tribunaux. Dans ce contexte, il a été souligné que les verdicts de culpabilité allant à l'encontre du principe de non-rétroactivité sont importants pour la mise en place de la justice transitionnelle pour la démocratie. Il a été déclaré que le principe de légalité avait commencé à être réglementé dans les conventions internationales après la Seconde Guerre Mondiale et que les dispositions de la convention internationale pertinente étaient précisées. Le sens juridique des exceptions du principe de légalité dans les dispositions des conventions internationales a été examiné dans le cadre de différents avis juridiques. En outre, les motifs du principe de légalité ont été identifiés en se référant à la Constitution de la République de Turquie et à une autre disposition législative pertinente.

Comme dans le premier chapitre, le deuxième chapitre se termine par un examen général des questions mentionnées dans ce chapitre. Tout d'abord, nous essayons de souligner l'origine du principe de légalité au sens actuel du mot. Dans ce contexte, différents avis sur l'origine du principe de légalité sont donnés. Ensuite, le principe de légalité a été scindé en principe négatif et principe positif en termes de relation entre l'individu et l'État. Et il a été scindé en principes formels et contextuels (matériels) en termes de traitement social et juridique de la criminalité. Tous ces concepts sont définis. Ensuite, la relation entre le principe de légalité et l'état de droit, le principe de certitude, le principe de prévisibilité fréquemment traité dans cette thèse, a été révélée hiérarchiquement.

Les questions examinées à la fin du deuxième chapitre comprennent également les conséquences juridiques et philosophiques négatives de pratiques qui érodent ou violent le principe de légalité. Dans ce contexte, des exemples conduisant à une

violation du principe de légalité ont été utilisés. Parallèlement aux politiques de sécurité croissantes du XXI^{ème} siècle, il a été affirmé que la violation du principe de légalité était due au non-respect des droits et libertés fondamentaux des individus. À cet égard, une série d'influences économiques et politiques telles que l'effondrement de l'URSS, l'encombrement de l'ordre capitaliste mondial, les attaques terroristes et les opinions sur le droit pénal de l'ennemi (*Feindstrafrecht*) ont été soulignées. La section Considérations inclut également le concept de norme générale, qui pourrait constituer une violation du principe de légalité. Différents avis sur cette question ont également été donnés.

Dans la partie de conclusion de l'étude, il a été souligné que les approches qui considèrent des individus comme des criminels innés et stigmatisés sont en contradiction avec les valeurs des Lumières et poussent le droit pénal moderne vers l'État policier. Dans ce contexte, il a été souligné que le principe de légalité revêtait une importance indispensable pour le droit pénal moderne. Il a été dit qu'il était nécessaire de formuler des suggestions correctes et contemporaines fondées sur la philosophie des Lumières pour résoudre des problèmes complexes de droit pénal. Pour cette raison, il a été déduit que la coopération entre la philosophie du droit et le droit pénal était essentielle. Bien que le principe de légalité ait été repris par de nombreux philosophes, il a été formulé pour la première fois de manière systématique et globale par le philosophe allemand Feuerbach: «*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*» («Pas de peine sans loi, pas de peine sans crime, aucun crime ne peut être commis sans un code pénal préexistant»). La raison principale en était que Feuerbach avait énoncé le principe de légalité du droit statutaire. Il a été constaté que le principe de légalité est très important en droit pénal international afin de rétablir la justice transitionnelle après l'élimination des régimes criminels et de ne pas porter atteinte à la dignité humaine. Il a également été déclaré qu'il existe des opinions divergentes sur cette question. Autre conclusion, le principe de légalité ne devrait pas être compromis dans les politiques pénales qui régissent le droit pénal actuel afin de ne pas gaspiller l'héritage du siècle des Lumières et de ne pas violer l'état de droit et la sécurité juridique. Il a été conclu que l'individu qui ose connaître (comme le dit Kant) les opinions de Beccaria sur le droit pénal humanitaire et le principe de légalité qui a été formulé et mis en droit par Feuerbach sont toujours valables. Ils ne devraient jamais perdre leur importance.

ABSTRACT

The Age of Enlightenment is an important historical junction in human history. Philosophy, which has been developing since ancient times, has made an amazing and admirable leap in this period. Undoubtedly, this is because Enlightenment philosophers have dared to think and question in such an extent that did not exist before. As a result, many established concepts and institutions were destroyed and re-produced. This historical process, which coincided with the 18th century pretty much, had many influences in philosophical, political, economic, social, religious and legal terms. The development and progress in all these areas has led the next ages as the values of the Enlightenment.

Enlightenment brought about the transformation of the basic concepts and principles of criminal law. One of the principles of criminal law affected by this transformation has been the principle of legality. Although traces of this principle were followed before the Age of Enlightenment, the basis of the present meaning and content of the principle was laid in this period. In this study, as a part of the great intellectual revolution in the Age of Enlightenment, the contributions of the Enlightenment philosophers to the philosophy of criminal law have been examined. The principle of legality, which was firstly transferred into the statutory law in a systematic and holistic way in this period, has also been handled.

The subject of the study is directly related to many fields such as law, philosophy, sociology and history. However, considering that each of these fields has a comprehensive content even within itself, it was approved to limit the study to the field of the philosophy of criminal law in order not to exceed the limits of the master thesis and not to deviate from law.

The thesis consists of two chapters. In the first chapter, titled “The Development of the Philosophy of Criminal Law in the Age of Enlightenment”, the general characteristics of the philosophy of criminal law in the Age of Enlightenment have been determined. Firstly, the intellectual infrastructure of the Age of Enlightenment was put forward. For this purpose, the general philosophy and the philosophy of criminal law of the Middle Age and then the transition period between the Renaissance and the Enlightenment were evaluated together with the historical background. In addition to that, the opinions of Saint Thomas Aquinas, Descartes, Spinoza and Grotius, who were important philosophers in their time and who prepared the Age of Enlightenment and even developed some major philosophical systems, were briefly mentioned.

Then it has been mentioned that which period of time the Age of Enlightenment is coincided with and what the philosophy of Enlightenment generally means. Firstly, cultural, religious and political events such as Renaissance, Reform, Humanism movements and Peace of Westphalia were mentioned. The etymological origins of the Enlightenment in different languages were expressed and the elements that made the Enlightenment philosophy different and original than the previous ones were explained. The French Revolution, the Industrial Revolution and

the American Revolution have been argued to be influential in shaping the Enlightenment. As representative countries of Britain, France and Germany where the Enlightenment came to the fore, the general characteristics of the British, French and German Enlightenments were examined. Similar and different aspects of the British, French and German Enlightenments were tried to be noted. The British Enlightenment was handled within the framework of Industrial Revolution and bourgeois movements. French Enlightenment was handled within the framework of French Revolution and bourgeois movements. And German Enlightenment was handled within the framework of religious influences and intellectual activity developed around the university. The opinions of Bacon, Newton, Locke, Hume, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Leibniz, Thomasius, Wolff, Kant and Hegel who marked the Enlightenment in their own countries are summarized. Since some of these philosophers also put forward opinions on the criminal law and the principle of legality, their opinions are briefly mentioned in this section.

In the next section of the first chapter, the opinions of the Enlightenment philosophers who have contributed exclusively to the philosophy of criminal law are mentioned. There is no doubt that there were many philosophers and jurists who put forward opinions on the philosophy of criminal law in the Age of Enlightenment. However, in order not to go beyond the limits of the master thesis and to form the infrastructure of the second part of the thesis, it was preferred to refer to the opinions of only Kant, Beccaria, Bentham, Fichte, Feuerbach and Hegel. In order to ensure uniformity, the mentioned philosophers were firstly introduced, and then the opinions of each philosopher on the relationship between individual and state and the criminal law were discussed in the titles bearing their own names.

Finally, in the first chapter, a general consideration is made on the issues outlined in this chapter. In this consideration, the change of the relationship between criminal law and individual, the aims of punishment and the critical opinions of the Enlightenment philosophers about all these issues have been conveyed starting from the Pre-Enlightenment.

In the second chapter, titled “The Principle of Legality in the Age of Enlightenment and Its Effects on the Present”, transformation of the meaning of the principle of legality at the Age of Enlightenment and its reflection on today’s legal world have been determined. First of all, the principle of legality, the legality in crime and the legality in punishment are conceptually defined. Secondly, the principle of legality was traced in Roman law and its origins in Anglo-Saxon and Continental European legal systems were examined. In the face of the fact that the principle of legality is deliberately ignored in the Union of Soviet Socialist Republics and Nazi Germany, the grounds of the principle of legality in these two legal systems have been discussed in a separate subsection. In order to make a comparative analysis, the principle of legality was also briefly handled in Islamic law and Ottoman criminal law.

The opinions of Enlightenment philosophers who are important in terms of the principle of legality are explained in the second chapter. In this context, the opinions of Hobbes, Montesquieu, Kant, Beccaria, Bentham, Feuerbach and Hegel were explained respectively. It is also explained that each of the philosophers touched upon the principle of legality itself and its elements.

In the next section of the second chapter, the grounds of the principle of legality in contemporary criminal law have been examined. As a beginning, the relationship between the principle of legality with the concepts of legal security, the rule of law, and customary rules are briefly examined. Then the contemporary meaning and the importance of the principle of legality in the Anglo-Saxon and Continental European criminal law systems are tried to be determined comparatively. In this context, some cases and related constitutional provisions were also included. In the following section, the consequences of the principle of legality, in other words, the secondary principles and elements of the principle of legality have been put forward. These secondary principles and elements of the principle of legality are these: the regulation of crimes and punishments in the legal codes which are duly legislated, having a precise, plain and understandable language of the crimes and punishments in the legal codes, in other words, the principle of certainty, the inability to impose crime and punishment by the regulatory procedures of the administration or customary rules, prohibition of analogy in terms of criminal norms unless regulated by law, the principle of non-retroactivity and the principle of foreseeability.

In another important subsection of the second chapter, the grounds of the principle of legality in international criminal law have been handled. In this subsection, it is dealt with how the International Military Tribunal at Nuremberg, the International Military Tribunal for the Far East (also known as the Tokyo War Crimes Tribunal) and the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia interpreted the principle of legality. In addition to that, the critics against the aforementioned Tribunals were addressed and it was questioned whether the principle of legality had been violated or not in the verdicts of the Tribunals. In this context, it has been emphasized that the verdicts of conviction that were against the principle of non-retroactivity are important for the establishment of the transitional justice for democracy. It has been stated that the principle of legality began to be regulated in international conventions after the Second World War, and the relevant international convention's provisions are specified. The legal meaning of the exceptions of the principle of legality in the provisions of the international conventions has been examined within the framework of different legal opinions. Further on, the grounds of the principle of legality has been identified by referring to the Constitution of the Republic of Turkey and another relevant legislation provisions.

As in the first chapter, the second chapter ends with a general consideration of the issues mentioned in this chapter. First of all, it is tried to emphasize the origin of the principle of legality within today's meaning. In this context, different opinions on the origin of the principle of legality are given. Then, the principle of legality has been split into negative and positive principle in terms of the relationship between individual and state. And it has been split into formal and contextual (material) principle in terms of the social and legal handling of crime. All these concepts are defined. Afterwards, the relationship between the principle of legality and the rule of law, the principle of certainty, the principle of foreseeability which are frequently handled in this thesis, has been revealed hierarchically.

The issues discussed in the consideration at the end of the second chapter also include the legal and philosophical negative consequences of practices that erode or violate the principle of legality. In this context, examples which lead to a violation of the principle of legality were used. Parallel to the increasing security policies in the 21st century, it has been claimed that the violation of the principle of legality has

occurred due to the disregard of the fundamental rights and freedoms of individuals. In this respect, a series of economic and political influences such as the collapse of the USSR, the congestion of the global capitalist order, terrorist attacks, and the opinions on the criminal law of the enemy (*Feindstrafrecht*) have been underlined. The consideration section also includes the concept of the blanket norm, which could be a violation of the principle of legality. Different opinions on this issue have been given as well.

In the conclusion part of the study, it has been emphasized that the approaches that declare individuals as innate and stigmatized criminals contradict with the Enlightenment values and push modern criminal law towards the police state. In this context, it is emphasized that the principle of legality has an indispensable importance for modern criminal law. It has been stated that there is a need for correct and contemporary suggestions based on the Enlightenment philosophy in the solution of complex criminal law problems. For this reason, it has been inferred that cooperation between the philosophy of law and criminal law is critical. Although the principle of legality has been taken up by many philosophers, it was formulated for the first time in a systematic and holistic way by the German philosopher Feuerbach: “Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali” (“No penalty without a law, no penalty without a crime, No crime can be committed without a pre-existing penal code”). The main reason for this was that Feuerbach produced the principle of legality for statutory law. It has been found that the principle of legality is very important in international criminal law in order to restore the transitional justice after the elimination of the regimes involved in crime and in order not to violate human dignity. It was also stated that there are different opinions on this issue. As another conclusion, the principle of legality should not be compromised in criminal politics which govern today’s criminal law in order not to waste the inheritance of the Age of Enlightenment, and in order not to violate the rule of law and legal security. It has been concluded that the individual who dares to know (as Kant stated), Beccaria’s opinions on humanitarian criminal law, and the principle of legality which was formulated and brought into statutory law by Feuerbach, are still valuable. They should never lose their importance.

ÖZET

Aydınlanma Çağı, insanlık tarihinde önemli bir tarihsel kavşaktır. Antik Çağ'dan beri gelişimini sürdüren felsefe, bu dönemde hayret ve hayranlık uyandıran bir sıçramaya imza atmıştır. Şüphesiz ki bunun nedeni, Aydınlanma Çağı düşünürlerinin, daha önceki çağlarda yaşayan düşünürlerden daha fazla düşünme ve sorgulama cüreti göstermiş olmasıdır. Bunun sonucunda yerleşik birçok kavram ve kurum yıkılıp yeniden üretilmiştir. Büyük ölçüde 18. yüzyıla denk düşen bu tarihsel süreç, felsefi, siyasi, ekonomik, sosyal, dini ve hukuki açıdan birçok etki yaratmıştır. Tüm bu alanlardaki gelişim ve ilerleme, Aydınlanma değerleri olarak sonraki çağlara yön vermiştir.

Aydınlanma, ceza hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkelerin de dönüşümünü beraberinde getirmiştir. Bu dönüşümden etkilenen ceza hukuku ilkelerinden biri de suçta ve cezada kanunilik ilkesi olmuştur. Aydınlanma Çağı'ndan önce de bu ilkenin izleri sürülmesine rağmen, ilkenin günümüzdeki anlam ve içeriğinin temeli bu dönemde atılmıştır. Bu çalışmada, Aydınlanma Çağı'ndaki büyük düşünsel devrimin bir parçası olarak, Aydınlanma Çağı'nda yaşamış olan düşünürlerin ceza hukuku felsefesine ve ilk kez bu dönemde sistematik ve bütüncül bir biçimde yazılı hukuka aktarılan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düşünsel altyapısına katkıları ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın konusu, hukuk, felsefe, sosyoloji ve tarih gibi birçok alan ile doğrudan ilintilidir. Ancak adı geçen her bir alanın kendi içinde dahi oldukça kapsamlı bir içeriğe sahip olduğu dikkate alındığında, yüksek lisans tezinin sınırlarını aşmamak ve hukuki düzlemde sapmamak için çalışmanın ceza hukuku felsefesi alanı ile sınırlandırılması uygun bulunmuştur.

Tez iki bölümden oluşmaktadır. “Aydınlanma Çağı'nda Ceza Hukuku Felsefesinin Gelişimi” başlığını taşıyan birinci bölümde, Aydınlanma Çağı ceza hukuku felsefesinin genel özellikleri saptanmıştır. İlk olarak, Aydınlanma Çağı'nın düşünsel altyapısı ortaya konulmuştur. Bunun için de Aydınlanma Çağı'na giden yolda önce kısaca Ortaçağ'ın, sonra Rönesans ve Aydınlanma Çağı arasındaki geçiş döneminin genel felsefesi ve ceza hukuku felsefesi, tarihi arka plan ile birlikte değerlendirilmiştir. Buna ek olarak, yaşadıkları dönemde önemli düşünceler ileri süren, Aydınlanma Çağı'nın hazırlayıcısı olan, hatta bir kısmı büyük felsefe sistemleri geliştiren düşünürlerden Thomas Aquinas, Descartes, Spinoza ve Grotius'un görüşlerinden kısaca bahsedilmiştir.

Birinci bölümün devamında, Aydınlanma Çağı olarak tanımlanan tarihsel dönemin hangi zaman dilimine denk düştüğüne ve Aydınlanma felsefesinin genel olarak ne anlama geldiğine değinilmiştir. Öncelikle Aydınlanma Çağı'nın ortaya çıkışında rolü olan Rönesans, Reform, Hümanizma hareketleri ve Vestfalya Barışı gibi kültürel, dini ve siyasi olaylardan söz edilmiş, sonra Aydınlanmanın farklı dillerdeki etimolojik kökeni ifade edilmiş ve Aydınlanma felsefesini kendisinden

önceki felsefelere göre farklı ve özgün kılan unsurlar açıklanmıştır. Fransız Devrimi, Sanayi Devrimi ve Amerikan Devrimi'nin Aydınlanmanın şekillenmesinde etkili olduğu öne sürülmüştür. Aydınlanmanın öne çıktığı ülkeleri temsilen sırasıyla İngiliz, Fransız ve Alman Aydınlanmasının genel özellikleri irdelenmiştir. İngiliz, Fransız ve Alman Aydınlanmasının benzer ve farklı yanlarına dikkat çekmeye çalışılmış, İngiliz Aydınlanması Sanayi Devrimi ve burjuva hareketleri, Fransız Aydınlanması Fransız Devrimi ve yine burjuva hareketleri, Alman Aydınlanması ise dini etkiler ve üniversite çevresinde gelişen entelektüel faaliyet çerçevesinde ele alınmıştır. Adı geçen her bir Aydınlanmaya damga vuran büyük düşünürler arasından Bacon, Newton, Locke, Hume, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Leibniz, Thomasius, Wolff, Kant ve Hegel'in görüşlerine özet olarak yer verilmiştir. Bu düşünürlerden bir kısmı, ceza hukuku ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin görüşler de ortaya koydukları için bu düşünürlerle bu bölümde kısaca değinilmiştir.

Birinci bölümün sonraki kısmında, münhasıran ceza hukuku felsefesine katkıda bulunan Aydınlanma düşünürlerinin görüşleri belirtilmiştir. Şüphesiz ki Aydınlanma Çağı'nda ceza hukuku felsefesine ilişkin görüşler ileri süren birçok düşünür ve hukukçu bulunmaktadır. Ancak yüksek lisans tezinin sınırlarını aşmamak ve ikinci bölümün altyapısını oluşturmak amacıyla Kant, Beccaria, Bentham, Fichte, Feuerbach ve Hegel'in düşüncelerinden bahsetmekle yetinilmiştir. Yeknesaklık sağlamak için adı geçen düşünürler, kendi adlarını taşıyan başlıklarda önce tanıtılmış, sonra her bir düşünürün birey ve devlet anlayışı ile ceza hukuku anlayışı konu edilmiştir.

Birinci bölümde son olarak, bu bölümde altı çizilen konulara ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirmede, Aydınlanma Çağı öncesinden başlayarak Aydınlanma Çağı'na girildikçe değişen ceza hukuku-birey ilişkisi, cezalandırmanın amaçları ve Aydınlanma düşünürlerinin bu konulara ilişkin görüşlerine yönelik eleştiriler aktarılmıştır.

“Aydınlanma Çağı'nda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Günümüze Etkileri” başlığını taşıyan ikinci bölümde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Aydınlanma Çağı'nda geçirdiği dönüşüm ve kazandığı hukuki anlam ile bunun günümüz hukuk dünyasına yansımaları saptanmaya çalışılmıştır. İlk olarak, kanunilik, suçta kanunilik ve cezada kanunilik ilkeleri kavramsal olarak tanımlanmıştır. İkinci olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Roma hukukundaki izi sürülmüş, Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki kökeni irdelenmiştir. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Nazi Almanyası'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bilerek yok sayılması gerçeği karşısında, ilkenin bu iki hukuk sistemindeki yeri de ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Karşılaştırmalı bir inceleme yapabilmek için İslam hukuku ve Osmanlı ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinden de kısaca bahsedilmiştir.

İkinci bölümün devamında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önem arz eden Aydınlanma düşünürlerinin görüşleri açıklanmıştır. Bu bağlamda görüşleri açıklanan düşünürler sırasıyla Hobbes, Montesquieu, Kant, Beccaria, Bentham, Feuerbach ve Hegel olmuştur. Düşünürlerden her birinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve ilkenin unsurlarına ilişkin değindiği hususlar izah edilmiştir.

İkinci bölümün bir sonraki kısmında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin günümüz ceza hukukundaki yeri incelenmiştir. İlkenin, önce hukuk devleti ve hukuk

güvenliği kavramları ve örf-âdet ile olan ilişkisi kısaca irdelenmiş, sonra Anglosakson ve Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinde günümüzdeki anlam ve önemi karşılaştırmalı olarak tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, bazı davalara ve ilgili Anayasa hükümlerine de yer verilmiştir. Devam eden kısımda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk dünyasında doğurduğu sonuçlar, diğer bir ifadeyle ilkenin alt (tali) ilkeleri ve unsurları madde madde ortaya konmuştur. Bu ilke ve unsurlar, suç ve cezaların usulüne uygun olarak çıkarılan kanunlarda yazılı olarak düzenlenmesi, kanunlarda düzenlenen suç ve cezaların kesin, açık, anlaşılır bir dile sahip olması, diğer bir ifadeyle kesinlik ve belirlilik ilkeleri, idarenin düzenleyici işlemleriyle ya da örf ve âdet kurallarıyla suç ve ceza tayin edilememesi, kanunda düzenlenmedikçe ceza normları bakımından kıyas (analoji) uygulamasının yasak olması, geriye yürümezlik ilkesi (geçmişe uygulama yasağı) ve öngörülebilirlik olarak sıralanmıştır.

İkinci bölümün önemli bir diğer başlığı olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukundaki yerine değinilmiştir. Bu başlıkta, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (diğer adıyla Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi) ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesini nasıl yorumladığı konu edilmiştir. Buna ilaveten, adı geçen mahkemelere yönelik eleştiriler ele alınmış, mahkemelerin kararlarında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilip edilmediği sorgulanmıştır. Bu bağlamda, geçmişe etkili olarak verilen mahkûmiyet kararlarının, demokrasiye geçiş dönemi adaletinin tesisi bakımından önem arz ettiği üzerinde durulmuştur. II. Dünya Savaşı'ndan sonra, uluslararası hukuk metinlerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlenmeye başladığı ifade edilmiş, ilgili uluslararası sözleşme hükümleri belirtilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin sözleşme hükümlerinde yer alan istisnaların hukuken ne anlama geldiği farklı görüşler çerçevesinde incelenmiştir. Devamında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Türk hukukundaki yeri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve ilgili mevzuat hükümlerinden alıntı yapılarak saptanmıştır.

Birinci bölümde olduğu gibi, ikinci bölüm de, bu bölümde değinilen konulara ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak sona ermiştir. Öncelikle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin günümüzde kullanıldığı anlamıyla kökeni vurgulanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, ilkenin kökenine ilişkin farklı görüşlere yer verilmiştir. Sonra, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, birey-devlet ilişkisi bakımından negatif ve pozitif ilke, suçun toplumsal olarak ve hukuken ele alınış biçimine göre ise, biçimsel ve içeriksel (maddi) ilkedен oluştuğu biçiminde ikili ayrım yapılmış ve bu kavramlar ayrı ayrı tanımlanmıştır. Devamında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, çalışmada sıkça bahsi geçen hukuk devleti, kesinlik, belirlilik, öngörülebilirlik gibi diğer hukuk ilkeleriyle ilişkisi hiyerarşik olarak açıklanmıştır.

Günümüzde suçta ve cezada kanunilik ilkesini aşındıran ya da ihlal eden uygulamaların hukuki ve felsefi açıdan doğurduğu olumsuz sonuçlar da ikinci bölümün sonundaki değerlendirmede izah edilen konular arasında bulunmaktadır. Bu kapsamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline yol açan örneklerle başvurulmuştur. 21. Yüzyılda güvenlikçi politikaların gün geçtikçe artmasına paralel olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilebilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı uygulamaların gerçekleştiği iddia edilmiştir. Bu hususta, SSCB'nin yıkılması, küresel kapitalist düzenin sıkışması ve terör olayları gibi bir dizi ekonomik ve siyasi etkinin ve düşman ceza hukuku anlayışının rol

oynadığının altı çizilmiştir. Değerlendirme kısmında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelebilecek çerçeve norm kavramına da yer verilmiş, bu konuya ilişkin farklı görüşler aktarılmıştır.

Çalışmanın sonuç kısmında ise, bireyleri doğuştan suçlu ilan eden ve damgalayan yaklaşımların, Aydınlanma değerlerine ters düştüğü ve modern ceza hukukunu polis devleti anlayışına doğru ittiği üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin modern ceza hukuku için vazgeçilmez bir önemi haiz olduğu vurgulanmıştır. Karmaşık ceza hukuku sorunlarının çözülmesinde Aydınlanma felsefesini esas alan doğru ve çağdaş önerilere ihtiyaç olduğu dile getirilmiştir. Bunun için hukuk felsefesi ve ceza hukuku işbirliğinin kritik önemi olduğu çıkarımında bulunulmuştur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin birçok düşünür tarafından ele alınmasına rağmen, sistematik ve bütüncül olarak ilk kez Alman düşünür Feuerbach tarafından “*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*” (Türkçe anlamıyla “Kanunsuz ceza olmaz, suç olmadan ceza olmaz, suç kanunda düzenlenmeden ceza olmaz”) şeklinde formüleştirildiği müşahade edilmiştir. Bunun en büyük nedeninin, Feuerbach’ın suçta ve cezada kanunilik ilkesini yazılı hukuk için üretmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Suça karışmış rejimlerin tasfiyesinden sonra geçiş dönemi adaletinin yeniden sağlanabilmesi ve Aydınlanma Çağı’nın eserlerinden biri olan insan onurunun ihlal edilmemesi için suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukundaki yerinin oldukça önemli olduğu, ancak bu konuya ilişkin farklı görüşlerin bulunduğu tespit edilmiştir. Aydınlanma Çağı’ndan günümüze kalan mirasın ve kazanımların heba edilmemesi, hukuk devleti ilkesinin sarsılmaması ve hukuk güvenliğinin tesis edilmesi için günümüz ceza hukukuna yön veren suç ve ceza siyasetinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden taviz verilmemesi gerektiği ulaşılan bir diğer sonuç olmuştur. Kant’ın aklını kullanma cesareti gösteren bireyinin, Beccaria’nın insancıl ceza hukuku anlayışının, Feuerbach’ın yazılı hukuka kazandırdığı suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hâlâ değerli olduğu ve hiçbir zaman önemini yitirmemesi gerektiği kanısına varılmıştır.

GİRİŞ

Modern¹ ceza hukuku² ilkelerinin gelişmeye başlaması, Aydınlanma Çağı ile aynı döneme denk düşmektedir. Zira modern sözcüğünün asıl anlamını kazanması ve yaygın hale gelmesi bu çağ ile başlamıştır.³ Aydınlanma düşüncesinin, birçok alanda olduğu gibi, hukuk ve özellikle ceza hukukunda da çığır açtığını söylemek mümkündür.

Ceza hukukuna içkin problemlerin rasyonel çözümünü sağlayabilmek için ceza hukuku dogmatikliği akla uygun gelenek içinde oluşmuştur. Bu geleneğin kökleri Roma hukukuna dayanmakla birlikte, asıl gelişimi Aydınlanma Çağı'nda atılmıştır. Hukukun etik değeri olan adalet ile ceza hukukunun kavram ve kurumları, Aydınlanma Çağı ceza hukuku felsefesinin merkezi problematikleri arasında yer almıştır. Geleneksel ceza hukuku anlayışının eleştirisi ve çürütülmesi, Aydınlanma Çağı'nın birçok düşünüründe göze çarpmaktadır. Fransa'da Voltaire, Montesquieu, Almanya'da Kant, Feuerbach, Hegel, İngiltere'de Bentham ve İtalya'da Beccaria gibi Aydınlanma düşünürleri, dönemleri için önemli ve zorlu bir meydan okuma ve hayret uyandırmayla, otonom bireyi ve ceza tehdidini yeniden tanımlamışlardır.⁴ Aydınlanma düşünürlerinin değerlendirmeleri, zaman içinde kanunların özü ve sözüne dâhil olmuştur. Böylece ceza kanunları, kendilerine özgü kimliklerini bulmuştur.

¹ “Modern” sözcüğü, burada, “iyi” ya da “kötü” biçimindeki değer yargısından ziyade kronolojik bir anlam taşımakta, güncel olanı işaret etmektedir.

² Ceza verme hakkının kaynağı, gelişmesi ve ceza doktrinlerinin tarihi açısından bakıldığında, ilkel ceza hukuku, müşterek ceza hukuku, yeni zamanlar ceza hukuku ve modern ceza hukuku olmak üzere dört dönem mevcuttur. Modern ceza hukuku, klasik ve pozitivist ceza hukuku okullarının uzlaştırılmasıyla geliştirilmiş bir ceza hukukudur. Modern ceza hukuku, liberal ya da otoriter olabilir. Liberal modern ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, vazgeçilmez bir ceza hukuku ilkesiyken otoriter ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ihlal edilebilir ya da yok sayılabilir. (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I: Giriş-Tarihçe-Kaynaklar-TCK'nın Uygulanması**, 14. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2016, s. 45, 119.) Winfried Hassamer, günümüz modern ceza hukukunun, korunan bireysel hukuki değerlerin yerine evrensel hukuki değerleri içerdiğini ve metafizik kavramlar yerine kanıtlanabilirlikle temellendirildiğini belirtmiştir. (İlker Tepe, “Winfried Hassamer'in Modern Ceza Hukuku Parametreleri Üzerine Küçük Bir Not”, (<http://epetrekli.blogspot.com.tr/2013/10/winfried-hassemerin-modern-ceza-hukuku.html>, Erişim Tarihi: 12.09.2018.)

³ Engin Topuzkanamış, **Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları**, 2. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014, s. 20.

⁴ Markus Dubber, “Comparative Criminal Law”, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, Ed. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, New York: Oxford University Press, 2008, s. 1289.

Cezalandırmanın amacıyla ilgili öğretiler, Alman idealist düşünürleri arasında farklılık göstermiştir. Kant'ın mutlak adalet anlayışı, kefareti esas almaktayken Hegel'in diyalektik yöntemi, suç ile ihlal edilen hakkın, karşı ihlalde bulunularak, bir diğer deyişle bir misillemede bulunularak cezalandırılması ve nihayetinde suç ile ihlal edilen hakkın yeniden tesis edilmesini amaçlamıştır. Öte yandan, Anglosakson hukuk felsefesinin önde gelen düşünürlerinden olan Bentham'ın faydacı ilke çerçevesinde geliştirdiği teorileri de ceza uygulamalarına farklı bir bakış getirmektedir. Başta Beccaria'dan etkilenen Bentham, cezanın fonksiyonuna ilişkin açıklamalarında döneminin intikamcı ceza politikalarının aksine caydırıcılığı öne çıkarmıştır. Beccaria ve Bentham'a göre, kefaretle cezalar azalmamış, aksine toplumda cezalandırma türlerine karşı zaman içinde gelişen "esneklik" nedeniyle kefaret anlayışı yerine suçu önleme amacı taşıyan caydırıcı cezalar ön plana çıkmaya başlamıştır.

Aydınlanma Çağı'nın alamet-i farikası değişen insan imgesi olmuştur. Kilise otoritesinden kurtulan ve yaptıklarından sorumlu bir bireye dönüşen insan ile birlikte kusur ilkesi ortaya çıkmıştır. Yeni insan imgesini anlamaksızın kusur, insancılık, cezanın şahsiliği, suçta ve cezada kanunilik gibi modern ceza hukuku ilkelerinin ardındaki felsefeyi kavramak ve bu noktadan da hukuk devleti kavramına ulaşmak mümkün değildir. Nitekim hukuk felsefesi ile ceza hukukunun kesişimi de bu kavramların açıklanmasıyla doğrudan ilintilidir. Kast, taksir, meşru müdafaa, haksız tahrik gibi kavramların ahlak felsefesinden geliştiği görülmektedir.⁵

Aydınlanma Çağı'ndan önce ceza hukuku, tanrısal kanunlara dayanmaktadır. Devlet öncesi (ilkel) toplumlarda, örneğin toteme tapan toplumlarda, aynı toteme bağlı olan kişilerin öldürülmemesi ve toplumsal yaşamı tehlikeye atan fiillerden sakınılması yönünde kurallar mevcuttur. Bu kurallar, kişilerin hem vicdanını hem de dış dünyaya yansıyan fiillerini kapsamaktadır. Dolayısıyla bu fiiller, hem otonom hem de heterenom yaptırımlara tâbidir.⁶ Tarih öncesi toplumlarda cezalar özgürlüğü değil, güvenliği ve toplumsal düzeni sağlamayı esas almıştır. Çünkü bu toplumlar,

⁵ Altan Heper, "Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 27. Kitap**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, E. İrem Akı, Nadire Özdemir, 2016, s. 168-169.

⁶ Mehmet Tevfik Özcan, **İlkel Toplumlar ve Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, 2. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, s. 61.

kapalı ve özerk yapılarını kaybetmemek amacıyla savaşmak zorunda kalmış, bu sayede diğer toplumlara karşı siyasi bağımsızlıklarını korumuştur.⁷ İlkel toplumlarda, düşmanlardan intikam almak ya da suçluları cezalandırmak için yamyamlık dahi ceza siyasetine konu olabilmıştır.⁸

İlkçağ'da ise, güvenliği esas alan ceza hukuku geliştirilmeye başlanmıştır. İlkçağ'da tanrılar, insanların değil, toplumun çıkarını kollamakta, buna bağlı olarak ceza da toplumun ortak inancına yapılan saldırının öcünü alma işlevi taşımaktadır. İlk cezalar çok sert ve şiddetlidir çünkü suç işleyerek tanrısal iradenin temsilcileri olan gelenek, kabile şefi ve diğer kamusal otoritelere karşı gelinmektedir.⁹ Benzer bir aşkın irade anlayışı ve buna uygun cezalandırma, Ortaçağ için de söz konusudur. Bu dönemde tanrısal irade, Kilise'nin uhdesinde olmuş, ceza hukuku felsefesi Kanonik hukuk çerçevesinde şekillenmiştir. İşkence başta olmak üzere birçok bedensel cezaya hükmedilmesi, cadılık suçlamaları, cadı avı ve engizisyon yargılamaları bu dönemde oldukça yaygındır.¹⁰ Özellikle krallıkların kurulması ve merkezi otoritenin pekişmesi, keyfiyeti artırmış, suçların genişlemesine ve cezaların şiddetlenmesine neden olmuştur.

Aydınlanma düşünürleri, Ortaçağ'ın yerleşik kural ve kurumlarına itiraz etmiş, özgün felsefe sistemleri ortaya koymuştur. Aydınlanma Çağı'nda aklın ve aklını kullanan bireyin öne çıkması, cezalandırmanın amacı ve ceza hukuku ilkelerinin gelişmesinde etkili olmuştur. Kant, ceza kanunlarının, sadece dış dünyadaki özgürlüğü düzenleyebileceğini, düşünce özgürlüğünün serbest olması gerektiğini dile getirmiştir. Kant'ın ahlak anlayışına göre, bireyin işlediği suç artık aşkın bir özellik taşımamaktadır. Beccaria, cezalandırmanın nedeni olarak suç fiilini göstermiş ve örselenen kamu vicdanının objektif bir kriterle yani cezayla telafi edilmiş olacağını ifade etmiştir. Düşünür, ağır ve ölçüsüz cezaların, gaddarlık ve insanlık dışılık anlamına geldiğini öne sürmüştür. Feuerbach ise, psikolojik zorlama teorisini geliştirerek cezalandırmanın genel önleme amacı taşıması gerektiğini belirtmiş ve bu

⁷ Cemal Bâli Akal, **İktidarın Üç Yüzü**, 6. bs., Ankara: Dost Yayınevi, 2013, s. 125.

⁸ Claude Lévi-Strauss, **Hepimiz Yamyamız**, İstanbul: Metis Yayınevi, 2014, s. 110.

⁹ Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011, s. 42, 48; Cahit Can, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012, s. 141, 148.

¹⁰ Ortaçağ Hristiyanlığında cadı kimliği, cadı avı, engizisyon mahkemeleri, işkence ve diğer infaz ritüelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Akın, **Ortaçağ Avrupası'nda Cadılar ve Cadı Avı**, 3. bs., Ankara: Phoenix Yayınevi, 2015.

çalışmada irdelenecek olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini, şu veciz ifadeyle formülleştirmiştir: “*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege.*”¹¹

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 19. ve 20. yüzyılda, Alman hukukçu Franz von Liszt’in ifadesiyle “suçluların *Magna Cartası*” iken, günümüzde bundan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Ulusal ceza kanunları, 19. ve 20. yüzyılda ulusal devlet sınırları içinde ülkelerin hükümrancılığının önemli bir göstergesi, 21. yüzyılda ülke sınırları aşılmış, ceza hukuku felsefesi “uluslararasılaşma” sürecine girmiştir. Bu bağlamda, sanığın korunması yerine suçla mücadele ve güvenlik unsuru ön plana çıkmaktadır. Ülkeler, ilk başta, kendi ülke sınırları içinde uygulayacakları kanunlar yapmışken, göç eden insanlarla ortaya çıkan yeni demografiyi dikkate alarak yahut kendi vatandaşlarının başka ülkelerde suça karışması gibi nedenlerle sınır aşan düzenlemeler yapmaya başlamıştır. Örneğin Fransa’nın Kuzey Afrika ülkelerindeki, Almanya’nın Tayland ve Kenya’daki suçlarla ilgilenmesi, artık sıradan hale gelmiştir.

21. Yüzyılda terörizm ve güvenlik kaygısı, ülkelerin ceza politikalarını doğrudan etkileyen faktörler olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum, bir bakıma modern ceza hukukunda soyut tehlike suçlarının kazandığı bir “zafer” olarak değerlendirilebilir.¹² Terörizm ve güvenlik sorunu, ceza hukuku dogmatikliğinde Feuerbach’ın umudunu ortadan kaldırmıştır. Hukuk devleti ilkesi gereğince, suç fiili henüz gerçekleşmeden önce “olası” tehlikeyi önlemek için önleyici kolluk kuvvetinin kullanılması gerekirken, artık günümüzde ceza hukuku araçlarını kullanmak düşünülme, önerilme ve uygulanmaya başlanmıştır.

Ceza hukukundan polis devletine kayış, devletin hukuki denetime tâbi olmamasını beraberinde getirmektedir. Aydınlanma değerlerine taban tabana zıt olan ve hukuk devletine tezat teşkil eden polis devleti anlayışıyla birlikte, cezasızlaştırma yerine yeni ceza alanları yaratılmaktadır. Ceza hukukunda kural, fiilin cezalandırılması, istisnai hallerde (örneğin devlete karşı işlenen suçlar ve terör

¹¹ “Kanunsuz ceza olmaz, suç olmadan ceza olmaz, kanunsuz suç olmaz.”

¹² Winfried Hassamer, Henning Radtke, Matthias Jahn, Christian Jäger, “Akademik Bakış: Modern Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, Çev. İlker Tepe, Serkan Meraklı, Mustafa Oğlakçıoğlu, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. VI, S. 17, 2011, s. 213.

suçları) hazırlık hareketlerinin cezalandırılması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla Aydınlanma Çağı'nın felsefi temelleri üzerinde yükselen modern ceza hukuku, günümüzde bu temellerden uzaklaşmakta, özgürlük-güvenlik dengesinin güvenlik lehine bozulması çerçevesinde suçlulukla mücadele, ceza siyasetinin ana bileşkesi haline gelmektedir. Bu nedenle, ceza hukuku felsefesinin bugünkü görevi, ceza hukukunun kavram ve kurumlarını yeniden ve daha geniş çapta vurgulamak şeklinde tezahür etmelidir. Aydınlanma felsefesindeki eğilimlerin, günümüz toplumlarının karmaşık problemlerine özgün bir felsefi anlayışla aktarılması, yeni bir yol olarak düşünülmelidir.

Aydınlanmanın fitilini ateşlediği “büyük uyanış”, tarihsel seyir içinde insanlığın vazgeçilemez ve durdurulamaz bir ilerleme sürecini başlatmıştır. Aydınlanmanın olumlu sonuçlarının yanı sıra olumsuz sonuçları ve eksiklikleri de mevcuttur. Aydınlanma hareketlerine yönelik negatif eleştiriler, her dönemde görülmüştür. Adorno ve Horkheimer gibi Frankfurt Okulu düşünürlerinin eleştirilerinden başka Marksist, postmodernist ve feminist düşünürlerin eleştirileri de göze çarpmaktadır. Aydınlanmanın, insanın doğaya hâkim olma çabasını tetiklemekle beraber esasen günümüz insanının doğayı, hukuk düzenini ve nihayetinde kendi türünü yok etmeye başlamasının önünü açtığı iddia edilmektedir.¹³ Aynı şekilde, modern devletin Aydınlanmanın bir ürünü olması nedeniyle, modern devletin içinde bulunduğu krizin Aydınlanmanın da krizi anlamına geldiği öne sürülmektedir.¹⁴ Bu eleştirilerin, Aydınlanma felsefesinin ceza hukuku alanındaki etkilerini kapsamı da söz konusudur.

Aydınlanma felsefesine yönelik eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır; Aydınlanmanın olumsuz sonuçları karşısında başta Çin, Japon ve Hint kültürü olmak üzere Doğu kültürlerini de dikkate almak gerekmektedir. Ancak bu çalışmada, Aydınlanma felsefesine yönelik eleştiriler ya da modernite ve hatta postmodernitenin insanlığa kattıkları-insanlıktan alıp götürdükleri ve bunun hukuka yansımaları tartışılmayacaktır. Aydınlanma Çağı ile sınırlı kalınarak, tebaadan bireye giden

¹³ Aydınlanma Çağı'nın antroposantrik (insan merkezli) bir dönem olduğu, kendi düzen anlayışını dayattığı, Avrupa ülkelerinin coğrafi keşifler ve sınır tanımayan sömürgecilik faaliyetleriyle zenginleşmeleri neticesinde Aydınlanma Çağı'na girdikleri, Aydınlanma Çağı'nın ve Sanayi Devrimi'nin doğanın aleyhine gelişerek ekolojik krize yol açtığı yönünde bkz. Zeynep Özlem Üskül Engin, **Ekolojik Kriz Etik ve Hukuk**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 73-86.

¹⁴ Rukiye Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, 2. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, s. 118.

süreç, ceza hukukuna ilişkin temel kavram ve kurumlardaki yenilik ve özel olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi ele alınacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM: AYDINLANMA ÇAĞI'NDA CEZA HUKUKU FELSEFESİNİN GELİŞİMİ

I- Aydınlanma Çağı Felsefesi

A- Aydınlanma Çağı'nı Hazırlayan Düşünsel Ortam

Ortaçağ'ın ceza hukuku anlayışı, dini (teolojik) temelli olmuştur. Bu dönemde, kökenini Aristo'dan alan ve Hristiyan teolojisiyle sentezlenen doğal hukuk anlayışı güçlüdür. Ortaçağ'da kuralları ihlal etmek, doğrudan doğruya tanrısal iradeye (ilahi kurallara) karşı suç işlemek olarak görülmüş, bu nedenle çok şiddetli ve ağır cezalar uygulanmıştır. Engizisyon yargılamaları, cadılık suçlamaları, işkence, Ortaçağ'daki rutin uygulamalardan sadece birkaçıdır. Bu dönemin ceza hukuku anlayışına göre, otoritelerin cezalandırma gücü tanrıdan gelmektedir. Cezalandırma, ilahi gücün bir yansımasıdır. Dolayısıyla cezalandırma, esasen tanrı tarafından belirlenmekte, tanrının emriyle yönlendirilmektedir. Tanrısal irade herkesi bağladığı ve herhangi bir sınırlamadan bağımsız olduğu için otoritelerin, ilahi gücü uygulamanın dışında bir cezai düzenleme yapmasına gerek yoktur.¹⁵ Feodal yaşamın hüküm sürdüğü Ortaçağ'da Kilise, hâkim güç olduğu için mutlak monarşiler üzerinde otorite kurarak ceza hukuku anlayışının belirleyicisi durumundadır.

Ortaçağ insanının zihninde dünya, sadece yaşadığı yerden oluşmaktadır; bu dönemin insanı, sorgulamaya ve yeni düşünceler üretmeye kapalıdır. Açlık, sefalet, savaş, sürgün ve salgın hastalıklarla pençelesen insanlar, Kilise baskısı da düşünüldüğünde, ancak tebaa olabilmıştır.¹⁶ Ortaçağ'da bu olumsuz gelişmelere rağmen, ünlü düşünür ve teolog Thomas Aquinas ya da diğer adıyla Aquinolu Thomas (1225-1274), Aristo'nun görüşlerini ve Stoacı felsefeyi Hristiyanlıkla bağdaştırarak Ortaçağ'ın siyaset ve hukuk felsefesine önemli katkılarda bulunmuş, en iyi yönetim biçimini ortaya koymaya çalışmıştır. Düşünür, *Summa Theologica*

¹⁵ Joachim Renzikowski, "Die Hart-Radbruch-Kontroverse – nur eine Frage der Kompetenz?", **Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch**, Ed. Martin Borowski, Stanley L. Paulson, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s. 80-81.

¹⁶ Zeynep Özlem Üskül Engin, "Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları", **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 203.

(Teoloji Özeti) adlı eserinde inanca ek olarak aklın da önemini sistematik olarak vurgulamıştır. Kanunların aklın buyruğu olduğunu, ortak yarar sağlayacak bir amaca yönelmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷ Thomas Aquinas, devletin, çıkardığı kanunlarla adaleti tesis etmesi, keyfi ve zalimane cezalar vermemesi gerektiğini de savunmuştur.¹⁸ Düşünür, koşullu olarak dile getirmiş olmasına rağmen vicdani ret ve pasif direniş konularına da görüşlerinde yer vermiş, kanunların uygulanmasında lâfzi yorumun yanı sıra amaçsal yorumun da önemine değinmiştir.¹⁹

Thomas Aquinas'ın Ortaçağ'ın düşünce dünyasından ileri düzeyde görüşler öne sürmesi şüphesiz ki Ortaçağ için istisnai bir durumdur. Ancak Ortaçağ'ın sonlarına doğru, Kilise'nin ortaya koyduğu insan anlayışı ile insanın dünya ve tanrıyla olan ilişkisinde yeni bir sorgulama sürecine girilmiştir. Bu sorgulama sürecinin askeri, siyasi, dini ve ekonomik bakımdan tetikleyici unsurları bulunmaktadır. Öyle ki Rönesans, Hümanizmanın yükselişi, Yüz Yıl Savaşları²⁰, coğrafi keşifler, Reform hareketleri, Otuz Yıl Savaşları²¹ ve nihayet ticaretin gelişmesiyle burjuva sınıfının zenginleşmesi bu tetikleyici unsurlardan en önemlileridir. Bu noktada, Rönesans ve Reform hareketlerine parantez açmak gerekmektedir. Reform hareketleri sayesinde doğal hukuk anlayışı, Kilise'nin hiyerarşik örgütlenmesinin parçalanması ve siyasal iktidar sahiplerinin ulusal nitelikteki yeni Kilise örgütlenmesi ile birleşmesi, bir diğer ifadeyle maddi iktidarın tekelleşmesi ve dünyevileşmesi (sekülerleşmesi) sonucunu doğurmuştur.²² Rönesans ise, Reform hareketleriyle karakterize edilen dinsel bireyin yerine kendi fiilleriyle kendini var eden ve kendi tarihini oluşturan bir birey inşa etmiştir. Bu birey

¹⁷ İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, 7. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 1993, s. 55; Akkaya Kia, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁸ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 13. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018, s. 173; Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, 5. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 110; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 7. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2017, s. 250; Zeynep Özlem Üskül, "Ortaçağda Teologların Akılla Buluşmasının Bir Örneği: St. Thomas D'Aquin", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ed. Rona Serozan, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s. 768.

¹⁹ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 17. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2017, s. 100.

²⁰ 1337-1453 yılları arasında İngiltere ile Fransa arasında gerçekleşen, taht kavgaları ve feodal güç yarışına dayanan savaşlar dizisidir.

²¹ 1618-1648 yılları arasında birçok Avrupa devletinin katıldığı ve mezhep kavgalarının neden olduğu savaşlar dizisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Halûk Atalay, **Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648**, İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997, s. 18-24.

²² Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, 6. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2013, s. 144, 146; Güriz, **a.g.e.**, s. 138.

tasavvuru, zaman anlayışının da değişmesini beraberinde getirmiştir. Zaman, birey dışı güçler yerine bireyin kendi fiillerinin egemenliği altına girmiştir.²³

Görülmektedir ki Rönesans ve Reform hareketlerinin en önemli sonuçlarından biri, Kilise'nin ortaya koyduğu anlayışın aksine, insanın, “birey” olarak toplumdan ayrı bir varlık olarak tasavvur edilebilmesinin zeminini oluşturmasıdır. Hümanizma, Rönesans ve Reform hareketleri, doğal hukuk teorileri, insan hak ve özgürlükleri ile ceza hukuku uygulaması arasındaki ilişkinin ortaya konulmasına zemin hazırlamış, devletin ceza verme yetkisi ile cezalandırmanın amacına yönelik felsefi görüşler ilk kez bu dönemde ileri sürülmüştür.²⁴ Tanrısal irade tarafından şekillenen suçların dışında yeni suçlar ortaya çıktığından devletin cezalandırma yetkisi, tanrısal iradenin dışında aranmaya başlamıştır.

16. Yüzyıl ile 17. yüzyılın ilk yarısına denk düşen dönem, Rönesans ve Aydınlanma Çağı arasında bir geçiş dönemi olarak adlandırılabilir. Bu dönemde, büyük felsefi sistemler olarak Descartes, Spinoza ve Leibniz ile rasyonalizm, Bacon, Locke ve Hume ile ampirizm inşa edilmiştir. Descartes, Spinoza ve Leibniz'in öne sürdüğü rasyonalist düşünce, insanın, akıl yetilerine doğuştan sahip olduğuna ve evrenin de aslında basit ve rasyonel yapıda olduğuna işaret etmektedir. Locke ve Hume ise, evrenin bilgisinin tek başına akla dayanmayıp deney ve gözleme de dayandığını belirterek ampirizmi esas almıştır. 17. Yüzyıl düşünürlerinde baskın olan düşünce biçimi geometrik yöntemdir.²⁵ Geometrik devrimin asıl sonuçları Aydınlanma Çağı'nda gerçekleşmiştir.

Yöntem ve sistematığe büyük önem veren René Descartes (1596-1650), felsefesini “*Cogito ergo sum*. (Düşünüyorum, öyleyse varım.)” düsturundan başlatmıştır. Böylece Descartes ile birlikte Sokratik felsefe sona ermiştir. Çünkü felsefeye ve fizik dünyaya ait yerleşik düşünce ve kurallar, Descartes'ın kuşku

²³ Ağaoğulları, Köker, **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, s. 156, 158.

²⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 59.

²⁵ Kökeni Öklid'in Elementler adlı eserine dayanan ve aksiyomatik önermeleri esas alan bir akıl yürütme yöntemidir. Aksiyom (postüla) ise, herhangi bir önermeden türetilmeyen, bir diğer ifadeyle aracısız ve apaçık olan önerme, temel önermedir. Aksiyomlar, mutlak, bağımsız ve zorunlu bir bilgi içerir; diğer önermeler, mantıksal olarak aksiyomlardan üretilir. Bu üretim aşamasında her bir önerme açıkça tanımlandığı için geometrik yöntem güvenilirdir. Öklidçi geometri, 19. yüzyılda Öklidçi olmayan geometrilerin geliştirilmesine dek Batı düşüncesinin temelini oluşturmuştur. (Ahmet Ulvi Türkbağ, “Günümüzün Düşünsel Temeli ve Sorunu Olarak Yeniçağ'ın Bilgisel Dönüşümü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 2, 2005, s. 19, 22.)

metodu nedeniyle güvenilirliğini yitirmiştir. Descartes’a göre, bilgi, her şeyden önce bilen öznenin kendisi hakkında oluşturduğu bir bilinci gerektirir. Bu bilinç, *cogito* bilincidir. *Cogito* bilinci, gerçekliğin, özne tarafından gerçeklik olarak düşünüldüğü yerde başlar. Bu bilinç, kuşkuyla birleşerek insanın tanrı hakkındaki bilgisini meydana getirmektedir.²⁶ Dolayısıyla Descartes ile birlikte bir temel önerme olarak felsefeye yeni bir özne dâhil olmuştur; ilk varlık olarak tanrının yerini artık birey almıştır. Descartes’ın tasavvurundaki birey, toplumsal, siyasal ya da dini hayatıyla belirlenmeyen, doğayı egemenliği altına alan, tanrıyı reddetmese de tanrı düşüncesinin içinde kaybolup gitmeyen, bilinçli ve madde dışı bir öze sahip olan varlıktır.²⁷ Descartes, birey anlayışının temeline tarih dışı bireyi yerleştirmiştir. Tarih dışı birey kavramı, Ortaçağ’dakinin aksine insanların bir kültür olarak tanımlanmasıdır. Buna göre, Descartes’ın tasavvurundaki birey, din, ırk, kabile, hatta sülale ve aile adları gibi kültürel kodların ve bir ortaklığın üyesi olmanın dışında tezahür etmiştir.²⁸ Descartes’ın tarih dışı bireyi, daha sonra Locke’un ampirizmiyle pekiştirilerek Aydınlanma Çağı’nın “kutsanan” bireyini meydana getirmiştir.

Aydınlanma Çağı öncesi geçiş döneminin bir diğer büyük düşünürü olan Hollandalı Baruch de Spinoza (1632-1677), kartezyen felsefeden etkilenmiş ve geometrik yöntemi radikal bir şekilde uygulamıştır. Descartes’ın düalizm anlayışının tersine, bedenle ruh ya da zihnin aynı olduğu yönünde monist bir düşünceyi dile getirmiştir.²⁹ Spinoza, metafiziği matematikle kanıtlamaya çalışmış ve klasik felsefeyi yeni baştan yorumlamış önemli bir düşünürdür. Görüşleri nedeniyle mensubu olduğu Yahudi cemaatinden aforoz edilen düşünür, ölümünden sonra yayınlanmış olan *Ethica* adlı başeserinde felsefesini inşa etmiştir. Eserlerinde toplum sözleşmesi kurgusuna değinmiş olsa da bu düşüncenin kesin bir savunucusu olmamıştır.

²⁶ Ahmet Ulvi Türkbağ, “Descartes’ın Üç Rüyası”, *İÜHFM*, C. LV, S. 4, 1997, s. 26-27; Alwin Diemer, “Bilgi Kuramı”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 159; H. Krings, H. M. Baumgartner, “Ek: Bilgi Kuramı Tarihçesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 202.

²⁷ Türkbağ, “Descartes’ın Üç Rüyası”, s. 35; Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Buke Yayıncılık, 2003, s. 46.

²⁸ Türkbağ, “Descartes’ın Üç Rüyası”, s. 34.

²⁹ Cemal Bâli Akal, “Spinoza ve Teolojik-Politik İnceleme Hukukun Neresindeler?”, **Spinoza Günleri: Teolojik-Politik İnceleme Etrafında**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 3.

17. Yüzyılda özellikle astronomi alanındaki gelişmeler sonucunda Ortaçağ'daki evren anlayışının yerine yeni bir bilgi otoritesi arayışının ortaya çıkması, Spinoza'yı da derinden etkilemiştir. Düşünüre göre, bilgi otoritesi, en küçük ve en açık olandan yani ispata gerek duyulmayandan başlayarak adım adım ilerlenmesi ve varılan sonuca itiraz edildiğindeyse, itiraz edilemeyecek ilk kabule (aksiyom) kadar akıl yürütme aşamalarının tek tek gösterilmesiyle ortaya konulmuştur. Düşünür, özgürlük ve ahlakın da geometrik yöntemle ispat edilebileceğini iddia etmiştir.

Spinoza, evrensel akıl, aşkın bir adaleti, ahlakı, suçu ve günahı doğadan dışlamış, bunları sadece mutlak akıl ile sınırlandırmıştır.³⁰ Çünkü düşünüre göre, sadece akıyla hareket eden insan özgürdür. İnsan, kendisini insan olmaktan çıkaran bir fiile zorlanmamalıdır. İnsan, fiillerini belirleyen öfke ve korku gibi dış faktörlerin etkisinden kurtulup kendini etkin kıldıkça, diğer bir ifadeyle dış dünyada olan bitenlerin bilgisine sahip oldukça özgürleşmektedir. Buna bağlı olarak, insan için özgürlük, peşine düşülen en önemli erdemlerden biridir.³¹ Düşünüre göre, özgür doğan ve özgür kalan insanda kötüye dair bir kavram bulunmamaktadır.³² Akıllı rehber edinen insan, kendi yalnızlığı içinde sadece kendisine itaat ederek yaşayan insandan daha özgür olup bu özgürlüğü yaşamak için devletin ortak kanunlarına uymak ister.³³ 17. Yüzyıl rasyonalizmine uygun biçimde Spinoza, tanrıyı kontrol edecek hiçbir dışsal düzenin bulunmadığını da ifade etmiştir. Bir diğer deyişle, tanrının kadere bağlı olmadığını ileri sürmüştür. Düşünüre göre, tanrı, mutlak olarak özgürdür; tanrının bütün etkinliği kendisindir. Tanrı, özgür olduğu için de nedenselliği zorunlu olmaktadır.³⁴

Spinoza'nın devlete ilişkin görüşlerinde de, devletin kökenini, laik bir bakış açısıyla ele alıp aşkın bir kaynağa dayandırmaması göze çarpmaktadır. İdeal devlet, insanın düşünsel ve bedensel otonomisini garanti eden, barış ve güvenlik içinde bir toplum inşa eden bir devlettir. Monarşi, aristokrasi ve demokrasi olarak üçe ayırdığı

³⁰ A.g.m., s. 2.

³¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı, Reyda Ergün, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, 3. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2017, s. 41.

³² Spinoza, **Ethica**, Çev. Çiğdem Dürüşken, 5. bs., İstanbul: Alfa Yayınevi, 2017, s. 260.

³³ A.g.e., s. 402.

³⁴ A.g.e., s. 477.

yönetim biçimleri arasında demokrasi, en rasyonel olanıdır.³⁵ Düşünür, en iyi koşullarda var olma çabasının ve bireysel yetersizliklerin, toplumu ve devleti meydana getirdiğini iddia etmiştir. Spinoza'nın kurguladığı devlet, sosyal devlet benzeri halkın mutluluğu ve en iyi yaşam koşullarını gözetken devlettir. Spinoza'ya göre, devletin, gücünün ötesinde hakkı bulunmamaktadır. Düşünür, etkin ama despot olmayan bir devlet tasavvur etmiştir. Bir yandan devlete mutlak yetkiler vermiş, diğer yandan devleti bireylerin hizmetkârı olarak kurgulamıştır.³⁶ Düşünüre göre, devlet, insan doğasını esas alan bir yönetim biçimine sahip olursa “iyi” bir toplumsal düzen inşa edilebilir. Özgürlüğü ve siyasal düzeni temellendirme çabasında, ifade özgürlüğü ve demokrasiyi radikal bir şekilde vurgulaması, çağı için oldukça yenilikçi olmuş ve modern devletin altyapısını oluşturmuştur.

Aydınlanma Çağı'nın öncülü olan ve bir geçiş dönemi olarak adlandırılan dönem için, Salamanca hukuk okulunun³⁷ düşünürleri Mercado, Vitoria ve Suárez, yeni Stoacı anlayışı geliştiren Lipsius, ayrıca Grotius, Hobbes ve von Pufendorf gibi 16. ve 17. yüzyıl düşünürlerinin görüşlerinin de önem arz ettiğini ileri sürmek mümkündür. Ancak bu çalışmada, bu düşünürler arasında döneminin doğal hukuk anlayışına önemli katkılarda bulunan ve bir anlamda Aydınlanma Çağı'na giden yolda düşünsel temeli kuran Grotius'un görüşlerine ayrıca yer vermek yerinde olacaktır. Zira düşünürün, bu çalışmanın içeriğiyle doğrudan bağlantılı görüşler ileri sürmüş olmasıyla bu gereklilik bir kat daha artmaktadır.

Hollandalı düşünür Hugo Grotius (1583-1645), Hollanda'da ticari ve kültürel alışverişlerle gelişen liberal toplum yapısının da etkisiyle rasyonalist ve laik doğal hukuk anlayışını geliştirmiştir. Grotius, doğal hukuku, sadece egemenin buyruğu değil, doğru aklın (*recta ratio*) emri olarak tanımlamış, hukukun kaynağının, akıllı bir varlık olan insanın iradesi olduğunu belirtmiştir. Hukukun ölçüsü insan aklı

³⁵ Ağaoğulları, Çulha Zabcı, Ergün, **a.g.e.**, s. 100.

³⁶ Öktem, Türkbağ, **a.g.e.**, s. 166-168.

³⁷ Adını Salamanca Üniversitesi'nden alan Salamanca hukuk okulu, 16. yüzyılda İspanya'da ve daha sonra Portekiz'de ortaya çıkmıştır. Bu hukuk okuluna bağlı olan teolog ve düşünürler, geleneksel Katolik anlayışını sorgulayarak yeni bir doğal hukuk anlayışı geliştirmiştir. 16. ve 17. yüzyıl İspanya'sında ileri sürülen felsefi görüşlerin düşünce tarihindeki önemi nedeniyle bu döneme “İspanyol Altın Çağı” adı da verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Bâli Akal, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, 7. bs., Ankara: Dost Yayınevi, 2016, s. 28-32; Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 5. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2018, s. 109-162.

olduğundan düşünürün hukuk anlayışı laiktir.³⁸ Çünkü bu anlayış, Ortaçağ'da baskın olan görüşlerden farklı olarak devleti ve hukuku, Kilise'ye bağlı olmaktan kurtarmaktadır. Nitekim Grotius, Serbest Deniz (*Mare Liberum*) ve Savaş ve Barış Hukuku (*De Iure Belli Ac Pacis*) adlı eserlerinde doğal hukuku, tanrısal kurallardan arındırıp insanın toplumsal niteliğine uygun olarak aklın egemenliğine dayandırmıştır. Özellikle Savaş ve Barış Hukuku eseriyle uluslararası hukuk teorisinin kurucusu olarak görülmektedir.³⁹

Grotius, tanrı tarafından emredilenleri yine aklın göstereceğini, aklın da doğa gibi tanrı tarafından yaratıldığını belirtmiştir.⁴⁰ Çünkü düşünüre göre doğal hukuk, tıpkı fizik kanunları gibi tanrının koyup koymamasından bağımsız olarak her zaman mevcuttur ve evrensel bir bilim konusu olabilir.⁴¹ Grotius'un doğal hukuk anlayışı, insanın evrensel ve değişmez özünden, bir diğer ifadeyle insanın doğasından zorunlu olarak türeyen evrensel hukuk ilkelerini içermektedir.⁴² Grotius'tan önce doğal hukuk, *a priori*'dir yani doğuştan gelir. Ancak Grotius'a göre, *a posteriori* yani deneyimlerden gelen hukuk anlayışı da bulunmaktadır. Bu yönüyle, döneminde baskın olan Aristocu düşünce anlayışından ayrılmaktadır. Akıl yoluyla keşfedilen evrensel hukuk ilkelerinden ilki ve en önemlisi, *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi olmuştur. Ahde vefa ilkesine göre, bireyler, birbirinin haklarına saygı göstermeli, kendi kusurlarıyla yol açtıkları zararı tazmin etmeli, başkalarına ait olan eşyaları iade etmeli ve suç teşkil eden fiiller için adil cezalara çarptırılmalıdır.⁴³ Ahde vefa ilkesi, adaletin temel ilkelerinden biri olarak rasyonalist doğal hukuk anlayışındaki sözleşme özgürlüğü anlayışının da tamamlayıcısıdır.⁴⁴

Grotius, doğal hukukun suç fiilini yasakladığını, failin suçunun tüm insanlığa karşı işlendiğini dile getirmiştir. Savaş ve Barış Hukuku'nda haksız fiilleri, onarılabilecek fiiller ve cezalandırılacak fiiller olarak ikiye ayırmıştır.⁴⁵ Cezanın, en

³⁸ Akkaya Kia, **a.g.e.**, s. 52.

³⁹ Atalay, **a.g.e.**, s. 65.

⁴⁰ Abdülhak Kemal Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1958, s. 75.

⁴¹ Günther Stratenwerth, "Hukuk Felsefesi", Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 403.

⁴² Ağaoğulları, Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, s. 94.

⁴³ Öktem, Türkbağ, **a.g.e.**, s. 159-160.

⁴⁴ Ahde vefa ilkesinin, günümüz uluslararası kamu hukukunda önemi büyüktür. Zira devletler, kendi iradeleriyle antlaşmalara imza atarak antlaşma kurallarına sadık kalacaklarını beyan etmiş olmaktadır.

⁴⁵ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Seha L. Meray, İstanbul: Say Yayınları, 2011, s. 173.

genel anlamda, kötülük yapmış bir kişiye, bu kötülüğünden ötürü bir “kötülük çekirtmek” olduğunu ifade etmiştir. Grotius, cezalandırma hakkını kimin kullanacağını, bu hakkın kime verilmiş olduğunu doğanın kesin ve açık olarak göstermediğini ve aklın da cezayı kimin vermesi gerektiğini belirtmediğini savunmuştur.⁴⁶ Düşünür, cezanın, hem toplum hem de mağdur ve fail için faydalı olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla cezalandırmanın amacı, ya suçlunun ya kendisine karşı suç işlenmiş kişinin ya da üçüncü kişi ya da kişilerin elde edeceği faydadır.⁴⁷ Cezalandırmanın amacı, öç ya da intikam almak olmamalıdır. Grotius, cezanın, kötülüğün çekiciliğinden uzak tutma işlevi taşıması gerektiğine inanır. Ona göre, bunun en iyi yolu, suçun tatlılığını, ardından gelen cezanın acılığıyla ortadan kaldırmaktır.⁴⁸ Düşünüre göre, bir fiilin suç olup olmadığını saptamak için özenli davranmak ve eğer bu fiil suç ise, cezayı suçla orantılı olarak tayin etmek gerekir. Aksi halde adil bir cezadan bahsedilemez.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Grotius’un görüşlerine tezat teşkil etmemektedir. Ancak Grotius’ta, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin kapsamlı ve bütüncül bir yaklaşım gözlenmemektedir. Doğal hukuka ve cezalandırmaya ilişkin görüşleri, Aydınlanma düşünürleri kadar sistematik değildir. Buna rağmen, Grotius’un, dönemi için yenilikçi olan görüşlerinin, Aydınlanma düşünürlerinin ceza hukuku kavram ve kurumlarını geliştirmesinde bir temel oluşturduğu söylenebilir. Düşünürün görüşlerinin, özellikle uluslararası kamu hukuku için günümüzde de önemi bulunmaktadır.⁴⁹

Bu çalışmayla ilgili olarak yukarıda görüşlerine kısaca yer verilen 16. ve 17. yüzyıl geçiş dönemi düşünürlerinden sonra, tarihsel ve felsefi devamlılık bakımından 18. yüzyılın düşünsel ortamına değinmek gerekmektedir. 18. Yüzyılda, doğa bilimlerindeki olağanüstü ilerlemeyi toplumsal alana taşımak önemli bir motivasyon kaynağı olmuştur. Bu nedenle doğa bilimlerine özgü yöntemler, sosyal bilimlere taşınmaya başlamıştır. Bu anlayış, pozitivizm ile tepe noktasına ulaşmıştır. Böylece deney, gözlem, matematik ve genel olarak doğa bilimlerindeki sistematik, sosyal bilimlere aktarılmıştır. Bu dönemde, sekülerleşmenin hukuk alanındaki en önemli

⁴⁶ A.g.e., s. 174.

⁴⁷ A.g.e., s. 175.

⁴⁸ A.g.e., s. 176.

⁴⁹ Atalay, a.g.e., s. 48; Güriz, a.g.e., s. 178.

sonucu, mevcut doğal hukuk anlayışının eleştirilmesi ve hukuki pozitivizmin yaygın olarak benimsenmesi olmuştur. Görüldüğü gibi, 18. yüzyılın düşünsel ortamı, yol açtığı büyük değişimler nedeniyle modern birey ve toplumun inşasında kritik öneme sahiptir. Bu tarihsel süreç, Aydınlanma Çağı'na denk düşmektedir. Düşünce tarihindeki bu kritik kavşak, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B- Aydınlanma Çağı

Şüphesiz ki Aydınlanma Çağı için kesin bir başlangıç ve bitiş tarihi belirtmek mümkün değildir. Çünkü düşünsel kopuşların yaşandığı bu dönemin entelektüel hareketliliği için keskin bir sınır çizmek olanaksızdır. Ancak Aydınlanma Çağı'na giden süreçte Avrupa'daki askeri, siyasi, ekonomik, kültürel ve bilimsel gelişmeler, Aydınlanma Çağı'nın tarih sahnesindeki yerini belirlemiştir.

Avrupa'nın geri kalanı ile karşılaştırıldığında, 10. ve 12. yüzyıllar arasında İspanya'da ve özellikle de İspanyollaşmış bir İslam dünyası olarak Endülüs'te görülen dini hoşgörü, düşünce özgürlüğü, edebi ve bilimsel canlılık dikkat çekicidir.⁵⁰ 15. Yüzyılda İtalya'da gelişen Rönesans, 16. yüzyılda Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nda başlayan dini reformlar, Batı Avrupa'da yükselen Hümanizma hareketleri, Bacon ve Descartes'ın felsefesi, Otuz Yıl Savaşları'nı sona erdiren 1648 tarihli Vestfalya Barışı, 1688 tarihli İngiliz Devrimi (Muhteşem Devrim)⁵¹, Aydınlanmaya giden yolun önemli kilometre taşlarıdır. 17. Yüzyılın son çeyreğinden başlamak üzere 18. yüzyıl ise, Aydınlanma yüzyılıdır.⁵² Dolayısıyla 18. yüzyıl felsefesi "Aydınlanma felsefesi", bu felsefenin içinde yer aldığı tarihi dönem ise "Aydınlanma Çağı", "akıl çağı" ya da "aklın yüceltildiği çağ" olarak adlandırılmaktadır.⁵³

⁵⁰ Akal, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, s. 51.

⁵¹ Bu devrimin sonucunda 1689 tarihli *Bill of Rights* (Haklar Bildirgesi) yürürlüğe girmiştir. Buna göre, kral, parlamentonun üstünlüğünü kabul etmiş, birtakım temel hak ve özgürlükler anayasal güvenceye kavuşmuştur.

⁵² Bu çalışma kapsamında görüşlerine değinilmesi elzem olan bazı düşünürler, esasen 17. yüzyılda yaşamalarına rağmen Aydınlanma felsefesine doğrudan etkileri bulunduğu için bu düşünürlerin görüşlerine de yer verilmiştir.

⁵³ Ahmet Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Dedalus Yayınevi, 2017, s. 22; Ahmet Cevizci, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Say Yayınları, 2017, s. 14.

Aydınlanma, Avrupa'nın değişik ülkelerinde farklı zamanlarda ve farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. Bu farklılığın nedeni olarak ülkelerin her birinde farklı tarihsel koşulların bulunduğunu, buna bağlı olarak da Aydınlanmanın anlamının ülkeden ülkeye değiştiğini iddia etmek mümkündür.⁵⁴ Zira Aydınlanma Çağı düşünürleri arasında ortak görüşler olduğu kadar, farklı görüşler de bulunmaktadır. İngiltere'de Aydınlanmanın toplumsal temeli sanayileşmedir ve Sanayi Devrimi de İngiltere'de gerçekleşmiştir. İngiltere'de başlayan Aydınlanma, önce İskoçya'ya, ardından başta Fransa ve Almanya olmak üzere Kıta Avrupa'sına erişmiştir. Çalışmanın devamında, Aydınlanma felsefesi ve İngiltere, Fransa ve Almanya'daki gelişimi incelenecektir.

C- Aydınlanma Felsefesi

Türkçe sözcük anlamıyla Aydınlanma, “*insanın geleneksel görüşler, yetkeler, bağlılıklar, tasarım ve önyargılardan kendini usuyla kurtarıp yalnızca usuna dayanarak yaşamı kavramaya ve düzenlemeye çalışması*” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵ Almancada “*Aufklärung*” sözcüğü ile ifade edilen Aydınlanma, fiilen havanın aydınlanması ve mecazen bir uyku halinden uyanıklık ya da bilinçlilik haline dönüş anlamına gelen “*aufklaren*” fiilinden türemiştir.⁵⁶ İngilizcede Aydınlanma anlamına gelen “*Enlightenment*” sözcüğünün kökü olan “*enlighten*” fiili, açıklığa kavuşturmak, ışık tutmak gibi anlamları haizdir. Fransızcada ise Aydınlanma, “*le siècle des Lumières*” söz öbeği ile karşılanmaktadır; “*des Lumières*” çoğul bir sözcük olup “ışıklar”, “*le siècle*” sözcüğüse “yüzyıl” anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi Fransızcada Aydınlanma, tarihsel bir dönem vurgusu taşımaktadır.

Descartes'ın, insan aklının, kendisini, doğayı ve tanrıyı eksiksiz olarak bilebileceği yönündeki kabulü Aydınlanma düşüncesine ışık tutmuş, Kant'ın “*Sapare aude!*” (Aklını kullanma cesaretini göster!) sözü ise, Aydınlanma Çağı'nın

⁵⁴ M. Buhr, W. Schroder, K. Barck, **Aydınlanma Felsefesi**, Çev. Veysel Atayman, İstanbul: Yenihayat Yayıncılık, 2003, s. 9; Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, 2017, s. 41.

⁵⁵ Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü: Felsefe Terimleri Sözlüğü, (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c97a2670a5934.46997710, Erişim Tarihi: 21.09.2018.

⁵⁶ Cevizci, **Aydınlanma Felsefesi**, s. 14.

gerçek parolası olmuştur.⁵⁷ Kavramsal olarak Aydınlanma, seküler bir anlam içermektedir. Çünkü Aydınlanma, dinlerdeki anlamıyla tanrının, insanın içine doğmasından farklıdır. Buna göre, insanı, eskinin yerleşik düzeninden kurtarıp özgürleştiren, seküler bir “birey” haline getiren, bilginin ışığıyla donatan ve akıl düzenine sokan felsefi anlayış, Aydınlanmanın genel eğilimi olarak ifade edilebilir. Ortaçağ’da tanrısallığı tekelinde bulunduran Kilise, Aydınlanma ile birlikte mutlak monarşi ve ulus devlet karşısında erimiştir.⁵⁸ Fransa kralı XIV. Louis’nin (1638-1715) ünlü “*L’État, c’est moi* (Devlet, benim)” sözü, mutlak monarşinin Kilise’ye karşı güç kazandığının bir sembolüdür. Artık siyasal iktidarlar, Vatikan’a karşı mutlak bir sorumluluk taşımamaktadır. Ancak Yeniçağ’da siyasal gücü kullananlar, devletin ve sonra da ulusun temsilcisi olarak kralı “öldürecektir”.⁵⁹

17. Yüzyılda doğa bilimlerindeki gelişmeler sayesinde, Ortaçağ sonrasının seküler düşüncesinin temeli atılmasına rağmen, 18. yüzyılda akıl ve bireyin öne çıkması, insanlık tarihinde yeni bir dönüşümün habercisi olmuştur: Aydınlanmak isteyen, bireyin bizatihi kendisidir. Bireyin, geleneksel kalıplardan kopup hayatının düzenini kendi aklı ile bulmaya yönelik girişimleri, çok daha önce başlamasına rağmen, Aydınlanma Çağı, bu sürecin tepe noktasıdır. Çünkü Aydınlanma düşünürleri, insanın doğayı kavramasına benzer şekilde insan ve toplumun da doğa bilimlerinin yöntemleri kullanılarak yeniden inşa edilmesini esas almıştır. Buna bağlı olarak, vahiy, gelenek ya da hurafe gibi Ortaçağ’ın skolâstik mirası, seküler bir dönüşüme uğratılmıştır. Bu dönüşümün öznesi akıldır. Artık doğa düzeni, her şeyin ölçütü olma özelliğini kaybetmiş, bireyin akla dayalı çıkarımlarına boğun eğmiştir.

Öte yandan Aydınlanma Çağı, dinin tamamen terk edildiği bir dönem olarak da görülmemelidir. Akıl öne çıkmış olsa da din, tamamen dışlanmamıştır; evrenin mucizevî yapısına yönelik başka bir yönelim biçimi olarak ele alınmıştır. Zira aklını kullanan ve doğaya egemen olan bireyin, tanrının sırlarına daha kolay ulaşacağı düşünülmüştür.⁶⁰ Dini suçlar, Ortaçağ’da kesinlikle Hristiyanlık’tan aforoz edilmeyi

⁵⁷ Türkbağ, “Günümüzün Düşünsel Temeli ve Sorunu Olarak Yeniçağ’ın Bilgisel Dönüşümü”, s. 16.

⁵⁸ Üskül Engin, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, s. 205.

⁵⁹ Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 72-73.

⁶⁰ Iring Fetscher, “Tarih Felsefesi”, Çev. Doğan Özlem, *Günümüzde Felsefe Disiplinleri*, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 420.

gerektirse de, Aydınlanma düşüncesinde kamu huzurunu bozmadıkları sürece deizm ya da ateizm suç sayılmamıştır.⁶¹

Aydınlanma Çağı'nda iki önemli çatışan alan söz konusudur. Bunlardan birincisi olan bilim ile din-inanç çatışması, kademe kademe insanlığın ortak bilincine aktarılmış ve bu çatışmadan bilim galip çıkmıştır. İkinci çatışma alanı ise, doğal hukuk ile köhnemiş dini kurumların çatışmasıdır. Bu çatışmadan da dini etkiden arındırılmış doğal hukuk galip çıkmış ve insanlığın ilerleme kapısı ardına kadar açılmıştır. Daha önce din ve felsefeyle iç içe olan hukuk, Aydınlanma Çağı'nda giderek ayrışmaya başlamıştır. Dolayısıyla Aydınlanma Çağı, bilim, kültür, felsefe ve nihayet hukuk alanında entelektüel bilginin ilerlemesine dayanan bir dönemdir.⁶²

Aydınlanma Çağı'ndaki büyük uyanış, Engels'in ifadesiyle din, doğa, toplum, hukuk başta olmak üzere her şeyin en acımasız şekilde eleştiri konusu olması ve böylece aklın mahkemesi önünde kendini savunmak zorunda kalması ya da mahkûm olması sonucunu doğurmuştur.⁶³ Dolayısıyla Aydınlanma Çağı, o zamana kadar genel kabul görmüş ve yerleşik hale gelmiş bütün değerlerin ters yüz edilmesi ve doğa bilimleri, toplum bilimleri ve devlet doktrinleri alanlarında köklü değişiklikler gerçekleşmesi sonucunda yeni bir hayat biçimi inşa edilmesine yol açmıştır.

Aydınlanma düşüncesi, etik açıdan birbirine tamamen zıt iki temel felsefe olan Kantçılık ve faydacılıktan oluşmuştur. Kant, tüm insanların akıl yürütme kapasitesiyle bağlı olduğunu, evrensel ahlak yasalarını bildiğini ve ortak bir insanlık bilinciyle hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁴ Bir faydacı olarak Bentham ise, insanlığın ortak paydasının, herkesin zevkini ve acısını göz önünde bulunduracak şekilde hareket etme yükümlülüğü olduğunu iddia etmiştir.⁶⁵ Aydınlanma düşünürleri, akıl, gözlem ve deneye dayanarak, başta din, doğa, toplum ve hukuk olmak üzere her alanda soru sormuştur. Bu sorgulama süreciyle birlikte seküler düzen ilahi düzene, beşeri irade tanrısal iradeye galebe çalmıştır.

⁶¹ Hinrich Rüping, Günter Jerouschek, **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, 4. bs., München: C.H. Beck, 2002, s. 77.

⁶² Macit Gökberk, **Felsefe Tarihi**, 2. bs., Ankara: Remzi Kitabevi, 1993, s. 327.

⁶³ Server Tanilli, **Voltaire ve Aydınlanma**, 6. bs., İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007, s. 12.

⁶⁴ Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 190.

⁶⁵ Ahmet Gürbüz, "Günümüz Batılı Politik Yaklaşımların Kökeni Olarak İngiliz Yararcılığı/Utilitarianism", **İÜHFİM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 152.

Aydınlanma Çağı'nda Ortaçağ'ın bağnaz düşünce yapısı ve yozlaşmış kurumları, bilim tarafından alt edilmiş, bilimsel başarılar ilerleme inancını yükseltmiştir. Bu dönemde akıllı merkeze alan ilerleme düşüncesi önemli bir yer tutmuştur. Akıllı merkezli ilerlemeyi sağlamış olan sınıfsal güç burjuvazidir. Dolayısıyla Aydınlanma, sınıfsal bir anlam ve içeriğe de sahip olan ve burjuvazinin özgürleşme hareketiyle şekillenen bir tarihsel dönemdir. Çünkü burjuva sınıfı, feodal yaşamın zorluklarından kurtulma konusundaki arzusu ve mücadeleci yapısı nedeniyle ilerleme inancına sahip çıkmada başı çekmiştir. Aydınlanma Çağı'ndan önceki bilgi, sadece doğayı anlamak için kullanılırken Aydınlanma Çağı ile birlikte süje haline gelene insan, bilgisiyle doğayı ve toplumu dönüştürme imkân ve yeteneğine kavuşmuştur. Burjuva sınıfı, bu dönüşüme en açık sınıf olarak Aydınlanmanın dinamosu olmuştur.⁶⁶

Sanayi Devrimi, Amerikan Devrimi ve Fransız Devrimi başta olmak üzere Aydınlanma Çağı'ndaki devrimler, Aydınlanma düşüncesinin etkisini, tarihte daha önce görülmemiş biçimde artırmış ve pratik hayatta sonuçlara neden olmuştur. Devrimler sayesinde belirli bir ivme kazanan ve dinamik yapısını koruyan Aydınlanma hareketleri, burjuvazinin idealize edilmiş dünyasını ortaya koymuştur. Aydınlanmayı, burjuvazinin bir sınıf olarak kendini var etme ve özgürleşme çabası olarak okumak yanlış olmayacaktır. Bu dönemde burjuvazi, Aydınlanmanın entelektüel atılımının sınıfsal yansımasıdır. Burjuvazinin mücadelesi, sadece mutlak monarşilere, diğer bir ifadeyle krallara karşı değil, Kilise'ye ve aristokrasi sınıfına da yöneliktir. Burjuvazinin iktidardan pay alma süreci, Aydınlanma Çağı ile tamamlanmamış, 19. yüzyılda da sürmüştür. Burjuva sınıfının mücadelesi ve Aydınlanma Çağı'nın ortaya çıkardığı yeni düşünce biçimiyle birlikte gelişen siyasal ilkeler, 19. yüzyıl Batı dünyasında devletlerin siyasal yaşamında kendine yer bulmuştur.

Aydınlanmanın özgün yanı, homojen ve sistematik bir felsefe olmayıp pratiğin içinde bulunmasıdır. Şüphesiz Aydınlanma düşünürleri, insanlık tarihinde çığır açan görüşler öne sürmüştür. Ancak bu görüşler, her zaman birbiriyle aynı olmayıp farklılıklar da arz etmektedir. Bu farklılıklar, Aydınlanma Çağı'nda yekpare ve yeni

⁶⁶ Buhr, Schroder, Barck, a.g.e., s. 7.

bir felsefi sistemin kurulmaması sonucunu doğurmuştur.⁶⁷ Aydınlanma Çağı'nda soyut düşünceler, edebi ve tarihi metinler aracılığıyla somutlaşmış ve geniş halk kitlelerine yayılmıştır. Üretilen ve dolaşıma sokulan bilgi, herkese açık hale gelen ve elde etmesi kolay olan bilgidir. Dolayısıyla Aydınlanmayı, aynı zamanda bir büyük kültürel dönüşüm olarak görmeye neden olan pratik sonuç budur. Aydınlanma düşüncesinin pratik hayattaki sonuçları, sıradan bireyin, bilimi esas alarak düşünmesine yol açmıştır. Aydınlanma Çağı'nın bireyi, dine ve geleneğe karşı olmasa da bunları bilim karşısında yetersiz bulmuştur. Bu nedenle bilimi esas alarak düşünmek, bir erdem olarak kabul edilmiştir.

Aydınlanma felsefesine yön veren halklar, esasen farklı dilleri konuşan, farklı toplumsal yapıları, tarihsel koşulları ve felsefi gelenekleri olan halklardır. Aydınlanma düşünürleri arasında genel bir uyum göze çarpsa da her konuda benzer düşüncelere sahip oldukları iddia edilemez. Dolayısıyla Aydınlanma, farklı düşünceleri içinde barındırmıştır. Yeknesak bir Aydınlanma düşüncesinin var olmaması, Aydınlanmanın eleştirel ve ilerlemeci yönünü ortaya çıkarmış, onu dogmatik düşünce sistemlerinden ayırmıştır.⁶⁸ İspanyol, İtalyan, Amerikan ve hatta Rus Aydınlanmasından bahsedilse de özellikle İngiliz, Fransız ve Alman Aydınlanması, felsefeye ilk kez felsefe dışından ölçüt ve kavramlar getirmiştir. Çünkü İngiltere'de Sanayi Devrimi ve burjuva sınıfı, Fransa'da Fransız Devrimi ve yine burjuva sınıfı, Almanya'da ise, Kant'ın ödev ahlakı ve Hegel'in diyalektik anlayışıyla şekillenen Prusya idealizmi, diğer Aydınlanmalara göre daha derin etkiler bırakmıştır. Bu nedenle, birbirinden farklı yanları bulunsa da çalışmanın devamına temel teşkil ettiği için kısaca İngiliz, Fransız ve Alman Aydınlanmasına yer verilecektir.

1- İngiliz Aydınlanması

İngiliz Aydınlanmasının toplumsal temeli, Sanayi Devrimi'ne dayanır. Çünkü sanayileşmenin sonucunda yeni toplumsal örgütlenmeler ortaya çıkmıştır. Bu örgütlenme modelinde temel unsurlar, toprak sahipleri ve köylüler değil, tüccarlar,

⁶⁷ Ağaoğulları, Çulha Zabcı, Ergün, **a.g.e.**, s. 235.

⁶⁸ **A.g.e.**, s. 349.

işçiler, öğrenciler ve burjuvalardır.⁶⁹ İngiliz Aydınlanması, liberal burjuva sınıfı başta olmak üzere otoriterlik karşıtları ile Kilise arasındaki mücadele üzerinden gelişmiştir. Liberal burjuvazi, toplumun, iyiyi ve evrensel olanı kendi deneyimleriyle bulmasına ve devlet karşısında daha fazla otonomi elde ederek sivilleşmesine yol açmıştır. Zaman içinde İngiliz toplumunda uzlaşma, hoşgörü ve makul olma kavramları öne çıkmış ve yerleşmiştir. Nitekim İngiltere’de 1689 tarihinde Hoşgörü Yasası çıkarılmış, Kilise, kanlı mezhep savaşlarının yeniden başlamasına yol açabilecek tartışmalardan uzak durmuştur.⁷⁰

İngiliz Aydınlanmasının öncüsü olan Bacon, bilimi, dinin egemenliğinden tam olarak ayıramamış olsa da deneysel bilim anlayışını ortaya koymuştur. Ampirizmi esas alan Bacon, bilimsel bir reform ile birlikte insan ilişkilerinin kökten değişmesini istemiştir. Tümevarım yönteminden hareket ederek doğa bilimlerinde ve felsefede matematiksel yöntemin kullanılmasını gerçekleştirmiştir. İngiliz burjuvazini de ele aldığı eserlerinde, parlamentonun yanı sıra insancıl ve aydın bir monarşiyi savunmuştur.⁷¹ Newton ise gözlem ve deneye dayanan bilimsel yöntemin ve modern doğa bilimlerinin kurucularındandır. Newton’dan önce fizik, ilahi kurallara ya da rastlantısal olgulara dayalıyken Newton’la birlikte mekanik bir süreç olarak ele alınarak ampirik bilginin içine dâhil edilmiştir.⁷² Newton’un mekanik fiziği, felsefi bilgi için de belirleyici bir özellik kazanmıştır. Hobbes, Locke ve Hume ise, bilim kavramına bağlı olarak yeni bir felsefi ve toplumsal düzenin önerilmesinde öne çıkmıştır. Üç düşünür de metafiziğin yerine ampirik olan bilgiyi koymuştur.

John Locke (1632-1704), Aydınlanma Çağı boyunca egemen olan aklın kullanımına olumlu bir değer yükleyen bakış açısının önemli bir savunucusu olmuştur.⁷³ Yaşadığı dönemde etkin olan mutlakiyetçi görüşlere büyük bir darbe indirmiş, liberal devlet sistemini öne çıkarmıştır.⁷⁴ Temel düşüncelerini, Yönetim (Hükümet) Üzerine Birinci İnceleme ve Yönetim (Hükümet) Üzerine İkinci İnceleme adlı eserlerinde ortaya koymuştur. İnsan zihnini, *tabula rasa* (boş beyaz bir kâğıt)

⁶⁹ Ahmet Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Ağaç Yayınevi, 1993, s. 61.

⁷⁰ Eylem Ümit, “Aydınlanma Çağı ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 17. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2007, s. 140.

⁷¹ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 10.

⁷² Henry Margenau, “Doğa Felsefesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 247-248.

⁷³ Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s. 188.

⁷⁴ Göze, **a.g.e.**, s. 174.

olarak yorumlamış, diğer bir ifadeyle insan zihninin, tamamen dış dünyadan edinilen duyu ve deneyimlerden oluştuğunu belirtmiştir. Düşünür, aklı, “tanrının insandaki sesi” olarak tanımlamış, varlığını sürdürmek zorunda olan insanın, tanrının iradesine boyun eğerek kendisine yararlı olanı aklıyla ya da duyularıyla keşfederek kullandığını dile getirmiştir.⁷⁵ Dolayısıyla Locke, insanı, gelişmekte olan doğa bilimlerinin de etkisiyle yaşadığı dünyaya ilgi duyan, toplumsal yaşama birey olarak katılan “akıllı yaratık” olarak tasavvur etmiştir.⁷⁶

Locke, doğal hukukun, yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkını kapsadığını vurgulamıştır. Bireyden hareket etmiş, toplumsal sözleşmeyi devlet ve hukukun kaynağı yapmıştır. Ancak düşünür, ulus kavramına değinmemiş, siyasal toplumu tanrısal iradenin emri gibi kurgulamıştır.⁷⁷ Hobbes’un görüşlerinin aksine, Locke’a göre, doğa durumunda insanlar özgürlük ve barış içinde yaşamıştır; devlet, barışçıl düzene sadece eklenmiştir. Doğa durumunda insanlar eşit ve özgürdür ancak bu durum, bir başıbozukluk anlamına gelmemektedir.⁷⁸ Buna rağmen doğa durumunda, suçluya cezasını verecek, kimin haklı olduğu ve hakkını nasıl koruyacağını belirleyecek olan bir otoritenin yokluğu nedeniyle cezalandırma suçuyla ölçülü olmamıştır. İnsan aklı, suçlunun ölçülü olarak cezalandırılmasını emretse de suçtan zarar görenlerin, hınç ve intikam gibi duygularını dizginleyip ölçülü davranması çok zordur.⁷⁹ Çünkü suçtan zarar gören ya da güçlü olan, kendi hukukunu yaratmak istemektedir. Bu nedenle, cezalandırma yetkisi, toplumsal bir sözleşme aracılığıyla devlete devredilmiştir.

Locke’a göre, devlete devredilen haklar, yalnızca insanların can ve mal güvenliğinin sağlanması, yargılama ve cezalandırmadır. Devlet, yaşam hakkı, özgürlük ve mülkiyet hakkı gibi doğal hakları ceza kanunlarıyla korumaktadır. Düşünüre göre, devlet, sadece doğal hakların korunmasına ilişkin nesnel kurumlarıyla var olur.⁸⁰ Çünkü devletin tek görevi, insanların doğa durumunda sahip

⁷⁵ John Locke, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme: Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Keşfi ve Yıkılışı**, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara: Kırılgaç Yayınevi, 2007, s. 91.

⁷⁶ Mehmet Tefik Özcan, “John Locke’un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri”, **İÜHF**, C. LII, S. 1-4, 1987, s. 560.

⁷⁷ **A.g.m.**, s. 585.

⁷⁸ John Locke, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, Çev. Fahri Bakırcı, 2. bs., Ankara: Ebabil Yayınları, 2012, s. 10.

⁷⁹ **A.g.e.**, s. 15.

⁸⁰ **A.g.e.**, s. 90.

olduğu hakları korumaktır. Locke’a göre, devlet, hak koyan değil, hakları teminat altına alan bir mekanizmadır. Bu hakların başında ise, mülkiyet hakkı gelmektedir.⁸¹

Büyük ölçüde İngiliz Aydınlanmasından beslenmiş olmasına rağmen, İskoç Aydınlanmasına ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. İskoç Aydınlanmasının kendi karakteristiği, İskoçya’nın bağımsız parlamentoya sahip olması, üniversite eğitimi ve sekülerizasyon gibi alanlarda İngiltere’den özerk bir alan yaratabilmiş olması ve kurumsal desteği bulunan bilinçli bir hareketi ifade etmesinden ileri gelmektedir.⁸² David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, Thomas Reid İskoç Aydınlanmasının öncü düşünürleri arasında yer almaktadır. Felsefe, politika, tarih ve din üzerinde önemli çalışmaları olan ve insanı toplamsal bir varlık olarak tasavvur eden İskoç Aydınlanmacıları, pozitivist tutumlarını hukuk alanında da ifade etmiştir.

David Hume (1711-1776), kartezyen felsefenin başlangıç öncülü olan *cogito*’yu (“düşünüyorum”) esas almıştır. Bilginin temelini akıl olduğu düşüncesini sorgulamış, sadece akla dayanıp deneyimlere dayanmayan bilginin yetersiz olduğunu ifade etmiştir. Determinizme yönelik eleştirilerde bulunmuş, nedenselliğin mantıksal bir zorunluluk olmayıp insani bir alışkanlık olduğunu vurgulamıştır. Locke benzeri şüphecî yaklaşıma sahip olmasına rağmen doğa durumu ve toplum sözleşmesi gibi kurgusal düşüncelere karşı çıkmıştır. Din ve metafiziğin Aydınlanmanın önünde büyük bir engel olduğunu dile getiren Hume, Newton’a duyduğu büyük hayranlığın etkisiyle insan doğası bilimi kurmaya çalışmıştır.⁸³

Hume’un görüşleri, faydacı ahlak ve hukuk anlayışının temelini atmıştır. Zira Hume’a göre, insan davranışlarının ahlaki olmasında, akla dayalı açıklamalar değil, bir insan duygusu olan haz belirleyicidir. Hazza ulaşmak ve acıdan kaçmak, insanın davranışlarının tek ölçütüdür. Fayda ilkesi, aynı zamanda hukuk ve devletin de temelini oluşturmaktadır. Çünkü insanların bir arada huzur ve mutluluk içinde yaşaması için hukuka ve devlete ihtiyaçları bulunmaktadır.⁸⁴ Hume’un görüşleri, İngiliz faydacı hukuk okulunun en önemli ismi ve aynı zamanda bir başka

⁸¹ A.g.e., s. 81.

⁸² Çiğdem, *Aydınlanma Felsefesi*, 1993, s. 70; Cevizci, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 49.

⁸³ Cevizci, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 71.

⁸⁴ Güriz, a.g.e., s. 239.

Aydınlanma düşünürü olan Bentham'ın görüşlerine önemli ölçüde zemin teşkil etmiştir.

2- Fransız Aydınlanması

Fransız Aydınlanması, dönemin Fransa'sının sosyopolitik yapısı nedeniyle muadillerine oranla daha radikal sonuçlara yol açan hareketlere sahne olmuştur. Çünkü İngiltere ve İskoçya'da doğal seyrinde gelişen Aydınlanma, Fransa'da yukarıdan aşağıya, bir başka ifadeyle yönetici ya da üst sınıflardan alt sınıflara doğru gerçekleşmiştir.⁸⁵ Ortaçağ'dan kalma devlet düzeninin koyucusu ve destekçisi olan Kilise ve mutlak monarşinin karşısında burjuvazi, ekonomik ve siyasal bir sınıf olarak doğmaya başlamıştır. Tanrısal iradeye değil, beşeri iradeye dayanan bir ahlak anlayışı ortaya konmuştur. Yine bu dönemde Descartes'ın akılcı geleneği de ciddi olarak sorgulanmış, yeni düşünce sistemleri ortaya konmuştur.

Fransız Aydınlanmasının temelinde yatan nedenlerden ilki, din eleştirisidir. Din eleştirisi bütüncül olmayıp farklı yaklaşımları içermiştir. Ancak dini kurumların yapısı ve işleyişinin toplumu mutlu etmediği düşüncesi Fransız Aydınlanmacılarında yaygın bir kanaat olarak göze çarpar. Örneğin Diderot, "Hıristiyan'ın eylemini merhamet, filozofun eylemini ise akıl belirler." demiştir.⁸⁶ Fransız Aydınlanmasının altında yatan bir diğer neden ise, *Ancien Régime* olarak bilinen devletin eski ve yerleşik düzeninin değiştirilmesine yönelik kuvvetli istektir.⁸⁷ Bunu sağlayacak olan da akıldır. Akıl, bütün insanların, özel ve ortak amaçları gerçekleştirebilmesini sağlayan, sadece ruhban sınıfının ya da aristokratların değil, tüm bireylerin kullanabileceği bir yetidir. Din eleştirisi, aynı zamanda daha önceki yüzyıllarda baskın olan metafizik düşüncenin sorgulanması ve reddedilmesi sonucunu da doğurmuştur.

Fransız Aydınlanmasının temelinde yatan nedenlerden ikincisi ise, kiliseye ve mutlak monarşiye karşı duyulan memnuniyetsizliğin doğurduğu mücadele pratiğidir. Bu mücadelenin öncüsü, burjuvazi sınıfıdır. 18. Yüzyıl Fransız burjuvazi sınıfı,

⁸⁵ Cevizci, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 51.

⁸⁶ Buhr, Schroder, Barck, *a.g.e.*, s. 81.

⁸⁷ Çiğdem, *Aydınlanma Felsefesi*, 2017, s. 43.

İngiltere'dekinin aksine ideolojik ve politik bütünlüğünü oluşturmuş değildir; daha ziyade otoriteye karşı kendini var etmeye çalışan esnek orta sınıf burjuvazisidir.⁸⁸ Ancak Fransız Devrimi'nden sonra burjuvazi egemen politik sınıf haline gelmiş ve Fransız Aydınlanmasının zirve noktasına ulaşılmıştır. Almanya'da görüldüğü gibi, bu zirve noktaya ulaşıldıktan sonra burjuvazinin yükselişi Fransa'da da adım adım azalmıştır.⁸⁹

Fransız Aydınlanmasında Voltaire'in (1694-1778) başı çektiğini öne sürmek yanlış olmayacaktır. Zira Voltaire, İngiliz Aydınlanma felsefesini Fransa'ya taşımış ve böylece Fransız Aydınlanmasının gelişimini sağlamıştır.⁹⁰ Felsefe, tarih, edebiyat gibi alanlarda çalışan Voltaire, yaşadığı dönemin hâkim olan dogmatik düşüncelerini sorgulamış, sorunlarını tartışmış ve güçlü yazarlığı sayesinde düşüncelerini kitlelere benimsetmiştir. Voltaire'e göre, ilerlemeyi sağlayacak olan aklın egemenliğidir; ilerleme, daha çok bilimsel ve ekonomik alanda söz konusudur.⁹¹ Dini ve siyasal özgürlükleri savunup Aydınlanmanın meşalesini taşımasına rağmen Voltaire, kişisel servetini artırabilmek için burjuva yanlısı olmuş, halkı "ayak takımı" olarak görmüştür.⁹² Dolayısıyla Voltaire'in ulaştığı demokratlık düzeyinin, sınırlı ya da iç çelişkilerle dolu olduğunu iddia etmek mümkündür.

Öte yandan Voltaire'in ceza hukuku anlayışı, "ayak takımı" olarak gördüğü halkın hiç de aleyhine değildir. Zira suç ve günahın birbirinden ayrılması ve cezalandırmanın, tanrının öcünü almak biçiminde anlaşılmaması gerektiğini ısrarla vurgulamıştır. Dini yargılamaya konu olan bazı hususların sivil yargı alanına girmesini, dine saygısızlık nedeniyle verilen cezaların hafifletilmesini savunmuştur.⁹³ Düşünür, kanunların açık ve anlaşılır olmasını, kanun önünde eşitliği, ölüm cezasının kaldırılmasını, masumiyet karinesini, sanık haklarını dile getirerek dönemi için son derece ilerici birtakım görüşler öne sürmüştür.⁹⁴ Voltaire'in insancıl ceza hukuku anlayışının, modern ceza hukukunun gelişiminde önemli bir kilometre taşı olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır.

⁸⁸ Çiğdem, *Aydınlanma Felsefesi*, 1993, s. 35.

⁸⁹ Buhr, Schroder, Barck, *a.g.e.*, s. 18.

⁹⁰ Gökberk, *a.g.e.*, s. 355.

⁹¹ Cevizci, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 237.

⁹² Tanilli, *a.g.e.*, s. 211.

⁹³ *A.g.e.*, s. 151-152.

⁹⁴ *A.g.e.*, s. 152-153.

Montesquieu (1689-1755), akıl, gözlem, deney ve olgular aracılığıyla insanı ve doğayı keşfetmeye çalışmıştır. Voltaire ile birlikte Fransız Devrimi'nin hazırlayıcılarından biridir. Hukuka olgusal yaklaşımı, çağı için dikkat çekicidir. Doğa olaylarını gözlemlediği gibi, toplumsal ve hukuki olguları da gözlemlemiş ve determinist bir bakış açısıyla tarih, devlet ve hukuk üzerine derin çalışmalarda bulunmuştur.⁹⁵ İran Mektupları⁹⁶ ve Kanunların Ruhu Üzerine⁹⁷ adlı eserlerinde siyasi iktidarın temellerini, Kilise'nin baskıcı yönünü ve özgürlüğün şartlarını incelemiştir. Düşünürün, bu eserlerde ortaya koyduğu ilkeler, uzun yıllar süren yolculuklar sayesinde gözlemlediği farklı toplumsal tecrübelerin bir sentezidir.⁹⁸

Düşünür, demokrasi, aristokrasi, monarşi ve despotizm olmak üzere dört devlet şekli bulunduğunu öne sürmüştür. İngiltere hayranlığının etkisiyle monarşiyi, en doğru devlet şekli olarak görmüştür. Hukukun kökenini, toplumsal sözleşmeye dayandırmamıştır. Ona göre, hukuk, insanın doğasında yerleşiktir ancak insanların farklı türdeki ihtiyaçlarına göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle, kurum ve kanunlar keyfi olarak ortaya çıkmaz.⁹⁹ Yaşadığı çağda, Fransız toplumunun esiri olduğu bunalımdan çıkış için hukuki ve politik düzenin yeniden inşasını öneren Montesquieu'nün görüşlerinde monarşi ile burjuvazinin ilişkisi ön planda yer almaktadır.¹⁰⁰ Ona göre özgürlük, devletin tekelindeki kuvvetlerin birbirinden ayrı olmasına bağlıdır. İlk olarak Aristo'nun öne sürdüğü "kuvvetler ayrılığı" kavramını, hukuki bir temele oturtmuş, 19. ve 20. yüzyılın liberal devlet anlayışına yön çizmiştir.

Fransız Aydınlanmacılarından bir diğeri olan Rousseau (1712-1778), eşit ve özgür doğan insanların arasındaki eşitsizliğin kaynağının, onları siyasal ve ekonomik köle haline getiren medeniyet olduğunu savunmuştur.¹⁰¹ Toplumsal sözleşmeci bir düşünür olarak Rousseau, doğa durumunda insanlar arasında var olan eşitsizliklerin, bir yaptırımda bulunulması sonucunu doğurmadığını ifade etmiştir. İlişkiler, örgütlü

⁹⁵ Ülker Gürkan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 9. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017, s. 85; Ülker Gürkan, "Montesquieu ve Kanunların Ruhu", **AÜHF**, C. XL, S. 1, 1988, s. 11.

⁹⁶ Bkz. Montesquieu, **İran Mektupları**, Çev. Berna Günen, 2. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

⁹⁷ Bkz. Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Berna Günen, 2. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

⁹⁸ Gürkan, **a.g.e.**, s. 84; Gürkan, **a.g.m.**, s. 9.

⁹⁹ Gökberk, **a.g.e.**, s. 381.

¹⁰⁰ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁰¹ Göze, **a.g.e.**, s. 215.

ve sürekli hale gelmeye başladığında ise toplum teşekkül etmiş, eşitsizlikler sürekli hale gelmeye başlamış ve katlanarak artmıştır.¹⁰² Düşünüre göre, bu eşitsizlikleri besleyen bir diğer faktör ise, ekonominin kaynağı olan özel gayrimenkul mülkiyetidir.¹⁰³ Rousseau, oybirliği ile onanan tek yasa olan toplum sözleşmesinin, özgür ve kendi efendisi olarak dünyaya gelen insanın hangi bahaneyle olursa olsun isteği dışında emir altına alınamamasını garanti ettiğini dile getirmiştir.¹⁰⁴

Düşünüre göre, toplumdaki kötülükleri engelleyecek bir irade oluşturulmalı, bu iradeye bazı yetkiler devredilmelidir. Devlette somutlaşacak olan bu irade, “genel irade” kavramına dayanır.¹⁰⁵ Genel irade, tüm vatandaşların bir karar alınması için oy vermesi sonucunda ortaya çıkan iradedir. Genel irade, niceliksel çoğunluğun değil, niteliksel çoğunluğun iradesidir.¹⁰⁶ Rousseau’nun niteliksel çoğunlukla kastettiği, nesnel bir kamu yararıdır.¹⁰⁷ Genel irade sayesinde eşitsizlikler olabildiğince giderilmeli, doğa durumundaki özgürlük temin edilebilmelidir. Bunun yolu da, vatandaşların yönetime bizzat katıldığı doğrudan demokrasi modelidir.¹⁰⁸ Dolayısıyla Rousseau, bir yandan doğa durumundaki mutlu özgürlüğe, diğer yandan da tüm yurttaşların iradelerinin temel alındığı geleceğin politik düzeninin tesisine yönelmiştir.¹⁰⁹ Özgür, mutlu ve müreffeh bir toplumun inşası için toplumun tamamı, sahip olduğu bütün hakları aynı anda ve tamamen genel iradeye devretmelidir. Böylece hiç kimsede herhangi bir imtiyaz kalmayacağından herkes doğa durumundaki kadar özgür olur ve toplumdaki eşitsizlikler ortadan kalkar.

Rousseau’ya göre, genel irade, toplumun çoğunluğunun iradesi olup azınlıkta kalanlar da genel irade sayesinde aslında ne istediklerini öğrenmiş olmaktadır. Genel irade, asla değişmez değildir. Ancak bir kez oluştuğunda, şaşmaz ve yanılmazdır; ona uyulmalıdır.¹¹⁰ Rousseau’nun metafizik genel irade kurgusunun amacı, doğa durumundaki özgürlüğü devlet için de korumaktır. Egemen, ancak toplumun genel

¹⁰² Jean Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 24. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019, s. 13-14.

¹⁰³ Jean Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kökeni**, Çev. Ertuğ Ergün, Ankara: Yeryüzü Yayınevi, 2003, s. 75-76.

¹⁰⁴ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 102.

¹⁰⁵ **A.g.e.**, s. 15.

¹⁰⁶ **A.g.e.**, s. 27.

¹⁰⁷ Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 234.

¹⁰⁸ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 63.

¹⁰⁹ Cevizci, **Aydınlanma Felsefesi**, s. 372.

¹¹⁰ Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, s. 26.

iradesini temsil etmelidir. Toplumsal bağlar gevşeyip devletin gücü azalmaya ve kişisel çıkarlar öne çıkmaya başladığı zaman devlet yıkılmaya yüz tutacaktır.¹¹¹ Ancak düşünür, genel irade kurgusunun, despotizme dönüşmeden ulus devlete nasıl uyarlanabileceğini belirtmemiştir.¹¹² Düşünürün, yaşadığı Cenevre şehrinin homojen toplum yapısını ve düzenini esas almasının, görüşlerinin şekillenmesinde sınırlayıcı olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Rousseau, Aydınlanma Çağı'ndaki felsefi dönüşüm ve ilerleme düşüncesine tepki göstermesi bakımından diğer Aydınlanmacı Fransız düşünürlerden ayrılmaktadır. Düşünüre göre, ilkel yapılardan toplumsal yapılara geçildiğinde insanlar farklı niteliklere sahip olmak zorunda kalmıştır. Öyle ki özünde iyiliksever, yardımsever ve güleryüzlü olan insan, medeniyetin zararlı etkileri nedeniyle ahlaken çökmüş, saldırgan ve çıkarıcı hale gelmiş, hakaret ve küçümsemelere daha sık rastlanmıştır.¹¹³ Düşünür, modern toplum yapısının, insanı eksik kavradığını ve adaletsiz olduğunu, bu nedenle ahlaklı insanı inşa edemeyeceğini iddia etmiştir.¹¹⁴ Bu düşüncesinde, insanlığın o döneme dek ulaşmış olduğu medeniyet düzeyinden hoşnut olmamasının etkisi şüphesiz ki büyüktür.

Rousseau, devletin cezalandırma yetkisini de toplumsal sözleşmeden aldığını, bu yetkiyi sözleşmenin sınırları içinde kullandığını, ancak ve ancak bir kanunla eşit bir ceza öngörmesi gerektiğini dile getirerek suçta ve cezada kanunilik ilkesine değinmiştir. Ancak Rousseau'nun bu ilkeye ilişkin görüşleri sınırlı olup alt ilkeleri kapsamamaktadır.¹¹⁵

Fransız Aydınlanmasında, yeni felsefi düşünce ve bilimsel bilgilerin dile getiriliş yeri olarak "Ansiklopedi" büyük önem taşımıştır. Tam adı *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers* (Ansiklopedi ya da Bilimler, Sanatlar ve Zanaatlar Açıklamalı Sözlüğü) olan ve 1751'de başlayıp 1777'de sona eren Ansiklopedinin, toplumun aydınlatılması konusunda büyük bir

¹¹¹ A.g.e., s. 100.

¹¹² Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 230-231 dn. 115.

¹¹³ Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kökeni**, s. 72.

¹¹⁴ Cevizci, **Aydınlanma Felsefesi**, s. 370.

¹¹⁵ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 70.

işlevi olmuştur.¹¹⁶ Daha önce küçük bir kitlenin erişebildiği bilimsel bilgi yaygınlaşmış ve geniş halk kitleleriyle buluşmuştur. Nitekim Fransız Ansiklopedisi, Fransa'yı aşip Avrupa'nın kalanına da yayılmış ve genel bir halk eğitimi rolü üstlenmiştir.¹¹⁷ Montesquieu, d'Alembert, Diderot, Voltaire, Rousseau, ansiklopedi çalışmasına katkı sunan düşünürlerden yalnızca birkaçıdır. Bu ansiklopedilerin yanı sıra 18. yüzyılda Fransa'nın birçok büyük şehrinde kurulan akademiler de Aydınlanma düşüncesinin yaygınlaşmasında rol oynamıştır.

3- Alman Aydınlanması

Alman Aydınlanması, idealist bir geleneği bünyesinde taşımış olan düşünsel bir harekettir. Alman Aydınlanması, Kantçı etik ve bilgi teorisi bakımından Aydınlanmanın sınırlanmasını; romantizm ve Alman idealizmi bakımından ise Aydınlanmanın aşılmasını sağlamıştır.¹¹⁸

Feodal düzene karşı çıkış hareketinde aklın öne çıkması, Alman Aydınlanmasında da kendini göstermiştir. Bu karşı çıkış hareketiyle toplumun bilincinin ve bireyin değerinin artması söz konusu olmuştur. Böylece akla uygun, insancıl, eleştirel bir toplum ve devlet düzeni kurulmasının önü açılmıştır.¹¹⁹

Fransız Aydınlanması burjuvazinin ürünüken Alman Aydınlanması ise özellikle üniversitelerde gelişen bir harekettir. Alman Aydınlanması, dini bir boyut içermesiyle de (metafizik ve teolojik bir bakış açısıyla değil, dinin rasyonel temellere oturtulmaya çalışılması bakımından) diğer Aydınlanma hareketlerinden ayrılmaktadır. Dinin, toplumsal ilerlemenin önünde en büyük engel olarak görülmesi nedeniyle yoğun bir din karşıtlığıyla gelişen Fransız Aydınlanmasının aksine Alman Aydınlanması, dine karşı daha yumuşak bir yaklaşım içinde gelişmiştir. Bu hususta, “piyetizm” adı verilen ve dini, duyguya indirgeyen, kişisel iman ile deruni hayata

¹¹⁶ Ağaoğulları, Çulha Zabcı, Ergün, **a.g.e.**, s. 243.

¹¹⁷ Matbaaların sayısının artması, ansiklopedi ve sözlüklerin yanı sıra birçok kitap ve dergi basılması sayesinde artan okuma alışkanlığına atfen Aydınlanma Çağı, “mürekkep lekeli yüzyıl” olarak da adlandırılmaktadır. (Ümit, **a.g.m.**, s. 138.)

¹¹⁸ Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, 2017, s. 90-91.

¹¹⁹ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 41.

büyük önem atfeden görüşün büyük payı olmuştur.¹²⁰ Piyetizmin, Luther'in Protestan hareketinin doğal bir uzantısı olması nedeniyle Alman Aydınlanmasındaki etkisi derindir. Buna bağlı olarak Alman Aydınlanmasında dini bir boyut her zaman korunmuştur.¹²¹

Reform hareketinin yarattığı dini ve sosyal kargaşa, mezhep kavgaları ve Otuz Yıl Savaşları'nın olumsuz etkileri, merkezi bir hükümetin olmaması, zayıf sermaye birikimine bağlı olarak orta sınıfın henüz burjuva karakteri taşıması, Aydınlanmayı sırtlayacak aristokratların baskın olmaması gibi nedenlerle Alman Aydınlanması, İngiliz ve Fransız Aydınlanmasına göre gecikmiştir.¹²² Bu nedenledir ki Almanya, ancak 17. yüzyılın ikinci yarısında Leibniz'i -Yeniçağ'ın ilk büyük düşünürlerinden biri olarak- çıkarabilmiştir.

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), rasyonalizm ile ampirizm arasındaki zıt düşünceleri uzlaştıran bir anlayışla yola çıkmış ve görüşleri geniş yankı uyandırmıştır.¹²³ Düşünür, Monadoloji adlı eserinde “monad” adını verdiği yalın bir cevherden bahsetmiştir. Leibniz'e göre, monad, “doğanın hakiki atomları” olarak evrendeki her şeyin unsurudur ve bölünme imkânından yoksundur.¹²⁴ Evrendeki her şeyin ürünü tanrı olduğuna göre, tanrı en büyük ve en mükemmel monaddır.¹²⁵

Düşünür, insan davranışlarının dörtte üçünün ampirik olduğunu, zorunlu hakikatlerin bilgisinin insanları hayvanlardan ayırdığını, insanın akıl sayesinde kendisi ve tanrı hakkındaki bilgiye eriştiğini belirtmiştir.¹²⁶ Leibniz'in idealist felsefesinde evren, akıl kurallarına dayanmaktadır. Nitekim hukuksallığın ölçütü de akıl kurallarıdır. Leibniz'in rasyonalizmi ampirizmi, hukuk anlayışı da ahlaki yadsınamıştır. Hukuk, din ve ahlak kurallarının toplumsal uyum için vazgeçilmez olduğunu dile getirmiştir.¹²⁷ Leibniz, evrenin düzenini yöneten en genel yasanın, ilahi yasa olduğunu ve bu yasanın istisnasının olmadığını savunmuştur. Kötülük

¹²⁰ Cevizci, **Aydınlanma Felsefesi**, s. 54.

¹²¹ Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, 2017, s. 91; Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 41.

¹²² Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, 2017, s. 92.

¹²³ Birden Güngören, “Leibniz ve Hukuk Tarihi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 2, 2011, s. 69.

¹²⁴ Gottfried Wilhelm Leibniz, **Monadoloji Metafizik Üzerine Konuşma**, Çev. Atakan Altınörs, İstanbul: Bilge Yayınevi, 2014, s. 39.

¹²⁵ Öktem, Türkbağ, **a.g.e.**, s. 170.

¹²⁶ Leibniz, **a.g.e.**, s. 46-47.

¹²⁷ Öktem, Türkbağ, **a.g.e.**, s. 169.

içeren fiillerin cezasının kefareti olduğunu, tanrının, iyi fiiller kadar kötü fiillerin gerçekleşmesine de izin verdiğini ifade etmiştir.¹²⁸ Bir hukuk reformcusu olarak, doğal hukuk ve Roma hukukunun temel ilkelerinden oluşan yeni bir *Corpus Iuris* meydana getirmek için çalışmalar yapmıştır.¹²⁹

Alman Aydınlanmasının diğer önemli isimleri olan Thomasius ve Wolff, felsefenin pratik yarar ölçüsünde ele alınması gerektiğini ileri sürmüşler, hukuku da içine alacak şekilde mutlak geçerli kurallar sistemi üretmeye çalışmışlardır. Thomasius, bilimin aydınlanma işi olduğunu Almanya’da ilk olarak ileri süren düşünürdür. Ona göre, felsefenin yararlı olabilmesi, şimdiye kadar onu bundan alıkoyan hayatla kendisi arasındaki birtakım engelleri ortadan kaldırmasına bağlıdır.¹³⁰ Cezalandırmayla ilgili olarak düşünür, işkenceyi tam anlamıyla haksız ve hukuka aykırı bulan görüşlere karşı çıkmış, işkencenin kaldırılması taleplerine şüpheyle yaklaşmıştır.¹³¹ Thomasius, ampirik düzlemde metafizik ve din üzerine sorgulamalara girişmişken, Wolff ise, rasyonalist bir düzlemde bunu yapmıştır. Leibniz çizgisini takip eden Wolff’e göre, ontolojiye dayalı teorik felsefenin yanı sıra hukuk, psikoloji, politika, iktisat gibi alanlarla ilgili pratik felsefe de mevcuttur.¹³² Düşünürü göre, felsefenin pratikte işe yaraması, bilgiye açık bir şekilde ulaşım ulaşamamasına bağlıdır.

Alman Aydınlanmasının en önemli düşünürü şüphesiz ki Kant’tır. Kant, felsefe tarihinin en çok atıf yapılan makalelerinden biri olan “Aydınlanma Nedir?” makalesinde¹³³ insanlığı, bilme cüreti göstermeye davet ederek sadece Alman Aydınlanmasının değil, genel olarak Aydınlanma felsefesinin özünü ortaya koymuştur. Kant’ın bu davetine, diğer Aydınlanma düşünürlerinin icabet etmesi, Aydınlanmayı, Batı felsefesinin en önemli felsefi olayı haline getirmiştir.

Çalışmanın devamında ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, Kant için Aydınlanma, insanın kendi kendine yüklediği ehliyetsizlikten ve yetersizlikten

¹²⁸ Leibniz, **a.g.e.**, s. 72-73.

¹²⁹ Güngören, “**Leibniz ve Hukuk Tarihi**”, s. 61.

¹³⁰ Gökberk, **a.g.e.**, s. 359.

¹³¹ Rüping, Jerouschek, **a.g.e.**, s. 76.

¹³² Çiğdem, **Aydınlanma Felsefesi**, 2017, s. 94-95.

¹³³ Bkz. Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir?”, Çev. Atilla Yayla, **Liberal Düşünce**, C. X, S. 38-39, 2005, s. 225-230. Felsefe tarihinde ilk kez bu makale ile Aydınlanma, derin bir biçimde kavramsallaştırılmıştır. Bu nedenle Aydınlanma üzerine yapılan değerlendirmelerde, bu makale kerteriz alınmaktadır.

kurtulması ve rüştünü ispat etmesi anlamına gelmektedir. Buna göre, insan, kendi suçuyla içine düştüğü ergin olamama halini reddedecek ve artık bir başkasının rehberliği olmaksızın aklını kullanıp kendi anlamını kavrayacaktır. Kant’a göre bu kavrayış, gökteki anlam arayışının yere, öbür dünyadaki anlam arayışının ise bu dünyaya inmesiyle söz konusu olmaktadır.¹³⁴ Her ne kadar Kant, metafiziğe kapıyı tamamen kapatmış olmasa da akılcı bir metafizikten ziyade deneysel bir felsefe anlayışını öne çıkarmıştır. Thomasius, Wolff ve Leibniz gibi düşünürlerden tamamen farklı görüşler öne süren Kant için maddecilik ile idealizmin çelişen yönlerini uzlaştırmak önemli olmuştur.¹³⁵

Kant’ın felsefi devrimini takip eden süreçte burjuva demokratik devriminin siyasal çıktılarını felsefi temele oturtan bir düşünür olarak Fichte öne çıkmaktadır. Fichte’nin felsefesi, sadece Kantçı gelenek içinde kalmayıp bu geleneğin ötesine geçerek klasik Alman felsefesinin önemli bir dönüşümünü gerçekleştirmiştir.¹³⁶ Fichte, bireyin her alanda aktif olarak varlık göstermesi, felsefenin bir bilim olarak anlamı, güçlü bir devletin yapısı üzerine çalışmalarda bulunmuştur.¹³⁷ İlk dönem düşüncelerinde Fransız Devrimi’ni savunan düşünür, daha sonraki düşüncelerinde ise milliyetçilik ve ulus devlet yanlısı olmuştur. İnsanın özgür bir varlık olduğu üzerinde ısrarla durmuştur.¹³⁸

Hegel ise spekülative (sadece düşünceden beslenen), idealist ve diyalektik bir anlayış geliştirerek Alman Aydınlanmasını adeta doruk noktasına çıkarmıştır. Hegel ile birlikte Alman Aydınlanmasının kazanımı, her şeyden önce diyalektik felsefe anlayışı olmuştur. Hegel, tamamen kendi içine kapalı, yöntem bakımından tam birliği olan, içerik bakımından zengin bir felsefe sistemi yaratmıştır.¹³⁹ Tarihi ve düşünsel süreçleri, belirli bir yolla gelişen ve tesadüfi olmayan olgular olarak ele almıştır.¹⁴⁰ 18. Yüzyıldaki bilimsel gelişmelerle birlikte önemi artan seküler doğa düzeni ile dinsel doğa düzeni arasındaki tezat, Hegel’in felsefesinin ana yapısını oluşturmuştur.

¹³⁴ Orhan Hançerlioğlu, **Düşünce Tarihi**, 20. bs., İstanbul: Remzi Kitabevi, 2015, s. 215.

¹³⁵ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 48.

¹³⁶ Wayne M. Martin, “From Kant to Fichte”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 31.

¹³⁷ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 50.

¹³⁸ Göze, **a.g.e.**, s. 261.

¹³⁹ Gökberk, **a.g.e.**, s. 436.

¹⁴⁰ Nigel Warburton, **Felsefenin Kısa Tarihi**, Çev. Güçlü Ateşoğlu, 18. bs., İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2016, s. 192,194.

Hristiyan olmasına rağmen, dinsel açıklamalarla yetinmemiştir.¹⁴¹ Fichte ve Hegel'in düşüncelerine de çalışmanın devamında ayrıntılı olarak değinilecektir.

II- Ceza Hukuku Felsefesinin Gelişimine Katkıda Bulunan Aydınlanma Düşünürleri

A- Immanuel Kant

Aydınlanma Çağı denildiğinde, akla gelen ilk düşünürlerden olan Alman düşünür Immanuel Kant, akılcılığa ilişkin önemli ve yenilikçi görüşler ileri sürmüştür. Aydınlanma felsefesi içinde yer alıp esasen onu aşmıştır.¹⁴² Kant, İngiliz düşünür Hume eleştirisiyle başlayarak kurduğu büyük sistemle, ampirizm ile rasyonalizm arasındaki çatışmayı, idealizmle birleştirip gidermeye çalışmıştır. Tıpkı faydacı felsefede olduğu gibi, döneminin bilimsel gelişmelerini felsefesinin temeli olarak kurmuştur. Kopernik'in, dünyayı merkez olmaktan çıkarıp diğer gezegenlerle beraber Güneş'in etrafında dönen bir gök cismi olarak ifade etmesi (heliosentrizm) gibi Kant da zihnin nesnelerin çevresinde değil, nesnelerin zihnin çevresinde dolaştığını tasavvur etmiştir.¹⁴³ Kant'ın felsefi olarak dogmatizmle septisizm arasında olan eleştirel görüşü benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kant'a göre, insan bilebildiği kadarını bilmektedir.

Kant, Aydınlanmanın tesadüfen gerçekleşemeyeceğini, Aydınlanmanın asıl anlamının, bireyin belirli bir farkındalık haliyle “kendi kusuruyla düşmüş olduğu ergin olamama hali”nden kurtulması olduğunu belirtmiştir. Kant, Aydınlanmanın bir ön koşulu olarak özgürlüğün varlığını ileri sürmüş ve insanların özgürce düşünmesine set çeken ve kendisi adına kararlar alan otoriteden kaçışını Aydınlanmanın ana eksenine oturtmuştur. Düşünür, ergin olamama halinden insanları sorumlu tutsa da gerçek sorumluluğun siyasal iktidarda olduğunu iddia etmiştir. Din, gelenek ve kurumlardan yararlanan siyasal iktidarın, halkı

¹⁴¹ A.g.e., s. 195.

¹⁴² Gökberk, a.g.e., s. 391.

¹⁴³ Ahmet Ulvi Türkbağ, “Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 2. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: Afa Yayınları, 1995, s. 72.

aptallaştırdığını, sonra da bunu yeniden üreterek insanlara özgürlüğü unutturduğunu öne sürmüştür. Bu prangadan kendisini kurtarabilen çok az insan bulunmaktadır.¹⁴⁴

Kant, aşağıda değinilecek olan ahlak ve hukuk anlayışını oluştururken döneminde baskın olan birtakım görüşlerden faydalanmıştır. Bunlar, Newton'un mekanik fiziği ve Öklid geometrisidir. Newton'un mekanik fiziği zaman ve mekânı, Öklid geometrisi de uzayı nedensellik anlayışıyla mutlak kavramlar olarak ele almıştır.¹⁴⁵ Nitekim Kant'ın ahlak anlayışı da koyu bir nedenselliğe ve mutlak kavramlara dayanmaktadır. Düşünür, doğa yasaları kadar kesin olan ahlak yasaları oluşturmak istemiştir.

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Kant'ın genel felsefesi, fizik dünya ve ahlak yasalarına dayanır. İnsan, fizik dünyada diğer nesnelerden baskındır ve nedensellik yasalarına tâbidir. Buna karşılık, ahlak alanında özgürlüğe ve ahlak yasalarına tâbidir. İnsan ahlaklı olmak için her şeyden önce özgür olmalıdır. Aksi halde insanın süje olması mümkün olmaz. Özgür olmayan insan, fiillerinden sorumlu tutulamaz. Kant'a göre, insan, pratik yönüyle dış evrendeki olaylar karşısında davranışta bulunurken, akılcı yönüyle de bu olayları etkilemektedir. İnsanın düşünebilmesi ona irade serbestisi de sağlamaktadır. Kant'a göre, her insan için serbest bir alan vardır ve bu alanda insan, iradesini özgürce kullanabilir.¹⁴⁶ Her insan, kendi amaçlarını belirleyerek kendi efendisi olma hakkına sahiptir. Her insan kendisinin efendisi olduğu için, diğer bir ifadeyle kimse kimsenin ustası ya da hizmetkârı olmadığı için her bir insanın hakkı, haklar sisteminin bir parçası olarak düşünülmelidir. Bir kişinin özgürlüğü, başkasının başladığı yerde sona ermektedir.¹⁴⁷ Bu nedenle Kant'ın ahlak alanı için öncelediği ilke, özgürlüktür. İrade serbestisi, insana özgürlük sağlarken aynı zamanda insanın kendi davranışlarından sorumlu tutulabilmesinin de temelini teşkil etmektedir.

¹⁴⁴ Kant, **a.g.m.**, s. 226.

¹⁴⁵ Türkbağ, "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet", s. 74.

¹⁴⁶ Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, s. 119.

¹⁴⁷ Arthur Ripstein, "Kantian Legal Philosophy", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 396.

Kant'a göre, insan, kendi dışındaki nedenler tarafından belirlenen heteronom bir varlık olmakla, ahlaklılık için gerekli özgürlükten yoksun bulunmaktadır. Kant, insana özgü ahlaki hayat tarzının temelini onun doğal yanında değil, tam tersine doğal yanından bağımsız bir hayat biçimini gerçekleştirmesini sağlayan akılda aramıştır.¹⁴⁸ Ahlak yasalarını, kendi kendine yasa koyan rasyonel varlığın buyruğu olarak açıklamıştır.¹⁴⁹

Kant, daha geniş özgürlüklerin insanlar için faydalı olduğunu ancak bu özgürlüklerin kaçınılmayan sınırlar yerleştirdiğini söylemiştir. Ona göre, daha az özgürlük, her insanın kendi kapasitesinin son noktasına kadar kendisini geliştirebilmesinin zeminini sağlar.¹⁵⁰ Kant için otonomi ve onur, aynı zemine oturtulmuştur. Bir başka deyişle, otonomi, insan onurunun ve onun rasyonel doğasının temelidir.¹⁵¹ Otonom birey, kendi koyduğu yasaya uymaktadır. İnsan onuruna ve bireyin değerine saygı göstermeyi salık veren Kant için, başkalarını kullanmamak, insanlara saygı çerçevesinde onların otonomilerini, kendileri için mantıklı kararlar alan bireyler olarak kapasitelerini hesaba katarak davranmak, önem arz eder.¹⁵²

Hukuk ve ahlak ilişkisine dair geniş açıklamalar yapmış olan Kant'ın ahlak teorisi, ahlaki niyet üzerine kuruludur. Asıl olan, davranışların sonuçlarının değil, niyetin iyi olmasıdır. Kantı, faydacı düşünürlerden ayıran noktalardan biri budur.¹⁵³ Örneğin Bentham, ahlakın kendisinin kurallar içermediğini düşünürken Kant, tamamen kişilik kurallarıyla oluşan kişilerarası ahlakı düşünür. Hem Kant hem de Bentham her yasanın, pozitif yasa olduğunu söylese de, pozitiflik ihtiyacını temelde farklı şekillerde düşünmektedirler.¹⁵⁴ Aydınlanmacı pek çok çağdaşının aksine Kant, en yüksek ahlaki hedefin mutluluk olduğu düşüncesine (*eudaimonizm*) şiddetle karşı çıkmıştır. Talih ya da kanunlar tarafından belirlenen refah dahi Kant'a göre felsefi olarak ilgisizdir. Dolayısıyla Kant, faydacı ceza teorilerinin mutlak karşıtı olan bir

¹⁴⁸ Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, s. 60.

¹⁴⁹ Yasemin Işıktaç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 11. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2005, s. 138.

¹⁵⁰ Kant, **a.g.m.**, s. 230.

¹⁵¹ Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, s. 69.

¹⁵² Warburton, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁵³ Işıktaç, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁵⁴ Ripstein, **a.g.m.**, s. 399.

düşünürdür. Hatta Kant o derece ileri gitmiştir ki Bentham'ın görüşlerinin, “yılan gibi sinsice” kutsanan bir doktrine dönüştüğünü öne sürmüştür.¹⁵⁵

Kant'ın ahlak anlayışı, ödev ahlakına dayanmaktadır. Koşullar ne olursa olsun, bir davranışı ahlaki yapan, başka hiçbir amaç taşımayıp sadece ödevi yerine getirmek için yapılan davranıştır. Kant'ın ahlak anlayışının bir diğer özelliği ise, formel oluşudur. Davranışın ahlaki olmasında, içeriği ya da sonuçları değil, iyi niyetli olarak yapılıp yapılmadığı ve dolaysız olarak iyiliğe yönelip yönelmediği belirleyicidir. Kant'a göre, ahlak önermeleri koşulsuzdur. Bunlara kategorik emperatif (koşulsuz buyruk) denir. Ahlak alanının dışında kalan her önerme ise, koşulludur. Bunlara da hipotetik emperatif (koşullu buyruk) adı verilir. Kategorik emperatif (koşulsuz buyruk) niteliğindeki önermeler yani ahlak önermeleri, faydacı ya da başka saiklerle değil, bir ödev bilinciyle yerine getirilmelidir.¹⁵⁶

Kant'ın ahlak anlayışında, üç maksim (ilke) öne çıkmaktadır. Evrensellik, insan onuru ve otonomi olarak sıralanan maksimler, insanı süje haline getirmektedir. Dolayısıyla kategorik emperatif, evrensel olmalı, insan onuruna aykırı olmamalı ve insanı otonom kılmalıdır. İnsan, kategorik emperatif bakımından öyle davranmalıdır ki bu davranışı daha sonra evrensel bir kural haline gelebilsin. Kant'ın “*Her seferinde öyle eyle ki, eyleminin ilkesi aynı zamanda genel bir yasa olabilsin.*” ifadesi buna işaret etmektedir.¹⁵⁷ Düşünür, ahlaki davranışlar bakımından karşılıklılığa itiraz etmiştir; nasıl bir muameleyle karşılaşırса karşılaşsın insan, ahlaki davranışta bulunmalıdır. Kant'a göre, doğa yasaları gibi ahlak yasaları da istisnasızdır; ahlak yasalarını evrensel yapan da budur. Kant'ın ahlak anlayışının ikinci maksimi olan insan onuru ise, hem kendi kişiliği hem de bir başkasının kişiliğinde insanı araç olarak görmemeyi işaret etmektedir. İnsan, hangi davranışta bulunursa bulunsun tüm insanların kendinde amaç olduğunu dikkate almalıdır. Kant'a göre, insanlar arası ilişkilerde, bir tarafın diğer tarafı sadece kendi çıkarı için kullanması, o kişiyi araçsallaştırmak anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla böylesi bir

¹⁵⁵ Eric Hilgendorf, Sergio Seminara, **Strafrechtsphilosophie der Aufklärung**, Berlin: Duncker & Humblot, 2018, s. 290.

¹⁵⁶ Immanuel Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, 6. bs., Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2015, s. 30-31.

¹⁵⁷ **A.g.e.**, s. 38.

davranış, ahlaki olmaktan uzaktır ve insan onurunu zedelemektedir.¹⁵⁸ Düşünür, fiyatı olan her şeyin yerine eşit değerde başka bir şeyin konulabileceğini, ancak insan onurunun, bütün fiyatların üstünde olup muadilinin bulunmadığını dile getirmiştir.¹⁵⁹ Üçüncü maksim olan otonomi ise, insanın, davranışları bakımından her zaman bir kanun koyucu gibi hareket etmesine, davranışlarının ilkesini kendisinin koymasına yöneliktir. Kant'ın ahlak anlayışı, insanı bir süje olarak ele aldığı için insan, sorumluluk almalıdır. Ahlaki süje olabilmek için insanın mutlaka kendi kararlarını vermesi ve bu kararların sonuçlarına da katlanması gerekmektedir.

Kant'a göre, insan davranışının iki aşaması, davranışı hazırlayan saikler ve davranışın dış görünüşüdür. Davranışı hazırlayan saikler ahlak alanıyla, davranışın dış görünüşü ise hukuk alanıyla ilgilidir. Ahlak alanında önemli olan, fiilin saikidir. Ahlak normuna uymak amacıyla yapılan fiil, ahlak bakımından iyidir.¹⁶⁰ Düşünüre göre, herkesin vicdanının yarattığı *a priori* ve mutlak bir ahlak ilkesi vardır. Vicdanın sesi, bu ahlak ilkesinin ifadesidir.¹⁶¹ Kant'a göre hukuk ise, özgür bireysel iradelerin karşılıklı sınırlandırılması demektir.¹⁶² Hukuk, fiilin dış görünüşüyle daha çok ilgilidir; kendisini meydana getiren saikten bağımsız olarak fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakar. Ahlaka uygun davranmak için kategorik emperatife, ahlaksal akıldan doğan yasaya herkes uymalıdır. Hukuksal yükümlülükler ise dış yasa koymaya yani heteronomiye bağlıdır. Bu nedenle ahlak yasası ve hukuk yasasının dayandığı otoriteler farklıdır.¹⁶³

¹⁵⁸ Kant'ın insan onuru maksimi, Kant'tan önce başka düşünürler tarafından da dile getirilmesine rağmen bu kavramı günümüze en yakın anlamıyla felsefi bir temele oturtan düşünür Kant'tır. (Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014, s. 8.) İnsan onuru, Almanya'da Nazi rejiminin tasfiyesinden sonra 1949 tarihinde anayasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Federal Almanya Anayasası'nın 1. maddesine göre, insan onuru dokunulmazdır; tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. Bireyin çekirdek alanını koruyan bu düzenlemeyle her bir bireyin, üzerinde tasarruf edilemeyecek özgül değeri vurgulanmıştır. Böylece insan onuru kavramına ilişkin farklı ahlaki ve siyasi yaklaşımlar dışarıda bırakılmış olmaktadır. (Eric Hilgendorf, "İstismar Edilen İnsan Onuru (Biyotetik Tartışmaları Örneğinde İnsan Onuru Teması'nın Sorunları)", Çev. Altan Heper, **Hukuk Köprüsü**, C. III, S. 4, 2013, s. 31.)

¹⁵⁹ Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 52-53.

¹⁶⁰ Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁶¹ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3. bs., Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2001, s. 158.

¹⁶² **A.g.e.**, s. 142; Aynı yönde: "...Kant, hukuku "evrensel özgürlük yasasına göre bir kişinin iradi davranışının diğer kişilerin iradi davranışları ile uzlaştığı şartların bütünü" şeklinde tanımlar..." (Işıқтаç, "**Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları**", s. 138.)

¹⁶³ Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 195.

Kant, pozitif yasaların ve ahlak yasalarının çatışma içinde olabileceğini ve bu pozitif yasaların adaletle tutarlı olmayabileceğini kabul eder. Bu nedenle, devletten doğan kamusal adalet, halktan doğan adalet perspektifinden daha adaletsiz hale gelebilir.¹⁶⁴ Kant, hukuk-ahlak ilişkisi bağlamındaki farklılıklara değinirken hukukun ayırıcı bir başka özelliği olarak, zorlayıcılık kavramını da ele almıştır. Kant'a göre, ahlak alanına ait olan vicdan üzerinde dıştan bir zorlama mümkün değildir çünkü vicdan, doğası gereği özgürdür.¹⁶⁵ Belirli bir davranışı, kendi koyduğumuz ahlak yasasına saygı nedeniyle zorunlu sayarak yapmışsak, ancak o zaman ahlaki görevimizi yerine getirmiş oluruz.¹⁶⁶ Hâlbuki hukuk, insan davranışlarının zorla düzenlenmesini içerir. Bu yüzden hukuk, zorlayıcıdır ve yaptırım içerir.

Kant'ın devlet anlayışında liberal görüşlerin olduğunu iddia etmek yanlış olmaz. Düşünür, devletin kaynağını sosyal sözleşmede görmüştür. Kant'a göre, sosyal sözleşme, tarihsel bir olgu değil, bir ilkedir. Doğa durumundaki sınırsız özgürlük, kaos ve karmaşaya neden olmuştur. Bu nedenle, güvenliğin tesisi için bir devletin kurulması, insan aklının bir buyruğudur. Kant, devleti, bireysel hakları temin edip koruyan ve hukuk kurallarına bağlı olan bir yapı olarak tasavvur etmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiş, Cumhuriyeti en iyi yönetim biçimi olarak görmüştür.¹⁶⁷

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Aydınlanma Çağı'nda doğan ve gelişen ceza hukuku ilkeleri, suç politikalarının belirlenmesine de neden olmaktadır. Bunun etik çerçevesi, Kant'ın seküler ahlak felsefesi ile çizilmiştir.¹⁶⁸ Aydınlanmacı bir bakış açısıyla Kant, öç duygusuna dayanan eski teokratik ceza hukuku anlayışını rehabilite etmiştir. Kant'a göre ceza, hukukun gereği olan zorlamanın uygulanabilmesi için en üst kapasiteye

¹⁶⁴ Thom Brooks, "Kantian Punishment and Retributivism: A Reply To Clark", **Ratio**, Ed. David S. Oderberg, C. XVIII, S. 2, 2005, s. 240.

¹⁶⁵ Işıktaç, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁶⁶ Hirş, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁶⁷ Türkbağ, "**Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet**", s. 77.

¹⁶⁸ Özgür Küçüktaşdemir, "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", **TBB Dergisi**, S. 113, 2014, s. 91.

sahip olan yürütme organınca uygulanır.¹⁶⁹ Kant, cezalandırmanın amacını faydacı bir yaklaşımla açıklayan düşünceye karşıdır. Kant’a göre, faydacılık, eşitlik ilkesinin sürekli olarak ihlaline yol açmaktadır.¹⁷⁰ Ona göre ceza, mutlak adalettir. Cezalandırma, caydırma amaçlı değildir¹⁷¹; kefaret amaçlıdır. Kişiye, yaptığını ödeten bir ceza söz konusu olmalıdır. Ceza, sosyal etkisinden bağımsız olarak suçlunun işlemiş olduğu suçun karşılığıdır.¹⁷² Kant, Pratik Aklın Eleştirisi adlı eserinde ceza ve adalet ilişkisine dair şunları dile getirir:

*“...Son olarak, pratik akıl idemizde, bir ahlak yasasının çiğnenmesiyle birlikte gelen bir şey daha vardır: Bu çiğnemenin bir ceza hak etmesi. ... Her cezada, ceza olarak ilkin adalet olmalıdır ve adalet ceza kavramının özünü meydana getirir. Adaletle iyilik arasında pek doğal olarak ilgi kurulabilir ama yaptığını yaptıktan sonra, cezayı hak edenin buna güvenmesi için en ufak bir neden yoktur. Böylece ceza, fiziksel bir fenalıktır; ahlaksal kötülüğe doğal bir sonuç olarak bağlı değilse bile, ahlaksal bir yasa koymanın ilkelerinin sonucu olarak ona bağlı olmalıdır...”*¹⁷³

Kant, cezalandırmanın etkili bir gerekçesi olarak caydırıcılığı reddetmektedir. Kişiyi, başkalarının yararı için araç konumuna getireceğinden caydırma söz konusu olamaz. Ceza, bütün durumlarda, suçluya sadece suç işlediği için verilmelidir.¹⁷⁴ Bu nedenle ceza, başka bir amaca bağlı değildir. Kategorik emperatif, insanların, kendi maksimlerine göre -bunlar eğer evrenselleştirilebilen maksimlerse- hareket etmesini gerektirdiği için cezalandırmanın gerekçesi, suçlunun da maksiminin evrenselleştirilmesini ve suçluya uygulanmasını gerektirir.¹⁷⁵

Kant’ın kabul ettiği anlamda ceza, yerine getirilmeyen ödevin karşılığıdır ve başlı başına bir iyiliği temsil eder. Kant’a göre, genel olarak acı, özünde kötü

¹⁶⁹ Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Çev. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 128; Immanuel Kant, **Philosophy of Law**, Çev. W. Hastie, Edinburgh: T&T Clark Publishing, 1887, s. 172.

¹⁷⁰ George P. Fletcher, “Punishment and Responsibility”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 507.

¹⁷¹ Kant, **Philosophy of Law**, s. 250.

¹⁷² Birden Güngören, “Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, Ed. Ali Cem Budak, C. IX, S. 2, 2012, s. 524.

¹⁷³ Immanuel Kant, **Pratik Aklın Eleştirisi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı, 5. bs., Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2014, s. 43-44.

¹⁷⁴ Immanuel Kant, **Philosophy of Law**, s. 195.

¹⁷⁵ Fletcher, **a.g.m.**, s. 507.

değildir.¹⁷⁶ Dolayısıyla ceza, iyi bir şey olduğu için uygulanır. Kant, suçun ve cezanın eşitliğini ya da eşdeğerliğini vurgular. İncil'deki *lex talionis* (kisas ya da göze göz dişe diş anlayışı) ilkesinin öğretilerinden yola çıkarak, adalet ölçeklerinin ve hukuk kavramının bu denkliği gerektirdiğini ısrarla dile getirir.¹⁷⁷ Kant, suçlular arasındaki bu eşitlik görüşünde o denli kararlıdır ki pratik avantaj uğruna eşitlikten sapılmasını, “Adalet giderse, artık dünyadaki insanlarda herhangi bir değer kalmaz.” biçiminde açıklar.¹⁷⁸ Elbette Kant, hem ceza tehdidi hem de cezanın kendisinin bir önleyici etkisi olabileceğini biliyordu. Ancak onun teorisinde bu, bir cezalandırma amacı olarak tek başına meşru bir gerekçe oluşturmaz.¹⁷⁹

Cezalandırmanın temellendirilmesi açısından Kant, faydacı düşünce yerine hak etme/layık olma kıstasını getirmektedir. Cezalandırmadan sağlanacak faydanın boyutu, cezalandırmanın amacı için bir ölçüt olamaz. Suçlunun, suç işlemesinin sonucu olarak cezayı hak etmiş olması, cezayı haklı kılar.¹⁸⁰ Kant, insanları, cinayet suçu için idam etmek, vatan hainliği suçu için sürgüne göndermek, tecavüz suçu için hadım etmek yerine demir parmaklıklar ardına göndermenin bir gerekçesini bulmaya çalışmıştır. Bu, bazen suçlunun maksiminin evrenselleştirilmesi ve sonuçlardan acı çekmesiyle ya da bir suçun, cezaıyla uyuşması biçiminde gerçekleşir.¹⁸¹

Kant, suç sayma ve cezalandırmanın toplumsal savunma amacı olamayacağını savunmuştur. Kant'ın meşhur ada örneğinde görüldüğü gibi, bir adada yaşayan halkın tümü birbirlerinden ayrılıp yaşadıkları toplumu ortadan kaldırmaya karar vermiş olsalar dahi cezaevindeki son ölüm cezası mahkûmunun cezası infaz edilmek zorundadır.¹⁸² Bu örnekten de görüldüğü gibi Kant'a göre, ceza, ahlaki bir zorunluluk olup mutlaka kefareti gereklidir.

Kant, suç sayılan bir fiilin, genel bir davranış kuralı haline gelememesi nedeniyle ahlaken iyi olmadığını söylemektedir. Bir suç işlendiğinde suçun karşılığı

¹⁷⁶ Eoin O'Connell, “Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, And The Highest Good”, **The Southern Journal of Philosophy**, C. LII, S. 4, 2014, s. 478.

¹⁷⁷ Kant, **The Metaphysics of Morals**, s. 141.

¹⁷⁸ George P. Fletcher, **Basic Concepts of Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 1998, s. 37.

¹⁷⁹ Thomas Vormbaum, **A Modern History of German Criminal Law**, Ed. Michael Bohlander, Çev. Margaret Hiley, Berlin: Springer, 2014, s. 36.

¹⁸⁰ Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **EÜHFD**, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 20.

¹⁸¹ Fletcher, **a.g.m.**, s. 507.

¹⁸² Kant, **The Metaphysics of Morals**, s. 142.

olan cezanın verilmesi gerekir. Hatta Kant, *lex talionis* anlayışını düşündürtecek biçimde, suçlunun, suçu esasen kendisine karşı işlemiş olacağını belirtmektedir.¹⁸³ Kant’a göre, devletin görevi, suç teşkil eden fiilleri bir vasıta olarak kullanmak değil, bu fiilleri yaptırıma tâbi tutmak suretiyle hukuku korumaktır.¹⁸⁴ Devletin af yetkisinin kullanımı konusunda ise, egemen gücün dikkatli olması gerektiğini ifade etmiştir. Af yetkisi, kişilere karşı işlenen suçlarda değil, devlete karşı işlenen suçlarda kullanılmalıdır.¹⁸⁵

Kant’ın ceza hukukuna ilişkin görüşleri, ölçülülük ilkesi, hukuka aykırılık, kusurluluk gibi kavramları doğrudan etkilemiştir.¹⁸⁶ Klasik ceza hukuku okulunun suç genel teorisinde, suçun unsurları bakımından maddi unsur (*actus reus*)¹⁸⁷ ve manevi unsur (*mens rea*)¹⁸⁸ biçiminde ikili bir ayrım varken Kant’la birlikte suçun unsurları arasına “hukuka aykırılık” da girmiştir.¹⁸⁹

Bu bağlamda Kant’ın, denizde kaza geçiren iki denizciden birinin, bir tahta parçasına tutunarak hayatta kalabilmek için diğerini itmesi örneği akla getirilebilir. Kant’a göre, sezgiler, kendi hayatını kurtarmak için bu fiili gerçekleştiren denizcinin cezalandırılmaması gerektiğini söyler. Denizci, kategorik buyruğun, bir amaç olan insanı öldürmeyi yasaklayan mutlak emrini ihlal etmiştir. Henüz kesinleşmemiş bir kötülük tehdidi (mahkemenin vereceği ceza kararı), kesin olan bir kötülük tehdidinden (boğularak ölme) ağır basamayacaktır. Zira böyle bir durum için yasalarda da bir ceza düzenlenmemiştir. Bu nedenle de faili cezalandırmak akla uygun değildir. Fail denizci, cezadan kurtulmaktadır çünkü cezaların sahip olması gereken “tehdit” unsuru bu olayda bulunmamakta ve böylece ceza, arzu edilen etkiyi göstermemektedir. Kant burada ıztırar (zorunluluk) halini tanımış olmaktadır. Başka

¹⁸³ Aktaş, **a.g.m.**, s. 18-19.

¹⁸⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁸⁵ Güriz, **a.g.e.**, s. 206.

¹⁸⁶ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 69.

¹⁸⁷ Suçun maddi unsuru; fiil (hareket, eylem), netice ve illiyet bağı olmak üzere üçlü bir sacayağına benzetilebilir. Suçun mevcudiyeti için insanın dış dünyaya yansıyan olumlu ya da olumsuz bir davranışının (fiil) bir sonuç doğurması (netice) ve ilgili fiille sonuç arasında bir ilişki (illiyet bağı) bulunması gerekmektedir. (Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 238.)

¹⁸⁸ Suçun manevi unsuru, insanın kendisi ile işlediği haksızlık içeren fiil arasındaki psikolojik bağdır. Manevi unsurlar, kast ve taksir kavramlarıdır. (Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 356.)

¹⁸⁹ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 79-80.

bir hukuk kuralı bu itme fiilini hukuka uygun hale getirmediği, diğerini tahtadan iten fail cezalandırılmasa da fiil suç olarak kabul edilmelidir.¹⁹⁰

Kant'ın genel felsefesi, birey ve devlet anlayışı ile ceza hukukuna ilişkin görüşlerine değindikten sonra, çalışmanın devamında ceza hukuku felsefesine önemli katkılar sunmuş diğer bir Aydınlanma düşünürü olan Beccaria'nın görüşlerine yer verilecektir.

B- Cesare Beccaria

Birçok dile çevrilen eseri Suçlar ve Cezalar Hakkında (*Dei Delitti e delle Pene*) ile büyük bir ün kazanan Cesare Beccaria (1738-1794), ceza hukuku alanında dönemi için insancıl ve yenilikçi görüşler ileri sürmüş ve o zamana kadarki ceza hukuku anlayışına şiddetle karşı çıkmış İtalyan bir hukukçu ve düşünürdür.¹⁹¹ Suçta ve cezada kanunilik, kıyas (analoji) yasağı, kanunların soyut ve genel olması gerektiği gibi ilkeler Beccaria'nın görüşlerinde kendine yer bulmuştur.¹⁹² Beccaria'nın ortaya koyduğu insancıl ceza hukuku anlayışı, düşünce ve vicdan özgürlüğüne önem verdiğini göstermektedir. Nitekim düşünür, “ölümsüz önder” diye tanımladığı Montesquieu'nün görüşlerinden de etkilenmiştir.¹⁹³

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Aydınlanma Çağı'nın ruhuna uygun bir şekilde, Beccaria'ya göre, birey serbest iradeye sahiptir. İyi ya da kötü bir fiilde bulunmak, onun kendi tercihidir. Dolayısıyla suç teşkil eden bir fiil için birey, sorumlu olacak ve bu suçun karşılığı olan cezaya katlanacaktır. Ortaçağ'da günahkâr addedilen suçlu, Beccaria'da süje kimliğini

¹⁹⁰ Fletcher, **a.g.e.**, s. 84, 131; Brooks, **a.g.m.**, s. 238-239.

¹⁹¹ Beccaria'nın, bu eseri sayesinde “felsefi bir yasa koyucu olarak ününün zirvesinde” olduğu ifade edilmiştir. (Alberto Cadoppi, “Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law”, **University of Baltimore Journal of International Law**, C. III, S. 2, 2015, s. 5.)

¹⁹² Giorgio Del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çev. Sahir Erman, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, t.y., s. 154-155.

¹⁹³ İlham Rahimov, **Suç ve Ceza**, İstanbul: TBB Yayınları, 2014, s. 28.

kazanmış ve toplum kurallarına uymayan bir birey olarak görülmüştür. Dolayısıyla süje kimliğini kazanan insan özgürdür ve fiillerini özgürce tayin etmesi mümkündür.

Beccaria, yaşadığı dönemde mevcut olan feodal düzeni ortadan kaldırarak toplumu değiştirmeye yönelik önerilerde bulunmuştur. Buna göre, bireyin ve toplumun değişiminde en önemli basamaklardan biri de hukuksal yapının değiştirilmesidir.¹⁹⁴

Döneminin hukuk anlayışına getirdiği eleştirilerle tepki çeken ve “delilik” ile dahi itham edilen düşünürün görüşlerinin esasını toplumsal sözleşme anlayışına dayandırdığı dile getirilebilir. Nitekim Beccaria, devletin esasını ve cezalandırma yetkisini bir toplumsal sözleşme ile açıklamıştır. Toplumun iyiliği için bireylerin özgürlüklerinin bir kısmından vazgeçmesinin makul olduğunu savunmuştur. Düşünöre göre, toplumsal hayatın güvenlik esası içinde gerçekleşmesi, bireysel özgürlüklerin bir kısmının, devlete aktarılmasını zorunlu kılmıştır. Terk edilen bir kısım özgürlükler, toplumun yegâne temsilcisi olan kanun koyucunun cezalandırma yetkisinin esasını teşkil etmiştir.

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Beccaria’ya göre, toplumsal düzenin temeli güvenlidir ve adalet, bireysel faydaları bir araya getiren zorunlu bir bağıdır. Egemenliği, herkesin iyiliği için gözden çıkarılan özgürlüğün bütün parçalarının toplamı olarak ifade etmesiyle toplum sözleşmesi düşüncesine katılan Beccaria, güvenlik, adalet ve özgürlüğün teminatı ve kanunların ihlal edilmesine karşı etkili bir araç olarak cezayı ileri sürmüştür.¹⁹⁵ Cezalandırmanın kaynağı olarak ilahi yasalara karşı çıkmış, seküler adalet anlayışını savunmuştur.¹⁹⁶ Cezaların, sadece gereken oranda ve zorunlu oldukça verilmesi gerektiğini belirtmiş, bir ceza türü olarak işkenceye muhalefet

¹⁹⁴ Ağaoğulları, Çulha Zabcı, Ergün, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁹⁵ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 7. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2018, s. 26.

¹⁹⁶ Emine Eylem Aksoy Retornaz, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, S. 112, 2014, s. 96.

etmiştir. Yaşadığı dönemde, görüşlerini dayandırabileceği istatistiki veriler bulunmadığından insanın ampirik doğasına başvurmuştur.¹⁹⁷

Beccaria, suç kavramını merdiven metaforuyla açıklamıştır. Düşünüre göre, toplum içinde yaşama zorunluluğu ve çıkar çatışmaları nedeniyle bir “kargaşa merdiveni” (*scala di disordini*) ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁸ Merdivenin ilk basamağında hemen toplumsal yıkım getiren kargaşalar, son basamağında da bireylere yapılan haksızlıklar yer alır. Bu iki basamak arasında ise, suç olarak adlandırılan ve kamu düzenine aykırı eylemler bulunur. Suçlar da, etkilerine göre yukarıdan aşağıya dizilir.

Beccaria, suçlunun hangi cezayı hak etmesi gerektiğinden çok yeniden suç işlenmesini önlemek için cezaların nasıl olması gerektiğini irdelemiştir. Bu nedenle, cezalandırmanın amacını, suçun tekerrürünü önlemek için cezadan beklenen faydaya dayandırmıştır.¹⁹⁹ Düşünüre göre, cezanın beklenen sonucu doğurması için, neden olduğu zararın, suçlunun suçtan elde ettiği faydayı aşması gerekli ve yeterlidir. Beccaria’nın maksimi, “toplumca azami sayıda paylaşılan azami mutluluk”tur.²⁰⁰ Beccaria’nın teorisi, Bentham’ınki gibi saf faydacı bir şekilde gelişmemiş, toplumsal sözleşme ve doğal haklar gibi doğal hukuk öğelerine de yer vermiştir.

Klasik ceza hukuku okulunun kurucularından olan Beccaria, ceza hukukunu ilk kez sistemleştirmiştir.²⁰¹ Bu okulun metodu olarak, suçun, soyut bir hukuki varlık olarak *a priori* irdelemeye tâbi tutulması Beccaria’da da görülür.²⁰² Düşünür, ortaya koyduğu görüşlerle, sadece Aydınlanma Çağı’na damga vurmamış, günümüz ceza hukuku sistemlerine de yön vermiştir. İtalyan kriminoloji okulunun kurucusu ve aynı zamanda sosyolog olan Enrico Ferri, Beccaria için şunları dile getirir: “*Romalılar sivil hukuku doğru şekilde tertip etmemiş, Ortaçağ’ın hukukçuları ceza hukukunu felsefi sistem olarak geliştirememişlerdir. İlk kez Beccaria salt bilimsel değil, daha çok duygu çabasıyla suç ve cezalarla ilgili öğretiyi geliştirmiştir.*”²⁰³

¹⁹⁷ Vormbaum, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁹⁸ Beccaria, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁹⁹ Aktaş, **a.g.m.**, s. 6.

²⁰⁰ Jean-Christophe Merle, **German Idealism and the Concept of Punishment**, Çev. Joseph J. Kominkiewicz, New York: Cambridge University Press, 2009, s. 18.

²⁰¹ Aksoy Retornaz, **a.g.m.**, s. 95.

²⁰² Rahimov, **Suç ve Ceza**, s. 34.

²⁰³ İlham Rahimov, **Suç ve Ceza Felsefesi**, Ankara: EkoAvrasya Yayınları, 2014, s. 45.

Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında adli eserinde cezaların kökeni, cezaların amacı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç tipleri, adil yargılama, teşebbüs, iştirak gibi ceza hukukuna ilişkin pek çok kavram ve kurumu ele almış, işkence ve ölüm cezasına karşı çıkmıştır. Ceza kanunlarının anlaşılır olması gerektiğini belirtmiş, suçlar ile cezalar arasındaki dengenin, ceza adaletinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır. Toplum kurallarını aynı derecede ihlal etmeyen suçlara aynı ceza verilirse, insanların en ağır suçu işlemekte sakınca görmeyeceklerini belirtmiştir.²⁰⁴ Devletin kişiliğine karşı suçları en ağır suç olarak sınıflandırmış, bu suçtan sonra en ağır suç olarak kişi güvenliğine karşı suçları belirtmiştir. Bireysel bile olsa her suçun, topluma zarar verip düzeni sarstığını savunmuştur.

Beccaria'ya göre, iyi ceza, ağır olan değil, uygulanabilen cezadır. Cezanın amacı, suçlunun, toplumdaki diğer insanlara zarar vermesini ve başkalarının da benzer fiillerde bulunmasını önlemektir.²⁰⁵ Böylece düşünür, cezalandırmanın toplumsal fayda amacını vurgulayarak caydırma (önleme) işlevini öne çıkarmıştır. Cezaların kesin, hızlı ve şiddetli olmadıkça caydırıcı olamayacağını belirtmiştir. Cezaların kesinliğinin, bir suçun cezasının ne kadar hafif olursa olsun mutlaka uygulanacağını toplumda bilinmesi olduğunu göz önünde tutan Beccaria, hızlı verilen ceza sayesinde bireylerin, suç teşkil eden bir fiilin cezasından kurtulamayacaklarını hissedeceğini iddia etmiştir. Düşünüre göre, cezaların şiddeti ise, toplumun yapısına ve suçun ağırlığına uygun düşmelidir.²⁰⁶

Beccaria'dan itibaren, ifşa edilme ve cezalandırmanın kaçınılmaz oluşu, suçun önlenmesi bakımından sert cezaların uygulanmasından daha önemlidir. Bu durum, suçun ortaya çıkışından önce önleyici etkiye neden olur.²⁰⁷ Buna ilişkin Beccaria'nın düşüncesi şu şekildedir: *“Suçları önlemek istiyor musunuz? Öyle yasalar yapınız ki açık, yalın, anlaşılır olsunlar, toplum onları sevsin ve savunmak için bütün gücüyle birleşsin; toplumun hiçbir kesimi onları yıkmaya durmasın, yeltenmesin. Öyle yasalar yapınız ki bunlar bütün insanlara eşitlik getirsin, kimi sınıflara ayrıcalıklar getirmesin; insanlar ondan çekinsinler; insanları yalnızca onlar titretsinsinler. Çünkü yasaların saldıkları korku kurtarıcıdır, insanları esenliğe götürür. Oysa insanın*

²⁰⁴ Beccaria, **a.g.e.**, s. 48.

²⁰⁵ **A.g.e.**, s. 69.

²⁰⁶ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 61-62.

²⁰⁷ Rahimov, **Suç ve Ceza Felsefesi**, s. 161.

insana verdiği korku her zaman yeni suçlar üreten bir kaynak olmuş; insanlara bela getirmiştir."²⁰⁸ Bu ifadesinde Beccaria, suçları düzenleyen kanunların açık ve anlaşılır olması yönündeki vurgusuyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli bir unsurunu açıkça dile getirmiştir. Aynı zamanda, kanunların toplumdaki bütün bireyleri kapsayıcı olmasının, bireyleri, kanunlara uymak konusunda gönüllü ve kanunları korumak konusunda hevesli kılacağını savunmuştur. Düşünür, insanların kendi aralarındaki husumetlerin yeni suçlar doğuracağını, herkesin kendi hukukunu aramasının toplumu büyük sıkıntılara sokacağını, eşitlikçi kanunların ise insanlara vereceği korkuyla caydırıcılığı sağlayıp toplumsal huzuru tesis edeceğini yine bu ifadesiyle ortaya koymuştur.

Çalışmanın devamında, faydacılık akımının önemli bir düşünürü olan Bentham'ın genel felsefesine, birey ve devlet anlayışına, ceza hukukuna ilişkin temel görüşlerine değinilecektir.

C- Jeremy Bentham

Doğal hukuk anlayışı, 18. yüzyıl İngilteresi'nde Sir William Blackstone'un (1723-1780) İngiltere Yasaları Üzerine Yorumlar (*Commentaries on the Laws of England*) adlı eseriyle hukukun kaynağı olarak görülmeye başlanmış ve pozitif hukuktan üstün tutulmuştu. Faydacılık akımının öncüsü olan Jeremy Bentham (1748-1832) ise, doğal hukuku, "saf bir fantezi eseri" olarak nitelendirerek Blackstone'un görüşlerine karşı çıkmıştır.²⁰⁹ Aydınlanma ruhu ve Fransız Devrimi'nden etkilenen düşünür, geleneksel ve belirsiz bulduğu *common law* sistemi yerine sistematik, bilişsel, ampirik ve kodifiye edilmiş bir hukuk reformu önermiştir. Analitik hukuki pozitivizm, refah ekonomisi, politika analizi ve ceza hukuku teorisinin gelişimine önemli ölçüde katkıda bulunmuştur. Görüşleri üzerinde Hume ve Beccaria gibi düşünürlerin etkisi bulunur. Bentham'ın faydacı ahlak ve hukuk teorisi, Aydınlanmanın ve liberalizmin 19. yüzyıldaki izdüşümüdür.

²⁰⁸ Beccaria, **a.g.e.**, s. 202.

²⁰⁹ Raymond Wacks, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, Çev. Engin Arkan, 6. bs., İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, s. 5; George Sabine, **Siyasal Düşünceler Tarihi III: Yakın Çağ**, Çev. Özer Ozankaya, Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği Yayınları, 1969, s. 56.

Bentham, döneminin İngiliz içtihat hukukunu, “*dog law* (köpek hukuku)” olarak adlandırır. Düşünürü göre, nasıl ki bir köpeğe, ilk başta görev ve yasakları söylenmeyip ancak ve ancak yanlış bir fiili sonrası çubukla vurulursa, İngiliz hukuk düzeni de bireylere bu şekilde yaklaşmıştır.²¹⁰ Hâlbuki Bentham’a göre, olan-olması gereken hukuk ayrımı önemlidir. Bu ayrımı içermediği için doğal haklar öğretisine karşı çıkar. Hem olan hukuk hem olması gereken hukuk için fayda dışındaki kavramlara gerek olmadığını belirtmiştir.

Bentham, faydanın soyut bir terim olduğuna hak verir ancak bilimsel bir tanım yapmaktan geri durmaz. Ona göre, fayda, bir şeyin, bir kötülükten korunmak ya da bir iyilik sağlamak yolundaki eğilimini ya da özelliğini belirtir. Bir birey, kendi toplam refahını; bir topluluk da, topluluğu oluşturan bireylerin toplam refahını artırmaya yönelir.²¹¹ Bentham’a göre, doğa, insanlığı, acı ve haz adı verilen iki egemen efendinin yönetimine bırakmıştır. Yaptığımız, söylediğimiz, düşündüğümüz her şeyde bu iki unsurun yönetimi söz konusudur.

Bentham’a göre, aklın rolü, doğal hukuk teorisindeki merkezi yerinden kaldırılır ve eylem ve yasaların dışsal sonuçlarının, bunlardan çıkacak toplam iyilik bakımından rasyonel olarak hesaplanmasına indirgenir.²¹² İşte fayda ilkesi, sistemin felsefi dokusunu, akıl ve hukukun eliyle yeniden yerleştirir.²¹³ Bu ilke, sadece acı ve haza dayanır. Acı ve haz niceliksel olarak ölçülebilir ve böylece bir mutluluk cetveli elde edilmiş olur. Ahlak ve akla ilişkin olarak devlet adamı ya da köylü, cahil ya da filozof, bütün insanlar için doğal olan objektif iki kriter sadece acı ve hazzdır.

Bentham “iyi” anlayışını, “en yüksek sayıda insana, en yüksek mutluluk” olarak tanımlamıştır. Ahlaki görev, vicdan, günah, erdem, tutku gibi kavramlara fiktif olduğu düşüncesiyle karşı çıkmıştır. Dolayısıyla ahlaken yapılması “doğru” olan şey, en fazla mutluluğu sağlayacak olan hazzdır. Bentham, bunun pratikte nasıl olacağını da açıklamıştır. İleri sürdüğü “mutluluk terazisi”ne göre, eylemlerin vereceği hazzdan, acıyı çıkarınca geriye kalan sayısal değer, eylemin “fayda”sı yani

²¹⁰ Jeremy Bentham, **The Works of Jeremy Bentham Volume V**, London: Simpkin, Marshall & Co., 1843, s. 235.

²¹¹ Jeremy Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, Çev. Barkın Asal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s. 2.

²¹² Mark Tebbit, **Philosophy of Law: An Introduction**, 2. bs., New York: Routledge, 2005, s. 18.

²¹³ Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 14.

mutluluk değeridir. Bu değeri, diğer eylemlerin mutluluk değeriyle karşılaştırınca en büyük haz verecek olan eylem, toplum için o denli faydalıdır.

Bentham’a göre, bir bireyin bireysel mutluluğu, bir bütün olarak toplumun toplam mutluluğuna kaçınılmaz olarak katkıda bulunur. Bentham, en fazla sayıda insana mutluluk veren şeyin bazı kişilere mutluluğu en iyi şekilde getirmediği ya da bazı insanlara en fazla mutluluk veren şeyin, mutlak olarak herkese en fazla mutluluk veremeyeceği düşüncesini dikkate almaz.²¹⁴

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Bentham, ahlaka ilişkin görüşlerini deney ve gözleme dayandırmış, ahlakın hazların hesaplanması olduğunu belirtmiştir.²¹⁵ Düşünürü göre, bir eylemin ahlaki değeri, onun birey ve toplumda doğurduğu haz ya da acıyla ortaya çıkmaktadır. Bentham, ahlakı, bireylerin itibar konusundaki isteklerine hitap eden davranışları yöneten övgü ve suçlama pratikleri olarak ele almıştır.²¹⁶ Bentham’a göre, her birey, acılarını azaltmaya ve hazlarını artırmaya çalışan varlıktır. Hazzın niteliği değil, niceliği önemlidir. Dolayısıyla acı-haz ikiliğinde bireyin tüm çabası, mutluluğun inşası içindir. Bentham’a göre, karşı konulamaz ve ebedi duyguları içeren bu çaba, bireyin doğal davranışının bir sonucudur.²¹⁷ Ahlaki yeterlilik, hazların bastırılması değildir. Ancak Bentham bireyleri, yalnızca hazcı ve bencil değil, aynı zamanda plan yapan ve kaygılanan varlıklar olarak gördüğü için güvenliğin, insan refahı için daha önemli olduğunu düşünmüştür.²¹⁸ Bentham, hedonizmi mengene ile ilişkilendirmekten ziyade, yararlı bir kaldıraç olarak görmüş ve akıllı kanun koyucuların, böylece davranışları yönetebileceğini ifade etmiştir.²¹⁹

²¹⁴ Gilbert Geis, “Pioneers In Criminology VII. Jeremy Bentham (1748-1832)”, **The Journal of Criminal Law, Criminology, And Police Science**, C. XLVI, S. 2, 1955, s. 165.

²¹⁵ Ahmet Gürbüz, **Hukuk Felsefesi Açısından Yarırcılık Teorisinin Eleştirisi**, 2. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 76-77.

²¹⁶ Guyora Binder, “Foundations of the Legislative Panopticon: Bentham’s Principles of Morals and Legislation”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 85.

²¹⁷ Oktay Uygun, **Hukuk Teorileri**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 117.

²¹⁸ Binder, **a.g.m.**, s. 82.

²¹⁹ **A.g.m.**, s. 95.

Bentham'a göre, hem hukuk kuralları hem ahlak kurallarının iyilik ve kötülük testleri, pratikteki faydalarına göre ölçülür. Bu bağlamda, gerek ahlak kuralları gerek hukuk kuralları, kendiliğinden kötü olanlar ve hukuk tarafından yasaklandığı için kötü olanlar şeklinde ayrılamaz. Bir hukuki fiilin haksızlığı, doğuracağı sonuçlara göre ölçülür. Bireyin mutluluğuna ve faydasına aykırı ahlaki ödevlerin bulunduğunu söylemek doğru değildir.²²⁰ Bireysel eylemler bireysel faydaya yönelikken, hukuk kuralları sosyal faydaya yönelir. Sosyal fayda ilkesi, devletin de temelidir. Dolayısıyla devletin de amacı, en yüksek sayıda insanın, en yüksek mutluluğu olarak tanımlanır. Bu nedenle, Bentham'ın faydacılık düşüncesinin, bireysel olmayıp toplumsal olduğu söylenebilir. Düşünre göre, faydacılığın bireysel bencillikten kurtulması için bireylerin eğitimi ve kurumların teşekkülü gereklidir.²²¹

Bentham'a göre, devlet, toplum sözleşmesi ile kurulmamıştır. Toplum sözleşmesi, birçok kötülüğe yol açabilen bir kurgudan ibarettir. Çünkü bireylerin tamamının yasaya itaat etmesi değil, itaat ettiğinin varsayılması söz konusudur. Bentham'a göre, tek başına yasaya itaat bireye mutluluk getirmez. Toplumdaki bireyleri bir arada tutan, zayıf ve yetkinlikten uzak oldukları duygusudur. Her bir bireyin hakları toplumca korunmalı ve bunun karşılığında bireyler de yasalara uymalıdır. Bu durum, toplumu düzenli tutma ve koruma gerekliliğinin sonucudur.²²² Dolayısıyla bireylerin yasaya itaatinin temelinde fayda ilkesi bulunur.

Hukuki pozitivist geleneğe uygun olarak Bentham, devlet iradesinin ürünü olmayan ve devletin otoritesiyle yaptırıma bağlanmayan hiçbir kuralı, hukuk kuralı olarak görmez. Devlet, düzenleyici bir otorite olarak bireylere emeklerinin karşılığını verir ve böylece bireyleri mutlu kılar. Vazedilen kanunların, geçim araçlarını temin etmesi, refah, eşitlik ve güvenliği sağlaması gerekir.²²³ Dolayısıyla Bentham'ın önerdiği hukuk reformu, modern bir refah devleti için uygun bir hukuk anlayışı oluşturmayı gözetir. Bu anlayış, çeşitlilik içeren geniş ve liberal bir toplumu etkili bir şekilde yönetebilecek bir hukuk sistemi içindir.²²⁴

²²⁰ Aktaş, **a.g.m.**, s. 8.

²²¹ Ahmet Cevizci, **Felsefe Sözlüğü**, 3. bs., İstanbul: Paradigma Yayınları, 1999, s. 114.

²²² Mete Tunçay, **Batı Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yakın Çağ**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 40.

²²³ Güriz, **a.g.e.**, s. 244.

²²⁴ Binder, **a.g.m.**, s. 92.

Bentham'a göre, egemen, tek ve mutlak hukuki otoritedir. Bentham'ın amacı, egemenin izlediği her hukuk politikasını meşru kılmak değildir. Devletin temel amacı, fayda ilkesine dayandığına göre, bu amaç için mutlak iktidar şarttır.²²⁵ Devlet, elindeki güç tekeli kullanırken uygulayacağı kötülüğün, önlemeye çalıştığı fiillerden gerçekten ve her durumda büyük olduğunu ve bu fiillerin, uygulayacağı kötülükten daha zararlı olduğunu dikkate almalıdır.²²⁶ Bu nedenle, Bentham'ın sadece ahlak teorisinin değil, hukuk teorisinin temelini de faydacı düşünce oluşturur.

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Bentham'ın faydacı hukuk teorisi, kamu yararını güvenilir bir şekilde tesis edecek hukuk kurallarına ihtiyaç duymuştur. Toplum, demokratik yollarla kanunlara göre yönetilmelidir. Bentham'a göre kanunun tanımı, bir devletteki egemenin irade açıklamalarıdır. Egemenin iradesi, emir, yasak, tavsiye ve izin olmak üzere dört şekilde ortaya çıkar.²²⁷ Ancak bu irade açıklamalarının yöneldiği kişi ya da kişiler sınıfı için egemenin irade açıklamalarına uyulmadığı takdirde yaptırım söz konusudur. Dolayısıyla hukuk, egemenin yaptırımlarıyla desteklenir.²²⁸ Bentham, ceza hukukunun işlevinin, yaptırımlar eliyle suç fiilinin intikamını almak değil, suç fiilinin icra edilmesini engellemek olduğunu belirtmiş ve böylece ceza hukukunun rasyonelleştirilmesine katkı sunmuştur.²²⁹

Bentham'a göre, bireyler, acı ve haz karşılığı sayesinde kanuna uyar. Dolayısıyla acı ve haz, yaptırımlarda da belirleyicidir. Bentham, yaptırımları, belli davranış kurallarına bağlanmış ödül ve ceza niteliğindeki iyilik ve kötülükler olarak değerlendirmiştir. Bentham'ın ödülü de bir yaptırım çeşidi olarak tanımlaması dikkat çekicidir. Düşünöre göre, dört çeşit yaptırım vardır: Bunlar, doğanın kendi akışı içinde gerçekleşen doğal ya da fiziki yaptırım, insanlardan beklenen ya da insanlar tarafından hissedilen ahlaki yaptırım, hâkimlerden beklenen siyasal (kanuni) yaptırım

²²⁵ Uygun, **Hukuk Teorileri**, s. 121.

²²⁶ Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, s. 61.

²²⁷ Elif Çağla Yıldız, "Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2014, s. 56.

²²⁸ Hülya Özkurt, **Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 127.

²²⁹ Geis, **a.g.m.**, s. 165.

ve dini yaptırımdır.²³⁰ Bentham, bu yaptırımların, herkesi aynı güçte etkilemediğini ve kendi aralarında yarışabildiğini ya da çatışabildiğini savunmuştur.²³¹

Bentham, tüm kanunların, hem ceza hukukuna hem de özel hukuka dair olduğunu iddia etmiştir. Örneğin bir mülkiyet davasında da cezai bir unsur vardır. Düşünüre göre, medeni hukukun öncelikli amacı ekonomik güvenlik ve ulusal refah olduğu gibi, ceza tehdidinden güçlü bir destek alarak mülkiyeti korumaktır. Bentham, hiçbir yükümlülük ya da yaptırım öngörmeyen medeni kanunların, tam anlamıyla birer kanun olmadıklarını, bunların sadece kanunun belli bir kısmı olduğunu belirtmiştir.²³²

Bentham’a göre suç, hukuk tarafından yasaklanan fillerdir. Ancak bu yasaklar, egemenin yasaklamaktan hoşlandığı filler olmamalı, fayda ilkesi ışığında objektif olarak belirlenmelidir. Bentham, suça ilişkin fiili, koşulları, sonuçları, doğrudan ya da dolaylı niyetleri içeren bir suç ontolojisi geliştirmiştir.²³³ Düşünüre göre, suç davranışı genellikle öğrenilen davranıştır, fikirle kavramaya yetmez. Bu davranış, biyolojik, iklimsel ya da diğer sosyal olmayan bir illiyet bağından ziyade sosyal bir illiyet bağı taşır.²³⁴ Ceza ise, suç teşkil eden bir fiile, fiilin doğuracağı benzer sonuçların tekrar ortaya çıkmaması için siyasi otorite tarafından bağlanmış olan yapay bir sonuçtur. Dolayısıyla ceza, sadece bazı bireysel eylemlerin sonucu değil, suç olarak nitelendirilebilecek fiilden türetilen bir acı kategorisidir. Bentham’a göre, suç işleyen bir birey, özgür, rasyonel ve soğukkanlıdır. Dolayısıyla bir bireyin bizatihi kendisi, haz ve elem veren uyaranlar konusunda en iyi yargıdır.

Cezaların uygulanmasını sağlayacak temel ilke, özel hukuk alanında olduğu gibi yine fayda ilkesidir.²³⁵ Bentham’a göre, fayda ilkesi, bir fiilin “yanlış” olup olmadığını, “suç” olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağını ve kanun tarafından önlenabilir hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek için objektif bir test işlevi görür. Elde edilecek faydalar arasında caydırıcılık, başta gelir. Elde edilecek yan

²³⁰ Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, s. 36.

²³¹ Bu yaptırımların birbirleriyle ilişkisi için bkz. **a.g.e.**, s. 37-38.

²³² Wacks, **a.g.e.**, s. 23.

²³³ Binder, **a.g.m.**, s. 80.

²³⁴ Geis, **a.g.m.**, s. 164.

²³⁵ Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, s. 133-134, 158.

faydalar ise, ıslah, tazminat ve suçluyu suç işleme yeteneğinden yoksun kılmadır.²³⁶ Cezaların caydırıcı olması için görünür olması gerekir. Bu sayede cezanın ibret vericiliği artacağı için caydırıcılığı da artacaktır.²³⁷

Bir kişiyi suçlu olarak kınamanın ve onu özgürlüğünden mahrum etmenin öngörülen faydaları, ona ve ailesine getirilen masraflardan ağır basmaktadır. Bentham’a göre, suç sayılan fiilin doğuracağı zararın tazminata elverişli olması, cezalandırmayı temelsiz kılar. Bu durumu, Bentham’ın, liberal bir düşünceden hareketle bazı suçları özel hukuk alanına çekme çabası olarak algılamak yanlış olmayacaktır. Bentham, para cezalarını, suçluya bedensel bir zarar vermediği için liberal adaletin tesisi bakımından ideal bir yaptırım olarak görmüştür. Daha da önemlisi, para cezaları sayesinde cezaevi sisteminin eksikleri ve talepleri yerine getirilerek maliyet azaltılır ve suçlu, topluma yeniden kazandırılır. Bentham, para cezası ve tazminatın ömür boyu önemli bir yaptırım olarak görülmesini beklememiştir. Ancak toplumdaki bolluğun artmasıyla para cezalarının merkezi bir konum kazanacağını açıkça öngörmüştür.²³⁸

Bentham’ın faydacı hukuk teorisi, ceza hukuku söz konusu olduğunda negatif bir sorumluluk öngörür. Düşünre göre, ceza hukukunun negatif amacı, insanların zararlı hareketlerinin önlenmesi ve bu sayede topluma acı veren eylemlerin etkisinin azaltılmasıdır.²³⁹ Bentham, toplumun mutluluğuna açıkça zarar veren fiilleri, acıya neden olduğu için suç olarak ele alır. Dolayısıyla Bentham’a göre, cezalandırmanın amacı kefaret değildir, suçluyu korkutup tekrar suç işlemeyecek hale getirmektir. Suç teşkil eden fiiller, toplumdaki istikrar ve güvenliği, suç işleme korkusunu zedelediği için kötüdür. Dolayısıyla hukuk, suç işleyenleri cezalandırarak toplumun mutluluğuna katkıda bulunur. Cezalar, ibret verici işlevi sayesinde kamu güvenliğinin tesisinde rol oynayan zorunlu fedakârlıklar haline gelir. Kanunlar yeterince etkili değilse, toplumdaki bireylerde öç duygusu gelişir.

²³⁶ A.g.e., s. 152.

²³⁷ A.g.e., s. 150.

²³⁸ Pat O’Malley, Mariana Valverde, “Foucault, Criminal Law, and the Governmentalization of the State”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 329.

²³⁹ Özkurt, a.g.e., s. 195; Güriz, a.g.e., s. 248.

Bentham, hukukun, güvenliği temin edebilmesi için cezalandırma ve ıslahı öne çıkarmıştır. Kant ve Hegel gibi mutlak ceza teorisini savunan düşünürlerin aksine cezayı amaç olarak değil, belli bir amaca ulaşmada araç olarak gören nisbi ceza teorisini savunmuştur. Aslında Bentham'a göre, tüm cezalar kötüdür çünkü kişiye acı verir. Hatta iddia edilebilir ki Bentham'ın faydacı düşüncesi çerçevesinde bir suçun tekrarlanmayacağı kesin olarak bilinebilse, cezalandırma için hiçbir haklı neden bulunamayacaktır. Ancak Bentham'a göre, suçluya verilecek ceza sayesinde topluma zarar verebilecek fiiller ve daha sonra doğabilecek kötülükler önlenir, toplumun genel mutluluğu artar. Böylece hukuk, negatif görevini yerine getirir. Aksi takdirde, örneğin başarılı olmuş bir hırsızlıktan sonra, toplumdaki bireyler, suçlunun cezasız kaldığı, kanunun gücünü yitirdiği, utanç duygusunun azaldığının farkına varır. Böylesi durumlarda, suçlunun kendisi ya da cezasızlığı gören bir başka kişi, aynı suçu işleyebilir. Cezasız kalan fiiller arttıkça, o fiilin bizzat kendisi, hak elde etmenin olağan bir biçimi haline gelir. Örneğin hırsızlık yoğun ve başarılı ise, bu yolla mülkiyeti kazanmak, hukuki yollarla mülkiyeti kazanmaktan daha fazla utanç yaratmaz.²⁴⁰ Bentham'a göre suçların cezasız kalması, sürekli bir yılgınlık, işlerin durması ve toplumun dağılması sonuçlarını bile doğurabilir. Bir fiilin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına dair belirsizlik de cezanın gerçek değerini azaltır.²⁴¹

Bentham'a göre, daha büyük bir kötülüğü önleme olasılığı olmadıkça cezaya başvurulmamalıdır. Dolayısıyla ceza ile önlenebilecek bir zarar yoksa ceza temelsiz, etkisiz, faydasız ve gereksizdir.²⁴² Suçların ve cezaların belirlenmesinde subjektif ve duygusal değerlendirmelere yer verilmemelidir.²⁴³ İntikam ve kin amacı taşıyan cezalar, aslında zararlı olmayan bazı fiillerin de suç olarak görülmesi tehlikesini barındırır. Bu nedenle Bentham, keyfi, tutarsız ve zulmedici cezalara karşı çıkmıştır.

Bentham'ın faydacı hukuk teorisine göre, her fiil için kolayca ceza verilmemelidir. Suçla ilgisi olmayan ve masum bir haz içeren bir fiil, suç kategorisine sokulamaz. Bu bağlamda, Bentham, sözde suçlulara acır ve onlara işkence edenlere öfke besler.²⁴⁴ Örneğin suçun yol açacağı zararın kolayca

²⁴⁰ Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, s. 63.

²⁴¹ Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 124; Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, s. 70.

²⁴² Elif Çağla Yıldız, "Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi", s. 88.

²⁴³ Özkurt, *a.g.e.*, s. 196.

²⁴⁴ Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, s. 4.

giderilmesinin mümkün olduğu ve bu zararın giderileceğine dair kesinliğin olduğu durumlarda ceza verilmemelidir. Ceza, zarar verici bir fiilin önlenmesinde etkisizse (örneğin ergin olmayan, akıl sağlığı yerinde olmayan ya da alkolik kişiler için) uygulanmamalıdır. Doğaldır ki Bentham, ceza ehliyeti olmayanların cezalandırılmaması gerektiği düşüncesine doğal hukuk ilkelerinden değil, cezadan umulan faydanın gerçekleşmeyeceğinden hareketle ulaşmaktadır. Bentham'ın faydacılığı üzerinden düşünüldüğünde, diğer ceza ehliyeti olmayanlar için suç işlemeyi önleyici bir etkisi olsaydı, ceza ehliyeti olmayan bir bireyi, işlediği bir suç dolayısıyla cezalandırmak yararlı olurdu. Bentham'a göre, cezanın doğuracağı zarar, önleyeceği zarardan çok ise ya da ceza verilmeden de zarar sona erebiliyorsa yine ceza verilmemelidir.²⁴⁵ Düşünür, aynı uyarana farklı şartlarda muhatap olan insanların farklı şekillerde etkileneceğini, aynı cezanın iki farklı bireyde her zaman aynı düzeyde acıya neden olmayacağını, ancak aynı suçu işleyen her bireyin, aynı cezaya tâbi olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁴⁶ Bentham'ın bu düşüncesindeki temel vurgu, ideal bir cezanın, suçluları aynı düzeyde acıya maruz bıraktıracak şekilde tek tip olması gerektiğine yöneliktir.

Bentham'ın yaşadığı dönemde, idam cezası, para cezası, sürgün ve teşhir yaygın olarak uygulanan ceza türleri olmuştur. Bentham, ilk dönem çalışmalarında bedensel ve azap verici cezaları savunsa da daha sonra ölüm cezası ve çok uzun süreli hapis cezalarına kademeli olarak karşı çıkmıştır. Özellikle idam cezasını, nefret ve düşmanlık belirtisi olarak görmüştür.²⁴⁷

Bentham'ın ölüm cezasına ilişkin faydacı analizleri, kapsamlı bir çalışmanın ürünüdür. Bentham, ölüm cezasına karşı caydırıcılık temelinde yapılan fayda analizinin, uygulamada eşitsiz olduğuna, esas olarak fakirlerin omuzlarına bindiğine ve olası bir yargısal hata durumunda telafi edilemez bir ceza biçimi olduğuna inanmıştır. Bununla birlikte, cinayet ve vatana ihanet suçları için ölüm cezasının makul bir şekilde sürdürülebileceğini ileri sürmüştür. Son dönem çalışmalarında ise,

²⁴⁵ Özkurt, **a.g.e.**, s. 197.

²⁴⁶ **A.g.e.**, s. 198.

²⁴⁷ Bentham'ın idam cezası hakkındaki görüşleri için bkz. Elif Çağla Yıldız, "Jeremy Bentham'ın İdam Cezasına Yaklaşımı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 27. Kitap**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, E. İrem Akı, Nadire Özdemir, 2016, s. 428-431.

daha önceden dile getirdiği tüm istisnaları terk etmiş ve hiçbir suçun ölüm cezasını gerektirmediğini savunmuştur.²⁴⁸

Bentham, sosyal kurumlar üzerine de düşünmüş, ideal bir cezaevi olarak *Panopticon* adlı hapishaneyi tasarlamıştır. Suçluların ıslah olmasında hapis cezasının rolünün büyük olduğunu savunan Bentham, bu hapishane modeliyle hükümlülerin sürekli gözetlenmesini istemiştir. Dairesel bir mimariye sahip olan bu hapishane modelinde, merkezde hapishane yönetimi bulunur ve buradan bütün hapishane hücreleri gözetlenebilmektedir.²⁴⁹ *Panopticon* modeli, hapishanelerdeki işkenceye karşı durmak ve hapishane koşullarını insancılaştırmak idealini taşıyan Bentham'ın genel felsefesini yansıtmaktadır.²⁵⁰ Ancak düşünürün, ceza hukukunun insancılaştırılmasından ziyade düzen isteğinden etkilendiği²⁵¹, bu nedenle *Panopticon* modelinin, tutuklu üzerinde iktidarın otomatik işleyişini sağlayan bilinçli ve sürekli bir gözetimi öngördüğü iddia edilebilir.²⁵² Zira asli hedefi suçu ortadan kaldırmak olmayan iktidarlar açısından *Panopticon* modeli, suçu iktidarın belirlediği sınırlar içine alma amacına hizmet etmektedir.²⁵³

Son olarak değinmek gerekir ki Bentham, suç ve ceza arasında belli bir oran olması gerektiği yönünde de düşünceler ileri sürmüştür. Bu bağlamda, özellikle cezaların alt ve üst sınırlarına ilişkin on üç kural ortaya koymuştur.²⁵⁴ Bentham'ın

²⁴⁸ James E. Crimmins, "Jeremy Bentham", Ed. Edward N. Zalta, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Çevrimiçi) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/>, Erişim Tarihi: 10.10.2018.

²⁴⁹ Bentham'ın *Panopticon* modeli, sonraki yüzyıllarda da hapishane mimarisi üzerinde derin izler bırakmıştır. *Panopticon* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 8. bs., Ankara: İmge Yayınevi, 2019.

²⁵⁰ Jeremy Bentham, Catherine Pease-Watkin, Simon Werret, Barış Çoban, Zeynep Özarslan, **Panoptikon Gözün İktidarı**, Ed. ve Çev. Barış Çoban, Zeynep Özarslan, 2. bs., İstanbul: Su Yayınevi, 2016, s. 77.

²⁵¹ Gürbüz, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi**, s. 106.

²⁵² **A.g.e.**, s. 108.

²⁵³ Bentham, Pease-Watkin, Werret, Çoban, Özarslan, **a.g.e.**, s. 125.

²⁵⁴ Bentham, belirlediği on üç kuralı şöyle ifade etmektedir: 1. Cezanın miktarı, her durumda, suçtan elde edilecek faydadan daha fazla fayda elde etmeye yetecek miktardan az olmamalıdır. 2. Suçun yol açtığı zarar artarsa, cezalandırma için gerekli olan masraflar da artar. 3. İki suçun yarıştığı durumlarda, daha büyük suçun cezası, bir kişiyi daha küçük suçu tercih etmeye teşvik etmek için yeterli olmalıdır. 4. Her bir suç için ceza, suçluyu zarar vermektan alıkoyacak şekilde belirlenmelidir. 5. Ceza, hiçbir durumda gerekli olandan daha fazla olmamalıdır. 6. Benzer suçları işleyen her suçluya aynı miktarda acı veren ceza verilmelidir. Ancak hassasiyet yaratan birtakım haller daima dikkate alınmalıdır. 7. Cezanın kesinliğinin yetersiz kaldığı durumlarda dahi cezanın değerinin, suçtan elde edilecek faydadan daha fazla olmasını sağlamak için cezanın şiddeti artırılmalıdır. 8. Cezanın suça uygunluğu yetersiz olsa da cezanın şiddeti artırılmalıdır. 9. Fiilin, suçlunun bir alışkanlığını kesin olarak belirttiği durumlarda ceza, sadece suçtan elde edilecek faydadan daha fazla fayda elde etmek amacıyla değil, aynı suçlu tarafından işlenen ancak cezasız kalan benzer suçlardan elde edilecek faydadan da daha

dile getirmiş olduğu bu ayrıntılı kurallar, düşünürün ceza hukuku anlayışını oluşturmak için oldukça titiz davrandığına işaret etmektedir. Çalışmanın devamında, görüşleriyle Kant ile Hegel'in felsefesinde bir geçiş niteliği arz eden Aydınlanma düşünürü Fichte'ye değinilecektir.

D- Johann Gottlieb Fichte

Kant'ın bir öğrencisi olan Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), Alman idealist düşünürleri arasında önemli bir yer elde etmiştir. İlk dönem eserlerinde Kant'ın görüşlerini savunmuştur ama daha sonra Kant'tan farklı ve kendine özgü bir sistem kurmuştur. Kant sonrası Alman idealizminde Fichte, Schelling ve Hegel, Kant'ın, fenomenlerin gerisindeki bilinemez dayanak olarak gördüğü aşkın kalıntıyı ortadan kaldırma ve düşünceyi, evrenin temeli, tek dayanağı yapma uğraşı vermiştir. Nitekim Fichte de, zihinsel faaliyetin yaratıcı niteliğini dile getirmiştir.²⁵⁵

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Fichte'ye göre, özgür düşünce, özgürlüğün vazgeçilmez bir önşartıdır; insan bilim sayesinde özgürleşmektedir. Düşünür, bir toplumun uluslaşabilmesinin yolunun, özgürlüğün hukuk tarafından düzenlenmesinden geçtiğini belirtmiştir. Bu yolla toplum ulus devlete, birey de vatandaşa dönüşecektir. Düşünür, özellikle Fransız Devrimi'nin etkisiyle bireyin özgürlükleri konusunda geniş düşüncelere sahiptir.²⁵⁶ Zira bireyin, başkalarına tanımaksızın sadece kendisine özgürlük tanımaması yüksek bir değerdir.

fazla fayda elde etmek amacıyla artırılmalıdır. 10. Amacını gerçekleştirmek için özellikle niteliği bakımından iyi hesaplanmış bir ceza, kesin bir nicelikten daha az hesaplanmış olamaz. Ancak cezayı esnetmek bazen gerekli olabilir. 11. Cezanın, özellikle ahlaki bir amacı gerçekleştirmek amacıyla iyi hesaplanacak nitelikte olması bazen söz konusu olabilir. 12. Cezanın miktarını belirlerken, bütün cezaları fayda elde edilmeyecek hale getirecek olan şartların varlığından bahsedilebilmelidir. 13. Cezalar ve suçlar arasındaki oranı mükemmel kılmak amacıyla düzenlenen kanun hükümleri, kanunu daha karmaşık hale getirmek suretiyle telafi edilemeyecek zarara yol açacaksa, bu hükümler ihmal edilmelidir. (Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, s. 141-145.)

²⁵⁵ Cevizci, **Felsefe Sözlüğü**, s. 602.

²⁵⁶ Göze, **a.g.e.**, s. 261.

Fichte, hukuku ahlaktan ayırarak doğal hukukun, toplumsal unsurlardan oluştuğunu ve bireyin toplumla tamamen bütünleşmesi gerektiğini dile getirmiştir. Hukukun öznesi olarak insanı görmüş ve onu, doğal hukukun temeli saymıştır. İnsanın özünde özgürlüğün bulunduğunu ve bu nedenle hukukun öznesi olduğunu söylemiştir. Düşünüre göre, insanın toplumla bütünleşmesi, eğitim yoluyla ahlak yasasının muhatabı olmaktan çıkmasıyla mümkün hale gelmektedir. Fichte, Kant'taki beden-akıl ikiliğini reddetmiş ve beden, aklın bir uzantısı olarak ahlak için bir engel oluşturmadığını savunmuştur.²⁵⁷

Düşünüre göre, hukuki ve siyasi kurumların temel yapısı bir dizi varsayımsal sözleşmeden çıkarılır. Bunların içinde en önemli olanı, bireysel benliğin toplumsal perspektifini devletin organik birliğinin bir üyesine dönüştüren birleşme sözleşmesidir. İkinci çıkarım, mülkiyet hakları ve çalışma hakları da dâhil olmak üzere geniş bir hak kümesini imleyen bireysel faaliyet alanını güvence altına alma zorunluluğudur. Fichte, bir bakıma sosyalist fikirlerin ön plana çıkartılması için, vatandaşların refah ve ahlaki mükemmeliyeti uğruna, devletin sorumluluğunu vurgulamıştır. Özellikle sonraki yazılarında, hukuki yaptırımları sadece geçici önemde görmüştür. İktidarın paylaşamayacağını ileri sürerek Makyavelist düşünceler ileri sürmüştür.²⁵⁸ Nitekim Alman ırkının üstünlüğüne inanan ve Almanların kutsal görevinin, tüm Alman milletinin bir devlet altında toplanmasını sağlamak olduğunu dile getiren²⁵⁹ Fichte'nin, devlet teorisinde totaliterliği çağrıştıran ifadeler bulmak şaşırtıcı olmaz.

Fichte, Kant'ın kategorik buyruğu yerine vicdanı koymuştur. İnsanın özgürlüğüne büyük önem atfeden düşünür, vicdanı, bu özgürlüğün bilinci olarak görmüştür.²⁶⁰ Düşünüre göre, irade ya da ben, temel gerçeklik olup kendi kendisini belirlemektedir.²⁶¹ Herakleitos'tan beri zaman zaman ele alınan ama tam olarak faydalanılmayan diyalektik yöntemi, bilimsel olarak kullanan ilk düşünürdür: Ben, ben olmayan ve bu ikisinin birliği.²⁶² Kant, diyalektiği kusurlu bir yöntem olarak

²⁵⁷ Alexis Philonenko, "Fichte (1762-1814)", Ed. Jacqueline Russ, Çev. İsmail Yerguz, **Felsefe Tarihi Cilt 3: Aklın Zaferi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2012, s. 126-128.

²⁵⁸ **A.g.e.**, s. 129.

²⁵⁹ Göze, **a.g.e.**, s. 263.

²⁶⁰ Hançerlioğlu, **a.g.e.**, s. 255.

²⁶¹ Cevizci, **Felsefe Sözlüğü**, s. 183.

²⁶² Hançerlioğlu, **a.g.e.**, s. 258.

görse de Fichte, Kant'ın eleştirel idealizmini diyalektik bir yöntemle geliştiren bir düşünür olmuştur.²⁶³

Kapalı Ticari Devleti adlı eserinde evrensel ticaretin devlete verilmesini, her milletin ekonomik gelişmesi için yararlı bulup devlete ekonomik, ahlakçı ve kültürel bir işlev vererek Kantçı düşünceden ayrılmıştır. Fichte'ye göre devlet, kendi kendine yeten bir teşkilatlanmaya sahip olmalıdır.²⁶⁴ Eserlerinde hukuk ile ahlakın arasında telafi edilemeyen bir çelişki olduğunu, hukukun, ahlakın yasakladığı bazı hareketlerin yapılmasına izin verdiğini de belirtmiştir.²⁶⁵

Fichte'nin “spontan öznellik” adı verilen ilkesi uyarınca, dış koşullar ya da doğal dürtüler tarafından koşulsuz olarak serbest hareketlerin uygulanması söz konusudur. Bireyler özgürlüklerinin farkına varabilirler (*Selbstbewußtsein*), ancak karşılıklı olarak eylem alanlarını sınırlarlar. Dolayısıyla Fichte için ahlaki bir ilkeye ya da çıkarıcı bir davranışa dayanmak şöyle dursun, hukuki ilişkiler, bireylerin şartsız özgürlüğe katılma koşullarını temsil etmektedir.²⁶⁶

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Fichte, insanların haksız fiillerde bulunmasını engellemek için hangi düzenlemelerin yapılabileceğini sormuştur ve bu düzenlemelerin iradeye yönelik olması gerektiği sonucuna varmıştır. İrade, yalnızca haklı olanı yapmaya zorunlu olmalıdır. Fichte, bu tür düzenlemeyi bir “zorlama yasası” olarak nitelendirmiştir. Feuerbach gibi, Fichte de bunun özgürlüğün kısıtlanmasıyla sonuçlanmadığını iddia etmiştir. Bir insan, kendi haklarının ihlal edilmesini önlemek için gösterdiği özeni, başkalarının haklarını ihlal etmeme hususunda da göstermelidir. Bununla birlikte, zorlama yasası, başkalarının haklarının herhangi bir ihlalinden, birinin kendi haklarını ihlale dönüşürse, o kişi, kendi güvenliği uğruna başkalarının haklarını ihlal etmemeye dikkat etmelidir. Elbette Fichte, bu zorlama yasasının kategorik bir hakkı

²⁶³ Gökberk, **a.g.e.**, s. 421.

²⁶⁴ Del Vecchio, **a.g.e.**, s. 135.

²⁶⁵ **A.g.e.**, s. 294.

²⁶⁶ Alexander Somek, “German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 340-341.

temsil etmediğini, ancak yalnızca savunma ya da acil durumlarda meşru olduğunu eklemektedir. Böylece kategorik bir hak varmışçasına birine zorlama uygulamak haksızdır. Zorlama yasası, Kant için, başlangıçta bir hak ihlalinin gerçekleşmesi, Fichte içinse suç işleme kastının bulunması halinde söz konusudur.²⁶⁷

Fichte, suçu, hukuk düzenine yönelik bir saldırı olarak tanımlamıştır. Devletin bu olası saldırıları bertaraf etmesi gerektiğini belirtmiştir. Devletin ve ceza verme hakkının esasını ise toplumsal sözleşmeye dayandırmıştır. Düşünüre göre, doğası ve büyüklüğü ne olursa olsun her suç, toplumsal sözleşmenin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.²⁶⁸ Suçluya verilen ceza, gelecekteki olası suçluları önlemek ve mevcut suç failinin gelecekte aynı suçu işlemesini önlemek zorundadır. Nitekim Fichte, bu görüşüyle cezalandırmanın amacının caydırıcılık olduğu yönündeki görüşünü yinelemektedir.

Fichte, devletin güvenliği için cezalandırmanın gerekli olduğunu belirterek mutlak teorilerden ayrılır çünkü ona göre, devletin amacı suçluyu iyileştirip tekrar topluma kazandırmaktır.²⁶⁹ Dolayısıyla devlet, bireylerin toplum sözleşmesine uymasını sağlamalıdır. Düşünüre göre, en kötü tiranlık, mafya kurallarının geçerli olmasına yol açtığını için devletin varlığı elzemdir. Fichte, halkın egemenliğini savunmuştur, ancak halkla yöneticiler arasında bir ayrım yapmanın gerekli olduğuna da dikkat çekmiştir.²⁷⁰

Fichte’de cezalandırma amacı, ceza tehdidi aracılığıyla genel önlemedir. Kimin cezalandırılması gerektiğinin belirlenmesinde sadece zararın rolü değil, cezanın derecesinin belirlenmesi de önem taşır. Ancak cezalandırmanın amacı konusunda da ilk dönem ve sonraki görüşleri arasındaki farklılıklar göz önüne alındığında, Fichte’nin özel önlemeyi de cezalandırmanın amacı olarak ele aldığını söylemek mümkündür.²⁷¹ Dolayısıyla karma bir görüşe sahiptir. Genel önleme, suçların kesin olarak sona ermesini sağlasaydı, yargısız infazda bulunmak ya da çölde ölüme terk etmek, zorla çalıştırma ya da hapis cezası vermekten daha iyi bir amaca hizmet

²⁶⁷ Merle, **a.g.e.**, s. 93.

²⁶⁸ Allen W. Wood, “Fichte’s Philosophy of Right and Ethics”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 182.

²⁶⁹ Güngören, “**Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus**”, s. 538.

²⁷⁰ Frederick Beiser, “Fichte and the French Revolution”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 43.

²⁷¹ Merle, **a.g.e.**, s. 88-89.

ederdi. Çünkü Fichte, suçlunun reformu ve rehabilitasyonu olasılığını dikkate alıp suçluların bir gün muhtemelen serbest kalacağını düşünür. İster ceza tehdidi ister ibret olsun diye cezalandırma olsun, kamu güvenliği ve genel önleme göz önüne alındığında, Fichte tarafından önerilen ceza, suçluyu toplumdan dışlamaya göre daha az etkilidir. Fichte'ye göre, bir kişinin karşılaşabileceği en kötü kader, devletten dışlanmaktır. Bu bağlamda, suçluya yapılan herhangi bir tip işkenceyi de reddeder.²⁷²

“Ceza, mutlak bir sonuç değildir.” ifadesi, Fichte ve Kant için farklı anlamlar taşır. Fichte'ye göre ceza, devletin nihai amacı olarak tanımladığı kamu güvenliğini tesis etmek için bir araçtır. Ona göre, caydırıcılık ile ceza tehdidi doğrudan ilintilidir. Fichte, cezalandırma sayesinde mahkûm edilen kişi bakımından ahlaki değil ama politik bir reform doğduğu sonucunu çıkarır. Reform için öncelikle kurumlar caydırıcı olmalıdır. Belirli bir süre içinde reform yapılması durumunda bu kurumlar, görevlerini yerine getirmeli, aksi takdirde devletten dışlanmalıdır. Bu açıklamalara dayanarak denilebilir ki Fichte, cezalandırmanın amacını genel ve özel önleme biçiminde caydırıcılığa dayandırmıştır.²⁷³

Fichte, Kant ve Hegel'in aksine ölüm cezasının bir ceza türü olamayacağını vurgulamış, her bir bireye özgürmüş gibi davranılması gerektiğini öne sürmüştür.²⁷⁴ Devlet, bir suçluyu öldürmez ama onunla olan sözleşmesini sona erdirir. Devlet, suçluyu öldürürse bu, polis aracılığıyla olur; devletin yargı yetkisinin bir erdemi değildir. Fichte'ye göre, böylesi bir durum, ancak bir zorunluluk kapsamında gerçekleşebilir.²⁷⁵

Fichte, toplum sözleşmesinin her ihlalinin, ihlal edenin, tüm haklarını kaybetmesine, bütün yasal haklardan men edilmesine yol açtığını varsayan görüşe karşı çıkmıştır. Bu hususa ilişkin Fichte, kamu güvenliğine uygun olması koşuluyla bir kişiyi, suçlarından dolayı devletten dışlamayacak bir sözleşmeyi akla getirir. Fichte bu sözleşmeyi, kefaret sözleşmesi (*Abbüßungsvertrag*) olarak tanımlar.²⁷⁶ Zira Fichte'nin tasavvurunda kamu güvenliğinin sağlanması uğruna suçluyu vatandaşlıktan çıkarmak ağır bir cezadır. Suçlu, devletten dışlanmamak için devletle

²⁷² A.g.e., s. 97.

²⁷³ Vormbaum, a.g.e., s. 58.

²⁷⁴ Güngören, “Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus”, s. 536.

²⁷⁵ Merle, a.g.e., s. 94.

²⁷⁶ Vormbaum, a.g.e., s. 57.

bir sözleşme kurmuş olur, cezasını çeker ve kefareti öder. Düşünür göre, bu sözleşme bağlayıcıdır ve bireyler, suç işlediklerinde cezalandırılacaklarını kabul etmiş olurlar. Fichte bu sözleşmeyi, devletten dışlanmaya oranla bireylerin lehine bulmuştur. Çünkü suç işlediği takdirde haklarından mahrum kalan suçlu, bu sözleşme sayesinde tekrar topluma katılma fırsatı elde etmektedir.²⁷⁷

Çalışmanın devamında, suçta ve cezada kanunilik ilkesini yazılı hukuk için Latince formüle eden Feuerbach'ın genel felsefesine, birey ve devlet anlayışına ve ceza hukukuna ilişkin görüşlerine değinilecektir.

E- Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach

Aydınlanma Çağı ceza hukuku felsefesi irdelenirken, Alman düşünür Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) adı mutlaka zikredilmelidir. Birçok üniversitede hukuk profesörü olarak görev yapan Feuerbach, Alman ceza hukukuna büyük katkılarda bulunmuştur. Felsefe öğrenimi de gören düşünür, çalışmalarında hukuku bilim olarak değerlendirmiştir. Feuerbach'ın yaşadığı dönem, hukukun bilim olarak ele alındığı ve Aydınlanma Çağı öncesi her türlü kavram ve ilkenin derin bir şekilde tartışıldığı ve sorgulandığı bir zaman dilimidir. Nitekim Feuerbach da görüşlerini bu sorgulama faaliyeti çerçevesinde ortaya koymuştur. İlk dönem eserlerinde hukuku felsefi olarak ele alsa da sonraki dönem eserlerinde hukuku evrensel bir pozitif bilim olarak düşünmüştür.

Feuerbach, Kant'ın görüşlerinden önemli ölçüde etkilenmiştir. Kant gibi, Feuerbach da hukuk ve ahlakı birbirinden ayırmanın gerekli olduğundan yola çıkarak bir hukuk anlayışı geliştirmeye çalışmıştır. Nitekim hukukun sadece fiillerle ilgilenmesi gerektiğini, düşünce tarzı ve anlayışlarla ilgilenmemesi gerektiğini ifade etmiştir.

²⁷⁷ Wood, **a.g.m.**, s. 182.

Ceza hukukunun başat ilkelerinden biri olan ve çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacak olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini, bütüncül ve hukuki bir biçimde Latince ilk kez Feuerbach dile getirmiştir.²⁷⁸

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Feuerbach, sivil toplumun temelini, herkesin karşılıklı özgürlüğünü garanti altına almak için bireylerin istek ve kapasitelerinin birleşimi olduğunu belirtir. Ortak bir iradeye ve anayasaya göre düzenlenen bu sivil toplum, devlettir. Feuerbach'ın tasavvur ettiği liberal devletin amacı, vatandaşların özgürlüğünün korunması için gereken hukuki şartları tesis etmektir. Hakların ihlali, devletin amaçlarıyla çelişmiş olacağı için devlet, bu ihlalleri imkânsız hale getirecek önlemleri almakla yükümlüdür.²⁷⁹

Feuerbach, Kant'ta transandantal (aşkın) olan devlet, hukuk ve özgürlük kavramlarını ampirik temellere oturtmuştur.²⁸⁰ Feuerbach'a göre özgürlük, ahlaka içkindir; ne doğa felsefesinde ne hukuk teorisinde özgürlükten ahlaktaki kadar bahsedilebilir. Feuerbach, cezalandırmayla ilgili akılcı yaklaşımına uygun olarak, devletin yerine getirmesi gereken genel işlevler arasından cezanın işlevlerini çıkarsamıştır. Feuerbach'ta cezalandırma anlayışı, ahlak felsefesinin bir konusu olarak düşünülmemiştir. Düşünürü göre devlet, vatandaşların hayatlarına yönelik en şiddetli müdahalelerinin temelini, siyaset felsefesine ve özellikle de kendi görev tanımına dayandırmalıdır.²⁸¹

Feuerbach, devletin zorlama önlemlerinin, iki şekilde mümkün olacağını belirtmiştir: Buna göre, devlet, tehdit altındaki tarafın güvenliğini sağlayarak ya da suçluyu fiziksel güç kullanıp engelleyerek henüz suç gerçekleşmeden önce önlem

²⁷⁸ Feuerbach'ın *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Almanya'da Yürürlükte Olan Ceza Hukuku Hakkında Ders Kitabı) adlı eserinde ilke ortaya konmuştur: "*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*" ("Kanunsuz ceza olmaz, suç olmadan ceza olmaz, suç kanunda düzenlenmeden ceza olmaz").

²⁷⁹ Paul J. A. Ritter von Feuerbach, "The Foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle", *Journal of International Criminal Justice*, C. V, S. 4, 2007, s. 1006.

²⁸⁰ Vormbaum, a.g.e., s. 39.

²⁸¹ Tatjana Hörnle, "PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law", *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 125.

alır. İkinci olarak, kanun ihlal edilip suç gerçekleşikten sonra suçluyu cezalandırır, diğer bir ifadeyle cezayı infaz eder.

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Feuerbach, Kant’a benzer şekilde, ceza hukukunun, bireylerin ahlaki bakış açılarıyla değil, sadece somut fiillerle ilgilenmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak ceza hukuku anlayışında aynı zamanda İngiliz faydacılığının da izleri bulunmaktadır.²⁸² Düşünre göre, bir fiilin suç teşkil etmesi için başkalarının haklarını ihlal etmesi gerekir. Ancak cezalandırmanın sınırlarını çizerken bireylerin iç dünyası dikkate alınmamalıdır. Bir fiilin, ihlal olarak kabul edilebilmesi ve ceza hukukunun konusu olabilmesi için dış dünyaya yansıyan haksız bir hareketin varlığı gerekmektedir.²⁸³ Feuerbach’ın, dış dünyaya yansımamış, dışarıdan gözlemlenme imkânı bulunmayan düşünce ve tutumların cezalandırılmaması gerektiğini belirtmesi, özgürlükçü bir bakış açısını yansıtmaktadır.

Feuerbach, ceza hukukunu yalnızca bireylerin kişisel haklarını korumak biçiminde kavramlaştırmamıştır. Örneğin Kilise’yi, dinin kutsallarına hakaret suçunun bir mağduru olarak görmüştür. Düşünürün, bireylerin dışında da suçun mağduru olabileceğini belirtmesi ve “başkalarının” da haklarına odaklanması, ceza kanunları tarafından korunmayı hak etmenin sınırlarını genişletmiştir.²⁸⁴ Feuerbach’ın, cezalandırmaya ilişkin olarak altını çizdiği hususlardan bir diğeri ise, hâkimin cezalara ilişkin takdir yetkisidir. Bu nedenle, dar yorum yaparak genel ve soyut bir suç tanımı yapmış, hangi fiillerin suç teşkil ettiğini ve cezalandırılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Kabahatleri ve polis kanuna aykırı fiillerini de suç kavramının kapsamına dâhil etmiştir.²⁸⁵

²⁸² Jerome Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, **The Yale Law Journal**, C. XLVII, S. 2, 1937, s. 170.

²⁸³ Hörnle, **a.g.m.**, s. 137.

²⁸⁴ **A.g.m.**, s. 138.

²⁸⁵ Johann Michael Franz Birnbaum, “Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, Having Particular Regard to the Concept of an Affront to Honour”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, Çev. Raymond Youngs, New York: Oxford University Press, 2014, s. 395.

Feuerbach, cezalandırmanın amacını ahlaki motiflerden arındırmaya girişmiştir. Düşünüre göre, cezalandırma söz konusu olduğunda ahlaki buyruklar ile hukukun alanı birbirinden ayrılmalıdır. Cezalandırmanın amacının, toplumsal fayda olduğunu belirtmiş, genel önleme ile mutlak ceza teorilerini “psikolojik zorlama” teorisinde birleştirmiştir. Feuerbach’a göre, tek başına devletin fiziksel güç kullanması, kanunların ihlalini engellemez. Bunun yanında, kanuna aykırılık gerçekleşmeden bir başka zorlama türü daha gerekli olur. Böyle bir zorlama, yalnızca psikolojik olabilir.²⁸⁶ Düşünüre göre, suçların temellerinde bireyin psikolojik dürtüleri bulunur. İnsanın suça yönelik arzu kapasitesi, hazla yönlendirilir. Feuerbach, insanın eylemlerini yönlendiren güçler olarak zevk ve acıya atıf yapar.²⁸⁷ Dolayısıyla suça karşılık güçlü bir ceza tehdidi, bireylerin psikolojisinde zorlamaya sebep olur. Feuerbach, cezanın asıl anlam ve amacının, yaptırım tehdidinin vatandaşlar üzerindeki psikolojik zorlama olduğunu belirtmiştir.²⁸⁸

Feuerbach’ta cezalandırmanın amacıyla kastedilen, gerekçelendirilmesi sonucunda cezanın etkisinin somutlaşmasıdır. Hukukta ceza tehdidinin amacı, olası birer suçlu olarak herkesi, kanunun ihlalinin caydırmasıdır. Cezanın amacı, ıslah edici olması değildir; ceza tehdidinin etkinliğini tesis etmektir. Ceza, kanunda yazılı olduğu için verilir ve infaz edilir. Düşünüre göre, ceza çok kesin bir şekilde belirlenmelidir çünkü kanunun ihlaline her zaman cevap verir.²⁸⁹ Feuerbach’ın görüşlerinde, cezaların kanunda yazılı olması ve kesin olarak belirlenmesi gerektiğine yönelik vurgu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin unsurlarını ortaya koymaktadır.

Feuerbach’ın korkutmaya dayanan teorisi uyarınca ceza, sadece failin suç teşkil eden fiilinden dolayı değil, toplumun diğer bireylerinin ve devletin korunması için verilmelidir. Feuerbach’a göre, diğer bireyler, bu ceza korkusuyla ibret ve ders çıkararak suç işlemekten kaçınır.²⁹⁰ Böylece ceza, caydırıcı olur ve toplumsal ahlak tazelenir. Caydırıcılık bakımından yasama ve yürütme gücünün uyumlu etkisi,

²⁸⁶ Feuerbach, **a.g.m.**, s. 1006.

²⁸⁷ Zevk ve acıya yapılan bu atfın, Jeremy Bentham tarafından formüle edilen faydacılıkla örtüştüğü yönünde bkz. Hörmle, **a.g.m.**, s. 124.

²⁸⁸ Rahimov, **Suç ve Ceza**, s. 37.

²⁸⁹ Rüping, Jerouschek, **a.g.e.**, s. 92.

²⁹⁰ Birden Güngören, “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. II, 2011, s. 995.

psikolojik zorlamayı oluşturur.²⁹¹ Cezanın gerekliliğinin ve varlığının genel nedeni, hukukun ihlaline yönelik duyguları bir kenara koyarak herkesin karşılıklı özgürlüklerini yerine getirmenin zorunluluğudur. Feuerbach, cezanın tehditkâr gücü için şunu dile getirmiştir:

*“Ben yasa ile hırsızlığı önlemek istiyorum. Yani onun tersinin mümkün olduğuna inanıyorum. İnanıyorum ki hırsızlık bir tesadüftür, hırsız ise özgür bir insandır. O bu işi yaptığı gibi, yapmayabilirdi de...”*²⁹²

Feuerbach, teorisini, bireylerin, kontrolleri dışındaki uyaranlara muhatap olan varlıklar olmasıyla temellendirir. Dolayısıyla Feuerbach için cezalandırmanın amacı hususunda anahtar kelime “seçim” değil, “zorlama” olmaktadır. Feuerbach’ın kastettiği ceza tehdidi, belirli bir insana değil, bireysel aidiyetleri henüz bilinmeyen “bazı” insanlara yöneliktir. Feuerbach, Kant’ın kategorik emperatifine dayanan türde mutlak bir ceza olup olmadığı sorusunu görmezden gelmiştir.²⁹³

Feuerbach’ın psikolojik zorlama mekanizmasından elde ettiği sonuç, ceza hukukunun daha da geliştirilmesi için önemlidir. Zira bu sonuçtan anlaşılması gereken, suç ve ceza tehdidinin kanunla tanımlandığını, kesin olarak ifade edildiğini ve gerçek anlamlarının ötesinde ve kıyas (analoji) yoluyla yorumlanmadığını varsaymaktır.

Feuerbach’ın ceza hukukundaki önemini özetlemek gerekirse, üç husus öne çıkmaktadır: Birincisi, yaşadığı döneme ve diğer Aydınlanma düşünürlerinin birçoğuna göre, Feuerbach’ın ceza hukukuna ilişkin görüşleri yenilikçidir. Öne sürdüğü psikolojik zorlama teorisi buna örnek olarak verilebilir. Cezalandırmanın, akılcı bir temel üzerinde inşa edilmesini savunmuştur. İkincisi, düşünürün sistematik hale getirdiği suçta ve cezada kanunilik ilkesi kendisinin bizzat katkısıyla 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu’nda yer almıştır.²⁹⁴ Üçüncüsü, Feuerbach, ceza tehdidini öne çıkararak cezanın meşruiyetine ilişkin sorunları azaltmıştır. Çünkü

²⁹¹ Vormbaum, a.g.e., s. 40.

²⁹² Rahimov, **Suç ve Ceza Felsefesi**, s. 154.

²⁹³ Vormbaum, a.g.e., s. 39.

²⁹⁴ Mehmet Emin Artuk, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 62.

kamu yararı için feda edilen bir birey anlayışı yerine, kendi davranış biçimini en uygun hale getirmek için bir eylemde bulunan bireyi öngörmüştür.

Çalışmanın devamında, birinci bölümün son düşünürü olarak Hegel'in genel felsefesi, birey ve devlet anlayışı ve ceza hukukuna ilişkin görüşlerine yer verilecektir.

F- Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), Aydınlanma Çağı'nın sonlarına doğru yaşamış olmasına rağmen, rasyonalist ve ampirik düşünceleri, idealist bir anlayışla birleştirerek bu çağa damgasını vuran bir düşünürdür. Hukuki pozitivistin Almanya'daki teorik altyapısı düşünür tarafından atılmıştır.²⁹⁵ Hegel'in geliştirmiş olduğu tarihsel metot, doğada sadece bir gelişme modeli olduğu varsayımına dayanmıştır. Buna bağlı olarak, tarihsel bakış sayesinde hukuki olguların akışını aydınlığa kavuşturmak mümkündür.²⁹⁶

Kant'ın düşüncelerinden etkilenmiş olan Hegel, çalışmalarında Kant'ın birçok düşüncesini sorgulamak ve eleştirmekten geri durmamıştır. Zira Kant'ın düşüncelerinde gördüğü eksiklikleri gidermek amacıyla özne, özgürlük, ahlak ve devlet bağlamında derinlikli bir sistem öngörmüştür. Hegel, felsefenin, kavramsal bilgi olduğu yönündeki Kant'ın düşüncesine katılmıştır ancak Hegel'in Aydınlanma felsefesini ele alış biçimi Kant'tan farklıdır. Nitekim Kant, Aydınlanmayı akıl çağı olarak yüceltmesine ve etik anlayışını da akla dayandırmasına rağmen Hegel, sadece akıl yoluyla ulaşılan etik anlayışını eksik bulmuştur.²⁹⁷

Hegel'e göre, öze giden yol akıldır. Akıldışı olan her şeyi çürütmek ve bir insan yetisi olan akıllı dünyada egemen kılmak elzemdir. Zira Hegel, hem çağdaşları hem de kendisinden sonraki düşünürlerce çokça tartışılmış olan “Gerçek olan akla uygundur, akla uygun olan da gerçektir.” sözüyle, içinde bulunduğumuz dünyanın

²⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. G.W.F. Hegel, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, İstanbul: Sümer Yayıncılık, 2015, s. 41-48, 206-208.

²⁹⁶ Sabine, **a.g.e.**, s. 5.

²⁹⁷ Bünyamin Bezci, “Kant ve Hegel'in Felsefesindeki Etik Anlayışı”, **Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. V, S. 9, 2005, s. 50.

anlamalı bir dünya olduğunu dile getirmiştir. Böylece Hegel, insan hayatının taşıdığı anlamı sistematik olarak yorumlamaya çalışmıştır.²⁹⁸ Ancak Aydınlanma düşünürlerinin birçoğundan farklı olarak Hegel, aklın, toplumsal gruplarda, uluslarda ve ulusal kültürlerde de bulunduğunu iddia etmiştir.²⁹⁹

Hegel, ilk olarak Antik Yunan düşünürü Herakleitos'un dile getirdiği diyalektiği geliştirmiş ve idealist bir düzlemde yeniden tanımlamıştır. Düşünüre göre, evrende zıtlıklar bulunur ve her türlü değişme, bu zıtlıkların savaşından doğar. Diyalektik düşünce, tez ve tezin kendi içinde doğurduğu antitezin, sentezde bir araya geldiği sonsuz ilerlemeye dayanır. Hegel'e göre, diyalektik, evrensel bir metottur ve olguları açıklamak için elverişli bir mantık aracıdır. Düşünüre göre, başlangıçta var olup sonradan kendi antitezini yaratan varlık yani tez, "ide"dir. Tanrı idesi, antitezi olarak "doğa"yı yaratmıştır. Bu yaratma sürecinde tanrı, doğayla özdeşleşir ve "tin" (*Geist*) sentezini ortaya çıkarır.³⁰⁰ Dolayısıyla önce soyut bir terim ortaya koyan insan düşüncesi, sonra buna karşıt bir terim ileri sürer. Düşünce, bu karşıt terimlerin her birini üstün bir düzeyde geliştirerek üçüncü bir düşünme evresinde kendi birliğine kavuşur. Böylece düşünce, soyuttan somuta doğru ilerler.³⁰¹

Hukuk Felsefesinin Prensipleri adlı eser, düşünürün ders notlarının derlenmesi ile oluşturulmuştur. Eserde Hegel'in, Aydınlanma düşüncesinde önemli bir yer tutan evrenselcilik konusunu tartıştığı, evrenselcilik talebinin tek taraflı olduğunu belirttiği görülmektedir. Bu düşüncesinde, Almanya'nın siyasi yapısına ilişkin reformcular ile muhafazakârlar arasındaki çatışmaların da etkisi olmuştur.³⁰² Yine bu eserde, düşünürün modern bir Avrupa devleti ve rasyonalist bir toplum inşasına dair görüşleri de yer almaktadır.

²⁹⁸ Gökberk, **a.g.e.**, s. 449.

²⁹⁹ Sabine, **a.g.e.**, s. 45.

³⁰⁰ Öktem, Türkbağ, **a.g.e.**, s. 376.

³⁰¹ Hançerlioğlu, **a.g.e.**, s. 265.

³⁰² Terry Pinkard, **Hegel**, Çev. Mehmet Barış Albayrak, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s. 465.

1- Birey ve Devlet Anlayışı

Hegel'e göre, özel hukuk ilişkileri bakımından özgürlük, ilk kez özel mülkiyette ortaya çıkmıştır.³⁰³ Hegel, Kant'tan farklı olarak, özgürlüğü, herhangi bir nedenselliğin uygulaması olarak görmemiştir. Hegel'e göre, özgürlük, eğilim, arzu ve dürtülere karşı olumsuz bir tutum edinilebilmesine ilişkindir. Bireylerin özgürlüğü, eylemlere karşı takınılan tutumda saklıdır ve eylemde bulunma nedenleri, bireyin kendi nedenleriyse o birey tamamen özgürdür. Bu nedenle, ahlaki yargılamada belirli bir irade, görünüşte genel bir ilkeye (kategorik emperatif gibi) riayet etse de, ilkeler, nihai olarak bireylerin kendileri tarafından belirlenmelidir. Dolayısıyla ahlaki yargıların doğru bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine karar vermeye yarayan ortak bir ölçüt bulunmamaktadır.³⁰⁴ Örneğin failin tercihleri, arzuları, dürtüleri ancak o failin kendi kimliğine, eylemde bulunan özne olarak kim olduğuna uyduğu ölçüde fail için önem taşır.³⁰⁵ Sonuç olarak, Hegel'e göre, özgürlük, bir birey ya da grubun bir başka birey ya da gruba tek yanlı norm dayatması olamaz, normların tam karşılıklılık esasıyla kabul edilmesidir.³⁰⁶

Hegel, modern dünyada özgürlüğün, soyut (özel) hukuk, öznel ahlaksallık (*Moralität*) ve nesnel ahlaksallık (*Sittlichkeit*) olmak üzere üç alanda gerçekleşeceğini ileri sürmüştür. Bu üç alan, bireylere somut önermelerde bulunarak onların eyleme gücünü artırır.³⁰⁷ Düşünüğe göre, hukuk, "ide olarak özgürlük"tür.³⁰⁸ Özgürlük, soyut hukuk alanında şahsiyet yani hukuki ehliyet içeren kişilik hakları ile anlam kazanır.³⁰⁹ Dolayısıyla soyut hukuk, mülkiyet ve sözleşmelerle ilgili temel hakları karşılıklı olarak kabul etmeyi gerektirir. Ahlak, özgürlüğe olan bağlılığın sonucu olan yükümlülüklerdir. Hegel'e göre, bu yükümlülükler -Kant'ın görüşleriyle kısmen uyumlu olarak- doğru güdülerle doğru eylemde bulunmaktır. Vicdan rehberliğindeki pratik yargılar, toplumsal kurumlar tarafından sürdürülen pratiklere alışkın olmayı gerektirir. Bu pratiklere alışkın hale gelmek ve bu yaşam tarzını

³⁰³ Tülin Bumin, **Hegel Bilinç Problemi Köle-Efendi Diyalektiği Praksis Felsefesi**, 7. bs., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2019, s. 145.

³⁰⁴ Somek, **a.g.m.**, s. 342.

³⁰⁵ Pinkard, **a.g.e.**, s. 469.

³⁰⁶ **A.g.e.**, s. 470.

³⁰⁷ **A.g.e.**, s. 472.

³⁰⁸ Hegel, **a.g.e.**, s. 64.

³⁰⁹ **A.g.e.**, s. 72.

içselleştiren birey, Hegel'in ifadesiyle "etik bir virtüözlük" kazanır. Hegel'e göre, bireylerin, etik virtüözüteyi uyguladıkları üç alan, modern aile, sivil toplum ve anayasal devlettir. Bunun sonucunda modern dünyada özgürlüğün üçüncü alanı olan nesnel ahlaksallık (*Sittlichkeit*), gerçek anlamını bulmuş olur.³¹⁰

Hobbes'tan başlayarak Rousseau ve hatta Kant'a kadar devam eden tarihsel süreçte, bir ideal olarak devlet, doğal hukukun rasyonel formu olarak tasavvur edilmiştir. Bu devlet tasavvuru, toplumsal işlevi ve tarihi yeri bakımından devleti, insan aklının ulaştığı üstün bir aşama olarak gören felsefi idealizmden kökenini almaktadır. Bu idealist düşünce şekli, Hegel ile doruğa çıkmıştır.³¹¹

Hegel'in modern devleti, toplumsal sözleşmeye dayanmaz. Metafizik bir anlayışla devleti sadece bir gereklilik ya da ideal değil, tarihsel süreçte rasyonalitenin en son ve en üst noktası olarak algılamıştır. Dolayısıyla sözleşme teorisi, hem toplumun devamlı gelişen ve değişen yapısını dikkate almaz, hem de tarihsel süreci gözden geçirir. Hegel'e göre, devletler anlamlarını tarih içinde kazanırken, toplumu oluşturan bireyler de anlamlarını devlet içinde kazanırlar. Düşünüre göre, modern ve rasyonel devlet aracılığıyla oluşan düzen hukuktur. Hegel'e göre, modern devlette kölelik aşılmıştır. Bireyin özel iradesiyle toplumun genel iradesi tam bir uyum içindedir; genel irade devlette somutlaşmıştır.³¹²

Hegel'e göre, devlet, özünde aristokratik bir kuruluştur; hanedanlar ve siyasal ayrıcalığı olan sınıflar, devletin ayrılmaz parçalarıdır. Bunlar, toplumdaki bireylerin ortalama niteliğini temsil ettikleri ya da toplumdaki yaygın fikirleri yansıttıkları için değil, toplumun geri kalanından farklı niteliklere sahip oldukları için gücü ellerinde tutarlar.³¹³ Bireysel özgürlük için, bireylerin kendi ilkelerini koyabilmesi gerekliliğinden dem vuran Hegel'e göre, ilkelere tâbi olmak, başkaları tarafından ilkelere tâbi kılındığında öğrenilir. Buradan hareketle Hegel, bireylerin devlete itaatini zorunlu görmektedir. Çünkü insan aklının vardığı en son ve en üst nokta

³¹⁰ Pinkard, **a.g.e.**, s. 477.

³¹¹ Hegel'in, modern devlet anlayışının, sonraki yüzyılda totaliter devletlerin ortaya çıkmasında rolü olduğuna dair birçok eleştirel görüş bulunmaktadır. Zira Hegel'in, insan aklının ulaştığı en son nokta olarak tasavvur ettiği modern devlet, totaliter devletler eliyle insan iradesini ve özgürlüğünü denetim altına alan dolayısıyla bireysel özgürlükleri korumak yerine baskıcı hukuk düzenleri inşa eden devlet olarak tezahür etmiştir.

³¹² Gökberk, **a.g.e.**, s. 441.

³¹³ Tunçay, **a.g.e.**, s. 4-5.

olarak modern devlet, toplumun, devlet aracılığıyla kendi bilincine ulaştığı düzeyin simgesidir. Devlet, verimlilik ya da önceliklere değil, özgürlüğe önem vererek kurumsallaştığı ölçüde toplumun özgür bireylerden oluşması amacına yönelebilir. Dolayısıyla devlet, insan özgürlüğünün gerçekleştirilebileceği tek yerdir.³¹⁴

Özgürlük-devlet ilişkisi bakımından Hegel, Kant'tan ayrılmaktadır. Her iki düşünür de devletin, bireylerin özgürlüğünü sağlaması gerektiğine inanmaktadır. Ancak Hegel'e göre, soyut özgürlük tek başına yeterli değildir; özgürlük dış dünya ile ilişki kurmalıdır. Asıl özgürlük, kavram ile varoluşun bütünleşmesinden doğmaktadır.³¹⁵ Dolayısıyla devlet sadece özgürlüğün güvencesi değil, özgürlüğün özgürlük olarak anlam kazanıp ortaya çıkabilmesinin aktif bir aracıdır. Kanunlarla güvence altına alınan özgürlük, devlet aygıtının bir parçası haline gelmektedir.

Hegel, modern devlet anlamında anayasal monarşiyi savunur. Düşünüre göre, toplumsal düşünce ancak anayasal bir monarşide gerçekleştirilebilir. Monark, insanlaşmış devlettir ve genel iradenin özel irade olarak tecessümüdür. Ancak düşünüre göre, monarkın görevi, yasama faaliyetini açıklamaktan öteye geçmez. Böylece monark, düzenlemelere hız, kolaylık ve verimlilik kazandırmış olur. Modern devlette monark, devletin meşruluğunun, toplumu oluşturan her bir bireyin özgür olabileceği koşulların yaratılmasına dayandığını belirtmelidir. Monarkın bu yönetim biçimi, bireylerin ortak bir amaçta birleşebilmesini sağlar. Ortak amaçta birleşilmesi ise, temel hakların anayasal güvence altına alınması sonucunu doğurur. Hegel'e göre, modern devlet, bireyleri Katolik, Protestan, Fransız, Alman vb. değil, sadece insan olarak gören Aydınlanmacı bir anlayışa sahip olmalıdır. Hegel, bireysel özgürlüğün tesisi için ortak bir amaçta birleşmeyi dile getirirse de, modern devletin, herkes tarafından paylaşılan bir yaşama biçimi ya da erdemler manzumesi ortaya koyması gerektiğini belirtmemiştir.³¹⁶ Düşünüre göre, devlet, hukuk eliyle, özgürlüğün şartlarını yaratmasına rağmen özgürlük, ilgili eylemleri ve sosyal kurumları kapsayan “nesnel tin” perspektifi üzerinden yeniden inşa edilir.³¹⁷

³¹⁴ Topuzkanamış, **a.g.e.**, s. 82.

³¹⁵ Bumin, **a.g.e.**, s. 145.

³¹⁶ Pinkard, **a.g.e.**, s. 482.

³¹⁷ Somek, **a.g.m.**, s. 341.

Hegel, devlet ve din ilişkisi hakkında da görüşler ileri sürmüştür. Hegel'e göre, devlet, meşruiyetini doğa yasalarından almadığı gibi tanrıdan da almaz. Dinlerde de özgürlük talebi olmasına rağmen, bunun gerçekleşme biçimi, rasyonel ve anayasal devlette farklıdır. Hegel'e göre, din, siyasal alana dâhil edildiğinde, sonuç büyük bir hüsrân ve zorbalık olur. Çünkü böylesi bir durumda dinin yanılmaz gururunu referans alan bireyler, siyasal alana ilişkin talepleri ve siyasal kurumları, nasıl biçimlendireceği konusunda yanlış bir algıya kapılır.³¹⁸

2- Ceza Hukuku Anlayışı

Fransız Devrimi'ni takip eden tarihsel süreçte, evrensel ve geri dönüşsüz olarak burjuvazinin üstünlüğü göze çarpmaktadır. Bu egemenliğin, hukuk sahasında idealist bir gerçekliğe dönüştüğü zirve, Hegel'in hukuk felsefesi olmuştur. Aydınlanma yüzyılının cezalandırma teorilerindeki ana gelişim çizgilerinden biri de, Hegel'in ceza hukuku teorisidir.³¹⁹ Hegel'e göre, bir pozitif bilim olarak hukuk bilimi, suçun anlamıyla değil, herhangi bir yerde ve zamanda tespit olunan normla ilgilenir. Dolayısıyla ceza hukuku, suçu akılda değil, nüfuz ve gücün kurulmasında görür.³²⁰ Hegel'in felsefesinden, cezanın süjesinin esasen hukukun kendisi, devletin ise cezanın sadece kurumsal bir biçimi olduğu anlaşılmaktadır.

Kant'ta olduğu gibi Hegel'de de cezalandırmaya ilişkin görüşler, mutlak adalet teorisine dayanmaktadır. Ancak Kant maddi, Hegel ise diyalektik kefaret anlayışını ileri sürmüştür. Kant'a göre kefaretin matematiksel eşitliği, Hegel'e göre ise geometrik orantınlılığı ve eşdeğerliliği söz konusudur.³²¹ Hegel, Tinin Fenomenolojisi adlı eserinde cezalandırmayı, dünya tarihindeki diyalektik ilerlemenin ayrılmaz bir parçası olarak ele almıştır.³²² Düşünüre göre, diyalektiğin üç aşamalı adımı, hukuk da dâhil olmak üzere hayatın her alanını şekillendirir.

³¹⁸ Pinkard, **a.g.e.**, s. 483.

³¹⁹ Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014, s. 107.

³²⁰ Rahimov, **Suç ve Ceza Felsefesi**, s. 23.

³²¹ **A.g.e.**, s. 118.

³²² Vormbaum, **a.g.e.**, s. 58.

Hegel, hukukla çatışma olarak nitelediği haksızlığın, özel hukuk ve ceza hukukunda farklı bir anlam ve içeriğe sahip olduğunu belirtmiştir. Özel hukuk haksızlığında, haksızlığı gerçekleştiren kişi, kural olarak hukuku inkâr etmemektedir; başkasının özel iradesini ihlal etmektedir. Dolayısıyla fiil, sübjektif olarak hukuka uygundur ancak objektif olarak hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ceza hukuku haksızlığında ise kişi (fail), haksızlığı istemekte ve hukuku inkâr etmektedir. Dolayısıyla fail, hem özel hem de genel iradeyi ihlal etmektedir.³²³

Hegel'e göre, soyut hukuk ya da dar anlamda hukuk, bir şiddet hukukudur. Çünkü haksızlık, özgürlüğe yönelen bir tecavüzdür ve bu tecavüzün ortadan kalkması, şiddeti gerekli kılar.³²⁴ Ancak bu şekildeki bir hukuk, suçun intikam aracılığıyla ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. İntikam ise, yeni bir tecavüzü doğurur. Böylece intikam, kuşaktan kuşağa intikal ederek *ad infinitum* devam eder.³²⁵ Hegel'e göre, bu kısır döngüyü kırarak olan, öznel ve nesnel ahlaksallıktır. Buna göre, sübjektif ve kuvvet kullanımından azade bir adalet talebi, ölç almayan ancak cezalandırıcı bir adalet talebidir. Sübjektif olmasına rağmen bu irade, evrensel bir talebi sırf evrensel olduğu için talep etmektedir.³²⁶ Özgürlük, öznel ahlaksallıkta "iyilik" olarak ortaya çıkar.³²⁷ Son aşama olan nesnel ahlaksallıkta ise, "kendiliğinde" ve "kendisi-için" irade, yani kendilik bilinci özgürlük idesini ortaya çıkartır. Böylece bireyler, ancak objektif ahlaka yani kendilik bilincine sahip olduklarında, sübjektif olarak özgürlüğe erişme hakkını elde etmiş olur.³²⁸ Hegel'e göre, nesnel ahlaksallığın momentleri, aile, sivil toplum ve devlettir. Suç, sübjektiviteye yönelik bir tecavüzün ötesine geçerek, kamusal (evrensel) varlığa yönelik bir tecavüz halini alır. Bir başka ifadeyle suçlunun fiili, *crimen privatum* olmanın ötesinde *crimen publicum* haline gelmiş olur. Suç fiilinin toplumsal bir tehlike haline gelmesi suç fiilinin önemini artırır.³²⁹

Hegel, mülkiyet hakkının, cezalandırmayı gerekli kıldığını, hatta suçluyu sadece sahip olduğu şeyi elinden almak yoluyla değil, varoluşuna müdahale ederek

³²³ Hegel, **a.g.e.**, s. 110-112.

³²⁴ **A.g.e.**, s. 94.

³²⁵ **A.g.e.**, s. 120.

³²⁶ **A.g.e.**, s. 121.

³²⁷ **A.g.e.**, s. 163.

³²⁸ **A.g.e.**, s. 165.

³²⁹ **A.g.e.**, s. 213.

cezalandırmanın adaleti sağlayabileceğini ifade etmiştir.³³⁰ Düşünüre göre, cezalandırma, önce bir hakka ya da hukuki düzene işaret etmektedir. Hegel, öncelikle suçun kendi rasyonel varlığını inkâr etmiş ve onu diyalektik bir metotla ele almıştır. Hegel'in ceza adaleti anlayışına göre suç, umulmadık bir sosyal fenomen ya da mutlak kötülük değil, hukuksal düşüncenin mantıklı ve gerekli bir kategorisidir.³³¹ Suçlar, bir “yanlış”ı işaret eder, “doğru” olanı olumsuz kılar. Hegel’e göre, suç, bir hakkı inkâr eden ya da o hakka yönelen bir saldırdır. Böylece suçlu, genel iradeyi açıkça hor görerek onun yerine özel iradenin normatif üstünlüğünü ileri sürmüş olur.³³² Ancak bir hakkın varlığı ve değeri, suçlunun inkârı nedeniyle ortadan kalkmaz; kendisini ceza olarak ortaya çıkarır. Hegel’e göre, esasen ceza, suçlunun özgürlüğünün ihlalidir. Ancak bir suçun cezasız kalması, mağdurun onurunu ortadan kaldırır. Dolayısıyla ceza, suçlu tarafından gerçekleştirilen ihlal ya da saldırının reddi işlevini görür ve ihlal edilen hakkın yeniden tesis edilmesini sağlar. Böylece suç, genel iradeyi ve devlet otoritesini temsil eden hukukun inkârı, ceza da özel iradeyi temsil eden fiilin yani suçun inkârıdır. Buna bağlı olarak ceza, inkârın inkârı olarak hukuku olumlar ve genel irade ile özel iradeyi yeniden uyumlu hale getirir.³³³ Cezanın bu niteliği, yargılama hukuku anlamında, mahkemeler eliyle intikam ya da öç almanın dışına çıkmış olmaktadır.

Yanlış karşılık doğruyu kanıtlama, öncelikle suçluyu rasyonel bir varlık olarak tanımayı gerektirir. Çünkü her rasyonel varlık gibi suçlu, suç teşkil eden fiili gerçekleştirerek, kendi fiilinde kendisinin tanıdığı bir kanun oluşturmuş ve bu nedenle onun altında haklı olarak yer alabilmiştir. Hegel’e göre, cezalandırmanın birinci amacı, suçluyu, her türlü fiilinden sorumlu rasyonel bir varlık olarak onurlandırmaktır.³³⁴ Bu onurlandırmayla Hegel, cezanın sadece adaleti tesis etmediğini, bir hakkı da bünyesinde barındırdığını göstermek istemiştir. Dolayısıyla ceza, bizzat fail tarafından talep edilmesi beklenen bir durumdur ve failin hakkıdır. Fail, mevcut hukukun bir parçasıdır ve akıl dışı fiiline yani işlediği suça rağmen toplumla uzlaşma imkânına sahip olmalıdır.³³⁵ Düşünüre göre, cezalandırmanın ikinci amacı ise, failin, başkalarına yaptığını kendisi için de kabul ederek kendisinin

³³⁰ Bumin, **a.g.e.**, 146.

³³¹ Alan Brudner, “The Contraction of Crime in Hegel’s Rechtsphilosophie”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 141.

³³² **A.g.m.**, s. 145.

³³³ Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2010, s. 46-47.

³³⁴ **A.g.e.**, s. 47.

³³⁵ Ozansü, **a.g.e.**, s. 109.

de zarar görmesi gerektiğini onaylamasıdır.³³⁶ Hegel'in ceza teorisine göre, fail, cezayı kabullenerek “tanınır” yani toplumla uzlaşmış olur.³³⁷ Ancak cezalandırmanın suçluyu onurlandırma amacı, suç teşkil eden fiil, suçludan kaynaklanmadığı takdirde ortadan kalkar.³³⁸

Hegel, cezalandırmanın amacına ilişkin Feuerbach'ın psikolojik zorlama kavramına dayalı genel önleme görüşünü reddeder. Hegel'e göre, Feuerbach'ın teorisi, tehdit ve baskıya dayalıdır ve insanın özgür olmadığını varsaymaktadır. Ancak hak ve adaletin tesisi, caydırıcılık tehdidiyle değil, özgürlük ve iradeyle mümkün olmalıdır. Hegel'e göre, cezalandırmayı, caydırıcılıkla açıklamak, köpeğe sopa vurmak gibidir. Bir insana, köpeğe muamele edildiği gibi muamele etmek ise, insan onuru ve özgürlüğe aykırıdır.³³⁹ Dolayısıyla Hegel'e göre, tehdit ve caydırıcılık, cezalandırma için doğru araçlar değildir.

Hegel, cezaların, bir toplumdaki ahlak normlarına yönelik saldırıyı kınamayı ifade ettiğini dile getirmemiştir. Daha ziyade, cezanın, insan ilişkileri üzerinde pratik otoritesi olan ontolojik bir gerçeği ifade ettiğini söylemiştir.³⁴⁰ Hegel'e göre, öç ya da intikam, cezanın karakteristiğinde bulunan eşitlik anlayışına uymaz. Hegel, *lex talionis*'in olumsuz sonuçlarına dikkat çeker. Nitekim “dışsız ya da tek gözlü” bir suçlu için bu ilkenin hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Ancak düşünür, cinayet suçu için ölüm cezasının zorunlu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtir.³⁴¹ Çünkü Hegel, cinayet suçunda yaşamın insan varlığının bütününe temsil ettiği kabulünden hareket eder ve bu fiilin bir eşdeğerle mübadelesinin mümkün olamayacağını ileri sürer.³⁴²

Son olarak, Hegel'in ceza teorisinin, Fichte'nin görüşleri ile farklılıklarına da kısaca değinmek gerekir. Suçlunun, toplumsal sözleşmeyi tek yanlı ihlal etmesi ve bunun sonuçlarını (toplumdan dışlanma gibi) ele alıp hak kavramını anlaması konusunda Fichte, normatif bir yükümlülük getirir. Toplum sözleşmesi düşüncesine katılmayan Hegel'e göre ise, suçlu, toplumun bir üyesi olmaya devam eder. Fichte,

³³⁶ Toroslu, **a.g.e.**, s. 47.

³³⁷ Güngören, “**Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı**”, s. 993.

³³⁸ Vormbaum, **a.g.e.**, s. 59.

³³⁹ Güngören, “**Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı**”, s. 995.

³⁴⁰ Brudner, **a.g.m.**, s. 160.

³⁴¹ Vormbaum, **a.g.e.**, s. 60.

³⁴² Ozansü, **a.g.e.**, s. 111.

suçlunun akıbetine odaklanırken, Hegel, yaklaşımının temeli olarak hukukun geçerliliğini alır.³⁴³

III- Değerlendirme

Devlet öncesi (ilkel) toplumlarda ceza, tamamen suçludan intikam (öç) alma amacı taşıyan içgüdüsel, duygusal ve kendiliğinden bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Benzer şekilde kısas da, intikam duygusunun tatminini sağlamıştır. Zira ilkel toplumlarda hukuk olmasa dahi bir toplumsal düzen mevcuttur.³⁴⁴ İlkel toplumlarda bir suç işlendiğinde, suçtan ziyade suçluya odaklanma ve toplum psikolojisinin de etkisiyle gelişen öfke ve içgüdüsel hınçla suçluya derhal ceza verme anlayışı göze çarpmaktadır. İlk amaç, suça neden olan faktörleri araştırmak değil, suçluyu cezalandırarak toplumsal barışı sağlamak olmuştur.³⁴⁵

Bu dönemde, bir aile ya da boyun mensubu, diğer bir aile ya da boyun mensubu tarafından öldürülürse, failin mensubu olduğu aile ya da boyun tamamı suçtan sorumlu olmuştur. Dolayısıyla sübjektif sorumluluk yerine kolektif sorumluluk mevcuttur.³⁴⁶ Aile ya da boylar arası anlaşmazlıklar gerçekleştiğinde haksızlığın giderilmesi için misilleme türü şiddete başvurmak sıkça rastlanan bir durumdur.³⁴⁷ Mağdurun, cezayı kendisinin vermesi durumunda, masumların cezalandırılması ya da suçluların daha fazla cezalandırılması olasılığı yüksekken, suçlu cezalandırılmadığında ise suç dramatik olarak artış göstermiştir.³⁴⁸ Ancak son tahlilde, kuralların muğlak olması nedeniyle tarafların fiziksel, siyasi ya da ekonomik güçleri uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamıştır.³⁴⁹ Dolayısıyla şiddet ve güç, cezalandırmada belirleyici araçlar olmuştur. Hukuk dışı cezalandırma sisteminin

³⁴³ Merle, **a.g.e.**, s. 85.

³⁴⁴ Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, s. 301.

³⁴⁵ Can, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, s. 413-415.

³⁴⁶ Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 68; İlhan Üzülmüş, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 260.

³⁴⁷ Simon Roberts, **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, Çev. A. Erkan Koca, Ankara: Birleşik Yayınevi, 2010, s. 116.

³⁴⁸ Christopher Heath Wellman, “Piercing Sovereignty: A Rationale for International Jurisdiction Over Crimes that Do Not Cross International Borders”, **Philosophical Foundations of Criminal Law**, Ed. R. A. Duff, Stuart P. Green, New York: Oxford University Press, 2011, s. 468.

³⁴⁹ Roberts, **a.g.e.**, s. 174.

geçerli olduğu bu dönemde ihlal fiiliyle yaptırımın dengesi çoğu kez ortadan kalkmıştır.³⁵⁰

Uzun bir tarihsel sürecin ardından ilkel toplumlardan 16. yüzyıla gelindiğinde, Descartes ile birlikte bireyi ve aklı öne çıkaran Batı felsefesi tarih sahnesinde yerini almıştır. Batı felsefesi, Aydınlanma ile en üst noktasına ulaşmış, başta insan hakları hukuku olmak üzere hukukun birçok alanındaki kavramın kökenini oluşturmuştur. Rönesans ve Reform hareketlerinin felsefi dönüşümü tetikleme ve Hümanizma ile gelişen özerk ve kendi aklını kendine rehber edinen birey anlayışı, Aydınlanma ile zirveye çıkmıştır. Çünkü Aydınlanma Çağı'nda birey, toplumun belirleyici öğelerinden ayrı bir değer kazanmış, bireye ilişkin evrensel kavramlar üretilmiştir.³⁵¹ Ceza hukukunun temel kavram ve ilkeleri ile anayasal güvenceler de, uzun bir tarihsel sürecin sonucu olarak Aydınlanma felsefesiyle olgunlaşmış ve teorik zemine kavuşmuştur.

Şüphesiz ki toplumsal yaşam insan için doğal bir süreçtir; diğer yandan da akla uygundur. Yaşamın zorluklarına aklını kullanarak ve diğer insanlarla birlikte hareket ederek göğüs geren insan, dünyadaki egemenliğini kısa sürede kurar. Ortaçağ'da aklını özgürce kullanması engellenen insan, Yeniçağ'da ise keşifler ve icatlarla ufku genişletmiş, ön kabulleri, örf-âdeti ve dini kuralları reddetmeye başlamıştır.

Aydınlanma, insanın, kendi potansiyelini ortaya koyup düşüncelerine ket vuran zincirlerden kurtularak özgür olacağı idealini taşımaktadır. Bu tasavvurun konusu olan birey, hem bir felsefe nesnesi hem de politik ve toplumsal bir öznedir. Özne (süje) olmasına bağlı olarak fiillerini özgür iradesiyle belirleyebilir ve fiillerinin sonuçlarını önceden öngörebilir. Aydınlanma felsefesi, başka kişi ve kurumların özne adına karar vermesini, onun adına yargıda bulunmasını eleştirmektedir. Bireyin kendi aklı, kendi yöneticisidir.³⁵² Dolayısıyla devlet, vatandaşların ne düşündükleri ya da neye inandıklarıyla ilgilenmemeli, kendilerini gerçekleştirme fırsatı tanınmalıdır.

³⁵⁰ Özcan, **İlkel Toplumlar da Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, s. 302.

³⁵¹ Akkaya Kia, **a.g.e.**, s. 65.

³⁵² Gökhan Gökulu, "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, S. 5, 2014, s. 631-632.

Tanrısal aklın sadece sınırlı bir parçası olabilen edilgen insan, Aydınlanma ile birlikte özgür akla kavuşmuştur. Aklın, özgürlüğe kavuştuktan sonra yaptığı ilk şey, kendini bütün batıl inançlardan temizlemek olmuştur. Buna bağlı olarak, aslında herkeste özgür aklın bulunduğu, bireylerin farklı akıl yürütme biçimleri sayesinde etkin ve dönüştürücü olabileceği, otoriteyi sorgulayabileceği ve eleştirebileceği dile getirilmiştir. Herkeste özgür akıl adı verilen bir yetinin bulunduğu ve bunun geliştirilmeye açık olduğuna ilişkin kabul, bir eşitlik de yaratmıştır. Çünkü herkes aynı akla sahip olduğundan, herkes aynı rasyonelliği sergilediğinden, uygun bir eğitim sürecinden geçmiş olan herkes aynı doğru sonuçlara ulaşabilir. Bu akli eşitlik, Aydınlanma Çağı öncesinde var olan bireyler arası adaletsizliği de görece ortadan kaldırmış olmaktadır. Akli eşitlik sayesinde Aydınlanma Çağı'nın bireyi, akıl yürütme faaliyetiyle beraber bilim, sanat, ekonomi, felsefe ve hukuk alanında son derece verimli bir dönemin öznesi haline gelmiştir.

Aydınlanma Çağı'nda ceza hukuku, hem düşünsel hem de siyasal bir mücadele alanı olarak tezahür etmiştir. Bu bağlamda, Aydınlanma düşünürlerinin ortaya koyduğu görüşler, ceza hukukunun modernleşmesinde kritik bir role sahiptir. Çünkü Aydınlanma felsefesi sayesinde ceza hukuku, bireyleri, irade serbestisi ve buna bağlı olarak seçim özgürlüğü olan varlıklar olarak ele almaya başlamıştır. Kant başta olmak üzere birçok Aydınlanma düşünüründe görülen özerk (otonom) birey tasavvuru ve siyasal iktidarın sınırlandırılması arzusu dikkat çekmektedir.

19. Yüzyılda Pozitivist Okul'un ortaya çıkmasına dek Klasik Okul olarak adlandırılan ve kökeni Aydınlanma Çağı'ndaki felsefe hareketleri ve kodifikasyon faaliyetine dayanan bir ceza hukuku doktrini geliştirilmiştir.³⁵³ Klasik Okul'un temsilcileri olan birçok Aydınlanma düşünürü, suç ve cezaların belirlenmesi, cezalandırmanın amaçları, cezalandırma türleri, cezanın miktarı ve şiddeti, kolektif sorumluluğun yerini sübjektif sorumluluğun alması, kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve cezaların son çare olarak uygulanması (*ultima ratio*) gibi ceza hukukuna hasredilen birçok kavram ve ilke bakımından yeni yaklaşımlar üretmiştir.³⁵⁴ Beccaria ve Feuerbach gibi Klasik Okul'a mensup düşünürler, siyasal iktidarın keyfiliğini sınırlandırmanın yanı sıra bütün

³⁵³ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 59.

³⁵⁴ **A.g.e.**, s. 72-73.

vatandaşların toplum sözleşmesine uymakla yükümlü olduğunu ortaya koymak istemiştir. Vatandaşlar, ceza hukuku ile ilişkileri bakımından cezalandırılabilir varlıklar (*homo penalis*) olarak tasavvur edilmiştir.³⁵⁵

Aydınlanma Çağı'nda cezalar, keyfi olmaktan çıkartılıp soyut, objektif ve genel bir uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Aydınlanma düşünürleri de, cezayı bu uygulama alanı çerçevesinde haklı çıkarmak için ahlaki itirazlarda bulunmuştur. Bu çabanın ürünü olarak, Aydınlanma Çağı'nda cezalandırmanın amacı üzerine çeşitli görüşler ileri sürmüştür. Bunlardan biri olan mutlak adalet anlayışında suçlu, sorumluluğu olan ve işlediği suç nedeniyle cezalandırılmayı hak eden bir figür olarak tanımlanmıştır. Adaletin gereği olarak suçlu, kusuru nispetince cezalandırılmalıdır. Dolayısıyla cezanın ödetilmesi için (kefare) suçlu, yaptığı kötülüğün karşılığı olarak cezalandırılmalı ve acı çekmelidir. Kant'ın ahlaki maksimleri ile iç içe olan mutlak adalet anlayışına göre, cezanın toplumsal fayda amacı bulunmaz; cezanın kendisi amaçtır. Bu anlayış, failin itibarını korumadığı ve insan refahını göz ardı ederek katı bir adalet ideali öngördüğü gerekçeyle eleştirilebilir.³⁵⁶

Cezalandırmanın amacına ilişkin öne sürülen görüşlerden bir diğeri ise, faydacı cezalandırma anlayışıdır. Bentham, Beccaria ve Feuerbach'ın savunduğu bu görüşe göre, bir kişiyi suçlu olarak kınamanın ve onu özgürlüğünden mahrum bırakmanın öngörülen faydaları, bu kişi ve ailesine dayatılan maliyeti aşmamalıdır. Toplumun kendisini savunması gerekliliği, cezanın amacı olarak tezahür etmektedir. Cezalandırmanın amaçları arasında genel önleme (genel caydırıcılık), özel önleme (özel caydırıcılık) ve rehabilitasyon bulunmaktadır. Yaptırım tehdidi, doğası gereği geleceğe yönelik olduğundan cezalandırmanın amaçları da geleceğe yöneliktir. Cezalandırma türlerinden hiçbirisi, cezalandırmanın amacını, ahlaki düzeni bozan bir suçun cezasının kefareti olarak görmemektedir. Genel önleme, bir suçlunun cezalandırılmasının, suç işleme cesareti taşıyanlara yönelik bir tehdit olarak onları suç işlemekten uzaklaştıracağı düşüncesine dayanmaktadır. Genel önleme, büyük bir ahlaki çekime sahiptir. Zira suçluların ıstırap çekmesinin, daha düzenli bir topluma katkıda bulunduğunu düşünmek isteriz. Özel önleme ise, cezalandırılmış suçlunun

³⁵⁵ Özkan Agtaş, **Ceza ve Adalet**, İstanbul: Metis Yayınları, 2013, s. 212.

³⁵⁶ Kant'ın mutlak adalet anlayışına göre, küçük ya da büyük her türlü ahlaki kusur, suça ilişkin düşünce ve projeler devlet tarafından cezalandırılmalıdır. Ancak böylesi bir durum, özgürlük imkânını yok etmektedir. Hukukun, ahlaki bir düzen inşa etmek gibi bir işlevi bulunmamaktadır. (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 69.)

serbest bırakıldıktan sonra, ilerideki olası suçlardan caydırılması anlamına gelmektedir. Özel önlemeyle amaçlanan, suçlunun zararsız hale getirilmesidir. Rehabilitasyon, hapiste geçirilen sürecin bir sonucu olarak, hükümlünün suç işleme dürtüsünün tedavi edileceğine işaret etmektedir.³⁵⁷ Bu sayede suçlu, işlediği suçun haksız bir davranışın ürünü olduğunu kavrayarak ıslah edilmiş olacak ve yeniden “normal” bir birey olarak topluma karışacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, Aydınlanma felsefesinin aklı öne çıkarması ve suç, suçlu, ceza gibi kavramların akıl yürütme faaliyetleri çerçevesinde tanımlanması, hem mutlak adalet anlayışına hem de faydacı anlayışa yön çizmiştir. Aydınlanma Çağı’nın şekillendirdiği özerk bireyin maruz bırakıldığı cezalandırma korkusu ve tehdidi, zorlu ve önemli bir durumu açığa çıkarmıştır. Buna göre, Aydınlanma düşünürleri, cezalandırmanın amaçları konusunda farklı görüşler ileri sürmüştür. Ortak olarak, suçun rasyonel bir tercih olarak ele alındığı, kişilerin ceza sorumluluğunun söz konusu olduğu ve cezanın, failin kusuru nispetinde verilmesi gerektiği görülür. Dolayısıyla bir yasağı çiğneyen ve buna aldırmayan kişinin, bir kötülüğe uğratılması yönündeki maksim ortaktır ancak bu maksimin yöneleceği cezalandırma amacı farklıdır.³⁵⁸ Bir diğer ortak unsur, ceza sorumluluğunun temelinde manevi sorumluluğun bulunmasıdır çünkü kişilerin, serbest iradeleri sayesinde iyi ya da kötüyü seçme serbestisinin bulunduğu ifade edilmiştir.³⁵⁹

Aydınlanma Çağı’nın birçok düşünürü, kanunların yazılı ve herkesin anlayabileceği bir şekilde olması, suç teşkil eden fiillerin açıkça belli olması, yargılamaların hızlı ve adil olması, cezaların insani ve ıslah edici olması gerektiğini de savunmuştur. Bununla birlikte, insanlık dışı muamele, işkence, gizli yargılama, keyfi muamele ve idam cezasının karşısında olma hususlarında, bütün Aydınlanma düşünürlerinin aynı şekilde düşündüğünü iddia etmek güçtür.

Aydınlanma Çağı’nda kanunları kavrayış biçimi, hukuk felsefesi ve ceza hukukunun etkili olması sonucunu doğurmuştur. Suç fiili, otonom bireyin, suç işlemek ve işlememek arasındaki sınırı aşma tercihiyle irtibatlandırılmış, sınır aşımı, ahlak kurallarından ayrılma biçiminde ele alınmıştır. Aydınlanmacı doğal hukuk

³⁵⁷ Fletcher, **a.g.e.**, s. 30-31.

³⁵⁸ Hirş, **a.g.e.**, s. 200.

³⁵⁹ Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 292.

anlayışı, acımasız bedensel ceza, şiddetli ve keyfi cezalar yerine hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezaları öngörmüş, ceza hukukunun evrensel ve insancıl hale getirilmesini talep etmiştir.³⁶⁰ Aydınlanma felsefesiyle birlikte cezaların şahsileştirilmesine paralel olarak, kusur ilkesi de önem kazanmıştır. Böylece, failin, fiilinden sorumlu olabilmesi ve buna bağlı olarak cezalandırılabilmesi için kusurlu olması ve kusuruyla orantılı bir yaptırıma tâbi tutulması anlayışı öne çıkmıştır.³⁶¹

Öteden beri var olan ceza hukuku haksızlıklarının yanında, özel hukuk haksızlıkları da kavram olarak ilk kez Aydınlanma Çağı'nda ortaya çıkmıştır. Haksızlık, hukukla çatışan, hukuka aykırı bir fiilde bulunmaktır. Aydınlanma Çağı'ndan önce, her türlü haksızlık suç sayıldığı için ceza hukuku haksızlıkları ve özel hukuk haksızlıkları şeklinde ikili bir ayrım söz konusu olmamıştır. Ancak Hegel, bu ayrımı net bir biçimde ortaya koymuştur.³⁶²

Yukarıda bahsi geçen görüşler ışığında, Aydınlanma felsefesi, insanın bir değer olarak görülmesine, özgürlüğe, hak ve özgürlüklerin ancak kanunlarla sınırlandırılabilmesine ve keyfi olarak engellenememesine, suçta ve cezada kanunilik ilkesine, kanun önünde eşitliğe ve böylece hukuk devleti ilkesinin³⁶³ doğmasına yol açmıştır. Özgürlüğün üstün bir değer olarak görülmesi nedeniyle özgürlükten yoksun kılma cezası aslında en ağır ceza olarak değerlendirilmiş, işkence gibi vücuda uygulanan cezalar eleştirilmiştir. Tüm hukuk dallarının ve özellikle de ceza hukukunun sekülerizasyonu, rasyonelleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi talebine ek olarak, insancıllaştırma talebi ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, Aydınlanma düşüncesinin bir ürünü olan modern özne (süje) tasavvuru, günümüz ceza hukukunda

³⁶⁰ Vormbaum, **a.g.e.**, s. 25.

³⁶¹ Nitekim günümüz ceza hukukunda kusur, failin, mevcut hukuk kurallarına uygun olan haklı bir davranışı tercih etme imkân ve yeteneği bulunmasına rağmen, tercihini haksız bir davranıştan yana kullanmasının bir sonucudur. Kusur kavramının, failin psikolojik yapısı ve işlediği fiilin sonucu arasındaki ilişki olduğu yönünde bkz. Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 409.

³⁶² Hegel, **a.g.e.**, s. 109.

³⁶³ Türkçede “hukuk devleti” olarak ifade edilen kavramın kökeni ve birebir karşılığı Almanca “*Rechtsstaat*” sözcüğüdür. Anglosakson dünyasında ise “*rule of law*” olarak ifade edilen bu kavram, Türkçeye “hukukun üstünlüğü” şeklinde çevrilmiştir. Gerek hukuk devleti gerek hukukun üstünlüğü kavramı, hukukun egemen olmasını ifade eden yüksek bir hukuk anlayışının ürünüdür. Hukuk devleti ilkesinin temel amacı, bir devletin, kendi koyduğu hukuk kurallarına ve imzaladığı uluslararası sözleşmelere bağlı kalmasını sağlayarak gücünü sınırlandırmak ve böylece vatandaşların hukuka güven duymasını sağlamaktır. Bu çalışmada hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları birlikte ve aynı anlamda kullanılmıştır.

referans noktası haline gelmiştir. Böylece suç ve ceza politikaları da bu anlayışa göre şekillenmiştir.

Cezalandırmanın amacına ilişkin Kant ve Kant'tan ayrılan yönleriyle Hegel'in mutlak adalet, Fichte'nin kefaret sözleşmesi, Feuerbach'ın psikolojik zorlama teorisi göze çarpmaktadır. Bu teorilerin hepsi, modern ceza hukuku teorisinin gelişimine katkıda bulunmuştur. 18. Yüzyıldan günümüze dek ceza hukuku felsefesindeki merkezi nokta, birbiriyle yarışan cezalandırma teorilerinin her birinin kademeli olarak gelişmesi olmuştur. 18. Yüzyıldan sonra, tek bir baskın cezalandırma teorisi yerine bütün teorilerin bir arada düşünüldüğü yeni bir döneme girilmiştir. Zira her teori kendi izini bırakmış ancak hiçbiri tek başına mutlak bir çözüm getirememiştir. Böylece Aydınlanma felsefesinin mirası olarak görülen teorileri ele alan karma görüşler ileri sürülmüştür.³⁶⁴ Bu görüşlerden birine göre ceza, hem suçun karşılığı olarak çektirilerek adaleti sağlar hem de önleyici yönüyle toplumu savunur. Ceza adil olduğu ve topluma fayda getirdiği ölçüde verilmelidir. Serbest irade sahibi kişi, suç işlemeyi seçmiş ve istemişse cezaya katlanmalıdır. Ceza da, suçun ağırlığı ve toplumda yarattığı zarar oranında belirlenmelidir.³⁶⁵ Bir diğer görüşe göre ise, cezalandırmanın amacını kefarete ya da faydaya indirgeyen ve suçluya kötü davranmayı önceleyen görüşlerin yetersizliği karşısında suçluyu iyi davranmaya yöneltmeyi esas alan dengeli bir cezalandırma anlayışı geliştirilmelidir. Bu görüş uyarınca, suçluyu hapsedmektense eğiterek iyi bir vatandaş haline getirmek öncelik arz eder. Bu kapsamda, örneğin alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı ve öfke kontrolüne yönelik programlar düzenlenmelidir.³⁶⁶

Yukarıda ifade edildiği gibi, modern ceza hukuku geleneğinin kökeni, Aydınlanma Çağı'nın felsefi iklimine ve buna bağlı olarak Aydınlanma düşünürlerinin görüşlerine dayanmaktadır. Ancak bu durum, Aydınlanma düşünürlerinin eleştiriden muaf olduğu, ceza hukuku görüşlerinin tam ve eksiksiz olduğu anlamına gelmemektedir. Kant, büyük bir felsefi sistem ve hukuk teorisi kursa da cezalandırmanın amacına ilişkin görüşleri, diğer görüşlerine göre zayıftır. Çünkü tek başına mutlak adalet teorisi, cezalandırmanın amacını açıklamaya

³⁶⁴ Güngören, “Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus”, s. 548.

³⁶⁵ Üzülmüş, a.g.m., s. 269-270.

³⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vincent Luizzi, “Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin “Yeni Denge” Yaklaşımı”, Çev. Gülriz Uygur, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 10. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2004, s. 159-164.

yetmemiş, uygulamada yetersiz kalmıştır.³⁶⁷ Suçlar ve Cezalar Hakkında adli eserinde ise Beccaria'nın, cezanın nedeni ve kökenine ilişkin belirttiği görüşlerin, suçun nedenlerine gelince aynı derinlikte olmadığı iddia edilmiştir.³⁶⁸ Cezalandırmanın, rasyonel kararların yerine failin iradi hareketlerine göre şekillendiği düşüncesi Kant tarafından zayıf bulunmuştur.³⁶⁹ Fichte de, Kant'ın, Beccaria'yı aşırı duygusal bulmasına atfen, düşünürü, "aşırı derecede merhamet duyguları içeren suni bir hümanizma" yaratmakla itham etmiştir.³⁷⁰

Beccaria, hapis cezası, zorla çalıştırılma gibi cezalara yer verse de ceza türlerine ilişkin görüşleri sınırlıdır. İnsanın, unutan bir varlık olduğunu belirten Beccaria, ölüm cezasının, toplumda etkili olacağını ama kalıcı olmayıp unutulacağını dile getirmiştir.³⁷¹ Buna rağmen, ölüm cezasının iki istisnai durumda uygulanmasının düşünülebileceğini dile getirir: Mutlak anarşi hali ve özgürlüğünden yoksun olsa dahi bir bireyin salt varlığıyla kamu esenliğini bozması hali.³⁷² Hegel ise, ölüm cezalarının azalmasına olan katkısı nedeniyle Beccaria'nın ceza politikaları bakımından önemini ifade etmesine rağmen, düşünürün toplum sözleşmesini temel alan yaklaşımını eleştirmiştir. Hegel'e göre, bu yaklaşım, özel hukuk alanına özgü olan sözleşme kavramının kamu hukukuna aktarılması anlamına gelmektedir.³⁷³

Beccaria, ölüm cezasının yerine esasen müebbet hapis cezasını önerse de, bu önerisinin, sonuç itibarıyla suçlu için sonsuz esaretten farksız olduğu ve insancıl olmadığı gerekçesiyle başta Diderot olmak üzere çağdaşlarınca eleştirilmiştir.³⁷⁴ Bir görüşe göre de, Beccaria'nın kanunilik ilkesi ya da hukukun üstünlüğü hakkındaki düşüncelerinin, modern ceza hukukundaki eğilimlerle ters düştüğü, hâkimlerin ceza kanunlarını yorumlama yetkisine sahip olmadığı yönündeki düşüncesinin buna örnek gösterilebileceği ifade edilmiştir.³⁷⁵

³⁶⁷ Güriz, **a.g.e.**, s. 208.

³⁶⁸ Rahimov, **Suç ve Ceza**, s. 32.

³⁶⁹ Vormbaum, **a.g.e.**, s. 36.

³⁷⁰ Merle, **a.g.e.**, s. 90; Güngören, "Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı", s. 997.

³⁷¹ Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2010, s. 109-110.

³⁷² Cadoppi, **a.g.m.**, s. 18; Vormbaum, **a.g.e.**, s. 27.

³⁷³ Güngören, "Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı", s. 997.

³⁷⁴ Aksoy Retornaz, **a.g.m.**, s. 103.

³⁷⁵ Cadoppi, **a.g.m.**, s. 24.

Feuerbach’ın görüşlerini ele aldığımızda ise, devletin görevleri açısından, hiçbir hak ihlalinin gerçekleşmemesinin kesinlikle gerekli olduğu yönündeki görüşü dikkat çekmektedir. Ancak Feuerbach’ın birey-devlet ilişkisi bağlamındaki bu kesinlik arayışı itirazlara konu olmuş, hak ihlallerini en azından sınırdan tutmanın, normatif açıdan daha realist ve tatmin edici olacağı ifade edilmiştir. Zira birtakım yetersizlik ve başarısızlıklar, devletin “aşırı hırslı” anlayışına yeğ tutulmalıdır.³⁷⁶

Yukarıda belirtildiği üzere, Feuerbach, cezaların caydırıcılığına ilişkin psikolojik zorlama teorisini öne sürmüştür. Hegel, Feuerbach’ın psikolojik zorlama teorisini, insanları, sopa ile tehdit edilen köpekler gibi ele aldığı için eleştirmiştir. Bu bağlamda, psikolojik zorlama teorisinin, insanları aşağılayan, hatta insan onuru ile çatışan bir durum olduğu düşünülebilir. Ancak Feuerbach, psikolojik zorlamanın caydırıcı etkisinin muazzam olduğu iddiasını taşımamaktadır. İnsanın yeteneklerinin, bir köpeğin, sopa darbesinin yol açacağı muhtemel bir fiziksel acıdan kaçınmaya yönelik içgüdüsel tepkisinden öteye geçeceğini belirtmiştir. Ayrıca “zorlama” sözcüğü yerine başka bir sözcüğü -örneğin “seçim” sözcüğünü- kullanarak yanıltıcı sonuçlar elde edebileceğini öngörmüştür.³⁷⁷

Feuerbach’a yönelik bir diğer eleştiri ise, ceza hukuku felsefesine çok fazla önem verip aynı önemi pozitif hukuka vermediği yönündedir. Feuerbach’ın, suçu, kişisel hakların ihlali olarak açıklayarak, kamu güvenliğine ve ekonomiye karşı suçları dışta bıraktığı da dile getirilmiştir. Düşünün, cezalandırmaya ilişkin ahlak ve hukuk normlarının ayrılması gerektiğine ilişkin ilk dönem görüşlerine karşılık daha sonraki görüşlerinde, genel ahlaki duyguların da dikkate alınabileceğini öne sürdüğü göze çarpmaktadır.³⁷⁸

Feuerbach’a yönelik eleştiriler dikkate alındığında, yaşadığı dönemin, liberal ceza teorilerine elverişli bir dönem olduğu unutulmamalıdır. Nitekim düşünürün, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ve ilkenin belirlilik, kesinlik, kıyas yasağı, geriye yürümezlik gibi alt (tali) ilkelerini³⁷⁹ yaşadığı dönemin politik ideolojisinden

³⁷⁶ Hörmle, **a.g.m.**, s. 127.

³⁷⁷ **A.g.m.**, s. 130.

³⁷⁸ Dubber, “**Comparative Criminal Law**”, s. 1302; Markus D Dubber, “Grounding Criminal Law: Foundational Texts in Comparative-Historical Perspective”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 12.

³⁷⁹ Alt (tali) ilkeleri, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin unsurları olarak ele almak da mümkündür.

etkilenerek hukukla bütünleştirdiği açıktır. Yukarıda yer verilen eleştirilere rağmen, Feuerbach'ın görüşlerinin çağı için yenilikçi, özgürlükçü ve insancıl olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Suçların önlenmesinde caydırıcılığın işe yarayıp yaramadığı sorusu, her zaman temkinli bir şekilde karşılanmıştır. Zira suç teşkil eden fiillerin önüne geçilmesinde bireysel ahlak anlayışı ya da menfaatler daha güçlü etkilere sahip olabilir. Faydacı görüşten bakılacak olursa, suçun önlenmesi çoğunlukla caydırıcılık yoluyla toplumda daha fazla toplam refah yaratılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu gerekçenin, cezaları sınırlandırmada ikna edici olup olmadığı tartışmaya açıktır. Çünkü suçsuz birine suç isnat edilirken cezalandırma toplumdaki toplam refahı artırma amacına hizmet etmemektedir.³⁸⁰ Ceza kanunlarının, haksızlıklarla bağdaşmayacak şekilde düzenlenmesinin nasıl garanti edileceği hususu dikkatle düşünülmelidir. Eğer caydırıcılık işe yarıyorsa, devletin insanları ceza yoluyla tehdit etmesinin sakıncalı olup olmadığı sorusu da dikkate alınmalıdır.

Ceza kanunlarında düzenlenen yaptırımların, insanların davranışlarını olumlu yönde etkileyip etkilemediğine ilişkin kapsamlı kriminolojik, kriminalistik, psikolojik, sosyolojik ve hatta nörobilimsel araştırmalara ihtiyaç olduğu da açıktır. Çünkü farklı bilim dallarına ilişkin ampirik verilerin günümüz ceza hukukuna katkısı günden güne artmaktadır. Bu veriler sayesinde ceza hukuku, hayatın olağan akışına göre ortaya çıkan yeni durumlara uygun olarak güncellenebilecektir.

Çalışmanın devamında, ceza hukuku araçları ve cezalandırmanın amacına ilişkin Aydınlanma Çağı'nda var olan ya da günümüzde ortaya çıkan endişelerin giderilmesinde önemli bir güvence işlevi gören suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, Aydınlanma düşüncesindeki yeri ve günümüze uzanan etkileri ele alınacaktır.

³⁸⁰ Meir Dan-Cohen, "Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective", **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 114.

İKİNCİ BÖLÜM: AYDINLANMA ÇAĞI'NDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE İLKENİN GÜNÜMÜZE ETKİLERİ

I- Kavram Olarak Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi³⁸¹, hem teorik hem pratik anlamda, farklı hukuk sistemlerinde, hatta aynı hukuk sistemindeki farklı hukuk dalları arasında farklı anlam ve içeriğe sahip olabilir. Ancak bu durum, kanunilik ilkesine ilişkin genel bir tanım yapmaya engel teşkil etmemektedir. O halde genel bir tanım yapmak gerekirse, kanunilik ilkesi, hukuken geçerli bir norm türü olarak kanunun³⁸², asıl kaynak teşkil ettiği hallerde, kanuna kat'î surette bağlı kalınarak hukukun güvence fonksiyonunun yerine getirilmesidir.³⁸³ Kanunilik ilkesi, çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir³⁸⁴ ve ceza hukuku bakımından birincil bir değerdir³⁸⁵ ancak sadece ceza hukuku alanına has bir ilke olmayıp taraflardan birinin devlet olduğu diğer kamu hukuku ilişkilerinde de görülmektedir. Bunun gerekçesi, bir tarafın birey bir tarafın devlet olduğu hukuki ilişkilerde, elinde büyük bir güç bulunduran devletin karşısında zayıf olan bireyi koruma düşüncesidir. Kanunilik ilkesi, özellikle idare hukuku ve vergi hukuku alanlarında da önemi haizdir.

³⁸¹ İng. *The principle of legality*, Alm. *Legalitätsprinzip*, Fr. *Le principe de légalité*

³⁸² Suçta ve cezada kanunilik ilkesindeki “kanun” sözcüğünden anlaşılması gereken, yasama organınca usulüne uygun olarak düzenlenen yasama işlemi, diğer bir ifadeyle şekli anlamda kanundur. Maddi anlamda kanun ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun hükmünde kararname, yönetmelik gibi diğer hukuk normlarını da kapsar. Şekli anlamda kanun, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu sağlamaktadır. Aksi halde, örneğin idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilebilmesi mümkün hale gelir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesi sorunu, çalışmanın devamında ele alınacaktır.

³⁸³ Bryan A. Garner, **Black’s Law Dictionary**, 9. bs., ABD: West, 2009, s. 977; Faruk Turinay, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 7; Abdullah Batuhan Baytaç, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 8.

³⁸⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 21.

³⁸⁵ Garrett Barden, “Legality”, **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, C. II, Ed. Christopher Berry Gray, New York & Londra: Garland Publishing, 1999, s. 491.

Kanunilik ilkesi, hukuki kesinliğin bir güvencesidir. Zira bu durum, ilgili hukuk düzenine tâbi olan vatandaşların hukuka güven duyması bakımından kanunilik ilkesini vazgeçilmez kılmaktadır. Kanunların genel ve soyut olarak düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında objektivite yaratır. Ancak ceza hukukunun, temel hak ve özgürlükleri, diğer hukuk dallarına göre daha fazla sınırlaması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, genel olarak kanunilik ilkesine göre daha titiz bir şekilde ele alınması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim modern ceza hukukunda hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleriyle belirli bir değer kazanan suçta ve kanunilik ilkesinin kötüye kullanılması, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini de zedelemektedir.

A- Suçta Kanunilik İlkesi

Bir hukuk düzeninde suç sayılan fiillerin kanunda açıkça belirtilmesi ve buna bağlı olarak kanunlarda suç olarak düzenlenmeyen fiiller nedeniyle ceza verilememesi ya da güvenlik tedbiri uygulanamamasına suçta kanunilik adı verilir. Böylece bir fiil, toplumsal olarak kötü, tehlikeli, ahlaksız ya da sapkın bulunsa da kanunda suç sayılmadığı müddetçe cezalandırılmaz. Suçta kanuniliğin bir gereği olarak, suç teşkil eden fiillin, kanuni düzenlemedeki tanıma uygun olması ve fiile karşılık gelen ceza ya da güvenlik tedbirinin kanunda açıkça gösterilmiş olması gerekir.³⁸⁶ Yine suçta kanunilik ilkesi gereğince, kanunda açıkça cezayı artıran ya da azaltan bir neden öngörülmedikçe ceza artırılamaz ya da azaltılamaz. Böylelikle suçta kanunilik ilkesi, keyfi cezaların engellenmesi bakımından hukuk devleti ilkesi, bireylerin suç teşkil etmeyen fiilleri irade serbestisi çerçevesinde yerine getirebilmesi bakımından da hukuk güvenliği ilkesiyle tam bir uyum içindedir.

B- Cezada Kanunilik İlkesi

Bir kanunda suç sayılan fiiller için ne kadar ceza verileceğinin yine kanunda belirtilmesine cezada kanunilik adı verilir. Kanunda suç olarak düzenlenen bir fiil

³⁸⁶ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 7. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 1125; Eyüp Sabri Yarmalı, Selçuk Alp, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011, s. 649.

için kanunda düzenlenmeyen bir ceza ya da kanunda öngörülenden başka bir şekilde ceza verilemez. Cezada kanuniliğin bir gereği olarak, suçun işlendiği zaman itibariyle kanunda yer almayan cezayla kimse hüküm giyemez.³⁸⁷

Belirtmek gerekir ki hâkimin takdir yetkisinin geniş tutulması nedeniyle suçta kanunilik ilkesinin esnetildiği hukuk düzenleri olsa da, cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel ilkelerinden biri olması nedeniyle suçta kanunilik ilkesine göre daha sert uygulanmaktadır.

II- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Tarihsel Kökeni

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihsel kökeniyle ilgili olarak belirli fiilleri suç haline getiren ve suçun cezasını da belirten düzenlemelerden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, M.Ö. 18. yüzyıla tarihlenen Hammurabi Kanunlarıdır. Antik Mısır'da kapsamlı kanunlara rastlanmasa da M.Ö. 13. yüzyılda devlet yönetimindeki yolsuzluklara ilişkin kuralları ve ceza normlarını içeren Horemheb Kararları vazedilmiştir. M.Ö. 4. yüzyılda Antik Yunan'da geçmişe dönük olarak uygulanan kanunların geçersiz olduğuna ilişkin bir karar dikkat çekicidir.³⁸⁸

Roma hukukuna bakıldığı zaman, kodifikasyon hareketinin başlangıcı sayılan On İki Levha Kanunları'nda cezalandırmaya ilişkin düzenlemeler ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin izler bulmak mümkündür.³⁸⁹ Ancak Roma'da kıyas müessesesine başvurulmuş, cezalandırma yetkisi hiçbir yargı makamına başvurmaksızın *Magistralara* verilmiş, Cumhuriyet döneminde kanun koyucu durumundaki halk meclisleriyle birlikte mahkemeler de suç ve cezaların belirlenmesinde yetki sahibi olmuş ve ayrıca ceza kanunları geçmişe etkili olarak uygulanmıştır.³⁹⁰ Zaten Roma hukukunda cezalandırma, kanunlarda düzenlenmeden önce de var olmuş, kanunlarda düzenlendikten sonra da kendilerine tanınan yetkiyle

³⁸⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 200; Yarmalı, Alp, **a.g.e.**, s. 131.

³⁸⁸ Aly Mokhtar, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", **Statute Law Review**, C. XXVI, S. 1, 2005, s. 42.

³⁸⁹ Halide Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s. 130; Baytaz, **a.g.e.**, s. 12.

³⁹⁰ M. Nedim Bekri, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 19.

Magistralar suçu yargılayıp cezalandırabilmiştir. İlk imparatorluk devrinde mevcut hukuk kurallarının uygulanması yerine keyfi ve sınırsız cezalar verilmeye başlanmıştır.³⁹¹

Aydınlanma Çağı ya da öncesinde yaşamış birçok düşünür, suçta ve cezada kanunilik ilkesi üzerine görüşler ileri sürmüşlerdir ancak bu ilkeyi bütüncül, sistematik ve hukuki bir şekilde ilk kez ele alan Alman düşünür Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach olmuştur. Şüphesiz Feuerbach'ın çağdaşı olan ya da kendisinden önce yaşamış düşünürlerde de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin nüvelerini görmek mümkündür.³⁹² Ancak Feuerbach'ın, 1801 tarihinde yayımlanan *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Almanya'da Yürürlükte Olan Ceza Hukuku Hakkında Ders Kitabı) adlı eserinde bu ilkeyi, günümüzde de kullanılan veciz Latince ifadeyle ve bütüncül olarak ortaya koymasından önce hiçbir düşünürde aynısı görülmez. Kendisinden önce siyasi bir ilke olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Feuerbach ile birlikte hukuki bir ilke haline gelmiştir.³⁹³

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hemen her dönem gündemde olan hukuki bir tartışma konusu olmuştur. Kanunsuz suç ve ceza olamayacağı düsturu, şüphesiz büyük bir önem arz etmektedir ancak tek başına yetersizdir. Çünkü suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, bir hukuk sisteminde bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından güvence işlevi görebilmesi için alt ilkeleri de barındırması gerekir. Çalışmanın devamında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Aydınlanma Çağı öncesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi, henüz alt ilkelerin tamamını içermeyen, olgunlaşmamış, sistematize edilmemiş, basit ve kısıtlı bir içeriğe sahiptir.

Aydınlanma Çağı'ndan önce İngiltere'de kamusal özgürlükleri düzenleyen hukuki metinler arasında *Magna Carta Libertatum* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) ve *Bill of Rights* (1689) gibi hukuki belgeler sayılabilir.

³⁹¹ Bülent Tahiroğlu, “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk-İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-I: “Türk ve Roma Hukukunun Güncel Sorunları” 06/07.06.2013 İstanbul/Türkiye**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 29.

³⁹² Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, 1784'te ilk kez Kant tarafından kullanıldığı yönünde bkz. B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka, “Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat”, **Juristen Zeitung**, S. 20, 2007, s. 960.

³⁹³ Bekri, **a.g.e.**, s. 20.

Bu belgelerin temel işlevi, parlamentonun etki ve yetki alanını genişleterek kralın gücünü dizginlemek, keyfî uygulamaları ortadan kaldırmak, egemenin bizatihi kendisini kurallarla bağlı kılmak ve kişi güvenliğini sağlamaktır.³⁹⁴ Bu belgelerde, suçlulara savaş dönemi cezaları verilemeyeceği, diğer bir ifadeyle suçluların olağan ceza yargılamasına tâbi tutulacağı, kimsenin hâkimin keyfî kararıyla tutuklanamayacağı, hapsedilemeyeceği ve öldürülemeyeceği düzenlenmiştir.³⁹⁵ Ancak bu metinlerin düzenlenmesinden sonraki dönemlerde de keyfî uygulamalar, suç ve ceza siyasetinin konusu olmaktan tamamen çıkmamıştır. Bir fiil, sadece egemenin iradesine bağlı olarak ve ilan edilmeksizin suç teşkil edebilmiş ve fiille orantılı olmayan çok ağır ve şiddetli cezalar tayin edilmiştir.

Aydınlanma Çağı'na gelindiğindeyse, bu dönemin ürünü olan otonom ve aklını kullanma cesareti gösterebilen birey, başkasına değil, kendisine inanmaya başlamıştır. Nitekim otonominin değerini artıran budur. Kanunu belirleyecek olan ise heteronomi, diğer bir ifadeyle dış güçtür.³⁹⁶ Ancak bu birey imgesi, Ortaçağ dünyasında henüz tezahür etmemiştir. Modern ceza hukuku sistemleri için suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından kilometre taşı, Aydınlanma Çağı ve onun ürünü olan Aydınlanma felsefesi olmuştur. Çünkü bu dönemde insanın irade serbestisine sahip bir varlık olduğu, neden olduğu sonuçlar ancak kendilerine yüklenebilirse kusurlu olabilecekleri (kusur sorumluluğu) kabul edilmiştir.³⁹⁷

Günahla iç içe geçmiş olan suç ve ceza, yine Aydınlanma felsefesi ile birlikte dini içeriğini giderek kaybedip dünyevi bir anlam kazanmıştır. Bu felsefî dönüşüm sürecinin bir ürünü olarak, cezalar dini metinlere göre değil, kanun koyucunun çıkardığı kanunlara göre belirlenir hale gelmiştir. Kanunlar soyut ve genel olarak düzenlenmeye başlamış, ceza siyasetinde failden fiile değil, fiilden faile ulaşma sürecine geçilmiştir. Böylelikle kanuna dayanma anlayışı, Aydınlanma felsefesiyle birlikte sistematik, kapsamlı, temel hak ve özgürlükleri esas alan bir dönüşüm geçirmiştir. Nitekim Aydınlanma Çağı'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi

³⁹⁴ Göze, **a.g.e.**, s. 483.

³⁹⁵ Zeynep Özlem Üskül Engin, “Yaşama Hakkının Felsefî Temelleri”, **İnsan Hakları Konferansları I-II: Türkiye’de İnsan Hakları Yaşam Hakkı**, Ed. Zafer Üskül, O. Serkan Gülfidan, İstanbul: Legal Yayınevi, 2013, s. 52.

³⁹⁶ Üskül, **a.g.e.**, s. 72.

³⁹⁷ Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. VI, S. 15, 2011, s. 48.

sayesinde birey, devletin her türlü keyfiliğine karşı korunma imkânını elde etmiştir.³⁹⁸

Aydınlanma felsefesiyle birlikte özgürlük talepleri giderek artan otonom bireyin karşısına devletin otoriter ve ceberut yüzü hemen çıkmıştır. Zira güç tekeli elinde tutan devlet aygıtı, cezaların tayininde keyfi ve ölçsüz davranabilmiştir. Ancak cezaların sadece kanun koyucu tarafından belirlenmesi, esasen özgürlüğe ağır bir müdahale anlamına gelen cezalara meşruiyet kazandırmıştır. Zira demokratik bir sistemde kanun koyucu, halk iradesinin temsilcisidir. Tarih boyunca bireylerin, devletin keyfiliği karşısında korunaklı bir limana ihtiyacı olmuştur. Aydınlanma felsefesinin ürünü olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olma fonksiyonunu yerine getirmektedir. Suç işlemeyi tasarlayan bireyler bakımından, suçların ve cezaların kanunda düzenlenmesi, hâkimlerin keyfi olarak tayin edeceği bir suç ya da ceza olasılığına nazaran daha etkilidir.³⁹⁹ Bu husus, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin toplumsal değerini ortaya koymaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sağladığı güvence, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.⁴⁰⁰ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, vatandaşları, toplumsal hayatta yerine getirilmesi beklenen davranış kalıplarına yöneltmiş olmaktadır. Bir hukuk düzeninin öngördüğü birey ve vatandaş modelinin oluşturulmasında suçta ve cezada kanunilik ilkesi büyük bir önem taşımaktadır.

Çalışmanın devamında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Anglosakson hukuku ve Kıta Avrupası hukukundaki izi sürülecektir.

A- Anglosakson Hukukundaki Kökeni

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından incelenmesi gereken hukuki belgelerin başında, Kral Yurtsuz John tarafından ilan edilen 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum* gelmektedir. Bu belge, baron ve şövalyelerin siyasal iktidarın keyfi uygulamalarını sınırlama talebi üzerine kralın yetkilerini düzenleyen bir fermanıdır.

³⁹⁸ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 78.

³⁹⁹ Artuk, **a.g.m.**, s. 40.

⁴⁰⁰ Hukuk devletinin bir unsuru olarak kanunilik ilkesi için bkz. Turinay, **a.g.e.**, s. 54-65.

Bu ferman ile kral, kişi güvenliğini ve mülkiyet hakkını koruyacağını, vergi koymadan önce soyluların ve din adamlarının iznini alacağını ve *Magnum Concilium* (Büyük Konsey) tarafından denetleneceğini kabul etmiştir.⁴⁰¹

Suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olarak *Magna Carta Libertatum*'un 39. maddesi incelenmelidir.⁴⁰² Ancak bu maddenin, yazılı hukuk için üretilmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini değil, doğal hâkim ilkesini ve bireysel dokunulmazlığı düzenleyen ceza usul hukukuna ilişkin bir güvence oluşturduğu savunulabilir.⁴⁰³ Zira 39. maddede özgür insanların hakları garanti edilmiş olmasına rağmen, 13. yüzyıl insanının zihninde henüz yer etmeyen hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ya da kanunilik gibi ilkelerin, bu hukuki belgede bulunduğunu iddia etmek aşırı bir yorumdur.⁴⁰⁴ Bu maddenin, belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerini tesis etmekten ziyade siyasal iktidarın yetkilerini sınırlandırma amacı taşıdığını söylemek doğru olacaktır. 13. Yüzyıl İngilteresi'nde özgür insan sayısının oldukça az olduğu dikkate alındığında, *Magna Carta*'yı bir haklar bildirgesi olarak değil, kralın gücünün zayıfladığını belirgin hale getiren ve soylular ve din adamları gibi küçük bir azınlık için güvence oluşturan bir belge olarak nitelendirmek gerekmektedir.⁴⁰⁵

Zaman içinde içtihat hukukuna (*case law*) dayalı olarak cinayet, tecavüz ve soygun gibi suç tipleri, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olarak hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik kazanmıştır. İngiliz Aydınlanmasının hazırlayıcılarından olan Blackstone ve Locke'un, ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasına

⁴⁰¹ Akın, **Kamu Hukuku**, s. 281; Turinay, **a.g.e.**, s. 191.

⁴⁰² 39. maddenin Türkçesi şu şekildedir: “Eşitlerinin kanuni bir hükmü veya bir memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tevkif veya hapis edilemeyecek, haklarından ve mallarından mahrum bırakılmayacak, kanun dışı edilemeyecek, sürülmeyecek, herhangi başka bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve başkalarının zor kullanmasını istemeyeceğiz.” (Ersan İlal, “Magna Carta”, **İÜHFM**, C. XXXIV, S. 1-4, 1968, s. 220.) Aynı maddenin diğer bir çevirisi şu şekildedir: “Hiçbir özgür kişi, kendi zümresinin yasal kararı olmaksızın yahut ülkesinin hukukunca meşru bir biçimde yargılanmaksızın (nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae) hapse atılamaz, malına el konulamaz, yasal haklarından yoksun bırakılamaz, sürgün edilemez, yahut herhangi bir şekilde zarara uğratılamaz, [bu durumda] biz ona karşı kovuşturma başlatamayız [ayrıca] kovuşturma yapması için bir başkasını da görevlendiremeyiz.” (J.E.R. Stephens, “İngiltere’de Jüri Mahkemesinin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, **İÜHFM - Ord. Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı**, C. LXXV, 2017, s. 843.)

⁴⁰³ Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958, s. 3-4; Artuk, **a.g.m.**, s. 41; Baytaz, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁰⁴ Sevtap Metin, **Magna Carta ve Sened-i İttifaktan Bugüne**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 200.

⁴⁰⁵ Üskül Engin, “Yaşama Hakkının Felsefi Temelleri”, s. 51.

karşı çıktığı tespitinde bulunmak mümkündür. Blackstone, suç teşkil etmeyen bir fiili, daha sonra yürürlüğe konulan bir kanunla suç saymayı zalimlik ve adaletsizlik olarak nitelendirmiş ve kanunların önceden ilan edilerek öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁰⁶ Ancak İngiltere’de 20. yüzyılda dahi geçmişe etkili ceza kanunları çıkarılmıştır.

Kanunilik ilkesinin Amerikan hukukundaki nüveleri ise, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi’nin 7 ve 8. maddelerinde⁴⁰⁷ bulunabilir. 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na da girmiş olan 1776 tarihli Maryland Anayasası’nın 15. maddesinde de geçmişe uygulama yasağı ilk kez düzenlenmiştir.⁴⁰⁸

B- Kıta Avrupası Hukukundaki Kökeni

Kıta Avrupası hukukuna bakıldığında, özellikle Alman hukukundaki gelişim göze çarpmaktadır. Alman hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tarihi gelişimi, kronolojik sırayla dört alt başlıkta özetlenebilir: Bunlar, ceza kanununun çıkarılması, belirlilik ilkesi, analoji yasağı ve geriye uygulama yasağıdır. Zira Aydınlanma Çağı’nda ceza normlarının hukuk kaynağı olarak ortaya çıkması, belirlilik ilkesi ve analoji yasağını ortaya çıkarmıştır. Buna karşılık ceza normlarının geriye yürütmesi, ceza kanununun varlığından bağımsız olarak mevcuttur. Bu nedenle geriye yürütmezlik ilkesi, belirlilik ilkesinden farklı olarak gelişmiştir. Geriye yürütmezlik ilkesinin kökeni, sadece Kıta Avrupası hukuku değildir; ilkesel düzeyde olmayıp belirsiz de olsa Roma hukukunda da geriye yürütme yasağının birtakım izlerine rastlamak mümkündür.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England Book I: Of The Rights of Persons**, Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 38.

⁴⁰⁷ Virginia Haklar Bildirgesi Madde 7: “Halkın temsilcilerinin rızası olmadıkça herhangi bir makam tarafından kanunların yerine getirilmesi ya da askıda bırakılması, halkın haklarını ihlal eder ve yapılmamalıdır.”

Madde 8: “Herkes, tüm kovuşturmalarda, kendisi hakkında yapılan suçlamanın gerekçesini ve niteliğini bilmek, suçlamayı yapanlarla ve tanıklarla yüzleşmek, kendi lehine olan delilleri talep etmek, kendi çevresinden seçilmiş on iki tarafsız kişiden oluşan bir jüri tarafından hızla yargılanmak, jüri tarafından oybirliğiyle karar verilmedikçe suçlu sayılmamak, kendi aleyhine delil göstermeye zorlanmamak ve bir kanun ya da kendisine denk kişilerin bir kararı olmadıkça özgürlüğünden mahrum olmamak haklarına sahiptir.”

⁴⁰⁸ Artuk, **a.g.m.**, s. 41.

⁴⁰⁹ Thomas Weigend, Gerhard Dannecker, Gerhard Werle, **Leipziger Kommentar Band 1 Einleitung §§ 1-31**, 12. bs., Berlin: De Gruyter, 2007, s. 67.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin basit versiyonları, 18. yüzyıl sonu ve 19. yüzyıl başında Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki yoğun kodifikasyon faaliyeti çerçevesinde kendine yer bulmuştur. 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu (*Constitutio Criminalis Josephina*)⁴¹⁰, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu (*Code Pénal*)⁴¹¹, yine 1791 tarihli Fransız Anayasası, 1794 tarihli Prusya Genel Memleket Kanunu (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) örnek verilebilir. 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*), suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önemli bir köşe taşı niteliğindedir. Zira Feuerbach, bu kanunun hazırlanmasına bizzat katkıda bulunmuştur. Bavyera Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık ve kesin olarak dile getirilmiştir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1818 tarihli Bavyera Anayasası, 1850 tarihli Prusya Anayasası, 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu ve günümüzde de geçerli olan 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda da suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Feuerbach'ın ortaya koyduğu biçimde düzenlenmiştir.⁴¹²

Kodifikasyon döneminin ceza kanunları, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sert olarak düzenlendiği ceza kanunlarıdır. Çünkü bu ceza kanunlarının hemen hemen hiçbirinde hâkime hiçbir takdir yetkisi tanınmamış, hâkimin görevinin yalnızca suç teşkil eden fiili tespit edip buna ilişkin cezayı hesaplamaktan ibaret mekanik bir rol olduğu anlayışı öne çıkmıştır. Ancak bu durumun, cezaların şahsileştirilmesine engel olması ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi nedeniyle daha sonraki kanuni düzenlemelerde, her suç için sabit bir ceza miktarı belirlenmesindense, suçların alt ve üst sınırları belirlenmiş ve bu sınırlar arasında hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Özellikle 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina*'dan sonraki kodifikasyon faaliyetinde belirlilik ilkesi yumuşatılmıştır. Hâkimin takdir yetkisinin genişletilmesi ve doğal hukuk ilkelerinin devreye girmesi söz konusu olmuştur. Görevli mahkeme kavramı mevcut olmadığı için suçlunun

⁴¹⁰ Kanunun 1. maddesi, cezaların kanunlarla düzenleneceğini belirtse de Aydınlanmanın getirdiği özgürlükçü anlayıştan uzaktır. (Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 90.)

⁴¹¹ 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda, cezaların miktarında alt ve üst sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla ceza tayini bakımından hâkime hiçbir takdir yetkisi tanınmamıştır. Buna bağlı olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından hukuki kesinlik sağlanmış gözükse de hâkimin hukuki sorunlara hangi kuralları uygulayacağı hususunda kanunun genel hükümler kısmının zayıf kalması nedeniyle hâkimin emsal kararlara ya da kendi görüşüne başvurması söz konusu olmuştur. Bu durum, hâkimin takdir yetkisinin yine de söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. (Cadoppi, *a.g.m.*, s. 11.)

⁴¹² Hall, *a.g.m.*, s. 169.

dosyası hangi hâkime giderse hükmü o hâkim vermiştir. Ancak bu durum, keyfilik ve hukuki güvensizliğe yol açmıştır. Bu nedenle, yeniden kanuni düzenlemeler yapılması ihtiyacı hâsıl olmuştur.⁴¹³ Yeni kanuni düzenlemeler, Aydınlanma felsefesinin temel ilkelerinden olan devletin amaçları doğrultusunda kendini bağlaması, diğer bir ifadeyle hukuk devleti ilkesini de barındırmıştır.⁴¹⁴

C- Sovyet ve Nazi Rejimlerindeki Yeri

Tarihsel süreç içinde Avrupa kıtasında doğup dünyanın diğer bölgelerine yayılan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 20. yüzyıla gelindiğinde birçok hukuk devletinin ceza kanunlarında yer almaya başlamıştır. Ancak bu yüzyıl, aynı zamanda totaliter yönetimlerin iktidarda olduğu tarihsel bir döneme de sahne olmuştur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi baskıcı rejimler eliyle hoyratça ortadan kaldırılmıştır. Bu rejimlerin ceza hukuku politikalarının, Aydınlanma değerlerine aykırı olduğu aşikârdır. Çalışmanın bu bölümünde, çarpıcı bir örnek teşkil ettiği için Sovyet ve Nazi rejimlerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin nasıl yok sayıldığı irdelenecektir.

1922 tarihli SSCB Ceza Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca suç, “Sovyet devletinin temel ilkelerine ve komünist düzene geçiş için işçi ve köylülerin gücüyle oluşturulan hukuk düzenine tehdit oluşturan, toplumsal olarak tehlikeli herhangi bir davranış ya da ihmal” olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 10. maddesi uyarınca, “Kanunda belirli suçlara doğrudan atıf bulunmadığında, önemi ve türüne uygun olarak bu suçlara en çok benzeyen Kanun hükümlerine göre ceza veya sosyal savunma araçları uygulanacağı” düzenlenmiştir. 1922 tarihli SSCB Ceza Kanunu’nun 6. ve 10. maddeleri, biraz farklı ifadelerle 1926 tarihli SSCB Ceza

⁴¹³ Thomas Edison’un 1879 yılında ampulü icat etmesiyle birlikte elektrik enerjisinin kullanımı yaygınlaşmıştır. Ancak aynı zamanda, üretilen elektriğin hatlar üzerinden izinsiz ve yetkisiz olarak aktarımı da söz konusu olmuştur. Kanun koyucu tarafından daha önceden öngörülmediği için 19. yüzyıl ceza kanunlarında bu fiil, suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak elektriğin yetkisiz aktarımı ve kullanımına ilişkin davalar önlerine geldiğinde Hollanda, Fransa ve Bavyera’daki bazı mahkemeler, söz konusu fiilin kıyasen hırsızlık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. Ancak 1899’da Alman İmparatorluğu Yüksek Mahkemesi, söz konusu fiilin hırsızlık suçunu oluşturmadığına hükmetmiştir. (Evgeny Tikhonravov, “Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis”, **Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment**, Ed. Douglas N. Husak, Michelle M. Dempsey, Matt Matravers, C. XIII, S. 2, 2019, s. 218.)

⁴¹⁴ Weigend, Dannecker, Werle, **a.g.e.**, s. 68.

Kanunu'nda tekrarlanmış ve yaygın olarak uygulama alanı bulmuştur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 1958'de SSCB Ceza Kanunu'nda düzenlense de pratikte tam olarak uygulanamamıştır.⁴¹⁵ Sovyet rejiminin yıkılmasının ardından 1993 yılında Rusya Federasyonu Anayasası'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir.⁴¹⁶

Görüldüğü gibi, Sovyet rejiminde “toplumsal olarak tehlikeli” fiillerin kıyas yoluyla suç sayılmasına izin verilmiştir. Bu ifadenin muğlak ve belirsiz olduğu, rejimin hoşuna gitmeyecek hemen her fiilin bu kapsamda ele alındığı açıktır. Zira Sovyet ceza mahkemeleri, “devrimci hukuk ruhu” temelinde yargılama yapmak zorunda kalmıştır. Sovyet hukukuna göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi Marksist öğreti ve komünist rejime aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla kıyas yoluyla suç yaratılmasına izin verilmiştir.⁴¹⁷ Ancak Sovyet ceza hukuku anlayışının, temel ceza hukuku ilkelerinden sapılması sonucunu doğurduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Nazi rejiminde, 1935 yılında Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikle suçta ve cezada kanunilik ilkesi hukuk sisteminin dışına atılmıştır. Kanundaki düzenleme uyarınca, sadece kanunda suç olduğu açık seçik düzenlenmiş fiiller için değil, aynı zamanda “ceza hukukunun temel kavramlarına aykırı olan” ya da “popüler duygulara hitap eden” fiiller için de cezalandırma öngörülmüştür.⁴¹⁸ Hatta ceza kanununda bu fiiller için uygulanabilecek bir hüküm yoksa bu fiillerin, kendisine en yakın olan ceza ile cezalandırılacağı yönünde kıyas uygulamasına izin veren düzenleme de mevcuttur.⁴¹⁹ Kanunilik ilkesini ortadan kaldıran ve elim sonuçlara yol açan bu düzenleme, 1946 yılında lağvedilmiştir.⁴²⁰

Nazi rejiminin, caydırıcılığı artırdığı gerekçesiyle ceza normları için bir “belirsizlik” hali öngördüğünü iddia etmek yanlış olmayacaktır. Caydırıcılık söz konusu olduğunda flu bir alan bırakmak tercih edilmiştir çünkü böylesi bir hukuk

⁴¹⁵ Tikhonravov, **a.g.m.**, s. 218-219.

⁴¹⁶ Claus Kreß, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ed. Rüdiger Wolfrum, C. VII, 2010, s. 892.

⁴¹⁷ **A.g.m.**

⁴¹⁸ “Popüler duygulara hitap eden fiiller” ile kastedilen, ulusa (*Volk*) ya da onun kişisel tezahürü olan *Führer*’e sadakatsizlik anlamına gelen tüm ciddi suçlardır. Nazi rejiminde bu tür fiiller, vatana ihanet suçunu oluşturmuştur. (Dubber, “**Comparative Criminal Law**”, s. 1314.)

⁴¹⁹ Artuk, **a.g.m.**, s. 55 dn. 57.

⁴²⁰ Kreß, **a.g.m.**, s. 892.

düzeninde bireylerin, daha ihtiyatlı ve itidalli davranmak zorunda kalacağı düşünülmüştür. Nazi rejiminde yargı organı, hükümetin iradesinin tecessüm ettiği bir erk olmuştur. Hukuk güvenliğinin tamamen ortadan kaldırıldığı açıktır çünkü vatandaşlar, fiillerini yönlendirememekte, adeta diken üstündedirler. Günümüzde Almanya’da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin katı ve geniş bir uygulama alanı bulmasında, Nazi döneminden çıkarılan derslerin şüphesiz ki büyük etkisi bulunmaktadır.

Sovyet ve Nazi rejimleri gibi totaliter rejimler, toplumun ruhunu “mistik” güçlerle elinde tuttuğuna inanılan güçlü liderlere emanet edilmiştir. Böylesi rejimlerde, lidere ve rejime bağlılığı tahkim etmek için temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması gerekmiştir. Bunu sağlamak için ihlal edilmesi gereken en “elverişli” araçlardan biri, suçta ve cezada kanunilik ilkesi olmuştur.

III- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Önem Arz Eden Aydınlanma Düşünürleri

Bu başlıkta, Feuerbach’ın suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verdiği 1801 tarihli *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Almanya’da Yürürlükte Olan Ceza Hukuku Hakkında Ders Kitabı) adlı eserin yayımlanmasından önce yaşamış düşünürler arasında, ilkenin izlerinin görüldüğü Hobbes, Montesquieu, Kant, Beccaria ve Bentham’ın ilkeye ilişkin görüşlerine yer verilecektir. Daha sonra suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olarak Feuerbach’ın ve çağdaşı Hegel’in bakış açıları ele alınıp bir değerlendirmede bulunulacaktır.

A- Thomas Hobbes

Bacon’ın düşüncelerinden etkilenen İngiliz düşünür Thomas Hobbes (1588-1679), toplum sözleşmesi anlayışını kapsamlı olarak ele almış ve doğal hukuku laik temellere oturtmaya çalışmıştır. Eserlerinde yer verdiği görüşleriyle siyaset felsefesine önemli katkılarda bulunan Hobbes, ahlak kurallarını, dinin etkisinden arındırmaya çalıştığı 1651 tarihli ünlü eseri *Leviathan*’da, suç ve ceza,

cezalandırmanın kökeni ve amacı, cezalandırma türleri gibi birçok ceza hukuku kavramına ilişkin önemli görüşler ileri sürmüştür.⁴²¹ Bu eser, aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olarak görüşlerin yer alması nedeniyle bu çalışma bakımından da önem taşımaktadır.

Hobbes, aklın önemini kavramış, aklın düşünme yeteneği olduğunu ifade etmiş ve hukukçuların, kişilerarası işlerde doğru ve yanlış bulmak amacıyla kanun ve olayları akıl sayesinde bir araya getirdiğini söylemiştir.⁴²² Felsefeyi, doğa felsefesi ve toplum-devlet felsefesi olarak ikiye ayırmış, tanrısal devlet anlayışına karşı görüşler öne sürmüştür.⁴²³

Hobbes'un ideal devlet anlayışında, merkezi ve dış güçlerin etkisinden uzak bir devlet yapısı öne çıkmaktadır. Devlet, bireysel haklar ve özgürlükleri temin eden üstün ve yüce bir güç olarak tasavvur edilmiş, vatandaşlar ise onları korkutmaya yetecek ceza tehdidi sayesinde kanunlara uymakla yükümlü tutulmuştur.⁴²⁴ Böylece ceza, toplum sözleşmesi aracılığıyla kamusal hale gelmiş, öç ya da intikam bir cezalandırma amacı olmaktan çıkmıştır.

Hobbes'a göre, doğa durumunda insanlar, büyük bir karmaşa, rekabet ve güvensizlik içinde yaşamıştır. Henüz toplumsal hayata geçilmemiştir; hayatta kalmak için insanlar birbiriyle sürekli savaşmak zorundadır. Komşulardan korkulmakta, savaşmak için tetikte beklenmektedir. Savaşmaktan sakınan taraf, savaşıp yenilmekten daha büyük bir bozguna uğramaktadır. Hiç kimse birbirinin gücünü ve otoritesini kabul etmediğinden geri adım atmamaktadır.⁴²⁵ Ancak insanlar, karşılıklı savaş halinde yok olup gitmek yerine barış ve huzur içinde bir yaşam tesis edilebilmesi için kendi hak ve özgürlüklerinden topluca feragat ederek yetkilerini bir egemene devretmeleri gerektiğinin farkına varmıştır. Bu farkına varış akılla gerçekleşmiştir. Doğa durumu, aklın kullanılmasıyla aşılmış, toplumsal yapıya geçilmiştir.⁴²⁶ Hobbes, politik toplumun özel bir türünü, diğer bir ifadeyle mutlak ve

⁴²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, 18. bs., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2018, s. 218-239.

⁴²² **A.g.e.**, s. 43.

⁴²³ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 11.

⁴²⁴ Hobbes, **a.g.e.**, s. 133.

⁴²⁵ **A.g.e.**, s. 100-101.

⁴²⁶ Buhr, Schroder, Barck, **a.g.e.**, s. 65.

bölünmemiş bir egemenin gerekliliğini kanıtlamak için doğa durumunu bir araç olarak kullanmıştır.⁴²⁷

Hobbes’a göre, insanların yetkilerini egemene devretmesi, toplum sözleşmesine dayanmaktadır. Toplum sözleşmesine dayanarak devredilen yetkilerle devlet ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, devlet, tanrının eseri olmayıp belli yetenek ve bilgilere sahip olan ve aklını kullanan insanlar tarafından kurulmuştur. İnsanlar, medeni toplumu ve verimli bir ekonomiyi yaratacak güçlü bir egemeni yeni çözüm olarak görmüştür.⁴²⁸ Düşünür, insanın kötücül ve birbirine zarar veren bir varlık olduğunu, devletin ise güçlü, güvenliği sağlayan ve bu nedenle vatandaşlarca tartışılmayan bir yapıda olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Hobbes’a göre, bireyleri ancak ve ancak devlet koruyabilir.⁴²⁹

Ortaçağ’da insanın fiillerini düzenleyen tanrısal kuralların yerini Hobbes’ta devletin koyduğu düzen almaktadır. Bireylerin, egemenin koyacağı kurallara itaat yükümlülüğü bulunmaktadır. Çünkü insan, toplumsallaşmak için otoriteye boyun eğmek zorundadır. Hobbes’un, Eski Ahit’teki Eyüp kitabından esinlenerek *Leviathan* olarak tanımladığı egemen, mutlak ve tek otoritedir; toplumdaki bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Egemenin yetkilerinin kaynağı ilahi değil, insan ürünü olan toplum sözleşmesidir. Hobbes’un toplum sözleşmesinde bireyler sözleşmenin tarafiyken, egemen sözleşmenin tarafı değildir. Zira egemenin, bireylerin güvenliğini sağlaması tarafsızlığı sayesinde mümkün olmaktadır.

Hobbes’a göre, geçerli bir kanun, egemen gücün yani kanun koyucunun açık iradesinden kaynaklanmalı ve önceden duyurulmalıdır.⁴³⁰ Ceza kanunları ise, kanunları ihlal edenlere verilecek cezaların düzenlendiği ve bu cezaların infazını gerçekleştirecek olan kamu görevlilerine seslenen kanunlardır.⁴³¹ Hobbes’a göre, suç, kanunun yasakladığı bir fiili işlemek ya da emrettiğini yapmamaktır. Her suçu aynı zamanda bir günah olarak adlandıran düşünür, suçun varlığı için dış dünyaya yansıyan ve hâkim tarafından varlığı ispatlanan bir fiilin gerçekleşmesini şart

⁴²⁷ Sevtap Metin, “Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes’un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu”, *İÜHF*, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 242.

⁴²⁸ *A.g.m.*, s. 246.

⁴²⁹ Hobbes, *a.g.e.*, s. 137-140.

⁴³⁰ *A.g.e.*, s. 206.

⁴³¹ *A.g.e.*, s. 214.

koşmaktadır.⁴³² Ceza ise, kanunu ihlal eden bireylere, toplumun diğer üyelerinin kanuna itaat etmesini sağlamak için verilen bir kötülüktür.⁴³³ Hobbes, fail bakımından cezanın yol açacağı kötülüğün, suçtan elde edilecek faydadan fazla olması gerektiğini savunmuştur.⁴³⁴ Bu yönüyle Hobbes'un, faydacı düşünciyi savunduğunu iddia etmek mümkündür.

Hobbes, cezalandırmanın amacının caydırıcılık olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla cezalardaki caydırıcılık unsuru, toplumdaki bireyleri korkutup kanuna itaat etmeye sevk ederek suç işlemekten alıkoymak suretiyle anlam kazanır. Buna bağlı olarak Hobbes, yeteri kadar caydırıcı olmayan cezaların, suç teşkil eden fiiller için davetkâr bir nitelik kazanacağını da eklemiştir. Düşünre göre, işleyecekleri suçtan elde edecekleri faydayla cezanın ağırlığını karşılaştıran bireyler, eğer kanunun emrine uygun davranıp suç işlemiyorlarsa, o kanun caydırıcıdır.⁴³⁵ Hobbes, suçların cezasız kalmasına da değinmiş, cezasızlığın, suç işlemeye teşvik eden ya da affedilme umudu yaratan bir rolü olması nedeniyle cezalandırmanın amacını ortadan kaldıracağını savunmuştur.⁴³⁶

Hobbes, cezaları bilmemenin mazeret sayılamayacağını çünkü özgür iradesiyle bir suç fiilini gerçekleştiren kişinin, bunun sonuçlarını kabul etmesi gerektiğini dile getirmiştir. Dolayısıyla Hobbes'a göre, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, egemenin sert ve şiddetli bir yaptırım uygulaması hem meşru hem de gereklidir. Düşünür, cezaların önceden ilan edilmesinin bireyleri, belirsiz ve büyük cezalardan koruyacağını belirterek öngörülebilirliğin önemini vurgulamıştır. Aynı zamanda, cezaların kanunlarla belirlenmemesi halinde keyfi ve düşmanca olabileceğini ve gerçekleştiğinde suç sayılmayan bir fiilin, gerçekleştikten sonra yapılan bir kanunla suç sayılamayacağını belirtmiştir.⁴³⁷ Bu görüşüyle Hobbes, cezaların geriye yürümezliğini savunmuştur.

Hobbes'un, tüm bu görüşleri ışığında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bazı izlerini açıkça vurguladığını söylemek mümkündür. Ancak düşünür, bir fiilin,

⁴³² A.g.e., s. 218.

⁴³³ A.g.e., s. 231.

⁴³⁴ A.g.e., s. 233.

⁴³⁵ A.g.e., s. 220.

⁴³⁶ A.g.e., s. 227.

⁴³⁷ A.g.e., s. 220-221.

kanunda suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen cezasının düzenlenmediği durumlarda, suçlunun yine de cezalandırılacağını hatta bu cezanın, belirsiz ve keyfi olacağını, suçlunun cezasını önceden bilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁴³⁸ Bu görüşüyle Hobbes, suçta kanunilik ilkesini savunurken cezada kanunilik ilkesi bakımından aynı kararlılığı göstermemiştir. Dolayısıyla Hobbes'un, Feuerbach'ın, modern ceza hukukuna yön verecek şekilde dile getirdiği suçta ve cezada kanunilik ilkesi anlayışından geri kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, şüphesiz ki bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınması işlevini sağlamaktadır. Modern ceza hukukunda bu güvence fonksiyonu, cezaların şahsiliği ilkesiyle de bağlantılıdır. Ancak Hobbes'a göre, egemen gücün otoritesini kasten inkâr eden bir bireyin suçunun, henüz hayatta olmayan altsoylarına dahi uzanması meşrudur.⁴³⁹ Bunun nedeni, kasten inkârın, toplum sözleşmesinin açık ihlali niteliğinde bir isyan olması ve doğa durumuna dönüş anlamına gelmesidir.

B- Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu

Tam adıyla Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755), dağınık halde bulunan ceza hukuku görüşlerini belli bir sistematığa oturtmuş ve zalim cezaların, kendisine dek pek yapılmayan eleştirisini gerekçeli olarak sunmuştur. Kanun koyucunun, toplumun “genel ruhu”nu yani toplumu yöneten iklim, din, yönetim anlayışı, ahlak ve davranış kurallarını gözetmeden kanun yapmaması gerektiğini belirtmiş, bunun için de kanunlarla toplumun genel ruhu arasında determinist bir ilişki kurmuştur.⁴⁴⁰ Kanun koyucu, toplumun genel kurallarından etkileneceği gibi, şüphesiz toplumun genel ruhuna yön de verecektir.

Düşünüre göre, kanunların asıl gücü, bir kural ihlali söz konusu olduğunda ihlalde bulunan ya da bulunmayan tüm bireylerde yarattığı yaptırım korkusundan kaynaklanmaktadır. Montesquieu, dini suçlar, ahlak kurallarına karşı işlenen suçlar,

⁴³⁸ A.g.e., s. 233-234.

⁴³⁹ A.g.e., s. 237.

⁴⁴⁰ Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Berna Günen, 2. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017, s. 386.

huzuru bozan suçlar ve vatandaşların güvenliğini tehdit eden suçlar olmak üzere dört büyük suç kategorisi ortaya koymuştur.⁴⁴¹ Cezanın, işlenen somut bir suç için ve suçla orantılı olması ve kanun koyucunun kaprislerine göre tayin edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Suçların cezasız kalmasının, toplumdaki ahlaksızlığı ve buna bağlı olarak bireylerin suç işlemesi olasılığını artırdığını öne sürmüştür. Ancak küçük haksızlık içeren fiiller için ağır cezalar verilmesini de aşırı bir yöntem olarak görmüştür.⁴⁴²

Montesquieu, bireylerin özgürlüğünün, ceza kanunlarının iyi olmasına bağlı olduğunu savunmuştur. Cezalandırmanın amacı, suçların önlenmesi (caydırıcılık) olmalıdır. Bunu sağlayacak olan, suçlunun ceza almaktan duyacağı utançtır. Ancak cezaların ağır ve şiddetli olması tek başına önleyici değildir; kanun koyucu, her fiili cezalandırmaktansa, iyi ahlakı gözetmelidir. Düşünüre göre, insancıl olmayan kanunlardan kaçınılmalıdır. Zira ılımlı devletlerin kanunları ıslah edicidir, şiddete ihtiyaç duymamaktadır.⁴⁴³ Bir suç fiili için verilecek ceza, başlı başına daha ağır bir suç teşkil etmemelidir.

Uzun yıllar süren seyahatleri ve döneminde popüler olan Afrika, Asya, Amerika halklarını anlatan kitapların da etkisiyle Montesquieu, iklim farklılıklarının, insan psikolojisini ve toplumun yapısını doğrudan etkilediğini ve bunun da din, ahlak, davranış kuralları ve nihayetinde kanunların ruhuna karıştığını iddia etmiştir. Farklı iklim kuşaklarında yer alan halkların, suç işlemeye yönelik farklı eğilimleri olduğunu, örneğin sıcak iklim kuşağında yaşayan halkların daha canlı ve tutkulu olduğunu ifade etmiş, bu durumun suç sayısını artırdığını belirtmiştir.⁴⁴⁴

Montesquieu'nün, kuvvetler ayrılığını hukuk kavramlarıyla ele alması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önem arz etmektedir. Zira suç ve ceza ihdas etme yetkisinin sadece yasamada olduğunu, yürütme ve yargının bu alana müdahale edemeyeceğini savunmuştur. Düşünür, hâkimin hukuk yaratmasının, keyfi gerekçelere dayanabileceğini, bu nedenle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilebileceğini belirtmiş, hâkimin, kanun koyucu yerine geçmesine karşı

⁴⁴¹ A.g.e., s. 240.

⁴⁴² A.g.e., s. 107.

⁴⁴³ A.g.e., s. 103.

⁴⁴⁴ A.g.e., s. 292.

çıkıştır.⁴⁴⁵ Hâkimin, kanunu yorumlayamayacağını, sadece “kanunun ağzı” (*la bouche de loi*)⁴⁴⁶ olduğunu ifade etmiştir. Kanunların öngörülebilir olması gerektiğini, vatandaşların öngörülemeyen nedenlerle ve bir anda cezalandırılması yerine uzun soruşturmalardan sonra ve gerekliyse cezalandırılmasını dile getirerek özgürlükçü bir yaklaşım sergilemiştir. Öte yandan vatana ihanet suçu için ölüm cezasının söz konusu olabileceğini de ortaya koymuştur.⁴⁴⁷

Montesquieu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kökeninin, Roma hukukunda mevcut olduğunu belirten görüşlere yer vermiştir. Buna gerekçe olarak, Roma’da cumhuriyet döneminde yürürlüğe giren Valeria Kanunu ile ağır ceza davalarında yargılama yetkisini haiz konsüllerin verdiği idam kararının halk oylamasıyla geçerli kılınmasını, bir başka deyişle cezalandırmada keyfiliğin önüne geçilmesini göstermiştir.⁴⁴⁸ Buna ek olarak Montesquieu, Roma’da hâkimlerin, sanığın fiili belli bir suç teşkil ediyorsa, bunu kanunun içinde arayıp bulduğunu belirtmiştir.⁴⁴⁹ Montesquieu, kanunların dilinin kısa, öz, sade, anlaşılır, herkeste aynı anlamı uyandıracak nitelikte olması gerektiğini dile getirmiştir.⁴⁵⁰ Cezaların kıyasen belirlenmesinin yasaklanmasını savunmasına rağmen cezaların geriye yürümezliği ilkesine yönelik yoğun bir ısrar, Montesquieu’de görülmemektedir. Ancak cezaların kanunla düzenlenmesinin Montesquieu için önemi, hâkimlerin keyfi kararlar vermesinin önlenmesi ve devlet erklerinin sınırını çizmesi bakımından kuvvetler ayrılığının temin edilmesidir.

C- Immanuel Kant

Çalışmanın ilk bölümünde Kant’ın ceza hukuku ve cezalandırmanın amacına ilişkin görüşlerine yer verildiği için bu başlık altında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Kant’ın görüşlerindeki izleri takip edilmekle yetinilecektir.

⁴⁴⁵ A.g.e., s. 199.

⁴⁴⁶ Bu ifadenin kökeni, Roma hukukuna dayanmaktadır. Nitekim Roma hukukunda “*Judex est lex loquens*” (Hâkim, kanunun dilidir) kuralı, uygulama alanı bulmuştur.

⁴⁴⁷ A.g.e., s. 95.

⁴⁴⁸ A.g.e., s. 106; Baytaz, a.g.e., s. 12-13.

⁴⁴⁹ Montesquieu, a.g.e., s. 96.

⁴⁵⁰ A.g.e., s. 751.

Mutlak adaletçi bir cezalandırma anlayışına sahip olan Kant'ta, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin birtakım izlerini bulmak mümkündür. Kant'a göre, ceza kanunları, sadece dışsal (dış dünyaya özgü) özgürlüğü düzenleyebilir; düşünce özgürlüğü serbest olmalıdır. Dolayısıyla Kant'a göre insan, pratik yönüyle dış evrendeki olaylar karşısında davranışta bulunurken, akılcı yönüyle de bu olayları etkilemektedir. Ceza hukukuyla ilgili olan kısım, davranışın dış yapısıdır. Bu nedenle, Kant'a göre, kanunilik fikrini oluşturmak için başlangıç noktası, dışsal özgürlüktür. Amaçsal bir varlık olarak insan, kendi amaçlarını belirleyip başarabilen bir varlıktır. Dolayısıyla insan, bir şeyi amacı haline getirmek için dilemekten daha fazlasını yapmalı, o amaca ulaşmaya elverişli olduğuna inandığı araçların peşine düşmelidir. Bunu sağlayacak olan da insanın dışsal özgürlüğüdür.

Kant'a göre, bir fiilin hukuka uygunluğu için dışsal özgürlüğün yanı sıra içsel özgürlük alanına dâhil olan ahlak normları da gereklidir. Dolayısıyla bir fiilin kanuniliği, hem hukuk hem de ahlak normlarına uygunluğuyla ilgilidir. Düşünüre göre, eski düzendeki kanunların ifade ettiği özgürlük, yalnızca dışsal özgürlük olabilir ancak aklın kanunları tarafından belirlenen özgürlük, hem dış hem de içsel özgürlüğü kapsamaktadır.⁴⁵¹ Ahlak normlarının itici gücü ödevken, hukuk normlarının itici gücü bizatihi kanunun kendisidir. Kant'a göre, saikine bakılmaksızın kanuna uygun bir fiil, kanunidir; hem kanuna uygun olup hem de ödev bilinci taşıyan bir fiil ise ahlakidir.⁴⁵²

Kant'a göre, insanoğlunun en büyük ahlaki mükemmelliği, kurallara uyma ödevini, sırf kuralın varlığından ziyade, bir uyma güdüsüyle yerine getirmesidir. Bu, ilk bakışta dar bir sorumluluk gibi görünmektedir. Ancak ödev bilinci, bir kanunun hem kanuniliğini hem de ahlaklılığını içermektedir.⁴⁵³

Kant'ın mutlak adalet anlayışı gereğince, suçluya suç işlediği için ceza verilmelidir; ceza kendinde amaçtır. Devletin görevi, ortaya çıkan hukuka aykırılıkları yaptırıma bağlamaktır.⁴⁵⁴ Dolayısıyla suç sayılacağı daha önceden ilan

⁴⁵¹ Kant, *The Metaphysics of Morals*, s. 42.

⁴⁵² Vormbaum, *a.g.e.*, s. 32-33.

⁴⁵³ Kant, *The Metaphysics of Morals*, s. 196.

⁴⁵⁴ Işıktaç, *a.g.e.*, s. 197.

edilen bir fiil gerçekleştikten sonra devletin, ceza hukuku araçlarını uygulayıp uygulamamak konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.

D- Cesare Beccaria

Beccaria'nın 1764 tarihli Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı eserinin, günümüz ceza hukuku anlayışında köşe taşlarından birini teşkil ettiği, çalışmanın ilk bölümünde belirtilmişti. Bu eserinde Beccaria, aşırı, acımasız, keyfi ve eşitsiz bulduğu 17. ve 18. yüzyıl cezalandırma anlayışının ateşli bir eleştirisini yapmış, rasyonalite, ölçülülük, kanunilik ve hukukun üstünlüğü gibi Aydınlanmacı değerlere yer vererek bir ceza hukuku reformu önermiştir. Suçlar ve Cezalar Hakkında'nın 1788 tarihli Almanca baskısının iç kapağında resmedildiği gibi, Beccaria'nın öngördüğü adalet kralın adaletinden farklıdır; kral artık kendisine sunulan kesik kafaları geri çevirmesi beklenen kişidir.⁴⁵⁵

Cezaların ağır ve zalimane olması, Beccaria'ya göre, toplumun mutluluğu amacını taşısa bile hiçbir işe yaramamaktadır. Zira düşünür, cezanın yol açtığı acının, suçun sağladığı yarardan çok olmasının yeterli olduğunu savunmuştur.⁴⁵⁶ Montesquieu'nün görüşlerinden hareketle Beccaria, kesin bir zorunluluk olmadıkça cezanın zorbalık anlamına geldiğini dile getirmiştir.⁴⁵⁷

Beccaria'ya göre, suçlara ilişkin cezaları sadece kanunların belirlemesi ancak kanunların da kapalı bir dille düzenlenmemesi gerekir. Düşünür, kanunların açık olmamasının, vatandaşların fiillerini yönlendirememesine ve bu nedenle suç işlemesine neden olacağını ileri sürmüştür. Hâkimler, kimseyi, kanunda düzenlenmeyen ya da kanunda düzenlense de kamu yararı gibi muğlak ya da keyfi nedenlere dayanarak miktarı artırılan bir cezaya çarptırmamalıdır.⁴⁵⁸ Beccaria, böylece suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yazılı olma, kesinlik, belirlilik ve öngörülebilirlik alt ilkelerini açıkça vurgulamıştır. Ayrıca, kuvvetler ayrılığı ilkesine de yer vererek kanun çıkarma yetkisinin, bu yetkiyi toplumsal sözleşmeden alan

⁴⁵⁵ Agtaş, **a.g.e.**, s. 197, 208.

⁴⁵⁶ Beccaria, **a.g.e.**, s. 131.

⁴⁵⁷ **A.g.e.**, s. 27.

⁴⁵⁸ **A.g.e.**, s. 31.

kanun koyucuda olduğunu, yargılama yetkisininse hâkimlerde olduğunu kesin bir biçimde ortaya koymuştur. Buna gerekçe olarak, bir suç işlendiğinde toplumun ikiye bölündüğünü, bir tarafın hükümdardan, diğer tarafınsa suçludan yana olduğunu, bu nedenle maddi gerçeğe ulaşmak için üçüncü bir göze ihtiyaç olduğunu dile getirmiştir.⁴⁵⁹

Beccaria, hâkimlerin, ceza kanunlarını yorumlayamayacağını, sadece bir fiilin suç tanımına uyup uymadığını kanuna göre belirleyebileceğini ifade etmiştir.⁴⁶⁰ Düşünür, kanunların meşru yorumcusunun, toplum sözleşmesi kapsamında toplumdaki tüm bireylerin iradelerinin emanetçisi olan kanun koyucu olduğunu savunmuştur. Hâkimlerin, zorba yönetimlerde kanun bulunmadığı için keyfi kararlar verebileceğini ancak monarşi ya da cumhuriyet yönetimlerinde kanuna göre hüküm kuracaklarını belirtmiştir. Montesquieu gibi, Beccaria da hâkimlerin, kanunun dili olduğu yönündeki “iyimser” yaklaşıma sahiptir. Beccaria, kanunlara birebir uyulmasının hukuk güvenliği için gerekli ve yararlı olduğunu belirterek kanunların öngörülebilir olmasının, bireylerin kendi ihtiraslarına yenik düşüp kanunları ihlal etmesinin önüne geçeceğini de ileri sürmüştür.⁴⁶¹

Beccaria, ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanıp uygulanmaması gerektiğine ilişkin açık bir görüşe yer vermemiştir. Kanunların açık ve anlaşılır olması gerektiğini oldukça önemli gören düşünürün, ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesini savunmadığını iddia etmek yanlış olacaktır.⁴⁶² Böylece Beccaria’nın, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerine ilişkin görüşlerinin, zımnen geriye yürümezlik ilkesini de kapsadığını iddia etmek isabetli görünmektedir.

E- Jeremy Bentham

Bentham’ın ceza hukukuna ilişkin faydacı görüşlerine ve caydırıcılığı temel alan bir ceza hukuku reformu önerdiğine çalışmanın ilk bölümünde değinilmişti. Bu

⁴⁵⁹ A.g.e., s. 32.

⁴⁶⁰ A.g.e., s. 35.

⁴⁶¹ A.g.e., s. 39.

⁴⁶² Aynı yönde bkz. Hasan Dursun, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 33, 2017, s. 138.

bölümde ise, Bentham'ın faydacı cezalandırma anlayışı çerçevesinde kanunilik ilkesi hakkındaki görüşleri ele alınacaktır.

Bentham'ın önerdiği ceza hukuku reformunun önemli ayaklarından biri, yazılı olmayan ceza normlarının yazılı hale getirilmesidir. Bentham'a göre, kodifikasyon faaliyeti, siyasal otoritenin, daha önce sessiz kaldığı birçok konuya hukuki bir çerçeve çizmesini ve teknik bir dil gerektiği için kanunların sınırları ve amaçlarıyla ilgili bilgisinin artmasını sağlamıştır.⁴⁶³

Bentham'ın önerdiği ceza hukuku sistemi, kanunilik ilkesini de içermektedir. Düşünüre göre, suçların ve cezaların tayininde toplumun yararı esas alınmalı, cezaların şiddetli olmasındansa kanunda kesin olarak belirtilmesi ön planda tutulmalıdır.⁴⁶⁴ Kanunilik ilkesi ile ilgili olarak Bentham, kanunlar tarafından izin verilmeyen hiçbir cezaya hükmedilemeyeceği gibi kanunlarca düzenlenen tüm cezaların da uygulanacağını ifade etmiştir.⁴⁶⁵

Bentham, herkesin, bağlı olduğu kanunları bilme imkânına sahip olması gerektiğini belirterek kanunların öngörülebilirliğini ve ayrıca kanunların yazılı olarak düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁴⁶⁶ Bentham, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin dikkate alınmadığı durumlarda, cezalandırmanın amacının gerçekleşemeyeceğini öne sürmüştür.

Düşünüre göre, geçmişe etkili (*ex post facto*) kanunların varlığı, kanunların ilan edilmemesi ve hâkimlerin, kanun koyucunun düzenlemediği bir cezayı uygulaması, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına geldiği için cezadan beklenen amacı ortadan kaldıırır.⁴⁶⁷ Düşünür, İngiliz mahkemelerinin, kanun koyucunun iradesine titizlikle ve sadakatle riayet etmesini “asil” bulmakta, bunun, henüz olgunlaşmamış bir hukuk

⁴⁶³ Binder, **a.g.m.**, s. 95.

⁴⁶⁴ Gürbüz, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi**, s. 105-106.

⁴⁶⁵ Donald A. Dripps, “The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law”, **Philosophical Foundations of Criminal Law**, Ed. R. A. Duff, Stuart P. Green, New York: Oxford University Press, 2011, s. 417.

⁴⁶⁶ Bentham, **The Works of Jeremy Bentham Volume V**, s. 235-236.

⁴⁶⁷ Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, s. 135.

sisteminde rahatsızlık yaratacağına inansa da, katı bir riayetin, gerçek özgürlük ruhunu temsil ettiğini dile getirmektedir.⁴⁶⁸

F- Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach

Cezaların, bir kanuna dayandırılması ve kanunda düzenlenmesi düşüncesinin Feuerbach'tan yaşlı olduğu aşikârdır. Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından Feuerbach'ın önemi, yalnız bu ilkeyi ortaya koymasından ibaret değildir; bu ilkeyle doğrudan ilintili olan alt ilkeleri yazılı hukuk için ileri sürmüş olmasıdır. Feuerbach'ın bu ilkeleri ortaya koymasında, şüphesiz Kant'ın felsefesini temel almış olmasının da etkisi büyüktür. Ancak zamanla -özellikle ceza hukukuyla ilgili olarak- Kant'ın çizgisinden uzaklaşıp özgün yaklaşımlar geliştirmiştir.⁴⁶⁹

Feuerbach'a göre, her devlette, hukukun sonucu olarak her ceza, bireylerin haklarının korunması ve fiziksel kötülük sayesinde hukuk kurallarının ihlaline yönelik tehdit oluşturulması ile gerekçelendirilir. Bu temel önermeden yola çıkan düşünür, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ortaya koyduğu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Almanya'da Yürürlükte Olan Ceza Hukuku Hakkında Ders Kitabı) eserinde şu sonuçlara varmıştır:

a. Her tür ceza, ceza kanununun varlığını öngörür (*Nulla poena sine lege*). Çünkü hukuk düzeninin öngördüğü bir kötülük tehdidi olan cezalandırma, kanunda düzenlenen hukuki kavramsallaştırmaya dayanır.

b. Bir cezanın infazı, tehdide maruz kalan bir fiilin mevcudiyetine bağlıdır (*Nulla poena sine crimine*). Bu durum, cezalandırmanın hukuken gerekli olan bir ön şartıdır.

c. Tehdide maruz kalan bir fiilin mevcudiyeti yani cezalandırmanın hukuken gerekli olan ön şartı, kanun tarafından düzenlenmiş bir cezanın varlığı şartı ile

⁴⁶⁸ Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham Volume I*, London: Simpkin, Marshall & Co., 1843, s. 326.

⁴⁶⁹ Vornbaum, *a.g.e.*, s. 39.

birleşir (*Nullum crimen sine poena legali*). Cezalandırma, hukukun ihlal edilmesinin gerekli bir sonucudur.⁴⁷⁰

Görüldüğü gibi Feuerbach, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin yukarıdaki üç unsura yer vermiştir. İlkenin varlığından bahsedebilmek için üç unsurun bir arada olması gerektiğini ifade etmiştir. Feuerbach'ın ortaya koyduğu ilkeler, cezalandırma teorisiyle yakından ilgilidir ve düşünürün, cezalandırmanın amacı olarak ileri sürdüğü psikolojik zorlama teorisinden kökenini almaktadır. Fiil gerçekleştirildiği zamanda herhangi bir ceza kanununca yasaklanmıyorsa, insanlar bu fiili gerçekleştirmekten caydırılmaz.⁴⁷¹

Feuerbach, ortaya koyduğu düşüncelerle, pozitif hukukta düzenlenmeyen “doğal suç” kavramına karşı çıkmıştır. Devlet ve hukuk düzeninin teşekkül etmemiş olması halinde insanların, diğer insanların haklarını ihlal eden fiillerde bulunabileceğini kabul eder. Ancak bu fiillerin suç teşkil etmesi için kanunda suç olarak düzenlenmiş olması (*poena legalis*) gerekmektedir.⁴⁷² Buna bağlı olarak düşünür, suç fiilinin kanuni tanımına tam olarak uymayan benzer bir fiil için ceza verilemeyeceğini belirterek kıyas müessesesine kapıyı kapatmıştır. Ceza hukukunda kıyas uygulamasının, hukukun üstünlüğü ilkesiyle ters düştüğünü dile getirmiştir. Geriye dönük ceza verilebileceği ibaresini içeren ceza normlarının yasaklanması gerektiğini belirterek *nulla poena sine lege* ilkesinin zamansal boyutunu da vurgulamıştır.⁴⁷³

Feuerbach, dava görülmekteyken hâkimlerin yeni suç fiilleri yaratmaları ya da bu suç fiillerini keyfi olarak değiştirmelerini eleştirmiş, bunun adil olmadığını belirtmiştir. Hâkimlerin, ancak ve ancak hukukun hizmetkârı (*Diener des Gesetzes*)⁴⁷⁴ olduğunu belirterek pozitif hukuku uygulamakla yükümlü olduklarını, hukuk yaratamayacaklarını dile getirmiştir. Hâkimler ya da mahkemeler, ahlak bekçileri (*custos morum*) değildir.

⁴⁷⁰ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts**, Giessen, 1801, s. 20.

⁴⁷¹ Hörnle, **a.g.m.**, s. 132.

⁴⁷² **A.g.m.**

⁴⁷³ Hall, **a.g.m.**, s. 170.

⁴⁷⁴ Hörnle, **a.g.m.**, s. 135.

Feuerbach, hangi fiillerin suç teşkil edip etmediğinin önceden ve açık bir şekilde yazılı olarak belirlenmesi gerektiğini şiddetle savunmuştur. Düşünürü göre, ceza normları, bireylerin davranışlarını olumlu yönde etkilemeyi hedefliyorsa, kesin ve güvenilir olmalıdır. Buna bağlı olarak, kanuna uymadığı için cezalandırılmak istenen bir kimsenin, fiili gerçekleştirmeden önce, hangi fiilin kanuna uygun olduğunu bilme hakkı olduğunu belirtmiştir. Ancak Feuerbach'ın bu düşünceleriyle, devletin cezalandırma gücünün kapsamını olumlu bir şekilde sınırlandırmak yerine onun niteliğini ve sınırlarını normatif olarak artırdığı yönünde bir görüş de mevcuttur.⁴⁷⁵

Feuerbach'ın görüşleri, her suç fiilinin ceza kanunlarında açıkça tanımlanmadığı ve dolayısıyla hâkime daha geniş takdir yetkisinin tanındığı Anglosakson ülkelerine oranla, kodifikasyon geleneğini takip eden Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde daha hızlı kabul görmüş ve pozitif hukuka yansımıştır. Ancak zamanla Anglosakson ülkelerinde de geçerli hale gelmiş, sonrasında da hemen hemen tüm ülkelerin hukuk sisteminde kendine yer bulmuştur.

G- Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Her ne kadar Feuerbach'tan önce yaşamamış olup Feuerbach'ın çağdaşı olsa da birçoklarınca Aydınlanma felsefesinin zirve düşünürlerinden biri olarak görülen ve hukuk-devlet ilişkisi, siyaset ve tarih üzerine kapsamlı görüşleri bulunan Hegel'in, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin görüşlerine kısaca yer vermek yararlı olacaktır.

Küçük Alman devletlerinin birleşerek anayasal monarşiye dayanan büyük bir Alman devleti oluşturması idealine sahip olan Hegel için devletin merkezi bir güce sahip olması önemlidir. Hegel'e göre, merkezi bir güç olarak devletin, hukuku belirleme gibi bir işlevi de bulunmaktadır. Hegel'e göre, kanunlara uymak mecburidir ve bu mecburiyet nedeniyle kanunların herkesçe bilinebilir olması gerekir. Kanunların ulaşılabilir olmaması, birbiriyle çelişen hükümler içermesi,

⁴⁷⁵ Dubber, "Grounding Criminal Law: Foundational Texts in Comparative-Historical Perspective", s. 12.

dilinin muğlak olması ya da sadece belli bir zümreye hitap etmesi açıkça adaletsizlik anlamına gelir.⁴⁷⁶ Eserlerinde kapalı ve soyut bir anlatımı yeğleyen düşünürün, kanunların dilinin açık ve anlaşılır olması gerektiğini belirtmesi ilginçtir.

Hegel'e göre, kanunun varlığı her şeyden önce gelir. Bu nedenle düşünür, kodifikasyon faaliyetini savunmuş, Tarihçi Hukuk Okulu ve onun öncüsü sayılan Savigny'nin örf ve âdet hukuku yanlısı görüşlerine karşı çıkmıştır.⁴⁷⁷ Savigny, evrensel doğal hukuk anlayışını soyut bulmuş, hukukun, tarihsel süreç içinde oluşan örf ve âdet kurallarından doğduğunu ve toplumun hayat deneylerinin sonucu olarak geliştiğini, halkı oluşturan bireylerin ruhsal varlığını aşan bir halk ruhu (*Volksgeist*) bulunduğunu ileri sürmüştür.⁴⁷⁸ Hegel ise, bir toplumda örf ve âdet hukukunun oluşmasını beklemenin zaman kaybı olduğunu ve aynı zamanda devletin düzeni sağlama rolüne aykırılık teşkil ettiğini dile getirmiştir. Hegel'e göre, örf ve âdet hukuku belirsizdir, belirsiz normların ise bilinebilir olması oldukça güçtür. Bu belirsizliğin giderilmesi, kodifikasyon faaliyetiyle mümkün olmaktadır.⁴⁷⁹ Hegel'in, kodifikasyon yanlısı tutumu, kanunların bilinebilir, erişilebilir ve anlaşılabilir olması gerektiğine, bir başka ifadeyle kanunilik ilkesine verdiği önemi göstermektedir.

IV- Aydınlanma Felsefesi Bağlamında Günümüzde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkiler, her hukuk sisteminde düzenlenmiştir. Modern hukuk devletleri, hukukun üstünlüğü anlayışını esas alan ve hukuk güvenliğini tesis eden devletlerdir. Hukuk, idesi olan adaleti gerçekleştirmek, toplumsal ilişkileri düzenlemek ve normatif gücünü uygulamak için devlete ihtiyaç duymaktadır.⁴⁸⁰ Hukuk devletinde bireyler, devletin ceza hukukuna ilişkin geliştirmesi gereken uygun araç ve yöntemler aracılığıyla korunduğu gibi, ceza

⁴⁷⁶ Hegel, **a.g.e.**, s. 211.

⁴⁷⁷ Jale Karakaş, "Hegel'in Hukuk Felsefesinin Temelleri ve Temeli Olduğu Hukuk Felsefesi", **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 118, 2011, s. 28.

⁴⁷⁸ Güriz, **a.g.e.**, s. 210, 211, 216.

⁴⁷⁹ Hegel, **a.g.e.**, s. 207.

⁴⁸⁰ Yasemin Işıktaç, "Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi - Uygulama Esasları", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 3. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 1996, s. 206.

hukukuna karşı da korunmalıdır.⁴⁸¹ Çünkü hukuk devletinde bireyler, keyfi ve ölçüsüz cezalandırmaya karşı korunmayı ve böylece temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını talep etme hakkına sahiptir. Kanunilik -özel olarak suçta ve cezada kanunilik- ilkesi, bu amaca hizmet eden ilkelerin en başında gelmektedir.

Tarihsel süreç içinde insanlığın hak mücadeleleri sayesinde elde ettiği kazanımlar düşünüldüğünde, hukuk güvenliği, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri ile bunların adeta çimentosu işlevi gören suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insanlığın ulaştığı değerli bir aşamayı işaret etmektedir. Egemen gücün zorla ve bazen de zorbalıkla yönettiği bireyler, Aydınlanmanın kazanımları sayesinde herkes için bağlayıcı hukukla yönetilmeye layık hale gelmiştir.

Hukuk sistemleri, toplumları şekillendirdiği gibi toplumların gelenek ve görenekleri de hukuk sistemlerine karışır. Bu karşılıklı besleme süreci, suçta ve cezada kanunilik ilkesine de yansımaktadır; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, toplumsal hafızanın şekillenmesinde rol oynamaktadır. Bir suçun cezasız kalması ve dolayısıyla bir suçlunun cezalandırılmaması, toplumun vicdanını yaralamakta, toplumsal barışı bozmaktadır. Dahası, cezasız kalan suçluların sokakta ellerini kollarını sallayarak dolaşacağı düşüncesi, toplumsal hafızayı adeta felce uğratmaktadır. Böylece vatandaşlar, hukuk devleti ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerinin ciddi biçimde örselendiğinin farkına varmış olur. Suçluların cezasız kalması konusunda devletin harekete geçmemesi, toplumsal huzursuzluğu katlanarak artırmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk ile ahlak arasındaki kadim tartışmayı, günümüzde hukuk lehine duraklatmaktadır. Farklı toplumsal yapılar ve ahlaki kodların hukuk dünyasında yaratacağı farklılıklar, ceza kanunlarının -özel olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin- ortak gölgesine sığınarak ortadan kaldırılmaktadır. İnsanlığın, Aydınlanma Çağı'ndan bu yana elde ettiği düşünsel birikim ve kazanımlar düşünüldüğünde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin günümüzdeki bütün demokratik devletlerin hukuk sistemlerinde yer aldığı biçiminde

⁴⁸¹ Yener Ünver, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 15; Selahattin Kolcu, “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, S. 76, 2016, s. 12.

bir yanılgıya kapılmak mümkündür. Ancak bu genelleyici yaklaşım yanlıştır. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi, İngiltere’de yazılı olarak düzenlenmemiştir.⁴⁸² Yine aynı şekilde Danimarka Anayasası ve Ceza Kanunu’nda da suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmemiştir. Danimarka kanun koyucusu, teorik olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine zıt bir şekilde *ex post facto* kanunlar çıkarılabilir.⁴⁸³ Ayrıca Danimarka Ceza Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca, kıyasa imkân tanınmaktadır.⁴⁸⁴ Ancak önemli olan şudur ki Danimarka’nın demokratik hukuk devleti anlayışı, kanun koyucunun, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edecek nitelikte kanunlar ihdas etme olasılığını azaltmaktadır. İlkenin, İngiltere ve Danimarka’nın pozitif hukukunda bulunmaması, bu ülkelerde temek hak ve özgürlüklerin korunmadığı anlamına gelmemektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından İngiltere ve Danimarka örneklerinin istisnai olduğu unutulmamalıdır. Hukukun, toplumsal olgu işlevi gereğince bu hususta her devletin kendi toplumsal yapısı belirleyici olmaktadır.

Hukuk düzeninin yeterince demokratik olmadığı, hukuk güvenliği, hukukun üstünlüğü gibi ilkelerin yeterince yerleşmediği, yargı örgütüne güvenin az olduğu ülkelerde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hukuki güvenceden yoksun kalmasını, geçmişe etkili kanunların varlığını ya da kıyas serbestisini savunmak, şüphesiz abesle iştigâldir. Günümüzde çoğu hukuk devleti, suçların tanımlarına kanunlarında yer vermektedir. Bununla birlikte, belirli suç tipleri ya da suçun unsurları, hâkimlerin kıyas ya da amacı aşan türde genişletici yorum yapmaları nedeniyle dönüşüme uğrayabilmektedir. Demokratik kurum ve düşünceler ne kadar kanıksanmış ve yerleşmiş olursa olsun, modern bir hukuk devletinde suçta ve cezada kanunilik ilkesinden feragat edilmemelidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, modern ceza hukukunun asıl kaynaklarından biri olup hukuk devletinin bir gereğidir.

II. Dünya Savaşı’nın acı tecrübelerinden sonra, 19. yüzyılın hukuki pozitivist anlayışı yerine yeni doğal hukuk yorumlarına kulak verilmesiyle birlikte modern ceza kanunlarının kanun koyucu tarafından insan onuru, işkence, eziyet ve her türlü kötü muamele yasağı, kusurla orantılı olarak ceza miktarının belirlenmesi gibi

⁴⁸² Baytaz, **a.g.e.**, s. 46.

⁴⁸³ Lars Bo Langsted, Peter Garde, Vagn Grev, **Criminal Law in Denmark**, 4. bs., Hollanda: Wolters Kluwer, 2014, s. 55.

⁴⁸⁴ Danimarka Ceza Kanunu madde 1: “*Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant.*” (Sadece kanunda düzenlenen ya da kanunda düzenlenen fiillere oldukça benzer nitelikteki fiiller için ceza verilebilir.) (Çevrimiçi) <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=164192>, Erişim Tarihi: 15.03.2019.

hususlar dikkate alınarak düzenlendiği görülmüştür. Dolayısıyla hümanizmin ceza hukukundaki tezahürü olan bu ilkelere, modern demokratik devletlerin Anayasa ve ceza kanunlarında yer verilmesi suretiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk dünyasındaki anlamı pekişmektedir.

A- Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Farklı Uygulamaları

1- Anglosakson Hukuku

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk dünyasında hukuki sorunların çözümünde farklı yaklaşımları beraberinde getirmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bir “kılıç” işlevi gören ilke, Anglosakson hukuk sistemlerinde ise “kalkan” işlevi görmektedir.⁴⁸⁵

Anglosakson hukuk sistemlerinde, hâkimin takdir yetkisi daha geniş olarak ele alınmakta, geriye yürümezlik ve belirlilik alt ilkeleri bazı hallerde göz ardı edilebilmektedir.⁴⁸⁶ Bu başlıkta, Anglosakson hukuk sistemine dâhil olan İngiltere ve ABD’de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hukuki yeri irdelenecektir.

İngiltere’de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Hatta İngiltere’de 1935 yılına değin sanıkların masum olduklarını kendilerinin kanıtlamasının gerekmesi şaşırtıcıdır.⁴⁸⁷ İngiliz hâkimlerin, özellikle

⁴⁸⁵ Fletcher, **a.g.e.**, s. 208.

⁴⁸⁶ İngiltere’nin Normanlarca fethinden sonra (1066), kralın temsilcileri ülkeyi dolaşarak merkezi otoriteyi güçlendirmekle görevlendirilmiştir. Bu temsilciler, gittikleri yerlerde yerel hukuku uygulayarak davalara bakmakla da yetkili kılınmıştır. Bu davalarda verilen kararların, merkezde toplanıp ayıklanarak ülkenin tamamında geçerli bir kurallar bütünü oluşturulması sonucunda *common law* ortaya çıkmıştır. Anglosakson hukuk sisteminde hâkimin takdir yetkisinin tarihsel kökeni budur. (Aydın Aybay, Rona Aybay, Ali Pehlivan, **Hukuka Giriş**, 14. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018, s. 82 dn. 28.)

⁴⁸⁷ *Woolmington v. Director of Public Prosecutions (DPP) [1935] AC 462* kararında, masumiyet karinesinin, ceza hukukunu bir arada tutan “altın iplik” olduğuna ve göz ardı edilemeyeceğine, ceza davalarında ispat külfetinin davalı yerine davacıda olması gerektiğine hükmedilmiştir. (“*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*”, (Çevrimiçi) https://casebrief.fandom.com/wiki/Woolmington_v_Director_of_Public_Prosecutions, Erişim Tarihi: 11.03.2019.

kamu düzenini bozan fiillere ilişkin suç ihdas etmesi ya da ceza normlarını kıyasen ya da genişletici yorumla ele alması tamamen ortadan kalkmış değildir.⁴⁸⁸ Ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bir failin, günümüzde *common law* uyarınca suç teşkil etmeyen bir fiil için cezalandırılmasını önlemektedir.⁴⁸⁹ Geriye yürümezlik ilkesi bakımından ise, lehe kanunun geçmişe etkili olarak uygulanması söz konusu değildir.⁴⁹⁰

İngiliz hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yerine ilişkin iki davaya kısaca yer vermek gerekirse, bunlardan birincisi Shaw davasıdır. 1962 yılında Shaw adında bir kişi, dönemin İngiltere’inde yasaklı olan hayat kadınlarının mesleklerini icra edebilmesi için onların birtakım özelliklerini, çıplak fotoğraflarını ve iletişim bilgilerini içeren bir kitapçık hazırlamıştır. Ancak Shaw’un bu fiilinin, kamu ahlakını bozduğu iddia edilmiş, bu fiilin suç teşkil edip etmediğinin belli olmaması üzerine mahkeme, yaptığı değerlendirme sonucunda suç oluşturduğu kanaatine varmıştır. Bu dava, mahkemenin, değişen yaşam standartları ve toplumsal ahlak değerlerine uyum sağlamak için suçlar üretebileceğini göstermiştir. Böylece ceza kanununda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin de suç olarak kabul edilebileceği ortaya konmuştur.⁴⁹¹ Mahkeme bu kararıyla ahlak bekçiliğine soyunmuştur. Çünkü toplumun ahlaki çıkarları uğruna bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden ve hukuk güvenliğini çiğneyen bir karara imza atmıştır. Bu davadan da anlaşılacağı üzere, İngiliz hukukunda, hâkimlerin takdir yetkisinin aşırı ve sınırlarının belirsiz olmasından ötürü, suç ve suçluluk alanı genişlemekte, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olmaktadır.

Hâkimlerin takdir yetkisinin genişliğine yönelik kritik önemi haiz bir başka örnek, 1973 tarihli Knüller davasıdır. Eşcinsel pratikleri tanıtan bir derginin müdürü olan Knüller adlı kişinin, bu fiiliyle kamu ahlakını bozduğu ve suç işlediği sonucuna varılmıştır. Ancak mahkemenin bu yöndeki kararı doğrudan bir ceza normuna dayandırılmamıştır. Üye hâkimlerden Lord Morris, eşcinsel ilişki ve yaşamı teşvik eden birinin, kamu ahlakına aykırı davranmış olacağını zaten bilmesi gerektiğini,

⁴⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 74-94.

⁴⁸⁹ Christoph Graf von Bernstorff, **Einführung in das englische Recht**, 5. bs., München: C.H.Beck Verlag, 2018, s. 234.

⁴⁹⁰ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 57.

⁴⁹¹ “*Shaw v. Director of Public Prosecutions (DPP)* [1962] AC 220”, (Çevrimiçi) <https://www.lawteacher.net/cases/shaw-v-dpp.php>, Erişim Tarihi: 17.01.2019.

“ince bir buz tabakasının üzerinde paten yapan ya da gergin bir ip üzerinde bulunanların, düşeceklerine dair bir uyarı görmeyi ummamaları gerektiği” gerekçesiyle açıklamıştır.⁴⁹² Bu davada, mahkemelerin, toplumun ahlakını koruma ve kendi kararlarını yerine getirme görevi üstlendikleri ancak buna dayanarak yeni suçlar oluşturamayacakları kararına varılmıştır. Bu davanın önemi, İngiliz mahkemelerinin, yeni suç ihdas etme güçlerinin ellerinden alınması ve bu konudaki yetkinin sadece kanun koyucuda olduğunun belirtilerek hukuk güvenliğinin tesis edilmesidir. Knüller davası kararında kanun koyucunun yetkisine yönelik açık atıf, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından isabetlidir.

Amerikan hukukuna bakıldığında, ABD Anayasası’nda, kimsenin, kanunda suç olarak düzenlenmemiş ya da gerçekleştiği tarihte suç sayılmayan ancak daha sonra suç sayılan fiiller için cezalandırılmayacağı açıkça düzenlenmemiştir. Örf ve âdet kurallarıyla suç ve ceza tayin etme yasağı ve kıyas yasağı da anayasal düzenlemeye tâbi değildir.⁴⁹³ Ancak Anayasanın birinci ana bölümünün (*Article I*) 9. ve 10. alt bölümlerinde (*Section 9* ve *Section 10*)⁴⁹⁴ kanunların geçmişe yürütülerek uygulanamayacağı ve yargılama yapılmaksızın kişiye özel ceza tayin edilemeyeceği (*bill of attainder*) açıkça düzenlenmiştir.⁴⁹⁵

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ilgili bir diğer husus ise, 1791 tarihinde ABD Anayasası’nda gerçekleşen beşinci değişiklikteki (*Amendment V*) hükümlerdir. Buna göre, “kanuni usullere uyulmaksızın kimse hayatından, özgürlüğünden ve mülkiyetinden mahrum bırakılamaz.”⁴⁹⁶ Hükümde geçen “*due process of law*” ifadesinin, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla büyük ölçüde örtüştüğü ve bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Amerikan hukukundaki anayasal temeli olduğu ifade edilmektedir.⁴⁹⁷

⁴⁹² “*Knüller v. Director of Public Prosecutions (DPP) [1973] AC. 435*”, (Çevrimiçi) <https://www.lawteacher.net/cases/knuller-v-dpp.php>, Erişim Tarihi: 17.01.2019.

⁴⁹³ Baytaz, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁹⁴ (Çevrimiçi) <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-i>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

⁴⁹⁵ ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1798 tarihli *Calder v. Bull* kararı, cezaların *ex post facto* uygulanamayacağına ilişkin Anayasa hükmüne kaynak teşkil etmektedir. (Çevrimiçi) <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/3us386>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

⁴⁹⁶ (Çevrimiçi) <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-v>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

⁴⁹⁷ Turinay, **a.g.e.**, s. 235.

Görülmektedir ki Amerikan hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, tüm unsurlarıyla birlikte düzenlenmiş değildir, ancak ilkenin birtakım nüveleri bulunmaktadır. Nitekim ABD’de hâkimlerin yeni bir suç yaratması ya da mevcut suçları genişletici olarak ele alması anayasal sınırlamaya tâbi olmaktadır.⁴⁹⁸

2- Kıta Avrupası Hukuku

Kıta Avrupa’sında suçta ve cezada kanunilik ilkesine daha sistematik bir yaklaşım getirildiğini söylemek mümkündür. Aydınlanma felsefesinin önemli bir getirisi olarak, özellikle Almanya’da, suçların maddi ve manevi unsurları, kusur kavramı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi oldukça ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu incelemede, hukukçu akademisyenlerin rolü büyüktür.

Kıta Avrupası ülkelerinde, Anglosakson ülkelere oranla, siyasal iktidar ve yargı organlarının takdir yetkisine getirilen sınırlamalar ile belirlilik ve ceza kanunlarının geriye yürümezliği gibi ilkeler daha net olarak düzenlenmiştir. Hâkimlerin, kıyas yasağına uygun olarak hüküm vermesi şarttır. Ceza kanunları, dar yorum yapılarak ve kati surette uygulanmaktadır, ancak şüpheden sanığın yararlanması (*In dubio pro res*) ilkesi dikkate alınmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kamu yararının kovuşturma gerektirmediği durumlar hariç olmak üzere, şüphelilerin kovuşturulması ve gerekirse cezalandırılması esastır. Aksi halde, anayasal bir ihlal söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla Kıta Avrupası ülkelerinin pek çoğunda savcı ve hâkimlerin takdir yetkisi sınırlıdır.

3- Karşılaştırma

Kıta Avrupası’nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, aynı zamanda bir özgürlük şartıyken, *common law* bununla sınırlı değildir. *Common law* sistemi, sadece mevzuata değil, birdenbire gelişen olayların hukuki çözümü için gerekli ilkeleri ortaya koyan ya da mevcut ilkeleri geliştiren hâkimlerin sinesine (*the breasts of the*

⁴⁹⁸ Zeynel T. Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 17, 2011, s. 80 dn. 68.

judges), bir bakışla ifadeyle takdir yetkisine de dayanmaktadır.⁴⁹⁹ Ceza kanunlarının yeterince belirli olmadığı ve hukuki çözüm üretilemediği durumlarda, kanun koyucunun düzenleme yapması beklenmeyip hâkimlerin hukuk yaratması olağan olarak görülebilmektedir. Toplumsal düzeni bozma olasılığı bulunan her fiilin önceden öngörülüp kanunda düzenlenmesinin mümkün olmaması, böylece hukuki boşlukların meydana gelebilmesi, kanun koyucunun bunlarla ilgilenmesi beklenene kadar hukukun etkin ve hızlı bir çözüm üretmesi gerekliliği, hâkimlerin hukuk yaratmasına gerekçe olarak gösterilmektedir. Bu hususta, yüzyıllar içinde şekillenen içtihat hukuku (*case law*) ile örf ve âdetin de büyük bir payı bulunmaktadır. Hatta hâkimlerin takdir yetkisinin, “kanun koyucunun hâkimlerin cübbelerinin arkasına saklanması” suretiyle ceza siyasetini görünmez kılmaya yaradığı da ifade edilmiştir.⁵⁰⁰

Günümüzde *common law*, Anglosakson ülkelerinin ceza hukukundaki önemini giderek kaybetmektedir. Çünkü hâkimlerin takdir yetkisinin, her bir somut olaya özgü olduğu ve somut olaya ilişkin hâkimlerin ürettiği hukuki çözümün genel bir kural haline gelmemesi gerektiği yaygınlaşmaktadır. Kanada ve Yeni Zelanda gibi ülkelerle Avustralya’nın bazı eyaletlerinde, *common law* kaynaklı suçlar hukuk düzeninden kaldırılmış; İngiltere ve İskoçya’da ise sınırlandırılmıştır.⁵⁰¹ Öte yandan AİHM, *common law*’da yer alan yazılı olmayan hukuku da ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik unsurlarını taşıması kaydıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği AİHS’nin 7. maddesi kapsamında ele almaktadır.⁵⁰²

Bu bağlamda, aynı hukuki soruna ilişkin Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk dünyasında farklı anlayışların mevcut olabileceğiyle ilgili çarpıcı bir örnek vermek yerinde olacaktır. Çocuğunu öldürdüğü iddiasıyla yargılanan bir şüphelinin, adil bir yargılama sonucunda beraat ettiği ve yargılama bittikten sonra çocuğunu öldürdüğünü itiraf ettiği bir varsayımsal olayda, Amerikan ceza hukukunun muhtemel yaklaşımı, adil bir soruşturma ve kovuşturma sürecinde savcılık makamı suç delili elde edemediğinden yeni duruma bağlı olarak yargılamanın yenilenmesinin

⁴⁹⁹ Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev. Zeynel T. Kangal, *İÜHFM*, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 447.

⁵⁰⁰ *A.g.m.*, s. 459.

⁵⁰¹ Katoğlu, *a.g.e.*, s. 74.

⁵⁰² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 7. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 356; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 5. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 418.

adil olmayacağı yönünde olacakken, Kıta Avrupası ceza hukukunun muhtemel yaklaşımı ise, itirafın yeni bir delil niteliği taşıdığı, zamanaşımı süresi dolmadıkça yargılamanın yenilenmesinde ya da aynı fiile ilişkin yeni bir dava açılmasında bir yanlışlık olmayacağı yönünde olacaktır.

B- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yansımaları

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, bu bölümde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk dünyasına yansıyan sonuçları madde madde sayılacaktır. Bu sonuçlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden doğan alt ilkeleri, diğer bir ifadeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin unsurlarını içermektedir. Bu sonuçların bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı hâkime, bir kısmı da hem kanun koyucu hem de hâkime yöneliktir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları, şu şekildedir:

a- Suçlar ve cezalar, kaynağı bir yasama organı olan yazılı bir kanunda düzenlenir (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Bir fiil, kanunda açıkça suç sayılmadıkça bu fiil için herhangi bir yaptırım söz konusu olamaz. Dolayısıyla bu fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ya da güvenlik tedbiri uygulanamaz. Aksi halde hukuka olan güven sarsılır yani hukuk güvenliği zedelenmiş olur.

b- Kanunda suç sayılan bir fiil için sadece kanunda belirlenen ceza verilebilir ya da güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Dolayısıyla hangi fiillerin suç teşkil ettiği, hangilerinin suç teşkil etmediği, suç teşkil eden fiillerin yaptırıma tâbi olup olmadığı, yaptırıma tâbiyse yaptırımın türü gibi hususların tamamı kanunla düzenlenir. Bir suç için öngörülen ceza ya da güvenlik tedbiri, kanunda açıkça düzenlenmedikçe artırılmaz, azaltılamaz ya da değiştirilemez.

c- Kanunda düzenlenen suç ve cezalar, kesin olmalıdır (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Yaptırım öngörülen fiiller, kanunda tek tek sayılmalı ve bu fiillerin her biri, kapsamı ve sınırları belirlenecek şekilde açık ve özlü olarak tanımlanmalıdır. Böylece her bir suçun, hukuki konusu belirlenmiş olur. Bu belirleme, kanunun sistemini anlamaya yardımcı olur.

Kesinlik ilkesi, farklı kişi ve durumlar için farklı yaptırımların uygulanmayacağı, aynı suça ilişkin bütün vatandaşlar için aynı cezanın uygulanacağı anlamını da taşımaktadır. Bu durum, aynı zamanda anayasal eşitliğin de bir gereğidir. Dolayısıyla ceza normları, bütün vatandaşlar için uyulması zorunlu olan ortak değerlerdir. Kanunların, çıkarıldıktan sonra sık sık değişikliğe uğraması, kesinlik ilkesini zedeler. Kanun koyucunun, aşırı sertlikten kaçınmakla değişen koşullara ayak uydurmak arasında hassas bir denge gözetmesi gerekmektedir.

d- Ceza normlarının dili açık ve anlaşılır olmalıdır. Muğlak, belirsiz, esnek, başka anlamlara gelebilecek ifadelerden kaçınılmalıdır. Zira kanunlar, belirli uzman grubu için değil, bütün vatandaşlar için çıkarılmaktadır. Ceza kanunlarının dili, suçun ve cezanın adı, suçun maddi ve manevi unsurları, cezanın miktarı gibi hususların açıkça anlaşılmasını ve yorumlanmasını temin etmelidir. Buna belirlilik ilkesi denir.⁵⁰³ Kapalı, belirsiz, muğlak ifadeler, farklı anlamlara gelebilecek sözcükler, “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (*Ignorantia legis non excusat*)” düsturunu da anlamsız kılar. Belirlilik ilkesinin bir diğer önemi, hukuk devleti ilkesini somutlaştırmasıdır.

e- İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemez. Aksi durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına gelebilir. Zira kanun çıkarmak, yasama faaliyetinin bir parçası olup idare, kanunları sadece yürütmekle görevli olmalıdır.

f- Örf ve âdet kurallarıyla da suç ve ceza ihdas edilemez ya da ceza artırılıp azaltılamaz. Ceza hukuku, temel hak ve özgürlükler bakımından ciddi ve ağır sonuçlar doğurduğundan örf ve âdet kuralları, ceza hukukunun doğrudan kaynakları arasında yer almaz. Buna bağlı olarak örf ve âdet kuralları, ceza normlarını güçlendiremez ya da ortadan kaldıramaz.

g- Kanunda hüküm bulunmayan hallerde kıyas (analoji) yasaktır (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kıyas yasağıyla birlikte hâkimin keyfiyeti önlenir ve hukuk güvenliği tesis edilir. Kıyas yasağı, aynı zamanda, suç ve cezayı belirleme yetkisinin sadece kanun koyucunun uhdesinde olduğunu da göstermektedir. Çünkü hâkim, kanunda suç olarak

⁵⁰³ Belirlilik ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kolcu, **a.g.m.**, s. 11-22; Can, **a.g.m.**, s. 89-125.

düzenlenmemesine rağmen vicdani kanaatleri, dini ve ideolojik görüşleri ve toplumsal baskı nedeniyle kıyasen suç yaratabilir.

Hukuki yorum, kanun koyucunun iradesini objektif olarak saptayarak hukuk metinlerinin anlamını belirlemeye yarayan bir hukuki faaliyettir.⁵⁰⁴ Ceza hukukunda yorum ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesi nedeniyle diğer hukuk dallarından daha sınırlı bir anlamı haizdir.⁵⁰⁵ Değerlendirmeye ihtiyaç duyulan ceza normlarının yorumlanmasında kural olarak bir sakınca bulunmamaktadır. Kanunun anlamı, kanun koyucunun belirtmek istediğinden daha dar ise, genişletici yorum söz konusu olabilir. Kıyas ise, somut bir olaya uygulanacak ceza normunun, benzerlik taşıyan ama kanunda düzenlenmeyen bir başka olaya uygulanmasıdır. Görüldüğü gibi, ceza hukukunda kıyasla genişletici yorum aynı anlama gelmemektedir. Bu hususa ilişkin ceza hukukundaki sınır, yapılacak genişletici yorum faaliyetinin kıyasa varacak düzeyde olmamasıdır.⁵⁰⁶ Ceza hukukunun kişi güvenliği ve özgürlüğünü düzenlemesi nedeniyle ceza hukukunda esas olanın, ceza normlarının dar olarak yorumlanması (*odiosa, poenalia sunt restringenda*) olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁷ Kanunun anlamı, kanun koyucunun belirtmek istediğini aşıyorsa dar yoruma başvurmak mümkündür. Hâkimin yapacağı yorum ve değerlendirme, kanunun amacını (*ratio legis*) saptamaya yönelik olmalıdır. Belirsiz, muğlak, anlamı şüphe uyandıran ceza normlarının varlığı halinde, ceza muhakemesinin önemli bir ilkesi olan şüpheden sanığın yararlanması ilkesi devreye girer.⁵⁰⁸

h- Bir fiil için yaptırım uygulanabilmesi için fiilin gerçekleştiği tarih itibarıyla kanunda suç sayılması zorunludur. Aynı fiil, daha sonra kanun ile suç olarak düzenlense dahi fiilin gerçekleştiği tarihte suç oluşmadığı için ceza ya da güvenlik tedbirine hükmedilemez. Buna geriye yürümezlik ilkesi ya da geçmişe uygulama yasağı (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) adı verilir. Bu ilke, ceza

⁵⁰⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 223.

⁵⁰⁵ Baytaz, **a.g.e.**, s. 171; Ceza hukukunun, yorum bakımından diğer hukuk dallarından farkı olmadığı yönünde bkz. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 227.

⁵⁰⁶ Baytaz, **a.g.e.**, s. 172.

⁵⁰⁷ Ceza hukukunda dar yoruma ilişkin farklı görüşler ve uygulamadan örnekler için bkz. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 225-228; Baytaz, **a.g.e.**, s. 268-274.

⁵⁰⁸ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 228.

normlarının zaman bakımından uygulanması problematiğine ilişkin bir teknik hukuk çözümü sunmuş olmaktadır.⁵⁰⁹

Esasen bütün ceza normları geçmişe yönelik olarak etkinlik kazanır. Çünkü ceza yargılaması sonucunda verilecek yaptırım kararı, her hâlükârda fiilin gerçekleşmesinden sonraki bir zaman dilimine denk düşer. Geriye yürümezlik ilkesiyle amaçlanan, fiilin gerçekleşmesinden sonra düzenlenen bir kanunla fiile göre suç yaratılmasının ya da hâlihazırda suç olarak düzenlenmiş olan bir fiilin cezasının ağırlaştırılmasının engellenmesidir.

Failin lehine olan (*favor rei*) ceza normları, geçmişe etkili olarak uygulanabilir. Böylece suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren ve suç teşkil eden fiili artık suç olmaktan çıkaran ya da bu fiilin cezasını azaltan kanunlar failin lehine uygulanır. Bu durumda, ceza nedeniyle doğacak hukuki sonuçlar kendiliğinden ortadan kalkar. *Favor rei* ceza normlarının geçmişe etkili olarak uygulanması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir. Çünkü kanun koyucu, yeni düzenlemenin, eski düzenlemeye göre toplum için daha uygun olduğunu belirtmiş ve daha önce suç saydığı fiilin toplum için artık zararlı ya da tehlikeli olmadığını, toplumun kınama yargısının değiştiğini kabul etmiş olmaktadır. Ayrıca suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğuna göre, *favor rei* ceza normlarının geçmişe etkili olarak uygulanması, özgürlük lehine bir durum yaratmaktadır. *Favor rei* ceza normlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasını, kazanılmış hak kavramıyla açıklamak da mümkündür.⁵¹⁰ Zira meşru hukuksal durumun ve hakkın korunması, hukuk devletinin bir gereğidir. Aydınlanma felsefesinin gereği olarak ceza adaletinin insancıllaştırılması talebi uyarınca da *favor rei* ceza normlarının geçmişe etkili olarak uygulanması yerindedir.

Failin aleyhine olan ceza normları ise, geçmişe etkili olarak uygulanamaz. Çünkü fiil gerçekleştikten sonra suçlu tutulmak, liberal bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Böylece kamuoyu baskısı ya da siyasal iktidarın el değiştirmesi gibi nedenlerle geçmişe etkili suç ve ceza ihdas edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Aynı zamanda, kanun

⁵⁰⁹ Hukuk normlarının mutlaka emir içerdiği ve doğası gereği hiçbir emrin geçmişe yönelik olamayacağı, mutlaka ileriye yönelik olacağı yönünde bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 65.

⁵¹⁰ **A.g.e.**, s. 77.

koyucunun belli bir kişi ya da grubu geçmişe etkili suç yaratarak cezalandırması da engellenmektedir. Aksi takdirde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu ortadan kalkmakta, vatandaşların hukuk düzenine güveni sarsılmaktadır.

i- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, öngörülebilirliği sağlar. Öngörülebilirlik, belirlilik ilkesiyle doğrudan ilintilidir. Zira hangi fiillerin, suç teşkil edip etmediği önceden belli ve ilgili hukuk düzenine tâbi olan bütün vatandaşların erişimine açık olmalıdır. Bu erişimin temel şartı, ceza normlarının önceden ilan edilmesidir. Örneğin günümüzde Resmi Gazetede yayım, ilan edilme şartını sağlar.

Öngörülebilirlik ilkesi, irade serbestisine sahip olan bütün bireylerin, hangi somut fiillerin suç teşkil ettiğini ve hangi yaptırıma tâbi olacağını önceden bilme ve davranışlarını buna göre yönlendirme hakkına sahip olmaları sonucunu doğurur. Böylece bireyler, hareketlerinin suç teşkil edip etmediğinden emin olur. Bireylerin davranışlarını yönlendirebilmeleri için kanun eliyle uyarılmış olmaları gerekir (*Lex moneat, priusquam feriat*). Böylece vatandaşların, fiillerini uyumlu kılacakları hukuki kriterlerden haberdar olmaları ve kuralları ihlal etmenin hukuki sonuçlarını önceden bilmeleri mümkün hale gelir.⁵¹¹ Diğer bir ifadeyle, öngörülebilirliğin mevcut olmadığı durumlarda, irade serbestisi ve ceza sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

C- Uluslararası Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Uluslararası hukukun örf ve âdete dayanan yapısı nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukundaki yeri tartışmalıdır.⁵¹² Özellikle

⁵¹¹ Vatandaşların ceza hukuku mevzuatına erişimi hususu tartışmalıdır. Öngörülebilirlik ilkesinin doğal bir sonucu olan ceza normlarına ulaşılabilirlik hususunda çok iyimser olunmamalıdır. Çünkü ulaşılabilirlik, bu normları teknik olarak öğrenebilmek-bilebilmek imkânından mı ibarettir sorusu akla gelmelidir. Ceza normlarını araştırmamak, bu imkânın var olmadığı anlamına gelmez. Kaldı ki kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Ancak ulaşılabilirliğe uygun olan mevzuatın, vatandaşlarca içselleştirilmesi ve böylece vatandaşların, davranışlarını daha etkin olarak yönlendirme imkânını da elde etmesi gerekir. Aksi halde cezalandırmanın genel önleme işlevi yerine gelemeyecektir. Bu bağlamda, her vatandaşa temel hukuk eğitimi verilmesi gerektiği dahi düşünülebilir.

⁵¹² R. Murat Önok, **Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003, s. 233; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 418.

geçmişe uygulama yasağı bakımından *ad hoc* mahkemelerin⁵¹³ kararları oldukça tartışmalıdır. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (diğer adıyla Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi), Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamaların meşruiyeti konusu, bu bağlamda ele alınmaktadır. Çünkü bu mahkemelerin yaptığı yargılama ve verdiği kararlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası hukukun bir parçası olup olmadığının saptanmasında önem arz etmiştir.

Nürnberg Mahkemesinin, kanunilik ilkesini farklı yorumladığını iddia etmek yanlış olmayacaktır. Mahkeme, uluslararası suçların kanuniliği unsurunun bir adalet ilkesi olup örf ve âdet ile belirlenebileceğini belirtmiş, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından cezaların *ex post facto* uygulanmasını uygun bulmuştur.⁵¹⁴ Mahkeme kararında, faillerin işledikleri suçların cezasız kalmasına izin verilmesinin, yol açtıkları kitlesel zulüm dikkate alındığında ağır haksızlık teşkil edeceği, antlaşmaları ve güvenceleri hiçe sayıp herhangi bir uyarıda bulunmaksızın komşu devletlere saldıranların, cezalandırılmak suretiyle yaptıklarının yanlış olduğunu ve cezasız kalmayacağını bilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.⁵¹⁵

Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi de, II. Dünya Savaşı öncesinde savaş suçlarının zaten uluslararası hukukta düzenlendiği gerekçesiyle oyçokluğuyla savaş suçu işlendiğine hükmetmiştir. Karşı oy kullanan tek hâkim olan Radhabinod Pal'ın, geçmişe dönük suç ihdas etmenin kabul edilemez olduğu ve suç teşkil ettiği iddia edilen fiillerin gerçekleştiği zaman itibarıyla uluslararası hukukta bir suç düzenlenmediğine dair gerekçesi dikkat çekicidir.⁵¹⁶

Suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili tartışma yaratan yargılamalardan diğer ikisi de daha yakın tarihli olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarıdır. Eski Yugoslavya

⁵¹³ Belirli bir zaman dilimi içinde gerçekleşen olayların faillerinin yargılandığı, özel amaçlı ve yetkileri sınırlı olan mahkemeler.

⁵¹⁴ Roger S. Clark, "Crimes Against Humanity at Nuremberg", Ed. George Ginsburg, Vladimir N. Kudriavtsev, **The Nuremberg Trial and International Law**, Boston: Martinus Nijhoff Publishing, 1990, s. 178; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 418-419; Önok, **a.g.e.**, s. 234; Mokhtar, **a.g.m.**, s. 45.

⁵¹⁵ (Çevrimiçi) https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, Erişim Tarihi: 07.02.2019.

⁵¹⁶ Kreß, **a.g.m.**, s. 894.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, takdir yetkisinin geniş ve belirsiz olduğu, hangi suç için ne kadar süreyle hapis cezasına hükmedeceğine ilişkin bir standarda sahip olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵¹⁷ Mahkeme, silahlı çatışma ulusal hukuk kapsamında kalmış olsa da, çatışmanın neden olduğu insanlığa karşı suçun, doğrudan uluslararası örf ve âdet hukukuyla bağlantılı olduğu yönünde karar vermiştir.⁵¹⁸ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin aksine, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanabilirliğini sorgulamamıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemeleri aleyhine getirilen eleştiriler nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi üzerine gölge düşmüş gibi görünse de, bu mahkemeler, hukukun yok hükmünde olduğu, hukukun etik değeri olan adaleti öncelemeyen ve bilerek dışarıda bırakan rejimleri ve dolayısıyla bu rejimlerin mimarı olan failleri yargılamıştır. Suça bulaşmış rejimlerdeki resmi görevlilerin bireysel ceza sorumluluğu, işledikleri fiiller o rejimde suç olarak düzenlenmemiş olsa dahi sonraki demokratik rejim tarafından dikkate alınabilir.⁵¹⁹

Uluslararası Ceza Mahkemelerinin hükmettiği *ex post facto* cezaların gerekçesi, kapsamı ve sınırları bellidir. Cezasız kalması halinde ağır haksızlık yaratacak olan böylesi suçlar için verilecek cezaların *ex post facto* uygulanması, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacıyla çelişmemektedir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma ve devletin keyfi uygulamalarını ortadan kaldırma işlevi sunar. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir hukuk düzeninin sona ermesinden sonraki dönemde geriye yürümezlik yasağına uymamak, demokrasiye geçiş dönemi adaletinin⁵²⁰ tesisi için elzemdir. Zira Uluslararası Ceza Mahkemelerinin, geçmişe uygulama yasağına istisna getirerek hüküm kurması, Feuerbach'ın suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin görüşleri temel alındığında tartışmayı kolaylaştırmaktadır.

⁵¹⁷ Ozan Erözden, **Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi**, Ankara: Dost Yayınevi, 2017, s. 170.

⁵¹⁸ Bkz. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin IT-94-I Dava numaralı Tadić Kararı, Karar Tarihi: 02.10.1995.

⁵¹⁹ Erözden, **a.g.e.**, s. 41.

⁵²⁰ “Demokrasiye geçiş dönemi adaleti (*transitional justice*)”, totaliter rejimlerin sona ermesinden ya da yoğun çatışma ortamından sonra yapılan demokratik rejimin, geçmişin mirasıyla başa çıkmak konusunda kullabileceği yöntem ve araçları ifade etmektedir. (**A.g.e.**, s. 15.)

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir başka varlık nedeni olarak etkili bir caydırıcılığın sağlanması düşünülürse, istisnaların tek başına bir sorun teşkil etmediği iddia edilebilir. İstisnaların varlığı, caydırıcılığın etkililiğini düşürebilir ancak adaletin bir değer olarak temel alınması, cezalandırmanın amacına hizmet etmektedir. Bir hukuk düzeninde, hukuk güvenliğinin ortadan kalkmaması kaygısıyla ya da hukuk güvenliğini “bahane” ederek adaleti arka plana itmek, “Sert de olsa kanun kanundur (*Dura lex sed lex*)” biçimindeki katı pozitivist anlayışı sürdürmek anlamına gelmektedir. Hâlbuki hukuku, toplumsal barışı ve düzeni tesis etmek yerine şiddet, siyasal intikam ve hatta terör amaçlı kullanan rejimler dikkate alındığında, geriye yürümezlik yasağının ihlal edilmesi, geçiş dönemi adaletinin sağlanması için mutlak bir gerekliliktir.

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri ile ilgili olarak hukuki açıdan en sorunlu husus, bu Mahkemelerin, II. Dünya Savaşı’ndan galip çıkan devletlerce teşekkül etmesidir. Hâlbuki bu Mahkemelerin, savaşa katılmayan, diğer bir deyişle tarafsız devletlerin öncülüğünde teşekkül etmesi durumunda geçiş dönemi adaletinin daha iyi sağlanmış olacağını ve uluslararası meşruiyetin pekişmiş olacağını iddia etmek yanlış olmayacaktır. Çünkü kazanan devletlerin kurduğu Mahkemeler, her ne kadar adil kararlar verdikleri iddiasında olsalar da bu Mahkemelerin tarafsızlığı hususu ve verdiği kararlar hep tartışma konusu olmuştur. Zira yargılamaları tüm dünyanın takip ettiği ve verilen kararların emsal oluşturacağı gerçeği ortadayken tarafsız mahkemelerin teşekkülüne ilişkin fırsatın heba edilmiş olması hukuki tartışmaların doğmasına zemin hazırlamıştır. Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin tarafsızlığına ilişkin tartışmalardan sonra Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, bağımsız ve tarafsız *ad hoc* mahkemeler olarak BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmuştur.⁵²¹

II. Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan büyük siyasal, toplumsal, ekonomik ve hukuki yıkım, insan hakları hareketlerinin gelişmesine zemin hazırlamıştır. 20. Yüzyılın ikinci yarısında suçta ve cezada kanunilik ilkesi uluslararası hukuki belgelerde yer almıştır. Böylece, örf ve âdete dayanan ve Anglosakson hukuk sistemine yakın olan uluslararası ceza hukuku, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin

⁵²¹ A.g.e., s. 151, 153.

kodifiye edilmesi suretiyle Kıta Avrupası hukuk sistemine giderek yaklaşmaktadır.⁵²² Çalışmanın bu kısmında, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği en önemli uluslararası hukuki belgelere yer verilecektir.

1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

*“Hiç kimse, işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.”*⁵²³

1949 tarihli Harp Esirlerine Yapılacak Muamele İle İlgili Cenevre Sözleşmesi'nin 99. maddesinin 1. fıkrası şöyle düzenlenmiştir:

*“Fiilin işlenmesi gününde gerek harp esirlerini elinde tutan devletin meriyette bulunan kanuni mevzuatına, gerek cari bulunan beynelmilel hukuka nazaran sarahaten memnu olmıyan bir fiilden dolayı hiçbir harp esiri takibata ve mahkûmiyete uğratılmıyacaktır.”*⁵²⁴

1953 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmıyan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

*2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”*⁵²⁵

⁵²² Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 420.

⁵²³ (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

⁵²⁴ (Çevrimiçi) <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

⁵²⁵ (Çevrimiçi) <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019. AİHS’de suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülşah Bostancı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul, 2007; Ümit Sade, “Avrupa İnsan Hakları

1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesine göre;

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil veya ihmâl yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır.

2. Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmâl yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engelleyemez.”⁵²⁶

1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü'nün suçta kanuniliğe ilişkin 22. maddesi aşağıda yer almaktadır:

“1. İşlendiği sırada, söz konusu fiil, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç oluşturmadığı sürece, hiç kimse fiilinden dolayı bu tüzüğe göre cezai açıdan sorumlu tutulamaz.

2. Bir suçun tarifi, dar anlamda yorumlanır ve bu tarif kıyas yoluyla genişletilemez. Suç tarifinin belirsiz olması halinde; bu tarif, soruşturulan, yargılanan veya mahkûm edilen şahıs lehine yorumlanır.

3. Bu madde, bu tüzükten bağımsız olarak uluslararası hukuk altında herhangi bir eylemin suç olarak nitelendirilmesini etkilemez.”

Tüzüğün, cezada kanuniliğe ilişkin 23. maddesi şu şekildedir: *“Mahkeme tarafından mahkûm edilen şahsa ancak bu tüzüğe göre ceza verilebilir.”*

Tüzüğün, geriye yürümezliğe ilişkin 24. maddesi ise şöyle düzenlenmiştir:

Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

⁵²⁶ (Çevrimiçi)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

“1. Hiç kimse, bu tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce işlemiş olduğu bir fiilden dolayı cezai açıdan sorumlu tutulamaz.

2. Nihai karardan önce uygulanacak yasada bir değişiklik olması halinde, soruşturulan, yargılanan veya mahkûm edilen kişinin lehine olan kanun uygulanır.”⁵²⁷

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası sözleşmelerde düzenlenmesi, ilkenin yeknesak hale gelerek uluslararası örf ve âdet hukukunun bir parçası olmasına ve iç hukuk sistemlerine aktarılmasına imkân yaratmıştır. Günümüzde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, uluslararası ceza hukukunun başat ve bağlayıcı bir ilkesi haline geldiğini ileri sürmek mümkündür.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinin 2. fıkrası ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 15. maddesinin 2. fıkrası hükümleri, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uluslararası bağlayıcılığını tartışmaya açmaktadır. Bu iki fıkra hükmü, birbirine oldukça benzemektedir. Bu benzerlik, bu çalışmada yer verilen *ad hoc* mahkemeler tarafından suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ve insan hakları standartlarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları engelleme amacına matuftur.⁵²⁸ Ancak bu hükümler, ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanması yasağı için bir istisna teşkil etmektedir.⁵²⁹ Fıkra hükmünde yer alan “uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri” ifadesi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinden alınmıştır.⁵³⁰ Mahkemenin kararında, kanunilik ilkesinin, adaletin genel bir ilkesi olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, kanunilik ilkesinin, uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri ile yarışıp yarışmadığı sorusu akla gelmektedir. Ayrıca

⁵²⁷ (Çevrimiçi)

<http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

⁵²⁸ Aynı yönde bkz. Bekri, **a.g.e.**, s. 66.

⁵²⁹ AİHM’nin, önüne gelen davalarda ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesine uygun kararlar vermesi nedeniyle fıkra hükmünün, geriye yürümezlik ilkesine aykırı olmadığı yönünde bkz. Bostancı, **a.g.e.**, s. 35-36.

⁵³⁰ Uluslararası hukuk açısından genel hukuk ilkeleri, birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalrı, hukuk mantığı ve devletlerin değer yargıları açısından engel teşkil etmeyen, uluslararası ortak adaleti sağlamayı amaçlayan soyut, genel, evrensel, sürekli, üstün ve yazılı ya da yazısız kurallardır. (Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 5. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 263; Abdülkadir Akıl, “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 401-402.) Öte yandan fıkra hükmünde yer alan “uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri” ifadesindeki “uygar uluslar” vurgusunun Batı kültürünü merkeze aldığı ve bu nedenle etnosentrik bir anlam içerdiği de dile getirilmektedir. (Baytaç, **a.g.e.**, s. 30.)

uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinin, ceza hukukunun hangi ölçüde parçası olduğu da sorgulanmaya açık olan bir başka husustur. İlgili fıkra hükümleri değerlendirildiğinde, uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinin, ceza hukukunun genel ilkelerinden hiyerarşik olarak daha üstün olduğu sonucuna varılmaktadır. Uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinin, geniş bir uygulama alanı yaratma tehlikesi bulunmaktadır. Zira bu ilkeler, mutlak olmayıp zamana ve şartlara göre değişkenlik gösterebilir. Bu nedenle, uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinin kapsamını sınırlı tutmak gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin yukarıda yer verilen istisna, II. Dünya Savaşı sonrasında yapılan yargılamalar sonucunda, savaş sırasında işlenen suçlarla ilgili verilen mahkûmiyet kararlarının hukuki geçerliliğine ilişkin şüphe duyulmasını önlemeye yöneliktir.⁵³¹ Örneğin Batı ve Doğu Almanya'nın birleşmesinden sonra, Doğu Almanya'da işlenmiş ama cezasız kalmış suçlar için bu istisna uygulanmıştır.⁵³² AİHM bir kararında, Doğu Alman kanunlarını yeniden yorumlamış ve suç teşkil eden fiillerin, bu kanunlara göre cezalandırılabileceğine hükmetmiştir.⁵³³ Zira Doğu Alman kanunlarında, sınırı izinsizce aşarak Batı Almanya'ya geçmeye teşebbüs edenlere Doğu Alman sınır muhafızlarının ateş açılabileceği yönünde hüküm bulunsa da, Doğu Almanya'nın imzaladığı insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar uyarınca resmi görevlilerin bu fiilleri suç teşkil ettiği için Doğu Alman kanunları geçersiz hale gelmiştir. Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden sonra Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de, baskıcı bir rejimin insan hakları ihlallerini miras alan demokratik bir rejimin suç teşkil eden fiillerinin, geçmişe uygulama yasağına istisna getirilerek cezalandırılmasının, adaletin zorunlu bir sonucu olduğunu dile getirmiştir.⁵³⁴ Mahkeme, geçmişe uygulama yasağına ilişkin Federal Alman Anayasası'nda bir istisna söz konusu olmamasına rağmen, esasen örtülü bir istisnanın mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, geçmişe uygulama yasağına ilişkin birçok kararının gerekçesini, Alman hukukçu ve düşünür Gustav Radbruch'un, II. Dünya Savaşı'ndan

⁵³¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s. 360.

⁵³² Kreß, **a.g.m.**, s. 896.

⁵³³ Bkz. AİHM Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya kararı, Başvuru numaraları: 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, Karar Tarihi: 22.03.2001.

⁵³⁴ Bkz. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1851/94, 1852/94, 1875/94, 1853/94 numaralı kararları, Karar Tarihi: 24.10.1996.

sonraki dönemde hukuki pozitivizme yönelik eleştirilerini içeren doğal hukuk doktrinine dayandırmıştır.⁵³⁵

Geçiş dönemlerinde adaletin yeniden tesisinde suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle doğrudan ilintili olarak ortaya çıkan felsefi ve hukuki ikilemlerin, yakın bir gelecekte ortadan kalkması pek de mümkün görünmemektedir. Zira uluslararası toplumun, vahşet ve zulümlerle ya da hukukun etik değeri olan adaleti tamamen yok sayan hukuk düzenleriyle yeniden karşılaşmayacağı kesinlikle olasılık dışıdır denilemez. Aydınlanma Çağı'nda “monarkın hizmetkârı olmaktan çıkıp hukukun hizmetkârı rolü biçilen hâkimlerin”⁵³⁶, yeniden monarkın hizmetkârı olmayacağının garantisi bulunmamaktadır.

D- Türk Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Türk hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ilk kez 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”

İlke, anayasal olarak ise, ilk kez 1961 Anayasası'nın 33. maddesinde düzenlenmiştir. “Cezaların kanuni ve şahsi olması; zorlama yasağı” kenar başlıklı maddenin suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olan ilk üç fıkrası şöyle düzenlenmiştir:

⁵³⁵ Radbruch'un, kanuna uygun davranılarak da hukukun ihlal edilebileceği, bu nedenle ceza normlarının geriye yürümezliği ilkesine belli durumlarda istisna getirilebileceğini örneklerle ele aldığı makalesi için bkz. Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, Çev. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. XXVI, S. 1, 2006, s. 1-11. Radbruch hakkında Türkçe kaynaklar için bkz. Sevtap Metin, Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. bs., İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015; Gustav Radbruch, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi”, Çev. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 2. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: Afa Yayınları, 1995, s. 7-8; Gustav Radbruch, “Ölüm Cezası”, Çev. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 5. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2002, s. 33-36.

⁵³⁶ Hörnle, **a.g.m.**, s. 135.

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz.

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.

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

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olan 1., 2., 3. ve 11. fıkraları şu şekilde kaleme alınmıştır:

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

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

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.”

Görülmektedir ki Anayasada suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık seçik düzenlenmiş, hem de ilkenin bir sonucu olan kanunun zaman açısından sınırına değinilmiştir. Zira Anayasada ancak ve ancak fiil işlendiğinde yürürlükte olan ceza kanununun fiil için hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Aynı zamanda bu hüküm, yürürlüğe giren bir kanunun geriye, yürürlükten kalkan bir kanunun da ileriye yönelik uygulanamaması anlamını taşımaktadır. Anayasal güvence altında olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, böylece Anayasa Mahkemesi’nin de incelemesine konu olabilmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, sadece ceza kanununda değil, Anayasada da düzenlenmesi, kanun koyucunun, ilkeye aykırı olan uygulamalarda bulunmasını engellemeye yöneliktir.⁵³⁷ Ceza kanunları ihdas etmenin, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde, ancak ve ancak kanun koyucunun uhdesinde olduğu ve başka bir kuvvete devredilemeyeceği anayasal olarak da ortaya konmuş olmaktadır.

⁵³⁷ Kangal, a.g.m., s. 62.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" kenar başlıklı 2. maddesi düzenlemesine göre;

“(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.”

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza tayin edilemeyeceğine dair hüküm, maddede yer alan “kanun” ifadesinin, kanun koyucu tarafından usulüne uygun olarak kabul edilen ve yürürlüğe giren şekli anlamda kanunu ifade ettiğini göstermektedir. “Açıkça” ifadesiyle belirlilik ilkesine atıf yapılmakta, kıyas yasağına uygun biçimde genişletici yoruma da kapı kapatılmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun “zaman bakımından uygulama” başlıklı 7. maddesinin 1. ve 2. fıkrası aşağıda yer almaktadır:

“(1) 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 cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.”

Yukarıdaki hükümler, özellikle cezaların geriye yürümezliği ilkesiyle ilişkilidir. Aynı şekilde failin lehine olan yeni düzenlemenin geçmişe etkili olarak uygulanabileceği de düzenlenmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "kanunilik ilkesi" kenar başlıklı 4. maddesi şöyle kaleme alınmıştır:

“(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına gelmektedir. Görüldüğü üzere kabahat, ceza hukuku ve idare hukukunun kesişim alanına denk düşen bir hukuki kavramdır. Türk hukukunda suçtan farklı olarak düzenlenmesine rağmen yaptırıma tâbi olan bir norm olması nedeniyle kabahatler bakımından da kanunilik ilkesi geçerlidir. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesine göre, Türk hukukunda beyaz (açık) normun varlığı kabul edilmiştir.

Kanunilik ilkesiyle ilgili olarak Kabahatler Kanunu'nun “zaman bakımından uygulama” kenar başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesine göre;

“26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.”

Türk Ceza Kanunu'nda kanunilik ilkesine yer verilirken Türk Medeni Kanunu'nda ve diğer özel hukuk mevzuatında kanunilik ilkesine yer verilmediği görülmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunmadığı haller için örf ve âdet hukukuna gidilmesine ve bu da mümkün değilse hâkimin hukuk yaratmasına izin verilmektedir. Özel hukukta kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına yer verilmemesi doğaldır. Bunun arkasında yatan düşünce, özel hukuk yargılamasında tarafların kural olarak eşit olmasıdır. Ancak ceza yargılamasında taraflar birey ve devlet olduğu için eşit

değildir. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bireyin devlete karşı güvencesi olmaktadır.

Türk hukukunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik yüksek mahkemelerin kararlarına bakmak isabetlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın suçta ve cezada kanunilik ilkesinin anlam ve amacına uygun kararları olduğu gibi, ilkeyle çelişen nitelikte kararları da mevcuttur.⁵³⁸ Bunun nedeni olarak, kanun koyucunun eksik bıraktığı ya da hatalı düzenlediği hususların, yüksek mahkeme hâkimlerince içtihat hukukuyla kapatılması çabası gösterilebilir. Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti anlayışına ters düşen birtakım kararların, suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedelediği aşikâr olmasına rağmen, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Türk ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olma özelliğini korumaktadır.

V- Değerlendirme

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin modern ceza hukukundaki kökenine ilişkin birinci görüş, Roma hukukunu işaret etmektedir. Kanunların anlaşılır olması gerektiği (*Leges ab omnibus intellegi debent*) yönündeki ilke Roma hukukunda mevcuttur. M.Ö. 138 - M.Ö. 78 yılları arasında hüküm süren İmparator Lucius Cornelius Sulla Felix (bilinen kısa adıyla Sulla) döneminin sonlarına doğru, suçların ve cezaların bir kanunda toplandığı ve cezalandırmada bu kanunun esas alındığı görülmektedir. M.S. 14- M.S. 37 yılları arasında hüküm süren İmparator Tiberius, suçta ve cezada kanunilik ilkesine büyük önem verse de, hem yayınladığı emirnamelerle hem de senatoya verdiği emirlerle mahkeme kararlarını etkilemiştir. Ulpianus, sadece kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerden dolayı cezalandırmanın esas olması gerektiğini ifade etmiş, Cicero da cezada kanunilik ilkesinin önemine değinerek jüri üyelerinin intikam duygusuyla değil, hakkaniyetle karar vermesi gerektiğini dile getirmiştir.⁵³⁹ Ancak Roma hukukunda ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesi kesin bir kurala bağlanmamış, ceza kanunları bazı durumlarda

⁵³⁸ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ilgili olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılından sonraki bazı Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile ilgili bkz. Ünver, **a.g.m.**, s. 16-33.

⁵³⁹ Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan", **İÜHF**, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 45; Türkoğlu, **a.g.e.**, s. 131-132.

geriye yürütülmüştür. Ceza kanunlarının belirlilik ilkesine ve kıyas yasağına uygun olduğunu söylemek de zordur. Ayrıca bazı suçlar bakımından hâkimlerin neredeyse sınırsız takdir yetkisi bulunmaktadır. Bireyi, devlete karşı güvence altına aldığı izlenimi yaratan kanunlar da aslında bahşedilmiş olan ve bu nedenle her an vazgeçilebilecek imtiyazlardır.⁵⁴⁰ Yetkili makamların, özellikle kamu yararı gerekçesiyle suç sayılmayan fiilleri cezalandırması, siyasi çıkar ve hedefler uğruna suçta ve cezada kanunilik ilkesinden kolaylıkla vazgeçilmesi gerçeği karşısında, Roma hukukunda ilkenin etkin ve kesintisiz bir şekilde uygulandığından bahsetmek imkânsızdır.⁵⁴¹ Dolayısıyla Roma hukukunda, güçsüz ve korunmasız bireyin devlete karşı güvence altında olmasını sağlayacak düzeyde ve tüm alt ilkeleri içerecek biçimde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığından bahsedilemez. Feuerbach'ın Latince sözcüklerle türettiği biçimde suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yazılı olarak Roma hukukunda hiçbir zaman mevcut olmamıştır.

İkinci görüşe göre, ilkenin kökenini Ortaçağ Kıta Avrupa'sı hukukunda (*jus commune*) aramak gerekir. Ancak Ortaçağ Almanya'sında ceza hukukunun en önemli kodifikasyonu sayılan 1532 tarihli *Constitutio Criminalis Carolina*'da dahi suçta ve cezada kanunilik ilkesi bütün unsurlarıyla yer almamış, cezanın miktarı örf-âdete bırakılmış ve uygun görülen durumlarda kıyasa izin verilmiştir.⁵⁴²

Üçüncü görüş uyarınca, ilkeyi ilk ortaya atanlar, Montesquieu ve Beccaria'dır. Her ne kadar adı geçen iki düşünür de teorik olarak suçta kanunilik ilkesini savunmuş olsalar da⁵⁴³ cezada kanunilik ilkesi bakımından aynısını söylemek güçtür. Montesquieu, kuvvetler ayrılığı ilkesini ortaya koyması, kıyas yasağını savunması ve hâkimlerin kanuna bağlı kalarak karar vermelerini dile getirmesi yönünden ilkeye önemli bir katkıda bulunmuştur. Beccaria da, ancak ve ancak kanunların, suç fiili için belirlenen cezayı düzenleyebileceğini, kanun çıkarma yetkisinin sadece kanun koyucuda olduğunu, kanun koyucu dışındaki hiçbir iradenin mevcut ceza miktarını artıramayacağını, kıyasen cezaya hükmedilemeyeceğini belirtmesi yönüyle ilkenin önemli bir savunucusudur. Görüldüğü gibi Montesquieu ve Beccaria, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından anahtar düşünürler olmalarına rağmen, kanunsuz ve

⁵⁴⁰ Mokhtar, **a.g.m.**, s. 42; Hall, **a.g.m.**, s. 166.

⁵⁴¹ Türkoğlu, **a.g.e.**, s. 132.

⁵⁴² Ozansü, **a.g.e.**, s. 343.

⁵⁴³ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 25 dn. 66.

keyfi bir düzenden kanuna dayalı bir hukuk düzenine geçişi dile getirmenin ötesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini, bütün unsurlarıyla birlikte, kapsamlı ve bütüncül olarak ele almamışlardır.

Dördüncü görüşe göre, ilkenin kökenini Feuerbach'a dayandırmak isabetlidir. Bu görüşe göre, Feuerbach'ın ilkeye ilişkin formülasyonu, sistematik ve bütüncüdür. Ayrıca ilk kez Feuerbach, ilkeyi yazılı hukuk için üretmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kökenine ilişkin tartışmayı bu çerçevede ele almak önem arz eder. Zira modern ceza hukuku sistemlerinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Roma hukuku ya da Aydınlanma Çağı öncesi ceza hukukundaki gibi dar ve sınırları belirsiz bir ilkeyi değil, alt ilkeleri de içeren, bütüncül ve yazılı hukukun parçası olan bir ilkeyi işaret eder. Bunu ilk kez yerine getiren düşünür de Feuerbach olmuştur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin modern ceza hukukundaki kökenine ilişkin görüşleri ele aldıktan sonra, ilkenin farklı boyutlardaki ayrımlarına da değinmek gerekmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kavramsal olarak suçta kanunilik ve cezada kanunilik olmak üzere iki ilkenin birleşiminden oluşmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, birey ve devlet ilişkisi bakımından negatif ve pozitif iki ilkenin birleşiminden oluşmaktadır. Negatif ilke uyarınca, bir hukuk sisteminin en büyük kaygısı, vatandaşlar üzerinde her durumda kendi iradesini dayatmaya çalışacak olan saldırgan bir devlete karşı vatandaşları korumaktır. Negatif ilke, önceden kanuni bir uyarı olmaksızın ceza olamayacağı ilkesine dayanır.⁵⁴⁴ Dolayısıyla belirli davranış biçimlerinin cezalara zemin hazırlayıp hazırlamayacağının vatandaşlara önceden bildirilmesi, ilan edilmesi elzemdir. Vatandaşların, şiddet, cinayet gibi fiillerin suç teşkil ettiğini ve cezalandırılacağını bilmeleri muhtemeldir. Ancak vatandaşlar, zina, eşcinsellik, kumar, kamu görevlilerine hediye verme ya da bir polis memuruna yalan söyleme gibi fiillerin suç teşkil edip etmediğinden emin olmayabilir. Yine bu bağlamda, bazı fiiller için, o fiillerin suç teşkil edip etmediğine yönelik bir kamuoyu tartışması yapılmakta olabilir. Dolayısıyla bir fiil, suç teşkil edecek ve cezalandırılacaksa, önceden kanunla düzenlenmelidir. Böylece vatandaşları uyarma işlevi yerine getirilmiş olur.

⁵⁴⁴ Fletcher, **a.g.e.**, s. 207.

Pozitif ilke ise, devletin, ceza hukuku kurallarını uygulaması ve mağdurları korumak için yasama faaliyetinde bulunması görevine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla pozitif ilke, ceza adaletinin sağlanmasında kanuni düzenlemelerin önemine işaret etmektedir. Kanunların uygulanmasında tutarlılık ve bütünlük önemlidir. Bu ilke uyarınca hâkimler, devletin suç ve ceza politikaları ile şekillenmiş olan yazılı hukuka göre karar vermek zorundadır.⁵⁴⁵ Böylece pozitif ilke, hâkimlerin takdir yetkisini sınırlamaktadır.

Son ayırım türü olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçun toplumsal olarak ve hukuken nasıl ele alındığına göre, biçimsel suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve içeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵⁴⁶ Biçimsel suçta ve cezada kanunilik, gerçekleştiği zaman itibariyle yürürlükte olan ceza kanununda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin, ceza kanununda açıkça yer verilmeyen bir cezayla cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir. İçeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesiyse, ceza kanununda açıkça düzenlenmese de, toplumsal açıdan tehlikeli olan ya da toplumun kınadığı fiillerin de suç sayılıp cezalandırılması ve ayrıca belli şartlarda kıyas müessesesinin mümkün olması anlamına gelmektedir.

İçeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesi, biçimsel suçta ve cezada kanunilik ilkesinin daha sert uygulandığı Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan devletlerin aksine, Anglosakson hukuk sisteminde yer alan devletler için geçerli olabilmektedir. Ancak bir başka görüşe göre, içeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anglosakson hukuk sisteminde değil, Sovyetler Birliği ve Nazi Almanyası gibi totaliter rejimlere özgüdür.⁵⁴⁷ Çünkü böylesi rejimlerde, tehlikeli sayılan kişilerin toplumdan tecrit edilmesi esastır.

Biçimsel ve içeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesi ayrımı yerinde değildir. Böylesi bir ayırım, pedagojik bir amacı haiz olsa dahi tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu sonuçların ilki, “toplumsal açıdan tehlikeli” fiillerin muğlak bir alana

⁵⁴⁵ A.g.e.

⁵⁴⁶ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. bs., Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s. 43.

⁵⁴⁷ İçeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesinin günümüzde Çin’de uygulandığına ilişkin bkz. Dursun, “**Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi**”, s. 118 dn. 9. Aksi görüş olarak, 1997 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu ile kıyas uygulamasına son verildiği yönünde bkz. Kangal, **a.g.m.**, s. 85 dn. 93.

denk düşmesidir. Doğabilecek tehlikeli sonuçlardan ikincisi ise, işledikleri suç nedeniyle kanunda öngörülen ceza süresini tamamlamış olmalarına rağmen zarar verici nitelikleri devam ettiği varsayılan kişiler için ceza infaz süresinin uzatılmasıdır. Hâkimler, kanunla bağlı olduğuna göre, kamu düzenini koruma gerekçesiyle bazı suçlular bakımından kanundaki ceza miktar ve sürelerine uymamak, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Toplumsal açıdan tehlikeli olan fiillerin, kanunda açıkça düzenlenmese de suç sayılması ve ayrıca kıyasa izin verilmesi, keyfiliğe yol açacağı için demokratik hukuk devleti ile kesinlikle bağdaşmamaktadır. Çünkü bu durum, gerek kanunda öngörülen ceza süresini tamamlamış faillerin gerek henüz suç işlememiş kişilerin, hâkimin kendi takdirine göre, toplumsal açıdan zararlı olabileceği düşüncesiyle suçlu bulunması sonucunu doğurmaktadır. Bir fiil toplumsal açıdan kötü, tehlikeli, ahlaksız ya da sapkın da olsa, o fiili suç haline getiren, kanunda açıkça suç olarak düzenlenip bir yaptırıma bağlanmasıdır. Bir fiilin suç sayılması, sosyolojik ya da kriminolojik tartışmaların dışında olup bu hususta belirleyici olan pozitif ceza normlarıdır.⁵⁴⁸ Kanun koyucunun, toplumsal açıdan tehlikeli olan fiilleri suç olarak düzenlememesi, özensiz bir tutum ya da hatalı bir davranış olarak ele alınabilse de, ortaya çıkan hukuki boşluğu, kanun koyucu, yapacağı kanunla hemen giderebilme imkân ve yetkisine sahiptir. Kaldı ki hukuki boşluk, kanun koyucudan kaynaklanmayıp değişen hayat koşullarına bağlı olarak yeni suç türlerinin ortaya çıkmasıyla da söz konusu olabilir. Bu türden bir hukuki boşluğun, kanun koyucunun iradesi dışında, örneğin mahkemeler eliyle doldurulması yanlıştır. Zira hâkimlerin, olayları algılama biçimi de birbirinden farklıdır. Suçların ve cezaların takdirini hâkimlerin insafına terk etmek, ceza adaletinin sağlanması için gerekli olan yeknesaklığı da ortadan kaldırmaktadır. Toplumsal açıdan tehlikeli olan ama kanunen suç sayılmayan fiillerin cezasız kalmasının neden olacağı olumsuzluk ile keyfiliğin önlenmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması yarıştığında, ikincisi ağır basmaktadır.⁵⁴⁹ Dolayısıyla içeriksel (maddi) suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Aydınlanma değerleri ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amacıyla açıkça çelişmektedir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Yasemin Işıқтаç, Umut Koloş, **Hukuk Sosyolojisi**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 206.

⁵⁴⁹ Aynı yönde bkz. Artuk, **a.g.m.**, s. 48; Kangal, **a.g.m.**, s. 67.

⁵⁵⁰ Aynı yönde bkz. Ezgi Aygün Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", **TBB Dergisi**, S. 104, 2013, s. 231 dn. 15.

Şüphesiz ki suçta ve cezada kanunilik ilkesini, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği gibi ilkelerle beraber düşünmek gerekir. Zira bu ilkeler, bir hukuk düzeninde birbirinin tamamlayıcısıdır ve ancak beraber uygulandığında anlam kazanır. Bu bağlamda, kanunilik ilkesinin hukuki konumunu, Hans Kelsen'in ünlü normlar hiyerarşisi piramidine benzer şekilde hiyerarşik bir ilkeler piramidine dayandıran bir görüşe de yer vermek isabetlidir. Gabriel Hallevy'nin bilimsel ceza hukuku teorisi bağlamında şemalaştırdığı hiyerarşik piramide göre⁵⁵¹, her bir ilke, üstünde yer alan ilkedен kaynağını alır ve onlara aykırı olamaz.

Hallevy'ye göre, piramidin en üstünde ilkeler üstü ilke (*supra-principle*) yer alır. Hukuk devleti ilkesi, ilkeler üstü ilkeye örnek gösterilebilir. Hukuk devleti ilkesi, bireysel özgürlükleri, kanun önünde eşitliği, insan haklarını, yasama faaliyetinin genel iradeyi temsil eden organda yapılmasını, temel hak ve özgürlüklerin ancak ve ancak kanunla sınırlandırılabilmesini, kuvvetler ayrılığı marifetiyle egemenliğin paylaşılmasını, yargısal denetimi, devlet organlarının keyfi müdahalelerinin engellenmesini ve nihayet suçta ve cezada kanunilik ilkesini kapsar. Dolayısıyla hukuk devleti, kendi koyduğu kurallarla kendisini (de) bağlı kılan devlet anlamına gelmektedir.

İlkeler üstü ilkenin altında ise, temel ilkeler (*fundamental principles*) yer alır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel ilkelerden biridir. Bu nedenle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, sadece hukuk devletinde anlam taşıdığını, aksi takdirde aşınacağı ya da ortadan kalkacağını iddia etmek yanlış olmayacaktır.

Temel ilkelerin altında, alt ilkeler (*secondary principles*) bulunur. Bu ilkeler, kesinlik, belirlilik, öngörülebilirlik, geçmişe/geriye yürümezlik, kıyas yasağı ilkeleridir.⁵⁵² Son olarak, alt ilkelerin altında ise, alt ilkeleri somut olaylara uygulanabilir hale getiren spesifik hukuki hükümler (*specific legal provisions*) yer alır.

⁵⁵¹ Bkz. Gabriel Hallevy, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, Berlin-Heidelberg: Springer, 2010.

⁵⁵² Tali ilkeler, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yansımaları" alt başlığında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Hukuk devleti anlayışının tesisi için pozitif hukukun, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle beraber yukarıda bahsi geçen alt ilkeleri de içermesi gerekir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçların ve cezaların ancak ve ancak kanunla düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymakla kalmaz; bu ilkenin doğal unsurları olan alt ilkeleri de kapsar. Zira suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi, modern ceza hukuku ve hukuk devleti ilkesi bağlamında tek başına bir önem arz etmemektedir. Çünkü kötücül rejimler, kanunilik ilkesinin, vatandaşların davranışlarına yön verdiğini bildiklerinden, hukuk sistemini kendi istedikleri biçimde değiştirmek için kanunilik ilkesini istismar edebilir. Yine bu rejimler, ceza hukuku araçlarını, vatandaşlara yönelik tehlikeli bir silah olarak kullanarak temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya her zaman meyillidir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması ya da ihlal edilmesi, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü anlayışının da aşındırılması anlamına gelmektedir. Bu duruma yol açan nedenler arasında, suçta ve cezada kanunilik ilkesine yönelik eleştirilerin de payı bulunmaktadır. Buna göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, aslında hukuki bir kural olmadığı, failin suç işlemeyen önce fiilin sonuçlarını hesap etmediği, suçun irade serbestisiyle açıklanamayacağı çünkü suçun, hem iç hem de dış faktörlerin birleşiminden oluştuğu yönünde bir görüş mevcuttur.⁵⁵³ Aydınlanmanın düşünsel birikiminin etkisiyle şekillenmiş olan ilkenin, modern ceza hukukundaki içeriği, bu tür görüşler nedeniyle değişmekte ve bu durum, etik sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşınmasının ne gibi sonuçlar doğurduğuna değinmekte fayda bulunmaktadır.

II. Dünya Savaşı sonrası yani 20. yüzyılın ikinci yarısı, ceza hukukunda doğal hukukçu ve hukuki pozitivist görüşlerin yeni bir sentezinin görüldüğü sürece tekabül etmektedir. Kanunlarda düzenlenmese dahi ayıp, kınanacak, utanılacak, toplumun ahlakını bozacak fiillerin cezalandırılabilceği yönündeki Aydınlanmanın kazanımlarının heba edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte bir yaklaşım, bu dönemde de tamamen silinmemiştir.

21. Yüzyılda ise, özgürlük-güvenlik dengesi özgürlük aleyhine bozulmakta, güvenlikçi politika ve uygulamalar ön plana çıkmaktadır. 11 Eylül 2001 tarihinde

⁵⁵³ Artuk, **a.g.m.**, s. 46.

ABD’de gerçekleşen terörist saldırıların, uluslararası arenada bir milat oluşturduğu tespitinde bulunmakta bir sakınca bulunmamaktadır. Bu saldırıların önceki terörist saldırılardan en büyük farkı, belli bir devletin siyasetini değiştirmekten ziyade toplum örgütlenmesinin, bir diğer ifadeyle uluslararası toplumun yıkımını hedef almasıdır.⁵⁵⁴ Buna ek olarak, SSCB’nin dağılmasından sonra küresel ekonomiye yön veren kapitalist anlayışın, son tahlilde bireyleri yeterince memnun eden bir düzen yaratamadığı görülmektedir. Günümüz devletlerinin pazar kısılcacında olduğu, toplumsal değişim hızının Aydınlanma değerlerinin önüne geçtiği ortadadır.⁵⁵⁵ Kapitalist düzen, sıkıştığı bu süreçte, adeta Sanayi Devrimi sonrasını andıracak şekilde vahşileşmekte, içine düştüğü sorunları aşmak için de yürütme organlarını, yasama ve yargı organları karşısında güçlendirmeye çalışmaktadır. Bu sıkışmışlık hali, küresel kapitalist düzenin modern hukuku yük olarak görmesi ve güçlü yürütme organlarıyla güvenlikçi politikaları üretmesi sonucunu doğurmaktadır.

Güvenlikçi politikalara paralel olarak, günümüz hukuk sistemlerindeki suç ve suçlu üretme konusundaki “heves” dikkat çekicidir. Ceza hukukuna ilişkin sorunların çözümü, kanun koyucunun daha sert yaptırımlar içeren kanunlar üretmesiyle aşmaya çalışılmaktadır. Böylece günümüz ceza hukuku, Aydınlanmacı ideallerden uzaklaşmaktadır. Cezayı meşru gerekçelere dayandırma çabasından ziyade “bir şekilde” ceza vermeyi merkeze alan görüşler ön plana çıkmakta, ceza hukuku, güçlü bir toplumsal kontrol mekanizması haline dönüşmektedir. Tüm bu gelişmeler, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması sonucunu doğurmaktadır.

Esasen anayasal olarak olağanüstü hal ilanı sonucunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, sınırları ve süresi açıkça belli olmak şartıyla kısmen ortadan kaldırılması mümkündür.⁵⁵⁶ Ancak önemle belirtmek gerekir ki olağanüstü hal uygulaması sona erdiğinde, derhal olağan hukuka dönmelidir. Aydınlanma düşüncesinin anavatanı olan Batılı devletler de dâhil olmak üzere birçok devlette, olağanüstü hal koşullarına özgü olan ceza usulü günümüzde olağan hale gelmekte, gözaltı sürelerinin uzatılması, tutuklama, arama, dinleme gibi tedbirlere sıkça

⁵⁵⁴ A. Emre Öktem, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. bs., İstanbul: Derin Yayınları, 2011, s. 449.

⁵⁵⁵ Akkaya Kia, **a.g.e.**, s. 100.

⁵⁵⁶ Anayasanın 15. maddesine göre savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlükler için Anayasada öngörülen güvencelere (örneğin Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen bir güvence olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesine) aykırı tedbirler alınabilir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasına göre, savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde dahi suç ve cezalar geçmişe etkili olarak uygulanamaz.

başvurulması, hatta cezaların geçmişe etkili olarak uygulanması gündeme gelebilmektedir. Ceza hukuku araçlarının, hazırlık hareketleri için devreye sokulması dahi söz konusu olmaktadır.

Aydınlanma felsefesiyle gelişen modern ceza hukuku, sadece toplumu suçlulardan arındırmayı değil, toplumun özgürce varlığını sürdüreceği koşulları yaratmayı ve hatta toplumsal gelişmeye katkıda bulunmayı da hedeflemelidir. Ancak günümüzde, Feuerbach'ın suçta ve cezada kanunilik anlayışından hayli farklı bir şekilde, polis devleti araçları doğrudan ceza hukukuna dâhil edilmektedir.

Günümüz hukuk düzenlerinin güvenlik kaygısı, özgür toplum yapısına aykırı uygulamalara meylederek “tek tip vatandaş” yaratma çabasını faş etmektedir. Bunun nedeni olarak, toplumsal açıdan risk taşıyan ve tehlike içeren “olası” fiil ve faillerin önlenmesi gösterilebilir. Adli kolluğun, olası bir suç fiili sonucunda ortaya çıkabilecek zararları aşan önlemler alması, yaygınlaşma eğilimi taşımaktadır. Örneğin ABD’de hiçbir mahkemenin, “suyla işkence etme” şeklinde bir cezaya hükmetmesi mümkün değilken, yürütme organına bağlı kurumların -örneğin adli kolluk- bir yargı kararı olmaksızın bir soruşturma yöntemi olarak bu tekniği uygulaması mümkündür.⁵⁵⁷ Ayrıca ABD’nin Küba’daki Guantanamo hapisanesinde *habeas corpus*’u ortadan kaldıran, adil yargılanma hakkını ihlal eden, hatta işkenceye varan uygulamalarının varlığı bir sır değildir.⁵⁵⁸ Çin’in, Sincan Uygur Özerk Bölgesi’nde (Doğu Türkistan) “kültür ve eğitim” amaçlı olduğu iddiasıyla yaklaşık bir milyon Uygur’u toplama kamplarına alması ve yine aynı bölgede yüz tanıma sistemi içeren ileri gözetim araçlarının yaygın hale gelmesi⁵⁵⁹, modern ceza hukuku araçlarının vardığı nokta açısından hayli düşündürücüdür. Günümüzde bir yandan suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacak derecede teknolojik ve dijital gözetim araçları artmaktayken, öte yandan geleneksel gözetim araçları da göze çarpmaktadır. Bu bağlamda, Benhtam’ın tasarladığı *Panopticon* tarzı cezaevinin bir örneğinin İsviçre Lenzburg’da hâlâ mevcut olması⁵⁶⁰, modern ceza hukuku anlayışındaki ayıplardan biri olarak kabul edilmelidir.

⁵⁵⁷ Dripps, **a.g.m.**, s. 419.

⁵⁵⁸ Öktem, **a.g.e.**, s. 142.

⁵⁵⁹ “Eradicating Ideological Viruses: China’s Campaign of Repression Against Xinjiang’s Muslims”, (Çevrimiçi) <https://www.hrw.org/report/2018/09/09/eradicating-ideological-viruses/chinas-campaign-repression-against-xinjiangs>, Erişim Tarihi: 14.12.2018.

⁵⁶⁰ Bkz. (Çevrimiçi)

Günümüzde ceza hukukunun amaç ve hedefleri arasında, zaten hüküm giymiş faillerin sonradan yol açabileceği “olası” tehlikelere karşı toplumu korumanın yer alması düşündürücüdür. Bu durum, Aydınlanma Çağı’ndaki felsefi hareketlerle şekillenen ve gelişen modern cezalandırma anlayışından sapıldığı sonucunu doğurmaktadır. Bahsi geçen tüm bu olumsuz ceza politikaları, günümüz demokratik toplumlarındaki farklılıkların ve zenginliklerin “ölümü” sonucunu doğurmaya matuftur. Şüphesiz ki ceza hukuku, çağın yenilikleri ve günümüz toplumlarının ihtiyaçlarına göre yeni reform süreçlerinden geçebilir. Ancak günümüzde mevcut suç fiilinin, failin gelecekteki olası tehlikeliğine yönelik bir belirti ya da işaret olarak görülmesi anlayışı yaygınlaşmaktadır. Bu durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması, hatta ilkedен ciddi olarak sapılması olarak değerlendirilmelidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması, daha münferit bir durum ortaya çıkarmaktayken ilkedен sapma ise, hukuk sistemi içinde yerleşik ve olağan hale gelen, yaygınlaşan, sıradanlaşan, kanıksanan ve telafisi güç durumlara yol açmaktadır.

Toplumda yaşayan bireyleri, potansiyel hukuk ihlalcisi ya da doğuştan suçlu olarak görmek, yaftalama, fişleme ya da damgalama anlamına gelmektedir. Zira damgalama teorisine göre, suç, toplumda yerleşik ahlak normları ve davranış kurallarından sapma⁵⁶¹ olup suç işleyen birey aslında ahlaksızdır ve bu nedenle suçla mücadele eden organlarca mimlenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü suç işleyen birey, ahlaksız bir fiili işlediği ve yeniden işleyebileceği için o bireye, toplumdaki diğer bireylerden farklı olduğunun hissettirilmesi meşru hale gelmektedir. Ancak bu durumda, suç işleyen birey, cezasını çekse dahi toplum tarafından kabul görmeyeceği için damgalama, cezadan daha derin bir etki yaratmaktadır.⁵⁶² Bu yöndeki görüş ve uygulamaların doğurabileceği en büyük olumsuz sonuç, terör olayları ve güvenlik endişesiyle ya da malvarlığı suçları ve cinsel suçlar bakımından toplumsal barış ve esenlik için potansiyel tehdit olarak görülen kişilerin düşmanlaştırılması ve dolayısıyla düşman ceza hukuku⁵⁶³

https://www.ag.ch/de/dvi/strafverfolgung_strafvollzug/jva_lenzburg/jva_lenzburg.jsp, Erişim Tarihi: 28.03.2019.

⁵⁶¹ Hasan Dursun, “Damgalama Teorisi ve Suç”, **TBB Dergisi**, S. 3-4, 1997, s. 310.

⁵⁶² Işıқтаç, Koloş, **a.g.e.**, s. 217.

⁵⁶³ Düşman ceza hukuku kavramı, ilk kez 1985 yılında Alman hukukçu Günther Jakobs tarafından ileri sürülmüştür. Jakobs’a göre, cezası sona erdikten sonra bir failin, kural olarak hukuk kurallarına

anlayışıyla sistemin dışına atılmasıdır. Böylesi bir durum, günümüz ceza hukukunda yeri olmayan bir ceza türü olarak sürgün cezasının, adeta “çağdaş” bir sürümü gibidir.

Potansiyel hukuk ihlalcisi ya da doğuştan suçlu yaklaşımı, ceza kanunlarında öngörülmekey keyfi ve ağır cezaların uygulanması, infaz kanunlarında öngörülmekey düzenlemelere gidilmesi (örneğin süresiz, sınırsız ya da belirsiz bir yerde infaz) hatta vatandaşlıktan çıkarma şeklinde tezahür edebilmektedir. Böylece cezalar, fiilin nedenine bağılı olmaktan ziyade devletin karşı tepkide bulunmasının bahanesi haline gelmektedir. Bu durum, cezanın infazı bakımındansa, hükümlüler üzerinde sürekli bir baskı yaratmaktadır.

Damgalama teorisinin bir diğery olumsuz sonucu da, suç, ahlaka aykırılıkla ilişkilendirmekle yetinmesidir. Çünkü suç teşkil eden bir fiilin arkasında yüksek bir ahlaki motif de pekâlâ bulunabilir. Suç ve ceza siyasetinde damgalama anlayışı, çığ düşme tehlikesi nedeniyle bütün bir otoyolun kapatılmasından ya da deprem riski nedeniyle hiçbir kapalı mekânda bulunmamaktan farksızdır. Sırf suç işleme riski ya da tehlikesi nedeniyle bireyleri potansiyel suçlu ilân etmek, Aydınlanma değerylerlerinin heba edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olan uygulamalara cevaz verilmesi riskini barındırmaktadır. Toplumsal huzur ve güvenliğı sağılamak, polisin görev ve sorumluluğundadır; ceza hukuku araçlarının bu alana dâhil edilmesi yanlıştır.

Şüphesiz ki kanunu bilmemek mazeret sayılamaz. Öte yandan ceza hukuku, yasaklı olduğunu bilmedikleri davranışlarından ötürü vatandaşları cezalandırmak için tabir-i caizse “pusu kurmamalıdır” ya da onları hazırlıksız yakalamamalıdır. Aksi

uygun davranması beklenir. Bir failin, daha önce suç işleyerek bir hukuk ihlalinde bulunmuş olması, cezasını çektikten sonra da hep bu yönde davranacağı şeklinde ele alınamaz. Dolayısıyla fail, bir suç işlese de ve bir yaptırıma tâbi tutulsa da hâlâ toplumun bir üyesidir, vatandaş statüsündedir. Bu nedenle bu faile uygulanan ceza hukuku, vatandaş ceza hukuku olarak adlandırılır. Ancak suçunun cezasını çekse bile hukuk kurallarını yeniden ihlal eden failler, artık toplumsal açıdan tehlikeli hale gelmiştir. Dolayısıyla onlarla etkin bir şekilde mücadele edilmeli, hatta fiziksel olarak toplumdan tecrit dahi edilmelidir. Bu kişilere uygulanacak olan ceza hukuku, düşman ceza hukukudur. Dolayısıyla bu kişiler, artık toplumun bir üyesi olarak düşünülemez, vatandaş statüsünde olamaz. Düşman ceza hukuku kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günther Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008, s. 489-506; Günther Jakobs, “Düşman Ceza Hukuku? - Hukukîliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008, s. 507-526.

takdirde kanunlara uyulup uyulmadığını sağlayacak olan bir sosyal ortamı tesis etme fırsatı heba edilebilir. Toplumsal barış ve güvenliğin sağlanmasında ilk olarak ceza hukuku araçları tercih edilmemelidir. Şüphesiz somut güvenlik önlemleri, devletlere maddi külfet getirecektir. Ancak devletlerin bu konuda daha fazla para harcaması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve aynı zamanda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmemesi için ödenmesi gereken bir bedeldir. Aksi takdirde vatandaşların ceza kanunlarına -hatta genel anlamda hukuk düzenine- olan saygısı zedelenecek ve böylece kanunların sosyal düzeni sağlama rolü ortadan kalkabilecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilen bir başka husus, açık, beyaz, kör ya da çerçeve norm (*Blankettnorm*, *Norma penale in bianco*) adı verilen norm türüdür. Bu norm türü, ceza hukukuna hasredilen ilke ve uygulamaların idare hukukunun bünyesine dâhil edilmesidir. Buna göre, kanun koyucu, idarenin, yapacağı düzenleyici işlemle (örneğin yönetmelikle) suçu belirlemesine, diğer bir ifadeyle kanunu doldurmasına izin vermekte ancak suçun cezasını kendisi belirtmekte, düzenlenecek konuları gösterip yasaklanacak fiillerin neler olacağı hususunu idareye bırakmaktadır.⁵⁶⁴ Böylece çerçeve norm uygulamasıyla, cezada kanunilik ilkesi korunmakta ancak suçta kanunilik ilkesine bağlı kalınmamaktadır.

Çerçeve norma ihtiyaç duyulmasının nedeni olarak, günümüz kamu idaresinde, acele karar alınmasını gerektiren ve hız kazanmaya yönelik durumlar gösterilebilir. Bu durumda, kanun koyucunun çizdiği kanuni çerçeve, idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabilmektedir. Ancak acele karar alınması gereken durumlar, öncelikle hukuku değil, kamu idaresini ilgilendiren bir husustur. Çerçeve norm, yasama organının tekelinde olması gereken kanun koyma yetkisinin, yürütme organına da verilmesi anlamına geldiği için Anayasanın 7. maddesinde düzenlenmiş olan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmakta, bir diğer deyişle “yetki gaspı” sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla idare, normu dolduran bir işlev taşımanın ötesine geçerek norm koymaktadır. Hâlbuki hiçbir kimse ya da organın, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmasının mümkün olmadığı yönündeki Anayasanın 6. maddesi hükmü dikkate alındığında, çerçeve

⁵⁶⁴ Baytaç, **a.g.e.**, s. 106-107; Çerçeve normların ceza hukukundaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 185-201.

normun, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu da sekteye uğrattığını iddia etmek yanlış olmayacaktır. Öte yandan çerçeve normların, kanunilik ilkesini dolanmak anlamına geldiği ve Anayasada suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. maddeyi ihlal ettiği görüşü de mevcuttur.⁵⁶⁵

Ceza hukuku alanındaki genişleme, hâkimlerin takdir yetkisini artırıcı yönde olumsuz bir sonuç doğurmaktadır. Buna bağlı olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de aşınmaktadır. Çünkü yetkililer, öngördükleri suç ve ceza politikasıyla uyumlu olması için farklı gruplara mensup bireyleri, kanuni düzenlemede bulunmaksızın korkutabilir.⁵⁶⁶ Nitekim Anglosakson hukuk sistemine mensup olan ülkelerde, kanun koyucunun yaptırıma bağlamadığı fiillerin, hâkimler tarafından yaptırıma bağlanması mümkün olabilmektedir. Böylesi mahkeme kararları, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali sayılmalıdır. Zira bu ihlalin sonuçları, cezanın infazına geçildiğinde de devam etmektedir. Suç sayılan fiili gerçekleştiren bireyin, ağır yaptırımlarla (uzun süreli ya da ömür boyu hapis cezası ya da yüksek miktarda para cezası) karşılaşma tehlikesi bulunmaktadır. Cezaların, bireyler üzerinde maddi ve manevi anlamda derin etkiler bıraktığı gerçeğinin yadsınması, Aydınlanma değerleriyle çelişmektedir.

Modern ceza hukukunda genişletici yorum, yorum türlerinden biridir ve kural olarak yasak değildir. Ancak ceza normlarının sürekli genişletilerek yorumlanması, suçta ve cezada kanunilik ilkesini aşındıracaktır. Genişletici yorum, kendilerini her hal ve şartta kanunlara riayet eden vatandaşlar olarak gören bireyleri, “suç işleme potansiyeli” olan “olağan şüpheliler” haline getirme riski taşımaktadır. Faydacı ceza anlayışına göre, genişletici yorum, tehlikeli bireylerin kontrol edilebilmesi için elverişli bir araçtır. Böylesi bir durumda, bireyler, takdir yetkisini haiz hâkimlerin insafına terk edilmiş olacaktır. Genişletici yorum, sadece güvenlik odaklı ceza siyasetinden kaynaklanmayabilir. Küçük suçlar ya da yurtdışında işlenen suçlar için takdir yetkisinin daha geniş kullanılması da söz konusu olmaktadır. Genişletici

⁵⁶⁵ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 69; Anayasanın 38. maddesinin yanı sıra Anayasanın 91. maddesi uyarınca, kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza ihdas edilememesi karşısında hiyerarşik olarak daha alt norm türü olan çerçeve norm ile suç ve ceza yaratılmasının da suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 120-121; Artuk, **a.g.m.**, s. 52.

⁵⁶⁶ Douglas Husak, “Overcriminalization”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 624-625.

yorum için dikkate alınması gereken objektif kriterlerin saptanması kolay görünmemektedir.

Suçların ve cezaların kanunla düzenlenmesi şüphesiz hukuk güvenliği için elzemdir. Ancak bu durum, kanun koyucunun, sırf usulüne uygun olarak kanun çıkarma gerekliliğine dayanarak keyfi biçimde her fiili suç sayması ve yaptırıma tâbi kılması anlamına gelmemelidir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesini sekteye uğratmaya matuf böylesi bir durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin amaçlarından biri olan siyasi iktidarın keyfi düzenlemelerini önleme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Modern ceza hukukunda özgürlükleri korumak kural, sınırlandırmak ise istisnadır.

Bir diğer tartışmalı alan da, uluslararası toplumun, adaleti yok sayan hukuk düzenleriyle karşı karşıya kalınması durumunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden taviz verilip verilmeyeceği ya da ne dereceye kadar taviz verileceğine ilişkindir. Soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu bakımından, mahkemelerin geriye yürümezlik ilkesine istisna getirerek emsal teşkil edecek kararlar vermesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması değil, bizatihi geçiş dönemi adaletinin sağlanması için zorunlu bir adımdır. Suça bulaşmış rejimlerdeki resmi görevlilerin bireysel ceza sorumluluğu tespit edilirken dar anlamda uluslararası ceza hukuku kurallarına evrensel geçerlilik tanımak gerekir.⁵⁶⁷ Ancak burada önemli olan husus, yargılamaları yapacak olan uluslararası ceza mahkemelerinin tarafsız olması ve doğal hâkim ilkesine uyulmasıdır.

Kanunda yaptırıma tâbi tutulan bir fiili işlemiş, hukuka uygun bir soruşturma ve kovuşturma süreci geçirmiş, suçun maddi unsuru (*actus reus*) ve manevi unsuru (*mens rea*) arasında ilişki kurularak suçluluğu sabit görülmüş bir faile, mağdura yaptığı kötülük ve kamu menfaatine verdiği zarar nedeniyle kanunda öngörülen bir ceza verilmesi gerekir.⁵⁶⁸ Ceza adaletinin bu tipik işleyişindeki aksaklık ya da ihlaller, suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyecektir. Bir hukuk devletinin, suçta ve cezada kanunilik, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerini içermesi

⁵⁶⁷ Dar anlamda uluslararası ceza hukuku kuralları sayesinde uluslararası hukuktaki dört suç türü için bireysel ceza sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu suçlar, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur. (Erözden, **a.g.e.**, s. 32.)

⁵⁶⁸ Agtaş, **a.g.e.**, s. 96.

elzemdir. Zira hukuk devleti, vatandaşların kendilerini politik ve felsefi olarak özgürce ifade edebilmelerini temin etmelidir. Aksi takdirde vatandaşların devlete güven duymaları, temel hak ve özgürlüklerden faydalanmaları mümkün olmayacaktır. Böylesi bir durumun, insanlığın Aydınlanma Çağı'ndan beri süregelen ilerlemesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.



SONUÇ

Modern hukuk tarihi, hukukun gelişimini eleştirel olarak inceler ve soru ve sorunları hukuki teorilere dayandırır. Hukuk felsefesi, bir yandan hukuk teorilerini ele alırken, diğer yandan da hukukun meşruiyet sorunlarını tartışır. Günümüzde hukuk felsefesi, hukuk teorileri bakımından sırtını felsefeye, pozitif hukuk normları bakımından da hukukun kendisine yaslamaktadır.⁵⁶⁹ Hukukun tarihsel gelişimi içinde ceza hukuku da eleştirel bir incelemeye tâbi olduğuna göre, ceza hukukuna ilişkin kavram ve kurallar da hukuk felsefesinin süzgecinden pekâlâ geçmelidir.

Günümüz toplumlarının karmaşık ceza hukuku sorunlarının çözümünde ceza hukuku felsefesine düşen görev, Aydınlanma değerlerini günümüze uyarlayarak ceza hukukunun biçimlendirilmesi için doğru ve çağdaş bir öneri sunmak olmalıdır. Adalet, insan haklarına ve insan onuruna dayanan, suçta ve cezada kanunilik ilkesi başta olmak üzere güvence fonksiyonları içeren, temel hak ve özgürlükleri gözetten ceza normlarının belirlenmesinde kanun koyucuya, hâkimlere ve nihayet tüm topluma yol göstermesi bakımından hukuk felsefesinin bir pusula görevi gördüğü ortadadır.

Bir birey olarak her insanın yaşamı biricik olduğunu göre, her bireyin kendi hayatını gerçekleştirmesi konusunda ceza hukuku, zorlaştırmacı değil, hak ve özgürlükleri gözetten kolaylaştırıcı bir görev üstlenmelidir. Aydınlanma Çağı'nın, otonom bireyi ve akli merkeze aldığı düşünüldüğünde, ceza hukukunun güvence fonksiyonu olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için vazgeçilmez önemde olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmada, Aydınlanma felsefesinde seküler, rasyonel ve insancıl bir ceza hukuku anlayışının ortaya konması için hangi süreçlerden geçildiği ve Aydınlanma

⁵⁶⁹ Winfried Hassamer, "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik –am Beispiel des Strafrechts", **Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland Heute: Beiträge zur Standortbestimmung**, Ed. Robert Alexy, Ralf Dreier, Ulfrid Neumann, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991, s. 131.

düşünürlerinin modern ceza hukukuna hangi düşünsel katkılarda bulunduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Tarihsel süreç içinde, intikam (öç) alma, kısas, kefare, genel ve özel önleme (caydırıcılık), rehabilitasyon (ıslah etme) şeklinde gelişen cezalandırmanın amaçlarına yönelik Aydınlanma düşünürlerinin bakış açıları irdelenmiştir. Son olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, neden Aydınlanma Çağı'nda doğduğu ve ilkenin günümüz modern ceza hukukunu nasıl etkilediği ortaya konmuştur. Dönemsel olarak Aydınlanma Çağı'nın esas alınmasının nedeni, modern ceza hukukunun temelini Aydınlanma Çağı'na dayanmasıdır.

Şüphesiz ki Aydınlanma Çağı'nda özellikle Kant'ın felsefesiyle birlikte aklın kuvvetli bir biçimde öne çıkarıldığını müşahade etmek mümkündür. Bu dönemde ceza kanunlarındaki dinsel motif terk edilmiş, seküler ve ölçülü cezalar düzenlenmeye başlamıştır. İlahi öcün yerini kamusal öç almıştır. 18. Yüzyılın düşünsel birikimi sayesinde Feuerbach, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ilk kez ortaya koyan düşünür olmuştur. Feuerbach, ilk bakışta bir Kant “tarafı” olarak ele alınabilse de, özgün görüşler ileri sürmüştür. Aydınlanma felsefesi, bireyin otonomisine sıkı sıkıya bağlılıkla karakterize edildiği için temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınmasında suçta ve cezada kanunilik ilkesi anahtar bir işleve sahip olmuştur.

19. Yüzyılın sonlarına doğru katı ceza kanunları adeta tasfiye olmuştur. Bunun nedeni, ceza kanunlarının ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde düzenlenmesinin, suçla etkin olarak mücadele etmede yetersiz ve etkisiz kalmış olmasıdır. Öte yandan, faydacı düşünce dalgası, ceza hukukuna farklı bir açılım sunmuştur. Buna bağlı olarak, ceza kanunlarında katı bir şekilde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi yumuşatılmış, esnetilmiştir. Bu sayede, en azından, amaca uygun olmayan ve elverişsiz cezaların ortadan kalkması sağlanmıştır.

19. Yüzyılın sonlarına doğru başlayan ve 20. yüzyılda yaygınlaşıp sistematik hale gelen ceza hukuku anlayışı, temel hak ve özgürlükleri öncelerken, 20. yüzyılın sonu ve nihayet 21. yüzyılda daha sert ve güvenlikçi bir ceza hukuku anlayışı geliştirilmiştir. Ceza hukuku felsefesinin dönüşümü hususunda, II. Dünya Savaşı'nın acı ve yıkım getiren gerçekleri büyük rol oynamıştır. Adaletin bile isteye ortadan kaldırıldığı hukuk düzenlerine yol açan/göz yuman faillerin cezasız kalması, hem

ulusal hem uluslararası toplumun ağır bir haksızlıkla yaşamak zorunda bırakılması anlamına geleceğinden, geçiş dönemi adaletinin tesisi için ceza kanunları geçmişe etkili olarak -sınırları ve amaçları belli olacak şekilde- uygulanmıştır. Bu durum ise, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yönünde ciddi tartışmaların doğmasına neden olmuştur.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra yeni bir dünya düzeni kurulurken hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, hukuk güvenliği kavramları tekrar “hatırlanmak” zorunda kalmıştır. Bu bağlamda, modern hukuk devletinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesini feda edemeyeceği gerçeği tüm çıplaklığıyla açığa çıkmıştır. Modern hukuk devleti, sadece kuşkuyla yer bırakmayacak nitelikte kurallar koyup bu kurallara uymayanları cezalandıran devlet değildir; koyduğu kurallara öncelikle kendisi uyan, şeffaf, hesap veren, yargısal denetime açık olan devlettir. Modern hukuk devleti, her alanda adaleti gözetmeli, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü esas almalı, bütün iş ve işlemlerini Anayasa, kanunlar, uluslararası sözleşmeler ve evrensel hukuk kurallarına göre gerçekleştirmeli, yerinde saymayıp kurduğu düzeni bu çerçevede geliştirmelidir. Aynı zamanda modern hukuk devleti, bireyi ceza hukuku aracılığıyla koruduğu gibi ceza hukukuna karşı da korumalıdır.

Ancak 20. yüzyılın sonlarına doğru ve 21. yüzyılda birçok devletin ceza hukuku anlayışında, cezalandırmanın son çare olması ilkesinin (*ultima ratio*) yerine, bazen fırsatçı ve sıkça da müdahaleci ceza siyaseti üretildiği ve hukuki denetimden kaçılarak polis devleti anlayışının ceza hukukuyla sıkı bir ilişki içine sokulduğu görülmektedir. Günümüzde bu durumun, adeta bir domino etkisiyle dalga dalga yayıldığını söylemek abartılı olmayacaktır. Son yıllarda karşılaşılan terör olayları ve büyük göç dalgası, uluslararası toplumu hazırlıksız yakalamıştır. Nasıl baş edileceğinin bilinemediği bu süreç, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aşındırılması sonucunu doğuran uygulamalara kapı açmıştır.

Cezalandırmaya ilişkin felsefi yaklaşım, “cezanın meşruluğu” sorununu her daim gündeme getirmiştir. Cezalandırmayı meşru kılanın ne olduğu sorusu, açıktır ki cezaların gerekçelendirilmesi gerekliliğini ön plana çıkarmaktadır. Bu soru, günümüzde de önemini korumaktadır. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin korunması ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi başta olmak üzere hukuk güvenliğini temin eden

ilkeler, geçmişte olduğu kadar bugün de önemlidir, yarın da önemli olmaya devam edecektir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zedelenmemesi için cezaların kapsamı, türü, şiddeti, süresi gibi birçok hususun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. İnsan onurunun korunmasında, işkencenin yasaklanmasında, dar anlamda uluslararası ceza hukuku suçlarının önlenmesinde, Aydınlanma felsefesi ve Aydınlanma Çağı'nda gelişmeye başlayan insancıl ceza hukuku anlayışı esas alınmalıdır. Günümüz modern hukuk devletlerinde Aydınlanma kazanımlarından taviz verilmemelidir. Ceza hukuku alanında bu kazanımların en önemlilerinden biri olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi de, hangi nedenle olursa olsun aşındırılmamalı ya da ihlal edilmemelidir.

“Sürat”in her alanda egemen olduğu çağımızda, yeni suç türleri oluşturabilecek fiillerin ortaya çıkması ya da suçluların, ceza kanunlarına karşı hile yapması, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gerekli olmadığı kanısını uyandırmıştır. Suç ve suçluluğa ilişkin sorunların artmasına bağlı olarak, zaman içinde ceza kanunlarının özel kısımlarının kaldırılarak hâkimlerin takdir yetkisinin artacağı ve hâkimlerin “sosyal bir doktor” olarak suçluları serbestçe tedavi edecekleri dahi iddia edilmektedir.⁵⁷⁰ Hâlbuki ceza hukuku alanında ortaya çıkan sorunlar, insanlığın Aydınlanma Çağı sayesinde elde ettiği birikim ve ilerleme sayesinde aşılabılır. Birtakım sorunların varlığı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden vazgeçmeyi gerektirmemektedir.

Günümüzün suç ve ceza siyaseti, öngörülebilir olmaktan uzaktır. Dolayısıyla ceza hukuku felsefesinin temelinde yatan ilke ve kurumlar, yeniden yorumlanmaya muhtaç hale gelmektedir. Şüphesiz ki hukuk, olgusal nitelikte olması hasebiyle toplumlar tarafından şekillendirilir ama aynı zamanda toplumları da şekillendirir. Bu gerçeklik, ceza hukukuna ilişkin başat sorunların çözümünde temel ilke ve kurumların sorgulanması sonucunu da doğurmaktadır. Bu sorunsal, modern ceza hukukunun sil baştan düzenlenmesi gibi belirsiz ve abartılı bir taleple giderilemeyecektir. Bu bağlamda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden feragat edilmesi de düşünülemez. Çünkü Aydınlanma Çağı'ndan önce temeli atılan ancak bu dönemde kökleşen ve kurumsallaşan birçok kavram ve ilke, evrensel hukuk kuralı haline gelmiştir. Ayrıca temel hak ve özgürlükler, yeryüzündeki bütün bireyler için vazgeçilemez, devredilemez ve ertelenemez nitelikte olup hukuk devletinin esasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla devletin keyfilliğini önlemek ve hukuk güvenliğini

⁵⁷⁰ Bekri, **a.g.e.**, s. 17.

garanti altına almak için suçta ve cezada kanunilik ilkesinin “normatif mevcudiyeti” kaçınılmazdır.

Aydınlanma felsefesiyle şekillenen yaklaşım, insan haklarına ilişkin uluslararası hukuki belgelerle de güvence altına alınmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin her ihlali, temel hak ve özgürlüklerin hukuki değerini adım adım azaltmaya yönelik olacaktır. Güvenlikçi politikaların, bu süreci hızlandırdığını iddia etmek ve uluslararası hukuki belgelerin değerini azalttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu politikalar, genel bir insan hakları ilkesi haline gelmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zaman içinde ortadan kalkması tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır.

Hâlbuki Kant’ın bilme cüreti gösteren bireyi, Beccaria’nın insancıl ceza hukuku anlayışı, Feuerbach’ın sistematik ve bütüncül yaklaşımı, günümüz modern ceza hukukunun vazgeçilmez bir rehberi olmalıdır. Şüphesiz ki Aydınlanma düşünürlerinin ceza hukukuna ilişkin görüşleri, eleştirilmeye ve geliştirilmeye açıktır. Nitekim bu eleştiriler, Aydınlanma yüzyılında dahi ortaya konmuştur. Hatta bazı görüşlerin, günümüzde geçerliliğini yitirdiği de iddia edilebilir. Ancak Aydınlanma felsefesinin inşa ettiği temel yıkılmamalıdır. Dolayısıyla Aydınlanma Çağı’nın düşünsel birikim ve kazanımlarından biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine “sıkı sıkıya sarılmak”, hukuka tutucu bir biçimde yaklaşmak olarak görülmemelidir.

KAYNAKÇA

AGTAŞ Özkan, **Ceza ve Adalet**, İstanbul: Metis Yayınları, 2013.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, ÇULHA ZABCI Filiz, ERGÜN Reyda, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, 3. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2017.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, KÖKER Levent, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 5. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2018.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, KÖKER Levent, **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, 6. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2013.

AKAL Cemal Bâli, **İktidarın Üç Yüzü**, 6. bs., Ankara: Dost Yayınevi, 2013.

AKAL Cemal Bâli, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, 7. bs., Ankara: Dost Yayınevi, 2016.

AKAL Cemal Bâli, “Spinoza ve *Teolojik-Politik İnceleme* Hukukun Neresindeler?”, **Spinoza Günleri: Teolojik-Politik İnceleme Etrafında**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 1-7.

AKIL Abdülkadir, “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 385-423.

AKIN Haydar, **Ortaçağ Avrupası’nda Cadılar ve Cadı Avı**, 3. bs., Ankara: Phoenix Yayınevi, 2015.

AKIN İlhan F., **Kamu Hukuku**, 7. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 1993.

AKKAYA KİA Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, 2. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.

AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, S. 112, 2014, s. 93-106.

AKTAŞ Sururi, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, **EÜHFD**, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 1-25.

ALACAKAPTAN Uğur, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958.

ARAL Vecdi, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.

ARTUK Mehmet Emin, “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 39-59.

ATALAY Ahmet Halûk, **Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648**, İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997.

AYBAY Aydın, AYBAY Rona, PEHLİVAN Ali, **Hukuka Giriş**, 14. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018.

AYDIN Devrim, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. VI, S. 15, 2011, s. 47-57.

AYGÜN EŞİTLİ Ezgi, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, S. 104, 2013, s. 225-246.

BARDEN Garrett, “Legality”, **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, C. II, Ed. Christopher Berry Gray, New York & Londra: Garland Publishing, 1999, s. 489-491.

BAYTAZ Abdullah Batuhan, **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

BECCARIA Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 7. bs., Ankara: İmge Kitabevi, 2018.

BEISER Frederick, “Fichte and the French Revolution”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 38-64.

BEKRİ M. Nedim, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010.

BENTHAM Jeremy, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000.

BENTHAM Jeremy, **The Works of Jeremy Bentham Volume I**, London: Simpkin, Marshall & Co., 1843.

BENTHAM Jeremy, **The Works of Jeremy Bentham Volume V**, London: Simpkin, Marshall & Co., 1843.

BENTHAM Jeremy, **Yasamanın İlkeleri**, Çev. Barkın Asal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

BENTHAM Jeremy, PEASE-WATKIN Catherine, WERRET Simon, ÇOBAN Barış, ÖZARSLAN Zeynep, **Panoptikon Gözün İktidarı**, Ed. ve Çev. Barış Çoban, Zeynep Özarslan, 2. bs., İstanbul: Su Yayınevi, 2016.

BERNSTORFF Christoph Graf Von, **Einführung in das englische Recht**, 5. bs., München: C.H.Beck Verlag, 2018.

BEZCİ Bünyamin, “Kant ve Hegel’in Felsefesindeki Etik Anlayışı”, **Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. V, S. 9, 2005, s. 49-61.

BINDER Guyora, “Foundations of the Legislative Panopticon: Bentham’s Principles of Morals and Legislation”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 79-99.

BIRNBAUM Johann Michael Franz, “Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, Having Particular Regard to the Concept of an Affront to Honour”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, Çev. Raymond Youngs, New York: Oxford University Press, 2014, s. 389-405.

BLACKSTONE William, **Commentaries on the Laws of England Book I: Of The Rights of Persons**, Oxford: Oxford University Press, 2016.

BOSTANCI Gülşah, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.

BROOKS Thom, “Kantian Punishment and Retributivism: A Reply To Clark”, **Ratio**, Ed. David S. Oderberg, C. XVIII, S. 2, 2005, s. 237-245.

BRUDNER Alan, “The Contraction of Crime in Hegel’s Rechtsphilosophie”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 141-162.

BUHR M., SCHRODER W., BARCK K., **Aydınlanma Felsefesi**, Çev. Veysel Atayman, İstanbul: Yenihayat Yayıncılık, 2003.

BUMİN Tülin, **Hegel Bilinç Problemi Köle-Efendi Diyalektiği Praksis Felsefesi**, 7. bs., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2019.

BYRD B. Sharon, HRUSCHKA Joachim, “Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat”, **Juristen Zeitung**, S. 20, 2007, s. 957-964.

CADOPPI Alberto, “Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law”, **University of Baltimore Journal of International Law**, C. III, S. 2, 2015, s. 3-29.

CAN Cahit, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2011.

CAN Cahit, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, 2. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012.

CAN Osman, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 89-125.

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. bs., İstanbul: Beta Yayınları, 2017.

CEVİZCİ Ahmet, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Say Yayınları, 2017.

CEVİZCİ Ahmet, **Felsefe Sözlüğü**, 3. bs., İstanbul: Paradigma Yayınları, 1999.

CLARK Roger S., “Crimes Against Humanity at Nuremberg”, Ed. George Ginsburg, Vladimir N. Kudriavtsev, **The Nuremberg Trial and International Law**, Boston: Martinus Nijhoff Publishing, 1990, s. 177-192.

ÇİĞDEM Ahmet, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Ağaç Yayınevi, 1993.

ÇİĞDEM Ahmet, **Aydınlanma Felsefesi**, İstanbul: Dedalus Yayınevi, 2017.

DAN-COHEN Meir, “Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 101-118.

DEL VECCHIO Giorgio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çev. Sahir Erman, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, t.y.

DIEMER Alwin, “Bilgi Kuramı”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 153-169.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I: Giriş-Tarihçe-Kaynaklar-TCK’nın Uygulanması**, 14. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2016.

DRIPPS Donald A., “The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law”, **Philosophical Foundations of Criminal Law**, Ed. R. A. Duff, Stuart P. Green, New York: Oxford University Press, 2011, s. 409-432.

DUBBER Markus D., “Grounding Criminal Law: Foundational Texts in Comparative-Historical Perspective”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 1-22.

DURSUN Hasan, “Damgalama Teorisi ve Suç”, **TBB Dergisi**, S. 3-4, 1997, s. 309-322.

DURSUN Hasan, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 33, 2017, s. 115-149.

ERÖZDEN Ozan, **Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi**, Ankara: Dost Yayınevi, 2017.

FETSCHER Iring, “Tarih Felsefesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 413-443.

FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter Von, **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts**, Giessen, 1801.

FEUERBACH Paul J. A. Ritter Von, “The Foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle”, **Journal of International Criminal Justice**, C. V, S. 4, 2007, s. 1005-1008.

FLETCHER George P., **Basic Concepts of Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER George P., “Punishment and Responsibility”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 504-512.

FOUCAULT Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 8. bs., Ankara: İmge Yayınevi, 2019.

GARNER Bryan A., **Black’s Law Dictionary**, 9. bs., ABD: West, 2009.

GEIS Gilbert, “Pioneers In Criminology VII. Jeremy Bentham (1748-1832)”, **The Journal of Criminal Law, Criminology, And Police Science**, C. XLVI, S. 2, 1955, s. 159-171.

GÖKBERK Macit, **Felsefe Tarihi**, 2. bs., Ankara: Remzi Kitabevi, 1993.

GÖKULU Gökhan, “Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi”, **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, S. 5, 2014, s. 629-650.

GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 17. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.

GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Seha L. Meray, İstanbul: Say Yayınları, 2011.

GÜNGÖREN Birden, “Der Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, Ed. Ali Cem Budak, C. IX, S. 2, 2012, s. 523-548.

GÜNGÖREN Birden, “Hegel’in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, C. II, 2011, s. 989-1001.

GÜNGÖREN Birden, “Leibniz ve Hukuk Tarihi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 2, 2011, s. 57-71.

GÜRBÜZ Ahmet, “Günümüz Batılı Politik Yaklaşımların Kökeni Olarak İngiliz Yararcılığı/Utilitarianism”, **İÜHFM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 133-172.

GÜRBÜZ Ahmet, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi**, 2. bs., İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

GÜRBÜZ Nagehan, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 13. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018.

GÜRKAN Ülker, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 9. bs., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.

GÜRKAN Ülker, “Montesquieu ve Kanunların Ruhu”, **AÜHFD**, C. XL, S. 1, 1988, s. 9-31.

HALL Jerome, “Nulla Poena Sine Lege”, **The Yale Law Journal**, C. XLVII, S. 2, 1937, s. 165-193.

HALLEVY Gabriel, **A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law**, Berlin-Heidelberg: Springer, 2010.

HANÇERLİOĞLU Orhan, **Düşünce Tarihi**, 20. bs., İstanbul: Remzi Kitabevi, 2015.

HASSAMER Winfried, “Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik –am Beispiel des Strafrechts”, **Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland Heute: Beiträge zur Standortbestimmung**, Ed. Robert Alexy, Ralf Dreier, Ulfrid Neumann, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991.

HASSAMER Winfried, RADTKE Henning, JAHN Matthias, JÄGER Christian, “Akademik Bakış: Modern Ceza Hukuku ve Anayasa İlişkisi”, Çev. İlker Tepe, Serkan Meraklı, Mustafa Oğlakçıoğlu, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. VI, S. 17, 2011, s. 204-219.

HEGEL G.W.F., **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, İstanbul: Sümer Yayıncılık, 2015.

HEPER Altan, “Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 27. Kitap**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, E. İrem Akı, Nadire Özdemir, 2016, s. 167-183.

HILGENDORF Eric, “İstismar Edilen İnsan Onuru (Biyotetik Tartışmaları Örneğinde İnsan Onuru Teması’nın Sorunları)”, Çev. Altan Heper, **Hukuk Köprüsü**, C. III, S. 4, 2013, s. 31-50.

HILGENDORF Eric, SEMINARA Sergio, **Strafrechtsphilosophie der Aufklärung**, Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

HİRŞ Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3. bs., Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2001.

HOBBES Thomas, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, 18. bs., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2018.

HÖRNLE Tatjana, “PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 119-140.

HUSAK Douglas, “Overcriminalization”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 621-631.

İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, 5. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.

İŞIKTAÇ Yasemin, “Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye’deki Yansımaları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 11. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2005, s. 138-154.

İŞIKTAÇ Yasemin, “Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye’de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi - Uygulama Esasları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 3. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 1996, s. 198-216.

İŞIKTAÇ Yasemin, KOLOŞ Umut, **Hukuk Sosyolojisi**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.

İŞIKTAÇ Yasemin, METİN Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, 5. bs., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

İLAL Ersan, “Magna Carta”, **İÜHFM**, C. XXXIV, S. 1-4, 1968, s. 210-242.

JAKOBS Günther, “Düşman Ceza Hukuku? - Hukukîliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008, s. 507-526.

JAKOBS Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008, s. 489-506.

KANGAL Zeynel T., “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 17, 2011, s. 61-106.

KANT Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, 6. bs., Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2015.

KANT Immanuel, “Aydınlanma Nedir?”, Çev. Atilla Yayla, **Liberal Düşünce**, C. X, S. 38-39, 2005, s. 225-230.

KANT Immanuel, **Philosophy of Law**, Çev. W. Hastie, Edinburgh: T&T Clark Publishing, 1887.

KANT Immanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı, 5. bs., Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2014.

KANT Immanuel, **The Metaphysics of Morals**, Çev. Mary Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KARAKAŞ Jale, “Hegel’in Hukuk Felsefesinin Temelleri ve Temeli Olduğu Hukuk Felsefesi”, **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 118, 2011, s. 1-34.

KARAKAŞ DOĞAN Fatma, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2010.

KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

KOLCU Selahattin, “Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, S. 76, 2016, s. 11-22.

KREß Claus, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ed. Rüdiger Wolfrum, C. VII, 2010, s. 889-899.

KRINGS H., BAUMGARTNER H. M., “Ek: Bilgi Kuramı Tarihçesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 193-246.

KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, **TBB Dergisi**, S. 113, 2014, s. 57-98.

LANGSTED Lars Bo, GARDE Peter, GREV Vagn, **Criminal Law in Denmark**, 4. bs., Hollanda: Wolters Kluwer, 2014.

LEIBNIZ Gottfried Wilhelm, **Monadoloji Metafizik Üzerine Konuşma**, Çev. Atakan Altınörs, İstanbul: Bilge Yayınevi, 2014.

LÉVI-STRAUSS Claude, **Hepimiz Yamyamız**, İstanbul: Metis Yayınevi, 2014.

LOCKE John, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme: Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Keşfi ve Yıkılışı**, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara: Kırılancık Yayınevi, 2007.

LOCKE John, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, Çev. Fahri Bakırcı, 2. bs., Ankara: Ebabil Yayınları, 2012.

LUIZZI Vincent, “Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin “Yeni Denge” Yaklaşımı”, Çev. Gülriz Uygur, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 10. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2004, s. 159-164.

MARGENAU Henry, “Doğa Felsefesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 247-278.

MARTIN Wayne M., “From Kant to Fichte”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 7-37.

MERLE Jean-Christophe, **German Idealism and the Concept of Punishment**, Çev. Joseph J. Kominkiewicz, New York: Cambridge University Press, 2009.

METİN Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.

METİN Sevtap, **Magna Carta ve Sened-i İttifaktan Bugüne**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

METİN Sevtap, “Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes’un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu”, **İÜHFM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 235-264.

METİN Sevtap, HEPER Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. bs., İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015.

MOKHTAR Aly, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects”, **Statute Law Review**, C. XXVI, S. 1, 2005, s. 41-55.

MONTESQUIEU, **İran Mektupları**, Çev. Berna Günen, 2. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhu Üzerine**, Çev. Berna Günen, 2. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

MUNDAY Roderick, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi”, Çev. Zeynel T. Kangal, **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 441-464.

O’CONNELL Eoin, “Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, And The Highest Good”, **The Southern Journal of Philosophy**, C. LII, S. 4, 2014, s. 477-495.

O’MALLEY Pat, VALVERDE Mariana, “Foucault, Criminal Law, and the Governmentalization of the State”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Ed. Markus D Dubber, New York: Oxford University Press, 2014, s. 317-333.

OZANSÜ Mehmet Cemil, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.

ÖKTEM A. Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. bs., İstanbul: Derin Yayınları, 2011.

ÖKTEM Niyazi, TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 7. bs., İstanbul: Der Yayınları, 2017.

ÖNOK R. Murat, **Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, **İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, 2. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, “John Locke’un Birey Anlayışının Felsefî Temelleri”, **İÜHFM**, C. LII, S. 1-4, 1987, s. 559-586.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

ÖZKURT Hülya, **Jeremy Bentham’ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.

PHILONENKO Alexis, “Fichte (1762-1814)”, Ed. Jacqueline Russ, Çev. İsmail Yerguz, **Felsefe Tarihi Cilt 3: Aklın Zaferi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2012, s. 123-132.

PINKARD Terry, **Hegel**, Çev. Mehmet Barış Albayrak, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012.

RADBRUCH Gustav, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi”, Çev. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 2. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: Afa Yayınları, 1995, s. 7-8.

RADBRUCH Gustav, “Ölüm Cezası”, Çev. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 5. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2002, s. 33-36.

RADBRUCH Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, Çev. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. XXVI, S. 1, 2006, s. 1-11.

RAHIMOV İlham, **Suç ve Ceza**, İstanbul: TBB Yayınları, 2014.

RAHIMOV İlham, **Suç ve Ceza Felsefesi**, Ankara: EkoAvrasya Yayınları, 2014.

RENZIKOWSKI Joachim, “Die Hart-Radbruch-Kontroverse – nur eine Frage der Kompetenz?”, **Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch**, Ed. Martin Borowski, Stanley L. Paulson, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s. 75-89.

RIPSTEIN Arthur, “Kantian Legal Philosophy”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 392-405.

ROBERTS Simon, **Düzen ve Kargaşa: Hukuk Antropolojisine Giriş**, Çev. A. Erkan Koca, Ankara: Birleşik Yayınevi, 2010.

ROUSSEAU Jean Jacques, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kökeni**, Çev. Ertuğ Ergün, Ankara: Yeryüzü Yayınevi, 2003.

ROUSSEAU Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 24. bs., İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019.

RÜPING Hinrich, JEROUSCHEK Günter, **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**, 4. bs., München: C.H. Beck, 2002.

SABINE George, **Siyasal Düşünceler Tarihi III: Yakın Çağ**, Çev. Özer Ozankaya, Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği Yayınları, 1969.

SADE Ümit, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

SOMEK Alexander, “German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, 2. bs., Ed. Dennis Patterson, West Sussex: Blackwell Publishing, 2010, s. 339-349.

SPINOZA, **Ethica**, Çev. Çiğdem Dürüşken, 5. bs., İstanbul: Alfa Yayınevi, 2017.

STEPHENS J.E.R., “İngiltere’de Jüri Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, **İÜHFİM - Ord. Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı**, C. LXXV, 2017, s. 837-848.

STRATENWERTH Günther, “Hukuk Felsefesi”, Çev. Doğan Özlem, **Günümüzde Felsefe Disiplinleri**, İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990, s. 399-411.

TAHİROĞLU Bülent, “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk-İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-I: “Türk ve Roma Hukukunun Güncel Sorunları” 06/07.06.2013 İstanbul/Türkiye**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 25-39.

TANİLLİ Server, **Voltaire ve Aydınlanma**, 6. bs., İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007.

TEBBIT Mark, **Philosophy of Law: An Introduction**, 2. bs., New York: Routledge, 2005.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Rifat Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 5. bs., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKDAR Oğuz, ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 7. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

TIKHONRAVOV Evgeny, “Nulla Poena Sine Lege in Continental Criminal Law: Historical and Theoretical Analysis”, **Criminal Law and Philosophy: An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment**, Ed. Douglas N. Husak, Michelle M. Dempsey, Matt Matravers, C. XIII, S. 2, 2019, s. 215-224.

TOPUZKANAMIŞ Engin, **Hukuk ve Disiplin Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları**, 2. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.

TOROSLU Haluk, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2010.

TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. bs., Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

TOSUN Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhinde Cereyan”, **İÜHFM**, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 41-61.

TUNÇAY Mete, **Batı Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Yakın Çağ**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

TURİNAY Faruk, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, “Descartes’in Üç Rüyası”, **İÜHFM**, C. LV, S. 4, 1997, s. 25-43.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, “Günümüzün Düşünsel Temeli ve Sorunu Olarak Yeniçağ’ın Bilgisel Dönüşümü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 2, 2005, s. 13-23.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, “Immanuel Kant’ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 2. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: Afa Yayınları, 1995, s. 71-80.

TÜRKOĞLU Halide Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. bs., Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 5. bs., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

UYGUN Oktay, **Hukuk Teorileri**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

ÜMİT Eylem, “Aydınlanma Çağı ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 17. Kitap**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2007, s. 137-147.

ÜNVER Yener, “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 15-34.

ÜSKÜL Zeynep Özlem, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Büke Yayıncılık, 2003.

ÜSKÜL Zeynep Özlem, “Ortaçağda Teologların Akılla Buluşmasının Bir Örneği: St. Thomas D’Aquin”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ed. Rona Serozan, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s. 759-784.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, **İÜHFM**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 201-218.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, **Ekolojik Kriz Etik ve Hukuk**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, “Yaşama Hakkının Felsefî Temelleri”, **İnsan Hakları Konferansları I-II: Türkiye’de İnsan Hakları Yaşam Hakkı**, Ed. Zafer Üskül, O. Serkan Gülfidan, İstanbul: Legal Yayınevi, 2013, s. 45-64.

ÜZÜLMEZ İlhan, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, s. 259-294.

VORMBAUM Thomas, **A Modern History of German Criminal Law**, Ed. Michael Bohlander, Çev. Margaret Hiley, Berlin: Springer, 2014.

WACKS Raymond, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, Çev. Engin Arıkan, 6. bs., İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015.

WARBURTON Nigel, **Felsefenin Kısa Tarihi**, Çev. Güçlü Ateşoğlu, 18. bs., İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2016.

WEIGEND Thomas, DANNECKER Gerhard, WERLE Gerhard, **Leipziger Kommentar Band 1 Einleitung §§ 1-31**, 12. bs., Berlin: De Gruyter, 2007.

WELLMAN Christopher Heath, “Piercing Sovereignty: A Rationale for International Jurisdiction Over Crimes that Do Not Cross International Borders”, **Philosophical Foundations of Criminal Law**, Ed. R. A. Duff, Stuart P. Green, New York: Oxford University Press, 2011, s. 461-480.

WOOD Allen W., “Fichte’s Philosophy of Right and Ethics”, **The Cambridge Companion to Fichte**, Ed. David James, Günter Zöller, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 168-198.

YARMALI Eyüp Sabri, ALP Selçuk, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011.

YILDIZ Elif Çağla, “Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2014.

YILDIZ Elif Çağla, “Jeremy Bentham’ın İdam Cezasına Yaklaşımı”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 27. Kitap**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, E. İrem Akı, Nadire Özdemir, 2016, s. 428-431.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 7. bs., Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

YÖRÜK Abdülhak Kemal, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, 2. bs., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1958.

Elektronik Kaynaklar

(Çevrimiçi)

https://www.ag.ch/de/dvi/strafverfolgung_strafvollzug/jva_lenzburg/jva_lenzburg.jsp, Erişim Tarihi: 28.03.2019.

(Çevrimiçi)

https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-v>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

(Çevrimiçi)

<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-i>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

(Çevrimiçi)

https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, Erişim Tarihi: 07.02.2019.

(Çevrimiçi)

<https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://www.oyez.org/cases/1789-1850/3us386>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

(Çevrimiçi)

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=164192>, Erişim Tarihi: 15.03.2019.

(Çevrimiçi)

<http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

(Çevrimiçi)

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2019.

Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü: Felsefe Terimleri Sözlüğü, (Çevrimiçi)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c97a2670a5934.46997710, Erişim Tarihi: 21.09.2018.

“Eradicating Ideological Viruses: China’s Campaign of Repression Against Xinjiang’s Muslims”, (Çevrimiçi)

<https://www.hrw.org/report/2018/09/09/eradicating-ideological-viruses/chinas-campaign-repression-against-xinjiangs>, Erişim Tarihi: 14.12.2018.

“Knüller v. Director of Public Prosecutions (DPP) [1973] AC. 435”, (Çevrimiçi) <https://www.lawteacher.net/cases/knuller-v-dpp.php>, Erişim Tarihi: 17.01.2019.

“Shaw v. Director of Public Prosecutions (DPP) [1962] AC 220”, (Çevrimiçi) <https://www.lawteacher.net/cases/shaw-v-dpp.php>, Erişim Tarihi: 17.01.2019.

“Woolmington v. Director of Public Prosecutions”, (Çevrimiçi) https://casebrief.fandom.com/wiki/Woolmington_v_Director_of_Public_Prosecution_s, Erişim Tarihi: 11.03.2019.

CRIMMINS James E., “Jeremy Bentham”, Ed. Edward N. Zalta, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Çevrimiçi) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/>, Erişim Tarihi: 10.10.2018.

TEPE İlker, “Winfried Hassamer’in Modern Ceza Hukuku Parametreleri Üzerine Küçük Bir Not”, (Çevrimiçi) <http://epetrekli.blogspot.com.tr/2013/10/winfried-hassemerin-modern-ceza-hukuku.html>, Erişim Tarihi: 12.09.2018.

ÖZGEÇMİŞ

Göktürk ÖCAL, 1986 yılında Antalya’da doğmuştur. Antalya Özel Abdülkadir Özkan Fen Lisesi’nden mezun olduktan sonra 2006 yılında Karadeniz Teknik Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi’nde başladığı eğitimini kendi isteğiyle bırakmıştır. 2010 yılında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde burslu olarak başladığı lisans eğitimini 2015 yılında tamamlamıştır. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı’nda yüksek lisans eğitimine başlamıştır. 2016 yılında İstanbul Barosu’ndaki staj eğitimini tamamlayarak avukatlık mesleğine hak kazanmıştır. Aynı yıl Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak başladığı görevinden 2018 yılında kendi isteğiyle ayrılmıştır. Aynı yıl Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak göreve başlamıştır. YÖK’ün hamî üniversiteler uygulaması gereği, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı’na yatay geçiş yapmıştır. Yine aynı uygulama gereği, araştırma görevlisi olarak kadro tahsisi yapılan Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı’ndaki görevine halen devam etmektedir.

Yayınlar

1- Ulusal Hakemli Dergilerde Yayımlanan Makaleler

Göktürk Öcal, “Beyazperdeyi Yırtan Bir Haykırış: Cezayir Savaşı”, **Hukuk Kuramı**, C. III, S. 4-5, 2016, s. 1-16.

Göktürk Öcal, “Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. XI, S. 32, 2016, s. 119-137.

2- Kitap Bölümü

Göktürk Öcal, “Türkiye’de Erkekliğin İnşasında Askerlik Hizmetinin Rolü”, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 1**, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s. 223-240.

3- Çeviriler

Göktürk Öcal, “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi İdari Heyet Kararı Cem Yılmaz v. Uluslararası Roma Kulübü Dava No. D 2000-1541”, **Hukuk ve Sanat**, Ed. Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, 2. bs., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 53-60.

Göktürk Öcal, “Slovenya Cumhuriyeti Ceza Kanunu’nda Şeref ve Saygınlığa Karşı Suçlar”, **IV. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu: Kişilik Hakları**, Ed. Yener Ünver, Damjan Korosec, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 121-136.

Göktürk Öcal, “Çocuklar Ebeveynlerine Karşı da Mahremiyet Hakkına Sahiptir”, **IV. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu: Kişilik Hakları**, Ed. Yener Ünver, Damjan Korosec, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 183-198.

Göktürk Öcal, “Hollanda Afyon Kanunu Muafiyetleri İçin Ücretler ve Afyon Kanunundaki Uyuşturucu Maddelerin Siparişine İlişkin Hükümleri İçeren Sağlık, Sosyal Yardım ve Spor Bakanlığı Tüzüğü”, **Uyuşturucu Madde Suçları**, Ed. Kayıhan İçel, Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 283-287.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hazırlayanın Adı Soyadı : Göktürk ÖCAL
Tez Başlığı : Aydınlanma Çağı'nda Ceza Hukuku Felsefesi ve Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi
Savunma Tarihi : 04.07.2019
Danışmanı : Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Doç. Dr. Sevtap METİN

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK